

El régimen especial de neutralidad fiscal: especial referencia a la cláusula antiabuso y los motivos económicos válidos

The special tax neutrality regime: special reference to the anti-abuse clause and valid economic grounds

Gonzalo Janer Mata

Doble Grado en FYCO y RRLL. RRHH. por la Escuela Universitaria de Osuna. Universidad de Sevilla

Resumen:

En la actualidad nos encontramos en un entorno totalmente dinámico, fruto de la globalización, la movilidad de capitales y un sinnúmero de cambios legislativos. Esta situación, trasladada al mundo empresarial, se traduce en una serie de operaciones de reestructuración societaria que impiden que la empresa quede estancada bajo una estructura jurídica, siendo necesaria una regulación que permita facilitarles llevar a cabo este tipo de operaciones.

Así las cosas, uno de los principales impedimentos que encuentran las empresas en este entorno tan cambiante es el coste fiscal de estas operaciones de reestructuración. Por ello, adquiere gran importancia conocer a fondo el funcionamiento del régimen especial de neutralidad fiscal de este tipo de operaciones.

En primer lugar, en este trabajo abordaremos los distintos tipos de operaciones de reestructuración que existen en nuestro ordenamiento jurídico, así como sus principales características. Posteriormente haremos un breve recorrido histórico para conocer la evolución normativa en lo referente a este régimen de neutralidad fiscal y como la Unión Europea intenta conciliar todo este mecanismo bajo el paraguas de una misma Directiva común.

En segundo lugar, realizaremos un estudio del enfoque práctico de este régimen, analizando sus implicaciones y observando que ocurre en el caso de que éste no sea de aplicación por algunos de los motivos tasados en la norma, tanto desde el punto de vista material como del formal.

Finalmente, concluiremos con un estudio a fondo de la llamada “Cláusula antiabuso” y de los “motivos económicos válidos” como requisitos necesarios para la aplicación del régimen. A efectos comparativos, haremos también mención de la concepción de este

régimen en el ámbito internacional, principalmente en los Estados Unidos, el resto de los países europeos, así como con aquellos países con los que España tiene firmado un convenio.

Palabras clave: Cláusula antielusión, Fiscal, Motivos económicos válidos, Régimen especial de neutralidad fiscal, Reestructuración.

Abstract:

Nowadays we find ourselves in a totally dynamic environment, as a result of globalization, capital mobility and a long etcetera. This situation, transferred to the business world, translates into a series of corporate restructuring operations that prevent the company from remaining stagnant under one legal form or not carrying out a series of operations due to the problems that may arise.

In this situation, one of the main impediments that companies encounter in this context of dynamism is the tax cost of these restructuring operations. For this reason, it is very important to have a thorough understanding of the operation of the special tax neutrality regime for this type of operation.

First of all, in this paper we will deal with the different types of restructuring operations that exist in our legal system, as well as their main characteristics. Subsequently, we will make a brief historical review to know the regulatory evolution regarding this tax neutrality regime and how the European Union tries to reconcile all this mechanism under the umbrella of the same common Directive.

Secondly, we will carry out a study of the practical approach of this regime, analyzing its implications and observing what happens in the event that it is not applicable for some of the reasons set out in the regulation, both from a material and formal point of view.

Finally, we will conclude with an in-depth study of the so-called “anti-abuse clause” and the “valid economic reasons” as necessary requirements for the application of the regime. For comparative purposes, we will also mention the conception of this regime in the international sphere, mainly in the United States, the rest of European countries as well as with those countries with which Spain has signed an agreement.

Key Words: Anti-avoidance clause, Tax, Valid economic reasons, Special tax neutrality regime, Restructuring.

ABREVIATURAS

REFEAC: 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

UE: Unión Europea

CE: Constitución Española

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

IRPF: Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas **IRNR:** Impuesto sobre la Renta de No Residentes **ITP:** Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales **TPO:** Transmisiones Patrimoniales Onerosas

OS: Operaciones Societarias

AJD: Actos Jurídicos Documentados

IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido.

LISD: Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. **LME:** Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

BEPS: *Base Erosion and Profit Shifting* (Plan de Lucha contra la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios de la OCDE)

DGT: Dirección General de Tributos (Secretaría de Estado de Hacienda) **GAAR:** *General Anti Avoidance Rule* (cláusula general antielusión) **SAAR:** *Specific Anti Avoidance Rule* (cláusula especial antielusión)

TS: Tribunal Supremo

TJUE: Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

AN: Audiencia Nacional

TEAC: Tribunal Económico Administrativo Central

TC: Tribunal Constitucional

OCDE: Organización para la cooperación y Desarrollo Económico

SE: Sociedad Europea

OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar el régimen de neutralidad fiscal con especial referencia a los motivos económicos válidos en su aplicación. Este estudio busca comprender cómo el régimen de neutralidad fiscal intenta evitar distorsiones en las decisiones empresariales relacionadas con la fiscalidad y cómo los motivos económicos válidos juegan un papel crucial para asegurar que las reestructuraciones empresariales tienen una justificación económica real.

El trabajo también pretende realizar una comparación entre la regulación del régimen de neutralidad fiscal y los motivos económicos válidos en diferentes jurisdicciones, tanto a nivel europeo como internacional, para identificar las principales similitudes y diferencias. Asimismo, se examinará el impacto de las cláusulas antielusión, incluidas en los Convenios de Doble Imposición, en la aplicación del régimen de neutralidad fiscal y en la consideración de motivos económicos válidos. Finalmente, se desarrollarán propuestas y recomendaciones

para optimizar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal y la consideración de motivos económicos válidos, basadas en el análisis realizado.

Para alcanzar estos objetivos, se empleará una metodología mixta que combina el análisis teórico con el estudio de casos prácticos. Se llevará a cabo una revisión exhaustiva de la literatura existente sobre el régimen de neutralidad fiscal, los motivos económicos válidos y las cláusulas antielusión, incluyendo libros, artículos académicos, informes de organismos internacionales y legislación relevante. Además, se realizará un análisis comparativo de las normativas sobre neutralidad fiscal y motivos económicos válidos en diferentes jurisdicciones, con un enfoque particular en la normativa de la Unión Europea y los principales tratados internacionales.

Veremos consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos y Sentencias relevantes para ilustrar cómo se aplica el régimen de neutralidad fiscal y la consideración de motivos económicos válidos en situaciones reales. Este análisis permitirá comprender mejor las implicaciones prácticas y los desafíos asociados. También se estudiarán las cláusulas antielusión en los Convenios de Doble Imposición y su impacto en la aplicación del régimen de neutralidad fiscal, evaluando la efectividad de estas cláusulas y su relación con los motivos económicos válidos.

1. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE NEUTRALIDAD FISCAL: MARCO NORMATIVO

1.1. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos del régimen especial de neutralidad fiscal hacemos referencia a aquel regulado en el capítulo VII, del Título VII de la Ley del Impuesto sobre sociedades², en adelante LIS. A través del mismo, se pueden producir situaciones de diferimiento fiscal en las llamadas operaciones de reestructuración empresarial.

Las operaciones de reestructuración empresarial son aquellas a través de las cuáles, las entidades mercantiles, en el libre ejercicio de su derecho a la libertad de empresa del art. 38 CE, eligen su forma de organizarse y estructurarse desde el punto de vista mercantil. Así, distinguimos varias figuras, como es la de la fusión, la escisión y la segregación, entre otras. Estas tienen numerosas implicaciones, tanto desde el punto de vista mercantil, quedando reguladas en el nuevo Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio³, como desde el punto de vista contable, reguladas en el Plan General Contable.

Desde el punto de vista fiscal, mediante el régimen de neutralidad fiscal, las plusvalías generadas por la transmisión, así como la entrega de participaciones o acciones que se acojan a este régimen, quedan sometidas a un diferimiento de la tributación, manifestándose ésta en la posterior entrega o enajenación de los bienes o valores recibidos. De esta forma, no operaría el art. 18 de la LIS, salvo renuncia expresa, pues la aplicación del régimen tiene un carácter opcional

De igual modo, su aplicación supone que no se devenguen otros impuestos como el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, en adelante IVTNU, la no sujeción a la modalidad de Operaciones Societarias y la exención de las modalidades de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en adelante OS, TPO y AJD. Por ello, podemos decir que no se trata de un régimen especial del IS sin más, sino más bien de un régimen transversal que afecta a todas las figuras impositivas involucradas en la operación.

Asimismo, haciendo mención al profesor Fernando Pérez Royo, la razón de ser de este régimen fiscal es muy precisa: evitar que la fiscalidad suponga un obstáculo o estímulo con respecto a las operaciones de reorganización empresarial. Esto significa que lo que se pretende es la neutralidad fiscal, esto es, que la ejecución de este tipo de operaciones únicamente responda a intereses y motivos de racionalidad o rentabilidad.

En cuanto a su ámbito de aplicación, como ya hemos comentado y en un acercamiento a las definiciones que más adelante veremos, las operaciones que pueden verse afectadas por este régimen son las siguientes:

1º Las operaciones de fusión, a través de las cuáles, una o varias entidades transmiten en bloque a otra entidad ya existente o a una nueva como consecuencia y en el momento de la disolución sin liquidación, la totalidad de sus patrimonios sociales, atribuyendo a sus socios valores representativos del capital social de la entidad adquirente y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 del valor nominal de tales valores. También se considera fusión la operación por la que una sociedad transmite, en el momento de su disolución sin liquidación, su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de su capital social, esto es lo que se conoce como fusión por absorción.

2º Las operaciones de escisión, mediante la cual i) Una entidad divide en dos o más partes la totalidad de su patrimonio y las transmite en bloque, como consecuencia de su disolución sin liquidación, a dos o más entidades ya existentes nuevas, atribuyendo a sus socios valores representativos del capital social

de las entidades adquirentes y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 del valor nominal de tales valores; ii) Una entidad segrega una o varias ramas de actividad, manteniendo, al menos, una en su patrimonio, y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, recibiendo a cambio valores representativo del capital social de estas últimas, que deberán atribuirse a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, con la consiguiente reducción de capital social y reservas en la cuantía necesaria y, en su caso, una compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 del valor nominal de los valores recibidos; iii) Se realiza la misma operación de escisión parcial anterior segregando, no una rama de actividad, sino una parte de su patrimonio constituido por participaciones en el capital de otras entidades que confieran la mayoría del capital social de estas.

3º Las de aportación no dineraria de ramas de actividad, mediante la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad de nueva creación o ya existente la totalidad de una o más ramas de actividad, escribiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente. Se entiende por rama de actividad una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, capaz de funcionar por sus propios medios. Para que pueda hablarse de rama de actividad es necesario que la misma existiera ya en la transmitente como tal explotación económica, en ningún caso que se constituya en la adquirente, que recibiría, en este caso, un conjunto de elementos patrimoniales, sin constituir estos una explotación en sí.

4º Las operaciones de canje de valores, mediante las cuales una entidad adquiere una participación en el capital social de otra que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto o, si ya los tuviera, incrementar su participación, entregando a los socios de esta última, a cambio de sus valores, otros representativos del capital social de la que adquiere la mayoría o la incrementa y, en su caso, una compensación en metálico que no exceda del 10 por 100 del valor nominal recibido.

5º Las de cambio de domicilios social de una Sociedad Europea, en adelante SE, o de una Sociedad Cooperativa Europea, en adelante SCE, de un Estado Miembro a otro de la Unión Europea, respecto de los bienes y derechos situados en territorio español que queden afectados con posterioridad a un establecimiento permanente situado en dicho territorio.

6º Las llamadas aportaciones no dinerarias especiales, que no tienen por qué ser de rama de actividad, pero deben cumplir una serie de requisitos: a) Que la entidad que reciba la aportación resida en España o actúe en nuestro país a

través de un establecimiento permanente al que queden afectas las aportaciones; b) Que, tras realizar la aportación, el/la portante ostente, al menos, un 5 por 100 del capital social de la entidad que recibe; c) Que, cuando se trate de acciones o participaciones aportadas por una persona física, las mismas no correspondan a una Agrupación de Interés Económico ni a una Unión Temporal de Empresas, ni a una entidad dedicada a la gestión del patrimonio, representen, al menos, un 5 por 100 del capital social de la adquirente y se haya poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior; d) Que, cuando el aportante sea una persona física y aporte elementos patrimoniales distintos de las acciones o participaciones, deben estar afectos a una actividad económica que lleve la contabilidad ajustada al Código de Comercio.

1.2. EVOLUCIÓN NORMATIVA

Como ya hemos mencionado, encontramos su regulación en la LIS, sin embargo, esta regulación normativa es fruto de la transposición de una Directiva por parte del legislador, siendo esta, a su vez, resultado de una evolución de la normativa comunitaria, hablamos de la Directiva 2009/133/CE del Consejo de 2009⁵, en adelante, la Directiva 2009/133.

La Directiva 2009/133 busca evitar los obstáculos y desventajas que pudieran surgir fruto de las fusiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canje de valores, así como las distorsiones derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados Miembros. Por ello, el propósito de esta Directiva es el de establecer unas normas fiscales neutras para estas operaciones, con el fin de permitir una mayor adaptación de las empresas a las exigencias del mercado interior, un aumento de la productividad y una posición reforzada en el plano internacional.

En ella, se deja claro que no se pueden lograr estos fines mediante una extensión a nivel comunitario de los sistemas internos existentes en los Estados Miembros, ya que las disparidades entre ellos podrían causar distorsiones. Para lograr este propósito es necesario un sistema fiscal común que permita evitar la carga tributaria en las fusiones, divisiones, transferencias de activos y intercambios de acciones, al mismo tiempo que proteja los intereses financieros del Estado Miembro correspondiente. El sistema de diferimiento contemplado debe evitar, hasta su materialización, el gravamen sobre las plusvalías que puedan surgir como resultado de dichas operaciones de reestructuración.

Cabe destacar que el régimen previsto en la Directiva 2009/133 tiene por objeto inicialmente solo las operaciones de reestructuración social que afecten

a las entidades establecidas en los distintos Estados miembros. Sin embargo, al incorporarla a nuestro ordenamiento interno, el legislador español hizo extensiva su aplicación en idénticas condiciones a las operaciones de reestructuración de carácter interno. De esta forma, las condiciones y requisitos exigidos en su aplicación regulados en la LIS deben interpretarse conforme a lo previsto en la Directiva 2009/133, tanto en las operaciones de reestructuración transnacionales como en aquellos otros en que todos los sujetos afectados sean residentes en territorio español. (García Berro, Florián)⁶

La Directiva 2009/133/CE tiene su origen en la Directiva 90/434, de 23 de julio de 1990⁷, en adelante Directiva 90/434. A través de esta, se regula por primera vez el régimen de neutralidad fiscal con fines similares a su sucesiva Directiva, esto es, evitar que las operaciones de reestructuración como la fusión, escisión y otras, puedan verse afectadas por sus implicaciones fiscales y, de esta manera, se perjudique el objetivo de establecer un mercado común.

Ya en sus comienzos, quedaba regulado en la Directiva 90/434 la facultad de los Estados miembros de rechazar el beneficio de la aplicación del régimen en aquellas operaciones que buscaran el fraude o la evasión fiscal. De esta manera, nacía la llamada “cláusula antiabuso” que más adelante desarrollaremos junto con los “motivos económicos válidos” jugando, ambos términos, un papel fundamental en la aplicación del régimen.

La Directiva 90/434 fue traspuesta al ordenamiento español mediante la Ley 29/1991, de 16 de diciembre⁸. A través de ella, se traspuso el sistema establecido por la Directiva con algunos cambios sustanciales en lo referente al régimen de neutralidad fiscal. Esta trasposición, tuvo una serie de modificaciones, entre las que destacan la Ley 42/1995 del Impuesto sobre Sociedades⁹, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo del Impuesto sobre Sociedades¹⁰ y las sucesivas modificaciones que han tenido lugar hasta la regulación actual de la LIS.

Por todo lo expuesto, podemos decir que la Directiva 90/434 fue aquella que estableció los pilares fundamentales sobre los que se fundamenta el régimen de neutralidad fiscal de las operaciones de reestructuración que hoy en día aplicamos.

1.3. DEFINICIONES

En la actualidad, como tantas veces hemos mencionado, encontramos su regulación en el Capítulo VII, del Título VII de la LIS. En él quedan recogidas las

definiciones, los requisitos para su aplicación, las condiciones y los supuestos de hecho que deben darse para su aplicación.

Pese a ello, debido a la profusa normativa reguladora de las operaciones de reestructuración empresarial, es necesario acotar los términos de las operaciones que son susceptibles de acogerse a él, ya que este régimen no se aplica a todas las operaciones de reestructuración social de manera automática por el simple hecho de constituir una operación de reestructuración.

1.3.1. FUSIÓN

De acuerdo con el art. 76 LIS, “1. Tendrá la consideración de fusión la operación por la cual:

Una o varias entidades transmiten en bloque a otra entidad ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, sus respectivos patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la otra entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.;

Dos o más entidades transmiten en bloque a otra nueva, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de sus patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la nueva entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.;

Una entidad transmite, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la entidad

Desde el punto de vista mercantil, al amparo de lo recogido en el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles¹¹, que deroga la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles¹², en adelante, LME, en virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan. De esta manera, la ley prevé la existencia de dos tipos de fusiones, aquellas que se producen en el seno de una entidad de nueva creación o aquellas

que se producen en una de las sociedades que participan de la fusión. También distingue las llamadas fusiones especiales.

De igual modo, el Código de Comercio, en adelante CCom, en su art. 172, hace mención a esta esta clasificación general, sin embargo, en su art. 180 encontramos un tercer tipo de fusión, las llamadas **fusiones impropias**. Estas se producen cuando una sociedad, en estado de disolución, evita el proceso de liquidación al que estaría obligado legalmente y, en su lugar, los asociados crean una nueva sociedad que se hará cargo del patrimonio de la sociedad disuelta, para continuar con los negocios de la misma.

Si acudimos esta vez a la antigua LME, encontramos una clasificación distinta de las fusiones, distinguiendo la ley entre las fusiones típicas y las atípicas. Por **fusiones típicas** la ley entiende aquellas que se producen como resultado de la creación de una nueva entidad y la aportación del total del capital social de las participantes en la fusión a esta o aquellas que se producen cuando es una de las participantes en la fusión la que absorbe todo el patrimonio de las participantes. Las **fusiones atípicas** son aquellas que tienen lugar cuando la sociedad absorbente estuviera íntegramente participada de forma directa por la sociedad absorbida y cuando las sociedades absorbente y absorbida estuvieran participadas de forma directa por una tercera. De acuerdo con la Dirección General de Tributos, en adelante DGT, estas operaciones son susceptibles de acogerse al régimen de neutralidad fiscal en la medida en que se cumplan el resto de las condiciones previstas, criterio recogido en las Consultas Vinculantes nº V0030-08 de 9 de enero de 2008 y V0403-09, de 26 de enero de 2009.

Pese al criterio recogido de la Administración, estas llamadas fusiones atípicas no siempre cumplen los requisitos del art. 76 LIS necesarios para aplicar el régimen.

Aquellas operaciones de fusión en las que sociedad absorbente sea titular o estuviera íntegramente participada de forma indirecta por la sociedad absorbida, así como aquellas en la que ambas estuvieran participadas de forma indirecta por el mismo socio no podrán aplicar el régimen de neutralidad fiscal, toda vez que, debido al carácter indirecto de la participación, serían necesarias operaciones intermedias que permitieran al socio adquirir la totalidad del patrimonio social de la sociedad absorbida.¹³

Por último, en cuanto a las fusiones especiales del RD 5/2023 anteriormente mencionadas, este distingue la **fusión inversa** y la fusión por absorción de sociedad participada en un noventa por ciento. En primer lugar, las fusiones inversas, son aquellas en las que, tal y como su nombre indica, se invierte el

proceso, es decir, la sociedad absorbida es la que se configura con titular, directa o indirectamente, de la totalidad de las acciones o participaciones que conforman el capital social de la absorbente. En este caso, debemos distinguir entre aquellas en las que existe una participación directa y aquellas en la que se da un supuesto de participación indirecta. En el primero de los casos, podemos decir que cumple los requisitos recogidos en el art. 76 LIS, dado que existe atribución de valores representativos del capital de la sociedad absorbente a los socios de la entidad absorbida (CV V0503-20, de 27 de febrero de 2020)

En el supuesto de la participación indirecta, la sociedad absorbente, al recibir el patrimonio de la absorbida, adquirirá también las acciones o participaciones de la sociedad intermedia, que serán las que entregue a los socios de la absorbida, por lo que no encaja en la descripción del art. 76 LIS, ya que los socios de la absorbida no están recibiendo valores representativos del capital social de la absorbente. Por ello, este tipo de fusiones no son susceptible de acogerse al régimen especial

En cuanto a la fusión de sociedad participada al noventa por ciento, operarían los mismos factores que en el supuesto de fusión inversa para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal, esto es los requisitos del art. 76 LIS.

1.3.2. ESCISIÓN

Según el art. 76.2. 1.º, tendrá la consideración de escisión la operación por la cual:

Una entidad divide en dos o más partes la totalidad de su patrimonio social y los transmite en bloque a dos o más entidades ya existentes o nuevas, como consecuencia de su disolución sin liquidación, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de valores representativos del capital social de las entidades adquirentes de la aportación y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad;

Una entidad segrega una o varias partes de su patrimonio social que formen ramas de actividad y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, manteniendo en su patrimonio al menos una rama de actividad en la entidad transmitente, o bien participaciones en el capital de otras entidades que le confieran la mayoría del capital social de estas, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente, que deberán atribuirse a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital social

y reservas en la cuantía necesaria, y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra anterior;

Una entidad segrega una parte de su patrimonio social, constituida por participaciones en el capital de otras entidades que confieran la mayoría del capital social en estas, y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, manteniendo en su patrimonio, al menos, participaciones de similares características en el capital de otra u otras entidades o bien una rama de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de estas últimas, que deberán atribuirse a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital social y las reservas en la cuantía necesaria y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra a) anterior

2.º En los casos en que existan dos o más entidades adquirentes, la atribución a los socios de la entidad que se escinde de valores representativos del capital de alguna de las entidades adquirentes en proporción distinta a la que tenían en la que se escinde requerirá que los patrimonios adquiridos por aquéllas constituyan ramas de actividad."

Las escisiones son el segundo grupo de operaciones de reestructuración susceptibles de aplicar el régimen especial siempre que se cumplan los requisitos del art. 76 LIS. En términos generales, es definida como aquella operación que supone la división total o parcial del patrimonio de una sociedad, que es transmitido, sin que opere en ningún momento la liquidación, en bloque a otras empresas ya existentes o de nueva creación distinguiendo la LIS entre las escisiones totales, las parciales y las parciales financieras, reguladas cómo hemos visto en los apartados a y c respectivamente.

Desde el punto de vista mercantil, en el art. 58 del RD 5/2023 encontramos la clasificación de los distintos tipos de escisión.

En primer lugar, el Real Decreto distingue la **escisión total**, entendiéndose esta como la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y, en su caso, cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje, los socios podrán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del diez por ciento del valor nominal de las acciones, de las participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas.

En la antigua LME, la definición de escisión total venía recogida en el art. 69 y era la siguiente:

"Se entiende por escisión total la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde."

Como podemos observar, la redacción no ha variado mucho. Además, con relación a la definición recogida en la Directiva 2009/133/CE, podemos llegar a la conclusión de que no existen muchas diferencias con el concepto de fusión de ambos tipos, esto es, por absorción o por constitución de una nueva sociedad. La única diferencia reside en que en las escisiones totales el patrimonio de la sociedad escindida no es transferido a una sola entidad sino a varias, de ahí el por qué de dividir el total de la masa patrimonial en, al menos, dos partes.

Cabe destacar que, mientras en las escisiones parciales, como a continuación exponemos, se exige la existencia de, al menos, una rama de actividad o un conjunto de participaciones que otorguen la mayoría del capital social en la sociedad escindida y en la aportante, en las escisiones totales únicamente se exige el cumplimiento de la proporcionalidad.

En segundo lugar, como ya hemos adelantado, encontramos la **escisión parcial**, siendo ésta definida como el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y, en su caso, cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje, los socios podrán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del diez por ciento del valor nominal de las acciones, de las participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria.

De nuevo, si acudimos a la derogada LME, encontramos su definición en el art. 70 que dicta lo siguiente:

"Se entiende por escisión parcial el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme

una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria."

Al igual que en el caso anterior, las redacciones son prácticamente clónicas, incluida la recogida en la Directiva 2009/133/CE, siendo la única diferencia la previsión de la compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 del valor nominal de las acciones, participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas.

Entre las diferencias que existen respecto a la escisión total, cabe destacar la necesidad, en las escisiones parciales, de que cada una de las partes en las que se divide el patrimonio de la sociedad escindida tengan la consideración de rama de actividad. Para su definición, sacamos a relucir el art. 76.4 que dicta lo siguiente:

"Se entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios. Podrán ser atribuidas a la entidad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan." Si acudimos a la Directiva 2009/133/CE, la definición de rama de actividad será "el conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división de una sociedad que constituyen desde el punto de vista de la organización una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios"

Como podemos observar, se trata de definiciones complementarias que distan de ser excluyentes entre sí.

Otra de las diferencias que existen entre ambos tipos es la necesidad de disolución de la sociedad escindida en las de primer tipo. La escisión total tiene como resultado que la entidad que transmite su patrimonio deberá concluir con su disolución, mientras que, en las escisiones parciales, la disolución no es un requisito necesario.

Finalmente, en el apartado c) del art. 76 LIS encontramos las conocidas como **escisiones parciales financieras**. Hay que destacar que este tipo de operaciones no queda recogido en la Directiva 2009/133/CE, en la que solo se hace referencia a las escisiones totales y parciales de ramas de actividad.

Este tipo de escisión queda englobado dentro de las escisiones parciales, pues cumplen con el requisito de la necesidad de que la sociedad escindida mantenga en su patrimonio, como mínimo, una rama de actividad o participaciones en el capital de otras sociedades que le otorguen la mayoría del capital de estas o de los derechos de voto. La peculiaridad de este subtipo reside en que no se exige que el patrimonio segregado constituya una rama de actividad, sin embargo, se requiere que el patrimonio escindido en forma de participaciones otorgue la mayoría del capital social de otras compañías.

Al estar enmarcado dentro del grupo de las escisiones parciales, como hemos dicho, para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal deberá cumplir los requisitos del art. 76 LIS, es decir, el patrimonio segregado deberá estar constituido por participaciones mayoritarias en otras sociedades y, además, la sociedad transmitente no puede quedar disuelta ni liquidarse, en otras palabras, deberá seguir existiendo y conservando su patrimonio otras participaciones mayoritarias de otras sociedades o una rama de actividad.

1.3.3. APORTACIONES NO DINERARIAS

Si acudimos de nuevo al art. 76 LIS en su apartado tercero encontramos la definición de aportación no dineraria

"3. Tendrá la consideración de aportación no dineraria de ramas de actividad la operación por la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad de nueva creación o ya existente la totalidad o una o más ramas de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente."

En la Directiva 2009/133/CE aparece una definición prácticamente clónica a la recogida por el legislador en la LIS, sin embargo, el término al que hace referencia la Directiva es el de aportación de activos. En el ámbito mercantil, encontramos su regulación en el art. 63 de la Ley de Sociedades de Capital¹⁴, siendo estas aquellas que suponen la transmisión de activos sociales para la constitución de una sociedad o para la ampliación del capital de ésta. Desde el punto de vista fiscal, distinguimos las operaciones de aportación no dineraria de rama de actividad y las de aportación no dineraria especiales reguladas en el art. 87 LIS.

1.3.3.1. Aportaciones no dinerarias de ramas de actividad

De manera similar a lo que ocurre con las escisiones parciales, en este tipo de operaciones se requiere que la aportación realizada por la entidad aportante debe constituir una rama de actividad, siendo necesaria que esta exista

previamente en la sociedad aportante, esto es, en su origen, y no que se constituya en la sociedad que recibe los bienes.

Esta definición viene recogida en el apartado cuarto del art. 76 LIS y en el art. 2.j) de la Directiva 2009/133/CE. No debemos confundir este término con el de unidad económica desde el punto de vista mercantil que, aun siendo indeterminado, es decir, a falta de regulación expresa, la doctrina la entiende como el conjunto de activos y pasivos susceptibles de funcionar económicamente de forma autónoma.

El propio Tribunal Supremo ha puesto de relieve la dificultad para la correcta consideración del concepto de unidad económica en su sentencia de 3 de enero de 2013 en la que afirma que *«a priori, y con carácter general, resulta difícil precisar qué debe entenderse por “unidad económica”, pues no necesariamente tendría que tener, previamente, vida propia, ni tiene porque coincidir con una empresa, unidad productiva, establecimiento o negocio, de modo que podría ser meramente funcional»*.

Como peculiaridad, este tipo de operaciones puede llevarse a cabo a través de la figura del aumento de capital social en la entidad en cuestión, suscribiéndose estas acciones a través de aportaciones no dinerarias. Debemos tener en cuenta que la aportación de participaciones que otorguen la mayoría del capital social de otra entidad o los derechos de voto de esta no puede ser considerado rama de actividad, todo ello en virtud de una Consulta Vinculante a la DGT V873/2014, de 31 de marzo de 2014.

Otra de las peculiaridades a tener en cuenta es el tratamiento del pasivo en este tipo de operaciones. El art. 76.4 LIS indica que estos pasivos podrán transmitirse sin llegar a ser una obligación del sujeto pasivo, pero sí debiendo ser contraídos para la organización o funcionamiento de los elementos de la rama de actividad transmitida.

Entre las distinciones que puedan existir frente a las fusiones y escisiones, cabe destacar que, en las operaciones de aportación no dineraria de rama de actividad, será la sociedad que transmite la rama de actividad la que participe en la sociedad que la recibe y no los socios de la aportante, es decir, será la aportante quien reciba las participaciones o acciones de la entidad que recibe la aportación, a diferencia de lo que ocurre en las fusiones y escisiones, en las que son los socios los que participan en la sociedad en cuestión de manera proporcional.

Finalmente, en el art. 87 ex fine, podemos encontrar la siguiente redacción con respecto a las aportaciones no dinerarias:

"2. El régimen previsto en el presente capítulo se aplicará también a las aportaciones de ramas de actividad, efectuadas por los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que sean residentes en Estados miembros de la Unión Europea, siempre que lleven su contabilidad de acuerdo con el Código de Comercio o legislación equivalente."

Al amparo de esta redacción, este régimen será de aplicación para aquellas aportaciones no dinerarias de rama de actividad efectuadas por sujetos pasivos residentes en un Estado miembro de la UE, siempre que lleven su contabilidad de acuerdo con el CCom. o legislación equivalente.

De igual modo, en este apartado quedan englobadas las operaciones de segregación. En el ámbito mercantil, estas operaciones quedaban reguladas en el art. 71 LME con la siguiente definición *"Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias."* En la actualidad, tras la redacción del RD Ley 5/2023, este concepto queda recogido en su art. 61, que la define de manera similar.

De la redacción podemos extraer que existe una diferencia sustancial respecto de las figuras de la fusión y escisión, toda vez que, en la segregación, no son los socios de la sociedad segregada los que reciben las acciones o participaciones de las beneficiarias de la escisión, sino que es la sociedad segregada la que las recibe, lo que hace que esta operación se asemeje más a la figura de la aportación no dineraria que a la fusión o escisión. De esta manera, reproduciendo las palabras de Rodríguez Artigas *"conserva sustantividad propia por las diferencias estructurales existentes entre la misma y la escisión (en su modalidad de segregación)"*

Sin embargo, con relación al estudio que estamos realizando en este trabajo, a la sazón la aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal, en el ámbito fiscal, debemos añadir que, tras examinar las diferencias existentes entre estas definiciones, el régimen especial no se aplicaría, como regla general, en las operaciones de segregación mercantil, pues estas no tienen encaje conceptual dentro de la escisión definida en la LIS y, por tanto, no estarían cumpliéndose los requisitos para su aplicación.

Ahora bien, de acuerdo con juristas como López Tello y Cremades Schulz, debido a que la figura de la segregación no podría acogerse al régimen especial de neutralidad fiscal por sus diferencias conceptuales respecto a la escisión, estos autores sostienen que, para poder aplicar el régimen en este tipo de operaciones, estas deben quedar amparadas bajo el concepto de otro de tipos de operación susceptible de aplicarlo y con el que tenga mayor afinidad conceptual, este es el caso de las aportaciones no dinerarias de rama de actividad.

Por ello, para la aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal en una operación de segregación mercantil, el patrimonio segregado debe constituir una rama de actividad, sin perjuicio de que la operación pueda acudir a otras figuras que puedan aplicar el régimen, como es el caso del canje de valores, en la medida en que se cumplan los requisitos para ello.

1.3.3.2. Aportaciones no dinerarias especiales

Este tipo de operaciones quedan reguladas en el art. 87 LIS como un subtipo diferenciado de lo que son las aportaciones no dinerarias de rama de actividad que hemos expuesto. La principal diferencia respecto de estas es que, aun cuando no se trate de ramas de actividad, las aportaciones no dinerarias podrán acogerse al régimen especial, siempre y cuando cumplan una serie de requisitos que se encuentran desglosados en el artículo.

El primero de ellos es que la sociedad que recibe la aportación no dineraria debe residir en el territorio español u operar en nuestro país a través de un establecimiento permanente, teniendo que estar afecta la aportación no dineraria a la actividad en cuestión.

En segundo lugar, como resultado de la operación, el sujeto aportante, ya sea contribuyente de este impuesto, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes (IRNR), debe ostentar una participación superior al 5 por 100 de la entidad que recibe la aportación.

En tercer lugar, en el caso de aportación de acciones o participaciones sociales por parte de contribuyentes del IRPF o del IRNR, se requerirá que: a) Los títulos no correspondan a una Agrupación de Interés Económico (AIE), a una Unión Temporal de Empresas (UTE) o a una entidad cuyo objeto social sea la gestión patrimonial; b) Los títulos representen una participación de, al menos, el 5 por ciento de los fondos propios de la entidad y; c) Deben haberse poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior a la aportación.

Finalmente, si se trata de aportación de elementos patrimoniales, como inmuebles, realizados por contribuyentes del IRPF o IRNR, dichos elementos deben estar afectos a las actividades económicas cuya contabilidad se lleve con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio o legislación equivalente.

Así las cosas, en caso de que se cumplan los requisitos, será de aplicación el régimen de neutralidad fiscal, lo que supondría que la persona física no deberá integrar renta alguna en su base imponible del IRPF o IRNR como consecuencia de la operación acogida al régimen.

1.3.4. CANJE DE VALORES

La operación de canje de valores es otra de las operaciones susceptibles de aplicar el régimen de neutralidad fiscal. Si buscamos su definición en el ámbito mercantil no encontraremos nada. Para conocer su desarrollo debemos acudir al artículo 2.e) de la Directiva 2009/133/CE, definición transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través de la LIS.

Si acudimos a la redacción del art. 76.5 LIS nos encontramos con la siguiente definición:

"5. Tendrá la consideración de canje de valores representativos del capital social la operación por la cual una entidad adquiere una participación en el capital social de otra que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto en ella o, si ya dispone de dicha mayoría, adquirir una mayor participación, mediante la atribución a los socios, a cambio de sus valores, de otros representativos del capital social de la primera entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad."

A modo de esquema, un canje de valores es una forma de adquirir acciones de otras sociedades mediante una aportación no dineraria que consiste en la entrega de acciones de la sociedad interesada. Como condición adicional para poder acogerse al régimen nos encontramos con la necesidad de que la sociedad obtenga la mayoría de los derechos de voto de la entidad cuyos títulos se adquieren o, en caso de ya ostentarlos, ampliar su porcentaje.

Por ejemplo, los socios de la Sociedad "A" canjean sus acciones o participaciones en la Sociedad "B" mediante la aportación al capital de esta última

Una de las operaciones de aportación de canje de valores más frecuentes es la de constituir una sociedad holding y aportar a la misma las participaciones que los socios ostentan en otras entidades.

Para su aplicación, debemos acudir al art. 80 LIS, en el que encontramos los distintos requisitos que se deben tener en cuenta para que una operación de canje de valores se acoja al régimen de neutralidad fiscal. Concretamente, el artículo prevé la no integración en la Base Imponible del impuesto en cuestión las rentas que cumplan los siguientes requisitos:

Los socios que lleven a cabo la operación de canje de valores deben ser residentes en territorio español o de algún otro Estado miembro de la UE. En este último caso, los valores recibidos deberán ser representativos del capital social de la unidad residente en España. Cabe destacar que el régimen se aplicará a las entidades que se encuentren en el régimen de atribución de rentas siempre que cumplan los requisitos exigidos.

La entidad que adquiere los valores deberá ser residente en territorio español o deberá estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE.

Una vez descrito lo recogido en el art. 80.1 LIS, debemos destacar varios apuntes.

En primer lugar, aquellas operaciones de canje de valores en las que la entidad adquirente entregue acciones representativas de su capital social y otros valores negociables emitidos por ella para otorgar a su titular derechos económicos no podrán acogerse a este régimen.¹⁵

En segundo lugar, un apunte importante al que debemos hacer mención es el de la mayoría del capital social exigido. En la práctica, el porcentaje que se transmite no tiene relevancia alguna, sino el porcentaje que se obtiene como resultado, es decir, aquellas operaciones en las que no se transmita la mayoría del capital pero se entregue el porcentaje necesario para alcanzarlo podrá acogerse al régimen de neutralidad fiscal.

En relación a las diferencias que presenta esta peculiar operación frente a las operaciones de fusión y escisión, destaca que, mientras en el caso de éstas últimas se pueden transmitir elementos patrimoniales, en el caso del canje de valores solo se pueden transmitir acciones o participaciones, es decir, valores representativos del capital social de la entidad.

Finalmente, en cuanto a las semejanzas con el resto de las operaciones, destaca principalmente la que existe con las escisiones financieras, esto es, que en ambas operaciones, la sociedad adquirente debe obtener la mayoría del capital social o los derechos de voto.

Con relación a las diferencias, la principal radica en que, mientras que en la escisión financiera la sociedad transmitente de la mayoría de sus derechos de voto no obtiene nada a cambio ya que son los socios los que reciben la contraprestación, en las operaciones de canje es la propia sociedad transmitente la que recibe.

1.3.5. TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES EN ENTIDADES RESIDENTES

Este tipo de operación no constituye en sí una modificación o reestructuración empresarial. Mientras que desde el punto de vista mercantil será aplicable la legislación vigente en el Estado en el que se realice la transmisión, ya sea en su modalidad lucrativa u onerosa, desde el punto de vista fiscal acudiremos a la LIS, en concreto a su art. 77 que recoge la no integración en la base imponible las rentas derivadas de determinadas operaciones.

Entre los distintos tipos de rentas que no quedan incluidas en la base imponible conforme al art. 77 LIS, en su apartado e) distinguimos las siguientes:

" Las que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades no residentes en territorio español de participaciones en entidades residentes en territorio español, en favor de entidades residentes en su mismo país o territorio, o en favor de entidades residentes en la Unión Europea siempre que, en este último caso, tanto la entidad transmitente como la adquirente revistan una de las formas enumeradas en la parte A del anexo I de la Directiva 2009/133/CE, y estén sujetas y no exentas a alguno de los tributos mencionados en la parte B de su anexo I."

Conforme a ello, la transmisión de participaciones o acciones de sociedades residentes en España realizadas por una entidad no residente, en favor de una tercera que resida en su mismo país o en un Estado miembro de la UE podrá acogerse al régimen especial de neutralidad fiscal.

Si bien es cierto, en el caso de que no sea de aplicación el régimen especial, operará el Convenio de Doble Imposición celebrado entre España y el Estado de residencia de la sociedad transmitente para determinar el país de tributación de la plusvalía generada en la transmisión.

1.3.6. EL CAMBIO DE DOMICILIO SOCIAL DE UNA SOCIEDAD EUROPEA

La última de las definiciones que nos encontramos incluida en el régimen de neutralidad fiscal es la del cambio de domicilio social de una sociedad europea. Regulada en el art. 76.7 LIS, en él se recoge que si una Sociedad Europea (SE) o

una Sociedad Cooperativa Europea (SCE) traslada su domicilio a otro estado miembro de la UE podrá acogerse al régimen especial. Este se aplica al conjunto de bienes y derechos que estén situados en España y que, tras la operación, queden afectos a un establecimiento permanente en el territorio. Por su parte, el artículo 2 k) de la Directiva 2009/133/CE define el traslado de domicilio social como *“la operación en virtud de la cual una SE o una SCE traslada su domicilio social de un Estado miembro a otro, sin que ello dé lugar a la disolución de la sociedad ni a la creación de una nueva persona jurídica”*

Desde el punto de vista fiscal, se entiende por domicilio social a efectos fiscales lo recogido en el art. 8.1 LIS:

“1. Se considerarán residentes en territorio español las entidades en las que concurra alguno de los siguientes requisitos: a) Que se hubieran constituido conforme a las leyes españolas. b) Que tengan su domicilio social en territorio español. c) Que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español. A estos efectos, se entenderá que una entidad tiene su sede de dirección efectiva en territorio español cuando en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades. La Administración tributaria podrá presumir que una entidad radicada en algún país o territorio de nula tributación, según lo previsto en el apartado 2 de la Disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, o calificado como paraíso fiscal, según lo previsto en el apartado 1 de la referida disposición, 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.

En suma, a la luz del art. 8.2 LIS nos encontramos con la siguiente redacción normativa:

“El domicilio fiscal de los contribuyentes residentes en territorio español será el de su domicilio social, siempre que en él esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección. En los supuestos en que no pueda establecerse el lugar del domicilio fiscal, de acuerdo con los criterios anteriores, prevalecerá aquél donde radique el mayor valor del inmovilizado.”

Cabe destacar que en el art. 19.1.a) de la LIS nos encontramos con la regulación fiscal del traslado de domicilio a un territorio extranjero, en él se prevé la integración en la base imponible de la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de los elementos patrimoniales que sean propiedad de la entidad española que traslada su domicilio fuera del territorio español, a excepción del caso en que los bienes queden afectos a un establecimiento permanente situado en territorio español de la entidad en cuestión. En caso de afectación, recoge el artículo en su apartado primero que se aplicará a los elementos patrimoniales lo previsto en el art. 78 LIS que establece lo siguiente:

"1. Los bienes y derechos adquiridos mediante las transmisiones derivadas de las operaciones a las que haya sido de aplicación el régimen previsto en el artículo anterior se valorarán, a efectos fiscales, por los mismos valores fiscales que tenían en la entidad transmitente antes de realizarse la operación, manteniéndose igualmente la fecha de adquisición de la entidad transmitente. 2. En el supuesto de que se ejercite la opción de renuncia prevista en el apartado 2 del artículo anterior, los bienes y derechos adquiridos se valorarán de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 17 de esta Ley. En este caso, la fecha de adquisición de dichos bienes y derechos será la fecha en que la adquisición tenga eficacia mercantil. 3. En aquellos casos en que no sea de aplicación el régimen previsto en el artículo anterior se tomará el valor que proceda de acuerdo con el artículo 17 de esta Ley"

1.4. REQUISITOS FORMALES

Para la aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal se deben cumplir unos requisitos de fondo y de forma. En el apartado anterior hemos visto los requisitos sustanciales y supuesto en los que resulta de aplicación el régimen, en este veremos los distintos requisitos formales que existen para poder acogernos a él.

Dentro de ellos podemos distinguir dos tipos, el primero de ellos es el de la comunicación, mientras que el segundo es el de la existencia de un motivo económico válido para su aplicación que confluye con el requisito de no buscar una menor tributación o buscar la evasión fiscal, que desarrollaremos en los siguientes puntos, uno por uno.

En el art. 89 LIS encontramos estos requisitos formales, quedando recogido en el apartado primero el requisito de la comunicación y en el apartado segundo el de los motivos económicos válidos y la no consecución de una evasión fiscal o menor tributación.

Conforme lo recogido en este artículo, a las operaciones del art. 76 LIS les será de aplicación, con carácter general, el régimen especial, es decir, se aplicará en todo caso siempre que se cumplan los requisitos y no se haga una mención expresa a su no aplicación por parte de los socios.

Como hemos expuesto anteriormente, esta operatividad preferente del régimen no siempre ha sido así. Tras la reforma de la Ley del Impuesto sobre Sociedades del año 2014, que empezó a aplicarse a los ejercicios cuyo periodo impositivo comenzara a partir del 1 de enero de 2015, se modificaron varios aspectos relacionados con el régimen de neutralidad fiscal y su aplicación. Antes de la reforma, era necesaria una comunicación para aplicar el régimen en la operación que se hubiera realizado. En la actualidad, como hemos mencionado, el régimen especial tiene una aplicación preferente, más allá de que sea necesaria una obligatoria una comunicación a la Administración tributaria en la que se recoja el tipo de operación que se lleva a cabo.

En el caso de que no se quiera aplicar el régimen, y debido a la nueva regulación tras la reforma del 2014, será preceptiva una comunicación en la que se haga mención a la voluntariedad de no aplicarlo, es decir, si no se comunica, se aplicará por defecto a la operación en cuestión. En el caso de que la comunicación se realice de manera extemporánea, podrá aplicarse el régimen general y las rentas que deriven de la operación deberán integrarse en la base imponible del impuesto, tributando además por el resto de los impuestos.

Como es lógico, no existe obligación de comunicar la no aplicación del régimen en aquellas operaciones que no sean susceptibles de aplicarlo.

En el caso de aplicación del régimen, la no comunicación no implicará *per se* la no aplicación de este, sin embargo, esta omisión puede ser considerada como una infracción tributaria grave a los ojos de la Autoridad competente. Entre las consecuencias de esta práctica destaca la posible sanción por importe de hasta 10.000 euros por cada operación no comunicada.

1.4.1. LA COMUNICACIÓN

Como ya hemos hecho mención, el requisito formal de la comunicación viene recogido en el art. 89 LIS, sin embargo, el desarrollo de este aparece en el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades¹⁶, en adelante RIS.

La regulación de los requisitos formales en el reglamento aparece en los arts. 48 y 49 RIS, recogiendo la comunicación y el contenido de la misma respectivamente.

En el art. 48 RIS, como hemos comentado, encontramos la comunicación del régimen especial. Este queda dividido en tres apartados; el primero de ellos hace referencia a la obligación de comunicar a la administración la realización de operaciones y la legitimación para llevarla a cabo, en el segundo de los apartados encontramos los plazos para efectuarla y en el tercero de ellos aparece a quién debe ser dirigida la comunicación.

En relación con el primero de los apartados, la legitimación para la presentación de esta comunicación deberá realizarse por la entidad que interviene como adquirente en la operación. Encontramos dos supuestos de excepción a esta norma. El primero tiene lugar cuando la entidad adquirente no sea residente en territorio español, situación en la que la comunicación deberá efectuarse por la entidad transmitente. El segundo supuesto de excepción ocurre cuando ambas entidades intervinientes en la operación son no residentes en territorio español, supuesto en que la comunicación deberán llevarla a cabo los socios de la entidad transmitente, siempre que sean residentes en territorio español. En caso contrario, la comunicación la realizará la entidad transmitente.

En el segundo de los apartados queda regulado el plazo para realizar la comunicación. Ésta deberá realizarse en el plazo de los tres meses siguientes a la fecha de inscripción de la escritura pública en que se documente la operación. En el caso de que no fuera necesaria la inscripción, se deberá computar el plazo desde la fecha en que se otorgue la escritura pública o documento equivalente que corresponda a la operación. Finalmente, en los casos de cambio de domicilio social, la comunicación deberá efectuarse dentro del plazo de los tres siguientes a la inscripción en el registro del Estado miembro del nuevo domicilio social de la escritura pública o documento equivalente en que se documente la operación.

Por último, en el tercer apartado aparece a quien debe ir dirigida la comunicación. A la luz de este apartado deberá dirigirse a la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria del domicilio fiscal de las entidades, o establecimientos permanentes si se trata de entidades no residentes que, conforme a los apartados anteriores, estén obligados a efectuarla, o a las Dependencias Regionales de Inspección o a la Delegación Central de Grandes Contribuyentes, tratándose de contribuyentes adscritos a las mismas.

En el art. 49 RIS encontramos el contenido de la comunicación. El precepto dicta lo siguiente:

"a) Identificación de las entidades participantes en la operación y descripción de la misma; b) Copia de la escritura pública o documento equivalente que corresponda a la operación; c) En el caso de que las operaciones se hubieran realizado mediante

una oferta pública de adquisición de acciones, también deberá aportarse copia del correspondiente folleto informativo; d) Indicación, en su caso, de la no aplicación del régimen fiscal especial del capítulo VII del título VII de la Ley del Impuesto."

Finalmente debemos mencionar la evolución que este requisito formal ha sufrido con los años. Como hemos expuesto anteriormente, la Directiva 90/434/CEE fue transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 29/1991. En esta se exigía la previa comunicación al Ministerio de Economía y Hacienda del acogimiento a este régimen. Con el tiempo, a través de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre¹⁷, se modificó este régimen de comunicación y se exigió que la aplicación de este régimen debía estar prevista en los acuerdos sociales en los que se acuerde la operación. Este régimen fue mantenido por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, del Impuesto sobre Sociedades.

En la actualidad, tras las Sentencias del Tribunal Supremo 16 de junio de 2010 y de 14 de mayo de 2012 el criterio formal tornó sobremanera. De acuerdo con el criterio del Alto Tribunal y en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, la obligatoriedad de esta comunicación no está prevista en la Directiva de la Unión Europea, por lo que era considerada como un obstáculo para la aplicación del régimen.

Como resultado, en la nueva redacción de la LIS, el legislador prevé esta situación y redacta la norma de tal manera que el régimen pasa a ser de aplicación preferente y la posible renuncia como una opción, cumpliendo de esta manera con el criterio del legislador europeo.

1.4.2. OBLIGACIONES CONTABLES.

Además del requisito formal de la comunicación, el capítulo VII de la LIS recoge otro requisito formal para la aplicación del régimen de diferimiento fiscal, hablamos de las llamadas obligaciones contables.

Conforme a la redacción del art. 86.1 LIS, la entidad adquirente debe incluir en su redacción de la memoria anual la siguiente información relacionada con la operación:

En primer lugar, deberá recoger el periodo impositivo en el que la entidad transmitente adquirió los bienes que se han transmitido en la operación que vaya a quedar acogida al régimen. La finalidad de esta es dilucidar cual sería el importe que debería incluirse en la base imponible de la entidad mercantil en caso de que no se aplique el régimen.

También deberá incluirse en la memoria el último balance cerrado por la entidad transmitente.

En tercer lugar, deberán constar en la memoria los bienes adquiridos que se hayan incorporado a los libros de contabilidad por un valor diferente a aquel por el que figuraban en la entidad transmitente antes de la operación. De esta manera, se mantiene un seguimiento claro e inequívoco de los valores que se manejan y el origen de estos.

Finalmente, deberá quedar manifestado en la memoria la relación de beneficios fiscales de los que haya disfrutado la entidad transmitente, cumpliendo de esta manera la entidad adquirente los requisitos necesarios para continuar aplicando los mismos beneficios fiscales o consolidando los aplicados por la entidad transmitente.

Como es lógico, en salvaguarda de la entidad adquirente, la entidad transmitente quedará obligada a comunicar estos datos a la misma en aras de poder cumplir este requisito formal.

En el art. 86.2 LIS queda recogida la obligación que deben cumplir los socios personas jurídicas. Esta no es otra que la inclusión en su memoria de los valores contables y fiscales de los valores entregados y el valor por el que se hayan contabilizado los valores recibidos.

Finalmente, en el apartado cuarto del mismo art. 86 LIS se hace mención a las consecuencias que puede tener el incumplimiento de este requisito formal de la contabilidad. En cuanto a su calificación, esta acción será considerada como una infracción tributaria grave. En cuanto a su cuantificación, la sanción consistirá en una multa pecuniaria fija de 1.000 € por cada dato omitido, en cada uno de los primeros 4 años que no se incluya, y de 5.000€ por cada dato omitido en cada uno de los años siguientes, con el límite el 5 por ciento del valor por el que la entidad adquirente haya reflejado los bienes y derechos transmitidos en su contabilidad.

2. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL

En el apartado anterior hicimos un repaso de las operaciones a las que le son de aplicación el régimen de neutralidad fiscal, a continuación, vimos la evolución normativa en el ámbito de la Unión Europea y posteriormente en el nacional, pasando a estudiar en el apartado anterior los requisitos formales necesarios para poder aplicarlo, destacando la comunicación de este y las obligaciones contables del art. 86 LIS.

En este apartado le daremos un enfoque más práctico. Veremos que implicaciones tiene la aplicación del régimen y que ventajas pueden reportar desde el punto de vista fiscal. Para ello, nos mantenemos en el Capítulo VII, del Título VII de la LIS (arts. 76-89)

Como es sobradamente conocido, las implicaciones fiscales son un lastre a la hora de realizar distintas operaciones, pues suponen un encarecimiento de estas. El legislador europeo prevé este régimen en el ordenamiento jurídico en un intento por evitar que este factor limite las distintas operaciones de reestructuración.

Como punto de partida, debemos mencionar que este régimen es también conocido como el régimen de diferimiento fiscal. De acuerdo con el Diccionario Panhispánico del español jurídico, se entiende por diferir el hecho de *“Dejar para un momento o fecha posteriores a los inicialmente fijados la realización de una cosa.”*

Exactamente esto es lo que ocurre cuando el régimen de neutralidad fiscal actúa, se produce un diferimiento fiscal, esto es, no florecen las rentas que derivan de la transmisión de los bienes producidas por la reestructuración empresarial, quedando estas latentes hasta el momento en el que la entidad adquirente proceda a la transmisión o enajenación de los valores o bienes recibidos.

Por otro lado, la entidad no recibe los elementos transmitidos de la operación a valor contable, sino que estos se integran en el balance a valor fiscal que poseían en la entidad transmitente.

2.1. RÉGIMEN DE LAS RENTAS DERIVADAS DE LA TRANSMISIÓN

La regulación normativa de las rentas derivadas de la transmisión la encontramos en el art. 77 LIS. En él queda patente que no se integrarán en la base imponible las rentas derivadas de las operaciones anteriormente descritas y que, además, respondan a la siguiente descripción.

En primer lugar, en el apartado a) encontramos las rentas que sean fruto de las transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español de bienes y derechos en él situados. En el supuesto de que la entidad adquirente sea residente en el extranjero no se incluirán en la base imponible aquellas rentas provenientes de la transmisión de elementos que se encuentren afectos a un establecimiento permanente en territorio español.

En el apartado b), el artículo prevé que tampoco se integrarán las rentas derivadas de la transmisión llevada a cabo por una entidad residente en España a

otra con establecimiento permanente en un estado miembro de la Unión Europea.

En el apartado c) nos encontramos con las rentas generadas por las transmisiones llevadas a cabo entre entidades que residen en territorio español y que tienen como objeto la transmisión de establecimientos permanentes no situados en territorio de la Unión Europea.

El apartado d), sin embargo, hace mención a las transmisiones realizadas por entidades no residentes en territorio español de establecimientos permanentes en él situados. Si son rentas procedentes de la transmisión de establecimientos permanentes localizados en suelo español a una entidad residente en España, se podrá diferir esa renta. Por el contrario, si se transmiten a una entidad extranjera, solo podrá excluirse de la base imponible las rentas derivadas de la transmisión de aquellos elementos que queden afectados a un establecimiento permanente en territorio español.

Finalmente, en el apartado e) quedan recogidas las rentas derivadas de las transmisiones realizadas por entidades no residentes en territorio español de participaciones en entidades residentes en territorio español, en favor de entidades residentes en su mismo país o territorio, o en favor de entidades residentes en la Unión Europea.

En este último supuesto de transmisión de participaciones a entidades residentes en la Unión Europea, deberán cumplir, tanto la entidad adquirente como la y transmitente, los requisitos de forma, esto es, que cumpla alguna de las formas recogidas en el apartado A del anexo I de la Directiva 2009/133/CE y de sujeción, esto es, que estén sujetas y no exentas a algún tributo de los recogidos en el apartado B del anexo I de la misma Directiva.

En el segundo apartado del art. 77 LIS encontramos la renuncia al régimen del apartado expuesto hasta ahora. Para ello, bastará con la integración en la base imponible de las rentas derivadas de la transmisión de la totalidad o parte de los elementos patrimoniales, pudiendo optar por la renuncia total o parcial del régimen.

Para concluir con este artículo, como supuesto concreto y excepcional, en el apartado tercero del mismo nos encontramos con que deberá incluirse en todo caso en la base imponible las rentas derivadas de buques o aeronaves o de bienes muebles afectos a su explotación que se pongan de manifiesto en las entidades dedicadas a la navegación marítima y aérea internacional cuando la entidad adquirente no sea residente en territorio español.

2.2. VALORACIÓN FISCAL DE LAS OPERACIONES

Como ya hemos comentado, cuando se producen este tipo de operaciones y se acogen al régimen se produce el fenómeno del diferimiento fiscal. Debido a ello, los bienes y derechos transmitidos no generan la renta o plusvalía que hubiera surgido en ocasiones normales.

Estos bienes o derechos no se integran en la contabilidad de las entidades adquirentes a valor contable, sino que lo harán de acuerdo con una valoración fiscal que queda recogida en los arts.78 y ss. de la LIS.

De este modo, distinguimos la valoración fiscal de los bienes adquiridos, la de las acciones o participaciones y la del canje de valores cuando tenga lugar.

2.2.1. VALORACIÓN FISCAL DE LOS BIENES ADQUIRIDOS.

En el art. 78 LIS encontramos la valoración fiscal de los bienes adquiridos derivados de las operaciones de reestructuración susceptibles de aplicar el régimen de neutralidad fiscal.

De acuerdo con éste, los bienes y derechos adquiridos serán valorados, a efectos fiscales, por los mismos valores fiscales que tenían en la entidad que los transmite antes de realizar la operación, manteniéndose igualmente la fecha de adquisición de la entidad transmitente.

En el hipotético caso de que se aplique la renuncia expuesta en el art. 77 LIS, los bienes y derechos adquiridos serán valorados, fiscalmente, conforme a las reglas del art. 17 LIS. En este supuesto, la fecha de adquisición de estos será la fecha de adquisición a efectos mercantiles.

2.2.2. VALORACIÓN FISCAL DE LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES RECIBIDAS

Para la valoración fiscal de las acciones o participaciones recibidas, fruto de una operación de reestructuración que se acoge a este régimen, debemos acudir al art. 79 LIS para conocer las reglas.

Al amparo de este mismo artículo, las acciones o participaciones recibidas como consecuencia de una aportación de una rama de actividad o de elementos patrimoniales, se valorarán, fiscalmente, por el mismo valor fiscal que tenían en la sociedad transmitente, justo antes de llevar a cabo la operación.

Del mismo modo que ocurría en el supuesto anterior de valoración fiscal de los bienes o derechos adquiridos, en el supuesto de que se ejercite la renuncia, total o parcial, del art. 77 LIS, las acciones o participaciones deberán valorarse conforme a las reglas establecidas en el artículo 17 LIS.

2.2.3. VALORACIÓN FISCAL DEL CANJE DE VALORES

En esta ocasión acudiremos al art. 80 LIS, en que se establece que no se integrará en la base imponible del IS, IRPF, IRNR, las rentas derivadas del canje de valores, siempre y cuando cumplan una serie de requisitos.

El primero de ellos es el de que los socios que realicen el canje de valores sean residentes en territorio español o en el de algún estado miembro de la Unión Europea. También se prevé que sea residente en cualquier otro estado siempre que los valores recibidos sean representativos del capital social de una entidad residente en España.

Cabe destacar que, en el supuesto de que el socio tenga al consideración de entidad en régimen de atribución de rentas, no quedarán integradas en la base imponible de las personas o entidades que sean socios, la renta generada siempre que a la operación le sea de aplicación este régimen fiscal o se realice al amparo de lo establecido en la Directiva 2009/133/CEE

El segundo de los requisitos que encontramos en este artículo es que la entidad que adquiere los valores sea residente en territorio español o se encuentre comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/133/CEE.

Continuando con la redacción del art. 80 LIS, en el apartado segundo queda recogido la valoración de los valores recibidos por la entidad que realiza el canje de valores. Estos serán valorados por el valor fiscal que tenían en el patrimonio de los socios que efectúen la aportación, según las normas de la Ley del IRPF¹⁸. En relación con la fecha de adquisición, se mantendrá la de adquisición de los socios aportantes.

Debemos añadir que, en los casos en que las rentas generadas en los socios no estuvieran sujetas a tributación en territorio español, se tomará el valor de mercado y la fecha de adquisición de las acciones será la de realización de la operación de canje de valores.

En contraparte, los valores recibidos por los socios serán valorados, a efectos fiscales, por el valor fiscal de los entregados, determinado conforme a las normas de la LIRPF o LIRNR. Esta variará en función del importe de compensación complementaria en dinero entregada.

En el último de los apartados de este artículo encontramos lo que ocurre en el caso de que el socio pierda la cualidad de residente en territorio español. En este supuesto, se integrará en la base imponible del IRPF o IRNR la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de las acciones o participaciones, siempre

y cuando estas no estén afectas a un establecimiento permanente situado en territorio español.

En el caso de que la nueva residencia del socio sea la de un estado miembro de la Unión Europea o un país miembro del Espacio Económico Europeo podrá aplazarse el pago de la deuda tributaria hasta que las acciones o participaciones se transmitan a terceros.

Si el socio recupera la cualidad de contribuyente en España antes de transmitir estas acciones o participaciones a terceros, podrá solicitar la rectificación de la correspondiente autoliquidación del impuesto.

Finalmente, hay que destacar que el régimen fiscal del canje de valores no será de aplicación cuando las entidades intervinientes en la operación tengan su domicilio en países o territorios calificados por España como paraísos fiscales, implicando la integración de las rentas en la base imponible del impuesto.

2.2.4. VALORACIÓN FISCAL DE LAS OPERACIONES DE FUSIÓN / ESCISIÓN

En el art. 81 LIS queda recogida la tributación de los socios derivada de las operaciones de fusión y escisión recogidas en este régimen y de las que ellos participan. La estructura del presente artículo es similar a la del art. 80 LIS y sigue la estructura de aclarar si se integran o no en la base imponible las rentas originadas por las operaciones en cuestión.

El primero de los apartados reza que no se integrarán en la base imponible las rentas derivadas que se pongan de manifiesto con ocasión de la atribución de valores de la entidad adquirente a los socios de la entidad transmitente, siempre que se trate de residentes en territorio español o de algún otro estado miembro de la Unión Europea, siendo necesario en este último caso que los valores sean representativos del capital social de una entidad residente en territorio español.

Cuando el socio tenga la consideración de entidad en régimen de atribución de rentas ocurre lo mismo que para el canje de valores expuesto anteriormente, esto es, que no se integrarán en la base imponible del socio siempre que a la operación le sea de aplicación el presente régimen o la Directiva 2009/133/CEE.

En cuanto a su valoración, los valores recibidos como resultado de la operación de fusión o escisión se valorarán, a efectos fiscales, por el valor fiscal de los entregados, determinado de acuerdo con las normas del IS, IRPF o IRNR. Esta valoración deberá incrementar o disminuir en función del dinero entregado

como compensación complementaria. En relación con la fecha, conservará la de adquisición de los entregados.

En el supuesto de que el socio pierda la cualidad de residente en territorio español, se integrará en la base imponible del impuesto correspondiente la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de las acciones o participaciones transmitidas, salvo que estén quedadas afectas a un establecimiento permanente situado en territorio español.

Finalmente, en el último de los apartados queda reflejado que se integrarán en la base imponible del impuesto en cuestión las rentas obtenidas en operaciones en las que intervengan entidades domiciliadas o establecidas en países o territorios que tengan la condición de paraísos fiscales u obtenida a través de ellos.

3. LA CLÁUSULA ANTIABUSO

Uno de los aspectos más importantes y debatidos del régimen especial de neutralidad fiscal es su implementación. Más allá de la obligatoria notificación a la Administración Tributaria, que ya hemos examinado, el artículo 89 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) prohíbe la aplicación de este régimen cuando la operación en cuestión tenga como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal. En particular, según la LIS, se presume que, si la operación no tiene motivos económicos válidos, como la reestructuración o racionalización de las actividades de las entidades implicadas, el propósito principal es el fraude o la evasión fiscal. Esta restricción, establecida en el artículo 89 de la LIS, actúa como una cláusula anti-elusión diseñada para preservar la neutralidad del régimen especial.

Para comprender a fondo los detalles de esta norma, es esencial estudiar el concepto de cláusula anti-elusión o antiabuso, su origen, los motivos económicos válidos, así como su desarrollo y aplicación.

3.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA

El camino hacia la actual cláusula antiabuso, recogida en la vigente Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS), ha sido largo y complejo. Antes de abordar el contenido actual de esta norma, es necesario realizar un análisis retrospectivo que explore la evolución de este concepto desde sus inicios hasta nuestros días.

El punto de partida de esta evolución se encuentra en Europa, específicamente en la Directiva 90/434/CEE del Consejo, emitida el 23 de julio de 1990.

Esta Directiva se centraba en establecer un régimen fiscal común aplicable a operaciones como fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros. El objetivo principal de la Directiva era *“crear en la Comunidad condiciones análogas a las de un mercado interior, y garantizar así el establecimiento y el buen funcionamiento del mercado común”*. Para alcanzar este objetivo, se sostenía que *“dichas operaciones no deben verse obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros”*. La Directiva concluyó que las normas fiscales existentes penalizaban estas operaciones cuando se comparaban con las realizadas entre sociedades dentro de un mismo Estado miembro, y que era imperativo eliminar dichas penalizaciones.

El Consejo de la Unión Europea entendió que la mejor forma de alcanzar estos objetivos era mediante la armonización de las normativas fiscales entre los Estados miembros. Se argumentaba que las diferencias entre los regímenes fiscales de los diferentes países podían generar distorsiones en el mercado, y que solo un régimen fiscal común podría ofrecer una solución satisfactoria.

Dentro de este marco normativo, se introdujo por primera vez la idea de una cláusula antiabuso. El Consejo consideró que era necesario prever la facultad de los Estados miembros para rechazar la aplicación de los beneficios de la Directiva cuando las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos o canje de acciones tuvieran como objetivo el fraude o la evasión fiscal. Este principio fue plasmado en el artículo 11 de la Directiva, donde se hacía referencia a la necesidad de que las operaciones contaran con motivos económicos válidos. No obstante, esta primera formulación de la cláusula antiabuso presentó grandes problemas de interpretación, especialmente en lo que respecta a la relación entre la ausencia de motivos económicos válidos y la presunción de fraude fiscal.

La transposición de esta Directiva al ordenamiento jurídico español se produjo a través de la Ley 29/1991¹⁹, en la cual la cláusula antiabuso quedó reflejada en el artículo 16.2. Este artículo hacía una única referencia a la conducta de fraude y evasión fiscal, manteniendo así el sentido de la presunción establecida en la Directiva. Posteriormente, con la Ley 43/1995, que regulaba el Impuesto sobre Sociedades, se mantuvo vigente el espíritu de la Directiva prácticamente en los mismos términos a través del artículo 110.2. En este contexto, Falcón y Tella señaló que una interpretación conforme a la Directiva debía llevar a la conclusión de que la presunción de fraude o evasión fiscal constituía una presunción

“iuris tantum” y no una regla sustantiva que permitiera automáticamente inaplicar el régimen de diferimiento.

Años después, la Ley 14/2000²⁰, con el fin de precisar el sentido jurídico de la norma, estableció en su artículo 2 que *“en particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos”*. Estos términos se mantuvieron casi intactos en el artículo 96.2 del Real Decreto Legislativo 4/2004, que es el antecedente inmediato del actual artículo 89.2 de la vigente LIS. La principal diferencia entre ambos es mínima, como se discutirá más adelante. Finalmente, el cuerpo de la Directiva, junto con todas las modificaciones que sufrió, fue codificado en su sucesora, la Directiva 2009/133/CEE, que ya se mencionó en la introducción.

Según López Tello²¹, un análisis de las exposiciones de motivos y del contenido de las leyes españolas en la materia revela claramente que el legislador español trasladó directamente las soluciones de la Directiva al régimen fiscal interno de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores. Sin embargo, como señala Soto López²², la divergencia entre la redacción de la cláusula antiabuso en el derecho español y la comunitaria ha generado una polémica doctrinal considerable. Esta controversia se centra en un aspecto crucial: si el segundo inciso del artículo 89.2 (la ausencia de motivos económicos válidos) constituye un supuesto autónomo del primer inciso (inaplicación del régimen) o si debe considerarse un caso especial. Palao Taboada²³ destaca que la doctrina se ha dividido entre quienes apoyan la tesis autonomista, que defiende la inaplicación del régimen cuando no concurren motivos económicos válidos, aunque el objetivo final de la operación no sea el fraude o la evasión fiscal; y los que apoyan la tesis de la especialidad, que sostienen que la inexistencia de motivos económicos válidos es solo un indicio de fraude o evasión, pero que no implicaría automáticamente la inaplicación del régimen.

Aunque el legislador ha buscado reiteradamente una mayor concreción en la norma antiabuso, la cuestión de los motivos económicos válidos sigue siendo un aspecto muy criticado tanto por la jurisprudencia como por diversos organismos. En este contexto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha desempeñado un papel crucial como el máximo intérprete de esta cuestión, siendo sus decisiones una referencia obligada en la materia a través de las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales. Un ejemplo notable es el caso *Leur-Bloem*²⁴, en el que el TJUE subrayó en el apartado 39 de su sentencia que “el Estado miembro puede constituir una presunción de fraude o evasión fiscal cuando una de las operaciones contempladas no se efectúe por

motivos económicos válidos”. No obstante, en el apartado 41, el TJUE añadió que para determinar si la operación persigue un objetivo de estas características, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben realizar un examen global caso por caso.

Con estas palabras, el TJUE deja claro que la cláusula antiabuso no puede aplicarse de manera automática bajo ciertos estándares generales. Es necesario un análisis profundo de la operación en cuestión para determinar cuál es el objetivo principal que se persigue. Aunque Falcón y Tella²⁵ reconocen una cierta ambigüedad en la mencionada sentencia, sostienen que no puede interpretarse en el sentido de que basta con la existencia de un móvil fiscal para denegar la aplicación del régimen de diferimiento.

La doctrina europea ha influido en múltiples ocasiones en la jurisprudencia de los tribunales españoles. Un ejemplo es la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de abril de 2013²⁶, que en su fundamento jurídico noveno establece que *“la exclusión de la normativa contenida en la Ley 29/91, basada en una presunción relativa a que la fusión se realizó con fines de fraude o evasión fiscal, debe 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”*.

De manera similar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2014²⁷, en su fundamento jurídico segundo, niega que se pueda calificar el supuesto como fraude de ley, argumentando que *“la existencia misma de la cláusula antiabuso elimina esta posibilidad”*. El Tribunal Supremo aclara que el fraude de ley es una figura jurídica que solo puede darse cuando no existe una infracción directa de una norma; de existir tal infracción, estaríamos ante una violación directa de la norma, y no ante un caso de fraude de ley. La cláusula antiabuso, en este sentido, subordina la aplicación del régimen especial a la existencia de motivos económicos válidos. Por lo tanto, si no existen tales motivos, se estaría infringiendo directamente la norma, lo que llevaría a la aplicación del régimen general.

3.2. DESARROLLO NORMATIVO ACTUAL

El propósito principal del régimen especial de diferimiento es asegurar la neutralidad fiscal cuando las empresas deciden realizar ciertas operaciones de reestructuración. Dicho de otro modo, este régimen busca evitar que los efectos

fiscales derivados de estas operaciones generen una ventaja fiscal indebida al tiempo que evita ser un obstáculo para las entidades que participan en dichas operaciones. Para impedir que el costo fiscal se traduzca en una reducción de la actividad empresarial, el régimen especial de neutralidad fiscal permite posponer el reconocimiento de las plusvalías que resultan de la transmisión de activos llevada a cabo en el marco de estas operaciones, así como de las participaciones que se otorgan como contraprestación.

En muchos países, se han incorporado cláusulas antiabuso dentro de sus marcos jurídicos fiscales, las cuales se organizan en dos tipos: cláusulas generales y específicas, presentes también en la legislación española. La cláusula general antiabuso (GAAR, por sus siglas en inglés) establece un marco amplio para identificar situaciones en las que, sin haber una infracción directa de la ley, se busca prevenir el abuso de la normativa fiscal. Por otro lado, las cláusulas específicas antiabuso (SAAR) se enfocan en situaciones particulares y detallan en la ley las normas específicas que regulan infracciones concretas.²⁸

Para preservar la neutralidad fiscal, el legislador europeo incluyó en la Directiva 2009/133/CE una cláusula anti elusiva o antiabuso. Esta disposición introduce un requisito adicional para que se aplique el régimen especial de diferimiento: la cláusula establece que dicho régimen solo será aplicable cuando los motivos de la operación sean estrictamente económicos y no busquen como objetivo principal la evasión o el fraude fiscal, ni obtener una ventaja fiscal inapropiada.

La práctica de integrar cláusulas antiabuso en la legislación recibe diferentes denominaciones según el país, tales como la teoría de los motivos económicos válidos, la razón de los negocios, la sustancia sobre la forma, o el principio del beneficio. Alrededor de estas cláusulas antiabuso, existe un amplio debate jurídico reflejado en la jurisprudencia y en la doctrina, particularmente en relación con su aplicación, contenido y regulación. Es posible afirmar que el abuso o la elusión fiscal consisten en elementos tanto objetivos como subjetivos. El elemento objetivo se refiere al aspecto económico del hecho imponible, mientras que el elemento subjetivo se relaciona con la intención del sujeto que realiza la operación²⁹. Algunos autores sostienen que el abuso o la elusión ocurre con solo la presencia del elemento objetivo, sin importar la intención, como lo afirmaba Dino Jarach³⁰, quien argumentaba que se cometía abuso tanto si existía la intención de evadir el impuesto como si no. Por otro lado, autores como Violeta Ruiz Almendral y Georg Seitz creen que para que haya abuso es necesario que se cumplan tanto el elemento objetivo como el subjetivo.

Es crucial analizar la cláusula antiabuso dentro de nuestra legislación y los debates que la rodean. Después de la transposición de la Directiva europea a nuestra normativa, esta cláusula antiabuso se incorporó en el artículo 89.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Dicho artículo establece que el régimen especial no será aplicable cuando la operación realizada tenga como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal. En particular, la ley señala que el régimen no se aplicará cuando la operación no se realice por motivos económicos válidos, como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades participantes, sino que se lleve a cabo con el único propósito de obtener una ventaja fiscal. Además, las verificaciones de la Administración tributaria que determinen la inaplicabilidad total o parcial del régimen especial anularán únicamente los efectos de la ventaja fiscal obtenida.

A modo de resumen, el artículo 89.2 excluye la aplicación del régimen especial de diferimiento cuando la operación tiene como objetivo principal la evasión o el fraude fiscal, cuando no está sustentada en motivos económicos válidos, o cuando se realiza con el fin de obtener una ventaja fiscal. A continuación, es importante aclarar los conceptos de fraude o evasión fiscal, ventaja fiscal y motivos económicos válidos para comprender mejor esta normativa.

3.2.1. FRAUDE O EVASIÓN FISCAL.

La Ley del Impuesto sobre Sociedades establece que el régimen especial de diferimiento no se aplicará a las operaciones de reorganización empresarial cuando el principal objetivo de dichas operaciones sea el fraude o la evasión fiscal. La interpretación y aplicación práctica de lo que se considera fraude o evasión fiscal es un tema complejo y objeto de amplio debate. Para una mejor comprensión de este concepto, es útil examinar los artículos 13, 15 y 16 de la Ley General Tributaria, que incluyen cláusulas específicas diseñadas para proteger el ordenamiento jurídico tributario y que, en su aplicación, se entienden como mecanismos para prevenir el fraude o la evasión fiscal.

El artículo 13 de la Ley General Tributaria subraya la importancia de calificar las obligaciones tributarias según su verdadera naturaleza jurídica, independientemente de su denominación, forma o cualquier defecto que pudiera alterar su carácter jurídico. Como señala la Audiencia Nacional en una sentencia del 6 de marzo de 2014³¹, la recalificación de una obligación tributaria solo es válida si la calificación inicial fue errónea y existe *"una divergencia fácilmente apreciable entre la forma externa del negocio y la que resulta de su régimen jurídico."*

El artículo 15 de la misma ley aborda el concepto de conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Este artículo se refiere a situaciones en las que el contribuyente no infringe directamente una norma fiscal, pero utiliza de manera atípica otras formas jurídicas para eludir las consecuencias de una correcta aplicación de las normas. Esto puede implicar la reducción de la base o deuda tributaria, o el intento de evitar la realización del hecho imponible.

El artículo 16 se centra en las consecuencias de la simulación, un caso en el que se realiza un negocio formal para ocultar otro negocio jurídico real que contraviene la normativa tributaria. La simulación debe ser declarada por la Administración tributaria. Como lo explica una sentencia del Tribunal Supremo del 20 de septiembre de 2005³², la esencia de la simulación radica en la discrepancia entre la causa real y la declarada. Además, esta sentencia distingue entre simulación absoluta, en la que no existe causa real alguna tras la apariencia creada, y simulación relativa, en la que la verdadera intención de las partes se oculta detrás de un negocio simulado.

Existen interesantes debates doctrinales sobre la diferenciación práctica entre los conceptos de simulación y fraude o conflicto en la aplicación de la norma tributaria, en el contexto del fraude o la evasión fiscal. Teóricamente, se diferencian en que la simulación implica la intención de ocultar el negocio jurídico real, como se refleja en varias sentencias del Tribunal Supremo que enfatizan que la simulación conlleva un componente de engaño, mientras que el fraude de ley no oculta nada y se enfoca en causar un perjuicio. Sin embargo, algunos autores, como De Castro³³, argumentan que existe una unidad entre simulación y fraude, ya que el fraude también puede implicar alguna forma de ocultación, aunque la doctrina moderna tiende a separar estos dos conceptos.

En conclusión, para determinar la inaplicabilidad del régimen especial de diferimiento, el principal objetivo de la operación debe ser el fraude o la evasión fiscal, entendiendo estos conceptos de manera amplia, como un conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Esta perspectiva fue una de las novedades más destacadas en la reforma de la Ley General Tributaria de 2003, cuyo propósito, según se indica en la exposición de motivos, era fortalecer la capacidad de la Administración para combatir el fraude de ley. Por lo tanto, no se requiere un componente de intencionalidad o engaño para demostrar la existencia de fraude de ley, lo que aproxima este concepto al abuso de derecho contemplado en el artículo 7 del Código Civil.

3.2.2. ECONOMÍA DE OPCIÓN: VENTAJA FISCAL

El concepto de "*economía de opción*" fue introducido inicialmente por Larraz³⁴ en 1952, quien argumentó que un contribuyente puede tener varias alternativas para alcanzar el mismo objetivo económico, pero con diferentes implicaciones fiscales. Ferreiro (2001) expone que, si se elige entre dos opciones que resultan económicamente iguales por razones meramente fiscales, se está ejerciendo la "*economía de opción*". Este concepto tiene su origen en la autonomía de la voluntad, reconocida en el artículo 1255 del Código Civil, que permite a un empresario decidir cómo estructurar sus operaciones para minimizar su carga fiscal, siempre que no esté obligado a realizar un hecho imponible específico³⁵. Por lo tanto, la economía de opción se refiere a un acto, contrato o negocio legal y económicamente válido, aunque se haya escogido principalmente para reducir el costo fiscal.

Sin embargo, es crucial no confundir la economía de opción con la opción tributaria. En el contexto de la neutralidad impositiva en reorganizaciones empresariales, la opción tributaria hace referencia a la selección entre diferentes regímenes impositivos que la normativa ofrece según las situaciones particulares del contribuyente. En el régimen específico que estamos examinando, la distinción entre estos dos términos es evidente: durante una reorganización empresarial, la ley fiscal brinda un régimen ordinario (como establece el artículo 17 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, LIS) y un régimen especial (según el Capítulo VII del Título VII de la LIS), lo que representa una opción tributaria. En cambio, si una empresa lleva a cabo una planificación impositiva antes de la reorganización, considerando las distintas alternativas fiscales disponibles para optimizar el ahorro, está realizando una economía de opción.

Las reglas y principios que regulan la aplicación e interpretación de las leyes tributarias no deben limitar la libertad de los contribuyentes para evaluar las consecuencias fiscales al tomar decisiones económicas. No obstante, esta libertad encuentra un límite cuando se traspasa la línea hacia la simulación, que puede ser total (cuando se inventa un acto jurídico que no existe) o parcial (cuando se da una apariencia distinta a un acto real y existente). La simulación, lejos de ser un acto lícito, es una restricción en la frontera entre la economía de opción y la evasión fiscal, ya que carece de respaldo legal. Según el artículo 15 de la Ley General Tributaria (LGT), la simulación se considera un fraude de ley, lo que permite la aplicación analógica del tributo, en contraste con la regla general del artículo 14 de la LGT, que regula las excepciones para el hecho imponible, las exenciones y los beneficios fiscales. Si la Administración prueba de manera

concluyente que una operación se ha llevado a cabo con una causa falsa o ilícita, como afirma el Tribunal Supremo en su sentencia del 2 de noviembre de 2002, la Administración aplicará la norma correspondiente al hecho imponible realmente ejecutado.

En relación con la motivación y el propósito del negocio jurídico en el contexto de la elusión fiscal, existen diversas teorías. Según MARÍN (2009), el hecho de que una planificación fiscal genere un resultado que contradiga el principio de capacidad económica a través de la interpretación de la norma no es suficiente para considerarla como elusión fiscal. Para MARÍN, además de este resultado no deseado por la norma, es necesario considerar la motivación detrás de la acción para que se configure la elusión fiscal. En contraste, otros autores como FALCÓN Y TELLÁ (1995) sostienen que el problema no radica en la intención del contribuyente de lograr un ahorro fiscal al elegir la opción más conveniente para sus intereses, lo cual es perfectamente legal, sino en si dicha operación se ajusta o no a la realidad y a la norma tributaria.³⁶

MARÍN (2009)³⁷ argumenta que la elusión fiscal se limita a aquellas situaciones en las que el resultado que el contribuyente intenta alcanzar mediante la aplicación de la norma es cuestionado por la misma normativa tributaria. Este concepto está vinculado a un carácter de artificialidad que distorsiona la correcta aplicación de la norma. Por lo tanto, la diferencia entre la economía de opción, que se basa en la planificación fiscal, y la elusión fiscal, radica en los criterios establecidos por el legislador para calificar una conducta como ilícita cuando su motivación principal es fiscal.

En la lucha de los Estados contra la evasión fiscal, han aparecido diversas teorías, especialmente dentro de la doctrina anglosajona. Una de las más destacadas es la doctrina de la "sustancia económica", que pone el foco en los verdaderos efectos económicos de las transacciones realizadas, adoptando un enfoque estrictamente objetivo. Esta teoría surgió como respuesta al incremento de estrategias complejas de "ingeniería fiscal", cuyo fin principal es reducir la carga impositiva utilizando pérdidas o créditos fiscales (conocidos como "tax shelters"). Dada la complejidad de estas maniobras, la forma más efectiva de analizarlas es evaluando tanto los métodos empleados como las repercusiones económicas y fiscales, y su conformidad con las normativas vigentes. Sin embargo, la aplicación más amplia de esta doctrina en Estados Unidos ha evidenciado limitaciones, ya que no tiene en cuenta los factores subjetivos del contribuyente.

Otra doctrina relevante en la aplicación de cláusulas anti-abusivas es la de *"sustancia sobre la forma"*, ampliamente utilizada por la jurisprudencia europea continental para evaluar posibles abusos en la aplicación de las normas tributarias. Según esta doctrina, el objeto de las normas tributarias no lo constituye un negocio jurídico en sí, sino la relación económica que éste crea. A diferencia de la doctrina de la *"sustancia económica"*, esta teoría toma en cuenta la verdadera naturaleza del negocio jurídico para determinar su adecuación a la norma tributaria mediante un análisis más global que considera aspectos subjetivos. Esta doctrina está reflejada en la normativa tributaria española, específicamente en el artículo 13 de la Ley General Tributaria (LGT), que establece que *"las obligaciones tributarias se exigirán de acuerdo con la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, independientemente de la forma o denominación que los interesados le hayan dado, y sin considerar los defectos que pudieran afectar su validez"*. Además, esta doctrina permite evaluar comportamientos que, aunque en principio parezcan conformes con el Derecho, pueden constituir un ilícito a efectos fiscales si la realidad económica y subjetiva del negocio jurídico así lo indica.

En este sentido, el legislador español, siguiendo la normativa comunitaria, ha optado por utilizar los *"motivos económicos válidos"* como herramienta principal para identificar las operaciones elusivas dentro del régimen especial de neutralidad fiscal.

La cláusula antielusión dentro del régimen de neutralidad fiscal, descrita en el artículo 89 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS), tiene una naturaleza diferente a las normativas generales antiabuso, lo que implica que no es necesario emplear los procedimientos tributarios especiales que se aplican a esas reglas generales³⁸. Esta disposición fue introducida inicialmente como parte del régimen especial de neutralidad mediante la Directiva 90/434/CEE, cuyo artículo 11.1 es casi idéntico al artículo 89 actual de la LIS. Sin embargo, la evolución de esta cláusula no ha sido uniforme, ya que ha experimentado varias modificaciones desde su primera inclusión con la Directiva hasta la reforma de 2014 del Impuesto sobre Sociedades.

Inicialmente, la Ley 29/1991, que incorporó la Directiva al ordenamiento español, trasladó la cláusula antiabuso en su artículo 16, limitándose a mencionar el fraude o la evasión fiscal, sin hacer referencia a los motivos económicos válidos. Posteriormente, esta norma fue derogada por la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades, que en su artículo 110 mantuvo la misma redacción que la norma de 1991. Fue con la Ley 14/2000 que se produjo una modificación más significativa en la aplicación del régimen de neutralidad: además de

incorporar el régimen de comunicación a la Administración, por primera vez se incluyó en la normativa española el concepto de "motivo económico válido".

A lo largo de esta evolución legislativa, un aspecto que ha permanecido constante en las distintas reformas es la prohibición de que la operación tenga como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal. Según el Tribunal Supremo, esta expresión no es equivalente al concepto de fraude previsto en la Ley General Tributaria (LGT) de 1963, que era más estricto, sino que se aproxima más al concepto de abuso del derecho recogido en el artículo 7.2 del Código Civil, el cual ha inspirado la figura actual de "conflicto en la aplicación de la norma tributaria" que sustituyó al fraude fiscal en la LGT de 2003.

En este escenario, la restricción sobre el uso del régimen especial no se aplica a transacciones que carecen de una causa legítima o concreta, sino a aquellas cuyo objetivo primordial o único sea obtener un beneficio fiscal. La evaluación que realice la Administración o el tribunal competente al negar la aplicación del régimen especial no debe concentrarse en comprobar si hay un objetivo económico o fiscal que sustente la transacción, ni en analizar su validez desde una óptica civil o comercial.

3.2.3. LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS

3.2.3.1. *Concepto y criterios de aplicación*

El siguiente componente clave de la cláusula antifraude contenida en el artículo 89 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) es la exigencia de que existan motivos económicos válidos. Este artículo establece en su segundo apartado que "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". A partir de esta lectura inicial, se identifica un primer requisito general (fraude o evasión) y uno específico (motivos económicos válidos), cuya interpretación deberá realizarse con carácter subsidiario.³⁹

Los motivos económicos válidos representan un concepto que carece de una definición jurídica precisa, ya que dependen de las circunstancias específicas de cada operación. A pesar de que la introducción de la doctrina del "business purpose" podría implicar lo contrario, en el ámbito del derecho español, las razones e intenciones de las partes no tienen una relevancia jurídica en sí

mismas. En cambio, es fundamental considerar un concepto que ya está establecido en el ordenamiento jurídico español: la causa del contrato.⁴⁰

Por otro lado, el segundo requisito del artículo 89 de la LIS puede entenderse de dos formas en relación con el primero. La primera interpretación plantea que la ausencia de razones económicas legítimas es un caso separado de la existencia de fraude o evasión fiscal. Esta perspectiva se apoya en una lectura literal del término "en particular", lo que sugiere que el régimen especial no se aplicaría tanto cuando la operación busque el fraude o la evasión fiscal, como cuando su único fin sea obtener un beneficio fiscal, es decir, cuando no haya motivos económicos válidos.

Por otra parte, a diferencia de la interpretación anterior, también se puede entender que la falta de razones económicas válidas es un caso particular de inaplicabilidad del régimen especial, ligado al criterio general de fraude o evasión fiscal. Es decir, habría un único supuesto general con dos componentes específicos. De este modo, para que se pueda rechazar la aplicación del régimen, la operación tendría que cumplir con ambos criterios: que implique fraude o evasión fiscal y, además, que no esté justificada por motivos económicos legítimos.

En este marco, es fundamental diferenciar entre la evasión o el fraude fiscal y la obtención de un beneficio fiscal. Como se discutirá más adelante, la idea de motivos económicos válidos (o su falta) abarca más que el concepto de fraude o evasión fiscal. La idea de ventaja fiscal está relacionada con el artículo 15 de la actual Ley General Tributaria (LGT), que, como se mencionó previamente, se fundamenta en la noción de abuso de derecho del Código Civil. En cambio, el término fraude o evasión fiscal en la primera parte está más asociado a la LGT de 1964, que era mucho más rigurosa. En este contexto, el fraude o la evasión se entienden como violaciones directas de la normativa tributaria (incluyendo el fraude de ley y la ocultación), mientras que la ventaja fiscal se refiere a beneficiarse de un régimen impositivo más favorable que el que se aplicaría si la transacción no se llevara a cabo o no se basara en motivos económicos válidos. Esto podría resultar en la eliminación parcial o total del hecho imponible o en la reducción de la base imponible o de la deuda tributaria. Por lo tanto, si consideramos la primera interpretación mencionada anteriormente (la perspectiva autonomista), el régimen especial podría no ser aplicable cuando el objetivo primordial de la transacción sea el fraude fiscal o la mera obtención de un beneficio fiscal.

En consecuencia, si hay un objetivo diferente al estrictamente fiscal y no existe intención de cometer fraude o evasión, el contribuyente tiene derecho a

la aplicación del régimen especial. Sin embargo, es crucial considerar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que interpreta que el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que el de fraude fiscal. Esta interpretación del TJUE debe entenderse en beneficio del contribuyente, quien puede justificar la operación apelando a un concepto jurídico más amplio y, por tanto, más fácil de demostrar. Este enfoque se refleja en la sentencia del caso *Leur-Bloem*, donde el TJUE impide imponer restricciones generales a la aplicación del régimen especial. En resumen, para negar la existencia de motivos económicos válidos, el análisis de la calificación de los negocios requiere la identificación de anomalías objetivas que se presuman como justificadas por motivos fiscales. De esto se deduce que la existencia de motivos económicos válidos implica una situación previa de legalidad fiscal, y solo cuando estos están presentes, el contribuyente está facultado para elegir la opción fiscal más ventajosa dentro de las permitidas por la normativa; es decir, los motivos económicos válidos deben preceder a la optimización fiscal.⁴¹

El concepto de motivo económico válido se articula como una medida con dos objetivos principales⁴²: primero, prevenir la evasión fiscal (que erosiona las bases imponibles) y, segundo, garantizar la correcta aplicación del régimen especial, asegurando así su propósito de mantener la neutralidad fiscal. Sin esta medida, demostrar dicha neutralidad sería muy complicado, lo que podría generar efectos contrarios a los previstos por la ley, convirtiéndose en un incentivo que influiría en las decisiones empresariales.

La doble naturaleza de esta medida queda claramente reflejada en el desarrollo que el artículo 89 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) hace sobre el concepto de "motivos económicos válidos". Por un lado, se aclara de forma positiva, ejemplificando qué se considera como motivos económicos válidos (como la reestructuración o racionalización de las actividades de las entidades implicadas en la operación), mientras que en la segunda parte se ofrece una definición negativa, refiriéndose a cuando el único objetivo es obtener una ventaja fiscal. Para aumentar la seguridad jurídica, la Dirección General de Tributos ha definido lo que se entiende por reestructuración o racionalización empresarial, considerándolas acciones orientadas a ajustar las dimensiones, capacidad productiva o características técnicas de las empresas a las demandas del mercado, así como a organizar sus actividades para hacerlas más productivas, rentables y eficientes. En resumen, la operación debe tener un objetivo económico legítimo que la justifique.

Según la Dirección General de Tributos, los motivos económicos válidos deben estar orientados a objetivos como la simplificación y racionalización de la estructura empresarial, lo que implica reducir las obligaciones administrativas, mercantiles y fiscales, y, en consecuencia, disminuir los costos asociados a una estructura obsoleta e ineficiente desde el punto de vista empresarial. También pueden incluir la optimización en la gestión de los principales activos al simplificar el proceso de toma de decisiones sobre el negocio, así como la mejora en la estructura de recursos propios, solvencia e imagen de la sociedad absorbente ante proveedores y entidades financieras, lo que incrementa su capacidad para obtener financiamiento bancario.

De esta doctrina administrativa, posteriormente confirmada por la jurisprudencia⁴³, se desprende que la operación debe tener un propósito económico real para la sociedad adquirente, y no solo para sus socios. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la existencia de motivos puramente organizativos o estratégicos empresariales no implica automáticamente la presencia de motivos económicos en términos de productividad, eficiencia, rentabilidad o demandas del mercado, ya que los primeros son más amplios. Esto se debe a que una reorganización empresarial puede responder a razones organizativas que, aunque económicas, tienen un predominante carácter fiscal, lo que los hace inválidos. Este punto es clave, ya que debe tenerse en cuenta que las operaciones de reestructuración generan efectos inherentes que, por sí solos, no constituyen un motivo económico válido suficiente. En el caso de las fusiones, por ejemplo, el ahorro de costes no puede considerarse automáticamente un motivo económico válido, ya que es un resultado esperable de este tipo de operaciones. En resumen, la normativa exige que la transacción persiga un objetivo empresarial que vaya más allá del simple beneficio fiscal, aunque no necesariamente implique una reestructuración o racionalización de las actividades de la empresa. Además, la jurisprudencia requiere que la operación sea habitual, es decir, que no se realice exclusivamente para aprovechar las ventajas previstas en la normativa. De igual manera, el Tribunal Supremo considera que el uso de mecanismos "normales o racionales" para el objetivo declarado es una evidencia clara de que la operación se lleva a cabo por motivos que no son únicamente fiscales⁴⁴.

Por otro lado, es crucial considerar los recursos humanos y materiales de las entidades involucradas en una operación de reestructuración, así como la realidad de su actividad, dado que la entidad adquirente debe contar con los recursos necesarios para continuar con la actividad empresarial después de la reestructuración. En este contexto, la inactividad de una de las sociedades

participantes puede ser un factor significativo. Aunque la inactividad no excluye automáticamente a la sociedad del régimen especial, sí puede ser un indicio de una posible motivación fraudulenta que la Administración podría argumentar.

La doctrina administrativa generalmente no considera la inactividad como un motivo para excluir del régimen especial, pero reconoce que tales operaciones pueden presentar un alto riesgo de estar motivadas por razones fiscales⁴⁵. Lo más relevante en estos casos es evaluar los recursos que se transfieren y las posibles consecuencias de la operación en términos de su utilidad. Sin embargo, si la inactividad de una sociedad se combina con la existencia de bases imponibles negativas transferibles a la entidad adquirente, estas circunstancias podrían levantar sospechas sobre la validez de los motivos económicos. Otro aspecto para considerar es el momento en que se crea una entidad que será parte de la reestructuración, ya que podría ser indicio de fraude si se acompaña de inactividad⁴⁶.

Para determinar si la operación está justificada por motivos económicos válidos, la Administración Tributaria debe llevar a cabo un análisis exhaustivo y retrospectivo del caso, ya que esta es la única forma de aclarar los motivos de la operación y evaluar la relevancia del aspecto económico frente al fiscal. Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en casos como *Leur-Bloem* y *Foggia*⁴⁷, a limitación del régimen especial no puede apoyarse en cláusulas generales, sino que debe evaluarse individualmente en cada situación, sin permitir una interpretación analógica de los motivos económicos válidos en casos similares.

Este análisis debe seguir un criterio de proporcionalidad, examinando la verdadera importancia del motivo económico en la toma de decisiones⁴⁸. Además, se deben considerar las operaciones que precedieron, acompañaron y siguieron a la reestructuración, con especial atención a las que se produjeron después⁴⁹. Particularmente relevante es la venta o liquidación de entidades resultantes de la reestructuración, ya que estas acciones pueden indicar que la reestructuración tenía un propósito fiscal, lo que implicaría la falta de motivos económicos válidos⁵⁰. Tampoco se consideran válidos los motivos económicos cuando una entidad escindida se liquida o cuando se modifica la estructura del capital social principalmente para obtener beneficios fiscales.

El análisis global no solo debe considerar las operaciones en sí y las circunstancias subjetivas que las rodean, sino también el momento y el contexto en el que se llevan a cabo. La doctrina administrativa subraya que la justificación de los motivos económicos válidos no solo aplica a la operación en sí, sino también al momento de su realización. Si no se perciben motivos válidos, la Dirección

General de Tributos puede excluir la operación del régimen especial⁵¹. Además, las expectativas sobre la durabilidad de la estructura creada también son relevantes, como lo señaló el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que indicó que una estructura creada para un período limitado podría sugerir fraude, aunque también podría estar basada en motivos económicos como en el caso *Leur-Bloem* al que ya hemos hecho referencia.

En reestructuraciones complejas, donde se llevan a cabo múltiples operaciones, es crucial realizar un análisis global. Aunque es necesario evaluar todo el proceso de reestructuración en conjunto, esto no impide que se puedan identificar motivos económicos válidos para algunas operaciones y no para otras dentro del mismo marco de reestructuración.

En otro aspecto relevante del análisis integral de la operación, es fundamental considerar la existencia de bases imponibles negativas pendientes en la sociedad que será adquirida. Estas bases, como se ha mencionado antes, pueden transferirse a la entidad adquirente durante una operación sujeta al régimen especial, y podrían ser utilizadas en ejercicios fiscales posteriores, siempre que se respeten los límites establecidos por la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS). La jurisprudencia, al igual que en el caso de la inactividad de una entidad participante, no considera automáticamente que la existencia de estas bases imponibles negativas descalifique los motivos económicos de la operación. No obstante, es esencial que estas bases no sean la razón principal de la reestructuración, que la entidad absorbente continúe con la actividad operativa, y que existan razones estructurales y financieras válidas, sin que la operación forme parte de un proceso de liquidación de actividades⁵².

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia sobre el caso *Foggia*⁵³ (C-126/10), subraya que el foco no debe estar en la simple existencia de pérdidas fiscales por amortizar, sino en la magnitud de dichas pérdidas, ya que podrían ser un incentivo significativo para llevar a cabo una reestructuración⁵⁴. Además, es importante mencionar la Disposición Transitoria 16ª de la LIS de 2014, que establecía límites a la compensación de bases imponibles negativas relacionadas con pérdidas de la entidad transmitente previas al 1 de enero de 2013, especialmente si estas pérdidas habían provocado una depreciación en el valor de la entidad adquirente en el capital de la transmitente. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si se concluye que la reestructuración se realizó con fraude o evasión fiscal, se prohíbe compensar estas bases negativas, incluso si se aplica el régimen general⁵⁵.

Estas consideraciones indican que el objetivo principal del análisis global es

evaluar el peso de los motivos económicos en relación con los fiscales. Como se ha señalado anteriormente, el régimen especial no puede aplicarse si la motivación principal de la operación es de carácter fiscal. Sin embargo, esto no implica que los motivos fiscales no puedan ser considerados en absoluto; simplemente no deben ser los factores predominantes en la decisión de realizar la operación. El Tribunal Supremo ha sido claro en su interpretación de esta cuestión, estableciendo que lo que se prohíbe es que el objetivo principal sea el fraude o la evasión fiscal. Si una operación de reestructuración se basa en múltiples objetivos, incluidos los fiscales, esta podría considerarse realizada por motivos económicos válidos, siempre que estos últimos no sean secundarios.

Por tanto, corresponde a la Administración determinar si los motivos fiscales son predominantes, ya que solo bajo esta convicción se podría concluir que la operación no se realizó por motivos económicos válidos. Es crucial recordar que los motivos fiscales no se limitan únicamente al Impuesto sobre Sociedades, sino que también pueden involucrar otros impuestos que podrían verse afectados. En varias ocasiones, la Dirección General de Tributos ha denegado la aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal, incluso cuando no se observa una motivación fiscal en relación con el IS, pero sí respecto a otros impuestos, como el Impuesto sobre Sucesiones⁵⁶ o el IRPF⁵⁷, ya sea para las propias sociedades o en beneficio de terceros.

Asimismo, es fundamental que los motivos fiscales se entiendan en el contexto de evasión o fraude para obtener una ventaja fiscal. Este aspecto es especialmente relevante, ya que la Dirección General de Tributos ha aceptado como motivo económico válido la simplificación en la tramitación de un impuesto, lo cual, aunque técnicamente un motivo fiscal, no cae dentro de los términos sancionados por la normativa y jurisprudencia. Por el contrario, ha rechazado la aplicación del régimen especial cuando la operación se justifica por la intención de acogerse a un régimen tributario futuro más favorable, considerando que este tipo de motivación fiscal es de carácter evasivo.

3.2.3.2. Inadmisión de los Motivos económicos válidos

Llegados a este punto debemos cuestionarnos que ocurre en aquellos casos en los que no se identifican motivos económicos válidos suficientes. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de su jurisprudencia consolidada⁵⁸, establece que, si una operación no se lleva a cabo con un motivo económico válido, se entiende que esta tiene un fin de evasión fiscal, lo que impide la aplicación del régimen especial. Esta presunción es *iuris tantum*⁵⁹, lo que significa que puede y debe ser refutada por el contribuyente, quien tiene la obligación de demostrar que la operación fue realizada por motivos económicos válidos.

Esta presunción tiene emana de la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la que el legislador la incorporó cuando actualizó la Directiva 2009/133/CE y que en su artículo quince incluye a la cláusula antielusión que cuando la operación no se sustente en motivos económicos válidos existirá esta presunción.

Ha habido mucha controversia sobre quién debe probar la existencia o inexistencia de motivos económicos válidos en una operación. Mientras que la Directiva 90/434/CEE no menciona este aspecto, la Ley 29/1991, que transponía la directiva, requería que la Administración Tributaria demostrara mediante un procedimiento previo de comprobación la existencia de fraude o evasión fiscal para denegar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal. Esta exigencia se mantuvo en la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) de 1995 hasta su modificación en la Ley 14/2000, que coincidió con la inclusión del concepto de motivos económicos válidos en la normativa.

Este cambio en la forma de inaplicar el régimen especial coincide con la interpretación jurisprudencial que asocia la cláusula antielusión con el fraude de ley recogido en el Código Civil, y no con el fraude fiscal de la Ley General Tributaria de 1963, lo que hacía innecesario el procedimiento previo para probar el fraude.

Tras la modificación legal, que se mantiene vigente, la Administración tiene la obligación de justificar adecuadamente la denegación del régimen, explicando cada caso. Sin embargo, no sería correcto afirmar que la carga de la prueba recae completamente en la entidad que desea acogerse al régimen especial, aunque sí se convierte en un derecho. Por tanto, es más preciso decir que la carga de la prueba es compartida: por un lado, la Administración debe justificar y fundamentar la inaplicación del régimen, mientras que, como contraparte, el contribuyente debe demostrar la existencia de motivos económicos válidos, refutando los criterios de la Administración.

Así, aunque el peso de la prueba se traslada al obligado tributario, la Administración tiene la obligación previa de fundamentar su decisión de inaplicación. No es vital una prueba absoluta, sino una justificación fundamentada de los motivos detrás de la operación para que la presunción de fraude o evasión fiscal no entre en acción y activar la cláusula antifraude, dejando a la Administración o a los tribunales la tarea de verificar la coherencia de estos motivos en la operación en cuestión.

3.2.3.2.1. Inaplicación de las ventajas fiscales

El artículo 89.2, en su último párrafo, establece que, si se demuestra que las operaciones realizadas por el sujeto pasivo no están justificadas por motivos económicos válidos, la consecuencia sería *"la eliminación exclusivamente de los efectos de la ventaja fiscal"*. Esta precisión es particularmente relevante, ya que, con frecuencia, se tiende a confundir esta consecuencia con la imposición de una sanción. A su vez, esta situación está relacionada con la distinción entre la infracción directa de una norma —que conlleva la aplicación del régimen general— y la infracción indirecta, que entra en el terreno del fraude de ley. En la práctica, cuando no se reconocen los motivos alegados como válidos, la Administración fiscal notifica al sujeto pasivo una propuesta de liquidación para regularizar su situación, exigiendo la devolución de las cantidades correspondientes a los beneficios fiscales disfrutados bajo un régimen especial que, finalmente, no resultaría aplicable.

La Sentencia del caso *Halifa*⁶⁰ estableció que, cuando la Administración fiscal detecta que una operación se ha acogido a un régimen especial sin basarse en motivos económicos válidos, ello no implica la imposición de una sanción, sino que se genera una obligación de devolver los beneficios fiscales obtenidos como resultado de la operación, con el fin de restaurar la situación jurídica del contribuyente como si la operación nunca hubiera tenido lugar. Uno de los aspectos más controvertidos en este contexto es la interpretación más o menos amplia que se da al artículo 15 de la Directiva 2009/133 en relación con los diversos impuestos que pueden verse involucrados en una operación de reestructuración, ya que estos pueden ser múltiples y variar según la jurisdicción, lo que genera complicaciones a la hora de aplicar la norma.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en el caso *Zwijenburg*⁶¹, evaluó una reestructuración patrimonial en el ámbito familiar llevada a cabo en los Países Bajos. En ese caso, la familia intentaba acogerse al régimen especial para beneficiarse también de las ventajas fiscales relativas a la transmisión de un inmueble. Esto despertó sospechas en la Administración fiscal holandesa, que rechazó la solicitud de la familia para acogerse a dicho régimen especial, junto con las ventajas fiscales asociadas al impuesto en cuestión. Sin embargo, el TJUE falló en contra de la Administración holandesa, estableciendo que la Directiva no armoniza todos los impuestos nacionales que pueden verse afectados por operaciones de reestructuración. Por lo tanto, la interpretación del caso debía restringirse al ámbito de aplicación de la Directiva, lo que limitaba su alcance a los impuestos sobre sociedades de las entidades involucradas en la

operación y a los impuestos sobre la renta de los socios. Como resultado, la cláusula antiabuso no podía ser aplicada al impuesto sobre transmisiones patrimoniales, ya que este no estaba cubierto por la Directiva.

El TJUE concluyó que la Administración holandesa debía centrarse exclusivamente en la evaluación de los motivos económicos válidos con respecto al impuesto de sociedades, sin poder rechazar toda la operación en su conjunto. Correspondería al juez holandés valorar un posible fraude relacionado con dicho impuesto en particular. Esta sentencia tuvo un impacto significativo en varios Estados Miembros, entre ellos España, donde existe un impuesto sobre transmisiones patrimoniales (ITPAJD), que juega un papel importante en muchas operaciones de reestructuración. La doctrina establecida en el caso *Zwijnenburg* ha sido adoptada en diversas consultas realizadas a la Dirección General de Tributos (DGT), especialmente en aquellas que involucran operaciones familiares relacionadas con donaciones.

Un ejemplo de la aplicación práctica de esta doctrina se puede observar en una consulta de 2015, en la que la DGT examinó una operación de reestructuración que incluía una donación. En esa consulta, aunque la Administración consideró que podían existir indicios de la presencia de motivos económicos no válidos respecto del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, concluyó que no podía aplicar la cláusula antiabuso en relación con este impuesto, ya que no está incluido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133. En consecuencia, solo se podría evaluar la posible abusividad del régimen fiscal en relación con el Impuesto sobre Sociedades y el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

La DGT aplica de manera estricta la doctrina del TJUE, mencionando específicamente el caso *Zwijnenburg* y resumiendo los puntos clave de la sentencia para aplicarlos al caso en cuestión. Finalmente, en dicha consulta, la DGT concluye que la cláusula antiabuso del artículo 89.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) solo puede aplicarse en aquellos casos en que la ventaja fiscal obtenida se relacione con un impuesto que esté cubierto por la Directiva, es decir, el Impuesto sobre Sociedades o el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. No obstante, la DGT matiza que, aunque la Directiva limita el uso de la cláusula antiabuso a ciertos impuestos, ello no impide a la Administración aplicar otras figuras jurídicas, como las previstas en los artículos 15 y 16 de la Ley General Tributaria (LGT), que se refieren al conflicto en la aplicación de la norma tributaria y la simulación.

Aunque la Directiva solo abarca ciertos impuestos específicos, lo que significa que los Estados Miembros no pueden utilizar la cláusula antiabuso para otros impuestos fuera de su ámbito de aplicación, parece poco razonable que la utilidad de esta cláusula se vea restringida por las particularidades fiscales de cada país. Desde mi perspectiva, sería más coherente si esta cláusula se aplicara a un conjunto de "impuestos comunitarios", en lugar de depender de las soberanías fiscales nacionales. Al basar la aplicabilidad de la cláusula en los impuestos nacionales, se generan disparidades en su uso, lo que crea diferencias significativas entre los Estados Miembros. De hecho, ni siquiera queda claro si la doctrina del TJUE se extiende a impuestos que, aunque no estén explícitamente mencionados en la Directiva, puedan tener una naturaleza análoga.

En conclusión, podemos concluir que la interpretación que el TJUE ha dado a la cláusula antiabuso es demasiado restrictiva. Al revisar la naturaleza y el propósito de esta disposición, es evidente que su finalidad es combatir el abuso de la normativa fiscal. Sin embargo, al priorizar la soberanía fiscal de cada Estado Miembro, se limita su efectividad en la práctica, lo que provoca que su aplicabilidad varíe considerablemente en función de las características fiscales de cada país.

3.2.3.2.2. Régimen sancionador

La independencia de la cláusula antiabuso (art. 89.2 LIS) respecto a la norma general de conflicto en la aplicación de la norma tributaria (art. 15 LGT) está directamente relacionada con la posibilidad de que la Administración imponga sanciones al contribuyente. Durante años, esto no representó un problema considerable, ya que ni el régimen especial preveía sanciones ni la LGT contemplaba la imposición de sanciones por incumplir el artículo 15. FALCÓN Y TELLA⁶² ya indicaban que una regularización bajo el amparo del artículo 110.2 de la anterior LIS no debería implicar sanciones. No obstante, la situación cambió en 2015 con la Ley 34/2015, que, mediante su artículo único, modificó la LGT y añadió la posibilidad de imponer sanciones en los casos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, introduciendo el nuevo artículo 206 bis, lo que generó más debate en torno a la cuestión. Esta infracción es calificada como grave y establece sanciones proporcionales de hasta el 50% de la cantidad no ingresada o indebidamente devuelta.

Desde la entrada en vigor de esta modificación, ha surgido la duda de si esta nueva normativa podría justificar la aplicación de sanciones en casos de infracción del régimen especial de fusiones del LIS. A partir de la lectura del primer

apartado del artículo 206 bis de la LGT, se concluye que "constituye infracción tributaria el incumplimiento de las obligaciones tributarias mediante actos o negocios regularizados bajo el artículo 15 de esta Ley (LGT)". Por tanto, dado que el artículo 89.2 es autónomo respecto al precepto general de la LGT, no debería vincularse con este, siendo además importante recordar que la analogía en las normas tributarias está prohibida por el artículo 14 de la LGT.

Diez años antes, en una sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de mayo de 2005⁶³, se estableció que el fraude de ley tributaria no conlleva la imposición de sanciones administrativas. Una vez declarado el fraude, sus efectos se limitan a la aplicación de la norma eludida y al pago del tributo correspondiente, junto con los intereses de demora. Esta sentencia fue bien acogida y seguida en numerosos fallos posteriores, como en el caso del Tribunal Supremo, que reconoció la distinción entre norma defraudada y norma infringida. A partir de esta doctrina, se ha consolidado la idea de que una conducta que incurre en fraude de ley tributaria no debería ser tipificada como ilícita, ni en términos penales ni administrativos, independientemente del procedimiento empleado para su declaración.

A pesar de ello, el Tribunal Supremo ha reconocido que la cuestión sigue siendo controvertida, debido a la falta de claridad en los conceptos de fraude y evasión fiscal, y a las dudas interpretativas que suscitan. En este sentido, el TS ha hecho referencia a la modificación introducida por la Ley 14/2000 en la cláusula antiabuso, donde se eliminó la posibilidad de imponer sanciones, tal como se preveía en la redacción inicial de la Ley 29/1991. Esta modificación permitió conectar la imposibilidad de abrir un expediente sancionador con el artículo 24 de la anterior LGT⁶⁴.

La doctrina del TS, basada en los argumentos del TC de 2005, ha sido reflejada en fallos posteriores, incluyendo en el ámbito europeo, como en el caso *Halifax*⁶⁵, donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) determinó que la constatación de una práctica abusiva no debería llevar a la imposición de sanciones, sino simplemente a la devolución de los beneficios obtenidos como consecuencia de dicha práctica.

Es importante recordar que el principio de tipicidad impide la imposición de sanciones cuando la normativa aplicable no lo contempla, un aspecto relevante en varias resoluciones. Por ejemplo, en una Resolución del TEAC de 2019, el Tribunal decidió abrir un expediente sancionador al contribuyente al observar culpabilidad en su conducta. El TEAC señaló que no era posible alegar una interpretación razonable de la normativa como eximente de responsabilidad, dada la

claridad de las normas fiscales y contables aplicables, que el contribuyente debería haber conocido. En su razonamiento, el TEAC subrayó la necesidad de que exista dolo, culpa o negligencia para tipificar una conducta como infracción tributaria y justificar la correspondiente sanción. Sin embargo, esta resolución plantea ciertas dificultades, ya que parece fundamentarse en una serie de presunciones simplificadas sobre el grado de conocimiento del contribuyente respecto a la normativa tributaria, lo que podría generar controversias en su aplicación.

3.2.3.3. *Los mevs en los paraísos fiscales*

Dado que contar con una planificación fiscal de estas características podría asemejarse a estar en un paraíso fiscal sin salir del país, no es sorprendente que el concepto de "motivos económicos válidos" también se aplique a ciertas actividades realizadas en jurisdicciones de baja o nula tributación. Como explica la profesora García-Torres Fernández, en relación con las operaciones en paraísos fiscales por parte de empresas residentes en España, este concepto se menciona en aspectos como la residencia fiscal (art. 8 LIS), la exención de dividendos y rentas por transmisión de participaciones (art. 21 LIS), y la exención de la patent box (art. 23 LIS)⁶⁶.

El traslado de la residencia fiscal de un contribuyente fuera del territorio nacional se vuelve especialmente polémico y controvertido cuando se realiza hacia un paraíso fiscal. La cuestión principal radica en identificar el lugar real donde la empresa tiene su centro de actividad. Este criterio ha sido utilizado por la Agencia Tributaria para perseguir conductas fraudulentas, donde se ubica una empresa en un territorio de baja o nula tributación mientras se mantiene en el país de origen una actividad suficientemente clara, lo que sugiere que el cambio de residencia fiscal es artificial y se utiliza únicamente para desviar dividendos o capitales fuera del territorio. Por este motivo, el art. 8 LIS permite a la Agencia Tributaria presumir que si una entidad traslada su sede a un paraíso fiscal, pero mantiene su centro de actividad en España, se considera que su residencia sigue siendo española.

Algo similar ocurre en el IRPF, cuando el art. 8.2 LIRPF grava 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 cuatro años siguientes. Con esto, se busca que el contribuyente demuestre que la intención de trasladarse al paraíso fiscal no era temporal y que pretende mantener dicha residencia durante un período razonable.

De igual manera, en las operaciones de reestructuración, el contribuyente debe justificar que dichos cambios obedecen a motivos económicos válidos para evitar la aplicación de impuestos correspondientes. Sin embargo, es difícil lograrlo cuando la mayor parte de los activos y el centro de operaciones permanecen en España. Como señala García-Torres Fernández, la única justificación posible sería que la actividad principal se desarrolla en la zona del paraíso fiscal, justificándolo por proximidad geográfica y vinculación con la actividad económica realizada. Esto excluiría desde el principio a las sociedades patrimoniales cuyo activo principal se encuentra en España. No obstante, al considerar los activos, también se incluye lo intangible, como el fondo de comercio, lo que hace difícil justificar el cambio de residencia si la mayoría de la clientela sigue en España. Si la Administración utiliza como argumento la dirección de los negocios para atraer la residencia a España, podría ser más fácil argumentar la existencia de un motivo económico válido (MEV) que justifique la no residencia en España, dado que la residencia de los directivos no necesariamente define la residencia de la entidad⁶⁷.

Además de lo mencionado anteriormente, en el contexto del traslado de residencia a un paraíso fiscal, también se hace referencia a los motivos económicos válidos en relación con la exención de dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades tanto residentes como no residentes en España, conforme al artículo 21 del LIS. Para que esta exención sea aplicable, se deben cumplir dos requisitos que ya se han mencionado anteriormente: que el porcentaje de participación en el capital o en los fondos propios de la entidad sea, como mínimo, del 5 %, o que el valor de adquisición de la participación supere los 20 millones de euros; y, en el caso de participaciones en entidades no residentes en España, que la entidad participada haya estado sujeta y no exenta de un impuesto extranjero de naturaleza similar a este Impuesto, con un tipo nominal de al menos el 10 %.

En relación con el segundo requisito, se especifica que no se considerará cumplido en ningún caso si la entidad participada es residente en un país o territorio considerado como paraíso fiscal, lo que impide la aplicación de la exención. Sin embargo, la normativa ofrece una última oportunidad si se demuestra que la entidad reside en un Estado miembro de la Unión Europea y el contribuyente puede acreditar que su constitución y operativa responden a motivos económicos válidos y que lleva a cabo actividades económicas reales.

La cuestión de los motivos económicos válidos en relación con los paraísos fiscales es de gran relevancia, ya que el desvío de capitales y beneficios

obtenidos en territorio nacional hacia estos lugares genera distorsiones significativas en el principio de contribución conforme a la capacidad económica de cada individuo, trasladando de manera negativa la carga tributaria hacia aquellos con menos recursos, lo que afecta el sostenimiento del gasto público.

4. LA CLÁUSULA ANTIABUSO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

La estrategia fiscal en el ámbito internacional ha sufrido una transformación considerable en las últimas décadas, motivada por la globalización de la economía global, donde destaca la formación de un mercado europeo integrado. La expansión de los negocios, con estructuras cada vez más complicadas, ha llevado a las naciones a desarrollar sistemas fiscales que garanticen la tributación efectiva de los ingresos generados. Además, este fenómeno ha sido impulsado por el crecimiento notable de la movilidad de capitales, facilitado por los avances en las tecnologías de la información y la comunicación.

En este marco de crecimiento económico y empresarial, el aspecto fiscal ha cobrado una relevancia significativa en los procesos de toma de decisiones, ya que forma una parte esencial de la estructura de costos. Por esta razón, las empresas implementan una planificación fiscal estratégica a nivel grupal, con el fin de optimizar la rentabilidad a largo plazo. No obstante, la creciente complejidad de las estructuras empresariales y la mayor facilidad para operar en mercados internacionales también ha llevado a un aumento en las tácticas empleadas por las organizaciones para reducir su carga tributaria. Esta disminución de los costos fiscales no siempre se realiza de manera legal, lo que ha convertido la evasión fiscal en los negocios internacionales en uno de los desafíos más críticos para los países y las organizaciones supranacionales en la actualidad.

4.1. LA CLAUSULA ANTIABUSO EN LA UNION EUROPEA

En la Unión Europea, existen diversas Directivas cuyo objetivo principal es prevenir la evasión fiscal mediante la implementación de cláusulas antiabuso, como la que se ha analizado en este trabajo. La más relevante de estas Directivas es la número 2013/1164, conocida como ATAD (Anti Tax Avoidance Directive, por sus siglas en inglés), que establece normas mínimas contra la elusión fiscal en el desarrollo del mercado interior. Esta Directiva se aplica en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades (IS) y tiene como objetivo fundamental asegurar que los impuestos se paguen en el Estado donde se generen los beneficios y el valor, tal como se menciona en su primer Considerando. Un aspecto especialmente importante de este objetivo es la lucha contra la erosión de las bases imponibles

de las empresas que operan dentro de la UE, las cuales, a través de complejos mecanismos fiscales, trasladan sus beneficios fuera de los Estados donde se han generado, e incluso fuera de la UE.

En este contexto, la Directiva busca establecer normas generales que combatan estas prácticas abusivas que debilitan los sistemas fiscales, aplicándose en aquellos casos en los que no exista una disposición específica, como en las reestructuraciones empresariales, que se han tratado a lo largo de este trabajo. Dentro de esta cláusula general, el concepto de motivos económicos válidos vuelve a tener un papel central, ya que los Estados deberán considerarlos al aplicar la norma general antiabuso.

La Directiva incluye unos criterios que influyen en la limitación de los gastos de financiación y a la imposición sobre la salida de activos. Sin embargo, para nuestro análisis, el artículo 6 es el más relevante, ya que regula la norma general contra las prácticas abusivas: «Para el cálculo de la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre sociedades, los Estados miembros no tendrán en cuenta ningún mecanismo o conjunto de mecanismos que, al haberse establecido con el propósito principal o uno de los propósitos principales de obtener una ventaja fiscal que distorsione el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable, se consideren desvirtuados tras analizar todos los datos y circunstancias pertinentes. Dichos mecanismos pueden estar compuestos por más de una fase o parte». Como se puede observar, la redacción de este artículo es muy similar a la del artículo 11 de la Directiva 90/434, enfocándose en el propósito evasivo o fraudulento de la operación.

En el segundo apartado se recoge: «A efectos del apartado 1, un mecanismo o serie de mecanismos se considerarán desvirtuados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica». El término «razones comerciales válidas», con un significado similar al de «motivos económicos válidos», ya tiene precedentes en la normativa del régimen fiscal común aplicable a sociedades matrices y filiales, como se establece en la Directiva 2011/96/UE y su modificación posterior con la Directiva 2015/121. La aplicación de esta cláusula es similar a la del régimen especial de neutralidad fiscal: un análisis objetivo y global del caso, la aplicación de la presunción de fraude, y la inaplicación del beneficio fiscal en caso de confirmarse la irregularidad.

La Directiva 2013/1164 (ATAD) surge como respuesta a una situación previamente destacada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Schweppes* (asunto C-196/04), que sentó las bases para la creación e

interpretación de una norma antielusión más amplia que la del régimen especial de neutralidad fiscal. Siguiendo la dirección marcada por el Tribunal de Justicia, la Comisión Europea emitió en 2012 una recomendación que abogaba por la creación de mecanismos normativos capaces de combatir las estructuras artificiales creadas por entidades internacionales con el fin de obtener ventajas fiscales. Este enfoque refleja una tendencia hacia la generalización de la aplicación de cláusulas antiabuso.

La Directiva antiabuso se desarrolla en el marco del Paquete de Medidas Antielusión, conocido como ATAP (*Anti Tax Avoidance Package*), que se inscribe en el Plan de Acción BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), impulsado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). El principal objetivo del proyecto BEPS es establecer normas internacionales que respondan a los esquemas de elusión fiscal y planificación fiscal agresiva. Dentro de este plan, el Consejo Europeo ha trazado una hoja de ruta para armonizar estos aspectos fiscales en el mercado interior en coordinación con la OCDE, siguiendo los mismos principios, objetivos y plazos.

El Plan BEPS se divide en diferentes puntos, de las cuales el número 6, que busca impedir la utilización abusiva de convenios fiscales, es el más relevante para este análisis. Este proyecto, de gran alcance, aún se encuentra en desarrollo, ya que las medidas acordadas se están implementando gradualmente en los Estados participantes.

4.2. INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO POR PAÍSES

Para comprender las cláusulas antiabuso en la normativa española, tanto las de carácter general como las específicas del régimen especial que hemos estado analizando, es necesario realizar un breve análisis de la situación actual en el derecho comparado para obtener una visión integral.

A. ESTADOS UNIDOS

La implementación de la doctrina del "propósito comercial" surgió en los Estados Unidos con el caso *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 (1935). En esta situación, la Sra. Gregory realizó una complicada transacción de reestructuración de varias empresas de su propiedad con el fin de evitar el pago de impuestos sobre los dividendos generados por la venta de una de estas compañías a un tercero. El Tribunal Supremo de EE. UU. decidió que no se debía aplicar el régimen fiscal especial, ya que la operación no tenía justificación desde un punto de vista puramente comercial o corporativo, siendo su motivación exclusivamente fiscal.

Así, el Tribunal concluyó que la razón fiscal no es válida para la aplicación del régimen de neutralidad tributaria.

La doctrina del "business purpose" desempeña un papel interpretativo en la legislación fiscal desde un enfoque teleológico, desestimando la aplicación del régimen de neutralidad tributaria cuando no hay un motivo económico no fiscal adecuado que respalde la operación de reestructuración. Este fallo fue significativo al sentar las bases de las disposiciones generales contra el abuso en sistemas fiscales tanto anglosajones como continentales.

Esta doctrina americana se originó en la jurisprudencia interpretativa, aunque con el tiempo ha sido codificada en normativas fiscales específicas. En este sentido, se han incorporado cláusulas generales antielusión en el *Internal Revenue Code* (código tributario general estadounidense), haciendo hincapié en la sustancia económica de las operaciones, independientemente del ahorro fiscal, y en la exigencia de un propósito sustancial que respalde las operaciones realizadas.

B. PAISES EUROPEOS

En Europa, la implementación de cláusulas generales antielusión varía considerablemente. En los países del noroeste, como Bélgica, Francia y Alemania, se enfatiza la adopción de cláusulas basadas en el fraude de ley, lo que requiere la demostración previa de un fraude. En cambio, los países del Este de Europa, junto con Portugal, Grecia e Irlanda, siguen la doctrina de la "sustancia sobre la forma," influenciada por el modelo estadounidense. Por otro lado, países como España, Italia, Austria y Hungría tienen regulaciones intermedias que combinan ambas doctrinas.

Reino Unido: Al principio, la doctrina anglosajona restringió la obtención de ventajas fiscales en situaciones de abuso de derecho a través de interpretaciones judiciales. No obstante, en 2014, antes de la aprobación de la Directiva, el Reino Unido implementó una norma general contra el abuso en su sistema impositivo. Esta normativa se caracteriza por no necesitar que la operación altere el propósito de la legislación fiscal; con que la operación no sea razonable desde una perspectiva económica es suficiente para negar la aplicación de la norma fiscal beneficiosa, lo que la convierte en una cláusula de aplicación mucho más amplia.

Países Bajos: El artículo 31 del Código General Tributario de los Países Bajos introduce una cláusula contra el abuso de carácter general, aunque su uso en transacciones nacionales es restringido. En estas situaciones, se recurre a una

cláusula general contra la elusión que tiene su origen en la jurisprudencia, elaborada por el Tribunal Supremo.

Polonia: Antes de la ratificación de la Directiva 2016/1164, Polonia no disponía de una cláusula general contra la elusión en su legislación interna. Fue tras la aprobación de la Directiva, en 2017, que se incorporó al marco normativo polaco una norma general antielusión para transacciones que excedan un umbral cuantitativo.

Suiza: La normativa fiscal suiza no incluye una cláusula general contra la elusión de carácter estatutario. En su lugar, se aplica una cláusula que proviene de la jurisprudencia, la cual fue establecida en 1933 por el Tribunal Supremo Federal de Suiza. A pesar de que la jurisprudencia suiza es anterior a la estadounidense, no tuvo el mismo efecto, dado que la solución suiza no resultó ser tan innovadora como la doctrina norteamericana.⁶⁸

4.3. LA CLÁUSULA Y LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN

Los Convenios de Doble Imposición son fundamentales en la fiscalidad internacional, pero su aplicación puede dar lugar a usos indebidos, como el "*treaty shopping*". Para evitar estos abusos, los convenios incluyen cláusulas antielusión, aunque generalmente de naturaleza especial (SAAR). Estas cláusulas se dividen en dos categorías según su impacto en el obligado tributario⁶⁹:

Primera Categoría: Estas medidas combaten el abuso sin reducir el ámbito subjetivo de los tratados mediante normas de transparencia, exclusión, sujeción efectiva y cláusulas de tránsito.

Segunda Categoría: Aquí se abordan prácticas como el "*treaty shopping*" alterando el ámbito subjetivo mediante cláusulas de limitación de beneficios, una práctica común en los convenios basados en el modelo de la OCDE.

Aunque los Convenios de Doble Imposición siguen modelos generalizados, presentan una gran diversidad. Por ejemplo, los convenios de Estados Unidos suelen incluir cláusulas antiabuso robustas. A pesar de la prevalencia de cláusulas específicas, desde 2011 se observa una tendencia creciente a incluir cláusulas generales. Una cláusula específica que ha ganado importancia es la de "beneficio efectivo," que ha sido destacada en los nuevos comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE y que está presente en la mayoría de los convenios firmados por España, aunque con escasa aplicación práctica.

La ausencia de cláusulas generales en estos convenios puede llevar a la aplicación de cláusulas antielusión domésticas, lo que genera inseguridad jurídica

debido a la heterogeneidad normativa a nivel internacional. Para mitigar esto, los comentarios recientes de la OCDE sugieren el uso de motivos económicos válidos como criterio para aplicar los convenios.

Dado que estos convenios son tratados internacionales de carácter fiscal, su interpretación en los órganos administrativos y judiciales españoles debe considerar las reglas básicas del sistema tributario español. En este contexto, la cláusula antielusiva general del artículo 15 de la Ley General Tributaria (LGT) sobre abuso de derecho adquiere gran relevancia, aunque no debe utilizarse para introducir de manera encubierta cláusulas antielusión que no estén previstas en el propio Convenio de Doble Imposición.

CONCLUSIÓN

El estudio del régimen especial de neutralidad fiscal, tal y como se ha desarrollado en este trabajo, ha permitido profundizar en un conjunto de aspectos clave del derecho tributario que son esenciales para entender las implicaciones fiscales de las operaciones de reestructuración empresarial. Este régimen, regulado en el Capítulo VII del Título VII de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS), proporciona un marco jurídico fundamental para que las empresas puedan reorganizarse sin que la carga fiscal inmediata se convierta en un obstáculo que distorsione sus decisiones económicas.

Desde un punto de vista conceptual, el régimen especial de neutralidad fiscal está diseñado para diferir la tributación de las plusvalías que pueden generarse en las operaciones de reorganización empresarial, tales como las fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias y canjes de valores. Esta posibilidad de diferimiento fiscal permite que las empresas puedan llevar a cabo reorganizaciones con un menor impacto fiscal a corto plazo, ya que las rentas o ganancias generadas no se incluyen en la base imponible en el momento de la operación. En su lugar, estas rentas quedan latentes y su tributación se difiere hasta que los activos o valores transmitidos sean finalmente enajenados o vendidos. Este diferimiento permite a las empresas reestructurarse de acuerdo con sus necesidades operativas y estratégicas sin que el coste fiscal influya de manera desproporcionada en la toma de decisiones.

A lo largo del trabajo hemos estudiado la evolución normativa del régimen de neutralidad fiscal en España, prestando especial atención a la influencia de la legislación comunitaria en su configuración actual. El origen de este régimen en

la legislación española se remonta a la Ley 29/1991, que incorporó las primeras disposiciones relacionadas con la neutralidad fiscal, pero ha sido la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 2014 la que ha consolidado su aplicación. En este sentido, la transposición de la Directiva 2009/133/CE del Consejo de la Unión Europea ha sido clave para la armonización del régimen fiscal en el ámbito comunitario, especialmente en lo que respecta a las operaciones transfronterizas de reestructuración. La Directiva 2009/133/CE introdujo un conjunto de reglas fiscales comunes para evitar que las fusiones, escisiones y otras operaciones de reestructuración empresarial se vieran gravadas por la fiscalidad en los diferentes Estados miembros, promoviendo así la libre circulación de capitales y la competitividad de las empresas europeas.

Un aspecto que debemos destacar con relación a este punto es cómo esta normativa comunitaria ha sido transpuesta al ordenamiento español, extendiendo los beneficios del régimen de neutralidad fiscal no solo a las operaciones transfronterizas, sino también a las reestructuraciones internas realizadas entre entidades residentes en España. Esta ampliación del régimen ha sido especialmente relevante para las empresas españolas, que ahora pueden acogerse a un marco más flexible y favorable para reorganizarse sin incurrir en una carga fiscal inmediata, lo que les permite adaptarse mejor a las exigencias del mercado y mejorar su competitividad tanto en el ámbito nacional como internacional.

A lo largo del trabajo también hemos profundizado en el funcionamiento de las principales operaciones de reestructuración empresarial que pueden acogerse al régimen de neutralidad fiscal, tales como las fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y canjes de valores. En cada una de estas operaciones, se ha puesto de relieve cómo la normativa permite diferir la tributación de las plusvalías generadas, siempre que se cumplan una serie de requisitos formales y sustanciales. Por ejemplo, en el caso de las fusiones, el régimen permite que una o más entidades transmitan la totalidad de su patrimonio a otra entidad, ya sea una entidad existente o una de nueva creación, sin que ello genere una tributación inmediata sobre las plusvalías derivadas de dicha transmisión. Del mismo modo, en las escisiones, donde una entidad divide su patrimonio y lo transmite en bloque a dos o más entidades, se evita que las ganancias latentes se materialicen fiscalmente hasta una futura enajenación de los activos.

Otra de las operaciones objeto de estudio han sido las aportaciones no dinerarias, en las que una entidad aporta una o varias ramas de actividad a otra entidad a cambio de acciones representativas del capital de la entidad adquirente, pueden acogerse al régimen de neutralidad fiscal siempre y cuando la

rama de actividad aportada constituya una unidad económica autónoma que permita su explotación por sus propios medios. Este tipo de operaciones son especialmente relevantes para las empresas que buscan una reorganización interna o externa sin que ello conlleve una carga fiscal inmediata.

A nivel práctico, se ha estudiado también cómo las empresas deben cumplir con ciertos requisitos formales para poder acogerse al régimen de neutralidad fiscal. Uno de los más importantes es el de la comunicación a la Agencia Tributaria, que debe realizarse dentro de un plazo determinado una vez formalizada la operación. Aunque la normativa actual prevé la aplicación automática del régimen salvo renuncia expresa, la comunicación es un requisito esencial para que las empresas puedan beneficiarse del diferimiento fiscal. En este sentido, el trabajo ha subrayado la importancia de cumplir no solo con los requisitos sustanciales, sino también con los requisitos formales y contables, ya que el incumplimiento de estos puede acarrear sanciones, tales como la pérdida del diferimiento fiscal y la imposición de multas por parte de la administración tributaria.

Llegados a este punto, nos metemos de fondo con el principal objeto de análisis de este trabajo, los motivos económicos válidos en las operaciones de reestructuración. Estos que constituyen uno de los pilares sobre los que se asienta la aplicación del régimen de neutralidad fiscal. Según la normativa, las operaciones de reestructuración empresarial que se acogen a este régimen deben estar justificadas por motivos económicos válidos y no pueden tener como único propósito la obtención de una ventaja fiscal. Este requisito es fundamental para evitar que las empresas utilicen el régimen de neutralidad fiscal de manera abusiva o con el único fin de reducir su carga fiscal de forma injustificada.

Los motivos económicos válidos son aquellos que justifican la operación desde un punto de vista empresarial y económico, como puede ser la necesidad de mejorar la eficiencia operativa de la empresa, optimizar la estructura de capital, acceder a nuevos mercados o mejorar la gestión interna de los recursos. En otras palabras, la operación debe responder a una necesidad empresarial real, no siendo suficiente que la reestructuración se lleve a cabo únicamente con el objetivo de obtener un beneficio fiscal.

En este trabajo se ha destacado la importancia de que las empresas puedan demostrar que la operación responde a una racionalidad económica y que tiene un impacto positivo en su estructura empresarial o en su capacidad de crecimiento y adaptación a los cambios del entorno.

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido determinante para delimitar el alcance de estos motivos económicos válidos. A través de diversas sentencias, el Alto Tribunal ha establecido que las operaciones de reestructuración empresarial deben cumplir con un conjunto de criterios para que puedan considerarse justificadas desde el punto de vista económico. Estos criterios incluyen, entre otros, la existencia de un motivo económico sustancial, la mejora de la estructura empresarial o la reorganización efectiva de los recursos. En este sentido, se ha subrayado que el hecho de que una operación resulte en una reducción de la carga fiscal no es en sí mismo un problema, siempre y cuando esa reducción sea consecuencia de una justificación económica real.

La relación entre los motivos económicos válidos y la cláusula antiabuso ha sido otro de los puntos más importantes del trabajo. Esta se define como un mecanismo que permite a la administración tributaria denegar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal en aquellos casos en los que se considere que la operación se ha realizado con el único fin de eludir impuestos o de obtener una ventaja fiscal indebida. Esta cláusula está diseñada para evitar que las empresas puedan utilizar el régimen de manera fraudulenta o abusiva, asegurando que solo aquellas operaciones que tengan una verdadera justificación económica puedan beneficiarse del diferimiento fiscal.

El Tribunal Supremo ha sido claro al interpretar esta cláusula, estableciendo que debe prevalecer la racionalidad económica sobre cualquier intención de obtener beneficios fiscales. En otras palabras, cualquier operación que no esté justificada por motivos económicos válidos puede ser considerada abusiva, y por tanto, no podrá acogerse al régimen de neutralidad fiscal. Esta interpretación es especialmente relevante en el contexto de las operaciones internacionales o transfronterizas, en las que el riesgo de abuso es mayor, especialmente cuando estas operaciones involucran jurisdicciones de baja tributación o paraísos fiscales.

En este trabajo hemos intentado delimitar esa delgada línea entre lo que se considera un motivo económico válido y lo que puede interpretarse como abuso de derecho. La jurisprudencia y las consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos han sido esenciales para proporcionar una mayor claridad sobre cómo deben interpretarse estos conceptos en la práctica. Entre otros, se ha destacado que, aunque una operación pueda resultar en una ventaja fiscal, si esta responde a una motivación económica válida podrá beneficiarse de la aplicación del régimen especial. Sin embargo, cuando el único o principal propósito de la operación es obtener un beneficio fiscal, y no existe una razón económica clara

que justifique la reestructuración, nos encontramos ante un posible caso de abuso de derecho. En estos casos, la cláusula antiabuso se activa para evitar que el régimen especial de neutralidad fiscal no se utilice indebidamente.

Como ya hemos mencionado, uno de los mayores desafíos en la aplicación de la cláusula antiabuso ha sido identificar cuándo una operación se realiza con fines exclusivamente fiscales. Para ello, hemos realizado un estudio de algunas consultas que la Dirección General de Tributos ha emitido y que proporcionan orientación sobre cómo aplicar esta cláusula, especialmente en situaciones en las que la frontera entre la racionalidad económica y la planificación fiscal agresiva es más difusa. En este sentido, es esencial que las empresas documenten adecuadamente las razones económicas que subyacen a sus operaciones de reestructuración, demostrando que estas responden a un objetivo empresarial más allá de la mera reducción de impuestos.

En el ámbito internacional, la importancia de los motivos económicos válidos y la cláusula antiabuso se intensifica aún más, especialmente cuando las operaciones involucran jurisdicciones de baja tributación o paraísos fiscales. Las operaciones transfronterizas suelen estar bajo un escrutinio especial debido a la posibilidad de que las empresas intenten trasladar beneficios a territorios con una tributación más favorable. En estos casos, los motivos económicos válidos deben ser aún más claros y robustos, ya que la administración tributaria puede interpretar que la principal finalidad de la operación es evitar la tributación en España o en otros Estados miembros de la Unión Europea. Las directrices internacionales, como las recogidas en el Plan de Acción BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) de la OCDE, han sido fundamentales para guiar a los Estados en la implementación de reglas más estrictas que eviten estos abusos fiscales. En el contexto del régimen especial de neutralidad fiscal, estas directrices refuerzan la necesidad de contar con justificaciones económicas claras para cualquier operación de reestructuración que involucre jurisdicciones con regímenes fiscales más laxos.

En este trabajo hemos intentado exponer importancia de la planificación fiscal responsable y la necesidad de un enfoque equilibrado por parte de las empresas al aprovechar las ventajas del régimen de neutralidad fiscal. Si bien es legítimo que las empresas busquen optimizar su carga fiscal dentro de los márgenes de la ley, es igualmente esencial que lo hagan de manera transparente, justificando siempre sus decisiones con una motivación económica sólida. La clave para una correcta aplicación del régimen radica en encontrar el equilibrio entre la optimización fiscal y el cumplimiento de los requisitos sustanciales,

evitando cualquier intento de utilizar el régimen de manera abusiva o sin una justificación empresarial adecuada.

Por otro lado, hemos expuesto las consecuencias de la no aplicación del régimen de neutralidad fiscal en las operaciones, así como la falta de comunicación del acogimiento al mismo. Si la administración tributaria determina que una operación no cumple con los requisitos establecidos, como la existencia de motivos económicos válidos, puede descalificar la operación para la aplicación del régimen especial, lo que conlleva la tributación inmediata de las plusvalías generadas. Con relación al incumplimiento de los requisitos formales, como la comunicación tardía o incompleta de la operación a la Agencia Tributaria, puede resultar en sanciones pecuniarias importantes, que pueden llegar a ser muy onerosas para las empresas. Este escenario refuerza la necesidad de un cumplimiento riguroso de las obligaciones formales y sustanciales para evitar consecuencias fiscales negativas.

En conclusión, el régimen especial de neutralidad fiscal es una herramienta poderosa y necesaria para las empresas que buscan reorganizarse en un entorno económico en constante cambio. Permite que las operaciones de reestructuración empresarial se realicen sin que la fiscalidad inmediata se convierta en un freno para el crecimiento o la adaptación a nuevas circunstancias. No obstante, como se ha señalado a lo largo de este trabajo, la aplicación correcta de este régimen depende de que las empresas cumplan con una serie de requisitos formales y, sobre todo, que puedan acreditar que las operaciones se realizan por motivos económicos válidos.

La cláusula antiabuso, por su parte, juega un papel fundamental, figura a través de la cual la administración tributaria garantiza que el régimen no sea utilizado de manera fraudulenta o abusiva. Esta cláusula protege el sistema fiscal al exigir que las operaciones empresariales tengan una justificación económica real y no se lleven a cabo con el único propósito de obtener ventajas fiscales. En este sentido, tanto los motivos económicos válidos como la cláusula antiabuso son los pilares sobre los que se sustenta la correcta aplicación del régimen de neutralidad fiscal.

Este trabajo ha demostrado que las empresas deben ser conscientes de la importancia de justificar adecuadamente sus decisiones empresariales, no solo desde una perspectiva fiscal, sino también desde una óptica económica. Solo de esta manera podrán beneficiarse de las ventajas que ofrece el régimen especial de neutralidad fiscal sin incurrir en riesgos fiscales innecesarios. En definitiva, el régimen de neutralidad fiscal ofrece un equilibrio entre la libertad

empresarial para reorganizarse y la necesidad de evitar abusos que puedan perjudicar la equidad del sistema tributario. Mantener este equilibrio será fundamental para que el régimen siga siendo una herramienta útil y eficiente para las empresas, al mismo tiempo que se preserva la integridad del sistema fiscal en su conjunto.

BIBLIOGRAFÍA

JURISPRUDENCIA

- Auto del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2018, de la Sala de lo Contencioso.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1427/2018 de 26 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 2508/2016, de 23 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 1 de junio de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso), número 994/2014, de 6 de marzo de 2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), número 1263/2016, de 1 de junio de 2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), número 6618/2012, de 20 de septiembre de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), número 1175/2012, de 2 de febrero de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), número 6618/2012, de 20 de septiembre de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2018, de la Sala de lo Contencioso.
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de marzo de 2011, de la Sala de lo Contencioso.
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de septiembre de 2011, de la Sala de lo Contencioso.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-126/10, caso Foggia - Sociedade Gestora de Participações Sociais SA contra Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, de 10 de noviembre de 2011.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, C-28/95, caso Leur-Bloem contra Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, de 17 de julio de 1997
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de septiembre de 2006, Caso Schweppes, asunto C-196/04.

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

- Consulta Vinculante V0153-21 de la Dirección General de Tributos del 2 de febrero.
- Consulta Vinculante nº V2277-15, de la Dirección General de Tributos de 20 de julio.
- Consulta Vinculante nº V2887-15, de la Dirección General de Tributos de 6 de octubre.
- Consulta Vinculante nº V1328-16, de la Dirección General de Tributos de 31 de marzo.
- Consulta Vinculante nº V0932-16, de la Dirección General de Tributos de 23 de junio.
- Consulta Vinculante nº V4440-16, de la Dirección General de Tributos de 17 de octubre.
- Consulta General nº G0922-17, de la Dirección General de Tributos de 30 de abril.
- Consulta Vinculante nº V1678-18, de la Dirección General de Tributos de 13 de junio.
- Consulta Vinculante nº V1834-18, de la Dirección General de Tributos de 22 de junio.
- Consulta Vinculante nº V2225-18, de la Dirección General de Tributos de 25 de julio.
- Consulta Vinculante nº V2253-18, de la Dirección General de Tributos de 26 de julio.
- Consulta Vinculante nº V2404-18, de la Dirección General de Tributos de 6 de septiembre.
- Consulta Vinculante nº V1340-19, de la Dirección General de Tributos de 10 de junio.
- Consulta Vinculante nº V0084-20, de la Dirección General de Tributos de 17 de enero.
- Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central nº 6452/2022, de 22 de abril de 2024.
- Resolución Tribunal Económico Administrativo Central 9779/2022, de 25 de septiembre de 2023.
- Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central nº 397/2016, de 8 de octubre de 2019.

ARTÍCULOS Y MONOGRAFÍAS.

- Banacloche Pérez, J (2013) «*Tributación de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*» en Tirant lo Blanch (ed.) Garrido de Palma, V., Ansón Peironcely, R. y Banacloche Pérez, J «*Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*». Valencia.
- Borrás Malbar, F. y Navarro Alcázar, J.V. (2019). Impuesto sobre sociedades (2). Regímenes especiales (9ª. edición). Ediciones CEF.
- Calvo Vérguez, J (2013). *La aplicación del régimen fiscal especial de fusiones y*
- Delgado Pacheco, A. (2002) *Las medidas antielusión en los convenios de doble escisiones en el IS tratándose de operaciones realizadas con fines de*

fraude o evasión fiscal. La existencia de motivos económicos válidos. Actum Fiscal nº 81 (noviembre 2013), Ediciones Francis Lefebvre.

- EY Abogados, Cláusula general antiabuso tributaria en España: propuestas para una mayor seguridad jurídica, Fundación Impuestos y Competitividad, Madrid, 2015, p. 5.
- Falcón y Tella, R. (1995). *El fraude a la Ley Tributaria como mecanismo para gravar determinadas economías de opción.* Revista Técnica Tributaria, Asociación Española de Asesores Fiscales, Nº. 15, 2002.
- García-Olías Jiménez, C. (2018). *La eliminación de la obligación de optar por la aplicación del régimen fiscal especial de reestructuraciones.* Actualidad Jurídica Uría Menéndez, nº 49-2018, págs 47-70.
- García-Torres Fernández. MJ. (2019) *“Motivos económicos válidos”* como concepto de referencia en el Impuesto sobre Sociedades. Quincena fiscal Nº 17, págs. 19-58. Ed. Thomson Reuters Aranzadi.

imposición y en la fiscalidad internacional. Documentos - Instituto de Estudios

- Lefebvre F (coord) (2023) Memento Práctico Procedimientos Tributarios 2022-2023. Capítulo III. Ed. Francis Lefebvre.
- Pérez Royo, F., Curso de Derecho Tributario Parte Especial, Tecnos, Madrid, 2020. Sanz Gadea, E., *“Medidas antielusión fiscal”*, Agencia Estatal de Administración Tributaria, n. 8, 2009, p. 242.
- Ruiz Almendral, V., Calderón Carrero, J. M., *“La codificación de la ‘doctrina de la sustancia económica’ en EE.UU. como nuevo modelo de norma general antiabuso: la tendencia hacia el ‘sustancialismo’”*, Quincena Fiscal, n. 15-16, 2010, pp. 37-75.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

- Anónimo, *“Aplicación del régimen fiscal”*, Memento Reorganización Empresarial (Fusiones) 2022-2022, Francis Lefebvre, Madrid, 2022, pp. 1-3.
- Anónimo, *“Cómo beneficiarse del régimen especial en un canje de valores”*, Confianz, 27 de octubre de 2021.
- Anónimo, *“Corporate y M&A.- El número de fusiones y adquisiciones en España aumenta un 20% hasta junio, según TTR”*, Europapress, 14 de julio 2021.
- Anónimo, *“Diferimiento”*, Guías jurídicas Wolters Kluwer.
- Anónimo, *“Manual Práctico de Sociedades 2023”*, Agencia Tributaria, 1 de junio 2023.
- Anónimo, *“Tax-free Reorganization”*, Corporate Finance Institute, 4 de marzo 2022.
- Gallardo, C., *“Régimen Fiscal Especial en las Reestructuraciones de empresas (Parte I)”*, MERAC Blog, 15 de marzo 2022.
- González, D., *“Cláusula General Anti-Elusión o Abuso (GAAR): su génesis y evolución en el Derecho Tributario. La certeza jurídica”*, Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, 20 de septiembre 2021.

NOTAS:

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

³ Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Publicado en el «BOE» núm. 154, de 29 de junio de 2023 económica, sin estar, por ende, alentadas por motivos de rentabilidad fiscal (Pérez Royo et al., 2020).⁴

⁴ PÉREZ ROYO, F., *Curso de Derecho Tributario: Parte Especial. Decimosegunda edición. Capítulo VI: El impuesto sobre sociedades (II). Los regímenes especiales. Páginas 514-519*

⁵ 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. Publicado en «DOUE» núm. 310, de 25 de noviembre de 2009.

⁶ GARCÍA BERRO, F., *La cláusula antiabuso en el régimen de neutralidad y pautas para su aplicación tras la intervención del Tribunal Supremo*. Centro de Estudios Financieros. (2015)

⁷ Directiva del Consejo de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros. Publicado en «DOCE» núm. 225, de 20 de agosto de 1990

⁸ Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas. Publicado en «BOE» núm. 301, de 17 de diciembre de 1991.

⁹ Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. Publicado en «BOE» núm. 310, de 28 de diciembre de 1995

¹⁰ Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Publicado en «BOE» núm. 61 *que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social.*"

¹¹ Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Publicado en «BOE» núm. 154, de 29 de junio de 2023

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

¹³ JESÚS LÓPEZ TELLO Y MIGUEL CREMADES SCHULZ., *El régimen fiscal de algunas de las novedades introducidas por la Ley de Modificaciones Estructurales de la sociedades mercantiles: transformación, fusión, escisión y cesión global de activos y pasivo* (p.53)

¹⁴ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Publicado en «BOE» núm. 161

¹⁵ Consulta Vinculante a la DGT N° V0003-99, de 16 de febrero de 1999.

¹⁶ Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. Publicado en «BOE» núm. 165, de 11/07/2015

¹⁷ Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. Publicado en «BOE» núm. 313, de 30/12/2000.

¹⁸ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. Publicado en «BOE» núm. 285, de 29/11/2006.

¹⁹ Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas.

²⁰ Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

²¹ 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.

²² SOTO LÓPEZ, D.: "La cláusula antiabuso del régimen fiscal de reestructuraciones", *Crónica Tributaria*, núm. 157, 2015, pág. 183.

²³ PALAO TABOADA, C.: "Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de reorganizaciones empresariales", *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 235, 2002, pág. 82.

²⁴ STJUE de 17 de julio de 1997, *A. Leur-Bloem v Inspecteur der Belastingdienst / Ondernemingen Ámsterdam 2*, asunto C-28/95 (TJCE 1997, 156)

²⁵ FALCÓN Y TELLA, R.: op.cit, pág. 7.

²⁶ SAN 2048/2013, Sala Tercera, de 25 de abril de 2013, rec. 187/2010.

²⁷ STS 96/2014, Sala Tercera, de 16 de enero de 2014, rec. 390/2011.

²⁸ EY Abogados, Cláusula general antiabuso tributaria en España: propuestas para una mayor seguridad jurídica, Fundación Impuestos y Competitividad, Madrid, 2015, p. 5.

²⁹ González, D., "Cláusula General Anti-Elusión o Abuso (GAAR): su génesis y evolución en el Derecho Tributario. La certeza jurídica", Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, 20 de septiembre 2021 (disponible en <https://www.ciat.org/ciatblog-clausula-general-anti-elusion-o-abuso-gaar-su-genesis-y-evolucion-en-el-derecho-tributario-la-certeza-juridica/>; última consulta 06/06/2022).

³⁰ Jarach, D., *El Hecho Imponible. Teoría General del Derecho Tributario Sustantivo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1943

³¹ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso), número 994/2014, de 6 de marzo de 2014 [versión electrónica - base de datos poderjudicial.es. Ref. RJ 121/2011. FJ (Quinto)]. Fecha de la última consulta: 06/06/2022

³² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), número 6683/2000, de 20 de septiembre de 2005 [versión electrónica - base de datos Vlex. Ref. RJ 2005/8361].

³³ De Castro, F., *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 375.

³⁴ En esta obra, LARRAZ plasma un ejemplo sumamente clarificante para definir el concepto de «economía de opción»: "La persona individual que necesita realizar bienes en busca de mayor liquidez, sabe que si vende títulos o inmuebles adquiridos no ha tres años, la plusvalía será gravada por renta, cosa que no sucederá si vende bienes adquiridos ha más de tres años".

³⁵ En este línea se pronuncia Tribunal Supremo en el fundamento jurídico sexto de la Sentencia de 2 de noviembre de 2002, de la Sala de lo Contencioso "*En efecto, los contribuyentes pueden elegir entre las varias posibilidades que ofrece la Ley, la más ventajosa a sus intereses, y entre estas ventajas figura la poder escoger la que resulte fiscalmente más rentable, siempre que no vulneren ninguna obligación legal, y ello, aunque las formas contractuales escogidas no sean habituales, normales o tradicionales*".

³⁶ FALCÓN Y TELLA, R (1995) en *El fraude a la Ley Tributaria como mecanismo para gravar determinadas economías de opción* (Revista Técnica Tributaria, Asociación Española de Asesores Fiscales) entiende que «l o único que se pretende es excluir la posible cualificación de fraude respecto a las operaciones que aparezcan suficientemente tipificadas por el ordenamiento tributario, en el sentido de que el legislador las haya contemplado de modo específico en sus consecuencias fiscales».

³⁷ MARÍN (2009) cita textualmente a SHAVIRO describiendo la típica operación de tax shelter: "implica un enérgico movimiento de papel (energetic paper shuffling en inglés) con ningún o muy pequeño efecto económico que crea un resultado fiscal que es favorable cuando las normas fiscales son interpretadas de forma literal, pero que desaparece cuando se aplican normas generales que requieren que las operaciones fiscalmente efectivas reúnan unos requisitos mínimos de motivo económico y sustancia económica".

- ³⁸ CALVO VÉRGEZ (2013).
- ³⁹ CALVO VÉRGEZ (2013). ⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de marzo de 2011, de la Sala de lo Contencioso (N.º de recurso 1110/2008 y Roj 1081/2011)
- ⁴¹ GARCÍA-TORRES (2019) argumenta lo siguiente: «*La posibilidad de aprovechar la aplicación de una fiscalidad favorable no es incompatible con la concurrencia de motivos económicos válidos.*»
- ⁴² GARCÍA-TORRES (2019)
- ⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2011, de la Sala de lo Contencioso.
- ⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2015, de la Sala de lo Contencioso.
- ⁴⁵ Consultas Vinculantes de la Dirección General de Tributos nº V1678-18 (de 13 de junio) y V0084-20 (de 17 de enero).
- ⁴⁶ Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central nº 1016/2003.
- ⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del caso Foggia (asunto C-126/10): «*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.*».
- ⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo nº 1263/2016, de 1 de junio, de la Sala de lo Contencioso.
- ⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo nº 2225/2016, de 13 de octubre, de la Sala de lo Contencioso.
- ⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo nº 1427/2018 de 26 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso.
- ⁵¹ Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V0014-02.
- ⁵² Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V2404-18.
- ⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2011. Caso Foggia, asunto C-126/10.
- ⁵⁴ En ese caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea examinó una operación de absorción donde la entidad adquirida se encontraba inactiva al momento de la reestructuración y además contaba con significativas bases imponibles negativas pendientes de aplicación. La combinación de estas dos circunstancias llevó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a denegar la aplicación del régimen especial.
- ⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo nº 2225/2016, de 13 de octubre, de la Sala de lo Contencioso.
- ⁵⁶ Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V0084-20, de 17 de enero.
- ⁵⁷ Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V0932-16, de 23 de junio.
- ⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Leur-Bloem (C-28/95)
- ⁵⁹ El Tribunal Supremo en la Sentencia de 27 de mayo de 2013 de la Sala de lo Contencioso (N.º de recurso 1668/2011 y Roj 2588/2013)
- ⁶⁰ 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)
- ⁶¹ STJUE de 20 de mayo de 2010, Modehuis A. Zwijnenburg BV v Staatssecretaris van Financiën, asunto C-352/08 (TJCE 2010, 147)
- ⁶² FALCÓN Y TELLÁ, R.: op.cit, pág. 8.
- ⁶³ STC 120/2005, Sala Segunda, de 10 de mayo de 2005, rec. 5388/2002
- ⁶⁴ STS 4931/2012, Sala Tercera, de 3 de julio de 2012, rec. 3703/2009.
- ⁶⁵ 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)
- ⁶⁶ GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, M-J.: “Motivos económicos válidos como concepto de referencia en el Impuesto sobre Sociedades”, Quincena Fiscal, núm. 17, 2019, pág. 13.
- ⁶⁷ GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, M-J.: op cit, pág. 15.
- ⁶⁸ Decisión del Tribunal Supremo Federal Suizo BGE 59 I 272 en Diciembre de 1933.
- ⁶⁹ EY Abogados (2015).