

# DOCUMENTOS DE TRABAJO

## 1/2022

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo respecto del régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial (\*)

EDUARDO SANZ GADEA

Inspector de Hacienda del Estado (jubilado)

(\*) Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación “Fiscalidad Empresarial (GI-19/1)” de la Universidad a Distancia de Madrid (Plan Nacional I+D+i) (número de identificador: A-81618894-GI-19/1), del que es IP María del Carmen Cámara Barroso.



## ÍNDICE

Nota introductoria

Primera parte. LAS SENTENCIAS DEL TJUE

1. Aportación de ramas de actividad
  - 1.1. Interacción entre normas contables y fiscales. 3D Srl (207-11)
  - 1.2. Tratamiento de los pasivos. Andersen & Jensen (43-00)
2. Pérdidas
  - 2.1. Transferencia de pérdidas. Relación con la norma antiabuso. Foggia (126-10)
  - 2.2. Transferencia de pérdidas. Relación con la libertad de establecimiento. A Oy (123-11)
3. Canje de valores
  - 3.1. Interacción entre normas contables y fiscales. AT (285-07)
  - 3.2. Dividendos asociados al canje. Kofoed (321-05)
  - 3.3. Declaración de la plusvalía diferida. Jacob (327-16)-Lassus (421-16) (primeras cuestiones prejudiciales)
  - 3.4. Tributación de la plusvalía diferida. Jacob (327-16)-Lassus (421-16) (segundas cuestiones prejudiciales)
  - 3.5. Concurrencia de minusvalía. Jacob (327-16)-Lassus (421-16) (cuestiones prejudiciales tercera a quinta)
4. Cláusula antiabuso
  - 4.1. Motivos económicos válidos versus ventaja fiscal. Leur-Bloem (28-95)
  - 4.2. Motivación fiscal. Modehuis (352-02)
  - 4.3. Tipificación objetiva versus análisis individualizado. Europark (14-16)

Parte Segunda. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Cláusula antiabuso
2. La escisión
  - 2.1. La escisión total
    - 2.1.1. La escisión total proporcional
    - 2.1.2. La escisión total no proporcional
  - 2.2. La escisión parcial
    - 2.2.1. La escisión parcial proporcional
    - 2.2.2. La escisión parcial no proporcional
3. Fusión
  - 3.1. Compensación de pérdidas

3.1.1. El análisis de la motivación económica

3.1.2. La limitación objetiva a la compensación de bases imponibles negativas

3.1.3. La subrogación de pérdidas en el régimen general

3.2. La fusión impropia

3.2.1. La diferencia de fusión

3.2.2. Fusión de entidades de tenencia o inactivas

4. Canje de valores

5. Aportación de activos

5.1. Concurrencia de deudas

5.2. Aportaciones no dinerarias especiales

Parte tercera. REFLEXIONES FINALES

1. Balance de una década de sentencias

2. La transposición de la norma antiabuso

3. La nueva norma antiabuso

4. La adecuación a la normativa europea

5. El concepto de rama de actividad

La presente colaboración tiene por objeto exponer los aspectos esenciales de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del Tribunal Supremo (TS), relativas al régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial. A tal efecto se efectúa una clasificación de las primeras, atendiendo a la taxonomía de las segundas, lo que ha facilitado identificar los aspectos conflictivos y, por ende, poner de relieve los riesgos que acompañan a algunas de ellas, bajo la concurrencia de determinadas circunstancias.

### Nota introductoria

En la pequeña historia del Impuesto sobre Sociedades, la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, tiene un puesto relevante. Por vez primera, aquel impuesto recibía el impacto de nuestra pertenencia a la, entonces, CEE. En la exposición de motivos de la Ley 29/1991, que tuvo por objeto, entre otros, transponer al ordenamiento interno la Directiva 90/434, se lee que *si bien la norma comunitaria únicamente versa sobre aquellas operaciones que se realicen entre entidades residentes en diferentes Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, los principios tributarios sobre los que está construida son igualmente válidos para regular las operaciones realizadas entre entidades residentes en territorio español*. Se pasaba, así, con el impulso europeo, de un régimen intervencionista, regido por la Ley 76/1980, en el que las plusvalías puestas de manifiesto en los procesos de fusión y asimilados, calificados como beneficiosos para la economía nacional tras un complejo procedimiento administrativo, recibían una bonificación otorgada administrativamente de hasta el 99%, a otro de corte liberal en el que tal beneficio fiscal desaparecía, de manera tal que aquellas plusvalías tributarían, pero no a raíz de la operación societaria, sino con ocasión de su ulterior realización. Todo ello podía resumirse en dos conceptos: neutralidad fiscal y confianza en las decisiones empresariales. Fue un giro copernicano.

Pasados treinta años desde la entrada en vigor de la Ley 29/1991, las líneas maestras del régimen fiscal previsto en la misma han permanecido, primero en la Ley 43/1995 y, actualmente, en la Ley 27/2014, si bien modificaciones puntuales de cierta nota se han producido en varias ocasiones, siendo de entre ellas la más destacada la establecida en la Ley 14/2000, en cuya virtud se introdujo la mención a los motivos económicos válidos, cuya presencia, o ausencia, ha estado en el núcleo de buena parte de los conflictos judicialmente solventados.

La presente colaboración ofrece una síntesis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del Tribunal Supremo (TS) producida, básicamente, en la última década, con la esperanza de que pueda resultar de alguna utilidad a los operadores jurídicos que deban enfrentarse a la realización de una operación susceptible de acogerse al régimen fiscal especial de las operaciones de reestructuración empresarial.

## PARTE PRIMERA

### LAS SENTENCIAS DEL TJUE

Las sentencias del TJUE concernientes a la interpretación de la Directiva 90/434/CEE y de la Directiva 2009/133/CE, que sustituyó a la primera, son un valioso elemento para valorar la adecuación de la legislación fiscal española a la europea en el ámbito de las operaciones de reestructuración empresarial.

#### 1. APORTACIÓN DE RAMAS DE ACTIVIDAD

##### 1.1. Interacción entre normas contables y fiscales. 3D Srl (207-11)

En el caso de aportación de rama de actividad, la legislación italiana en vigor en el momento de los hechos establecía que, si la entidad que la realizaba, contabilizaba las acciones recibidas por un valor superior al de los activos transferidos, la plusvalía resultante tributaría, excepto si se aplicaba a una reserva especial. La razón de ser de esta regulación, posteriormente derogada, era que los dividendos distribuidos otorgaban a los accionistas un crédito fiscal vinculado al impuesto sobre el beneficio. Por tanto, era necesario identificar el beneficio del que procedía el dividendo.

El TJUE constató que la Directiva 90/434 nada establecía respecto del valor que debía asignarse a las acciones recibidas, y de ahí que los Estados miembros podían establecer la regulación que estimaran conveniente siempre que no supusiera una tributación de la plusvalía latente en los activos integrantes de la rama de actividad transmitida, concluyendo que *los artículos 2, 4 y 9 de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen, en una situación como la del procedimiento principal, a que una aportación de activos dé lugar a la tributación, a cargo de la sociedad transmitente, de la plusvalía generada por dicha aportación, a menos que la sociedad transmitente incluya en su balance un fondo de reserva específico por el valor de la plusvalía generada por dicha aportación.*

Ciertamente, la legislación italiana no perturbaba el cumplimiento del objetivo de la Directiva 90/434, por cuanto el registro de la plusvalía en la reserva especial procuraba la no tributación de la plusvalía latente en los activos aportados. Y de ahí su compatibilidad con la Directiva 90/434, actualmente sustituida por la Directiva 2009/133. El vacío de la normativa comunitaria había sido, consecuentemente, bien llenado por la norma de transposición.

En España, el artículo 79 de la Ley 27/2014 establece que las acciones o participaciones recibidas como consecuencia de la aportación de ramas de actividad o de elementos patrimoniales se valorarán a efectos fiscales por el mismo valor que tenían la rama de actividad o los elementos patrimoniales aportados. Se trata, bien se ve, de una valoración puramente fiscal, diseñada para dar cumplimiento a la Directiva 2009/133. Esta regla tiene, como se ha indicado, un alcance

exclusivamente fiscal. Desde la perspectiva contable, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 de la Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, las acciones o participaciones recibidas se registrarán por su valor razonable, debiendo reconocerse el correspondiente resultado *en la cuenta de pérdidas y ganancias por diferencia entre dicho importe y el valor en libros del elemento patrimonial aportado, salvo que la transacción hubiera de calificarse como una permuta no comercial en los términos regulados en el Plan General de Contabilidad, en cuyo caso las acciones o participaciones recibidas se valorarán por el valor en libros del elemento entregado*, si bien, por aplicación de lo previsto en la norma de registro y valoración 21ª del Plan General de Contabilidad, concerniente a las operaciones entre empresas del grupo, podrá no producirse resultado contable alguno por cuanto *el aportante valorará su inversión por el valor contable de los elementos patrimoniales entregados en las cuentas anuales consolidadas en la fecha en que se realiza la operación, según las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas*.

Ese resultado contable no se integrará en la base imponible, ya que la norma de valoración fiscal se impone, a efectos fiscales, de manera tal que para calcular aquella se deberá practicar una corrección al mismo. Así, se da satisfacción a la directiva al tiempo que no se obstruye la representación contable.

En el momento de la transmisión de las acciones o participaciones recibidas deberá corregirse el resultado contable en sentido inverso, de manera tal que la plusvalía latente en los activos aportados tributará en ese momento y ocasión, puesto que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.4 de la Ley 27/2014, la exención relativa a las plusvalías de cartera *solo se aplicará sobre la renta que corresponda a la diferencia positiva entre el valor de la transmisión de la participación en la entidad y el valor de mercado de aquella en el momento de su adquisición por la entidad transmitente*.

Este enfoque, perfectamente adecuado en orden al cumplimiento de la directiva y de la normativa contable, genera, sin embargo, doble imposición. En efecto, a raíz de la aportación, la plusvalía latente en los activos aportados se desdobra, pasando a manifestarse fiscalmente tanto en la entidad que realiza la aportación como en la beneficiaria de la misma, ya que los activos recibidos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 78 de la Ley 27/2014, deberán valorarse, a efectos fiscales, *por los mismos valores fiscales que tenían en la entidad transmitente antes de realizarse la operación*. En el contexto de las operaciones internas, las previsiones del artículo 88 de la Ley 27/2014 evitan la doble imposición. No así en el de las internacionales, ni tampoco cuando la aportación se realiza por una persona física.

## **1.2. Tratamiento de los pasivos. Andersen & Jensen (43-00)**

La importancia de esta sentencia reside en que aborda el concepto de rama de actividad, al hilo de una operación en la que, previamente a la aportación, la entidad aportante solicitó un préstamo de importante cuantía. La deuda correspondiente fue transferida conjuntamente con los restantes activos y pasivos, en tanto que el dinero no lo fue.

El artículo 2 i) de la Directiva 90/434/CEE (actual artículo 2 j) de la Directiva 2009/133/CEE) define la rama de actividad como *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*. A la vista de este precepto el TJUE interpreta que *el legislador comunitario consideró necesario que los elementos de activo y de pasivo inherentes a una rama de actividad sean íntegramente transferidos*.

En el caso no concurría esa circunstancia, por cuanto *la retención por la sociedad transmitente del capital de un préstamo de elevada cuantía objeto de un contrato celebrado por ésta y la transmisión a la sociedad beneficiaria de la aportación de las obligaciones derivadas del préstamo implican una disociación entre dichos elementos*. Así pues, no se produce aportación de activos con arreglo a dicha directiva *cuando media una transacción que estipula que la sociedad transmitente retendrá el capital de un préstamo de elevada cuantía suscrito por ésta y transferirá a la sociedad beneficiaria de la aportación las obligaciones correspondientes al mismo*.

La sentencia encierra dos claves interpretativas. La primera es resaltar el requisito de íntegra transmisión. Todos los elementos patrimoniales afectos a la rama de actividad deben ser transferidos. La segunda es sugerir que la operación específicamente examinada implica el resultado práctico propio de la transmisión a título de compraventa de la rama de actividad. En efecto, la entidad que realiza la aportación retiene un dinero que puede ser visto como el precio de una compraventa por más que reciba las acciones o participaciones de la entidad beneficiaria pero, ciertamente, en una cuantía y valor muy inferior a la que hubiera resultado en caso de no haberse transferido el pasivo financiero derivado del préstamo.

En España, el artículo 76.4 de la Ley 27/2014 define la rama de actividad como *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*. Este mismo precepto indica que *podrán ser atribuidas a la entidad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan*.

El precepto consta de dos partes. La primera reproduce la norma comunitaria. La segunda admite que la rama de actividad puede comprender pasivos financieros, en cuanto estén vinculados a los activos que se traspasan. Los pasivos en los que no concurra tal relación no forman parte de la rama de actividad. Sin embargo, la norma no precisa la consecuencia de la ausencia de esa relación. Un pasivo desmesurado respecto de los activos transferidos es indicativo, como la sentencia del TJUE sugiere, de que el fondo de la operación responde, antes que a la aportación, a la compraventa de los activos transferidos. En efecto, la entidad adquirente recibe un conjunto de activos cuyo precio pagará asumiendo un pasivo contraído por la entidad transmitente, la cual retiene el dinero correspondiente. La regularización fiscal de una operación así concebida debería, por tanto, descansar en la facultad de calificación que el artículo 13 de la Ley General Tributaria confiere a la Administración tributaria. En tal caso, cabría identificar un precio de la transmisión en el importe del pasivo minorado en el valor razonable de las acciones o participa-

ciones recibidas que, enfrentado al valor fiscal de los activos transferidos determinaría la renta fiscal habida por la entidad transmitente.

Más adelante se verá que ciertas sentencias del TS han tenido ocasión de abordar este supuesto.

## 2. PÉRDIDAS

### 2.1. Transferencia de pérdidas. Relación con la norma antiabuso. Foggia (126-10)

El artículo 6 de la Directiva 2009/133, contempla la asunción de las pérdidas fiscales pendientes de compensación en operaciones transfronterizas. Esa asunción es obligatoria en la medida en que sea otorgada a las operaciones puramente internas. La compensación de las pérdidas surtirá efecto respecto de la tributación del establecimiento o de los establecimientos permanentes resultantes de la disolución de la entidad transmitente.

La sentencia Foggia, partiendo de la pertinencia de la transmisión de las pérdidas fiscales, examina el caso en el que la entidad disuelta apenas posee elementos patrimoniales y está inactiva, bajo el prisma de la interpretación de la norma antiabuso del artículo 11.1 de la Directiva 90/434, actual artículo 15 de la Directiva 2009/133, a cuyo tenor el régimen fiscal especial puede retirarse a aquellas operaciones que tengan *como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal*, de manera tal que *el hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal*.

El TJUE sostiene que el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, refleja el principio general del Derecho de la Unión según el cual está prohibido *el abuso del derecho*, remitiendo a los tribunales nacionales la función de juzgar si la operación enjuiciada es abusiva, siendo pertinente valorar a tal efecto los motivos por los cuales se ha realizado la misma. Así, los *motivos económicos válidos* o *la reestructuración o la racionalización* no constituyen requisitos para la aplicación del régimen fiscal especial sino circunstancias cuya ausencia fundamenta la presunción de fraude o evasión fiscal. En el caso, el TJUE destaca que la inactividad de la sociedad participada que alberga pérdidas fiscales de origen difuso e importante cuantía permite entender que la operación no se ha realizado por motivos económicos válidos, quedando así asentado el hecho-base de una presunción, *iuris tantum*, cuyo hecho-consecuencia es la existencia de fraude o evasión fiscal.

Inactividad, importante cuantía de las pérdidas y origen difuso de las mismas son circunstancias que el TJUE destaca como elementos determinantes de la ausencia de motivos económicos válidos.

En España, el artículo 84.2 de la Ley 27/2014 regula la asunción de las bases imponibles negativas pendientes de compensación. La inactividad no está contemplada como una circunstancia excluyente de la asunción, pero su cuantía está sujeta a una limitación.

Por otra parte, la asunción se limita a las pérdidas nacidas al amparo de las normas fiscales españolas, lo que implica rechazar la compensación de las pérdidas sufridas por entidades no residentes en territorio español, excepto si fueren atribuibles a establecimientos permanentes ubicados en el mismo, lo cual está en línea con lo previsto en el artículo 6 de la Directiva 2009/133.

Esa regulación no excluye la posibilidad de retirar, en aplicación de la norma antiabuso del artículo 89.2 de la Ley 27/2014, el disfrute del régimen fiscal a una operación cuya motivación sea, precisamente, la de propiciar la transferencia del derecho a la compensación de bases imponibles negativas. Como se verá más adelante, un conjunto de sentencias del TS han versado sobre este caso.

## **2.2. Transferencia de pérdidas. Relación con la libertad de establecimiento. A Oy (123-11)**

Como se ha indicado, el artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE prevé que las pérdidas puedan compensarse en sede de los establecimientos permanentes resultantes de la disolución de la entidad transmitente, pero guarda silencio respecto del caso en el que no se constituyan tales establecimientos. Sin embargo, este vacío no es óbice para que el caso sea examinado bajo las reglas y principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)

La sentencia A Oy dilucida si el TFUE se opone a una norma que no permite la compensación de las pérdidas sufridas por una entidad filial, residente en Suecia, que ha sido absorbida por la entidad matriz, residente en Finlandia, cuando tal compensación sí sería posible en caso de que las dos entidades fueran residentes en Finlandia.

El TJUE considera que las operaciones de fusión transfronterizas responden a las necesidades de cooperación y reagrupación de sociedades establecidas en Estados miembros diferentes, y de ahí que sea aplicable la libertad de establecimiento, la cual sufre una restricción por cuanto, en relación con la transferencia de pérdidas fiscales, las fusiones transfronterizas reciben un trato peor que las puramente internas, siendo así que ambas son comparables.

Una vez establecida la restricción a la libertad de establecimiento, el TJUE se aplica al examen de tres causas de justificación, a saber, el reparto de la potestad tributaria, impedir la doble compensación de pérdidas y evitar el fraude y la evasión fiscal. El TJUE, siguiendo el camino trazado en la sentencia Marks&Spencer, aprecia que las tres causas pueden justificar la restricción.

Ahora bien, aun cuando concurren las causas de justificación referidas, la norma restrictiva solo superará la oposición de la libertad de establecimiento si es adecuada a aquellas y proporcionada, de manera tal que no vaya más allá de lo necesario. El TJUE enfoca la cuestión en función de las posibilidades de compensación que existan en sede de la entidad disuelta, descargando su apreciación en el tribunal nacional. En esta línea, si esas posibilidades fueran nulas sería contrario al derecho de establecimiento que la entidad absorbente no pudiera compensar las pérdidas

padecidas por la entidad absorbida. Ahora bien, no existirá posibilidad alguna a menos que de la disolución resulten uno o varios establecimientos permanentes.

Sentada esta conclusión se planteó la normativa que habría de aplicarse para determinar el importe de las pérdidas susceptibles de compensación. Pues bien, el TJUE apunta hacia la legislación del Estado miembro de la sociedad absorbente, al objeto de establecer una igualdad con la compensación por transferencia puramente interna.

El artículo 84.3 de la Ley 27/2014, concerniente a la subrogación en los derechos y obligaciones tributarias en las operaciones de reestructuración sujetas al régimen fiscal especial, establece que *las subrogaciones comprenderán exclusivamente los derechos y obligaciones nacidos al amparo de las leyes españolas*. En consecuencia, las pérdidas sufridas por una entidad filial extranjera no podrán ser compensadas en la entidad matriz absorbente. Comoquiera que esa compensación sí se produce cuando la entidad filial absorbida es residente en territorio español, ha de concluirse que aquel precepto no es conforme con la doctrina que se desprende de A Oy.

Mientras estuvo en vigor el antiguo artículo 12.3 del TRLIS no podía producirse el conflicto, por cuanto tal precepto permitía la asunción por la entidad matriz de las pérdidas sufridas por la entidad filial, cualquiera que fuere la residencia de la misma. La supresión de ese precepto posibilita la aparición del conflicto. No obstante, una vía alternativa, aunque no necesariamente de efectos cuantitativos iguales, para aprovechar las pérdidas sufridas por la entidad filial consiste en la extinción y liquidación de la misma. En tal caso, la entidad matriz podrá computar una pérdida por el importe de la diferencia entre el valor de adquisición de la participación que se anula y valor de los elementos patrimoniales recibidos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.8 de la Ley 27/2014.

### 3. CANJE DE VALORES

#### 3.1. Interacción entre normas contables y fiscales. AT (285-07)

El artículo 8.1 y 3 de la Directiva 2009/133, establece que la atribución de valores como consecuencia de un canje de valores no dará lugar a tributación sobre las rentas puestas de manifiesto con motivo del mismo, a condición de que el aportante no atribuya a los títulos recibidos un valor fiscal más elevado de aquel que tuvieron los valores entregados. La legislación alemana, vigente en el momento de los hechos, además establecía que los valores debían contabilizarse en sede de la entidad beneficiaria del canje por el mismo valor fiscal que tenían en el aportante.

La directiva nada establece respecto de la valoración de los valores en sede de la entidad beneficiaria del canje. La norma alemana vendría, así, a colmar un vacío. Sin embargo, el TJUE rechaza la legislación alemana porque impone un requisito no previsto por la directiva, que podría frustrar la consecución de sus objetivos. El TJUE no indicó la forma en cómo debían valorarse, a efectos fiscales, los valores objeto del canje en sede de la entidad beneficiaria, pero sí rechazó que la valoración por el valor histórico en sede de esa entidad fuese un requisito para que los aportantes que entregaron sus acciones en canje disfrutasen del diferimiento en la tributación de la renta.

El Gobierno alemán alegó que el requisito de congelación de valor tenía por objeto preservar el gravamen único, ya que si la entidad dominante valoraba, a efectos fiscales, las acciones recibidas por su valor de mercado en el momento del canje, podría transmitir las posteriormente sin tributación alguna respecto de la plusvalía diferida.

El TJUE entendió que el régimen fiscal alemán envolvía una suerte de norma antiabuso y derivó el asunto hacia el artículo 11.1. a) de la directiva. Y, ya en esta vía argumental, recordó que el artículo referido permite combatir el fraude caso por caso, pero no mediante la tipificación de exclusiones generales de aplicación de la normativa comunitaria.

Por otra parte, tratándose de entidades beneficiarias del canje no residentes en Alemania, la norma alemana únicamente beneficiaría al Estado miembro donde residiera la misma, en el caso Francia, pero no a Alemania. En rigor, la congelación de valor en sede de la entidad beneficiaria del canje solamente tiene sentido en una operación de carácter interno.

Curiosamente, el TJUE no manejó el argumento de la doble imposición que se deriva de la doble congelación de valor, en ocasiones puesto sobre el tapete por la Comisión en sus intentos de modificar la Directiva 2009/133, tal vez porque este argumento podría ser rebatido en función de la contextura de las normas destinadas a eliminar la doble imposición.

El artículo 80 de la Ley 27/2014 establece la doble congelación de valor. Tanto los valores recibidos por los aportantes como los aportados se valorarán por el valor fiscal que estos tenían en el momento de realizarse la operación. Nótese, por tanto, que la norma española, al igual que la alemana, regula la valoración en sede de la entidad beneficiaria del canje. Y lo hace con el mismo criterio, esto es, asignar a los valores el valor fiscal antecedente.

Sin embargo, la norma española no supedita la tributación diferida de la renta puesta de manifiesto en la aportación a la valoración contable en sede de la entidad beneficiaria del canje. Simplemente, impone esa regla de valoración, a efectos fiscales.

Obviamente, esa norma de valoración solo puede tener eficacia respecto de aquellas entidades beneficiarias del canje que sean residentes en territorio español. Cuando la entidad beneficiaria reside en otro Estado miembro corresponde a la legislación del mismo establecer la regla de valoración.

El enfoque valorativo precedente suscita dos problemas de signo opuesto.

En primer lugar, de doble imposición, ya que la plusvalía latente en los valores aportados se desdobra en sede de la entidad beneficiaria del canje. El artículo 88 de la Ley 27/2014 lo solventa, mediante las técnicas propias de eliminación de la doble imposición. Por otra parte, también al efecto de evitar la doble imposición, cuando los aportantes sean no residentes en territorio español, prevalece el valor de mercado.

En segundo lugar, de desimposición, cuando la entidad beneficiaria del canje reside en otro Estado miembro y los valores se valoran por su valor razonable o de mercado en el momento de realizar la operación, ya que, en efecto, estos valores podrían ser transmitidos a terceros sin que

la plusvalía latente cuya tributación fue diferida tribute. Ahora bien, una operación así concebida sería determinante de fraude o evasión fiscal, pudiendo ser combatida mediante la aplicación del artículo 89.2 de la Ley 27/2014.

Con todo, debe tenerse en cuenta que la exención de las plusvalías derivadas de la transmisión de participaciones iguales o superiores al 5%, prevista en el artículo 21 de la Ley 27/2014, ha venido a hacer innecesarias gran parte de las maniobras de ubicación de las plusvalías de cartera en sede de entidades extranjeras.

### **3.2. Dividendos asociados al canje. Kofoed (321-05)**

El TJUE abordó dos cuestiones. La primera consistió en dilucidar si la distribución de beneficios, inmediatamente posterior a un canje de valores, podía ser entendida como una compensación monetaria que descalificaba la operación como canje de valores, debido a la limitación del 10% del valor nominal de los valores canjeados prevista en el artículo 2 d) de la Directiva 90/434. La segunda, caso de ser procedente calificar la operación como canje de valores, si la operación podía ser descalificada por razón de ser considerada abusiva, aun cuando el Estado miembro concernido, Dinamarca, no había transpuesto a su ordenamiento interno la norma antiabuso prevista en el artículo 11.1 de la Directiva 90/434.

Respecto de la primera cuestión, a la vista de los hechos, el TJUE apreció que el dividendo no respondía a una compensación monetaria asociada al canje de valores, sino que tenía sustantividad propia, por cuanto no se había probado que la entidad beneficiaria del canje se había obligado, frente a los aportantes, a su distribución.

Remató el TJUE su posición con una declaración que debe ser atentamente considerada, a saber, *que de la letra d) del artículo 2 y del sistema general de la Directiva 90/434 se deduce que el régimen fiscal común establecido en ella, que comprende diferentes ventajas fiscales, se aplica indistintamente a todas las operaciones de fusión, de escisión, de aportación de activos y de canje de acciones, abstracción hecha de sus motivos, ya sean estos financieros, económicos o puramente fiscales.*

Es importante resaltar este aspecto. La finalidad fiscal de la operación no desvirtúa la aplicación de las ventajas fiscales previstas para la misma. Las ventajas fiscales se negarán a las operaciones fraudulentas, sin que quepa identificar como tales, apodícticamente, a todas aquellas que persigan una finalidad fiscal. En toda operación fraudulenta hay una finalidad fiscal, pero no toda finalidad fiscal está asociada a una operación fraudulenta.

Una vez sentado lo anterior, el TJUE se enfrentó con la segunda cuestión. Tras recordar que la norma antiabuso prevista en el artículo 11 de la Directiva 90/434/CE es una manifestación de la prohibición general del abuso del derecho, de manera tal que la aplicación de las normas comunitarias *no puede extenderse hasta llegar a cubrir prácticas abusivas, esto es, operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho comunitario*, el TJUE reparó en que Dinamarca no había transpuesto al ordenamiento interno aquel precepto.

El TJUE recordó que una directiva no transpuesta no puede crear, por sí misma, obligaciones frente a los particulares, lo cual responde a imperativos del principio de seguridad jurídica. Sin embargo, de ahí no se sigue que las operaciones fraudulentas deban quedar inmunes, puesto que *para el cumplimiento de una directiva puede bastar, en función de su contenido, en determinados casos, un contexto jurídico general, de modo que no sea necesario reproducir las disposiciones de la directiva de manera formal y expresa en las disposiciones nacionales específicas*. En consecuencia, es competencia del órgano jurisdiccional remitente examinar si existe, en Derecho danés, una disposición o un principio general según el cual el abuso de derecho esté prohibido u otras disposiciones sobre el fraude o la evasión fiscal que puedan interpretarse de conformidad con el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434.

Así pues, en caso de no transposición al ordenamiento interno de la norma antiabuso del artículo 11.1 de la Directiva 90/434/CEE, las operaciones fraudulentas que pretendan disfrutar de las ventajas fiscales previstas en la misma, podrán ser combatidas mediante las normas generales antiabuso internas o, incluso, mediante principios generales judicialmente elaborados.

### **3.3. Declaración de la plusvalía diferida. Jacob (327-16)-Lassus (421-16) (primeras cuestiones prejudiciales)**

En las primeras cuestiones prejudiciales el TJUE examina si la obligación de formular una declaración informativa respecto de la plusvalía obtenida en el canje es conforme con la Directiva 90/434.

El TJUE argumenta que el canje de valores no debe dar lugar a la tributación de la plusvalía que se ponga de manifiesto, sin perjuicio de la ulterior tributación con ocasión de la transmisión de los valores recibidos. Los Estados miembros deben respetar el mandato de diferimiento, pero tienen la facultad de establecer las cautelas precisas para preservar sus derechos de imposición y hacerlos efectivos con ocasión de la ulterior transmisión de dichos valores, sin que la norma comunitaria establezca los medios o formas al efecto.

En España, el artículo 86 de la Ley 27/2014, establece un conjunto de reglas de contenido informativo que tienen por objeto garantizar la ulterior tributación de la plusvalía latente en los valores aportados en canje.

A estos efectos, el artículo 86.2 de la Ley 27/2014 establece la obligación de mencionar en la memoria de las cuentas anuales el valor contable y fiscal de los valores entregados así como *el valor por el que se hayan contabilizado los valores recibidos*. Estos valores, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 de la Resolución del ICAC, de 5 de marzo de 2019, se contabilizarán, por regla general, por su valor razonable, debiéndose reconocer en la cuenta de pérdidas y ganancias la diferencia entre ese valor y el valor contable de los valores aportados en canje, excepto si *la transacción hubiera de calificarse como una permuta no comercial en los términos regulados en el Plan General de Contabilidad, en cuyo caso las acciones o participaciones recibidas se valorarán por el valor en libros del elemento entregado*. Se presume esa calificación

cuando por causa de la aportación el aportante llegue a controlar la *práctica totalidad* del capital social de la entidad beneficiaria del canje.

Estas obligaciones de información no perturban el cumplimiento de los objetivos de la directiva.

#### **3.4. Tributación de la plusvalía diferida. Jacob (327-16)-Lassus (421-16) (segundas cuestiones prejudiciales)**

En las segundas cuestiones prejudiciales el TJUE se pronuncia sobre la tributación de la plusvalía diferida a raíz de una ulterior transmisión, en el caso en que la competencia para gravar recaiga en un Estado miembro distinto de aquel que admitió el diferimiento. Así puede suceder por varias causas, tales como lo establecido en un convenio bilateral para eliminar la doble imposición o la variación de la residencia fiscal del aportante.

El TJUE se pronuncia, inequívocamente, en el sentido de que el Estado miembro que practicó el diferimiento conserva el derecho de imposición, de manera tal que *el mero hecho de que la cesión de los títulos recibidos en canje esté comprendida en la competencia fiscal de un Estado miembro distinto del Estado que dispone de la competencia fiscal sobre la plusvalía resultante de la operación de canje de títulos no priva al segundo de esos dos Estados miembros de su derecho a ejercer su competencia fiscal sobre una plusvalía generada en el marco de su competencia fiscal*, criterio éste que, por otra parte, se ajusta a la causa de justificación de conservar el reparto equilibrado de los ingresos fiscales entre los Estados miembros, de acuerdo con el principio de territorialidad.

En España, el artículo 80.4 de la Ley 27/2014, en el caso en que el aportante pierda la cualidad de ser residente en territorio español, prevé la integración en la base imponible de *la diferencia entre el valor de mercado de las acciones o participaciones y el valor a que se refiere el apartado anterior, salvo que las acciones o participaciones queden afectos a un establecimiento permanente situado en territorio español*, si bien cuando el Estado de nueva residencia pertenezca a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo, establece reglas de aplazamiento en los términos de la Ley General Tributaria.

#### **3.5. Concurrencia de minusvalía. Jacob (327-16)-Lassus (421-16) (cuestiones prejudiciales tercera a quinta)**

En las cuestiones prejudiciales tercera a quinta, el TJUE se pronunció sobre la determinación del importe de la plusvalía a gravar con motivo de la ulterior transmisión de los valores recibidos por el aportante, considerando que cuando el mismo conservaba la residencia fiscal las minusvalías generadas con posterioridad al canje se tomaban en consideración, pero no así cuando cambiaba de residencia fiscal.

El TJUE enfocó la cuestión desde la perspectiva de la libertad de establecimiento, por cuanto la misma es el fundamento de la Directiva 90/434. Observó que la minusvalía hubiera sido computada en caso de que la persona que efectuó el canje hubiera conservado la residencia. Por tanto, había una diferencia de trato por razón de la residencia. De ahí el TJUE infirió una restricción a la

libertad de establecimiento, por cuanto la situación de residentes y no residentes, en el régimen fiscal del canje de valores, es comparable. En efecto, uno y otro pueden diferir la plusvalía habida en el canje, y serán gravados en el momento de la ulterior transmisión.

Se alegó, como causa de justificación, el respeto debido al reparto de los ingresos fiscales, puesto que la restricción derivaría de que la competencia para gravar la renta habida en la ulterior transmisión ya no era de la jurisdicción fiscal que sí lo había sido en relación con el canje (Francia).

El TJUE rechazó el argumento, puesto que, a su entender, no se trataba de un reparto de competencias. Por el contrario, la competencia para gravar la plusvalía diferida, implica la correlativa obligación de compensarla con la minusvalía habida en la transmisión.

#### **4. CLÁUSULA ANTIABUSO**

##### **4.1. Motivos económicos válidos versus ventaja fiscal. Leur-Bloem (28-95)**

La legislación holandesa relativa al canje de valores, negaba la aplicación del régimen fiscal de diferimiento a aquellas operaciones que no supusieran una integración financiera duradera.

Con carácter previo, el TJUE hubo de pronunciarse sobre su competencia ya que la operación de canje litigiosa era puramente interna si bien la normativa de transposición de la Directiva 90/434 se aplicaba, como sucede en España, en paridad de trato, y en ello identificó un interés comunitario en el que fundamentó su competencia.

El TJUE constató que el requisito de integración financiera duradera no estaba recogido en el artículo de la Directiva 90/434 que definía el canje de valores. Observó también que en la tipificación de las operaciones los motivos eran irrelevantes. Sin embargo, el TJUE fue consciente de que con dicho requisito se quería salir al paso de posibles maniobras fraudulentas y, por ello, se adentró en la interpretación de la norma antiabuso del artículo 11.1 de la Directiva 90/434.

El TJUE precisó que la norma antiabuso no debía construirse en base a criterios generales predefinidos que descalificaran a priori ciertas operaciones, sino que, por el contrario, debía permitir un análisis individualizado de los hechos en presencia. Así, el TJUE descartó que se descalificase una operación porque la entidad adquirente, al ser de nueva creación, no había realizado actividades empresariales o porque no estuviera concebida con carácter duradero.

El verdadero motivo de la operación litigiosa era lograr la compensación horizontal de pérdidas, de manera tal que perseguía una finalidad puramente fiscal. A la vista de ello, el TJUE indicó que *el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal. Por consiguiente, una operación de fusión por canje de acciones que sólo persiguiera tal objetivo no puede constituir un motivo económico válido.*

La persecución de una finalidad fiscal no configura un motivo económico válido. Por tanto, si no existe un motivo económico válido, se configura el hecho-base de una presunción cuyo hecho-

consecuencia es que la operación determina el fraude o la evasión fiscal. Ahora bien, se trata de una presunción iuris tantum. En este sentido, la finalidad puramente fiscal no implica, necesariamente, el fraude o la evasión fiscal. Dependerá del contenido de tal finalidad. Por ejemplo, procurar una estructura de participación que permita la tributación consolidada no parece que sea una finalidad fiscal ilegítima. Más dudoso es si la finalidad de la consolidación es procurar una compensación de pérdidas, pero incluso en este supuesto tal vez convendría distinguir entre pérdidas generadas en el grupo previas a su configuración como grupo fiscal y pérdidas adquiridas de terceros, si bien la sentencia no entra en ella

De la sentencia del TJUE tampoco se sigue que la motivación económica válida deba operar a modo de requisito para el disfrute del régimen fiscal previsto en la Directiva 90/434.

#### **4.2 Motivación fiscal. Modehuis (352-02)**

El TJUE interpreta la cláusula antiabuso del artículo 11.1 de la Directiva 90/434 al hilo de una operación de fusión cuya única motivación era eludir la imposición indirecta sobre transmisiones patrimoniales.

Después de afirmar su competencia en los mismos términos que en la sentencia *Leur-Bloem*, el TJUE recuerda, en línea con las sentencias *Leur-Bloem* y *Kofoed*, que *el régimen fiscal común establecido por la Directiva 90/434, que comprende diferentes ventajas fiscales, se aplica indistintamente a todas las operaciones de fusión, de escisión, de aportación de activos y de canje de acciones, abstracción hecha de sus motivos, ya sean estos financieros, económicos o puramente fiscales.*

La reiteración de esa afirmación es importante, porque rechaza que la motivación fiscal impida, apodícticamente, la aplicación del régimen fiscal especial. Lo que impide la aplicación del régimen fiscal especial es el objetivo del fraude o la evasión fiscal. Ese objetivo sería antijurídico y, por ende, la motivación fiscal concurrente, ilegítima.

Así, una motivación fiscal ilegítima descartaría la concurrencia de motivos económicos válidos.

En el caso, quedó probado que las operaciones de fusión pretendidas no tenían otra finalidad que la de eludir la imposición indirecta en la transmisión de una empresa de los padres a favor de los hijos.

Pues bien, el TJUE rechaza que pueda negarse la aplicación del régimen fiscal especial cuando la operación se lleve a efecto para defraudar un impuesto distinto de los que recaen sobre el beneficio de la sociedad o las rentas de sus socios ya que esos son los afectados por el régimen previsto en la Directiva 90/434. En particular, censura que se quiera recuperar la imposición de transmisión patrimonial defraudada mediante la tributación de las plusvalías latentes que se pondrán de manifiesto en las fusiones. Al tiempo, indica que la retirada de las ventajas fiscales del régimen especial debe realizarse con carácter excepcional y tras el análisis del caso concreto y no sobre la base de una suerte de presunción general.

Naturalmente, de ello no se sigue que la elusión de la imposición sobre transmisiones patrimoniales no pueda ser neutralizada mediante la aplicación de normas antiabuso de carácter general o de principios jurisprudenciales.

#### 4.3. Tipificación objetiva versus análisis individualizado. Europark (14-16)

El TJUE realiza una interpretación extensa de la relación existente entre la cláusula antiabuso francesa, el artículo 11.1 de la Directiva 90/434 y ciertos principios del Derecho de la Unión Europea.

La normativa francesa de transposición de la Directiva 90/434, establecía un conjunto de requisitos para acceder a la aplicación del régimen fiscal especial, cuya concurrencia debía ser probada por el contribuyente, a saber, justificación de un motivo económico válido de la operación, acreditación de que no persigue como objetivo principal o uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal y, en fin, que la mecánica de la operación permitiera garantizar el gravamen futuro de las plusvalías diferidas. Además, tratándose de operaciones transfronterizas, la legislación francesa requería la autorización administrativa previa.

Tales requisitos se enmarcaban en la transposición del artículo 11.1 de la Directiva 90/434.

El TJUE observó que dicho artículo no establecía una norma antiabuso armonizada sino que, antes bien, habilitaba a los Estados miembros, respetando el principio de proporcionalidad, para que establecieran las normas precisas en orden a evitar el fraude o la evasión fiscal en relación con las operaciones cubiertas por la Directiva 90/434. Se sigue de ahí que esas normas internas podrán ser controladas por el TJUE a la vista del Derecho Primario de la Unión Europea.

Esas normas, señaló el TJUE, podían establecer un procedimiento previo para acceder a los beneficios fiscales de la directiva, pero debían respetar los principios de efectividad, esto es, no hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario, y equivalencia entre las situaciones interna y transfronteriza.

Respecto del principio de efectividad, las normas procesales para la aplicación de los derechos nacidos de la Directiva 90/434, habían de ser suficientemente precisas, claras y previsibles. Pues bien, la normativa francesa relativa a la aplicación del régimen fiscal especial no cumplía con tales requerimientos. En particular, la obligación, a cargo del contribuyente, de demostrar la existencia de un motivo económico válido.

En cuanto al principio de equivalencia, el TJUE no ofrece un pronunciamiento, por no disponer de elementos claros de comparación, remitiéndose al tribunal nacional.

Para el TJUE los requisitos establecidos por la legislación francesa para aplicar el régimen de diferimiento eran reprochables, a la vista del espíritu y finalidad de la Directiva 90/434. Así, la norma francesa establecía una suerte de presunción general de fraude sin atender a las circunstancias del caso, de forma tal que *en la medida en que la norma controvertida en el asunto principal exige de forma sistemática e incondicional para conceder el beneficio de la tributación diferida de las plusvalías en virtud de la Directiva 90/434, que el contribuyente acredite que la*

*operación en cuestión está justificada por un motivo económico y que no tiene como objetivo principal el fraude o la evasión fiscales, sin que la Administración tributaria esté obligada a aportar al menos un principio de prueba de la falta de motivos económicos válidos o de indicios de fraude o evasión fiscales, esta normativa establece una presunción general de fraude o evasión fiscales. Por el contrario, corresponde a la Administración tributaria aportar la prueba, cuando menos indiciaria, de la existencia de fraude o evasión fiscal, para lo cual puede apoyarse en la inexistencia de motivos económicos válidos, que también deberá probar, sin que, por lo tanto, corresponda al contribuyente probar la existencia de motivos económicos válidos, para disfrutar del régimen fiscal especial.*

Finalmente, en cuanto a la autorización para operaciones transfronterizas cuando las puramente internas no precisan de ella, el TJUE aprecia una diferencia de trato que puede ser disuasoria, y de ahí concluye en una restricción respecto del derecho de establecimiento, pues es este derecho el que ampara la fusión transfronteriza, sin que las causas de justificación alegadas, esto es, la lucha contra el fraude y la evasión fiscal y el reparto equilibrado de la potestad tributaria fueran admisibles.

En España, la transposición de la norma antiabuso del artículo 11.1 de la Directiva 90/434, ha atravesado tres fases. En la efectuada por la Ley 29/1991, posteriormente recogida por la Ley 43/1995, no se hacía mención a los motivos económicos válidos. Simplemente, se establecía que el régimen fiscal previsto en la misma no sería aplicable cuando como consecuencia de la comprobación administrativa se probara que las operaciones se *realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal*.

La Ley 14/2000 rechazó la aplicación del régimen fiscal especial cuando la operación no fuese efectuada *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*, al tiempo que habilitaba la presentación de consultas, con carácter vinculante, a la Administración tributaria sobre *la aplicación y cumplimiento de este requisito en operaciones concretas*.

A partir de esta norma, actualmente recogida en el artículo 89.2 de la Ley 27/2014, se pudo llegar a entender que los motivos económicos válidos eran un requisito de aplicación del régimen fiscal, cuya existencia debía ser probada por el interesado.

Sin embargo, tras la sentencia *Europark* ha de entenderse que la concurrencia de tales motivos económicos válidos no es un requisito de aplicación del régimen fiscal del capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014 sino un elemento de la prueba, a cargo de la Administración tributaria, de que la operación concernida ha sido el instrumento de la realización del fraude o la evasión fiscal.

Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, ayuda a propulsar una interpretación de la norma antiabuso española en línea con los criterios dimanantes del TJUE, lo previsto en el párrafo segundo del artículo referido, a cuyo tenor *las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación*

*de lo dispuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal.* En efecto, lo relevante no es que el interesado pruebe que la operación se halle respaldada por motivos económicos válidos sino que, mediante el procedimiento administrativo correspondiente, se neutralice la ventaja fiscal pretendida, en el bien entendido que, obviamente, esa ventaja fiscal no puede identificarse con el efecto de diferimiento propio del régimen fiscal especial ni, tampoco, con una finalidad fiscal si la misma no implica la infracción de una norma tributaria.

Con todo, aquel párrafo encierra una contradicción, por cuanto para eliminar *exclusivamente* los efectos irregulares pretendidos con la operación de fusión o asimilada no siempre será necesario retirar la aplicación del régimen fiscal especial. En algunos casos lo será, en otros no, y en otros lo será parcialmente.

La interpretación más acorde con las sentencias del TJUE es entender que lo principal es que no prospere la irregularidad perseguida a través de la operación. Por tanto, la regularización debería consistir en eliminar los efectos irregulares y también, en su caso, aquellos aspectos del régimen fiscal especial en cuanto fuere necesario para alcanzar tal finalidad.

## PARTE SEGUNDA

### LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Un análisis exhaustivo de las sentencias del Tribunal Supremo (TS) relativa a las operaciones de reestructuración rebasaría, con mucho, las posibilidades y pretensiones del autor de estas líneas. No obstante, una referencia limitada a una selección de las mismas, parece obligada para esbozar una cabal idea de los problemas que se han presentado en la aplicación del régimen fiscal especial de las citadas operaciones. Siguiendo una cierta inspiración estadística, tal selección se ha realizado requiriendo del CENDOJ una búsqueda temática, limitada al TS y a la última década. La sentencia más reciente, así seleccionada, lleva fecha de diciembre del pasado año y va referida al TRLIS. Los problemas que, eventualmente, pueda suscitar la aplicación de la Ley 27/2014, todavía no han alcanzado el tiempo del recurso de casación. Sin embargo, habida cuenta de la continuidad con la que en esta materia se ha producido la Ley 27/2014, buena parte de los criterios jurisprudenciales son válidos en orden a la interpretación de los correspondientes preceptos. Con una excepción, no por única menos relevante, esto es, la contenida en el párrafo segundo del artículo 89.2, esto es, la denominada cláusula antiabuso.

Por razón de su objeto, dichas sentencias pueden ser clasificadas en los siguientes grupos:

- Escisión.
- Fusión.
- Canje de valores.
- Aportaciones no dinerarias especiales.

#### 1. CLÁUSULA ANTIABUSO<sup>1</sup>

En la práctica totalidad de las sentencias del TS y del correspondiente tribunal de instancia, se ha planteado la aplicación de la cláusula antiabuso. Contenida, inicialmente, en el artículo 16.2 de la ley 29/1991, luego en el artículo 110.2 de la Ley 43/1995, modificado por la Ley 14/2000, reproducido en el artículo 96.2 del TRLIS, está actualmente recogida en el artículo 89.2 de la Ley 27/2014.

La jurisprudencia entorno a la misma puede resumirse en los siguientes puntos:

Primero. La aplicación de la norma antiabuso puede realizarse en el seno del procedimiento de inspección tributaria, sin que sea preciso instruir el procedimiento de fraude a la ley tributaria o conflicto en aplicación de la norma tributaria. En este punto es básica la STS 31/03/2021 (Rec

---

<sup>1</sup> Lo concerniente a la cláusula antiabuso ha sido objeto de consideración más detallada, por parte del autor, en el artículo titulado “Jurisprudencia comunitaria y española relativa a la norma antiabuso en materia de operaciones de reestructuración empresarial”, publicado en *Actualidad Administrativa*, 4, abril 2022

5886/2019), la cual da contestación a la cuestión de interés casacional indicando que *la apreciación de la ausencia de un motivo económico válido en el negocio jurídico celebrado, excluyente de la aplicación del régimen especial relativo a las fusiones, escisiones, etc., regulado en el Capítulo VIII del Título VII del Texto refundido, aplicable por razones temporales al caso, debidamente motivada y sometida al control judicial, hace innecesaria la tramitación del expediente de conflicto en la aplicación de la norma, ya que se trata de una cláusula antiabuso particular que opera como lex specialis directamente derivado del Derecho de la Unión Europea. Ello no significa la imposibilidad de que pueda tramitarse y resolverse el procedimiento del artículo 15 LGT, cuando los hechos y circunstancias así lo impongan.*

Segundo. Aunque en alguna sentencia se ha deslizado la idea de que la aplicación del régimen fiscal especial, en cuanto determinante de un privilegio fiscal, está supeditado a la concurrencia de los motivos económicos válidos, la línea jurisprudencial más sólida ha asociado la constatación de la ausencia de motivos económicos válidos a la prueba del fraude o la evasión fiscal, mediante la técnica de las presunciones. En este sentido en la STS 16/03/2016 (Rec 1815/2014), se dice que *la Administración puede utilizar, para justificar la inaplicación del régimen de neutralidad fiscal, la prueba de presunciones, de manera que puede resultar acreditada la realización de la operación "principalmente por fines de fraude o evasión fiscal", habida cuenta de la inexistencia de motivos económicos en la misma. Y, en tal caso, incumbiría a la sociedad que pretende acogerse al régimen especial de fusiones desvirtuar la improcedencia de la conclusión presumida por no concurrir los requisitos exigidos para tal prueba o desvirtuar su resultado mediante la utilización de otros medios de prueba (Cfr. SSTs de 28 de junio de 2013, rec. de cas. 1186/2011 y 4 de julio de 2014, rec. de cas.725/2012).*

Tercero. En la práctica totalidad de los casos, la inspección tributaria ha identificado una ventaja fiscal, en el sentido de que el resultado práctico obtenido con la operación de reestructuración hubiera debido ser alcanzado mediante otros negocios jurídicos, determinantes de una tributación mayor. Sin embargo, las sentencias han venido distinguiendo entre las ventajas legítimas e ilegítimas. En este sentido, cabe citar la STS 23/11/2016 (Rec 3742/2015), en la que se dice que *para el Tribunal de Justicia no todo rodeo para evitar la aplicación de un determinado régimen jurídico resulta ilegítimo, sino sólo el que resulta abusivo, lo que obliga a analizar caso por caso (sentencia 9 de marzo de 1999 Centros, C-212/97), teniendo la consideración de abusiva aquella situación en la que se crean artificialmente las condiciones necesarias para la obtención de la ventaja (sentencia de 11 de octubre de 1977, Cremer, 125/76)... la persecución de una ventaja fiscal, no conlleva sin más la ilicitud del comportamiento....lo determinante es la artificiosidad y su verificación a los efectos de la habilitación de la reacción normativa contra dichos comportamientos abusivos.*

Cuarto. El dictamen del perito judicial, generalmente ha venido apreciando la concurrencia de motivos económicos válidos. Para algunas sentencias ha tenido un valor decisivo. Así en la STS 20/11/2014 (Rec 3790/2012), se recogió el criterio del tribunal de instancia, a cuyo tenor tal dictamen aporta *conocimientos especializados acerca de las necesidades empresariales, las estrategias perseguidas con los actos realizados y, en suma, completando los limitados conocimientos judiciales -salvo en lo jurídico, bajo el principio iura novit curia - con aportaciones de otra*

*índole que permitan una mejor asimilación de las operaciones realizadas desde la estricta perspectiva económica, lo que así fue corroborado por el TS, ya que la prueba pericial es adecuada para acreditar el extremo que representa el núcleo del debate. Inversamente, en el recurso de casación resuelto por la STS 30/05/2016 (Rec 1776/2015), el tribunal de instancia rechazó la validez del contenido del dictamen pericial porque en realidad encubre una pericial jurídica, al margen de la consideración, que es tan evidente que huelga insistir en ello, de que no cabe la pericial de opinión jurídica porque la materia de interpretación de las normas es atribución exclusiva del tribunal sentenciador, que no precisa de auxilio alguno en esa tarea esencial... lo que así fue admitido y corroborado por el TS.*

Quinto. La ausencia de motivos económicos válidos no decide, por sí sola, la concurrencia de culpabilidad a efectos sancionadores. La STS 31/03/2021 (Rec 5886/2019), contestó a la pertinente cuestión de interés casacional afirmando que *no basta con afirmar, simplemente, que no hay motivo económico válido, para basar en ese solo hecho no solo la tipicidad, sino la culpabilidad como sustento inexorable de la sanción, pues las situaciones que se pueden presentar en la realidad son muy variadas y distintas entre sí. Esto es, se exige un razonamiento motivado, en la resolución sancionadora, sobre la culpabilidad, en los términos exigidos constantemente por la jurisprudencia.*

## **2. LA ESCISIÓN**

De las más de ochenta sentencias del TS examinadas para preparar la presente colaboración, y sus correlativas del tribunal de instancia, más de la mitad correspondieron a escisiones.

Para espigar los criterios jurisprudenciales es útil efectuar una clasificación. Así, cabe distinguir dos grandes categorías, según que la escisión sea total o parcial y dentro de cada categoría, entre escisión proporcional o no proporcional, según que los socios reciban, o no, acciones o participaciones de todas y cada una de las entidades beneficiarias de la escisión. En fin, la transmisión ulterior de las acciones recibidas por los socios es otro elemento a considerar.

### **2.1. La escisión total**

Los conflictos relativos a la misma no han derivado de la subsunción de los hechos en los tipos fiscales, muy similares a los mercantiles, excepto por lo que se refiere a la rama de actividad incorporada por la Ley 14/2000, sino en la supuesta persecución de una finalidad fraudulenta.

#### *2.1.1. La escisión total proporcional*

La inspección tributaria ha rechazado estas operaciones cuando se ha producido la ulterior transmisión por parte de los socios, personas físicas, de las acciones recibidas, sin tributación efectiva, o muy reducida, debido a la aplicación de los porcentajes reductores establecidos en la Ley 18/1991 del IRPF, con fundamento de la cláusula antiabuso.

En la mayor parte de los casos, los activos de la entidad beneficiaria de la escisión eran inmuebles de la entidad escindida. En suma, la inspección tributaria entendió que la escisión era el instrumento preparatorio para transmitir, con coste fiscal nulo o reducido, activos que, caso de ser transmitidos por la entidad escindida, hubieran determinado la tributación apropiada por el Impuesto sobre Sociedades.

En la mayor parte de los casos examinados, tanto el tribunal de instancia como el TS, acogieron las pretensiones de la inspección tributaria, sobre la base de que había quedado probada la ausencia de motivos económicos válidos o la pura finalidad de obtener una ventaja fiscal<sup>2</sup>. Así, en la STS 15/04/2013 (Rec 3010/2011) se dijo que *por ello, quedan fuera de lugar todas las consideraciones que realiza la compañía recurrente en su recurso (fundamentalmente en el segundo motivo) sobre la inexistencia de simulación ni de ánimo de engañar, o fraudulento, en la escisión empresarial. No se trataba de eso, de si concurría una causa lícita o cierta en el negocio de la escisión, sino de examinar, pura y llanamente, si, pese a ello, la operación tenía como designio único o principal la obtención de una ventaja fiscal... No le incumbía a la Administración acreditar, como dice la recurrente, la existencia de un negocio ilícito o falso, sino probar que el principal objetivo era la obtención de un beneficio fiscal, por la ausencia de otra explicación económica válida. Este es el sentido del precepto. Le cabía a la Inspección de los Tributos justificar, como hizo, la inaplicación del régimen de neutralidad fiscal presumiendo la realización de la operación «principalmente por fines de fraude o evasión fiscal», habida cuenta de la inexistencia de motivos económicos válidos en la misma...y en la STS 20/11/2014 (Rec 3790/2012) se afirma que si los peritos hubieran examinado el conjunto de esos elementos habrían llegado a la conclusión de que la escisión que se trataba de acoger al régimen especial en el impuesto sobre sociedades no fue más que un paso en una operación compleja cuyo designio verdadero fue vender el negocio familiar de fabricación de envases de plástico, haciendo partícipes a los hijos del matrimonio y al gerente de la sociedad escindida de una parte de las plusvalías obtenidas, con el coste fiscal más reducido que fuera posible, y conservando en manos de la familia la titularidad del inmueble en el que se ejercía la actividad económica. Por lo tanto, no hay nada en este proceso que permita negar la conclusión administrativa de que la operación litigiosa no respondió a motivaciones económicas válidas, pudiendo presumirse que su principal designio fue obtener indebidamente una clara ventaja tributaria, trasladando la fiscalidad de la sociedad a los socios personas físicas...*

Sin embargo, ante hechos aparentemente muy similares el tribunal de instancia rechazó las pretensiones de la inspección tributaria. Así, en la STS 20/11/2014 (Rec 3790/2012) se recoge y valida la argumentación del tribunal de instancia, a cuyo tenor, *la exclusión de la normativa contenida en la Ley 43/95, en base a una presunción relativa a que la escisión se realizó con fines de fraude o evasión fiscal, ha de estar plenamente acreditada por la Administración, enervando la finalidad organizativa o comercial en la que se fundan las decisiones empresariales de esta índole, sin que pueda confundirse con el aprovechamiento de determinadas ventajas fiscales*

---

<sup>2</sup> TS 03/07/2012; Rec 3703/2009. TS 15/04/2013; Rec 3010/2011. TS 18/12/2013; Rec 4532/2011. TS 18/12/2013; Rec 4532/2011. TS 13/10/2016; Rec 1408/2015.

*mediante los mecanismos tributarios previstos.... A ello debe añadirse, que la operación de escisión se ha realizado efectivamente, cumpliéndose las exigencias formales establecidas en la normativa mercantil que resulta de aplicación. Ha de presumirse, por tanto, que dicha operación no se efectuó con finalidades espurias o torticeras, de suerte que pesa sobre quien afirma la presencia de estas extrañas y distintas causas acreditar fehacientemente su concurrencia... una prueba pericial resulta necesaria y conveniente, máxime cuando no fue impugnado por el Abogado del Estado el auto judicial que tuvo por pertinente la prueba y en cuyo enunciado ya se comprendía, de forma explícita, que el objeto de la pericia abarcaba la opinión fundada del perito acerca de los extremos más arriba mencionados, que abordan la cuestión desde una perspectiva general y amplia que la Sala no puede más que compartir. En el mismo sentido, la STS14/05/2012 (Rec 2144/2010).*

La aplicación de la cláusula antiabuso implicó, en todos los casos, la tributación de las plusvalías latentes en la totalidad de los activos de la entidad escindida, por más que la irregularidad tan solo afectara a parte de ellos.

En la STS 12/07/2012 (Rec 2308/2009), el recurrente alegó que el principio de proporcionalidad exigiría no retirar la aplicación del régimen fiscal especial en relación con los activos que continuaban afectos a las actividades realizadas previamente a la escisión total. El TS aceptó la pertinencia de tomar en consideración el principio de proporcionalidad lo que, en el caso, hubiera conducido a una retirada parcial del régimen fiscal especial. No obstante, el TS entendió que esta opción tiene en su contra que lo acontecido fue un proceso de escisión total, en el que las consecuencias jurídicas y fiscales aparecen totalmente imbricadas, de modo que afirmado que aquella carecía de motivo económico válido, el elemento residual constituido por la permanencia de los inmuebles en una misma situación societaria no excluye que a la misma también alcance la ausencia de aquella motivación predicada de la integridad de la operación.

Sin embargo, respecto de una operación de escisión total proporcional, el informe de la Dirección General de Tributos de 10 de octubre de 2005, admitió la retirada parcial del régimen fiscal especial, justamente respecto de los elementos patrimoniales que fueron transmitidos a través de la transmisión de la participación sobre la entidad beneficiaria de la escisión. Esa retirada parcial está, hoy en día, plenamente reconocida en el artículo 89.2 de la Ley 27/2014, a cuyo tenor, *las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial...eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal*

¿Por qué ante unos hechos muy similares, esto es, escisión total proporcional y transmisión de acciones con aprovechamientos de porcentajes reductores, se han producido sentencias opuestas?

Seguramente, porque el terreno en el que anclar las decisiones judiciales es movedizo. Unas sentencias acogieron la configuración de las ventajas fiscales ilegítimas en el hecho de la ubicación de las plusvalías latentes en los activos de la entidad escindida en sede los socios, personas físicas, pero otras no atisbaron en ello sino decisiones empresariales. Repárese, por otra parte,

en que, salvo error u omisión, el dictamen del perito judicial, en los casos en los que se ha producido, ha avalado, sin fisuras, la concurrencia de motivos económicos válidos.

Y, en este punto, conviene hacer una reflexión ¿Se olvidó el legislador de la Ley 29/1991, de los motivos económicos válidos? o, inversamente, ¿No quiso introducir un concepto jurídico indeterminado en el delicado ámbito de las normas antiabuso?

### 2.1.2. *La escisión total no proporcional*

El resultado práctico de una escisión total no proporcional se acerca extraordinariamente al derivado de la disolución con liquidación. En efecto, en la disolución con liquidación los activos se adjudican a cada uno de los socios en pago de su cuota de liquidación, en tanto que en la escisión total no proporcional esos activos se adjudican a las entidades beneficiarias controladas por cada uno de los socios.

Tal realidad impulsó a la inspección tributaria a regularizar bajo el argumento de que, en ciertos casos, bajo la escisión total no proporcional anidaba el objetivo de disolver el vínculo social y proceder a la división del patrimonio común, eludiendo la tributación, más gravosa, propia de la disolución con liquidación.

Llevado este argumento al límite podría suponer la descalificación, frente al régimen tributario especial, de la totalidad de las escisiones totales no proporcionales. Tal vez por ello, la Ley 14/2000 habría venido a rescatar a las escisiones totales no proporcionales en las que los activos transmitidos constituyeran ramas de actividad. Un cierto número de sentencias, precisamente, han discurrido entorno a la existencia de ramas de actividad.

La solución encarada por el legislador era, y es, dudosamente compatible con la Directiva 90/434 y la Directiva 2009/133, habida cuenta de que las definiciones que en ellas se dan de la escisión total no se hace mención del requisito de rama de actividad, a diferencia de lo que acontece respecto de la escisión parcial, por más que pueda argumentarse en sentido contrario, como más adelante se verá. En este sentido, el voto particular a la STS 20/07/2014 (Rec 3569/2011), formula un conjunto de reflexiones respecto de la pertinencia de formular una cuestión prejudicial al TJUE preguntando, en primer lugar, *si una escisión total cualitativamente desproporcionada constituye una escisión a los efectos de la Directiva 90/434. Para el caso de obtener una respuesta afirmativa a ese interrogante, resultaba menester saber si desde la mencionada Directiva cabe someter a tal clase de escisiones, para el disfrute del régimen de neutralidad fiscal, a una condición como la establecida por el legislador español en el mencionado artículo 97.2.2 °). En tercer lugar, en caso de nueva contestación positiva, procedía cuestionarse si resulta posible exigir (como hace el pronunciamiento de esta Sala, añadiendo un requisito ausente del texto de la norma interna) la existencia de la rama de actividad, al menos de forma incipiente, en la entidad escindida. En cuarto y último lugar, para el caso de que la solución fuese afirmativa, habría que preguntar finalmente si resulta posible concluir la no sujeción de la operación de escisión al impuesto sobre el valor añadido y, al mismo tiempo, la inaplicación del régimen de neutralidad fiscal en el impuesto sobre sociedades por incumplimiento del mencio-*

nado requisito, siendo así que, desde la disciplina comunitaria, ambas regulaciones pivotan sobre el principio de neutralidad fiscal.

Reflexiones muy pertinentes, que hubieran ahorrado bastantes conflictos y abordado los ya en curso con un plus de seguridad jurídica.

Frente a esa postura de la inspección tributaria, los interesados han venido alegando que habían elegido el negocio jurídico más apropiado a sus intereses fiscales, sin forzar las formas ni acudir a artificios, de manera tal que su posición jurídica se inscribiría en el marco de la denominada economía de opción, la cual echaría sus raíces, en el ámbito de las operaciones mercantiles, en el principio de libertad de empresa, en el sentido del artículo 38 de la Constitución española. Bajo el planteamiento precedente, la Ley 14/2000 habría venido a introducir una restricción injustificada, tanto desde la perspectiva comunitaria como constitucional, a la aplicación del régimen fiscal especial.

El criterio de la inspección tributaria, fundamentado en que el verdadero objetivo de la escisión total era la división del patrimonio social, fue acogido por un significativo número de sentencias siendo de advertir que en buena parte de ellas, pero no en todas, los activos escindidos eran, en parte, de naturaleza inmobiliaria o financiera y que el argumento de superar los desacuerdos entre los socios como motivo económico válido, generalmente no prosperó<sup>3</sup>. Una frase del tribunal de instancia, recogida en la STS 26/05/2015 (Rec 2017/2013), puede sintetizar el resultado del conflicto judicial: *lo que no es admisible es que la escisión tenga por única finalidad el reparto del patrimonio común y que ese designio, que es lícito, se efectúe con coste fiscal nulo*.

No obstante, en ciertas sentencias prosperó, ante el tribunal de instancia, el argumento de la economía de opción o libertad de configuración negocial<sup>4</sup>.

A partir de los periodos impositivos afectados por la Ley 14/2000, las sentencias han debido entrar en calificar si los patrimonios escindidos constituían ramas de actividad. En términos generales, tal calificación no ha prosperado cuando la entidad escindida realizaba una sola actividad económica y, por otra parte, tal característica debía concurrir tanto en la entidad escindida como en las beneficiarias de la escisión.

Dos sentencias, relativas a la apreciación de la existencia de rama de actividad, en el contexto de la escisión total no proporcional, merecen ser destacadas, a saber, STS 20/07/2014 (Rec 5175/2011) y STS 15/10/2015 (Rec 1872/2013). En las dos, la actividad económica era única, máquinas recreativas y concesionarios de automóviles, respectivamente, ningún activo, inmobiliario o financiero, concurría. La actividad económica pudo continuar, en sede de las entidades beneficiarias de la escisión. En las dos, no se apreció la existencia de rama de actividad. En la

---

<sup>3</sup> TS13/09/2012; Rec 2879/2010. TS 18/11/2013; Rec 654/2012. TS 28/11/2013; Rec 2581/2011. TS 24/02/2014; Rec 724/2013. TS 21/07/2014; Rec 1871/2013. TS 21/05/2015. Rec 1197/2013. TS 21/07/2014; Rec 1871/2013. TS 21/05/2015. Rec 1197/2013. TS 26/05/2015; Rec 2017/2013. TS 23/02/2016; Rec 887/2014. TS 30/05/2016; Rec 1776/2015.

<sup>4</sup> TS 19/06/2014; Rec 721/2012.

segunda de ellas, se dice que *el motivo de casación no puede, pues, ser atendido porque en este supuesto existe una sola actividad económica en sede de la entidad escindida, la comercialización de automóviles, explotación económica a la que parecen estar afectos la totalidad de los elementos patrimoniales destinados a dicho fin y que dispone de una sola organización empresarial, lo cual imposibilita considerar rama de actividad, a los efectos fiscales, cada uno de los bloques escindidos. Hay que tener en cuenta que lo que se transmite en el presente caso no son tres organizaciones distintas, sino que, según el proyecto de escisión, se adjudica a cada una de las entidades beneficiarias diversas marcas automovilísticas y otros activos, por lo que se debe concluir que los bloques aportados no constituyen por sí mismos ramas de actividad.*

Obviamente, tal criterio supone la descalificación, de plano, de todas las escisiones de las entidades que realizan una sola actividad<sup>5</sup>. Este planteamiento rigorista encontró oposición en ciertos votos particulares. Así, en el de la STS 20/07/2014 (Rec 3569/2011), se dice que *no cabe exigir de facto la "proporcionalidad cualitativa" para disfrutar del régimen de neutralidad fiscal en las escisiones totales de sociedades con una única actividad económica que vengan motivadas por desavenencias graves entre los socios...Resulta contrario a ese régimen, además de ilógico, colegir que las escisiones totales cualitativamente en que se escinde totalmente la sociedad coincide con el número de actividades económicas que aquélla realizaba, al menos de forma incipiente. Exigencia ausente del tenor literal del artículo 97.2.2º) de la Ley.*

En efecto, carece de lógica arrinconar la apreciación de ramas de actividad al caso en que la entidad escindida en forma no proporcional realice dos o más actividades económicas, las cuales, por otra parte, deberían guardar entre sí una relación económica acompasada con la ecuación de canje.

La STS 17/03/2016 (Rec 2581/2014), frente a la apreciación de la inspección tributaria de que la entidad realizaba una sola actividad, confirmó el criterio del tribunal de instancia, que apreció tres, a saber, negocio de maderas, cesión de plazas de aparcamiento e inmobiliaria, siendo de notar que, respecto de esta última no constaba prueba de la realización de ventas de pisos o locales y respecto de la cesión plazas de aparcamiento, que algunas de ellas estaban arrendadas a otra de las entidades beneficiarias de la escisión, lo que pone de relieve lo cuestionable de asentar el concepto de rama de actividad sobre la existencia de actividades económicas diferenciadas, en vez de hacerlo sobre la capacidad efectiva de desplegar una actividad económica sobre la base de los recursos materiales atribuidos. Sobre este punto se abundará más adelante.

En algunos supuestos, la escisión total no proporcional fue seguida de la transmisión de las acciones atribuidas a los socios<sup>6</sup>. Los socios, personas físicas, disfrutaron de la aplicación de los porcentajes reductores del IRPF, lo que fue identificado en la STS 8/03/2016 (Rec 1134/2014) como determinante de la ventaja fiscal por comparación con la tributación de la plusvalía en sede de la entidad escindida, de manera tal que *la ventaja fiscal que los coeficientes de abatimien-*

<sup>5</sup> TS 20/07/2014; Rec 5175/2011. TS 20/07/2014; Rec 3569/2011 TS 15/10/2015; Rec 1872/2013.

<sup>6</sup> TS 8/03/2012; Rec 3777/2008. TS 27/05/2013; Rec 1668/2011. TS 05/11/2015; Rec 774/2014. TS 6/11/2015; Rec 777/2014. TS 8/03/2016; Rec 1134/2014. TS 09/03/2016; Rec 891/2014.

to tienen para las personas físicas, y el claro beneficio que para ellas su aplicación representa, con respecto al régimen societario, no puede ser desmontada con afirmaciones genéricas en lo referente a las personas físicas y con apelaciones abstractas sobre las eventuales ventajas que en ciertas circunstancias el Impuesto de Sociedades puede tener sobre el de la Renta.

## 2.2. La escisión parcial

La escisión parcial, sea o no proporcional, requiere que los activos transmitidos constituyan una o varias ramas de actividad o bien, más allá de lo previsto en la Directiva 90/434 y en la Directiva 2009/133, participaciones mayoritarias.

En el enjuiciamiento de estas operaciones se aprecian dos líneas de pensamiento jurídico en sede de la AN, en tanto que el TS mantuvo una línea más constante.

Simplificando mucho, sin perjuicio de las concreciones que más adelante se exponen, una línea de pensamiento vincula el concepto de rama de actividad al de unidad económica de la legislación mercantil, rechaza que la rama de actividad hubiera de preexistir en sede de la entidad escindida y, en fin, da una importancia relevante al dictamen del perito judicial en orden a apreciar la concurrencia de motivos económicos válidos. Otra línea de pensamiento, más cercana a la doctrina del TS, resalta la autonomía calificadora de la inspección tributaria frente al registrador mercantil, afirma el requisito de preexistencia de la rama de actividad y, en fin, apuntala el análisis amplio de los motivos económicos válidos.

Esa dualidad apenas si pudo ser reconducida a la unidad por el TS, habida cuenta de que la valoración de la prueba, realizada por el tribunal de instancia, relativa a los hechos inherentes a la apreciación de los motivos económicos válidos, solamente podía ser enjuiciada en casación bajo los supuestos de irracionalidad o arbitrariedad, lo que nunca fue el caso.

### 2.2.1. La escisión parcial proporcional

Todas las sentencias relativas a la escisión parcial proporcional han versado sobre la apreciación de la existencia de rama de actividad y a la motivación económica de la operación<sup>7</sup>. En algunas de ellas concurrió la circunstancia de la ulterior transmisión de las acciones o participaciones, con aprovechamiento de los porcentajes reductores del IRPF<sup>8</sup>.

La STS 20/11/2014 (Rec 812/2013) resuelve un recurso de casación para la unificación de criterio relativo a la sentencia del TSJCyL, de 26 de diciembre de 2012, siendo las sentencias de contraste varias de la AN, destacando de entre ellas las de 5 de octubre y 14 de diciembre de 2011. Las dos sentencias de la AN establecen una relación de identidad entre el concepto fiscal de rama de actividad y el concepto mercantil de unidad económica, sin que se advierta *la razón*

<sup>7</sup> TS 20/11/2014; Rec 812/2013. TS 23/04/2015; Rec 3946/2012. TS 26/05/2016; Rec 1319/2015. TS 22/12/2016; Rec 2804/2015. TS 4/10/2017; Rec 2670/2016. TS 04/12/2017; Rec 2670/2016.

<sup>8</sup> TS 15/11/2013; Rec 3019/2011. TS 22/06/2015; Rec 2494/2014. TS 27/02/2017; Rec 415/2016.

*jurídica por la cual la escisión con segregación de una unidad económica, susceptible de ser inscrita en el Registro mercantil, no sería en este caso apta para constituir rama de actividad definida en el artículo 97 LIS. Al tiempo, también niegan que la rama de actividad haya de existir en la entidad escindida pues ni el artículo 97.2 somete a esa exigencia la aplicación del régimen, ni se trata de una condición implícita en la noción de rama de actividad.*

El TS rechaza los dos criterios precedentes. El primero, sobre la base de las competencias de calificación que la LGT otorga a la inspección tributaria, reiterado en muchas otras sentencias, entre ellas la STS 23/04/2015 (Rec 3946/2012), en la que reprocha a la AN que no haya tenido en cuenta la posibilidad por parte de la Administración Tributaria de efectuar una calificación jurídica a efectos fiscales, limitada a su ámbito, distinta de la calificación efectuada a efectos registrales. El segundo, porque el fundamento de la neutralidad fiscal es el efecto sucesorio, de manera tal que es necesario que la rama de actividad o la unidad económica existiesen con anterioridad... que exista una organización empresarial diferenciada en la transmitente para llevar a cabo la gestión de la actividad económica, que permita identificar un conjunto patrimonial afectado o destinado a la misma.

Ciertamente, la sucesión universal es el sustrato jurídico-mercantil del régimen de neutralidad fiscal, pero de ahí no se sigue la necesidad de que los elementos patrimoniales transmitidos se hallen adscritos a una organización empresarial diferenciada. Lo relevante es que tales elementos puedan constituir la base material de una explotación económica. Nótese, por otra, parte, lo dificultoso de apreciar la concurrencia de una organización diferenciada, solamente concebible en el caso de actividades económicas diversas, lo que deja fuera del régimen fiscal especial la totalidad de las escisiones parciales de entidades que realicen una única actividad económica.

En la STS 26/05/2016 (Rec 1319/2015) se reproduce un texto del tribunal de instancia, a la sazón la AN, que abunda en el criterio precedente, por cuanto según la jurisprudencia del Tribunal Comunitario de Luxemburgo " lo importante es que los bienes transmitidos sean susceptibles de constituir una explotación económica independiente, por lo que es posible que antes de la transmisión la actividad no estuviera diferenciada, el cual, sin embargo, es rechazado por el TS.

Con todo, la STS 22/12/2016 (Rec 2804/2015), ante una alegación de la entidad recurrente consistente en que la AN (segunda alternativa de pensamiento jurídico) confunde "rama de actividad", que es un concepto empresarial, de gestión interna de la empresa, con el concepto de "actividad económica" (vendría a señalar que la empresa puede desarrollar una sola actividad económica y existir, no obstante, varias ramas de actividad), concluyó que aunque ese razonamiento pudiera compartirse desde un punto de vista teórico, en el caso concreto no se aprecia, como indica el representante de la Administración, que la respectiva complejidad de gestión según la distinta tipología de los inmuebles impida una gestión unitaria relativamente sencilla, es decir, no se justifica adecuadamente que sea necesario, desde el punto de vista empresarial, separar la gestión ¿Hay en esta reflexión el embrión de un cambio de criterio?

### 2.2.2. La escisión parcial no proporcional

La circunstancia de la no proporcionalidad ha tenido relevancia en un conjunto de sentencias<sup>9</sup>. El conflicto consistió en determinar si el requisito de proporcionalidad previsto en el artículo 97.2. b) de la Ley 43/1995, se cumplía cuando no todos los socios habían recibido acciones o participaciones de todas las entidades beneficiarias de la escisión. Naturalmente, este conflicto quedó superado tras la entrada en vigor de la Ley 14/2000, la cual, como es sabido, admitió la escisión no proporcional, tanto parcial como total, a condición de que el patrimonio o patrimonios transmitidos fuese ramas de actividad. Puesto que, respecto de la escisión parcial, tal exigencia ya se venía cumpliendo, una interpretación en sentido innovativo de tal disposición implicaba, indirectamente, que la escisión parcial no proporcional no estaba cubierta por el régimen fiscal especial.

En este sentido se pronunció la STS 13/02/2017 (Rec 258/2016), la cual, sin entrar en el ámbito mercantil, aceptó la interpretación de la inspección tributaria, ya que *al referirse al requisito de proporcionalidad la norma fiscal transcrita (art. 97.2.b LIS) no se refiere a la ecuación de canje sino a las acciones de la beneficiaria que perciben los socios de la escindida en relación a las participaciones que los mismos tenían en esta última, proporcionalidad ésta que claramente no puede concurrir cuando sólo 2 de los 6 socios de la escindida reciben valores de la beneficiaria.*

La ulterior transmisión de las acciones o participaciones, por parte de los socios personas físicas, con aprovechamiento de los porcentajes reductores del IRPF, fue tomada en consideración en la STS 26/05/2015 (Rec 2408/2014), la cual concluyó que *analizando la operación en su conjunto, parece difícil negar que su propósito principal, sino único, fuera obtener una menor tributación por las plusvalías derivadas de la venta de los terrenos que se incorporaron al proceso de urbanización.*

## 3. FUSIÓN

Merece destacarse la ausencia de conflictos, en la muestra de sentencias examinada, en relación con la fusión por absorción propia y con la fusión de dos o más entidades en otra de nueva creación, si se exceptúa el caso de fusión de entidades inactivas. En el seno de la fusión impropia sí han surgido conflictos, básicamente relacionados con la subrogación en la compensación de bases imponibles negativas y con la diferencia de fusión.

Fuerte contraste, pues, respecto de la escisión. Se diría que el campo de la unión de intereses y patrimonios haya sido pacífico, en tanto que el de su disgregación, beligerante.

---

<sup>9</sup> TS 27/09/2012; Rec 3226/2009. TS 06/06/2013; Rec 2218/ 2011. TS 28/06/2013; Rec 3529/2011. TS 20/02/2014; Rec 4219/2011. TS 14/10/2015; Rec 3392/2013. TS 13/02/2017; Rec 258/2016. TS 26/09/2018; Rec 3572/2015.

### 3.1. Compensación de pérdidas

La absorción de entidades con importantes bases imponibles negativas ha motivado varios conflictos<sup>10</sup>. Todos los casos, se han resuelto sobre la base de la consideración de la existencia, o no, de motivos económicos válidos, excepto uno de ellos que versó sobre la norma de limitación a la compensación de bases imponibles negativas del artículo 104.3 de la Ley 43/1995, actual artículo 84.2 de la Ley 27/2014. En la mayor parte de los casos la entidad portadora de las pérdidas estaba inactiva. Todas las sentencias apreciaron, excepto una, la ausencia de motivos económicos válidos, de manera tal que, en aplicación del artículo 110.2 de la Ley 43/1995, confirmaron la retirada del régimen fiscal especial. Al tiempo, el TS desestimó que el principio jurídico-mercantil de sucesión universal pudiera amparar, en una fusión sujeta al régimen general, la subrogación en el derecho a la compensación de bases imponibles negativas.

#### 3.1.1. El análisis de la motivación económica

Como se ha indicado, la mayoría de las sentencias del TS, así como las del tribunal de instancia, ante la absorción de entidades generalmente inactivas o activadas artificialmente, apreciaron que la operación tenía por objeto el fraude o la evasión fiscal. Tal vez por ello, la excepción merece ser destacada. Se trata de la STS 16/05/2013 (Rec 5683/2011), la cual desestimó el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado contra la SAN 22/09/2011 (Rec 344/2008). El relato de los hechos, esencial para formar cabal opinión, puede ser sintetizado, salvo error u omisión, en la forma que seguidamente se expone.

Como consecuencia de la transmisión de las acciones sobre dos entidades íntegramente participadas, la entidad F sufrió una pérdida, la cual, a su vez, motivó la dotación de una depreciación o deterioro en sede de la entidad C. La entidad F fue absorbida por la entidad A. Con ese motivo la entidad C dio de baja la participación sobre F, consolidando así la pérdida. La entidad A pretendió subrogarse en el derecho a la compensación de la base imponible negativa. Todas las sociedades mencionadas pertenecían, directa o indirectamente a la entidad S, que encabezaba el grupo mercantil. La inspección tributaria advirtió el doble cómputo de la pérdida y rechazó la aplicación del régimen fiscal especial, por entender que la fusión tenía una finalidad puramente fiscal, al margen de cualquier motivo económico válido.

La AN desgrana una afirmación genérica que, por su singularidad, merece ser destacada: *Existe una preocupante tendencia, en la Administración tributaria, al abuso de las cláusulas antifraude provenientes de la legislación comunitaria y que han sido concebidas para combatir situaciones de elusión fiscal a las que se llega mediante la utilización de formas jurídicas desacostumbradas o manifiestamente inidóneas para el fin económico teóricamente perseguido. En especial, esa preocupación alcanza a la expansiva interpretación de los casos en que resulta aplicable la cláusula antifraude que, procedente de la Directiva 90/434/CEE, del Consejo, encontró su plasma-*

<sup>10</sup> TS 7/04/2011; Rec 4939/2007. TS 26/01/2012; Rec 2969/2008. TS 07/06/2012; Rec 2660/2009. TS 27/11/2012; Rec 613/2010. TS 16/05/2013; Rec 5683/2011. TS 16/01/2014; Rec 390/2011. TS 23/10/2014; Rec 4178/2012. TS 26/10/2015; Rec 3455/2013. TS 25/01/2017; Rec 1980/2013.

*ción normativa en el art. 110.2 de la LIS. Vertiendo esa preocupación sobre el caso concreto, el tribunal de instancia observa que no se advierte, por la Sala, la presencia de negocio jurídico anómalo o extravagante desde el punto de vista de los efectos. De concurrir tal anomalía, la Inspección tendría que haber acudido a la calificación de los negocios como simulados, lo que no lleva a cabo, con toda evidencia, ante la realidad, certeza y efectividad de éstos; o bien al procedimiento especial de conflicto en la interpretación de la norma fraude de ley ( art. 15 LGT de 2003 ), teniendo en cuenta que el propósito perseguido, según la Inspección, habría sido la elusión de una norma imperativa (la norma prohibitiva de la traslación de los créditos fiscales de la sociedad absorbida a la absorbente), amparándose en una institución jurídica pensada para otra finalidad distinta (el régimen de neutralidad de los arts. 97 y siguientes).*

Finalmente, la AN, a la vista del informe pericial y de las alegaciones del interesado concluye que *la operación de fusión se dirige a la reducción de costes y a la simplificación de estructuras societarias (algo que, de suyo, entraña un motivo justificativo de la operación a efectos de su tratamiento fiscal), sino que la propia estructura organizativa previa a la fusión ponía de relieve su necesidad o, al menos, conveniencia, pues del mismo modo en que, jurídicamente, nadie está obligado a permanecer en la indivisión, ninguna sociedad tiene deber jurídico alguno de mantener la titularidad de las acciones o participaciones de otras empresas sin absorberlas y hacer suyo su patrimonio, antes poseído de forma indirecta.*

El TS examina los motivos de la recurrente y los argumentos de la sentencia de instancia, indicando que *en definitiva, al margen de valoraciones de la actuación en general de la Administración, innecesarias para la resolución del conflicto y cuya oportunidad puede discutirse, y más en un supuesto de dificultad como el que nos ocupa, lo cierto es que en el asunto que hemos de resolver, que es a lo que hay que atender, la sentencia no infringe el artículo 114 de la Ley General Tributaria de 1963 y el motivo, como se ha anunciado, no puede ser estimado.*

Pesó fuertemente en las dos sentencias el dictamen del perito judicial del que el TS destacó que *es claro concluir en este apartado, que la fusión llevada a cabo por A, debe considerarse inmersa en un proceso de reorganización empresarial mucho más amplio en cuanto a objetivos y entidades afectadas que las propias que nos ocupan, siendo además proporcionalmente los beneficios solicitados de escasa cuantía en relación con la primera fase de la reorganización llevada a cabo y, por otra parte, los pretendidos beneficios fiscales solicitados en la presente fusión podrían haberse obtenido en su mayor parte mediante otros procedimientos tributarios aplicables, tales como compensar pérdidas con beneficios futuros.*

Con todo, es lo cierto que las pérdidas se compensaron dos veces, si bien tal resultado práctico no fue, según las sentencias citadas, el objetivo de las operaciones de reestructuración del caso.

### 3.1.2. La limitación objetiva a la compensación de bases imponibles negativas

La STS 26/01/2012 (Rec 2969/2008) debate si la prima de fusión puede ser considerada como aportación de los socios en el sentido del artículo 104.3 de la Ley 43/1995, a cuyo tenor el importe de las pérdidas susceptibles de subrogación como consecuencia de una absorción se re-

*ducirá en el importe de la diferencia positiva entre el valor de las aportaciones de los socios, realizadas por cualquier título, correspondientes a dicha participación y su valor contable.*

Tras analizar las alegaciones de las partes, el TS concluye que *como acertadamente se señaló en el Acuerdo de liquidación, dentro de las "aportaciones por cualquier título" a que hace referencia el art. 104.3 de la LIS deben incluirse aquéllas que se hagan en virtud de una operación de fusión.*

El objeto del límite establecido en el referido artículo, actualmente recogido en el artículo 84.2 de la Ley 27/2014, es evitar que la pérdida sufrida por la entidad transmitente se compense en la entidad adquirente, vía subrogación en el derecho a la compensación y también en los socios que transmitieron su participación, vía pérdida habida en la transmisión. Esta pérdida, que puede ocurrir en múltiples sujetos es, para el conjunto de todos ellos, la diferencia entre las aportaciones que se hicieron a la entidad transmitente y el precio que pagó por la participación la entidad adquirente.

Con carácter general, la prima de emisión responde a una aportación de los socios, mas cuando la prima de emisión nace como consecuencia de una fusión no hay tal aportación sino que responde al exceso del valor razonable de las acciones emitidas respecto de su valor nominal. En tal caso, debe distinguirse si la prima de emisión representa la incorporación del capital o bien de las reservas al balance de la entidad transmitente como consecuencia de una fusión pretérita. La porción correspondiente a las reservas no debe tener la consideración de aportación de socios.

La STS 10/12/2021 (Rec 2802/2020), respondió a la cuestión de interés casacional formulada en el auto de admisión, consistente en *matizar, completar o corregir la doctrina contenida en la sentencia de 13 de diciembre de 2012 (recurso 251/2010 ), interpretando el artículo 90.3 TRLIS, a efectos de determinar si, en el contexto del principio de neutralidad fiscal, la Administración Tributaria, a la hora de efectuar la comprobación de las limitaciones a la compensación de bases imponibles negativas al amparo del citado precepto, ha de aplicar automáticamente la limitación que establece el precepto o, en todo caso, debe verificar, en virtud del principio de facilidad probatoria, si el antiguo socio aprovechó fiscalmente la pérdida, en cuyo caso, acreditada una duplicidad en la compensación, debería aplicar la limitación, pero no en caso contrario.*

En forma tan escueta como acertada el TS respondió que *la lógica de la finalidad del artículo 90.3 TRLIS/2004 es evitar el doble aprovechamiento fiscal de las pérdidas de la entidad transmitente. Ese doble aprovechamiento puede haberse materializado en cualquier socio anterior a la toma de participación por parte de la absorbente. En ese sentido, no es admisible que las bases imponibles negativas se apliquen doblemente: una vez, por el transmitente al computar una pérdida por diferencia entre el valor de las aportaciones y el de la transmisión y, otra vez, por el adquirente cuando se aplican las bases imponibles negativas de la entidad absorbida. En virtud de todo lo dicho, fijamos la siguiente doctrina: "Del párrafo segundo del artículo 90.3 TRLIS/2004, se desprende que, en el contexto del principio de neutralidad, la Administración Tributaria debe aplicar automáticamente la limitación que establece dicho apartado a la hora de efectuar la comprobación de las limitaciones a la compensación de bases imponibles negativas".*

En efecto, el artículo 90.3 del TRLIS contenía un límite objetivo, actualmente establecido en el artículo 84.2 de la Ley 27/2014, cuya aplicación no está supeditada a la prueba de la efectiva compensación de la pérdida. Ello es así porque la forma en como tal límite está construido, necesariamente supone esa compensación.

### 3.1.3. *La subrogación de pérdidas en el régimen general*

En la STS 27/11/2012 (Rec 613/2010), el contribuyente alegó, ante una eventual pérdida del régimen fiscal especial, que el régimen general del Impuesto sobre Sociedades permitía a la entidad absorbente subrogarse en el derecho a la compensación de bases imponibles negativas de la entidad absorbida, sobre la base del artículo 233 del TRLSA, pero el TS mantuvo que *el carácter no transferible del derecho a compensar deriva de la propia mecánica liquidatoria del impuesto, que exige para su aplicación, tras la determinación de bases imponibles negativas, la posterior obtención de beneficios que permitan su compensación. Por tanto, si una sociedad se extingue no puede plantearse la transmisibilidad, siendo la única excepción admitida por la Ley del impuesto la contemplada por la normativa reguladora del régimen especial aplicable a las fusiones. Por otra parte, el precepto de la legislación mercantil que se invoca como infringido debe entenderse subordinado a lo que establece la legislación tributaria.*

En la STS 23/10/2014 (Rec 4178/2012), se reitera el criterio precedente, ilustrado con una interpretación histórica. Así, conviene recordar que la ley 76/1980, de 26 de Diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Fusiones de Empresa, no permitía la compensación de pérdidas en su art. 7. En la misma línea se encontraba el art. 11 de la ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico las normas contenidas en la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones. Esta situación se modificó por la ley 43/95, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, al disponer el art. 104.3 que *"las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la transmitente podrán ser compensadas por la entidad adquirente. En el supuesto de que la entidad adquirente participe en el capital de la entidad transmitente, la base imponible negativa susceptible de compensación se reducirá en el importe de la diferencia positiva entre el valor de las aportaciones de los socios, realizadas por cualquier título, correspondientes a dicha participación y su valor contable".* Ahora bien, el referido precepto se encuadra en el Capítulo VIII del Título VIII de la ley 43/1999, relativo al Régimen Especial de las Fusiones, Escisiones, Aportaciones de Activos y Canje de Valores, lo que determina la necesidad de que la operación en concreto que determina la sucesión a título universal pueda acogerse al régimen especial para que proceda la compensación, sin que frente a lo anterior pueda alegarse lo que dispone la legislación mercantil, ya que el art. 233 del Texto Refrendado de la Ley de Sociedades Anónimas de 12 de diciembre de 1989, ha de entenderse subordinado a lo que establece la legislación tributaria.

### 3.2. La fusión impropia

La Ley 29/1991 no concedió eficacia fiscal a la diferencia de fusión, esto es, la diferencia existente entre el valor de adquisición de la participación y el valor fiscal del patrimonio absorbido, como tampoco lo hicieron la Directiva 90/434 y la Directiva 2009/133. Bajo el supuesto de que las personas o entidades de las que se adquirió la participación en la que se fundamenta la fusión impropia tributaron sobre la plusvalía obtenida, la admisión de la eficacia fiscal de la diferencia de fusión cumple el objetivo de evitar la doble imposición. Tal vez por ello, esa eficacia fiscal fue admitida, con ciertas cautelas, por el artículo 103.3 de la Ley 43/1995, que fue objeto de varias modificaciones tendentes a garantizar la tributación de aquella plusvalía. La aplicación de este precepto, últimamente recogido en el artículo 89.3 del TRLIS, se mostró conflictiva por varios motivos. Con la Ley 27/2014 ha desaparecido la eficacia fiscal de la diferencia de fusión, sin perjuicio del régimen transitorio para participaciones adquiridas antes de su entrada en vigor, habida cuenta de la exención de plusvalías relativas a participaciones significativas establecida en su artículo 21.

Seguidamente se da cuenta de aquellos conflictos en los que la posición de la inspección tributaria consistió en la retirada del régimen fiscal especial. Por tanto, no se hace mención de aquellos en los que el objeto debatido fue la composición de la diferencia de fusión.

#### 3.2.1. La diferencia de fusión

Se presenta una diferencia de fusión autogenerada cuando la entidad absorbente adquirió la participación que habilita la fusión impropia de sus propios socios o accionistas<sup>11</sup>.

En la STS 12/11/2012 (Rec 4299/2010) el TS hizo suya la afirmación de la AN a cuyo tenor de un lado... *la entidad U no desarrollaba ninguna actividad ni poseía ningún bien salvo las acciones de la sociedad absorbida, de tal forma que lo que surge tras la fusión no es algo distinto de lo que ya existía*» y, de otro, *«con posterioridad a la fusión, la entidad absorbente U estaba participada por los mismos socios que poseían el capital de la entidad absorbida y, prácticamente, con el mismo personal y los mismos medios que con anterioridad a la fusión tenía la absorbida, incluso se cambia la denominación social de la sociedad absorbente por la de la sociedad absorbida, por lo que la sociedad resultante de la fusión se denomina S», sin que se aprecie que se buscara «conseguir una mayor eficiencia en la gestión o funcionamiento de la actividad desarrollada».*

No se atisba en el relato cual haya podido ser la ventaja fiscal neutralizada, si bien podría ser una tributación débil de la plusvalía habida por los socios. Ha sido, pues, básicamente, el análisis de la racionalidad económica de la operación la que ha determinado la posición de la inspección tributaria, judicialmente confirmada.

La sentencia no aborda la regularidad de las operaciones denominadas LBO.

---

<sup>11</sup> TS 12/11/2012; Rec 4299/2010. TS 14/10/2013; Rec 5719/2011. TS 27/10/2014; Rec 4184/2012.

Con todo, ha de observarse que los escollos fiscales a este tipo de operaciones han quedado muy menguados tras la Ley 27/2014, por cuanto, de una parte, sus artículos 16.5 y 83 admiten, indirectamente, la regularidad fiscal de estas operaciones y, de otra, la diferencia de fusión carece de efectos fiscales, salvado el régimen transitorio.

En la STS 14/10/2013 (Rec 5719/2011), se lee que la inspección tributaria retiró la eficacia fiscal de la diferencia de fusión, calculada tomada como minuendo el valor contable de la participación, por cuanto habiendo sido adquirida mediante una aportación no dineraria especial acogida al régimen fiscal especial, su valor fiscal no determinaba la aparición de una diferencia de fusión. Sin embargo, el TS rechazó tal criterio por cuanto *el diferimiento de la tributación y la exoneración de tributación son cosas distintas*. En efecto, los socios que realizaron la aportación no dineraria deberán tributar con ocasión de la transmisión de la participación. Mas mientras llega ese evento, si llega, la eficacia fiscal de la diferencia de fusión está procurando una ventaja fiscal.

En la STS 27/10/2014 (Rec 4184/2012), se lee que la inspección tributaria negó la eficacia fiscal a una diferencia de fusión, imputada al valor de las marcas, dándose la circunstancia de que la entidad absorbente adquirió la participación a sus propios socios, los cuales tributaron débilmente por causa de los porcentajes reductores del IRPF. Se notará que el efecto práctico de esta operación es producir una revalorización contable y fiscal de la marca, la cual, por otra parte, seguidamente, en parte, fue transmitida a terceros.

El tribunal de instancia, a la sazón la AN, basó su decisión no tanto en la identificación de una ventaja fiscal cuanto en el análisis económico de la operación, por cuanto *puede colegirse que el motivo esgrimido por la actora para acogerse al régimen especial de tributación, es una mera declaración de intenciones vacías de contenido, ya que se limita a teorizar acerca de las operaciones societarias que integran lo que se entiende por operaciones de reestructuración o concentración de empresas*, afirmación hecha, por otra parte, valorando el informe pericial, la cual fue respaldada por el TS, indicando que *la Sala de instancia se ha limitado a confirmar y a compartir los hechos sobre los que se asentaron la liquidación inicial y la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central y a valorar el informe pericial presentado con el escrito de demanda, considerando que era excesivamente genérico, al no precisar ni concretar cuáles eran los motivos económicos que llevaron a B al proceso de fusión. Compartimos las reflexiones de la Sala de instancia sobre esta prueba pericial. El informe técnico se centra en ensalzar las ventajas de la organización vertical de las sociedades participadas frente a la horizontal como modelo empresarial, alabando las mejoras en todos los ámbitos de gestión. Sin embargo, parece más una opinión doctrinal que la concreta valoración de la situación del grupo de empresas para las que realizó el dictamen; basta una lectura de sus conclusiones para confirmar esta impresión*.

Es interesante destacar la valoración crítica que, del informe pericial, realiza el tribunal de instancia.

### 3.2.2. Fusión de entidades de tenencia o inactivas

La asociación entre el régimen fiscal especial y las operaciones de reestructuración societarias, puesta de relieve en los considerandos de la Directiva 90/434, ha sido, probablemente, lo que ha motivado la suspicacia frente a las operaciones en las que han participado entidades inactivas o de mera tenencia<sup>12</sup>.

La retirada del régimen fiscal especial a una fusión impropia acarrea la tributación sobre las plusvalías latentes en los activos transmitidos. En la STS 12/12/2012 (Rec 5463/2011) se abordó este supuesto.

El único activo de la entidad absorbida, participada totalmente por la absorbente, era un inmueble explotado en régimen de arrendamiento. La inspección tributaria entendió que no concurrían motivos económicos válidos y rechazó la aplicación del régimen fiscal especial, sujetando a tributación la diferencia entre el valor de mercado del inmueble y su valor contable. Bien se comprende que, dado que el único efecto práctico de la fusión fue modificar la forma de la titularidad jurídica sobre el inmueble, la tributación exigida equivalía a un gravamen sobre plusvalías latentes en modo alguno realizadas, sin que, por otra parte, se advirtiera la ventaja fiscal, habida cuenta que el valor fiscal del inmueble no variaba.

El tribunal de instancia, a la sazón la AN, rechazó el criterio de la inspección tributaria, por cuanto *la conclusión a que llega el dictamen pericial es perfectamente conciliable con la tesis actora que sitúa claramente la validez y notoriedad del motivo económico inspirador de la fusión por absorción en la circunstancia decisiva de que la entidad absorbente ya era propietaria del 100 por 100 de las acciones de las dos absorbidas y, en consecuencia, no ha habido una verdadera transmisión de un inmueble, sino un cambio formal de titularidad y la absorción no ha hecho sino adaptar la forma jurídica a la realidad material subyacente, con la consiguiente reducción de costes. El TS convino con la AN que la absorción no ha hecho sino adaptar la forma jurídica a la realidad material subyacente.*

Ciertamente, la asunción de la titularidad directa sobre el inmueble también hubiera podido llevarse a efecto mediante la disolución con liquidación, en cuyo caso la plusvalía latente hubiera debido tributar. Este punto no se debatió en el TS, aunque sí en la AN, la cual indicó que no se podía obligar al contribuyente a elegir la vía fiscal más gravosa, de manera tal que *la Administración, con manifiesta extralimitación de sus funciones, se dedica a ofrecer alternativas negociales que excluyan la fusión por absorción llevada a cabo como vía de instrumentar la reorganización del conjunto empresarial, con tal que, en su resultado, supongan una carga tributaria mayor para el interesado. Se viene, con tan insólita postura que, pese a su claro alejamiento de cualquier remota idea de fraude, ha resistido incólume a lo largo del procedimiento inspector, de la vía económico-administrativa y de este proceso, a sostener una especie de principio del mayor gravamen o de economía de opción inversa, conforme al cual entraría en juego la cláusula antifraude, pese a la ausencia acreditada de éste, por el simple hecho de que las alter-*

<sup>12</sup> TS 12/12/2012; Rec 5463/2011. TS 04/07/2014; Rec 725/2012. TS 16/03/2016; Rec 1815/2014.

*nativas u opciones económicas seleccionadas por la Inspección favorecerían con un grado mayor los intereses de la Administración, los recaudatorios, debe entenderse, pues también es interés preceptivo de ésta la de someterse a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico ( arts. 9.3 y 103 CE ), así como proteger los derechos de los administrados.*

En la STS 04/07/2014 (Rec 725/2012), el supuesto de hecho consistió en la adjudicación global de activo (inmueble) y pasivo al socio único, operación tipificada entre las susceptibles de acogerse al régimen fiscal especial. El inmueble fue vendido seguidamente, con acogimiento a la reserva para inversiones en Canarias, el cual no hubiera sido posible si la transmisión se hubiere producido en sede de la entidad absorbida, por ser inactiva.

Aceptó el tribunal de instancia, a la sazón la AN, la carencia de motivos económicos válidos y la finalidad fiscal de la operación. El TS compartió tal criterio, por cuanto *la finalidad perseguida por la operación... era la de obtener un beneficio fiscal que la entidad absorbida no habría podido disfrutar en aplicación de la normativa reguladora del R.I.C, dada su falta de actividad económica... La adquisición de un inmueble y su incorporación al patrimonio de la recurrente, para venderlo dos meses después, poco o nada tiene que ver con operaciones de "racionalización o reestructuración" de las sociedades de un grupo...*

A la fusión de entidades inactivas también se refiere la STS 16/03/2016 (Rec 1815/2014). La inspección tributaria foral retiró el régimen fiscal especial sobre la base de que las entidades fusionadas no realizaban actividades económicas, fundando sobre ello la prueba de que la operación no se realizó por motivos económicos válidos, sino con el objetivo de disfrutar de la ventaja fiscal consistente en el diferimiento propio de aquel régimen.

Tanto el TSJPV como el TS aceptaron ese criterio. Se notará, que no se identificó ninguna norma defraudada y, además, que el propio disfrute del diferimiento se calificó como ventaja fiscal, de manera tal que *el resultado de la operación es únicamente el cambio de titularidad de los terrenos... no puede desvirtuar la conclusión a la que llega la Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco entendiéndolo que la operación es meramente instrumental para la obtención de la ventaja fiscal que comporta la aplicación del régimen especial de fusiones.*

La consideración de que el diferimiento comporta una ventaja fiscal no parece correcta. El diferimiento en la tributación de las plusvalías latentes no es una ventaja fiscal sino el componente de un régimen fiscal fundamentado en el principio de neutralidad. Dicho con claridad: la tributación de las plusvalías latentes con ocasión de una fusión impediría su realización. No hay en el diferimiento ventaja fiscal, sino lógica fiscal.

#### 4. CANJE DE VALORES

De todas las operaciones susceptibles de acogerse al régimen fiscal especial la más delicada, desde la perspectiva del control fiscal es, sin duda, la de canje de valores. En efecto, a través de esta operación una participación significativa puede situarse en una entidad residente en un país de la Unión Europea, pudiendo ser ulteriormente transmitida sin que la plusvalía habida pueda

ser gravada por la jurisdicción fiscal española. Ciertamente, esa plusvalía aflorará, eventualmente, con ocasión de la ulterior transmisión de las acciones recibidas por los socios que efectuaron el canje.

La STS13/01/2011 (Rec 1451/2006) examinó un caso que consistió en la aportación de acciones de una entidad residente en territorio español a una entidad controlada residente en Bélgica, bajo el concepto de canje de valores, la cual inmediatamente procedió a la transmisión de las acciones a otras entidades también residentes en Bélgica, las cuales las transmitieron, a su vez, a cuatro entidades residentes en territorio español.

La inspección tributaria, haciendo uso del principio de calificación, entendió que, tras el conjunto de los negocios jurídicos realizados, no había sino una transmisión a título de compraventa a favor de los adquirentes finales, procediendo a gravar, en sede de las personas o entidades que realizaron la aportación en concepto de canje de valores, la plusvalía correspondiente.

El TS entendió que la operación de aportación de acciones, calificable como canje de valores en el sentido de la Ley 29/1991, sin embargo *no se había realizado por motivos económicos válidos al no tener por finalidad la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participaron en la operación sino que únicamente perseguía la transmisión de las acciones... Al existir la vehemente presunción de que el conjunto de operaciones llevadas a cabo tiene como objetivo principal la elusión fiscal y no el intento de mejorar la estructura productiva u organizativa de la empresa en beneficio de la economía nacional, pierde el derecho al régimen tributario contenido en la Ley 29/1991, debiendo procederse, como así se hizo, a la regularización de la situación tributaria del sujeto pasivo, dadas las circunstancias que rodearon a la operación controvertida.*

La regularización implicó la recalificación de la operación como compraventa. Alegó la entidad recurrente que, habiéndose apreciado por la inspección tributaria una finalidad fraudulenta, era obligado el cauce del fraude a la ley tributaria, del artículo 24.4 de la Ley General Tributaria. El TS rechazó esta alegación, por cuanto *siempre que la calificación se conciba como operación estrictamente jurídica, realizada mediante el empleo de criterios igualmente jurídicos, reveladores de la verdadera naturaleza que desde esa misma perspectiva tienen los hechos que se presentan en la realidad, que es como se ha actuado en este caso por la Administración tributaria, no puede decirse, en verdad, que el mecanismo de la calificación utilizado en este caso para corregirla elusión fiscal no se haya mantenido dentro de sus justos límites.*

Las personas, físicas o jurídicas, que realizan el canje no pueden recibir una compensación en metálico que exceda del 10% del valor nominal de los valores aportados. La STS 13/06/2014 (Rec 848/2012) versó sobre el incumplimiento de la regla de limitación de la compensación a metálico, dado que la entidad beneficiaria distribuyó, seguidamente a la operación de canje, la prima de emisión a metálico.

El TS desmenuzó la operación, indicando que *la recurrente niega que pueda vincularse la operación de canje con la distribución de la prima de emisión que efectúa S a sus accionistas, manteniendo que fue para cumplir con las exigencias del nuevo inversor que entró a participar en S.*

*Sin embargo, la valoración de los hechos realizada por la Inspección ha de compartirse. Conviene recordar que S en un margen de tres meses realizó dos ampliaciones de capital, concretamente el 31 de Diciembre de 2001 y el 22 de Marzo de 2002, con unas diferencias apreciables en relación con el importe de la prima de emisión por cada una de las acciones, 423.707,50 euros y 97.330 euros. La primera de las ampliaciones de capital fue la referente a la operación controvertida, por la que la recurrente percibe solo doce acciones de S, cuyo nominal ascendía a 72,12 euros, sin que variase su posición en el accionariado de la misma; en cambio mediante la segunda ampliación, T al obtener 776.250 acciones pasa a ocupar una posición relevante. Por otra parte viene a coincidir casi en el tiempo la ampliación que supuso el canje con la distribución de la prima de emisión, percibiendo la recurrente un total de 5.084.490,00 euros en total, de forma directa y a través de SU, que renunció a la ampliación. Siendo todo ello así, resulta imposible desligar la operación de canje de valores del reparto de la prima de emisión, lo que nos lleva al motivo apreciado por la Administración para llevar a cabo el canje, que no fue otro que dotar de liquidez a la recurrente mediante el reparto de la prima de emisión generada en la ampliación de capital, no la necesidad de concentración de las actividades propias de los servicios a las personas mayores en S y la necesidad de atraer mayores recursos económicos mediante la consolidación de la base accionarial a largo plazo.*

Se notará que, tras la entrada del nuevo socio, la entidad aportante pasó de un control total sobre la entidad beneficiaria del canje y, por tanto, de los valores dados en canje, a un control parcial, de manera tal que la distribución de la prima de emisión puede ser vista como una retribución compensadora de la porción perdida.

Ciertamente, a raíz de que el artículo 21 de la Ley 27/2014 haya eximido a las plusvalías derivadas de la transmisión de participaciones significativas, las operaciones referidas han perdido su carga fiscal.

## **5. APORTACIÓN DE ACTIVOS**

La Ley 29/1991, solamente tipificó como aportaciones susceptibles de disfrutar del régimen fiscal especial a las consistentes en ramas de actividad. La Ley 43/1995, rebasando el ámbito de la Directiva 90/434, seguramente ante la dificultad de determinar si la aportación era constitutiva de rama de actividad, extendió el régimen de neutralidad fiscal a las denominadas aportaciones no dinerarias especiales, actualmente reguladas en el artículo 87 de la Ley 27/2014.

Las sentencias que han versado sobre esta materia han incidido en la determinación del concepto de rama de actividad, en particular cuando, conjuntamente con los activos aportados, se transferían deudas. Se recordará que la sentencia del TJUE, Andersen Jensen, abordó esta cuestión.

## 5.1. Concurrencia de deudas

En ciertas sentencias se ha planteado la pertinencia de la aportación de pasivos financieros, generalmente de cuantía desproporcionada respecto de los activos aportados<sup>13</sup>. La Directiva 90/434 y la Directiva 2009/133 no hicieron referencia a la transferencia de pasivos financieros en el contexto de la aportación de ramas de actividad. Tampoco lo hizo la Ley 29/1991. El artículo 97.4 de la Ley 43/1995 estableció que en la aportación de ramas de actividad podrían ser atribuidas a la sociedad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan, fórmula actualmente recogida en el artículo 76.4 de la Ley 27/2014.

En las tres sentencias que han versado sobre la cuestión, inmediatamente antes de la aportación se contrajo una importante deuda con una entidad de crédito que fue transferida junto con el activo aportado, reteniendo la entidad aportante el dinero recibido.

En la STS 5/04/2011 (Rec 3255/2006), a la vista de los hechos, el TS entendió que *no cabe hablar de aportación de actividad, en los términos que preveía la normativa entonces vigente, sino de transmisión de activos y pasivos aisladamente considerados*. En efecto, la entidad aportante obtiene una suma dineraria y entrega un conjunto de elementos patrimoniales cuyo control pierde debido a la ulterior entrada en el capital de la entidad beneficiaria de la aportación de un nuevo socio que pasa a controlar dichos elementos patrimoniales. Se recordará que a esta conclusión había llegado la sentencia del TJUE Andersen Jensen. Cabe notar que el TS resuelve en base a un razonamiento sustentado en la calificación del negocio jurídico realizado por las partes, sin apelar a la norma antiabuso del artículo 16 de la Ley 29/1991, ni oponer reparo alguno respecto de la eventual pertinencia del procedimiento de fraude a la ley tributaria.

En el caso de la STS 23/05/2016 (Rec 4133/2014), la AN aceptó el criterio de la inspección tributaria constatando, de una parte, la evidente infracción de la regla establecida en el TRLIS relativa a la transmisión de deudas que limitaba la misma al importe de las contraídas para la organización o funcionamiento de los elementos que se traspasan y, de otra, que *atendiendo al valor del montante de los créditos obtenidos (22.500.000 y 4.000.000 respectivamente), así como al valor del inmueble (27.448.498), puede afirmarse que dichas cantidades son coincidentes con el precio que se habría obtenido con la venta directa del inmueble, que aparece como la verdadera finalidad perseguida con las operaciones descritas y realizadas en la misma fecha*.

Añadió la AN que la operación carecía de motivos económicos válidos y que *tratándose del análisis y calificación de la operación realizada, resulta innecesario acudir al mecanismo de conflicto en la aplicación de la norma, previsto en el art. 15, de la Ley General Tributaria; no se trata de conflicto a la hora de aplicar e interpretar una norma fiscal, sino del análisis de una operación societaria*.

---

<sup>13</sup> TS 5/04/2011; Rec 3255/2006. TS 23/05/2016; Rec 4133/2014. TS 13/12/2016; Rec 2211/2015. TS 01/10/2021; Rec 3844/2019.

En el caso de la STS 01/10/2021 (Rec 3844/2019), la inspección tributaria retiró el régimen fiscal especial a una aportación no dineraria especial de un inmueble conjuntamente con una deuda hipotecaria que no había sido contraída para su adquisición. Entendió la inspección tributaria que a tal operación, aunque regulada en el artículo 94 del TRLIS, le era aplicable la exigencia, contenida en el artículo 83.4 del TRLIS, a cuyo tenor *podrán ser atribuidas a la sociedad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan*.

Sin embargo, el TS no lo entendió así, sentando que *a efectos de disfrutar del régimen fiscal especial de diferimiento, cuando las aportaciones no dinerarias distintas de rama de actividad a que se refiere el artículo 94 TRLIS consistan en la transmisión conjunta de elementos patrimoniales y deudas, no resulta exigible que las mismas hayan sido expresamente contraídas para financiar la adquisición de los elementos patrimoniales con ellas gravados que se transmiten en la operación, resultando exigible, en cambio, que tales deudas se encuentren vinculadas con los bienes aportados en el contexto de los motivos económicamente válidos que, en cada caso, justifiquen la operación*.

La aportación de un activo conjuntamente con un pasivo financiero, reteniendo el aportante el dinero recibido, puede encubrir una transmisión propia de la compraventa. De aquí que la sentencia recuerde la vía de regularización de los motivos económicos válidos. Ahora bien, sin perjuicio de ello, no es menos cierto que la regla de asociación del artículo 83.4 del TRLIS, es perfectamente aplicable al caso de aportación no dineraria especial por cuanto, justamente, el artículo 94 del TRLIS, actual artículo 87 de la Ley 27/2014, establece que *el régimen previsto en el presente capítulo se aplicará, a opción del sujeto pasivo*, siendo así que en tal régimen ha de entenderse incluida la referida regla de asociación.

## **5.2. Aportaciones no dinerarias especiales**

La STS 10/03/2011 (Rec 6131/2006), versa sobre el perímetro de los activos y pasivos que integran la rama de actividad. En el contexto de una aportación de la rama de actividad de arrendamiento de inmuebles, la inspección tributaria negó que la aportación de un inmueble afectado a sede de las oficinas centrales y a almacén y de otros afectados a la actividad de supermercado formara parte de aquella. Así también lo entendió el TS, en cuya sentencia se deslizaron importantes afirmaciones en orden a la determinación de los activos que han de integrar la rama de actividad, de manera tal que *para la aplicación del régimen de aportación de rama de actividad es necesario que se aporten todos y cada uno de los elementos necesarios y afectos a la unidad económica que se transmite. De lo que se deriva que no se produce aportación de rama de actividad cuando se excluyan de la transmisión de una actividad los inmuebles o los terrenos en los que se desarrolle dicha actividad o cualquier otro elemento del activo o del pasivo que resulte esencial para la continuación de la explotación o unidad económica*, así como que *la rama de actividad ha de existir de presente en la entidad aportante, cuando se realiza la operación, no bastando que se trate de una suma de elementos patrimoniales que potencialmente puedan llegar, en un futuro, a constituir una unidad económica autónoma...*

En el caso de la STS 19/02/2015 (Rec 647/2013), la inspección tributaria retiró el régimen fiscal especial a una aportación de inmuebles, realizada bajo el concepto de rama de actividad, por no constituir lo aportado una rama de actividad y porque, dándose en principio los requisitos previstos en el artículo 94 del TRLIS, en relación con las aportaciones no dinerarias, no procedía la aplicación del régimen especial, al no haberse realizado la operación por motivos económicos válidos, habida cuenta de que *la finalidad del conjunto de operaciones realizadas era la separación del patrimonio inmobiliario*. En suma, bajo el conjunto de las operaciones societarias realizadas se cobijaba el propósito de transmitir el inmueble. El TS, en línea con el análisis realizado por la AN, entendió que *la apreciación de la Sala de instancia, en el sentido de que el motivo de reestructuración empresarial alegado por la demandante y hoy recurrente queda enervado a virtud de las circunstancias concurrentes en el supuesto y que son analizadas de forma global resulta significativo que se haga referencia expresa a "la efímera estancia de los dos inmuebles en la sociedad Ip" y a la "sucesión de acontecimientos", tal como reclama la jurisprudencia del TJUE. Y ello conduce a la presunción de que la operación de aportación no dineraria fue la de aprovechar el régimen de neutralidad fiscal, la que ha de mantenerse por no existir otros datos o circunstancias que impiden su aplicación*.

En el caso de la STS 01/06/2016 (Rec 3047/2014), la inspección tributaria retiró el régimen fiscal especial a una fusión por absorción precedida de una aportación no dineraria especial de valores. El TS entró en el fondo del asunto describiendo, al hilo de las alegaciones del Abogado del Estado, las operaciones realizadas. Así, *el esquema básico de la defraudación es simple. El Abogado del Estado en la instancia explicaba el supuesto de hecho planteado de forma muy expresiva: Cada una de las empresas titulares de acciones de PR se dicen: si apporto mis acciones no llego un 5% en L y no puedo beneficiarme del beneficio fiscal del diferimiento. Pero si creo, sin ningún motivo económico válido distinto de obtener una ventaja fiscal, una empresa puente lo suficientemente pequeña para que mi aportación llegue al 5% de las acciones de la misma y luego esta empresa -que ha reunido todas las aportaciones- sí puede llegar a tener el 5% de las acciones de L. mediante la fusión por absorción. Así 4 G, I, V y 3 P se acogen a los beneficios del diferimiento fiscal con ocasión de la creación de P. y, en cascada, P. -y sus partícipes indirectamente- se vuelven a beneficiar de los beneficios fiscales del diferimiento con ocasión de su absorción por L*.

Así pues, el objetivo final era realizar una aportación de valores PR a L. Efectuada en forma directa esa aportación debería tributar en sede de los aportantes, por cuanto ninguno de ellos alcanzaría el porcentaje de participación del 5%. La aportación de esos valores a una entidad intermedia (P) cumplía con el requisito del 5% y la posterior absorción de esta entidad por L, permitía alcanzar el objetivo final.

A la vista de esos hechos el TS, tomando como referencia ciertas sentencias del TJUE, aunque no referidas al mismo supuesto de hecho, concluyó que *el único supuesto en que los Estados pueden denegar la aplicación de la Directiva es cuando la operación tiene como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal (en el sentido de elusión que hay que atribuir a este término). La determinación de si este es el objetivo principal de la operación no puede hacerse mediante la aplicación de criterios predeterminados -como el mencionado de la Ley holandesa-, sino que*

*requiere un examen global de la operación, caso por caso. Pues bien, tomando en cuenta esta doctrina y considerando las circunstancias particulares del caso, se aprecia que la operación de fusión se produce sin motivo económico válido que permita acogerla al régimen fiscal pretendido.*

Se notará que a la misma conclusión podría haberse llegado mediante la aplicación del conflicto en la aplicación de la ley tributaria, del artículo 15 de la Ley General Tributaria, siendo la norma defraudada la que rige la determinación de la renta habida en una aportación sujeta al régimen general y la de cobertura la relativa al régimen fiscal especial.

Al hilo del caso precedente cabe plantear aquel otro en el que la aportación no vaya seguida de la fusión. En este caso, sin embargo, puede perseguirse también una finalidad fiscal, esto es, conseguir que la entidad beneficiaria de la aportación de los valores llegue a tener un 5% en una entidad operativa, de manera tal que los dividendos distribuidos se remansen sin tributación en sede de aquella. Ciertamente, la regla del 70% del artículo 21 de la Ley 27/2014, impediría la exención respecto de la redistribución del dividendo, pero, aun así, se habría alcanzado el objetivo fiscal descrito, esto es, impedir la tributación del dividendo distribuido por la entidad de la operativa.

## PARTE TERCERA

### REFLEXIONES FINALES

#### 1. BALANCE DE UNA DÉCADA DE SENTENCIAS

El recorrido efectuado por las sentencias del TJUE y del TS, permite extraer algunos rasgos básicos de los conflictos que han surgido en torno a la aplicación del régimen fiscal especial, así como de la respuesta ofrecida por los tribunales.

Primero. Por su taxonomía, los conflictos se han presentado, fundamentalmente, en el ámbito de la aplicación de la norma antiabuso. Por el contrario, en lo relativo a la tipificación de las operaciones y al contenido nuclear del régimen fiscal especial, los conflictos han sido prácticamente inexistentes, si se exceptúa lo relativo a la determinación de la rama de actividad.

Segundo. Se diría, por tanto, que en el plano de lo sustantivo, en fin, de las líneas maestras del régimen fiscal especial, el tránsito del modelo intervencionista y de beneficio fiscal de la Ley 76/1980 al liberal y europeísta de la Ley 29/1991, la Ley 43/1995 y la Ley 27/2014, ha quedado firme y pacíficamente asentado, tanto en la esfera transfronteriza como en la puramente interna.

Tercero. Las numerosísimas consultas formuladas por los contribuyentes ante la Dirección General de Tributos, básicamente solicitando una declaración de que la operación proyectada respondía a motivos económicos válidos, son un claro síntoma de que la norma antiabuso, así como su aplicación práctica por la inspección tributaria y los tribunales de justicia, no ha deparado un aceptable contexto de seguridad jurídica.

Cuarto. No obstante, los conflictos se han ubicado, básicamente, en los campos de las escisiones y de la subrogación en la compensación de bases imponibles negativas.

El primero está azotado por dos flagelos, de una parte, la cercanía de los efectos prácticos de la escisión total o parcial no proporcionales con los de la disolución con liquidación y, de otra, su idoneidad para encauzar la transmisión indirecta de activos de la entidad escindida ubicando la plusvalía correspondiente en sede de los socios, personas físicas, bajo el amparo de los porcentajes reductores del IRPF.

El segundo, padece la compañía de una norma relativa a la limitación a la compensación, que ha podido crear la falsa impresión de que en ese dominio la norma antiabuso no habría de entrar.

Quinto. La inspección tributaria ha venido esgrimiendo la ausencia de motivos económicos válidos para fundamentar la retirada del régimen fiscal especial, pero en la mayor parte de los casos, aunque no en todos, indicando la finalidad fraudulenta la operación. No obstante, según ciertas sentencias, en algún caso se ha invadido el campo de la denominada economía de opción.

Sexto. La dificultad de distinguir entre economía de opción y fraude o conflicto en aplicación de la norma tributaria o, si se quiere, entre ventaja fiscal legítima e ilegítima, así como la interferencia de los motivos económicos válidos, ha podido dar paso a algunas decisiones, administrativas o judiciales que, más allá de su acierto o desacierto intrínseco, suscitan dudas de su concordancia con lo que podría denominarse el núcleo de los criterios dominantes. Se aprecia esa circunstancia en la distinta trascendencia otorgada al informe del perito judicial, así como en la apelación de ciertas sentencias de la AN, no del TS, a la pertinencia de encauzar la regularización por la vía del fraude a la ley tributaria del artículo 24 de la LGT (1963) o del conflicto en aplicación de la ley tributaria del artículo 15 de la vigente LGT (2003).

Séptimo. Aun cuando los conflictos contadamente hayan afectado a operaciones transfronterizas, se echa de menos que, para la resolución de alguno de ellos, ni la AN ni el TS hayan planteado la cuestión prejudicial ante el TJUE, habida cuenta de que el régimen fiscal especial responde, plenamente, a las normas de la Directiva 90/434 y de la Directiva 2009/133, desoyendo lo que postularon, acertadamente, votos particulares a ciertas sentencias del TS.

## 2. LA TRANSPOSICIÓN DE LA NORMA ANTIABUSO

En el último Considerando de la Directiva 90/434 se dice que *conviene prever la facultad de los Estados miembros de rechazar el beneficio de la aplicación de la presente Directiva cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal*. El artículo 11.1 a) de la directiva tradujo tal propósito a términos positivos. En consecuencia, en caso de que la operación se realizase para infringir una norma fiscal, pues en eso consiste el fraude o la evasión fiscal, podría retirarse el régimen fiscal especial.

Ese precepto no describía ningún supuesto o supuestos constitutivos de abuso ni establecía nada respecto de la reacción jurídica pertinente para restablecer la efectividad de la norma conculcada. Simplemente, facultaba a los Estados miembros, pero no les obligaba, a retirar el régimen fiscal especial en caso de fraude o evasión fiscal. Así, los Estados miembros podían limitarse a restablecer la norma fiscal conculcada, aplicando sus propias normas antiabuso de carácter general o, en su caso, las técnicas derivadas de las construcciones jurisprudenciales relativas a la neutralización del abuso, pero también podían, adicionalmente, retirar el régimen fiscal especial. Lo que no era concebible, desde luego, es que se limitasen, simplemente, a retirar el régimen fiscal especial sin restablecer la efectividad de la norma defraudada.

Por tanto, en el artículo 11.1 a), primer inciso, no anidaba una norma antiabuso sino, tan solo, una autorización para retirar, total o parcialmente, el régimen fiscal especial en caso de fraude o evasión fiscal.

En el segundo inciso de ese precepto se contenía una presunción, rebatible, de fraude o evasión fiscal, basada en el hecho de que la operación no se hubiere efectuado por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades.

La transposición de este precepto era, sin duda, problemática. Así, varias interrogantes se planteaban ¿Era proporcionado gravar todas las plusvalías latentes cuando, por ejemplo, la norma defraudada a través de la operación no pertenecía al Impuesto sobre Sociedades? ¿Era proporcionado gravar todas las plusvalías latentes cuando lo que se perseguía, fraudulentamente, era la transmisión de un solo activo? ¿Deparaba seguridad jurídica la presunción basada en los motivos económicos válidos?

Seguramente, la respuesta a los tres interrogantes era negativa. La consecuencia lógica era no hacer uso de las autorizaciones previstas en el artículo 11.1 a), confiando en que las normas antiabuso de carácter general previstas en la Ley General Tributaria pudieran restablecer la efectividad de la norma o normas defraudadas a través de una operación o conjunto de operaciones tipificadas en el régimen fiscal especial.

Se notará que, justamente, este ha sido el criterio seguido por el legislador de la Ley 11/2021, en relación con el artículo 6 de la Directiva 2016/1164, así como la posición de algunos Estados miembros. También asoma este criterio en aquellas sentencias de la AN que indicaron que la inspección tributaria debía proseguir la vía del fraude a ley tributaria o de la simulación, en caso de que advirtiera el fraude o la evasión fiscal.

El legislador de la Ley 29/1991, hizo uso de la autorización de inaplicación del régimen fiscal especial, sin especificar si cabía la de carácter parcial, pero no incorporó la presunción relativa a los motivos económicos válidos, tal vez por considerarla extraña a la forma en cómo, tradicionalmente, se había venido enfocando en nuestro ordenamiento jurídico la rehabilitación de la norma defraudada, basada en la identificación de la misma en el contexto de un procedimiento de fraude a ley tributaria o del ejercicio de la facultad de calificación, de acuerdo con lo previsto en la Ley General Tributaria. En efecto, la identificación de la norma defraudada rendía redundante la presunción basada en la ausencia de los motivos económicos válidos. Identificado, ampliamente hablando, el cuerpo del delito o la enfermedad padecida, huelga operar sobre los indicios o los síntomas.

Sin embargo, la forma en como el legislador de la Ley 29/1991 traspuso el artículo 11.1a) abrió la puerta a regularizaciones en las que la respuesta a la defraudación no fuese únicamente la rehabilitación de la norma defraudada sino, también, la tributación de las plusvalías latentes, incluso en los casos en los que esa tributación no era necesaria para concretar tal rehabilitación. Más todavía, abrió la puerta a la tributación de las plusvalías latentes sin preocuparse por eliminación de la ventaja fiscal efectivamente obtenida.

Este resultado, adverso al principio de proporcionalidad, vendría a ser justificado a modo de castigo para quienes pretendieran aprovecharse irregularmente de un régimen fiscal concebido para levantar las trabas fiscales a los procesos de reestructuración o reorganización empresarial, pero no, obviamente, para facilitar el logro de ventajas fiscales ilegítimas. Justificación, sin embargo, no admisible en términos de equidad, la cual reclamaba, exclusivamente, la neutralización de la ventaja fiscal. Más adelante se verá que el legislador de la Ley 27/2014 ha reformado la norma antiabuso en orden a seguir el rumbo correcto.

El legislador de la Ley 14/2000, tal vez alarmado por los casos en los que a través de ciertas operaciones del régimen fiscal especial se pretendieron cobijar plusvalías societarias bajo los porcentajes reductores del IRPF o generar diferencias de fusión artificiosas al amparo de los mismos, introdujo la mención a los motivos económicos válidos pero no bajo el concepto de presunción de fraude o evasión fiscal, sino como norma que excluía la aplicación del régimen fiscal especial cuando la operación no se hubiere efectuado *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.*

La apelación a la ventaja fiscal situaba la norma antiabuso en el terreno correcto, pero el castigo de la tributación de las plusvalías latentes, aun cuando no fuese necesario para rehabilitar la norma defraudada, permanecía, al tiempo que la mención a los motivos económicos válidos abría un escenario de incertidumbres que el propio legislador se encargó de atemperar mediante la técnica de las consultas a la Dirección General de Tributos, cuya contestación tendría carácter vinculante. Se suponía que la Dirección General de Tributos podría, a través de los datos facilitados por el consultante, identificar la presencia o ausencia de los motivos económicos válidos así como aquella de la ventaja fiscal, proporcionando la pertinente seguridad jurídica. Este propósito era tan bienintencionado como carente de realismo. El contenido fáctico de la presencia o ausencia de los motivos económicos de la operación, no se avenía bien con el marco habitual de desenvolvimiento de la Dirección General de Tributos, centrado en la interpretación de las normas jurídicas, aun cuando lo fuere en relación con casos concretos.

Si, como han venido señalando tanto el TJUE como el TS, para determinar la existencia del fraude o evasión fiscal, o su ausencia, había de examinarse no solo la operación en sí, sino también todos los hechos y circunstancias, anteriores y posteriores a la misma, habrá de convenirse que tal tarea rebasaba, con mucho, las posibilidades materiales de conocimiento de la Dirección General de Tributos.

Seguramente, los legisladores de la Ley 29/1991 y de la Ley 14/2000, no estuvieron acertados en la transposición del artículo 11.1a) de la Directiva 90/434.

### **3. LA NUEVA NORMA ANTIABUSO**

En el momento de escribir estas líneas no existen sentencias del TS relativas al régimen fiscal especial regulado en la Ley 27/2014. No existe, por tanto, la base firme de la jurisprudencia en la que asentar el significado de la nueva norma antiabuso.

El artículo 89.2, tras reproducir el texto salido de la Ley 14/2000, añade un segundo párrafo, a cuyo tenor *las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal.*

Este precepto abre el camino para ubicar la norma antiabuso en el ámbito que le es propio, esto es, la identificación de una norma defraudada con la consecuente eliminación de la ventaja fiscal que, irregularmente, se pretendió disfrutar.

Ciertamente, ese párrafo, en unión al primero, también da pie para no enderezar el rumbo, esto es, para continuar gravando todas las plusvalías latentes, pero esa no sería la interpretación más correcta ¿Qué papel tendría, entonces, el adverbio *exclusivamente*?

La interpretación más correcta es identificar la norma defraudada, la ventaja fiscal de ello derivada, la eliminación de la misma y la retirada del régimen fiscal especial en cuanto fuere necesario a tal efecto.

En suma, la nueva norma antiabuso se inscribiría en el esquema del conflicto en la aplicación de la norma tributaria de la LGT, si bien su aplicación se ubicaría en sede del procedimiento de inspección tributaria.

En el escenario precedente, la Dirección General de Tributos no debería tramitar las consultas que versaren, exclusivamente, sobre la concurrencia de motivos económicos válidos o la existencia de ventaja fiscal.

#### **4. LA ADECUACIÓN A LA NORMATIVA EUROPEA**

La Ley 29/1991, reprodujo las definiciones que de las distintas operaciones se contenían en la Directiva 90/434 y estableció los efectos fiscales de las mismas, siguiendo el criterio de neutralidad. Aquel mimetismo se quebró con la Ley 14/2000, la cual introdujo, en relación con las escisiones totales no proporcionales, el requisito de que los patrimonios transmitidos fuesen ramas de actividad. Ahora bien, ese requisito no estaba previsto en la definición que de la escisión total estableció la Directiva 90/434 ni lo está en la que establece la Directiva 2009/133.

En efecto, el artículo 2 de la Directiva 2009/133, distingue entre escisión y escisión parcial, definiendo aquella como *la operación por la cual una sociedad transfiere a dos o más sociedades ya existentes o nuevas, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de títulos representativos del capital social de las sociedades beneficiarias de la aportación y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad*. El artículo 76.2.1º a) de la Ley 27/2014, reproduce esta definición, y el artículo 76.2.2º precisa que *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*.

Para sostener la regularidad de la norma española relativa a la escisión total no proporcional es preciso mantener que la misma no está comprendida en el ámbito de la Directiva 2009/133. De

esta manera, la escisión total proporcional estaría amparada por la Directiva 2009/133, en tanto que la escisión total no proporcional solamente lo estaría por la legislación puramente interna.

La definición que de la escisión total se contiene en la Ley 3/2009, es de todo punto similar a la que se contiene en el artículo 76.2.1º a) de la Ley 27/2014. En efecto, el artículo 69 de la Ley 3/2009, define la escisión total 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 el artículo 76 de la misma que *en los casos de escisión total o de escisión parcial con pluralidad de sociedades beneficiarias, siempre que no se atribuyan a los socios de la sociedad que se escinde acciones, participaciones o cuotas de todas las sociedades beneficiarias, será necesario el consentimiento individual de los afectados.*

Se notará que la Ley 27/2014 admite como escisión total aquella en la que, aun sin cumplirse el requisito de proporcionalidad, los patrimonios transmitidos constituyan ramas de actividad, en tanto que la Ley 3/2009 hace lo propio a condición de que todos los socios consientan. Se trata, bien se ve, de dos vías diferentes para mantener la calificación de escisión total para el caso en que no se cumpla el requisito de proporcionalidad, y de ahí que, habitualmente, se venga designando a esa escisión total como no proporcional. Ahora bien, la Directiva 2009/133 exige el requisito de proporcionalidad, pero no establece ninguna vía o requisito adicional para reconocer como escisión total aquella en la que no se cumpla tal requisito.

Así pues, la legislación fiscal y la legislación mercantil internas consideran como escisión total a aquella en la que no se cumple el requisito de proporcionalidad, bajo el cumplimiento de dos condiciones de contenido distinto, en tanto que la legislación fiscal europea no parece considerar como escisión total aquella en la que no se cumple el requisito de proporcionalidad. Bajo esta consideración, la escisión total no proporcional sería una figura creada por el legislador fiscal español que rebasaría, pero no contradeciría, la norma fiscal europea. De este modo, la tipificación de la escisión total estaría en línea con la normativa fiscal europea sobre la materia.

Ciertamente, frente a la argumentación precedente, también podría sostenerse que la Directiva 2009/133, aun exigiendo el requisito de proporcionalidad, admitiría que el mismo se cumpliera en los términos de las respectivas legislaciones mercantiles nacionales, en el caso de España mediante el consentimiento individual de los afectados en el sentido del artículo 76 de la Ley 3/2009. Una vez así cumplido el requisito de proporcionalidad, la exigencia adicional de la rama de actividad implicaría una infracción de la Directiva 2009/133.

La Comisión de la Unión Europea ha abierto el procedimiento de infracción 2018/4084.

En fin, el artículo 87.1 a) de la Ley 27/2014, supedita la aplicación del régimen fiscal de las aportaciones no dinerarias especiales a que la entidad beneficiaria de la aportación sea residente en territorio español o, siendo extranjera, a que tenga un establecimiento permanente en territorio español al que se afecten los activos aportados.

Con ello se trata de asegurar los derechos de imposición, pero se discrimina en contra de las entidades beneficiarias de la aportación no residentes en territorio español, lo que podría implicar una restricción a la libertad de establecimiento.

## 5. EL CONCEPTO DE RAMA DE ACTIVIDAD

El concepto de rama de actividad, construido por la jurisprudencia al hilo de ciertas regularizaciones tributarias, descansa en que los elementos patrimoniales transmitidos deben ser los afectos a una actividad económica, diversa de las otras llevadas a cabo por la entidad transmitente y regida por una organización empresarial específica.

El artículo 2 j) de la Directiva 2009/133 define la rama de actividad como *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*. El artículo 76.4 de la Ley 27/2014 define la rama de actividad como *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*.

El elemento relevante es que el conjunto patrimonial transmitido sea apto para ser la base material de una explotación económica, pero no que deba estar afecto, en sede de la entidad transmitente, a una actividad económica diferenciada de las restantes que pueda llevar a cabo tal entidad.

Bien se comprende que la exigencia de adscripción a una actividad económica diferenciada excluye del régimen fiscal especial a todas las entidades que realizan una sola actividad económica, aun cuando los elementos patrimoniales aportados transmitidos puedan ser la base material de una explotación económica. Así, una entidad que realice la actividad económica de alojamientos hoteleros en diversos inmuebles no podrá configurar una rama de actividad mediante la aportación de uno de ellos con sus instalaciones, pero una entidad que realice esa actividad en un inmueble y que explote un garaje podrá hacerlo, sea con el inmueble y sus instalaciones o con el garaje.

Seguramente, la construcción del concepto de rama de actividad no ha estado bien orientada.

Lo que debe quedar fuera del concepto de rama de actividad son los elementos patrimoniales insuficientes para constituir la base material de una explotación económica. Así, volviendo al ejemplo propuesto, no sería aportación de rama de actividad la transmisión de las instalaciones de climatización porque, exclusivamente con las mismas, no se puede prestar el servicio de alojamiento hotelero, ni ninguno otro. Ese conjunto patrimonial no sería capaz de funcionar por sus propios medios. Por el contrario, la aportación de un inmueble dedicado al hospedaje con todo su mobiliario e instalaciones sí sería la de una rama de actividad, porque sobre esos elementos se puede prestar el referido servicio.

Cabe notar un cierto viraje, en orden a la aceptación de la rama de actividad sobre la base de la realización de una única actividad económica por la entidad escindida, en ciertas consultas de la

Dirección General de Tributos. En este sentido, en la V2604/2021 se dice que *el propio concepto de rama de actividad requiere la existencia de una organización empresarial diferenciada para cada conjunto patrimonial, que determine la existencia autónoma de una actividad económica que permita identificar un conjunto patrimonial afectado o destinado a la misma, lo cual exige que esta autonomía sea motivada por la diferente naturaleza de las actividades desarrolladas por cada rama o, existiendo una única actividad, en función del destino y naturaleza de estos elementos patrimoniales, que requiera de una organización separada como consecuencia de las especialidades existentes en su explotación económica que exija de un modelo de gestión diferenciado determinante de diferentes explotaciones económicas autónomas, si bien, a continuación se da un paso atrás, diciendo que en definitiva, es requisito que los patrimonios escindidos constituyan por sí mismos una o varias ramas de actividad en el sentido mencionado, es decir, que exista una organización de medios materiales y personales diferenciados para cada actividad en sede de la entidad escindida con anterioridad a la realización de la operación.*