

<b>TRIBUTACIÓN</b>	<b>LOS «MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS» EN EL RÉGIMEN FISCAL DE LAS REORGANIZACIONES EMPRESARIALES</b>	<b>Núm. 62/2002</b>
--------------------	--	-------------------------

**CARLOS PALAO TABOADA**

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad  
Autónoma de Madrid*

**Extracto:**

LA norma anti-elusión de la Directiva de fusiones, 90/434, permite a los Estados miembros negar la aplicación del régimen especial a las operaciones de reorganización que tengan como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal, y les autoriza para establecer la presunción de que éste es el objetivo de aquellas operaciones que no se efectúen por «motivos económicos válidos». La transposición al Derecho español de esta norma, contenida en el artículo 110.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, recoge en su redacción vigente una alusión a los «motivos económicos válidos» de las operaciones, que presenta, sin embargo, notables variantes respecto a la norma comunitaria.

El presente trabajo se propone analizar el significado de ese concepto, a cuyo fin se expone en él la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, contenida fundamentalmente en la sentencia *Leur-Bloem* de 1997, así como la doctrina judicial norteamericana del *business purpose*, que constituye el antecedente doctrinal de la noción de «motivos económicos válidos». Se examinan críticamente a continuación las posturas discrepantes sostenidas por los comentaristas sobre la interpretación de la norma interna española y la doctrina formulada por la Dirección General de Tributos en contestaciones a consultas y se analizan finalmente las escasas decisiones judiciales dictadas en relación con esta materia.

---

## Sumario:

---

1. La norma anti-elusión en el régimen especial.
2. Doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
3. La doctrina del *business purpose*.
4. Las posiciones de la doctrina española.
5. Doctrina administrativa.
6. Jurisprudencia.
7. Conclusiones.

**NOTAS:** El presente trabajo ha sido escrito para el Libro-homenaje al Profesor Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN con motivo de su jubilación.

El autor desea expresar su gratitud al personal del Servicio de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid por la eficiente y amable ayuda que le prestó para la obtención de la documentación utilizada en el presente trabajo.

## 1. LA NORMA ANTI-ELUSIÓN EN EL RÉGIMEN ESPECIAL

Las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores representativos del capital social, operaciones que agrupamos bajo la denominación de reorganizaciones empresariales, están sujetas, siempre que cumplan determinados requisitos, a un régimen fiscal especial favorable. En lo que respecta a la imposición directa estatal (Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de las Personas Físicas), dicho régimen consiste básicamente en el diferimiento del impuesto que normalmente recaería sobre las plusvalías que se pongan de manifiesto, tanto en los bienes y derechos transmitidos como en las acciones o participaciones canjeadas con ocasión de tales operaciones; es decir, que tales plusvalías no son gravadas hasta el momento en que esos activos sean enajenados por quienes los adquirieron en la reorganización.

Las normas reguladoras del régimen en cuestión están contenidas en la actualidad en el capítulo VIII del título VIII, artículos 97 al 110, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, 43/1995, de 27 de diciembre (LIS). Tales normas constituyen la transposición al Derecho español de la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (la designaremos en adelante como «Directiva de fusiones» o simplemente como «la Directiva»).

La citada Directiva contiene una norma destinada a combatir la utilización abusiva de sus propias disposiciones, es decir, una disposición de las a veces llamadas por eso, con una expresión tomada del inglés, «normas anti-abuso». En lo que interesa a los efectos del presente trabajo, la norma aludida (artículo 11.1) tiene, según la versión en español de la Directiva, el siguiente tenor:

«Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente [las disposiciones reguladoras del régimen especial] o a [sic] retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones:

- a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1 no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal;»

Por tanto, la ausencia de «motivos económicos válidos» en una operación de reorganización puede constituir, si así lo dispone el Estado miembro cuya legislación sea aplicable <sup>1</sup>, una presunción de que dicha operación ha tenido entre sus objetivos principales el «fraude o la evasión fiscal».

La transposición a la legislación estatal española de la norma de la Directiva transcrita está contenida en el artículo 110.2 LIS, cuya redacción vigente es obra de la Ley de Medidas fiscales, administrativas y de orden social para el año 2001 («Ley de acompañamiento» a los Presupuestos Generales del Estado para ese ejercicio), Ley 14/2000, de 29 de diciembre, artículo 2º. Seis. El párrafo primero del apartado 2 del artículo 110 de la LIS dice así:

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

Las normas de los territorios de régimen foral se han ido adaptando exactamente a las modificaciones de la ley estatal <sup>2</sup>.

A diferencia de la originaria <sup>3</sup>, la nueva redacción incluye una mención de los «motivos económicos válidos» de las operaciones, si bien en unos términos que difieren de los de la Directiva y que han ocasionado importantes problemas de interpretación, los cuales se vienen a añadir a los que

<sup>1</sup> En ausencia de una norma interna que establezca la presunción, tal como sucedía en el Derecho español hasta la última reforma del correspondiente precepto, es discutible la posibilidad de hacer uso de ella. La Dirección General de Tributos venía considerando que la ausencia de motivos económicos válidos constituía un «criterio interpretativo» respecto de la existencia de «fraude o evasión». Contra esta tesis, LÓPEZ TELLO, J., «La cláusula antiabuso del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores», *Boletín del I.C. de Abogados de Madrid*, 3ª época, núm. 16, pp. 245 ss. (257 ss.). Desde luego, en ausencia de una norma no puede existir una presunción *legal*. Sin embargo, la ausencia de motivos económicos válidos podría utilizarse como indicio (presunción de hecho u *hominis*) de la intención de eludir el impuesto.

<sup>2</sup> Cfr. art. 104 de las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades 24/1996, de 5 de julio, modificada por la 15/2001, de 10 de julio (Álava); 7/1996, de 4 de julio, modificada por la 24/2001, de 10 de julio (Guipúzcoa); y 3/1996, de 26 de junio, modificada por la 5/2001, de 2 de julio (Vizcaya). Para Navarra la Ley Foral del Impuesto sobre Sociedades 24/1996, de 30 de diciembre, modificada por la 3/2002, de 14 de marzo.

<sup>3</sup> La redacción originaria del artículo 110.2 LIS era la siguiente:  
«Cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo 97 de esta Ley, se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen establecido en el presente Capítulo y se procederá por la Administración Tributaria a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos».  
Tampoco la primera transposición de la Directiva por la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, incluía en la norma contra el fraude (art. 16.2) referencia alguna a los «motivos económicos válidos» de las operaciones. Su texto era el siguiente:  
«Cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo 1º, se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen tributario establecido en el presente Título y se procederá por la Administración a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos, con las correspondientes sanciones e intereses de demora».

de por sí originan los empleados por la norma comunitaria. Por una parte, la ausencia de «motivos económicos válidos» no se formula como una presunción de que la operación se realizó con el objetivo de «fraude o evasión fiscal»; por otra, se contrapone a dichos motivos válidos «la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal». Esto último, que no figura en el texto de la Directiva, lo ha tomado el legislador de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 1997 dictada en el caso *Leur-Bloem* (asunto C-28/95), que más adelante examinaremos.

La norma española sigue fielmente el texto de la versión en castellano de la Directiva en cuanto éste describe el objetivo que, si es el principal o uno de los principales de la operación, permite a los Estados miembros negar la aplicación del régimen especial como «el fraude o la evasión fiscal». Las mismas expresiones, posiblemente tomadas directamente de la versión francesa de la Directiva (*la fraude ou l'évasion fiscales*), se utiliza en italiano (*la frode o l'evasione fiscale*). Mientras que el significado de «fraude fiscal» es bastante claro: violación directa de las normas tributarias o infracción tributaria, no lo es el de «evasión», que, según un uso bastante extendido en España, no se contrapone a «fraude»<sup>4</sup> sino a «elusión»<sup>5</sup>, entendido este último término en un sentido equivalente a «fraude a la ley tributaria».

Confirma la interpretación anterior el texto de la versión en lengua inglesa de la Directiva, que utiliza la expresión *tax evasion or tax avoidance*. La segunda equivale con suficiente precisión al «fraude a la ley tributaria». La versión alemana emplea términos de significado equivalente: *Steuerhinterziehung* (defraudación tributaria) y *Steuerumgehung* (fraude a la ley tributaria).

Las diferencias de terminología son la manifestación de disparidades más profundas en cuanto a la actitud de los ordenamientos y culturas jurídicas de los distintos Estados miembros frente a las diversas conductas de los contribuyentes encaminadas a sustraerse a la aplicación de las leyes tributarias, en especial las consistentes en eludir la letra de la ley utilizando vías indirectas más o menos artificiales, que en España tienen su tratamiento especialmente a través de los que el maestro Federico DE CASTRO denominó «negocios jurídicos anómalos»<sup>6</sup>, en particular el negocio en fraude a la ley y el indirecto y el simulado.

<sup>4</sup> CALDERÓN CARRERO, J.M., «Aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal», en GARCÍA NOVOA, C. y LÓPEZ DÍAZ, A. (coords.), *Temas de Derecho Penal Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 193 ss. (196 s.), señala que el Informe Ruding decidió no emplear el término «evasión» por ser confuso y observa que en inglés *tax evasion* implica actividades ilegales, pero generalmente de menor gravedad que el *tax fraud*. En opinión de este autor, ambos conceptos estarían comprendidos en la expresión «fraude tributario o defraudación».

<sup>5</sup> En la doctrina italiana afirma PISTONE, P., «Uguaglianza, discriminazione a rovescio e normativa antiabuso in ambito comunitario», *Diritto e pratica tributaria*, 1998, III, pp. 581 ss. (610 s.), que los términos «fraude» y «evasión» son el resultado de una traducción claramente errónea del francés como lengua de trabajo y en la normativa comunitaria hay que entenderlos como sinónimos de evasión (*fraude fiscale*) y elusión (*évasion fiscale*). Se adhiere a esta opinión MENÉNDEZ GARCÍA, G., «Realización de operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria y canje de valores "con fines de fraude o evasión fiscal": cláusula antiabuso comunitaria y artículo 110.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, 2000, vol. II, pp. 2173 ss. (2175, n. 3), que piensa que los términos más cercanos a los empleados en las versiones inglesa y francesa son los de «evasión fiscal» y «elusión fiscal».

<sup>6</sup> CASTRO, F. de, *El negocio jurídico*, 1971, reimpr. en Civitas, Madrid, 1991, Parte V.

Tales discrepancias podrían dar como resultado una aplicación desigual de la Directiva en los distintos Estados miembros de no adoptarse una interpretación común de la norma anti-abuso de la Directiva. Según la opinión unánime de los comentaristas, ésta no concede a los Estados miembros una facultad ilimitada para aplicar sus propias disposiciones internas en esta materia <sup>7</sup>. En última instancia compete al Tribunal de Justicia de las Comunidades la interpretación de los términos empleados en la Directiva <sup>8</sup>. Supuestas las anteriores restricciones, no habría sido necesaria, en nuestra opinión, la transposición de la disposición anti-elusión de la Directiva mediante una norma especial. El artículo 24 de la Ley General Tributaria, operando dentro de los límites impuestos por el Derecho comunitario, habría cumplido perfectamente esta función.

Es llamativo el contraste entre la cláusula anti-abuso de la Directiva de fusiones y la de la Directiva matriz-filial <sup>9</sup>. La de la segunda, que se contiene en el artículo 1.2 remite a la legislación nacional de los Estados miembros al disponer que «la presente Directiva no será obstáculo para la aplicación de las disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes o abusos». Los términos empleados en las distintas lenguas son más homogéneos: *fraud or abuse*, *fraude et abus*. Sin embargo, los comentaristas rechazan que la norma transcrita conceda a los Estados una facultad discrecional para dictar las disposiciones internas anti-abuso que consideren adecuadas y señalan la distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, como son los de «fraude» y «abuso» <sup>10</sup>.

## 2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

El TJCE ha tratado en sendas sentencias cuestiones relativas a la aplicación de las cláusulas anti-abuso de las dos Directivas en materia de impuestos directos, la Directiva de fusiones y la Directiva matriz-filial.

<sup>7</sup> En opinión de HOENJET, F., «The Leur-Bloem judgement: the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger Directive», *EC Tax Review*, 1997-4, pp. 206 ss. (212), la sentencia *Leur-Bloem* acepta esta doctrina. Según KNOBBE-KEUK, «The EC corporate tax directives – antiabuse provisions, direct effect, German implementation law», *Intertax*, 1992/8-9, pp. 485 ss. (493), «la directiva de fusiones no permite a los Estados miembros rehusar los beneficios de la directiva de fusiones en vista de sus normas internas anti-abuso». En la doctrina española MENÉNDEZ, op. cit. (nota 5), p. 2176 cita también la sentencia *Leur-Bloem* en el sentido de que los Estados miembros sólo pueden denegar la aplicación de las ventajas fiscales previstas en la Directiva en los términos previstos en el artículo 11.1 de ésta.

<sup>8</sup> Observa, sin embargo, WEBER, D., «A closer look at the anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive», *EC Tax Review*, 1996-2, pp. 63 ss. (64), que «es improbable que la definición de abuso se desarrolle de manera que el Tribunal Europeo proporcione una única definición de abuso (...). El Tribunal Europeo tendrá que formular los criterios básicos a los que tiene que ajustarse la operación. Los jueces nacionales tendrán que mantenerse dentro de los límites de la *doctrina del abuso* formulada por el Tribunal Europeo, fijando así el margen de discrecionalidad de los Estados miembros».

<sup>9</sup> Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

<sup>10</sup> Cfr. WEBER, D., «The first step of the ECJ concerning an abuse-doctrine in the field of harmonized direct taxes», *EC Tax Review*, 1997/1, pp. 22 ss. (24). También FARMER, P., «National Anti-Abuse Clauses and Distortion of the Single Market: Comments on Prof. Rädler's Article», *European Taxation*, 1994, p. 314. Sobre la distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados sigue siendo fundamental en la doctrina española la obra de SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.

Siguiendo el orden cronológico, la primera de tales sentencias es la dictada en el caso *Denkavit*<sup>11</sup>. En lo que aquí nos concierne, la norma de la Directiva cuya interpretación se discutía era el apartado 2 del artículo 3, que autoriza a los Estados miembros a no aplicar la Directiva a las sociedades que no conserven durante un periodo ininterrumpido de por lo menos dos años una participación que dé derecho a la calidad de sociedad matriz. La norma citada tiene la finalidad de impedir una forma concreta de abuso de la Directiva, consistente en «la adquisición de participaciones en el capital de sociedades con el único fin de beneficiarse de las ventajas fiscales previstas, y sin que tales participaciones vayan a ser duraderas» (párrafo 31 de la sentencia). La cuestión debatida era si dicho periodo, que la legislación alemana fijaba en doce meses, tenía que haberse cumplido, como exigía dicha legislación, en el momento de la distribución de los beneficios por la filial –en el caso de la sentencia sociedades residentes en Alemania dependientes de matrices holandesas– o podía terminar de cumplirse después de la distribución.

La sentencia<sup>12</sup> declara que en vista del objetivo de la Directiva, consistente en «eliminar, mediante el establecimiento de un régimen común, la penalización de la cooperación entre sociedades de Estados miembros diferentes con relación a la cooperación entre sociedades de un mismo Estado miembro, para facilitar así la cooperación transfronteriza» (párrafo 22), «los Estados miembros no pueden instaurar unilateralmente medidas restrictivas, como la exigencia, en el caso de autos, de que haya transcurrido un periodo mínimo de participación en el momento de la distribución de los beneficios en relación con los cuales se solicite la ventaja fiscal» (párrafo 26). Y añade lo siguiente (párrafo 27):

«Del mismo modo, procede subrayar que la facultad de los Estados miembros de prever un periodo mínimo durante el cual la sociedad matriz deberá poseer una participación en la filial, al constituir una excepción al principio de exención de la retención en la fuente que prevé el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva, debe ser objeto de interpretación estricta. Por lo tanto, la referida facultad no podrá ser objeto, en detrimento de las empresas beneficiarias, de una interpretación que vaya más allá de los propios términos del apartado 2 del artículo 3».

La sentencia relativa a la cláusula anti-abuso de la Directiva de fusiones es la recaída en el caso *Leur-Bloem*<sup>13</sup>. La Sra. Leur-Bloem, único socio de dos sociedades, se propuso adquirir la totalidad del capital de una tercera sociedad mediante el canje de las acciones de ésta por las de las dos primeras. El resultado de la operación sería una estructura societaria en la que la Sra. Leur-Bloem sería socio único de la sociedad holding y, a través de ésta, de las dos sociedades anteriores, estructura que le permitiría la compensación de las pérdidas de éstas. El inspector se opuso a la exención

<sup>11</sup> Sentencia de 17 de octubre de 1996, *Denkavit-Vitic-Vormeer*, asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94.

<sup>12</sup> Para un análisis de las consecuencias de la sentencia *Denkavit* en el Derecho español, véase el comentario a la sentencia en CAAMAÑO, M.A./CALDERÓN, J.M./MARTÍN, A.J., *Jurisprudencia Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, t. II, La Ley, Madrid, 2000, pp. 436 ss.

<sup>13</sup> Sentencia de 17 de julio de 1997, *A. Leur-Bloem c. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, asunto C-28/95.

de la plusvalía realizada en el canje basándose en una ley holandesa que, tanto para las operaciones puramente internas como para las que afectasen a sociedades de otro Estado miembro de la Unión Europea, exigía para la calificación como fusión que la finalidad de la operación fuese «integrar, desde el punto de vista económico y financiero, la actividad empresarial de la sociedad adquirente y la de la otra sociedad en una misma entidad de forma duradera». En el caso de la sentencia, el asunto se situaba en el ámbito interno de los Países Bajos, por lo que la primera cuestión que se planteaba al TJCE era la de su propia competencia, que resolvió en sentido afirmativo con el argumento de que «cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en el Derecho comunitario, con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones de nacionales propios o, como sucede en el procedimiento principal, de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse» (párrafo 32).

En cuanto al fondo, el tribunal de Ámsterdam preguntaba al de Luxemburgo en resumen si, en vista de las características de la operación proyectada por la Sra. Leur-Bloem, ésta entraba en la definición de canje de acciones de la letra d) del artículo 2 de la Directiva y además si «constituye un motivo económico válido para el canje de acciones, en el sentido del artículo 11 de la Directiva, el hecho de que dicho canje se efectúe para lograr una compensación horizontal de pérdidas entre las sociedades participantes en el marco de una entidad fiscal en el sentido del artículo 15 de la [Ley del Impuesto sobre Sociedades holandesa]». La doctrina formulada por el TJCE puede sintetizarse en los siguientes puntos:

- a) «[D]e la letra d) del artículo 2 y del sistema general de la Directiva 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 éstos financieros, económicos o puramente fiscales» (párrafo 36). Del artículo 2 «así como de la letra a) del apartado 1 del artículo 11 se deduce que los Estados miembros «deben conceder las ventajas fiscales previstas por la Directiva a [las operaciones a las que el régimen es aplicable] a menos que estas operaciones tengan como objetivo principal o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal» (párrafo 40). El TJCE recalca este principio: «El único supuesto en que los Estados miembros pueden denegar la aplicación de la Directiva, según su artículo 11 y según su último considerando, es cuando la operación contemplada tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal» (párrafo 45). Funda el TJCE esta interpretación (en el párrafo de la sentencia últimamente citado) en la finalidad de la Directiva, declarada en los considerandos de su preámbulo, que se resume en la eliminación de los obstáculos fiscales a la adaptación de las empresas al mercado común, al aumento de su productividad y al reforzamiento de su posición en la competencia internacional.
- b) Para comprobar si la operación contemplada persigue un objetivo de fraude o evasión fiscal «las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de la



misma», el cual «debe ser susceptible de control jurisdiccional» (párrafo 41). Por consiguiente, en el caso concreto de la sentencia, la norma anti-abuso de la Directiva no presta cobertura a los requisitos impuestos por la norma holandesa, como el carácter duradero de la integración.

- c) Compete a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para la aplicación de la presunción prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 11, «respetando el principio de proporcionalidad» (párrafo 43). «No obstante, el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones [...] tanto si se ha producido efectivamente la evasión o el fraude fiscal como si no, excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva. Lo mismo sucedería si una norma de este tipo incluyera una mera posibilidad de excepción cuya aplicación por parte de la autoridad administrativa fuera facultativa» (párrafo 44).
- d) «Del tenor y de los objetivos del artículo 11 así como los de la Directiva se deduce 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 en el sentido de este artículo» (párrafo 47).

Algunos comentaristas de la sentencia *Leur-Bloem* advierten una continuidad con la doctrina de la sentencia *Denkavit* acerca de la interpretación restrictiva de las cláusulas anti-abuso de las Directivas<sup>14</sup>. Otros creen ver incluso en ambas sentencias una posición favorable a la interpretación literal de dichas cláusulas<sup>15</sup>, que en nuestra opinión no es en absoluto clara. Lo que sí está expreso, como hemos visto, en la sentencia *Leur-Bloem*, y destacan algunos autores<sup>16</sup>, es la invocación del principio de proporcionalidad: las medidas contra el fraude no pueden ir más lejos de lo requerido por la realización de los fines de la Directiva<sup>17</sup>.

Por lo demás, tiene un interés primordial para los fines del presente trabajo la interpretación que hace el TJCE del concepto de «motivos económicos válidos» como elemento de la presunción de «fraude o evasión fiscal» que prevé la Directiva. Que la raíz de esta presunción se encuentra en la doctrina del *business purpose* del Derecho tributario norteamericano es algo que no ha escapado

<sup>14</sup> Así GÓMEZ VERDESOTO, M., «Concepto comunitario de fraude o evasión fiscal en relación con las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores. (A propósito de la STJCE de 17 de julio de 1997)», *Impuestos*, 1999, I, pp. 1047 ss. (1052).

<sup>15</sup> HOENJET, op. cit. (nota 7), p. 212.

<sup>16</sup> CALDERÓN CARRERO, op. cit. (nota 4), nota 29, p. 202, con alusión a la sentencia del caso *Futura Participations*; PISTONE, op. cit. (nota 4), p. 612; AFSCHRIFT, T., «Las directivas de armonización de los impuestos directos y sus medidas anti-evasión fiscal», *Noticias de la UE*, núm. 208 (2002), pp. 9 ss. (15). Con anterioridad a la sentencia *Leur-Bloem*, FARMER, op. cit. (nota 10).

<sup>17</sup> Sobre el principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario, cfr. Díez-Hochleitner, J./Martínez Capdevila, C., *Derecho de la Unión Europea. Textos y comentarios*, McGraw-Hill, Madrid, 2001, en nota al artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, cuyo párrafo 3º consagra dicho principio, p. 69.

a los comentaristas de la Directiva <sup>18</sup>. Por consiguiente, un examen del contenido de esta doctrina puede arrojar alguna luz sobre el alcance de su utilización en la norma comunitaria y en las normas nacionales que la transponen.

### 3. LA DOCTRINA DEL *BUSINESS PURPOSE*

La doctrina del *business purpose*, expresión que puede traducirse como «finalidad de negocios», «objetivo comercial» u otras semejantes, es una creación de la jurisprudencia norteamericana destinada a combatir la elusión fiscal (*tax avoidance*). Forma parte de un conjunto de doctrinas utilizadas por los tribunales de los Estados Unidos con esa finalidad, en el que se integran <sup>19</sup> además la figura del *sham*, la doctrina de las *step transactions* y el principio *substance over form*. La primera equivale en líneas generales a nuestra simulación <sup>20</sup>; la segunda postula la consideración unitaria en determinados casos de operaciones o negocios formalmente independientes. El tercero es un principio interpretativo de alcance muy general, no limitado a la aplicación del Derecho tributario <sup>21</sup>, según el cual la «sustancia» de los actos o negocios prevalece sobre su forma. Naturalmente determinar cuál es esa sustancia se presta a numerosas discusiones. Este principio guarda una obvia relación con las doctrinas tributaristas de la consideración económica <sup>22</sup>.

Existen diversas opiniones acerca de si estas doctrinas son distintas manifestaciones de una doctrina más general, que para algunos autores sería el principio *substance over form* <sup>23</sup>,

<sup>18</sup> MENÉNDEZ, op. cit. (nota 5), p. 2177; PISTONE, op. cit. (nota 5), p. 613; VALENTE, P., «L'elusione nelle operazioni di riorganizzazione societaria: problemi esegetici dell'art. 10, Legge 408/1990 e confronto con sperienze straniere», *Riv. di diritto finanziario e scienza delle finanze*, I, pp. 115 ss. (129); GÓMEZ VERDESOTO, op. cit. (nota 13), p.1053; DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A., «El artículo 110.2 de la Ley 43/1995: análisis y propuesta de reforma», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 55 (2001), pp. 21 ss. (54). GÓMEZ VERDESOTO, ibíd., se adhiere a la opinión de RÄDLER, A.J./LAUSTERER, M./BLUMENBERG, J., «Tax abuse and EC law», *EC Tax Review*, 1997/2, pp. 86 ss. (99), según la cual la referencia de la Directiva a los «motivos económicos válidos» introduce un elemento subjetivo en el concepto de «fraude o evasión» (*tax evasion or tax avoidance*), cosa que constituiría una excepción frente al concepto comunitario de abuso de carácter objetivo. Por el contrario, a juicio de PISTONE, op. cit., p. 614, el concepto de motivo económico válido tiene un significado exclusivamente objetivo. En nuestra opinión, la cuestión es intrascendente, al igual que la que análogamente se plantea con relación al concepto de fraude a la ley en general, pues, aunque se acepte su validez, este elemento subjetivo tendrá que manifestarse a través de características objetivas de la operación.

<sup>19</sup> Esta relación de doctrinas es común en la doctrina anglosajona; cfr., por ejemplo, TILEY, J., «Judicial Anti-avoidance Doctrines: The US Alternatives», *British Tax Review*, 1987, pp. 180 y 220 (195 ss.).

<sup>20</sup> Cfr. WARD, D.A. *et al.*, «The Business Purpose Test and Abuse of Rights», *British Tax Review*, 1985, pp. 68 ss. (69) [= *Diritto e pratica tributaria*, 1985, I, pp. 1224 ss. (1226)].

<sup>21</sup> Véase ATIYAH, P.S./SUMMERS, R.S., *Form and Substance in Anglo-american Law*, Clarendon Press- Oxford, 1987, *passim*.

<sup>22</sup> Señala esta relación respecto de la *wirtschaftliche Betrachtungsweise* alemana KLEER, M. de, «Towards a European Anti-Abuse Doctrine in Direct Taxation?», *Intertax*, 1996/4, pp. 137 ss. (140).

<sup>23</sup> TILEY se lo plantea en un artículo posterior: TILEY, J./JENSEN, E., «The Control of Avoidance: The United States Experience», *British Tax Review*, 1998, pp. 161 ss. (168), contestándose, con un pragmatismo característicamente británico, que, si bien la identificación de la doctrina común podría servir para hallar un fundamento para los principios que se derivan de sus distintas manifestaciones, ello no contribuiría a entender la aplicación más bien selectiva de éstas.

mientras que para otros lo sería precisamente la doctrina del *business purpose* <sup>24</sup>. Nos parece más acertada la primera opinión.

El origen de la doctrina del *business purpose* se sitúa unánimemente <sup>25</sup> en la famosa sentencia *Helvering v. Gregory* <sup>26</sup> dictada en 1934 por el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito federal, cuyo ponente fue el juez Learned Hand, uno de los jueces más ilustres de la historia de los Estados Unidos <sup>27</sup>. Los hechos del caso eran los siguientes: La señora Evelyn F. Gregory era el único socio de la corporación A entre cuyos activos figuraban acciones de otra sociedad B, que aquélla se proponía adquirir para enajenarlas en su propio beneficio. La entrega de las acciones por A hubiera constituido un dividendo gravado. Para evitarlo constituyó, por medio de una «reorganización» (que de acuerdo con el Derecho español actual encajaría, en principio, en la figura de la escisión), una nueva sociedad C, a la que A aporta las acciones recibiendo la señora Gregory las acciones de C. A los seis días de su constitución se disuelve C y en la liquidación se entregan a la señora Gregory las acciones de B. En opinión de la señora Gregory, la entrega de las acciones de C no daba origen a una renta, según las normas entonces en vigor, por haberse realizado dentro de un «plan de reorganización». Por la recepción de las acciones de B, la señora Gregory declaró como renta la diferencia entre su valor y su coste, calculado en la parte proporcional del coste de las acciones de A. El señor Helvering, Commissioner of Internal Revenue, sostuvo la tesis de que la transmisión de las acciones de B a C no era una auténtica «reorganización» a efectos del Derecho vigente y que todas las operaciones se reducían a la distribución por A de un dividendo en especie de las acciones de B. El Board of Tax Appeals consideró, por el contrario, que las operaciones habían sido reales y, por tanto, su propósito era irrelevante. Helvering apeló al Tribunal.

<sup>24</sup> Según WARD *et al.*, op. cit. (nota 20), p. 70, «en los países de "common law" el *business purpose test* se ha manifestado bajo diferentes etiquetas, incluida la doctrina de la *step transaction*, el principio de que la substancia prevalece sobre la forma, el concepto amplio de *sham* y la doctrina de la recalificación». Y más adelante (pp. 104 s.) «sugieren» que en los Estados Unidos «el *business purpose test* está en la base de las distintas técnicas judiciales, tales como las doctrinas del *sham*, la *step transaction doctrine*, la doctrina según la cual la substancia prevalece sobre la forma y la doctrina de la recalificación».

<sup>25</sup> Cfr. SPEAR, H.M., «"Corporate Business Purpose" In Reorganization», *Tax Law Review*, vol. 3, 1947, pp. 225 ss. (233); TILEY, op. cit. (nota 19), p. 220; The Institute for Fiscal Studies, *Tax Avoidance. A Report by the Tax Law Review Committee*; Londres, 1997, p. 27, nota 44.

<sup>26</sup> La cita es: 69 F.2d 809. Dice CHIRELSTEIN, M.A., antiguo profesor de la Yale Law School, especialista en la imposición sobre la renta, en un estudio sobre la aportación del juez Learned Hand a la doctrina sobre la *tax avoidance*, que esta sentencia «que estableció su preeminencia como juez fiscal, fue un acontecimiento destacado en la historia de la administración fiscal en este país y figura aún entre las decisiones más significativas y mejor recordadas en esta materia» [«Learned Hand's Contribution to the Law of Tax Avoidance», *The Yale Law Journal*, vol. 77, 1968, pp. 440 ss. (441)]. Según GUNN, A., «Tax Avoidance», *Michigan Law Review*, vol. 76, 1978, pp. 733 ss. (736), *Gregory v. Helvering* es el «leading "anti-tax-avoidance" case».

<sup>27</sup> Existe una interesantísima biografía del juez Learned Hand (1872-1961) escrita por el constitucionalista norteamericano Gerald GUNTHER: *Learned Hand. The Man and the Judge*, Knopf, N. York, 1994, en cuyo prólogo (p. X) cuenta el juez del Tribunal Supremo Lewis F. Powell, Jr. que, habiéndosele preguntado al juez Benjamín Cardozo cuál de sus colegas del Tribunal Supremo era el más grande jurista americano vivo, éste contestó: «El más grande de los juristas americanos vivos no está en el Tribunal Supremo». Aludiendo a ello la prensa de la época se refería a él como el «décimo juez [del Tribunal Supremo]».

Éste comienza por asentar un principio reiterado innumerables veces por la jurisprudencia norteamericana <sup>28</sup>: «cualquiera puede ordenar sus negocios de manera que sus impuestos sean lo más bajos posible; no está obligado a elegir el esquema que más convenga al Tesoro; no existe siquiera un deber patriótico de incrementar los propios impuestos. Por consiguiente, si lo que aquí se hizo era lo previsto en [la norma que define la reorganización], es irrelevante que se tratase de un esquema elaborado para librarse de impuestos sobre la renta, como ciertamente era». Pero añade a continuación:

«Sin embargo, no se sigue de aquí que el Congreso tuviese la intención de incluir esa operación, incluso aunque los hechos correspondiesen a las definiciones de diccionario de cada uno de los términos utilizados en la definición legal [...]; el significado de una frase puede ser más que el de las palabras por separado, lo mismo que una melodía es más que las notas [...].»

Sentado este principio contrario a la interpretación literal, la sentencia expone la finalidad de la norma legal en cuestión:

«La finalidad de la sección [de la ley] es suficientemente clara: las personas que realizan actividades empresariales –industriales, comerciales, financieras o de cualquier otra clase– pueden querer consolidar o dividir, para añadir a sus participaciones o restar de ellas. Se considera que estas operaciones no "realizan" ningún beneficio porque se hallan presentes intereses colectivos. Pero está claro el presupuesto subyacente de que el reajuste se lleve a cabo por razones afines a la empresa de que se trate, no como un incidente efímero, extraño a su gestión. Esquivar los impuestos de los accionistas no es una de las operaciones contempladas como "reorganizaciones" societarias».

El Tribunal rechaza la tesis del Comisionado, que negaba validez a las operaciones y existencia a la sociedad intermedia C: «Todos estos pasos eran reales, su único defecto es que no eran lo que la ley entiende como una "reorganización", porque las operaciones no eran parte de la gestión de los negocios de cada compañía o de ambas; vistos así eran una simulación (*sham*), aunque todas las actuaciones tuvieron su efecto».

La sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo, que ratificó plenamente la doctrina del Tribunal *a quo* en el asunto *Gregory v. Helvering* <sup>29</sup>. El motivo de eludir impuestos no es relevante; lo decisivo es que se trataba:

<sup>28</sup> BITTKER, B.I., «What is "Business Purpose" in Reorganizations?», *Proceedings of New York University Eighth Annual Institute on Federal Taxation*, 1950, pp. 134 ss. (137), califica irónicamente a esta afirmación, que, como hemos visto hace también el TJCE en la sentencia *Leur-Bloem*, de «sedante» (*bromide*, literalmente «bromuro») y cita la opinión de MAGILL para él es una máxima «perfectamente cierta, perfectamente general y perfectamente carente de significado».

<sup>29</sup> 293 U.S. 465.

«simplemente de una operación carente de finalidad de negocios o societaria (*business or corporate purpose*) –un mero artificio que se revistió de la forma de reorganización societaria como disfraz para ocultar su verdadero carácter, y cuyo único objeto y actuación fue la realización de un plan preconcebido, no para reorganizar un negocio o parte de un negocio, sino para transmitir un paquete de acciones a la recurrente. Sin duda se creó una nueva y válida corporación; pero ésta no era más que un artificio para el fin descrito. No se creó para otro fin; como estaba previsto desde el comienzo, no realizó ninguna otra función. Cuando tal limitada función se cumplió, fue inmediatamente extinguida.

[...] Toda la actividad, aunque se llevó a cabo con arreglo a las características de una [escisión] era en realidad una forma elaborada y tortuosa de transmisión disfrazada de reorganización societaria, y nada más. La regla que impide tomar en cuenta el motivo de elusión fiscal no es pertinente a la situación, porque la operación en sí misma queda fuera de la clara intención de la ley. Sostener lo contrario sería exaltar el artificio sobre la realidad y privar a la norma legal en cuestión de toda finalidad seria».

Leyendo las sentencias anteriores desde la perspectiva de la doctrina española, llama la atención, por una parte, la proximidad de sus planteamientos con la dogmática del fraude a la ley: los negocios u operaciones se realizaron efectivamente, pero no están amparados por la norma a la que pretenden acogerse (que nosotros llamamos «norma de cobertura»). Las operaciones se caracterizan por su artificiosidad, pero el motivo, incluso el de elusión fiscal, es irrelevante; se trata, pues, de una concepción objetiva. Esto es considerado como un aspecto esencial del pensamiento del juez Learned Hand<sup>30</sup>. Comentando el caso *Helvering v. Gregory*, Peter Millett, juez británico muy abierto al pensamiento jurídico norteamericano en materia de lucha contra la «tax avoidance», frente a la tendencia dominante en el Reino Unido, al menos hasta tiempos recientes, señalaba la importancia de la distinción entre «fin» (*purpose*) y «motivo» (*motive*): éste es «la razón por la cual», aquél la «meta» o «finalidad a la vista». Lo que fue fatal para el contribuyente en el caso *Gregory*, afirma este autor, no fue el motivo de eludir el impuesto; lo que fue fatal fue la ausencia de toda finalidad de negocios, es decir, no fiscal. «Si se desconoce el elemento fiscal –dice– la operación carece de sentido»<sup>31</sup>. La distinción también nos es familiar a los juristas continentales a través de la contraposición entre «causa» y «motivos». La sede dogmática de la cuestión del fraude a la ley reside en la causa: un negocio *in fraudem legis* es un negocio utilizado para un fin distinto del que corresponde a su causa.

<sup>30</sup> CHIRELSTEIN, op. cit. (nota 26), p. 456, transcribe en este sentido el siguiente pasaje, frecuentemente citado también por otros autores, de otra sentencia de Hand:

«Una y otra vez los tribunales han dicho que no hay nada siniestro en disponer los propios negocios de manera que los impuestos se mantengan lo más bajos posible. Todos lo hacen, ricos o pobres; y todos hacen bien, porque nadie tiene un deber público de pagar más de lo que exige la ley: los impuestos son exacciones forzosas, no contribuciones voluntarias. Pedir más en nombre de la moral son meras palabras pías».

<sup>31</sup> MILLETT, P., «Artificial Tax Avoidance. The English and American Approach», *British Tax Review*, 1986, pp. 327 ss. (330 s.). Cfr. POPKIN, W.D., «Judicial Anti-Tax Avoidance Doctrine in England: A United States Perspective», *British Tax Review*, 1991, pp. 283 ss. (297). Este artículo contiene un interesante análisis de la posición británica ante la «tax avoidance» y su evolución, así como de las causas de las diferencias entre las doctrinas británica y norteamericana. En un plano más general, véase la obra citada (nota 21) de ATIYAH y SUMMERS.

Es interesante también en las sentencias del caso *Gregory* el acercamiento, casi hasta su confusión, entre el supuesto que justifica la negación de las ventajas fiscales pretendidas por el contribuyente y la figura del *sham*, para la cual hemos aceptado la equiparación con la simulación<sup>32</sup>. Desde una posición contraria a la doctrina contra la *tax avoidance* establecida en la sentencia del Tribunal de Apelación, se afirma que la simulación es su verdadero fundamento y que el Tribunal Supremo trató de traer el supuesto al ámbito de los casos de *sham*<sup>33</sup>. Se observa, por otra parte, que, si bien los «casos sobre forma y substancia» han ido bastante más allá del simple intento de distinguir las operaciones auténticas de las simuladas, «donde ha sido posible los Tribunales todavía tratan de configurar las operaciones que juzgan desfavorablemente como simulaciones, antes de sepultarlas bajo pronunciamientos de más amplio alcance»<sup>34</sup>. En pronunciamientos posteriores, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos limitó, en opinión de algunos autores, el alcance de la doctrina del caso *Gregory* a los supuestos de simulación<sup>35</sup>.

En general, tanto los Tribunales como los comentaristas –y entre éstos no sólo aquellos que por razones que pudiéramos llamar filosófico-jurídicas, es decir, que reflejan concepciones fundamentales sobre el Derecho en general y su aplicación, son contrarios a las doctrinas elaboradas para combatir la *tax avoidance*<sup>36</sup>–, han tratado de poner límites a la doctrina del *business purpose*.

Así, en otra sentencia también redactada por el juez Learned Hand un año después de *Helvering v. Gregory*, en el caso *Chisholm v. Commissioner of Internal Revenue*<sup>37</sup> el Tribunal de Apelación reconoció la existencia a efectos fiscales de una sociedad personalista (*partnership*) creada por dos hermanos para gestionar la participación de éstos en una corporación. El problema se planteaba porque la sociedad personalista había sido constituida después de que los hermanos hubiesen entrado en negociaciones para vender la participación a un tercero, y la intermediación del *partnership* permitiría un ahorro fiscal. Éste no fue disuelto tras la operación. El Comisionado sostenía que la venta se había realizado en realidad por los socios de la sociedad personalista, tesis que apoyaba en *Gregory*

<sup>32</sup> Cfr. BITTKER, op. cit. (nota 28), p. 135, para quien el supuesto al que en primer lugar es aplicable la doctrina *Gregory* es el de las operaciones no destinadas a tener efectos duraderos, que constituyen un «movimiento de papeles sin significado» (*meaningless shuffling of papers*); la clase de actividad –dice– que explica en parte la idea popular del abogado como rábula (*pettifogger*). Añade que la característica de estas operaciones es la «evanescencia». Sin embargo, señala más adelante (pp. 136 s.) la doctrina *Gregory* se aplica también a operaciones que no son simuladas pero se realizan con un fin exclusivamente fiscal y cita el siguiente párrafo del juez Hand en el caso *Commissioner v. Transport Trading & Terminal Corp.* (1949) que, a su juicio, constituye más que una formulación una nueva versión de dicha doctrina: «al interpretar palabras de una ley fiscal que describen operaciones comerciales o industriales tenemos que entender que se refieren a operaciones realizadas por motivos comerciales o industriales y no incluyen operaciones realizadas por el único motivo de eludir la imposición».

<sup>33</sup> ISENBERGH, J., «Musings on Form and Substance in Taxation», *The University of Chicago Law Review*, vol. 49, 1982, pp. 859 ss. (870).

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 877.

<sup>35</sup> SPEAR, op. cit. (nota 25), pp. 235 s.

<sup>36</sup> Además de ISENBERGH y GUNN, ya citados (notas 33 y 26), puede incluirse en este grupo al autor de una nota sin firma titulada irónicamente «State of Mind Analysis in Corporate Taxation» [análisis del estado de ánimo en la imposición sobre sociedades], *Columbia Law Review*, vol. 69, 1969, pp. 1224 ss.

<sup>37</sup> La cita es: 79 F.2d 14. El Tribunal Supremo rehusó conocer de este asunto negándole el *writ of certiorari*.

v. *Helvering*, pero el Tribunal rechaza la aplicación de la doctrina de ésta y recuerda que el Tribunal Supremo «había tenido [en *Gregory v. Helvering*] gran interés en afirmar la doctrina de que el motivo de eludir la imposición no determinaría su obligación [tributaria] si la operación no lo hace por sí misma sin él» y añade que el Tribunal Supremo «nunca, hasta donde llega nuestra información, ha hecho [del propósito de eludir impuestos] la base de la obligación [tributaria], y a menudo ha dicho que no podría serlo». Y más adelante afirma lo siguiente:

«La cuestión es siempre si la operación en cuestión es de hecho lo que por su forma parece ser; un matrimonio puede ser una farsa; un contrato puede tener por finalidad únicamente engañar a otros; un convenio puede estar invalidado por un pacto paralelo. En tales casos la operación en su conjunto es distinta de su apariencia. Ciertamente la intención es siempre lo decisivo, y en esta ocasión no necesitamos insistir en la diferencia entre intención y propósito. Podemos aceptar que el propósito sea la piedra de toque, pero el propósito que cuenta es aquel que frustra o contradice la operación aparente, no el de eludir la imposición, que realizaría la operación aparente, no la operación en su conjunto. En *Gregory v. Helvering* ... los fundadores adoptaron la forma usual de creación de corporaciones; pero su intención, o propósito, era simplemente redactar los documentos, no crear de hecho corporaciones como el tribunal entendía este término. Éste fue el propósito que frustró su exención, no el paralelo de eludir la imposición; éste era jurídicamente neutral. Si hubiesen querido realmente gestionar un negocio mediante las dos sociedades reorganizadas, habría resultado irrelevante cualquier otro fin que hubieran podido tener, sea el de eludir impuestos sea el de regenerar el mundo»

«En el caso en examen el propósito era ciertamente formar una firma duradera que habría de continuar poseyendo el capital conjunto invirtiéndolo y reinvirtiéndolo. La única posible objeción a esto es la suscitada por el *Board [of Tax Appeals]*, a saber, que el negocio así gestionado no era en absoluto un negocio, que era en realidad el antiguo negocio separado de los hermanos gestionado bajo un disfraz, y que ésta era la intención. Nos parece que esto es contrario a las pruebas existentes ...».

La doctrina de *Chisholm* ha sido considerada como una manifestación de una posición restrictiva de Hand frente al desconocimiento de la personalidad jurídica<sup>38</sup>. La falta de «transitoriedad» de la sociedad en este caso parece haber desempeñado un papel importante. En general, la conclusión a la que llega CHIRELSTEIN<sup>39</sup> tras el examen de este y otros casos resueltos por el juez Learned Hand

<sup>38</sup> CHIRELSTEIN, op. cit. (nota 26), p. 447.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 452. En otro lugar (p. 468) se refiere el autor al «constante respeto de Hand por la personalidad jurídica [que] sugiere que no consideraba que el *business purpose test* de un inversor fuese una condición de la personalidad jurídica a efectos de la ley fiscal. Una corporación que realiza negocios, que funciona en un grado superior al nominal, tiene derecho a ser reconocida como un sujeto tributario. [...] Hand insistió desde luego en que una "corporación" tuviese una finalidad no fiscal, y en este sentido el *business purpose* se incluía entre las características identificadoras de la entidad corporativa a efectos fiscales. Pero una vez hecha la identificación nada semejante a un *business purpose test* del inversor podía intervenir para privar a la corporación de su status independiente a efectos de las leyes fiscales».

es que su interpretación de la doctrina *Gregory* «pone más en énfasis en sus limitaciones que en su alcance o amplitud». Ello se pone en relación con el hecho de que en tales casos «el problema de la elusión admisible se le presentaba, al menos en parte, como conectado con la cuestión del reconocimiento o desconocimiento de la personalidad jurídica. Como consecuencia, la exigencia de un propósito negocial (*business purpose*) tan sólo pretendía establecer un modesto umbral de legitimidad, destinado a excluir combinaciones jurídicas transitorias, y poco más. En la concepción de Hand la doctrina del *business purpose* era, pues, en cierto sentido, una afirmación de que la forma controla a la sustancia, pero con la salvedad de que la forma adoptada debía ser funcional en algún aspecto».

Se señala incluso que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha prescindido en ocasiones de toda exigencia de propósito negocial y aplicado literalmente la norma legal. En particular respecto a las reorganizaciones empresariales se afirma que, frente a una opinión generalizada de que la aplicación de las correspondientes disposiciones («Subchapter C» del Internal Revenue Code) exige un alto nivel de *business purpose*, «la realidad es que el propósito negocial requerido para sustentar una reorganización libre de impuestos puede ser muy bajo»<sup>40</sup>.

Se ha afirmado<sup>41</sup> que la idea de negar una ventaja fiscal únicamente por la ausencia de un motivo no fiscal fue expresamente rechazada por el Tribunal Supremo norteamericano en *Gregory v. Helvering*, aunque en nuestra opinión no está tan claro este rechazo expreso<sup>42</sup>. El caso en el que se estaría más cerca de afirmar en términos generales que la ausencia de un motivo no fiscal puede privar al contribuyente de una ventaja fiscal sería *Knetsch v. U.S.*<sup>43</sup>. En sus líneas esenciales la cuestión consistía en la deducibilidad o no del interés de un préstamo al 3,5% con el que el prestatario adquirió bonos de la Deuda Pública al 2,5%, que entregó en garantía del préstamo. La operación solamente tenía sentido financiero si se aceptaba dicha deducibilidad. La sentencia, redactada por William Brennan, uno de los jueces más prestigiosos del Tribunal, califica a la operación de «ficción» y, aplicando de manera sumamente interesante un criterio formulado por el juez Hand en un voto particular en el caso *Gilbert*, al que luego nos referiremos, afirma que «es patente que Knetsch no obtenía nada sustancial de esta operación aparte de una deducción fiscal» y califica el negocio de

<sup>40</sup> NELSON, W.F., «The Limits of Literalism: The Effect of Substance Over Form, Clear Reflection and Business Purpose Considerations On the Proper Interpretation of Subchapter K», *Taxes*, vol. 73, 1995, pp. 641 ss. (645). El Subchapter K mencionado en el título regula el tratamiento fiscal de los *partnerships*. Pone a continuación el ejemplo, aceptado por los Tribunales en varias sentencias, de una situación en la que los socios de una corporación cuyos activos consisten total o principalmente en participaciones en otra corporación y que, por estimar que la existencia de la sociedad holding interpuesta crea ineficacias fiscales, deciden suprimirla mediante una absorción por la sociedad participada. El autor citado comenta que «de este modo una operación motivada primariamente por consideraciones fiscales (eliminar la sociedad holding) puede ser realizada por un medio (una reorganización libre de impuestos) elegido únicamente por razones de elusión impositiva». Otro ejemplo que pone de «operaciones rutinariamente respetadas a pesar de su significativa motivación fiscal y carencia de todo propósito negocial es el leasing a largo plazo [*long-term leveraged lease of long-lived equipment*].

<sup>41</sup> TILEY, op. cit. (nota 19), p. 223.

<sup>42</sup> Estaría en la siguiente frase: «La regla que impide tomar en cuenta el motivo de elusión fiscal no es pertinente a la situación, porque la operación en sí misma queda fuera de la clara intención de la ley». Sin embargo, la razón por la que se considera que la operación no está comprendida en la norma legal es precisamente la ausencia de toda finalidad distinta de la fiscal. Véase más atrás.

<sup>43</sup> La cita es: 364 U.S. 361. El año 1960.



simulación (*sham*). Es interesante señalar que la sentencia tuvo un voto particular suscrito por tres jueces en la línea de una interpretación formalista del concepto de interés: «mientras que la operación en sí misma no sea un "abracadabra" (*hocus-pocus*) parece que los intereses derivados de ella serían deducibles bajo el Internal Revenue Code». En curiosa coincidencia con posturas contrarias a la figura del fraude a la ley tributaria defendidas en nuestro país, afirma el voto particular que «el remedio [para estas situaciones en las que la operación carece de "substancia comercial"] es legislativo». En realidad, no parece que la sentencia del caso *Knetsch* añada mucho de sustancial a la doctrina anterior sobre el *business purpose*. Como hemos visto aparece de nuevo la conexión entre esta doctrina y la idea de simulación, que es uno de sus rasgos más característicos y permanentes.

La sentencia citada por el Tribunal Supremo en *Knetsch* es la del caso *Gilbert v. Commissioner of Internal Revenue*<sup>44</sup>. El problema que en él se planteaba consistía en síntesis en determinar si unas entregas de dinero a una sociedad por socios de ésta eran préstamos, como éstos sostenían, o aportaciones de capital, con las conocidas diferencias que la atribución de una u otra naturaleza entrañaba en el plano fiscal. La mayoría del Tribunal decidió que en vista de los antecedentes de hecho no podía ni confirmar ni rechazar la decisión del Tribunal Fiscal (*Tax Court*), para el cual las entregas de los socios habían sido hechas a título de capital, y devolvió el asunto a éste para nuevas actuaciones instructorias. No es necesario detenernos a hacer aquí una exposición detallada de la argumentación de la mayoría sobre el fondo, por más que ésta tenga un considerable interés en sí misma. No rechaza el Tribunal rotundamente la naturaleza de préstamo de las entregas en cuestión –desde el punto de vista del Derecho privado, diríamos desde nuestras propias categorías dogmáticas<sup>45</sup>–, pero afirma, invocando precisamente *Gregory v. Helvering*, que ésta no es decisiva para la aplicación de la ley fiscal. El voto particular de disenso del juez Learned Hand contiene –se ha dicho<sup>46</sup>– una versión depurada, una síntesis<sup>47</sup>, de su concepción. Su discrepancia se refiere al *test* –es decir, al criterio aplicado para decidir acerca de la aceptación de la operación a efectos fiscales– aplicado por la mayoría, que dice no ver claramente en qué consiste<sup>48</sup>:

«Decir que consiste en si la operación tiene "realidad económica sustancial", o "es en la realidad lo que parece ser por la forma", o es una "simulación" o una "máscara", o "depende de la substancia de la operación", todos ellos me parece que dejan el *test* sin definir, porque no indican los hechos determinantes.

<sup>44</sup> La cita es: 248 F.2d 399. La sentencia es de 1957, ya al final de la vida de Hand; por tanto, la separan 23 años de *Helvering v. Gregory*.

<sup>45</sup> Dice la sentencia (pág. 406) que «el principio [de Gregory] es plenamente aplicable cuando no hay duda de que una operación muy real ha tenido lugar y la cuestión es si la calificación propugnada por el contribuyente concuerda con la realidad económica sustantiva». Y más adelante: «De este modo, "deuda" [*indebtedness*] en el sentido utilizado en la ley fiscal federal puede no tener el mismo significado que la misma palabra empleada en el contexto de las finanzas corporativas».

<sup>46</sup> Páginas 411 y sig. de la sentencia.

<sup>47</sup> Así la califica CHIRELSTEIN, op. cit. (nota 26), pp. 459 ss.

<sup>48</sup> Ya en sentencias anteriores Learned Hand había criticado la vaguedad de algunos de los criterios utilizados en la jurisprudencia: en *Commissioner v. Sansome*, 60 F.2d 931 (*certiorari* denegado) se refirió al criterio de la «forma y la substancia» como «calmantes para el dolor de razonar» (*anodynes for the pains of reasoning*). La cita es de ISENBERGH, op. cit. (nota 33), pp. 879 s.

Yo pondría en su lugar el siguiente, que me parece que evita ese defecto y al mismo tiempo formula adecuadamente la doctrina:

"Cuando los demandantes decidieron hacer sus entregas en forma de préstamos en lugar de aportaciones de capital ¿suponían que la diferencia afectaría de manera apreciable a sus intereses efectivos [*beneficial interests*] en la empresa en un aspecto distinto del fiscal?"

La carga de la prueba de esa suposición recaerá sobre ellos».

Según CHIRELSTEIN, el criterio propuesto por Hand está destinado a resolver las situaciones ambiguas, es decir, las que admiten al menos dos calificaciones distintas. De acuerdo con él dichas situaciones «deben calificarse a favor del Comisionado [de la Administración, diríamos nosotros] a no ser que el contribuyente disipe la ambigüedad mostrando que la forma elegida por él llevaba consigo, o se esperaba que llevase consigo, algún efecto económico apreciable aparte del ahorro fiscal»<sup>49</sup>.

La doctrina del *business purpose* ha sido convertida en Derecho escrito por los Reglamentos del Impuesto sobre la Renta (*Income Tax Regulations*) aprobados por el Departamento del Tesoro. En efecto, la Sección 1.368-1 de dichos Reglamentos define la finalidad y el ámbito de las normas especiales sobre las reorganizaciones y en relación con la primera su apartado (b) establece que dicha finalidad es «exceptuar de la regla general a determinados intercambios específicamente descritos derivados de los *reajustes de las estructuras corporativas* realizados de alguna de las formas determinadas en el Código *requeridos por exigencias de los negocios* y que llevan a cabo únicamente un reajuste de un interés continuado en los bienes bajo formas corporativas modificadas»<sup>50</sup>.

El apartado (c) de la misma Sección después de recordar el requisito de que las operaciones se ajusten a un «plan de reorganización», dispone, con palabras tomadas directamente de *Gregory v. Helvering*, que

«un diseño que suponga una brusca separación del procedimiento normal de reorganización en conexión con una operación sobre la cual es inminente la aplicación de un impuesto, tal como un mero artificio que asume la forma de una reorganización corporativa como disfraz para esconder su verdadera naturaleza, y cuyo objeto y realización es la consumación de un plan preconcebido carente de propósito corporativo o de negocios, no es un plan de reorganización».

La Sección 1.368-2 al definir en su apartado (g) el «plan de reorganización» dispone que «los reajustes comprendidos en los intercambios y distribuciones realizados en ejecución [del plan] tienen que haberse llevado a cabo por razones afines a la continuación del negocio de una corporación

<sup>49</sup> Op. cit., p. 464.

<sup>50</sup> La frase en cursiva dice así en el original inglés: «... such readjustments of corporate structures ... as are required by business exigencies ...».

que sea parte de la reorganización»<sup>51</sup> y que el Código «contempla auténticas reorganizaciones diseñadas con el fin de efectuar un reajuste de intereses persistentes bajo formas corporativas modificadas»<sup>52</sup>.

La doctrina del *business purpose* guarda alguna relación con la conocida con el nombre de *step transactions doctrine*, expresión que podría traducirse como «doctrina de las operaciones complejas» o «compuestas por varios pasos o elementos». Esta doctrina, que tiene también su origen en la jurisprudencia norteamericana, postula que en determinadas circunstancias la operación sea considerada y calificada en su conjunto, en lugar de contemplar por separado sus distintos elementos. Su relación con la del *business purpose* se pone de manifiesto especialmente en su versión más amplia, según la cual es el resultado perseguido por las partes el criterio que permite la integración de los distintos elementos de la operación. Una de las formulaciones de esta idea<sup>53</sup> es que el resultado perseguido debe tener el mismo efecto fiscal tanto si es conseguido directamente como mediante pasos tortuosos. El parentesco con la figura del fraude a la ley es evidente. Es a través de esta doctrina de las operaciones complejas como el *business purpose* pasa al Reino Unido en una serie de sentencias de la década de 1980, que modificaron profundamente la anterior posición de los Tribunales de este país, introduciendo una actitud próxima a la de los Tribunales norteamericanos que fue bautizada con la denominación de «nuevo realismo»<sup>54</sup>.

Tratando de extraer alguna conclusión de la exposición que hemos hecho de la doctrina del *business purpose* en el Derecho anglosajón, podemos decir ante todo que es una doctrina elaborada como instrumento contra la elusión fiscal (*tax avoidance*). En consecuencia, al igual que todas las doctrinas elaboradas con este fin, sin excepción, incluido por supuesto el fraude a la ley, con el que tiene una directa relación, tiene como fundamento último el principio de que la aplicación de la ley tributaria tiene que basarse en la verdadera realidad de las operaciones o negocios realizados. En este

<sup>51</sup> La frase «undertaken for reasons germane to the continuance of the business of a corporation a party to the reorganization» coincide casi literalmente con otra de *Helvering v. Gregory* («undertaken for reasons germane to the conduct of the venture in hand»).

<sup>52</sup> En este párrafo de las *Regulations* aparece otro requisito de las reorganizaciones: el de que exista una «continuidad en la empresa» (*continuity of business enterprise*). La Sección 1.368-1(b) lo formula diciendo que «son requisitos de una reorganización en el sentido del Código la continuidad de la empresa bajo la forma corporativa modificada y [...] la continuidad de interés en ella de las personas que, directa o indirectamente, eran los propietarios de la empresa antes de la reorganización». El origen de este requisito es también judicial e incluso anterior al del *business purpose*; cfr. SPEAR, op. cit. (nota 25), p. 233. Ambos requisitos están en cierto modo relacionados, en la medida en que se estime que la realidad «sustancial» de la reorganización exige que las nuevas estructuras societarias no sean fugaces o meramente transitorias. Sobre la compleja interpretación del requisito de la continuidad empresarial cfr. BITTKER, B.I./EUSTICE, J.S., *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 5ª ed., Warren, Gorham & Lamont, Boston/N. York, 1987, pp. 14-171 ss. El requisito se desarrolla en la Sección 1.368-1(d) de las *Regulations*.

<sup>53</sup> TILEY, op. cit. (nota 19), p. 236.

<sup>54</sup> Cfr. el informe sobre *tax avoidance* del Institute for Fiscal Studies cit. (nota 24), p. 12, párrafos 2.17 ss. La nueva concepción está representada por un trío famoso de casos: *W.T. Ramsay v. I.R.C. (Ramsay)* (1981), *I.R.C. v. Burmah Oil Co. Ltd. (Burmah)* (1982) y, sobre todo, *Furniss v. Dawson (Dawson)* (1984), en el que la nueva corriente alcanza su punto culminante. Las citas pueden encontrarse, además del Informe del IFS, en los siguientes artículos, que tratan de las relaciones entre las doctrinas judiciales británica y norteamericana: MILLETT, op. cit. (nota 31); POPKIN, op. cit. (nota 31), especialmente pp. 294 ss. TILEY, op. cit. (nota 19); WARD, op. cit. (nota 20), pp. 102 ss. [= 1260 ss.].

sentido, los supuestos en los que la doctrina se aplica son aquellos en los que existe simulación (*sham*) o están muy próximos a ella. Dado que los Tribunales de los países de *common law* son ajenos en esta materia a la figura del *fraus legis*, no sienten la necesidad dogmática de deslindar conceptualmente ambas figuras<sup>55</sup>. En todo caso, el propósito (*purpose*) no debe confundirse con los motivos; en particular, el motivo de reducir los impuestos es irrelevante, lo que cuenta es la ausencia de una finalidad que dé sentido a la operación. La distinción recuerda vivamente la doctrina de la causa de la dogmática continental. La doctrina se aplica restrictivamente en los casos de reorganizaciones societarias y en aquellos en los que se trata del reconocimiento de la personalidad jurídica.

#### 4. LAS POSICIONES DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA

La introducción por la Ley 14/2000 de la referencia a los «motivos económicos válidos» en la norma anti-abuso del artículo 110.2 LIS ha dado ocasión a varios estudios doctrinales en los que las posiciones de los autores se dividen en dos grupos principales. Para el primero de ellos, la exigencia de dichos motivos –que, como ya hemos visto, no se formula en la norma interna española, a diferencia de la Directiva 90/434, como una presunción de la existencia de «fraude o evasión fiscal»– configura un nuevo supuesto de exclusión de la aplicación del régimen especial independiente del fraude o evasión. Para el segundo, la aplicación del régimen especial únicamente puede negarse cuando concorra fraude o evasión; la ausencia de «motivos económicos válidos» es, como expresamente dispone la Directiva, una presunción de fraude o evasión, que además admite prueba en contrario.

Es claro, ante todo, que en la medida en que la norma interna española sea contraria a la Directiva no podrá aplicarse a los supuestos comprendidos en ésta, es decir, a las operaciones entre sociedades dos o más Estados miembros (art. 1 de la Directiva). Podrá aplicarse, en cambio, en principio, a las operaciones realizadas entre sociedades españolas o entre éstas y sociedades de terceros países. Hay que tener en cuenta, no obstante, la doctrina de la sentencia *Leur-Bloem* acerca de la competencia del TJCE para interpretar el Derecho comunitario en los casos en los que el legislador ha decidido aplicar las mismas normas de desarrollo de la Directiva a situaciones distintas de las reguladas por ésta, la cual resulta así indirectamente aplicable a tales situaciones.

La primera de estas tesis tiene un precursor en LÓPEZ TELLO<sup>56</sup>, que, bajo la vigencia de la redacción originaria del artículo 110.2 LIS, sostuvo, basándose en los términos utilizados por la versión en lengua inglesa de la Directiva (que, como sabemos, son *tax avoidance* y *tax evasion*), que «la utilización conjunta de ambos términos en lengua inglesa permite amparar bajo la cláusula antiabuso cualquier tipo de minoración en el pago de impuestos que se produzca como consecuencia de

<sup>55</sup> Sobre esta distinción en Derecho tributario español y las causas que la hacen relevante en la práctica, me remito a mi trabajo «Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria», *Crónica Tributaria*, núm. 98, 2001, pp. 127 ss. (133 ss.).

<sup>56</sup> Op. cit. (nota 1), p. 253.

la operación de reestructuración de que se trate, de manera que de dicha utilización conjunta resulta un concepto objetivo, minoración en el pago de impuestos, que hace abstracción del medio, lícito o ilícito, indirecto o culpable, a través del cual se consiga». Pensamos que en la afirmación anterior late un equívoco terminológico. Es cierto que a veces se caracteriza a la «elusión fiscal» (término que frecuentemente se considera equivalente a *tax avoidance*) frente a la «evasión» por la licitud de la primera. Sin embargo, si entendemos por *tax avoidance* la sustracción al impuesto por medios indirectos, que no infringen abiertamente la ley pero sí su espíritu y finalidad, es decir, el *fraus legis*, ya no cabe seguir considerando lícita esta actuación, al menos de acuerdo con una noción de licitud no restringida al ámbito puramente penal<sup>57</sup>. A nuestro juicio, dentro de la expresión «fraude o evasión fiscal» únicamente tendría cabida, aparte de la evasión o infracción tributaria, la reducción de impuestos lograda por medio de fraude a la ley. LÓPEZ TELLO trata, al parecer, de restringir el alcance de la tesis expuesta cuando afirma<sup>58</sup> que «para desencadenar el efecto de pérdida del régimen especial [la concepción objetiva de partida] se ha de subjetivizar luego mediante la elevación de la finalidad de obtención de tal minoración a la categoría de fin o motivo principal de la operación». Sin embargo, no es la finalidad de reducir los impuestos –perseguida, en su caso, mediante una operación lícita, según la tesis del autor citado– lo que en la construcción de la Directiva permite la exclusión del régimen especial, sino el hecho de que la operación se haya realizado *con el objetivo principal de fraude o evasión*, lo cual hace a la operación jurídicamente inadmisibles a estos efectos. Esta finalidad no es un motivo externo añadido o superpuesto a una operación que se propone reducir legítimamente impuestos, sino que penetra en su estructura, convirtiéndola, en la terminología que nos es familiar, en un negocio en fraude a la ley. Recordemos la rotunda afirmación de la sentencia *Leur-Bloem* según la cual el régimen fiscal se aplica indistintamente a todas las operaciones «abstracción hecha de sus motivos, ya sean éstos financieros, económicos o puramente fiscales» (párrafo 36), que coincide, como hemos visto, con la reiterada posición de la jurisprudencia norteamericana en materia de *tax avoidance*.

Tras la modificación del artículo 110.2 LIS, la tesis de que el requisito de que la operación tenga «motivos económicos válidos» es independiente de la condición de que no tenga como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal ha sido defendida con especial vigor por SANZ GADEA<sup>59</sup>. Se pregunta este autor, en primer lugar, por el significado de la expresión «fraude o evasión fiscal», interrogante al que responde en sustancia haciendo coincidir el contenido de dichos términos con el ámbito de la infracción tributaria, la simulación y el fraude a la ley, interpretación con la que coincidimos plenamente y que está en consonancia con el significado de los términos más precisos (véase más atrás) utilizados por las versiones en lengua inglesa o alemana de la Directiva y con el sentido general del artículo 11.1, a) de ésta.

<sup>57</sup> Quizá sea conveniente aceptar la distinción entre *illegitimate tax avoidance*, que equivaldría a nuestro fraude a la ley tributaria, y *legitimate tax avoidance*. Cfr. CALDERÓN CARRERO, op. cit. (nota 4), pp. 196 s. La última coincidiría, en nuestra opinión, con lo que en la doctrina española viene designándose con la expresión «economía de opción», acuñada por LARRAZ.

<sup>58</sup> Op. cit., p. 254.

<sup>59</sup> SANZ GADEA, E., «Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000», *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 215, 2001, pp. 99 ss. (103 ss.)

Sin embargo, ante el segundo inciso del artículo 110.2 LIS se plantea la alternativa entre dos interpretaciones: considerarlo como un supuesto autónomo de inaplicación del régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales o como un supuesto especial de inaplicación de dicho régimen, dependiente del general (que el objetivo principal de la operación sea el fraude o la evasión fiscal). Tal como lo construye este autor, dicho supuesto estaría formado por dos elementos: que la operación no se efectúa por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades y que se realice con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal. «Nótese –advierte el autor– que ambos elementos deben concurrir. La operación puede ser incomprensible desde el punto de vista económico, pero si no persigue obtener una ventaja fiscal no existirá causa de inaplicación del régimen. Del mismo modo, la operación puede perseguir una ventaja fiscal, pero, al mismo tiempo, implicar una reestructuración o racionalización desde el punto de vista económico, en cuyo caso tampoco existirá causa de inaplicación»<sup>60</sup>.

Sin embargo, a nuestro juicio, ambos elementos no son sino el anverso y el reverso de un único supuesto: la ausencia de un propósito negocial, del *business purpose* del Derecho norteamericano, por lo que no se pueden dar por separado. Éste se deduce de la propia construcción adversativa del inciso segundo: «...no se efectúa por motivos económicos válidos ... sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal». La «validez» del motivo no consiste en su racionalidad económica; la reorganización puede ser una decisión empresarial errónea, pernicioso para la empresa y contraria a los principios admitidos de gestión y a pesar de ello estar motivada por la finalidad de mejorar los resultados de las empresas intervinientes, por improbable que sea la consecución de este fin. Hay que conceder aquí al empresario un amplio margen de discrecionalidad (el *business judgement* del Derecho anglosajón<sup>61</sup>), que acaba donde la reorganización encubre precisamente fines de otra índole; por ejemplo, beneficiar a unos accionistas en perjuicio de otros o, en nuestro caso, la «mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal». El hecho de que sea ésta la única finalidad equivale a la ausencia de propósito empresarial. Ésta es una consideración de gran importancia, sobre la que habrá que volver más adelante.

La alternativa anterior tendría el siguiente alcance: si el supuesto del inciso segundo del artículo 110.2 se considera autónomo respecto del inciso primero, ello significa que, cuando concurra dicho supuesto, el régimen fiscal de las reorganizaciones no sería aplicable aunque al objetivo principal de la operación no fuese la «el fraude o la evasión fiscal». Si, por el contrario, se considera que es un supuesto especial, dependiente del general, ello significaría que la inaplicación del régimen fiscal requiere también en este supuesto el objetivo del fraude o evasión; por consiguiente, la ausencia de motivos económicos válidos únicamente sería indicio de tal fraude o evasión, como prevé la Directiva<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Op. cit., p. 106.

<sup>61</sup> La *business judgement rule* exime de responsabilidad a los administradores por las decisiones adoptadas de buena fe, aunque sean erróneas. V. *Black's Law Dictionary*, 5ª ed., West, St. Paul (Minn.), 1979, p. 181.

<sup>62</sup> Los términos de la alternativa anterior están vinculados, a su vez, afirma SANZ GADEA, op. cit. (nota 59), p. 106, al significado que se atribuya al término «ventaja fiscal». «Si la relación [entre los dos incisos del artículo 110.2 LIS] es de autonomía, por ventaja fiscal podemos entender todo régimen o situación tributaria más beneficiosa que la general, pero si es de especialidad, por ventaja fiscal solamente podemos entender el resultado pretendido de una operación en frau-

Pese a la expresión «en particular» con la que se inicia el inciso segundo del artículo 110.2 LIS, que claramente denota una relación de especialidad, SANZ GADEA se inclina por la independencia del supuesto previsto en ese inciso aduciendo varios argumentos:

- «la propia literalidad de la norma, que apunta más bien hacia un supuesto autónomo» (argumento en cierto modo contradictorio con la observación anterior);
- La evolución parlamentaria de la norma, durante la cual desaparece la construcción del supuesto como presunción que hacía el proyecto de ley;
- Las diferencias entre la norma española y la de la Directiva, que construye el supuesto como una presunción <sup>63</sup>.

La tesis de la independencia del requisito de que existan «motivos económicos válidos» respecto a los supuestos de «fraude o evasión fiscal» parece ser adoptada también por BOTELLA GARCÍA-LASTRA <sup>64</sup>.

---

de a la ley tributaria». Bien mirado el razonamiento es circular: si el supuesto especial se considera como presunción de «fraude o evasión fiscal» la ventaja habrá sido obtenida por definición por medios constitutivos de evasión o fraude y, si prescindimos de la infracción tributaria –e incluimos en ella la simulación–, sólo nos queda dentro de dicho concepto el fraude a la ley. Si se levanta esta restricción (hipótesis de autonomía) la «ventaja fiscal» puede ser, también por definición, cualquier mejora en el tratamiento tributario (menos impuestos). En definitiva, estamos definiendo la «ventaja fiscal» por el medio (fraudulento o cualquiera, respectivamente) utilizado para obtenerla.

<sup>63</sup> Las diferentes consecuencias de las dos concepciones enfrentadas se ponen claramente de manifiesto en la «diferente función de la ventaja fiscal» en el precepto comunitario y en el español, que SANZ GADEA juzga importante resaltar: «en el precepto comunitario la consecución de una ventaja fiscal no se considera un motivo económico válido, de manera tal que no enerva el hecho base de la presunción, y así la consecución de una ventaja fiscal es un hecho que no juega a favor del contribuyente, pero tampoco en su contra. *En la norma patria la consecución de una ventaja fiscal juega siempre en contra del contribuyente*, si bien no determinará automáticamente la inaplicación del régimen fiscal en la medida en que la operación se hubiere efectuado por motivos económicos válidos» (op. cit., p. 107). La cursiva es nuestra. La tesis defendida por SANZ GADEA considera que la obtención de una ventaja fiscal (más exactamente, la *intención* de obtenerla) es un hecho negativo que hay que compensar con finalidades «válidas». Se olvida que lo que el precepto dice es «la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal». En efecto, lo relevante no es que la operación persiga un objetivo fiscal, sino el carácter exclusivo de éste en cuanto indicio de la ausencia de objetivos empresariales y, por tanto, del carácter elusivo (en fraude a la ley) de la operación, como propugna la tesis contraria, de conformidad con los orígenes doctrinales de la noción de «motivos económicos válidos» en la jurisprudencia norteamericana, que ya conocemos.

<sup>64</sup> BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C., «La importancia de la motivación económica de las operaciones de concentración y reestructuración empresarial y su incidencia fiscal», *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 224, 2001, pp. 3 ss. Aunque la posición de la autora ante esta cuestión no está demasiado clara, su adhesión a la tesis de la independencia de los dos supuestos parece reflejarse en el siguiente párrafo: «[N]o podemos estar de acuerdo ... en que a la prueba de la inexistencia de motivación válida de la operación se deba unir la prueba de la existencia de fraude o evasión fiscal...» (p. 27), rechazo que entendemos que se refiere a la tesis (que atribuye a LÓPEZ TELLO) según la cual «la aplicación de la presunción de la existencia de fraude o evasión basada en la inexistencia de motivos económicos válidos sólo tiene sentido bajo un concepto de fraude o evasión fiscal equivalente a la pura minoración en el pago de impuestos, porque sería desproporcionado que, partiendo sólo de la mera ausencia de motivos económicos, pudiera deducirse la existencia de una operación fiscal con finalidad ilícita y culpable» (p. 26).

El carácter de presunción del fraude o evasión de la ausencia de motivos económicos válidos es perfectamente claro en la Directiva y no ha sido puesto en duda por los comentaristas extranjeros del precepto, que únicamente discrepan acerca de la posibilidad de destruir tal presunción mediante la aportación de pruebas en contra. La mayoría de los autores se inclina por esta posibilidad <sup>65</sup> y únicamente cabe señalar, hasta donde llega nuestra información, la excepción de RÄDLER <sup>66</sup>. Entre nosotros el carácter *iuris tantum* de la presunción es admitido con generalidad y, en todo caso, se deriva de los artículos 118.1 de la Ley General Tributaria y 4.4 de la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes.

La comunidad de la originaria redacción del artículo 110.2 LIS con las normas generales sobre simulación y fraude a la ley ya habían sido señaladas por MENÉNDEZ <sup>67</sup>, en polémica con la posición de LÓPEZ TELLO antes expuesta. Afirma el citado autor, a nuestro juicio acertadamente, que el citado artículo «no añade nada a lo dispuesto en las normas tributarias generales sobre recalificación de relaciones jurídicas y sanción de infracciones» <sup>68</sup>, normas a las que considera que dicho precepto «opera implícitamente una innecesaria remisión» <sup>69</sup>.

La misma opinión ha sido mantenida tras la modificación del artículo 110.2 por FALCÓN Y TELLA <sup>70</sup> y DURÁN-SINDREU BUXADÉ <sup>71</sup>. A la tesis de SANZ GADEA opone el segundo el carácter subordinado de la ausencia de motivos económicos válidos «que ha de relacionarse necesaria y directamente con la finalidad principal de evitar el fraude o evasión fiscal./ Dicho de otra forma, la mera obtención de una ventaja fiscal ha de entenderse que lo es con el ánimo o finalidad de fraude o evasión fiscal./ Si así se entiende, la ventaja fiscal a que se refiere el art. 110 de la ley no se refiere a otra cosa que a los supuestos de ventaja fiscal obtenida en fraude a la ley» <sup>72</sup>. «De [ser] la interpretación autónoma [propugnada por SANZ GADEA] lo correcto, nos encontramos, sin duda, ante una extralimitación del legislador nacional» <sup>73</sup>.

Ahora bien, para comprender el alcance de la tesis «autonomista» y de paso penetrar en el significado del concepto de «motivos económicos válidos» y, en consecuencia, del funcionamiento del inciso segundo del artículo 110.2 LIS, que a nuestro juicio establece inequívocamente una presun-

<sup>65</sup> Cfr. AFSCHRIFT, op. cit. (nota 16), p. 14, col. 2; WEBER, op. cit. (nota 8), p. 67, col. 2; HOENJET, op. cit. (nota 7), p. 213, col. 2.

<sup>66</sup> RÄDLER, A.J., «Do National Anti-Abuse Clauses Distort the Internal Market?», *European Taxation*, 1994, 311 ss. (313, col. 2), basándose en el silencio del texto en inglés y en la redacción alemana.

<sup>67</sup> Op. cit. (nota 5), pp. 2180 ss.

<sup>68</sup> Ésta es la rúbrica de uno de los apartados de su trabajo, en la pág. 2180.

<sup>69</sup> Op. cit., p. 2183.

<sup>70</sup> FALCÓN Y TELLA, R., «La nueva redacción de la cláusula anti-abuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS», *Quincena Fiscal*, 4/2001, pp. 5 ss.

<sup>71</sup> Op. cit. (nota 18).

<sup>72</sup> Op. cit., p. 63.

<sup>73</sup> Op. cit., p. 67.



ción de «fraude o evasión fiscal» podemos partir de la siguiente observación: lo que el citado inciso segundo nos dice, prescindiendo de su relación con el primero –es decir, aceptando dialécticamente la tesis autonomista–, es que en el supuesto de que la operación carezca de «motivos económicos válidos» y, *por tanto*, se haya realizado con la *mera finalidad* de obtener una ventaja fiscal el régimen no se aplicará. Lo que añade a la anterior proposición la tesis de la «subordinación» es que se trata de una presunción contra la que es posible la prueba contraria. Pero ¿qué prueba cabe aducir contra la ausencia de «motivos económicos válidos»? Únicamente una conducente a demostrar que a pesar de tal ausencia, o lo que es lo mismo, aunque la operación tenía tan sólo una finalidad fiscal, no obstante no tenía como objetivo principal el «fraude o evasión fiscal»<sup>74</sup>. Esta línea argumentativa no está cerrada por la sentencia *Leur-Bloem*: lo que ésta afirma es que «el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal», es decir, que una ventaja fiscal no permite enervar la presunción en el caso de que la legislación interna la establezca; pero no que no pueda enervarse de otro modo la presunción, incluso alegando una finalidad fiscal no fraudulenta. En este sentido observa HOENJET<sup>75</sup> que «en la práctica la ausencia de fraude o evasión fiscal como (principal) motivo de la operación proyectada sólo puede ser probada mostrando otros motivos. En ausencia de motivos económicos válidos sólo se me ocurren razones fiscales distintas del fraude o evasión fiscal. Una de estas razones podría ser la compensación horizontal de pérdidas. Éste es uno de los motivos principales del canje de acciones que quiere realizar la Sra. Leur-Bloem. El Tribunal decidió que éste no es un motivo económico válido, pero esto no lo convierte en fraude o evasión fiscal. En mi opinión, la Sra. Leur-Bloem tiene derecho a un canje de acciones libre de impuestos».

En sentido parecido se señala que el ahorro fiscal puede derivar de regímenes establecidos por el propio legislador fiscal. Refiriéndose también al caso *Leur-Bloem*, comenta WEBER<sup>76</sup> que «el ahorro fiscal que resulta [de la compensación de pérdidas] no puede calificarse fácilmente de motivo económico [válido], de otro modo las construcciones con fines de ahorro fiscal dejarían de estar relacionadas con el abuso. Por otra parte, hay que advertir que la unidad fiscal [¿régimen de consolidación?] es una disposición ofrecida por la legislación fiscal holandesa y el hecho de que dé como resultado un ahorro fiscal es inherente a ella. Teniendo esto en cuenta, soy de la opinión de que utilizar una disposición ofrecida por la ley debería constituir por sí mismo un motivo económico válido. El Derecho tributario holandés ofrece una opción al contribuyente. Nada le prohíbe hacer una elección favorable mientras no lo haga contraviniendo la finalidad de la ley».

Un comentario análogo con relación a la sentencia *Leur-Bloem* es el que hace LÓPEZ TELLO<sup>77</sup>: «Lo interesante aquí creemos que está en la que parece convicción admitida por la Corte de que la finalidad de constituir un grupo consolidado fiscal interponiendo entre una persona física accionista único de dos sociedades mercantiles una sociedad de nueva creación, mediante un canje de valores, es una finalidad de fraude o evasión fiscal. Por comparación con la situación previa a la opera-

<sup>74</sup> Este mismo planteamiento se hace por MENÉNDEZ, op. cit. (nota 5), p. 2178.

<sup>75</sup> Op. cit. (nota 7), p. 214, col. 1.

<sup>76</sup> Op. cit. (nota 8), p. 65.

<sup>77</sup> Op. cit. (nota 1), p. 267.

ción, resulta obvio que el grupo consolidado necesita para existir como tal de una sociedad matriz, antes inexistente. También es obvio que el grupo consolidado fiscal abre la puerta para la compensación horizontal de pérdidas entre sociedades del grupo. Lo que ya no es tan obvio es que el régimen de los grupos consolidados fiscales responda única o principalmente a dicha posibilidad. Ello sería tanto como admitir que el régimen fiscal de los grupos de sociedades supone *per se* una menor tributación. No podemos compartir esta conclusión».

En el mismo sentido señala MENÉNDEZ <sup>78</sup> que «en ocasiones, esas operaciones se pueden llevar a cabo con la finalidad primordial de aprovecharse de determinadas ventajas fiscales expresamente previstas en nuestro ordenamiento en relación con la propia operación o en relación con la estructura societaria creada como consecuencia de la misma, sin incurrir en el artificio propio del fraude a la ley tributaria».

La sentencia *Leur-Bloem* no es, desde luego, la última palabra en esta materia.

El propio SANZ GADEA se aproxima de algún modo a este planteamiento cuando después de indicar que «que las operaciones de fusión y asimiladas amparadas en el Capítulo VIII del Título VIII han podido, en ocasiones, ser utilizadas para obtener una tributación menor que la hasta entonces soportada por las entidades intervinientes parece ser algo admitido», se pregunta: «Pero... ¿dónde está el mal? ¿En un régimen que difiere la tributación de unas plusvalías que desde un punto de vista económico-contable no pueden realmente entenderse obtenidas por la operación de fusión o asimiladas, o en un sistema tributario recientemente construido al margen del principio de neutralidad y que por ello crea situaciones de ventaja fiscal? El régimen del Capítulo VIII del Título VIII de la Ley 43/1995 puede ser el medio para realizar las operaciones patrimoniales necesarias para alcanzar sin coste fiscal la configuración patrimonial, financiera o de forma jurídica que permita alcanzar la ventaja fiscal, pero lo verdaderamente patológico es que el ordenamiento tributario procure posibilidades de ventaja fiscal a las que los contribuyentes puedan acceder aun sin realizar operaciones en fraude a la ley tributaria» <sup>79</sup>.

Pues bien, precisamente el alcance de la tesis «autonomista» es cercenar la posibilidad de la prueba en contra de la presunción derivada de la ausencia de «motivos económicos válidos». SANZ GADEA lo manifiesta con total claridad: «la nueva redacción del artículo 110.2 de la Ley 43/1995, ha venido a poner el dedo en la llaga, porque interpretado en su más profunda significación se advierte que no sólo trata de evitar que las operaciones del Capítulo VIII del Título VIII sean cauce o instrumento del fraude o la evasión fiscal, objetivo este que ya la norma anterior cubría suficientemente, sino, además, garantizar que los contribuyentes utilicen exclusivamente el régimen por motivos económicos válidos, y no para lograr una estructura patrimonial, financiera o de forma jurídica que les permita minorar su carga tributaria en relación con la que soportaban con anterioridad a la realización de la operación» <sup>80</sup>.

<sup>78</sup> Op. cit. (nota 5), pp. 2186 ss. y 2191.

<sup>79</sup> Op. cit. (nota 59), p. 108.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

Existe, pensamos, una razón más profunda por la que la tesis «autonomista» es inaceptable y es que la idea de ausencia de «motivos económicos válidos»/búsqueda de una mera ventaja fiscal que no sea indicio de «fraude o evasión tributaria» o, más concretamente, de fraude a la ley tributaria encierra, a nuestro juicio, una contradicción. Lo pone de manifiesto con toda claridad el origen de dicha noción en la doctrina del *business purpose*, que ya conocemos. En este sentido cabe afirmar que la aplicación del concepto de «motivos económicos válidos» está guiada por la cuestión de si la operación se ha realizado o no con una finalidad fraudulenta (en fraude a la ley). Dicha calificación entraña, pues, un sopesar los motivos económicos o de negocios, por un lado, y la finalidad de elusión, por otro <sup>81</sup>. En otros términos, la actividad jurídica de determinar la existencia o no de «motivos económicos válidos» se confunde con la de calificar la operación como abusiva o fraudulenta; ambas son inseparables, o dicho de otro modo, no existe un concepto absoluto de «motivos económicos válidos», sino únicamente en relación con el concepto de «fraude o evasión fiscal». Posiblemente ésta sea la manera de resolver la aporía planteada por una situación en la que no existen «motivos económicos válidos» y, pese a ello, no cabe entender que la operación se ha realizado en fraude a la ley. Digámoslo una vez más, tal situación no es posible, porque la operación tan sólo carece de «motivos económicos válidos» cuando su objetivo principal sea el fraude o la evasión fiscal. Puede decirse que hay dos «niveles» de comprobación de la existencia de motivos económicos válidos: uno inicial, en el que la ausencia dichos motivos será un indicio *prima facie* o presunción de fraude, y uno segundo, en el que, si el contribuyente se opone a la presunción, será necesario determinar si la operación es fraudulenta.

La pregunta clave es entonces ¿cuándo una reorganización empresarial tiene como objetivo principal o uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal? De acuerdo con lo que hemos dicho anteriormente, la cuestión se plantea especialmente respecto al fraude a la ley. No es fácil imaginar un supuesto en que la operación constituya una infracción tributaria, aunque sí que se realice como instrumento o preparación de una infracción. También plantea problemas la posibilidad de fusiones o escisiones simuladas, si se tiene en cuenta que la finalidad de estas operaciones es crear una nueva estructura que tiene una existencia real, cuando menos en el plano formal, con independencia de las situaciones económicas subyacentes; no es posible, sin embargo, excluir dicha posibilidad si se admite la de la constitución simulada de sociedades <sup>82</sup>.

En lo que respecta al fraude a la ley, MENÉNDEZ <sup>83</sup> recuerda acertadamente su relación con la causa: «Cuando alguna de estas operaciones, generalmente formando parte de un entramado más complejo, se utiliza para alcanzar unos resultados jurídicos y económicos que son propios de ella, pero que no se identifican con su causa o con la razón de ser típica del negocio (fundamentalmente,

<sup>81</sup> Expone esta idea NELSON, op. cit. (nota 40), p. 644. Se refiere a los supuestos en los que la exigencia del *business purpose* es más rigurosa, que denomina requisito de *business purpose* de «alto voltaje».

<sup>82</sup> Sobre este problema véase VERDERA Y TUELLS, E., «La simulación en la anónima», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 24, 1949, pp. 349 ss. DE LA CÁMARA, citado por ÁNGEL YAGÜEZ, R. de, *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1990, p. 16, menciona como una de las aplicaciones de esta doctrina los casos en que se simula la constitución de una sociedad para eludir el cumplimiento de un contrato, burlar los derechos de tercero o eludir la ley.

<sup>83</sup> Op. cit. (nota 5), p. 2185.

reestructuración o racionalización empresarial), con la finalidad última de lograr un ahorro fiscal o un diferimiento en el pago de los tributos, merecerá generalmente la calificación de negocio indirecto realizado en fraude de ley tributaria». Esto supuesto, la posibilidad de una reorganización en fraude a la ley disminuye, si consideramos que el elemento causal de las respectivas operaciones se agota en la creación de la correspondiente organización. La cuestión se relaciona con la naturaleza contractual o no de dichas operaciones <sup>84</sup> y, en el primer caso, con la identificación de su causa <sup>85</sup>.

En cualquier caso, parece que tanto en la constitución de una sociedad como en las reorganizaciones que la puedan afectar, desempeña un papel primordial la finalidad de organización, es decir, de creación de una estructura. En tanto en cuanto se atribuya carácter abstracto a esta función de organización, el espacio para el fraude a la ley se reduce y los autores no han dejado de señalarlo. Así FALCÓN Y TELLA <sup>86</sup> observa que «difícilmente será de aplicación la presunción introducida por la Ley de Acompañamiento [14/2000] cuando se proceda a una reestructuración estable de la actividad, pues es evidente que la libertad empresarial difícilmente consentiría que la Administración decida sobre el carácter necesario o razonable de dicha reestructuración». Por su parte, DURÁN-SINDREU BUXADÉ <sup>87</sup>, comentando la declaración de la sentencia *Leur-Bloem* sobre la irrelevancia de los motivos de la operación observa que «en definitiva, el legislador comunitario presupone la existencia de motivos que justifican, por sí solos, y desde una perspectiva empresarial, cualquiera de las operaciones enumeradas en la Directiva», y añade: «Y ello es así, por cuanto tales operaciones, como la fusión o escisión, tienen una esencia o sustrato económico que no requiere de mayor justificación».

Obsérvese que en determinados casos, en general cuando se abusa de la personalidad jurídica creada de modo abstracto <sup>88</sup>, el carácter formal de su reconocimiento se compensa penetrando a través de esta personalidad hasta la realidad subyacente. Federico de CASTRO puso de manifiesto la

<sup>84</sup> MOTOS GUIRAO, M., *Fusión de sociedades mercantiles*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, contrapone una tesis contractualista sobre la naturaleza de la fusión a una que le atribuye la de un acto corporativo o social (pp. 21 ss.), optando por una solución ecléctica según la cual la fusión sería «un conjunto de actos predominantemente corporativos, reconociendo que la transmisión patrimonial y la correspondiente contraprestación asociativa se originan en un acuerdo intersociedades, lo que exige un molde contractual adecuado» (p. 23). En cualquier caso considera «de todo punto imprescindible» un acuerdo contractual (pacto o contrato de fusión) para la eficacia operativa de ésta (p. 108). Sobre la naturaleza de los pactos previos a la escisión, que han de celebrarse en el caso de que intervengan dos o más sociedades, cfr. OLEO BANET, F., *La escisión de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 190 ss.

<sup>85</sup> Según GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, t. I, Madrid, 1976, p. 200, «el concepto general de causa del contrato de Sociedad es: obtención por los socios de las ventajas, resultado de su colaboración en la realización del fin social». Éste «se convierte en el fin de la entidad y se concreta en el objeto social» (*ibíd.*). Más adelante añade que «también presenta particularidad en el Derecho de Sociedades la función tipificadora de la causa, que refleja la inmediata conexión entre el contrato y su función fundacional de una entidad: el concepto de causa en general necesita adicionarse con los datos de organización que sirven para individualizar cada tipo» (p. 202).

<sup>86</sup> Op. cit. (nota 70), p. 8.

<sup>87</sup> Op. cit. (nota 18), p. 34.

<sup>88</sup> Ésta es la conocida tesis central de SERICK, R., *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, trad. esp. de PUIG BRUTAU, J., Ariel, Barcelona, 1958, especialmente pp. 130 ss., 136 y 242. En la doctrina española, BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*, Aranzadi, Pamplona, 1996, en opinión de la cual «los casos del levantamiento del velo, en los que se abusa de la personalidad jurídica, de una institución, no son sino supuestos de fraude de ley en los que la norma de cobertura que se emplea para buscar un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, es la normativa referente a la persona jurídica» (p. 288, en cursiva en el original).

relación que existe entre la «crisis de la persona jurídica» causada por su reducción a una pura abstracción, un instrumento técnico utilizable para múltiples fines, y las doctrinas del «levantamiento del velo de la personalidad», en el que cree ver «el renacer de la concepción realista» de la persona jurídica<sup>89</sup>. Recordemos la conexión entre la doctrina norteamericana del *business purpose* y la cuestión del *disregard of corporate entity*, a la que hemos hecho referencia más atrás.

## 5. DOCTRINA ADMINISTRATIVA

La Dirección General de Tributos ha hecho referencia numerosas veces a la cláusula anti-abuso del artículo 110.2 en contestaciones a consultas formuladas por los contribuyentes acerca de la aplicación del régimen fiscal especial de las reorganizaciones empresariales<sup>90</sup>. Sin embargo, solamente en contadísimas ocasiones el mencionado órgano administrativo se pronuncia de manera decidida acerca de la aplicación de la citada cláusula. En la gran mayoría de los casos la Administración alega la imposibilidad, por otra parte real, de resolver de manera definitiva sobre la cuestión y, por lo general, tras aceptar nominalmente los motivos de la operación alegados por el consultante, remite a un examen de la operación en su conjunto que eventualmente se llevará a cabo con ocasión de la comprobación administrativa de ésta. Por otra parte, tampoco se extrae ninguna conclusión clara a la vista de las operaciones en las que la Dirección General se cree en el caso de advertir sobre la posible aplicación del artículo 110.2 LIS, las cuales, en consecuencia, podría presumirse que resultan a sus ojos más sospechosas de encerrar una finalidad de elusión fiscal. En efecto, dicha advertencia se incluye de manera semejante a una cláusula de estilo en numerosas contestaciones a consultas sobre la aplicación del régimen fiscal especial sin que resulten manifiestos los motivos que han inducido a ello al órgano administrativo. Sin embargo, sí se dibujan unos grupos de casos que aparentemente han despertado el recelo administrativo. Las fórmulas utilizadas en las contestaciones para hacer tal advertencia han variado con el tiempo y con las modificaciones legislativas, ajustándose a unos cuantos tipos, pero su fondo ha permanecido básicamente invariable.

<sup>89</sup> Cfr. CASTRO, F. de, «La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica», originariamente en *Anuario de Derecho Civil*, 1949 y reimpresso en *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 21 ss. (29 ss. y 38 ss.) y «Formación y deformación del concepto de persona jurídica», originariamente en *Centenario de la Ley del Notariado*, 1964, y reimpresso en *La persona jurídica*, cit., pp. 137 ss. (235 y 244 ss.). En la p. 246 de este segundo estudio cita CASTRO la sentencia del TS de 5-5-1958 (Aranzadi 1716) en la que basándose en el artículo 1275 del Código civil el Tribunal confirma la declaración de ilicitud de la causa en la constitución de una sociedad anónima creada por unos socios de una comanditaria para absorber a ésta en perjuicio de otros socios.

<sup>90</sup> La letra f) del apartado 4 del artículo 107 de la Ley General Tributaria (añadida por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de «acompañamiento» a los Presupuestos del año siguiente) confiere carácter vinculante a las consultas acerca de la interpretación y aplicación del capítulo VIII del Título VIII de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, a las operaciones de reorganización empresarial. A su vez, la nueva redacción del artículo 110.2 LIS por la Ley 14/2000 contiene un párrafo segundo con arreglo al cual «en los términos previstos en el artículo 107 de la [Ley General Tributaria], los interesados podrán formular consultas a la Administración tributaria sobre aplicación y cumplimiento [del requisito derivado de la cláusula anti-abuso] en operaciones concretas, cuya contestación tendrá carácter vinculante para la aplicación del régimen especial del presente Capítulo en este y cualesquiera otros tributos».

Inicialmente las consultas (término con el que nos referiremos en adelante abreviadamente a las contestaciones que a ellas dicte la Administración) se limitaban a recordar escuetamente la cláusula anti-abuso e indicar que la finalidad de fraude o evasión fiscal de la operación podría ser objeto de comprobación posterior <sup>91</sup>. La fórmula no tarda mucho tiempo en hacerse más compleja en vista de la sentencia *Leur-Bloem*. No obstante, algunas consultas continuaron limitándose a una escueta cita de la norma legal <sup>92</sup>.

El nuevo modelo de contestación sobre la aplicación de la cláusula anti-abuso aparece por primera vez en una consulta de 22-6-1999 <sup>93</sup>. La operación objeto de la consulta forma parte de uno de esos grupos de casos en los que la advertencia de la posible aplicación del artículo 110.2 se repite constantemente: se trataba de una escisión total de dos sociedades cada una de las cuales estaba participada en un 50% por dos sociedades de responsabilidad limitada pertenecientes a sendos grupos familiares, los cuales deciden separarse por «diferencias de criterio», que podían «llegar a hacer imposible el funcionamiento de las "participadas" por la paralización de sus órganos sociales». Para lograrlo las acciones de las dos nuevas sociedades beneficiarias de la escisión no se repartirían de manera proporcional entre las dos entidades partícipes de las escindidas, sino que se adjudicarían por separado a cada una de éstas, de manera que la titularidad del capital de cada una de las nuevas sociedades pertenecería a uno solo de los dos grupos familiares. En estas operaciones de escisión total, designadas en ocasiones con la denominación de «escisión subjetiva», latía la vehemente sospecha de que encubrían una liquidación sin los costes fiscales correspondientes a la disolución y

<sup>91</sup> La consulta de 2-3-1999 (273-99), por ejemplo, afirma que «con los datos aportados en el escrito de consulta no cabe apreciar si la operación de escisión se ha producido con fines de elusión o evasión fiscal. No obstante, tal circunstancia podrá ser verificada a través de los procedimientos de investigación y comprobación que pueda desarrollar la Agencia Estatal de Administración Tributaria». Es de notar el empleo del término «elusión» en lugar del de «fraude» utilizado por la Ley. La consulta de 18-3-1999 (360-99) se limita a afirmar que «en cualquier caso conviene advertir que no resultará aplicable el régimen especial del capítulo VIII del título VIII de la LIS a aquellas operaciones que se realicen principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, lo que podrá ser apreciado en el curso de las actuaciones de comprobación que realice la Administración tributaria».

<sup>92</sup> Por ejemplo en las consultas de 22-5-2001 (V0036-01), 4-6-2001 (V0038-01), 8-6-2001 (1139-01). En la de 10-7-2001 (1435-01), que no se refiere directamente al Impuesto sobre Sociedades sino al Impuesto sobre Operaciones Societarias, la resolución se limita a indicar que el contribuyente podrá acogerse a la exención en este impuesto en la medida en que cumpla los requisitos del régimen especial, «entre ellos la necesidad de realizar la operación por motivos económicos válidos, y no con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal».

<sup>93</sup> Consulta núm. V0038-99, citada también por otros autores –LÓPEZ TELLO, op. cit. (nota 1), p. 260, notas 18 y 19; MENÉNDEZ, op. cit. (nota 5), p. 2189, nota 51. Este mismo modelo de contestación fue seguido con pocas variantes por numerosas consultas posteriores mientras estuvo en vigor la redacción originaria del artículo 110.2 LIS: 30-6-1999 (1129-99), 27-7-1999 (1420-99), 6-10-1999 (1804-99), 8-11-1999 (2098 y 2099-99), 22-3-2000 (0651-00), 10-4-2000 (V0042-00 y V0046-00) y 13-7-2000 (V0061-00). En la de 27-7-1999 (1420-99) se introduce la siguiente frase que no figura en el modelo común: «En el caso planteado, la consultante alega algún propósito para la operación (éxito empresarial en un proceso de diversificación de inversiones), más allá del eminentemente fiscal, pero no aporta dato o argumento alguno que permita apreciar la concurrencia de tales motivos y, en particular, la necesidad o conveniencia de que, para alcanzar tal propósito, haya que pasar por una escisión en la que no se respete la regla de proporcionalidad cualitativa». En este párrafo hay una aplicación anticipada de la presunción basada en la ausencia de motivos económicos válidos, no recogida, como sabemos, en la redacción originaria del art. 110.2. Por otra parte, parece que la carga de la prueba del hecho base de la presunción –la ausencia de tales motivos– o, cuando menos, un esfuerzo argumentativo en este sentido, debe recaer sobre la Administración, que no parece que pueda limitarse a negar sin más la concurrencia de motivos económicos válidos en la operación.

liquidación (sujeción al Impuesto sobre Operaciones Societarias y tributación de las plusvalías ocultas en el Impuesto sobre Sociedades). Esta vía de elusión se ha tratado de cerrar, con discutible acierto, por medio de una modificación de las normas reguladoras del régimen fiscal de las reorganizaciones <sup>94</sup>.

En el modelo citado, la contestación, después de transcribir el artículo 110.2 LIS en su redacción inicial, indica lo siguiente:

«En definitiva, se requiere la existencia de una finalidad o propósito de la operación que resulte adecuada. La valoración del cumplimiento de dicho requisito requiere un examen global de las circunstancias que concurren en cada operación, lo que deberá efectuarse en fase de comprobación administrativa.

No resulta posible para este Centro, dado su ámbito de competencias, enunciar criterios objetivos y susceptibles de aplicación generalizada que permitan identificar operaciones de fusión o escisión que se consideren, por su mera concurrencia, realizadas "principalmente con fines de fraude o evasión fiscal"».

Aquí la consulta citada inserta algunas consideraciones relativas al caso concreto <sup>95</sup>, que omite a veces en ocasiones posteriores, tras de lo cual señala que «sí puede señalarse como un criterio interpretativo válido a estos efectos el que se desprende del artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE», que transcribe. Cita a continuación la doctrina de la sentencia del TJCE en el caso *Leur-Bloem* en el sentido de que «el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal» <sup>96</sup>, y añade lo siguiente:

<sup>94</sup> La modificación fue llevada a cabo por la Ley 14/2000 y consistió en la adición de un párrafo 2º en el apartado 2 del artículo 97 LIS, que define qué operaciones tienen la consideración de escisión, del siguiente tenor: «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 sociedades adquirentes en proporción distinta a la que tenían en la que se escinde requerirá que los patrimonios adquiridos por aquéllas constituyen ramas de actividad». Afirma SANZ GADEA, op. cit. (nota 59), p. 120, que «no creemos que el efecto real será el pretendido, ya que los costes fiscales de la operación de disolución y liquidación forzarán la continuidad de vínculos sociales no deseados». Este mismo autor expresa también dudas acerca de la compatibilidad de esta norma con la Directiva 90/434 sobre el régimen común de las fusiones así como con la Directiva 82/891 sobre las escisiones.

<sup>95</sup> Las aludidas consideraciones son las siguientes: «Sin embargo, no parece que el hecho de que se trate de una escisión en la que cada uno de los socios de la extinguida reciba acciones exclusivamente de una de las sociedades beneficiarias permita, por sí solo, amparar un juicio positivo acerca de la existencia de un propósito de fraude o evasión fiscal. Sin duda, los efectos de esta operación se aproximan a los de una disolución y liquidación de la extinguida, pero son todavía bien distintos, ya que sólo la escisión total permite la continuidad de las relaciones existentes mediante la sucesión universal. Tampoco el hecho de que la sociedad no desarrolle una actividad empresarial puede llevar a concluir, sin más, que se trata de una operación realizada con fines de fraude o evasión fiscal. Eso sería tanto como identificar la adecuada gestión de un patrimonio, por ejemplo, con el fraude o la evasión fiscal». Son visibles las vacilaciones del órgano administrativo. Las mismas consideraciones dubitativas se reproducen literalmente en la consulta de 27-7-1999 (1420-99), que versaba sobre una situación análoga a la de la de 22-6-1999.

<sup>96</sup> Ya hemos aludido a las críticas de LÓPEZ TELLO a la utilización de la presunción de la Directiva como criterio interpretativo al no haber sido transpuesta al Derecho español entonces vigente. Cfr. *supra*, nota 1.

«En el caso planteado, la consultante alega un propósito para la operación que, a priori, puede sin esfuerzo reputarse como un motivo económico válido [aquí reproduce el motivo alegado por el consultante], que lleva a presumir que dicha operación no se realiza por un motivo eminentemente fiscal. No obstante, tal y como se ha indicado, su valoración y ponderación definitiva puede exigir que se contemplen globalmente las demás circunstancias que concurren en esta operación, lo que podrá efectuarse en fase de comprobación».

La fórmula se cierra con la proclamación del principio según el cual el contribuyente es libre de elegir la vía menos gravada siempre que la operación tenga un propósito económico distinto del meramente fiscal:

«Por último hay que indicar que cuando concorra un motivo económico válido, diferente del puramente fiscal, la utilización por el contribuyente de aquel procedimiento que le permita pagar el mínimo de impuestos no puede permitir, por sí mismo, presumir un propósito de fraude o evasión fiscal e impedir la aplicación del régimen especial del Capítulo VIII del Título VIII de la Ley del IS. En definitiva, existiendo un objetivo distinto del exclusivamente fiscal, el contribuyente tiene el derecho de utilizar los medios para conseguirlo que le parezcan más adecuados desde el punto de vista fiscal».

El modelo de contestación en relación a la aplicación de la cláusula anti-abuso cambia tras la modificación de ésta por la Ley 14/2000<sup>97</sup>. La nueva fórmula transcribe la redacción vigente del artículo 110.2 y seguidamente aduce como fundamento del precepto su finalidad<sup>98</sup>, en los siguientes términos:

«Este precepto recoge de forma expresa la razón de ser del régimen especial de las operaciones de fusión, escisión, aportaciones no dinerarias y canje de valores que justifica que a las mismas les sea aplicable dicho régimen en lugar del régimen general establecido para esas mismas operaciones en el artículo 15 de la Ley del IS. El fundamento del régimen especial reside en que la fiscalidad no puede ser un freno ni un acicate en las tomas de decisiones de las empresas sobre operaciones de reorganización que impliquen realizar cualquiera de dichas operaciones cuando la causa que impulsa su realización se sustenta en motivos económicos válidos, en cuyo caso la fiscalidad quiere tener un papel neutral en esas operaciones, en la medida en que su ejecución no determina una carga tributaria.

Por el contrario, cuando la causa que motiva la realización de dichas operaciones es meramente fiscal, su finalidad es conseguir una ventaja fiscal al margen de cualquier razón económica diferente, no es de aplicación el régimen especial».

<sup>97</sup> Aparece en la consulta de 7-5-2001 (V0024-01) y se reitera en la de 28-6-2001 (V0058-01).

<sup>98</sup> En la finalidad del régimen como fundamento de éste y del requisito de los motivos económicos de las operaciones que pretenden acogerse a él hace hincapié BOTELLA GARCÍA-LASTRA, op. cit. (nota 64), p. 16, citando a WEBER, op. cit. (nota 10).



En realidad, las reflexiones transcritas sobre la justificación del precepto no contribuyen gran cosa a su esclarecimiento. A continuación, después de mencionar los motivos alegados por el consultante y aceptarlos en principio («no parece que existan inconvenientes para que a la operación planteada le sea de aplicación el régimen especial»), se hace la reserva de que «en cualquier caso, la valoración del cumplimiento del requisito del artículo 110.2 de la Ley del IS requiere un examen global de las circunstancias que concurren en cada caso, lo que podrá efectuarse en la correspondiente fase de comprobación».

En consultas posteriores <sup>99</sup> aparece una nueva redacción, a nuestro juicio más ajustada, de la cláusula de reserva de la eficacia de la aceptación *prima facie* de los motivos aducidos por el consultante. La nueva redacción dice así: «En la presente contestación solamente se han tenido en cuenta los datos aportados en el escrito de consulta, por lo que no se han considerado otros datos o antecedentes no mencionados que pudieran tener influencia en la determinación del propósito principal de la operación proyectada, de tal modo que su concurrencia pudiera alterar el juicio de esta contestación».

Sin embargo, la cláusula de reserva sobre el alcance de la contestación desaparece curiosamente en algunas contestaciones. Así, la de 24-5-2001 (V0037-01), que se refiere a una operación de fusión en la que la absorbente tiene pérdidas, supuesto que suele ser contemplado con desconfianza por la Administración tributaria, se limita a afirmar acerca de la posible incidencia del artículo 110.2 LIS que «la fusión por absorción planteada por la presente consulta se realiza con la finalidad, según se expone en el texto de la consulta, de racionalizar las actividades de las entidades que participan en ella una vez sometidas ambas a un único control por lo que, asentándose en motivos económicos válidos y no apreciándose en los hechos puestos en conocimiento de este Centro directivo en el referido escrito de consulta que el objetivo preponderante de dicha fusión sea el fraude o la evasión fiscal, será de aplicación el régimen especial del Capítulo VIII del Título VIII de la Ley del IS» <sup>100</sup>.

<sup>99</sup> Consulta de 27-7-2001 (V0066-01). La fórmula se reproduce en lo sustancial en consultas posteriores; así en la de 22-11-2001 (V0070-01), con el texto siguiente, que será el que prevalezca en adelante: «No obstante, es necesario hacer constar que la presente contestación se realiza únicamente en atención y de acuerdo con los hechos, circunstancias y datos expresados por el consultante en su escrito, teniendo efectos sólo respecto de ellos. La existencia de otras circunstancias, previas, simultáneas o posteriores a las operaciones de fusión descritas, que no hayan sido mencionadas en su escrito, pudieran tener influencia en la determinación del propósito principal de las operaciones proyectadas, analizadas en su conjunto, de tal modo que su concurrencia podría alterar la opinión aquí expuesta». Cfr. consultas de 12-12-2001 (V0075-01), 17-12-2001 (V0076 y V0077-01), 10-1-2002 (V0001-02), 13-3-2002 (V004-02) y 21-5-2002 (V0017-02). Tanto en la consulta de 27-7-2001 como en las que acaban de citarse se suprime la referencia a la finalidad del régimen fiscal especial, que reaparece, en combinación con la nueva fórmula de reserva, en resoluciones posteriores; así en las de 30-7-2001 (V0067-01), 6-3-2002 (V0003-02 y 339-02), 5-4-2002 (0546-02), 8-5-2002 (0702-02), 13-5-2002 (0721-02), 21-5-2002 (V0016 V0018-02), 22-5-2002 (0779-02) y 27-5-2002 (V0019-02). Esta fórmula es la que parece fijarse como definitiva.

<sup>100</sup> Otras consultas que omiten la reserva de eficacia de la contestación son dos de 13-6-2001 (V0045 y V0046-01). En la segunda se declara positivamente que «de estos hechos se aprecian motivos económicos válidos que justifican la realización de la operación».

Cabe preguntarse si la omisión de la reserva determinará que la eficacia vinculante de la contestación a la consulta, en el caso de que sea de esta clase, se extienda a la opinión vertida en ella en lo que atañe a la aplicación de la cláusula anti-abuso. La respuesta debe ser negativa, a nuestro juicio, pues la eficacia vinculante de la contestación a las consultas no deriva de la voluntad del órgano administrativo manifestada en ellas sino de la ley. De acuerdo con ésta, dicha eficacia cesa en el caso de que se alteren los antecedentes y circunstancias del caso o los demás datos y elementos que puedan contribuir a la formación del juicio por la Administración (apartado 4, último párrafo, en conexión con las letras a) y c) del apartado 1, del artículo 107 LGT). Por «alteración» hay que entender aquí falta de concordancia entre tales datos y antecedentes y la realidad. Y a la inversa, la inclusión de la cláusula de reserva no enerva la eficacia vinculante cuando esta concordancia exista. La conclusión a la que se llega es, por tanto, que la cláusula en cuestión es superflua.

En alguna ocasión la Dirección General de Tributos ha intentado definir los conceptos de «reestructuración o racionalización de las actividades» de las entidades que participan en la operación, que el inciso segundo del apartado 2 del artículo 110 LGT pone como ejemplo de «motivos económicos válidos», en los siguientes términos: «Puede entenderse como reestructuración o racionalización de las actividades de las entidades afectadas, entre otras, las actuaciones tendentes al objeto de adaptar las dimensiones, capacidad productiva o características técnicas o de gestión de las empresas a las exigencias que imponen los mercados, así como la organización de las actividades económicas con la finalidad de que sean más productivas, rentables y eficaces»<sup>101</sup>. No es necesario poner de manifiesto la escasa utilidad de semejante definición abstracta.

Veamos ahora los grupos de casos a los que el órgano de contestación a las consultas ha prestado especial atención:

1. El primero es el de la compensación de pérdidas (en rigurosos términos técnicos, bases imponibles negativas), que se suele mencionar por los autores como ejemplo típico de finalidad fiscal de una operación de fusión. Éste era precisamente, como hemos visto, el caso de la sentencia *Leur-Bloem*. La Dirección General de Tributos ha declarado que «si la única razón [de la operación] obedece a la compensación de las bases imponibles negativas pendientes de compensar en la entidad absorbida en el momento de su extinción, a la operación planteada le sería de aplicación el régimen general del Impuesto sobre Sociedades», en el cual dicha compensación está excluida<sup>102</sup>.

<sup>101</sup> Consulta de 13-6-2001 (V0045-01). La definición se repite en la de 28-6-2001 (V0056-01).

<sup>102</sup> Consulta de 19-1-2001 (0093-01). La contestación no se pronuncia de manera definitiva, a pesar de hacer constar que «en los hechos manifestados en la consulta no se pone de manifiesto ninguna justificación de la operación de fusión» y de que en la descripción de los hechos se manifiesta que una sociedad va a absorber a otra que tiene bases imponibles negativas pendientes de compensación y que «el patrimonio de la absorbida se circunscribe a pérdidas de ejercicios anteriores (activo) e igual importe de una deuda con una entidad financiera (pasivo)». La ingenuidad de la consultante al no alegar ningún motivo, por genérico que fuese, para la fusión es tan asombrosa que cabe incluso considerarla indicio de buena fe. Otra consulta en la que se plantea una cuestión de compensación de pérdidas es la de 24-5-2001 (V0037-01), a la que nos hemos referido más atrás en el texto.

2. El segundo grupo de casos respecto de los cuales se ha planteado con frecuencia la aplicación de la cláusula anti-abuso es el de la escisión con adjudicación a los socios de la sociedad escindida solamente de alguna o algunas de las beneficiarias (escisión subjetiva). En el caso de que la escisión sea total el resultado equivale a una liquidación de la sociedad escindida; si la escisión es parcial a la separación de un socio. Nos remitimos a lo dicho más atrás sobre este supuesto y su intento de solución por vía legislativa. La mayoría de las consultas en las que se planteó esta cuestión con anterioridad a esta modificación normativa fue resuelta por el órgano contestador recurriendo a los modelos estereotipados de respuesta <sup>103</sup>. Hay, sin embargo, una que a nuestro juicio revisite singular interés; la de 7-5-2001 (V0025-01).

La operación sobre la que versa la citada consulta tenía dos fases: una primera de escisión de una sociedad por la que se transfiere a otra de nueva creación una actividad industrial de transformación del plástico, quedando en el patrimonio de la escindida un inmueble, y una segunda en la que los tres socios de la sociedad escindida se intercambiarían las participaciones en las dos sociedades con el fin de que dos de ellos permaneciesen en la antigua sociedad y el tercero se convirtiese en único socio de la nueva. La contestación tiene a la vista el nuevo párrafo añadido al artículo 97.2 por la Ley 14/2000, que, como se recordará, en el caso de que la atribución a los socios de las participaciones en las sociedades beneficiarias de la escisión se haga en proporción distinta de la que tenían en la escindida, exige que los patrimonios transmitidos constituyen ramas de actividad, y señala que a falta de esta exigencia se podría «conseguir una situación equivalente a una separación de socios donde el patrimonio atribuido lo constituyen participaciones en el capital de otra entidad».

En el caso de la consulta no se verifica el supuesto de la norma citada, puesto que en la primera fase de la operación las participaciones se distribuirían proporcionalmente entre los socios. No obstante, la Dirección General de Tributos sostiene que las dos operaciones están «concatenadas entre sí» y «si bien es cierto que la operación de escisión parcial individualmente considerada podría cumplir las condiciones para poder disfrutar del régimen especial, no lo es menos que la misma es una operación previa y necesaria para que los socios de la consultante puedan proceder a transmitir entre ellos mismos sus participaciones en las entidades beneficiarias y, de esta manera, eludir las consecuencias tributarias que se manifiestan de la operación a que se refiere el último párrafo del artículo 97.2 de la Ley del IS, siendo que el efecto conjunto de aquellas operaciones produce unos resultados equivalentes, tanto desde el punto de vista jurídico como económico, a los que se hubieran derivado de la realización de la operación mencionada en el citado precepto, por lo que la operación planteada tiene como principal objetivo eludir la realización de los hechos imposables que hubieran resultado de realizar la operación excluida del régimen especial y, por tanto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110.2 de la Ley del IS a la operación de escisión en la forma planteada no le sería de aplicación el régimen establecido en el Capítulo VIII del Título VIII de la Ley del IS».

<sup>103</sup> Cfr. las de 22-6-1999 (V0038-99), 27-7-1999 (1420-99), 10-4-2000 (V0042-00), 13-7-2000 (V0061-00) y 7-5-2001 (V0024-01).

Lo que la Dirección General de Tributos ha hecho aquí es exactamente lo mismo que propugna la doctrina anglosajona de la *step transaction*: ha integrado los distintos elementos de una operación compleja suprimiendo los desprovistos de finalidad económica por tener todo el artificio la única finalidad de eludir la ley. En nuestra opinión, la resolución merece aplauso como aplicación correcta de la cláusula anti-abuso.

La operación sobre la que versa la reciente consulta de 21-5-2002 (V0015-02) persigue el mismo fin que la de la consulta anterior, pero, a diferencia de ésta, se diseña abiertamente como una escisión parcial de dos sociedades anteriormente existentes con atribución directa de las participaciones en las nuevas sociedades beneficiarias a uno de los dos socios comunes de aquéllas. A la contestación le basta con citar los artículos 97.2 LIS y 252 LSA, que definen la escisión, exigiendo que las participaciones de las sociedades beneficiarias se adjudiquen proporcionalmente a los socios de la escindida, para negar a la operación esta calificación y afirmar que «parece encuadrarse en el concepto de separación de socios, por lo que no podría acogerse al régimen especial del capítulo VIII del título VIII de la LIS».

3. El tercer grupo de casos en los que las consultas prestan especial atención a la aplicación de la cláusula anti-abuso es el formado por las operaciones cuya finalidad podría pensarse que es generar contablemente una diferencia amortizable. Se trata de la diferencia positiva entre el precio pagado por la sociedad absorbente por su participación en la sociedad absorbida y el valor teórico según balance de esta participación. Esta diferencia puede deberse bien a que los bienes o derechos que forman parte del patrimonio de la absorbida tienen un valor de mercado superior al contable, bien a que el precio de la participación tuvo en cuenta las expectativas de beneficio de la sociedad participada (lo que se denomina «fondo de comercio»). El tratamiento fiscal de esta diferencia está previsto en el apartado 3 del artículo 103 LIS, cuya redacción vigente es obra de la Ley de «acompañamiento» a los Presupuestos del año 2002<sup>104</sup>, y consiste en resumen en la posibilidad, sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos, de amortizar contablemente la parte de la diferencia atribuible al mayor valor de los activos adquiridos y de amortizar también el fondo de comercio con el límite anual de la veintava parte de su importe.

Un caso típico de los de este grupo es el objeto de la consulta de 18-3-1999 (0360-99), cuyos hechos son los siguientes: en 1989 se constituyó una sociedad a la que uno de sus socios aportó un inmueble valorado en 22 millones y otro socio 2 millones en efectivo. En 1998 otra sociedad tiene previsto adquirir la totalidad del capital social de la primera por 190 millones, cantidad que corresponde al valor real del inmueble para, a continuación, proceder a su fusión por absorción. Se consigue de este modo el mismo resultado que a través de la venta directa del inmueble. La Dirección General se limita a indicar que «conviene advertir que no resultará aplicable el régimen especial del capítulo VIII del título VIII de la Ley del Impuesto sobre Sociedades a aquellas operaciones que se realicen principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, lo que podrá ser apreciado en el curso

<sup>104</sup> Ley 24/2001, de 27 de diciembre, artículo 2.º 37.

de las actuaciones de comprobación que realice la Administración tributaria». Análoga advertencia, si bien ajustada a un modelo más elaborado, se hace en las consultas de 30-6-1999 (1129-99) y 8-11-1999 (2098 y 2099-99) y 8-6-2001 (1139-01).

En consultas posteriores la advertencia se hace más específica. Así en la de 9-3-2000 (V0035-00), relativa a una operación que parte de la situación siguiente: la sociedad consultante A está participada en un 71% por la entidad no residente B, la cual posee el 100% del capital de la sociedad residente H. La operación proyectada consiste en la adquisición por H del 99% del capital de otra residente G por un precio superior al valor contable de ésta. Seguidamente A absorbería a H y G. Se pregunta a la Dirección General si será amortizable en las condiciones legales la diferencia entre el precio de adquisición y el valor teórico de la participación de H en G. Respecto de la aplicación de la norma anti-elusión, la contestación, tras hacer escuetamente la correspondiente advertencia, agrega que «para la valoración de dicho requisito deberá contemplarse la operación en su integridad, a la luz de los hechos precedentes y de los posteriores, y, en el caso consultado, teniendo muy en cuenta los motivos que justifican el hecho de que B adquiera su participación en G a través precisamente de su filial H».

La consulta de 4-10-2000 (1704-00) versa sobre una operación compleja que comprende la adquisición del 100% de las acciones de la consultante, una sociedad residente, por una entidad no residente, que pagó por ellas un precio superior a su valor teórico contable, la aportación de dichas acciones a una entidad residente del mismo grupo de nueva creación y, finalmente, la absorción por ésta de la consultante. Una de las muchas cuestiones planteadas por la consulta es la deducibilidad del fondo de comercio que, según la consultante, se pondría de manifiesto en la absorción. El órgano administrativo, aparte de negar la existencia misma de dicho fondo con arreglo a criterios fiscales, afirma respecto a la aplicación del régimen especial, después de hacer la advertencia sobre la posible aplicación del artículo 110.2 LIS <sup>105</sup>, que «en la operación mencionada resulta muy difícil encontrar un propósito económico relevante distinto del meramente fiscal, por lo que, en principio, no resultaría aplicable el régimen especial del Capítulo VIII del Título VIII de la Ley del IS./ No obstante, tal y como se ha indicado, su valoración y ponderación definitiva puede exigir que se contemplen globalmente las demás circunstancias que concurran en esta operación, lo que podrá efectuarse en fase de comprobación».

En términos más rotundos se expresa la contestación de 6-3-2002 (0339-02), seguramente porque la operación objeto de la consulta era más sencilla y transparente: la entidad consultante, que se dedica a la urbanización y venta de terrenos, se propone adquirir el 100% del capital de otra sociedad, cuyo único activo son unos terrenos que están dentro del polígono que la consultante va a urbanizar, por un precio superior al valor teórico, para proceder luego a la fusión de ambas sociedades. La Administración dice lo siguiente: «En el caso planteado en la consulta, el motivo alegado es la

<sup>105</sup> La advertencia se ajusta al modelo que aplica la presunción del artículo 11.1, a) de la Directiva 90/434 a la vista de la sentencia *Leur-Bloem*.

necesidad de poseer unos terrenos que están incluidos en el polígono que la consultante se propone urbanizar. No parece necesario realizar una operación como la que se propone, [...] para lograr el fin económico perseguido, lo que unido a que de los datos aportados no cabe deducir la existencia de un motivo económico válido que justifique la realización de la operación, permite presumir que su finalidad no es otra que aprovechar las ventajas fiscales que ofrece el artículo 103.3».

Las consultas sobre la aplicación del régimen fiscal especial de las reorganizaciones presentan algunos otros puntos de interés. Así, por ejemplo, en una de ellas <sup>106</sup> se suscita la cuestión de a quién tienen que referirse los motivos económicos válidos, si a la sociedad o a los socios <sup>107</sup>. La Dirección General sostiene que «la idoneidad de los motivos de la operación se exige en relación con la propia sociedad que realiza aquélla, tal y como se desprende del mencionado artículo [11.1 a)] de la Directiva y de la propia finalidad y sistemática del régimen especial en nuestra Ley del IS» <sup>108</sup>.

<sup>106</sup> La de 10-4-2000 (V0042-00). Se refiere a una situación en la que una sociedad de inversión mobiliaria de capital variable (SIMCAV) tiene como socios a personas que lo son, a su vez, de una firma de auditoría. Uno de éstos es nombrado consejero de otra sociedad, lo cual origina una incompatibilidad con los demás, que se piensa resolver mediante una escisión de la SIMCAV.

<sup>107</sup> Esta cuestión ha originado una polémica en la doctrina norteamericana en la que se pone en relación dicha cuestión con el concepto de persona jurídica y su separación de las personas de los socios. Este planteamiento trae a la memoria el comentario de SERICK, op. cit. (nota 88), p. 91, en relación con el desinterés de los juristas norteamericanos por el problema abstracto de la naturaleza de la persona jurídica: «Con sorprendente sobriedad el jurista americano se plantea, de manera esporádica, con ocasión de algún caso concreto y casi siempre sin entrar en una profunda discusión teórica, el problema de la persona jurídica, cuando ello aparece precisamente para resolver el problema jurídico concreto». Sobre la cuestión fiscal que nos ocupa, cfr., en primer lugar, SPEAR, op. cit. (nota 52), pp. 242 ss., quien afirma que «una de las principales áreas de discusión [sobre qué es exactamente un *legitimate corporate business purpose*] es la relativa a la distinción implícita en estos casos entre los propósitos de la corporación y los de los accionistas./ Sugerimos que distinguir entre ambos propósitos constituye un desconocimiento de la realidad de los objetivos de los accionistas en cuanto propietarios [...]. Ciertamente no es incoherente con el reconocimiento de la personalidad jurídica (*corporate entity*) decir que los propósitos de la corporación y los de sus accionistas como grupo son uno y el mismo. Esta opinión simplemente amplía la idea de que una corporación y su único accionista son, en realidad, uno y el mismo». Y más adelante observa que «la doctrina consolidada según la cual la relación entre una holding y su filial operativa no anula el *business purpose* en una fusión entre ambas es incoherente con la distinción entre los propósitos de la corporación y sus accionistas./ Pero, aun concediendo que sea posible distinguir entre el propósito de la corporación y el de sus accionistas, no es seguro dónde hay que trazar la línea en Derecho...».

BITTKER, op. cit. (nota 28), pp. 139 ss. afirma que «se ha librado una batalla no fructífera y en conjunto intrascendente acerca de la cuestión de si la corporación tiene una personalidad distinta de sus accionistas. Siendo la imposición una «materia práctica» parece en principio absurdo que la eficacia de una reorganización dependa de que la corporación tenga razones para ella aparte de sus accionistas o viceversa». Sin embargo admite que la distinción ha sido tenida en cuenta en algunas ocasiones por los tribunales y señala que las *Regulations* se refieren a los motivos de la sociedad. La cuestión es, afirma, si las normas sobre reorganizaciones son utilizables no sólo para reajustes que responden a las necesidades de la corporación sino también para aquellos que permiten a los accionistas consolidar o dividir, sumar o restar de sus participaciones, y concluye que «es innegable que lo que beneficia a la empresa beneficia a los accionistas, pero la inversa no es en absoluto necesariamente verdad».

BITTKER/EUSTICE, op. cit. (nota 52), pp. 14-170 s. afirman que las *regulations* parecen atender primariamente al propósito de la corporación como criterio fundamental. Pero citan decisiones judiciales que matizan esta regla, negando la distinción en el caso de una sociedad controlada por un grupo de socios (*closely held corporation*), o consideran que el tratamiento como reorganización no puede ser rehusado porque el único motivo para ella atañe al accionista y no a la corporación, con la salvedad de que este motivo tiene que ser distinto del de eludir los impuestos (*tax avoidance*).

<sup>108</sup> Expresa, sin embargo, a continuación su perplejidad en términos similares a los de la consulta de 22-6-1999 (V0038-99), citados en la nota 95: «En el caso consultado, este Centro ignora los motivos relevantes para la finalidad indicada que inducen a la consultante a llevar a cabo la operación. Ahora bien, el solo hecho de que se trate de una escisión en la

Otra idea interesante, que aparece ya en la consulta de 9-3-2000 (V0035-00), es que en la valoración de los motivos de una operación puede tenerse en cuenta no sólo los hechos y circunstancias que rodean a la operación en sí misma sino también hechos u operaciones posteriores. En la consulta de 22-3-2000 (0651-00) la situación de partida es la siguiente: una entidad residente en Holanda posee la totalidad de las acciones de dos sociedades residentes, A y B, cuyo único activo significativo son participaciones del 11 y el 82 por 100 respectivamente en una sociedad residente operativa C. La operación sobre la que se formula la consulta consiste en la absorción de A y B por C, de manera que ésta pasaría a depender directamente de H. La contestación dice lo siguiente: «En el caso planteado, la consultante no alega un propósito para la operación que, a priori, pueda sin esfuerzo reputarse como un motivo económico válido que lleve a presumir que dicha operación no se realiza con un propósito eminentemente fiscal. No obstante, se advierte que los efectos de esta operación se aproximan a los de una disolución y liquidación de las sociedades extinguidas. Del mismo modo, se advierte que la condición de entidad no residente de la consultante hace que pueda tener muy diversos efectos fiscales la transmisión de su participación en la entidad residente operativa (C) cuando se posee directamente y cuando se ostenta indirectamente a través de otras sociedades residentes (A y B); por ello será relevante para valorar los motivos principales de la operación tener en cuenta los hechos posteriores a la misma (enajenaciones ...)».

También se alude a esta cuestión en la consulta de 30-7-2001 (V0067-01) relativa a los siguientes hechos: la sociedad A tiene el 100% del capital de la B, ambas dedicadas a la actividad de fabricación, venta, distribución y exportación de mazapanes, turrónes, chocolates y toda clase de artículos de confitería, aun cuando son diferentes tanto los productos fabricados como las marcas con que se comercializan. A es propietaria de una nave industrial, que está arrendada con su maquinaria a B. Se proyecta la transmisión de las instalaciones arrendadas mediante una aportación no dineraria de rama de actividad. Por otra parte, se prevé la posibilidad de la posterior venta por B de dichas instalaciones y reinversión del producto en otros activos industriales. La consulta inquiriere sobre la aplicación del régimen especial, y en particular por el cumplimiento del requisito del artículo 110.2 LIS, y además por la posibilidad de aplicación del régimen favorable que establece el artículo 21 LIS para la reinversión de los beneficios extraordinarios. Sobre esta última cuestión la Administración se limita a hacer la obvia afirmación de que el aludido régimen será aplicable siempre que se cumplan los requisitos que la LIS establece. Añade, no obstante, que «en la operación planteada el hecho de que pueda realizarse esta transmisión una vez realizada la aportación, se entiende que no desvirtuaría la existencia de motivos económicos válidos distintos de los fiscales, por cuanto que de no realizarse

---

que cada uno de los socios de la extinguida recibe acciones exclusivamente de una de las sociedades beneficiarias, con un resultado próximo –desde el punto de vista de la explotación que desarrolla la entidad que se extingue como consecuencia de la escisión– al que se derivaría de la separación del socio, o incluso a la transmisión de sus acciones, o a la disolución y liquidación de la entidad, pero con muy diferentes consecuencias fiscales, puede poner de manifiesto relevantes motivos tenidos en cuenta por los participantes en la operación, pero no aun así parece que permita, por sí solo, amparar un juicio de carácter genérico y abstracto acerca de la existencia de un propósito de fraude o evasión fiscal en este tipo de operaciones. Tal y como se ha indicado, su valoración y ponderación definitiva exigirá que se contemplen globalmente las demás circunstancias y motivaciones que concurran en esta operación, lo que podrá efectuarse en fase de comprobación».

la aportación es posible igualmente acogerse al régimen del artículo 21 de la LIS por parte de la entidad consultante en la transmisión del referido inmueble mediante la reinversión en otro nuevo cuyo uso sería cedido a la sociedad B e, incluso, podría ser posteriormente aportado a esta sociedad a través de una aportación no dineraria especial al amparo del régimen especial ...».

En la consulta de 3-12-2001 (2120-01), en la que se contempla una operación de escisión parcial de un inmueble urbano arrendado, la idea de que las actuaciones posteriores pueden ser relevantes para la valoración de la operación aparece combinada con la antes comentada de que la relevancia del motivo hay que referirla a la sociedad, no a los socios. En ella, tras señalar la insuficiencia de los antecedentes suministrados por el consultante para la formación del juicio del órgano administrativo sobre la existencia de motivos económicos válidos, se afirma lo siguiente: «Se ha de indicar, no obstante, que la norma requiere en todo caso la existencia de una finalidad o propósito de la operación que resulte adecuada distinta de la meramente fiscal. La valoración del cumplimiento de dicho requisito requiere un examen global de las circunstancias que concurren en cada operación, lo que podrá efectuarse en fase de comprobación administrativa. A tales efectos, será relevante para valorar los motivos principales de la operación tener en cuenta los hechos posteriores a la misma (enajenaciones...) y la incidencia que pudiera tener sobre la persona o personas que sean socios de las entidades intervinientes, por cuanto que la operación puede perseguir beneficiar a los socios de la sociedad escindida más que a las propias sociedades que participan en la operación. En definitiva, la idoneidad de los motivos de la operación se exigen en relación con la propia sociedad que realiza aquella, tal y como se desprende de la propia finalidad y sistemática del régimen especial».

La doctrina de que los actos posteriores a la operación considerada pueden ser tenidos en cuenta para la valoración de los objetivos de ésta tiene como consecuencia que la decisión sobre esta cuestión quedará suspendida durante un cierto periodo a partir de la realización de dicha operación. Es evidente que este periodo «sospechoso» no puede ser indefinido, pero tampoco tiene una duración predeterminada, sino que lo relevante es la relación que debe existir entre el acto u operación posterior y la considerada, de manera que ambas formen una cierta unidad que haga adecuada su calificación unitaria. Éste es un problema que ya se planteó en los países de *common law* con ocasión de la aplicación de la doctrina de las *step transactions* y para resolverlo la jurisprudencia ha utilizado diversos criterios como la existencia de una obligación de realizar la operación posterior, la interdependencia de las operaciones y el resultado final <sup>109</sup>.

<sup>109</sup> Seguimos la exposición de TILLY, op. cit. (nota 19), pp. 235 s., quien los expone por el orden indicado, que califica de «orden ascendente de ferocidad». El primero (*binding commitment test*) agrupa las operaciones cuando una vez realizada la primera existe la obligación de llevar a cabo las posteriores; el segundo (*mutual interdependence test*) permite la agrupación cuando los pasos son tan interdependientes que las relaciones jurídicas creadas por una de ellas no darían resultado sin la realización de las demás. Finalmente, el criterio del «resultado final» (*«end result» test*) autoriza a reunir operaciones supuestamente distintas en una sola cuando se ponga de manifiesto que realmente son partes de una única operación mediante la cual se perseguía desde el principio un cierto resultado.



En una reciente consulta <sup>110</sup> se formula la doctrina según la cual el orden en que se realizan las operaciones puede ser relevante para la aplicación de la cláusula anti-abuso. Se trataba en el caso considerado de una compleja operación de reorganización de un grupo societario de la que formaba parte la ampliación del capital de una sociedad íntegramente participada por la dominante (consultante), ampliación que sería cubierta por aportaciones dinerarias de personas físicas. Seguidamente éstas entregarían sus acciones a la dominante mediante un canje de valores. Esta misma operación se repetiría con relación a otra sociedad del grupo. Después de recordar el contenido de la norma anti-abuso, el órgano administrativo consultado hace las siguientes consideraciones: «En el caso planteado, la aportación dineraria realizada por las personas físicas a la sociedad A seguida de la aportación realizada a la consultante por dichas personas de las participaciones adquiridas en la primera aportación produce efectos fiscales diferentes a la operación en que la primera aportación dineraria se hubiese realizado directamente por dichas personas a la consultante para que ésta, a su vez, realizase una segunda aportación dineraria a la sociedad A. En efecto, si la entidad consultante realizara una ampliación de capital para recibir una aportación dineraria, y posteriormente la sociedad A realizase una segunda ampliación de capital para recibir la aportación dineraria de la sociedad consultante, ambas ampliaciones estarían sujetas y no exentas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados por el concepto de "operaciones societarias". Sin embargo, si la primera ampliación de capital la realizara la sociedad A se produciría una pérdida de la mayoría de los derechos de voto de la entidad consultante en la sociedad A. Esto supondría que la segunda ampliación de capital que realizara la entidad consultante cumpliría los requisitos establecidos en el artículo 97.5, anteriormente transcrito <sup>111</sup>, para acogerse al régimen especial del capítulo VIII del título VIII, por lo que estaría exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados por el concepto de "operaciones societarias". Esto supone que las mismas operaciones realizadas en distinto orden producen efectos fiscales diferentes, sin que exista un motivo económico que justifique la alteración del citado orden. Lo cual nos lleva a concluir que el canje de valores a que se refiere la consulta no podrá acogerse al régimen fiscal especial establecido en el capítulo VIII del título VIII de la LIS».

No compartimos la tesis expresada en el párrafo transcrito <sup>112</sup> por las siguientes razones: en primer lugar, porque si la operación de reorganización en su conjunto tiene un motivo económico válido éste justifica la totalidad de la operación. Opera aquí el reverso de la doctrina de las *step*

<sup>110</sup> La de 21-5-2002 (V0014-02).

<sup>111</sup> El citado artículo define la operación de canje de valores que puede acogerse al régimen fiscal especial como «la operación por la cual una entidad adquiere una participación en el capital social de otra que le permita obtener la mayoría de los derechos de voto en ella, mediante la atribución a los socios, a cambio de sus valores, de otros representativos del capital social de la primera entidad...». La comprensión del razonamiento de la consulta requiere tener presente que la exención del Impuesto sobre Operaciones Societarias va unida a la aplicación del régimen especial del Impuesto sobre Sociedades (art. 45.I, B), 10 del Texto Refundido del ITPAJD en conexión con la DA 8ª. 2 de la LIS).

<sup>112</sup> Una manera de formular esta tesis, siguiendo a BITTKER, op. cit. (nota 28), pp. 138 s., es que tiene que existir un *business purpose* no sólo para los resultados obtenidos, sino también para el método por el cual han sido obtenidos. El autor se hace la siguiente pregunta: supuesto un resultado que constituye un propósito empresarial perfectamente adecuado y no fiscal, «¿tiene importancia el hecho de que el mismo resultado hubiera podido conseguirse de manera igualmente eficaz por medio de una distribución o intercambio gravados y que la vía de la reorganización se haya elegido para eludir un impuesto?».

*transactions* en el sentido de que si esta doctrina, que como hemos visto es aceptada, aunque sin designarla con este nombre, por la Dirección General de Tributos para integrar las operaciones que siendo en principio distintas están unidas por una misma finalidad, la misma doctrina no permitiría disgregar en perjuicio del contribuyente las diversas fases de una operación compleja dotada de esta unidad. Ahora bien, aceptados a efectos del Impuesto sobre Sociedades los motivos económicos de la operación, al menos a priori y con las usuales reservas, hay que recordar el principio según el cual, en la formulación de la sentencia *Leur-Bloem*, salvo que la finalidad de la operación sea el fraude o la evasión fiscal, el régimen especial se aplica «abstracción hecha de sus motivos, ya sean éstos financieros, económicos o puramente fiscales». O en la formulación de la Dirección General de Tributos, «existiendo un objetivo distinto del exclusivamente fiscal, el contribuyente tiene el derecho de utilizar los medios para conseguirlo que le parezcan más adecuados desde el punto de vista fiscal».

Terminamos este examen de la doctrina administrativa con una referencia a una alusión hecha de pasada en algunas contestaciones que suscita cierta perplejidad. La consulta de 7-5-2001 (V0024-01), por ejemplo, se refiere a una escisión parcial en la que, según se hace constar en el resumen de los hechos, los mismos socios de la entidad que se escinde serían los socios de la entidad beneficiaria de la escisión con un criterio de canje estrictamente proporcional, como corresponde al más ortodoxo concepto de esta operación societaria. Pues bien, al hacer referencia a la aplicación del artículo 110.2 LIS se dice lo que sigue: «En los hechos relatados en la consulta se pone de manifiesto como justificación de la operación de escisión, la separación jurídica y de medios humanos y materiales de las dos actividades empresariales realizadas por la consultante. *Aun cuando los socios de la entidad que se escinde y de la beneficiaria serán los mismos*, al responder la operación planteada a una racionalización de sus actividades, no parece que existan inconvenientes para que a la operación planteada le sea de aplicación el régimen especial...»<sup>113</sup>. El carácter adversativo de la frase en cursiva (puesta por nosotros) podría interpretarse en el sentido de que la continuidad de los socios en las entidades surgidas de la operación constituye un dato negativo a efectos de la apreciación en ella de un motivo económico adecuado. Si esto es lo que el órgano administrativo ha querido efectivamente decir, la afirmación carece, en nuestra opinión, de fundamento; no hay ninguna razón para negar la racionalidad económica de operaciones que no alteran el sustrato patrimonial anterior sino que se limitan a modificar la forma jurídica de la organización. En la medida en que valgan las consideraciones de Derecho comparado, es oportuno recordar aquí que la continuidad de la empresa (*continuity of business enterprise*) es un requisito necesario de las reorganizaciones en el Derecho fiscal norteamericano, si bien no supone que el cambio tenga que ser meramente formal.

<sup>113</sup> El párrafo transcrito se repite de manera prácticamente idéntica en la consulta de 28-6-2001 (V0058-01), que trata de una operación de fusión en la que se conservan los mismos porcentajes de participación de los socios de las sociedades que se extinguen.

## 6. JURISPRUDENCIA

Las cuestiones relativas a la aplicación del régimen especial de las reorganizaciones empresariales han llegado en muy pocas ocasiones a los Tribunales. Curiosamente en todas aquellas en que esto ha sucedido el litigio se ha planteado respecto al Impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU), único impuesto local al que alcanzan los beneficios del régimen especial, lo cual sugiere que las Administraciones locales han sido más diligentes que la Administración estatal o las autonómicas (respecto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados) al comprobar y discutir la procedencia de su aplicación. Quizá el hecho de que el contenido del régimen no sea una exención definitiva sino un diferimiento del impuesto haga que estas Administraciones no tengan estímulos suficientes para realizar ese esfuerzo de comprobación, aunque naturalmente siempre está el correspondiente coste financiero para el ente público.

Han sido dos las sentencias en las que se ha planteado la cuestión de la aplicación del régimen especial al IIVTNU por motivos relacionados de alguna manera con la aplicación de la cláusula anti-elusión <sup>114</sup>. La primera de ellas es la del TSJ de La Rioja de 17-5-1997, número 250/97 (JT 750/97), que estima el recurso contra una resolución del Ayuntamiento de Logroño que había negado la aplicación del régimen especial y aplicado sanciones. Es necesario tener en cuenta que tanto la operación en cuestión como el acuerdo municipal se realizaron todavía bajo la vigencia de la primera norma que transpuso al Derecho español la Directiva 90/434, la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, cuyo artículo 16.2, que contenía la cláusula anti-abuso, preveía, con notorio error técnico, rectificado en las posteriores versiones de la cláusula, que en el caso de que se probase que la operación se había realizado principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perdería el derecho al régimen especial y se procedería por la Administración «a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos, con las correspondientes sanciones e intereses de demora». El Tribunal considera, sin la menor vacilación, que el fraude o evasión fiscal aludidos por la ley es el fraude a la ley tributaria del artículo 24 LGT, que, a su juicio, no puede llevar aparejada la imposición de sanciones; tesis absolutamente correcta según unánime doctrina, si bien hacerla prevalecer

<sup>114</sup> Existen, hasta donde llega nuestra información, otras tres sentencias sobre la aplicación del régimen especial del capítulo VIII del título VIII de la LIS al IIVTNU, pero en ellas la cuestión litigiosa era otra. Una es la de 13-1-1998, núm. 10/98 (JT 133/98) del TSJ de Cataluña, que desestima el recurso contra una resolución del Ayuntamiento de Barcelona negando la aplicación del beneficio correspondiente al mencionado impuesto por razones ajenas al tema que aquí nos interesa, en las que no es necesario detenernos. Las otras dos son una del mismo Tribunal de 18-2-2000 (*Normacef* = JT 1189/00) y otra del TSJ de Castilla y León en Burgos de 20-4-2001 (JT 1103/01), que copia literal e íntegramente la anterior. En esta ocasión el tema litigioso era si la excepción a la aplicación del régimen especial al IIVTNU establecida para las operaciones previstas en el artículo 108 LIS en el apartado 3 de la Disposición Adicional 8ª de esta misma Ley era o no aplicable a las aportaciones por personas físicas de terrenos que formen parte de ramas de actividad, cuestión a la que los Tribunales citados dan una respuesta afirmativa.

frente a un precepto legal explícito hubiese requerido quizá un razonamiento más amplio y, en última instancia, el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad, que, por otra parte, hubiera tenido extraordinario interés <sup>115</sup>.

Mayor interés tiene la segunda de las aludidas sentencias, dictada por el TSJ de Murcia el 24-1-2000 en el recurso núm. 2631/96 <sup>116</sup>. Reduciendo a su esquema esencial los prolijos antecedentes de hecho resulta lo siguiente: la sociedad V adopta el 29 de diciembre de 1993 el acuerdo de realizar una compleja serie de operaciones, en ejecución de las cuales crea el 9 de enero de 1994, con un capital inicial de 500.000 pesetas, la nueva sociedad M, que debería subrogarse en todos los contratos, incluidos los de trabajo, relacionados con la «unidad productiva» de V en Murcia. El 18 de enero M aumenta su capital hasta 95 millones, aumento que es suscrito por V mediante la aportación de unas fincas. El mismo día V vende a la sociedad S su participación en M por 10 millones, diferencia que se explica por un contrato privado entre V y S, celebrado el 30 de diciembre de 1993, por el que S se obligaba a adquirir todas las participaciones de M, a indemnizar a V por las responsabilidades derivadas del incumplimiento por M de sus obligaciones laborales y a hacer que M constituyese a favor de V una hipoteca de máximo sobre las fincas por un importe de hasta 750 millones de pesetas, que efectivamente se constituyó. En enero de 1994 los trabajadores de V iniciaron una huelga que concluyó con un pacto con M por el que ésta asumía el pago de las cantidades debidas a aquéllos por importe de 1.310 millones de pesetas, que no se cumplió. En un proceso laboral por despido se adjudicaron a los trabajadores las fincas aportadas por V a M por el precio de 638.989.000 pesetas. El Ayuntamiento de Murcia liquidó el IIVTNU por la transmisión de dos fincas urbanas aportadas por V en la ampliación de capital de M y V interpone el recurso contencioso-administrativo contra la desestimación del de reposición.

<sup>115</sup> Hay otro aspecto colateral de la sentencia digno, en nuestra opinión de ser mencionado. El Ayuntamiento argumenta que la aplicación del régimen especial exige «la permanencia del establecimiento y la total afección de los bienes aportados a ese establecimiento permanente», requisito que, a su juicio, no se había cumplido al haberse aportado la rama de actividad a una nueva sociedad el 31 de diciembre de 1992 y vender ésta los inmuebles el 16 de febrero, cesando en el ejercicio de la actividad. Al poner de manifiesto esta rápida sucesión de operaciones el Ayuntamiento trataba evidentemente de demostrar que la aportación no tenía en realidad una finalidad empresarial y era, en rigor, fraudulenta. El Tribunal no se hace eco del anterior argumento, sino que expone el concepto de rama de actividad, respecto al cual afirma que «el único requisito exigido para que una operación pueda considerarse como aportación no dineraria de rama de actividad es que han de ser transmitidos todos y cada uno de los elementos necesarios y afectos a la actividad diferenciada que se transmite», lo cual no se deduce de la ley ni es la doctrina administrativa en vigor. Véase, entre otras muchas, la consulta de 7-5-2001 (V0025-01), relativa a una escisión parcial en la que se traspasa a una entidad de nueva creación la totalidad del patrimonio empresarial con excepción del inmueble en el que se desarrolla la actividad que sería posteriormente arrendado a la sociedad beneficiaria. La DGT afirma que «del concepto legal de "rama de actividad" se desprende que la delimitación de la misma no está condicionada por el hecho de que no se incluya dentro del patrimonio segregado algún elemento que pudiera estar total o parcialmente afecto, en la entidad transmitente, a la correspondiente explotación económica, siempre que tal elemento no sea esencial ni relevante para el desarrollo de dicha explotación, de manera que la actividad se desarrolle en condiciones económicas equivalentes antes y después de la transmisión. Esta circunstancia se aprecia en el caso planteado ya que, aunque no se transmita el inmueble que se utilizaba en la actividad, se reconoce sobre el mismo un derecho de uso análogo al que ahora existe».

<sup>116</sup> *Normacef* = JT 45/00.

En la resolución del recurso de reposición el Ayuntamiento argumentó, según el relato de la sentencia (F.D. 3º), que «debe distinguirse entre aquellos casos en que se pretende constituir un negocio o industria con [la] aportación, con intención de futuro, aunque se fracase en el empeño, de aquellos en que la operación encubre intenciones diferentes de la creación de un establecimiento comercial o industrial, como ocurre en el supuesto enjuiciado en que, según entiende la parte demandada, las intenciones de la recurrente eran las de liquidar la factoría de Murcia con el menor coste posible, especialmente en lo que se refiere a los costes por indemnizaciones por despido al personal».

En contra de lo afirmado por el Ayuntamiento, el Tribunal estima que no resulta aplicable el artículo 16.2 de la Ley 29/1991, que, como sabemos, contenía la norma anti-elusión, por las siguientes razones: 1) La resolución impugnada no hace referencia a que la finalidad de la operación fuese eludir el pago del IIVTNU o de cualquier otro tributo, sino al objetivo de protegerse de las reclamaciones laborales, liquidando así la empresa con el menor coste posible; 2) «No resulta lógico que todo el complejo mecanismo [utilizado por V], con el coste económico que representa, tuviera como única finalidad no pagar la liquidación de un impuesto con un importe que no resulta significativo para una entidad de la trascendencia económica de la recurrente; 3) El impuesto se devengaría en todo caso por la transmisión de los terrenos a los trabajadores en virtud del auto de adjudicación dictado por el Juzgado de lo Social, siendo, en su caso, sujeto pasivo del tributo M; es decir, no se trataba de una exención, sino del diferimiento del impuesto.

Cerrada la anterior línea de razonamiento, el Tribunal sigue una nueva y en cierto modo sorprendente <sup>117</sup>:

«[R]esulta evidente que cuando cualquiera de las operaciones previstas en el artículo 1º de la Ley [29/1991] no sea una operación económica tendente a una reestructuración empresarial o a una concentración de empresas, aunque formalmente revista dicha apariencia, no le será de aplicación el régimen especial establecido en la norma, pues la finalidad de la misma es la de establecer un régimen fiscal específico para las operaciones tendentes a los objetivos antes señalados. Cualquier otra finalidad u objetivo que se persiga con las operaciones de escisión, fusión, aportación de ramas de actividad o canje de valores se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la Ley y, en consecuencia, le será de aplicación el régimen fiscal establecido con carácter general en la normativa propia de cada tributo.

<sup>117</sup> Para ello el Tribunal ejecuta una cabriola mental: no se trata, afirma, de la pérdida de un derecho al régimen tributario especial, como sostiene el Ayuntamiento. Que no es así resulta de las tres razones expuestas en el texto. «Ahora bien, cuestión distinta de la anterior, es decir, la pérdida del derecho a la aplicación de ese régimen tributario, es la existencia previa del mismo». Hablar de inexistencia del derecho o de su pérdida es un puro juego de palabras. El artículo 16.2 de la Ley 29/1991 empleaba la expresión «se perderá el derecho al régimen tributario» cuando se probase que la operación se realizó con fines de fraude o evasión fiscal. Pero lo mismo podría afirmarse que en ese caso el derecho en cuestión nunca llegó a nacer.

Y esto es lo que sucede en el caso enjuiciado, en el que formalmente se ha llevado a cabo una aportación de rama de actividad, pero cuya finalidad no es la propia de una operación económica de reestructuración, concentración o cualquier otra que tienda a un objetivo económico inherente a la actividad empresarial, sino todo lo contrario. Efectivamente, si se observa todo el complejo mecanismo articulado por la entidad recurrente [...] se concluye que la finalidad perseguida por la recurrente no era otra que liberarla de cualquier responsabilidad frente a las reclamaciones de los empleados, permitiéndoles liquidar la factoría de Murcia sin necesidad de acudir a un expediente de regulación de empleo o de indemnizar a los empleados con dinero, liquidando todas las deudas derivadas de los despidos mediante la adjudicación de los terrenos sobre los que se ubicaba la factoría.

Como se argumenta en la resolución recurrida, la comprobación de la finalidad perseguida con la operación no es una tarea fácil, pues lógicamente se ha acudido por la actora a negocios jurídicos lícitos que encubren los objetivos perseguidos. Pero baste señalar ciertos datos [...] para advertir que no existía un propósito de aportar una rama de actividad para su explotación a cambio de unas participaciones en la sociedad adquirente ...».

El razonamiento anterior se parece asombrosamente al de la sentencia norteamericana en el caso *Helvering v. Gregory*: la aportación que se realizó no es de las previstas en la ley. No se trata de una aportación de rama de actividad realizada con la finalidad de fraude o evasión fiscal, sino que ni siquiera se trata de una aportación de rama de actividad en el sentido de la ley. En realidad lo que el Tribunal está diciendo con meridiana claridad es que se trata de una operación en fraude a la ley <sup>118</sup>, pero en este caso no a la ley fiscal sino a la laboral, lo que ciertamente la sitúa fuera del alcance de la norma anti-abuso del régimen especial, como el Tribunal acertadamente señala, e incluso del de la norma general contra el fraude a la ley del artículo 24 LGT. El Tribunal no intenta fundar su razonamiento en otras bases, lo cual constituye, a nuestro juicio, una deficiencia de la sentencia. No le hubiera sido difícil encontrarlos en última instancia, a falta de una norma más específica, en la propia norma general sancionadora del fraude a la ley del artículo 6.4 del Código civil.

<sup>118</sup> El análisis de la finalidad de la operación que lleva a cabo la sentencia no es exclusivo de la aplicación de la norma anti-abuso del régimen de fusiones y ni siquiera es propio únicamente de la aplicación de la norma general sobre el fraude a la ley tributaria; también la aplicación del artículo 6.4 del Código civil exige comprobar que el acto *persigue* un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. Por ello no compartimos la crítica que hace a la sentencia comentada MENÉNDEZ, op. cit. (nota 5), p. 2190, porque, en su opinión, aplica la presunción basada en la ausencia de motivos económicos válidos de la Directiva 90/434, no transpuesta al Derecho español por la Ley 29/1991. MENÉNDEZ comparte (pp. 2188 ss.) las críticas que formula LÓPEZ TELLO a la doctrina de la Dirección General de Tributos (cfr. *supra*, nota 1), lo cual es sorprendente dado que antes ha aceptado la opinión de que «la ausencia de motivos económicos válidos constituye, con carácter general, la manifestación externa del controvertido "propósito de eludir el pago del tributo" que exige la Ley General Tributaria» (p. 2185).

## 7. CONCLUSIONES

Como es característico de una doctrina elaborada judicialmente en un sistema de *common law*, la del *business purpose* tiene muy diversos aspectos y manifestaciones difícilmente abarcables en una definición abstracta. Su ámbito de aplicación es, en líneas generales, el de la simulación y el fraude a la ley. Cabe afirmar, sin embargo, que no ha prevalecido una versión expansiva de dicha doctrina. Por consiguiente, en la medida en que se encuentre en ella el origen de la noción de «motivos económicos válidos» de la Directiva 90/434 y de la norma española anti-abuso, y pueda utilizarse como elemento interpretativo, la doctrina del *business purpose* no presta mucho apoyo a una interpretación amplia de tal noción. Esta actitud restrictiva respecto a la aplicación de las cláusulas anti-abuso tiene reflejo en la jurisprudencia del TJCE.

El inciso segundo del artículo 110.2 LIS debe ser entendido como una presunción *iuris tantum* de la existencia de «fraude o evasión fiscal». Este carácter de la presunción significa que, pese a la ausencia *prima facie* de motivos económicos válidos cabe demostrar que la operación no tiene como finalidad principal el fraude o la evasión. Esta posibilidad no está excluida por la sentencia *Leur-Bloem*, y se puede entender en el sentido de que la comprobación de la ausencia de motivos económicos válidos se identifica con la demostración del carácter fraudulento de la operación. Éste existe, aparte del improbable supuesto de que la operación constituya una infracción tributaria, cuando es simulada o se realiza en fraude a la ley, es decir, cuando su causa es falsa o distinta de la que es propia de tal operación. Hay que tener aquí en cuenta, por un lado, la finalidad organizativa de las fusiones y escisiones, en cierto modo instrumental, y, por otro, la libertad de decisión que tiene que reconocerse al empresario.

En las respuestas a las consultas de los contribuyentes se perfilan al menos tres grupos de casos en los que la Dirección General de Tributos examina con más detenimiento la posible aplicación de la cláusula anti-abuso: la compensación de pérdidas, las «escisiones subjetivas» y la amortización de la diferencia en la participación de la sociedad adquirente en la transmitente. El órgano administrativo se pronuncia en muy pocas ocasiones de manera decidida sobre la aplicación de la norma anti-abuso, lo cual, si bien es comprensible, en alguna medida reduce la eficacia del procedimiento de consulta como instrumento destinado a proporcionar seguridad a los contribuyentes. Naturalmente, esta seguridad dependerá decisivamente, a su vez, del grado de exactitud e integridad con el que la consulta ponga en conocimiento de la Administración los datos relevantes de la operación.

Por otra parte, aparecen en las contestaciones a consultas algunas afirmaciones doctrinales de interés sobre aspectos concretos de la aplicación de la norma anti-elusión; por ejemplo, la de que los motivos relevantes son los que conciernen a la sociedad, no a los socios, o la de que los actos u operaciones posteriores a la considerada pueden también ser tomados en consideración. alguna de esas afirmaciones es discutible, como la de que el orden de las operaciones puede influir sobre la aplicación de la norma anti-elusión.

Los Tribunales se han pronunciado en muy pocas ocasiones sobre cuestiones relacionadas con la aplicación de dicha cláusula y siempre en relación con el IIVTNU, lo cual sugiere que las Administraciones estatal y autonómica no han formulado pretensiones contrarias a la aplicación de los beneficios del régimen especial. Las dos sentencias dictadas hasta el presente no han dudado en calificar explícita o implícitamente los supuestos enjuiciados como de fraude a la ley, aunque la ley defraudada no sea la tributaria.