

CARMEN BOTELLA GARCÍA-LASTRA*Inspectora de Hacienda del Estado*ACCÉSIT PREMIO *ESTUDIOS FINANCIEROS* 2001**Extracto:**

Las operaciones de concentración y reestructuración empresarial han disfrutado, tradicionalmente, de un régimen fiscal ventajoso ya que, de no ser así, el conjunto de impuestos que recaería sobre todas y cada una de las operaciones que integran ese proceso complejo haría inviable su realización.

No obstante ese régimen fiscal favorable, nuestro ordenamiento tributario ha manifestado, reiteradamente, su vocación de neutralidad, al objeto de que las empresas puedan realizar, libremente, aquellas operaciones que mejor convengan a sus necesidades y objetivos.

Por ello, la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades ha configurado este régimen especial a través de dos principios básicos: el de neutralidad, mediante el diferimiento de las rentas puestas de manifiesto en la transmisión de los activos empresariales y participaciones societarias hasta su enajenación ulterior, y el de ausencia de intervención administrativa y formalidades especiales.

Pese a la evidencia de tales principios, las consecuencias que, en el orden tributario, se derivan de la realización de estas operaciones, determinan que la fiscalidad sea un condicionante positivo de extraordinaria importancia e influencia, lo que explica el considerable auge de estos procesos.

Precisamente para impedir que el «ahorro fiscal» sea el único móvil o el móvil principal en la realización de estas operaciones, la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, contiene en su artículo 11.1 una cláusula de salvaguardia, también denominada antiabuso.

Constituye, pues, el objetivo del presente trabajo analizar el alcance y significación de esta cláusula, tanto en el ordenamiento comunitario, a la luz de la doctrina y jurisprudencia existente, como en nuestro Derecho, a la vista, tanto de la evolución normativa operada en el mismo, como de los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales.

Ello nos llevará a analizar el concepto de fraude o abuso aplicable a estas operaciones y las posibles consecuencias que de esta calificación se podrán derivar.

Sumario:

1. Planteamiento.
2. Importancia de las operaciones realizadas.
3. Motivaciones de las empresas en la realización de estas operaciones.
4. La importancia de la motivación económica en la normativa comunitaria.
5. La compatibilidad con la normativa comunitaria de las cláusulas o requisitos establecidos en las legislaciones internas de los Estados miembros.
6. La cláusula antiabuso en la normativa española.
7. Reflexiones sobre el procedimiento a seguir para aplicar la cláusula antiabuso en nuestro Derecho.
8. Consideración final.

1. PLANTEAMIENTO

Las operaciones de concentración y reestructuración empresarial han disfrutado, tradicionalmente, de un régimen fiscal ventajoso ya que, de no ser así, el conjunto de impuestos que recaería sobre todas y cada una de las operaciones que integran ese proceso complejo haría inviable su realización.

No obstante ese régimen fiscal favorable, nuestro ordenamiento tributario ha manifestado, reiteradamente, su vocación de neutralidad, al objeto de que las empresas puedan realizar, libremente, aquellas operaciones que mejor convengan a sus necesidades y objetivos.

Así, la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas afirmaba en su Exposición de Motivos:

«Este régimen tributario responde a un principio básico: La neutralidad. La regulación contenida en la presente norma no estimula la realización de las operaciones antedichas, pero tampoco las obstaculiza, porque su ejecución no origina carga tributaria alguna, ni otro beneficio fiscal que el consistente en el diferimiento de aquélla.

La neutralidad se alcanza a través de dos técnicas tributarias:

- a) No integración en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, que grava a las entidades transmitentes, de los incrementos y disminuciones de patrimonio correspondientes a los bienes transmitidos.
- b) Las entidades adquirentes deben valorar los elementos recibidos a efectos fiscales, por el importe que tenían con anterioridad a la realización de la transmisión.

Técnicas similares se utilizan respecto de los socios de las entidades transmitentes, ya que éstos no están obligados a integrar en su base imponible los incrementos y disminuciones de patrimonio que se produzcan con ocasión del canje de valores, pero los recibidos se valoran, a efectos fiscales, por el valor de adquisición de los entregados.

El régimen contenido en la presente Ley difiere sensiblemente del actualmente vigente, establecido en la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Fusiones de Empresas, a cuyo amparo se puede conceder una bonificación de hasta el 99 por 100 de los incrementos de patrimonio manifestados en los procesos de fusión y escisión. Por consiguiente, la nueva normativa ha de suponer una importante economía de recursos fiscales, sin que ello vaya en mengua de las operaciones de concentración y reestructuración empresarial, que podrán realizarse sin condicionamientos fiscales inmediatos.»

Por su parte, la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS) se ha hecho eco de los mismos objetivos, configurando este régimen especial a través de dos principios básicos: el de neutralidad, mediante el diferimiento de las rentas puestas de manifiesto en la transmisión de los activos empresariales y participaciones societarias hasta su enajenación ulterior, y el de ausencia de intervención administrativa y formalidades especiales.

Pese a la evidencia de tales principios, las consecuencias que, en el orden tributario, se derivan de la realización de estas operaciones, determinan que la fiscalidad sea un condicionante positivo ¹ de extraordinaria importancia e influencia, lo que explica el considerable auge de estos procesos.

Así, junto al objetivo principal que, por lo general, estas operaciones persiguen, de creación de valor, aparecen las llamadas sinergias operativas, a través del aumento de los ingresos o reducción de los costes y de la combinación de recursos complementarios y, también, las denominadas «sinergias procedentes de los ahorros fiscales», de manera que la carga fiscal de las compañías fusionadas puede resultar, como consecuencia de la fusión, menor que antes de la misma.

Entre las sinergias fiscales más frecuentes, el informe del Instituto de Estudios Económicos, elaborado por Juan MASCAREÑAS PÉREZ-ÍÑIGO y Gregorio IZQUIERDO LLANES ², menciona: la rentabilización de la compensación de pérdidas, el máximo aprovechamiento de los créditos de impuestos e incentivos fiscales, la revalorización de activos depreciables y los ahorros fiscales por ciclos complementarios, además del beneficio indirecto que producen en la fiscalidad personal de los accionistas de las compañías afectadas.

Las sinergias de tipo fiscal son, lógicamente, más importantes cuanto mayores sean los beneficios fiscales que se reconozcan a estas operaciones y, también desde esta misma vertiente, cuanto más amplio o más accesible resulte el ámbito de aplicación de éstos y, por tanto, el disfrute del régimen tributario especial.

¹ Con independencia de que el diferimiento impositivo es objetivamente beneficioso, las modificaciones normativas operadas en este régimen desde su introducción han supuesto la aplicación de importantes beneficios fiscales que, en otros procesos, no sería posible obtener.

² MASCAREÑAS PÉREZ-ÍÑIGO, Juan e IZQUIERDO LLANES, Gregorio. *¿Por qué se compran y se venden las empresas en España?* Instituto de Estudios Económicos. Madrid. 2000.

Precisamente para impedir que el «ahorro fiscal» sea el único móvil o el móvil principal en la realización de estas operaciones, la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, contiene en su artículo 11.1 una cláusula de salvaguardia, también denominada antiabuso, del siguiente tenor:

«1. Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los títulos II, III y IV o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones:

- a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1 no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal;
- b) tenga por resultado que una sociedad, que participe o no en la operación, ya no reúna las condiciones necesarias para la representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad según las modalidades aplicables antes de la operación en cuestión.»

Constituye, pues, el objetivo del presente trabajo analizar el alcance y significación de esta cláusula, tanto en el ordenamiento comunitario, a la luz de la doctrina y jurisprudencia existente, como en nuestro Derecho, a la vista tanto de la evolución normativa operada en el mismo, como de los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales ³.

Para ello, conviene examinar previamente una serie de datos económicos que ponen de relieve la importancia económica y el auge de estas operaciones.

³ Para situar esta cláusula en su contexto, hay que indicar que nuestro ordenamiento aplica un régimen especial a las operaciones definidas en los artículos 97 y 108 de la Ley 43/1995, es decir, a las fusiones, escisiones, aportaciones de rama de actividad, canje de valores y aportaciones no dinerarias especiales contempladas en los mismos.

El contenido de este régimen se traduce, de forma muy resumida, en los siguientes beneficios fiscales:

- Diferimiento de las plusvalías puestas de manifiesto en la entidad transmitente.
- Exención, en la entidad adquirente, de la plusvalía puesta de manifiesto con ocasión de la anulación de la participación de la transmitente, siempre que dicha participación sea superior al 5 por 100 del capital social.
- Posibilidad de deducir, por décimas partes, la diferencia negativa puesta de manifiesto en la anulación de las participaciones mencionadas, siempre que su importe no pueda ser atribuido a un mayor valor de los bienes y derechos adquiridos.
- Subrogación en los derechos y obligaciones tributarias de la transmitente y, entre ellos, de la compensación de sus bases imponibles negativas pendientes.

En lo que se refiere a los socios, las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión de la atribución de valores de la entidad adquirente a los socios de la transmitente, quedarán diferidas hasta que, en su caso, se enajenen los valores recibidos, los cuales conservarán, en embargo, la antigüedad de los entregados.

2. IMPORTANCIA DE LAS OPERACIONES REALIZADAS

2.1. Las fusiones y adquisiciones en el mundo:

Según datos del estudio de KPMG sobre operaciones transfronterizas ⁴ en el año 2000 se cerraron en firme 22.781 fusiones y adquisiciones de empresas por valor de 543 billones de pesetas, de las cuales una tercera parte fueron transfronterizas y supusieron el 41 por 100 del importe global de las compraventas, mientras que en 1996 el importe de estas transacciones representaba el 24 por 100 del total.

Del total anterior, 7,56 billones de pesetas correspondieron a la inversión española en compra de empresas extranjeras, con un incremento del 47 por 100 respecto del año anterior. El 61 por 100 de estas inversiones fueron destinadas a Latinoamérica.

2.2. Las fusiones y adquisiciones en Bolsa Española:

Según el Boletín de la Bolsa de Madrid ⁵ las acciones cotizadas en el mercado bursátil son un instrumento de extraordinario potencial para las empresas porque pueden ser usadas como moneda de cambio en las operaciones de fusión y adquisición.

Así, en el año 1999, las ampliaciones de capital realizadas con contraprestación no monetaria y destinadas a dar entrada en el grupo a los nuevos accionistas han alcanzado los 142.148 millones de pesetas nominales y, a finales de año, su valor de mercado representaba el 5,49 por 100 de la capitalización doméstica. Es decir, en el 25 por 100 de las ampliaciones de capital realizadas a lo largo del año 1999, los antiguos accionistas renunciaron al derecho preferente de suscripción y los títulos en ellas emitidos se utilizaron como contrapartida en la compra de otras sociedades.

En el año 2000 se rompen todos los registros anteriores y las empresas que cotizan en la Bolsa de Madrid efectúan ampliaciones de capital con contraprestación no monetaria por un nominal que supera ligeramente los 457.000 millones de pesetas, lo que significa que más de la mitad (61%) de las ampliaciones de capital efectuadas en el año 2000 por las empresas cotizadas se instrumentaron mediante la emisión de acciones en las que se ha suprimido el derecho de suscripción preferente que tienen los antiguos accionistas y se utilizan como contraprestación en la adquisición de participaciones de otras empresas.

⁴ De dicho estudio se hizo eco el diario «El País» del día 11 de marzo de 2001, de donde se han tomado esas referencias.

⁵ Sobre este tema, véase el Boletín nº 96 del mes de febrero de la Bolsa de Madrid, «10 años de fusiones y adquisiciones en España».

2.3. Las fusiones en las estadísticas de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT):

Según datos de la AEAT, el número total de operaciones comunicadas por las entidades intervinientes a la Administración tributaria con la finalidad de acogerse al régimen especial del capítulo VIII, del Título VIII de la LIS ⁶ ascendió a:

AÑO	N.º OPERACIONES	EMPRESAS IMPLICADAS
1998	1.725	4.388
1999	2.674	7.170

Por importancia cuantitativa la operación más importante es la fusión propia, respecto de la que hay que tener en cuenta que se clasifican como tales todas aquellas fusiones que no se consideran fusiones impropias, por tener la absorbente el 100 por 100 de la absorbida o absorbidas, por lo que figuran como fusiones propias tanto aquellas en las que la absorbente no tiene ninguna relación con las absorbidas, como aquellas otras en las que, con carácter previo a la fusión, la absorbente controla a las absorbidas.

El número de operaciones clasificadas en esta rúbrica ascendió a:

AÑO	N.º OPERACIONES	EMPRESAS IMPLICADAS
1998	399	998
1999	600	1.605

La segunda operación en importancia es la fusión impropia con los siguientes datos:

AÑO	N.º OPERACIONES	EMPRESAS IMPLICADAS
1998	381	875
1999	520	1.229

Ambas operaciones representan en conjunto el 43,19 por 100 del total de operaciones comunicadas durante el período de referencia.

⁶ De acuerdo con lo previsto en el artículo 110.1 de la LIS, la aplicación del citado régimen especial se efectúa mediante opción del sujeto pasivo, la cual se debe comunicar a la Administración tributaria.

Contrastan poderosamente estas cifras con las que figuraban en la memoria de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, según la cual, durante el año 1990, se resolvieron por la Comisión de Fusiones del Ministerio de Economía y Hacienda 52 expedientes de fusiones y escisiones (43 estimatorios y 9 denegatorios) procedentes, en su mayor parte, de empresas del sector industrial, con un coste estimado de 141.395 millones de pesetas.

3. MOTIVACIONES DE LAS EMPRESAS EN LA REALIZACIÓN DE ESTAS OPERACIONES

SCHOLES y WOLFSON⁷ estiman que hay diversas razones para realizar fusiones y adquisiciones de empresas. Así, se dice, estas operaciones se pueden llevar a cabo con la finalidad de incrementar la eficiencia económica; extender el poder de la dirección; mejorar las condiciones de una parte del accionariado y obtener beneficios fiscales. Entre estos últimos se menciona la posibilidad de evitar el gravamen de los dividendos y otros impuestos correspondientes a la liquidación de las compañías y la de incrementar la base para la práctica de amortizaciones.

A las ventajas derivadas de lo que antes denominábamos sinergias fiscales se une el que la fusión suele ser el procedimiento más ventajoso para realizar cualquier operación como consecuencia de la dispensa o diferimiento de tributación que conlleva.

En nuestro país, el informe del Instituto de Estudios Económicos anteriormente citado incluye los resultados de una macroencuesta formulada a los directivos de 150 empresas, en la que se diferencian las principales motivaciones de las fusiones y adquisiciones de las motivaciones concernientes a las escisiones y ventas de empresas.

Como motivaciones más relevantes de las fusiones y adquisiciones dicho estudio menciona las siguientes:

MOTIVO	FACTOR	VALORACIÓN
1 Perseguir el liderazgo del sector	Estratégico	3,77
2 Creación de valor para el accionista	Financiero	3,65
3 Aumento o protección de la cuota de mercado	Comercial	3,64
4 Obtención de sinergias productivas	Organizativo	3,58
5 Aumento de rentabilidad	Financiero	3,52
6 Mejora de la gestión de la empresa adquirida	Organizativo	3,43
7 Búsqueda de productos y servic. complementarios ..	Comercial	3,27
8 Crecimiento externo horizontal	Estratégico	3,25
9 Penetrar en nuevos mercados geográficos	Comercial	3,12
10 Afrontar el incremento de la competencia	Estratégico	3,00

⁷ Myron S. SHOLES & Mark A. WOLFSON. Capítulo 23. «The many reasons for mergers and acquisitions», *Taxes and business strategy. A Planning Approach*. Prentice Hall. 1992, páginas 486 y siguientes.

En cuanto a las motivaciones menos importantes para los encuestados se mencionan las siguientes:

MOTIVO	FACTOR	VALORACIÓN
1 Diluir la participac. y el control de algunos accionistas	Estratégico	0,38
2 Motivos personales de la dirección	Organizativo	0,73
3 Motivos defensivos ante posibles adquisiciones	Estratégico	1,24
4 Aumento de la capacidad de endeudamiento	Financiero	1,38
5 Exceso de liquidez	Financiero	1,46

Como razones más relevantes que explican las escisiones y ventas de empresas se aducen las siguientes:

MOTIVO	FACTOR	VALORACIÓN
1 Concentrarse en la actividad principal	Estratégico	3,34
2 Optimizar el valor para el accionista	Financiero	3,13
3 Efectuar un realineamiento estratégico	Estratégico	3,00
4 Obtener financiación para nuevos proyectos	Financiero	2,87
5 Razones fiscales	Financiero	2,61

Por último, en cuanto al índice cualitativo de la jerarquía de motivaciones de las escisiones y ventas de empresas a la vista de sus resultados el citado trabajo nos ofrece el siguiente cuadro:

MOTIVO	FACTOR	JERARQUÍA MOTIVOS	JERARQUÍA RESULTADOS
1 Optimizar el valor para el accionista	Financiero	2	1
2 Concentrarse en la actividad principal	Estratégico	1	2
3 Efectuar un realineamiento estratégico	Estratégico	3	3
4 Financiar nuevas adquisiciones	Financiero	4	7
5 Abandonar actividades maduras	Estratégico	8	5
6 Optimizar el uso de los recursos	Organizativo	10	4
7 Razones fiscales	Financiero	5	9
8 Ausencia de sinergias	Organizativo	9	6
9 Deshacer una adquisición errónea	Estratégico	7	8
10 Realizar plusvalías o beneficios latentes	Financiero	6	10

Los resultados del citado estudio nos ponen de manifiesto, en primer lugar, que las motivaciones fiscales tienen mayor peso en las escisiones que en las fusiones, lo cual resulta lógico pues, al aproximarse la escisión a la venta de una empresa, es muy probable que el objetivo principal del vendedor sea obtener el máximo beneficio posible y ello suele implicar la utilización del procedimiento que menos impuestos origine.

En las fusiones parece que predominan, en cambio, factores estratégicos y organizativos, antes que financieros.

En cualquier caso, aunque este repertorio de posibles motivaciones o razones pueda ser ilustrativo, pensamos que no puede ser tomado como un índice estadístico, pues cada operación en concreto tendrá sus propias motivaciones, debiéndose, además, distinguir, como acertadamente se hace en el citado estudio, las motivaciones aducidas para llevar a cabo la operación de los resultados efectivamente obtenidos, los cuales ponen de relieve, a la postre, la verdadera finalidad de la operación, aunque es posible que, en algunas ocasiones, no coincida con la deseada ⁸.

4. LA IMPORTANCIA DE LA MOTIVACIÓN ECONÓMICA EN LA NORMATIVA COMUNITARIA

El preámbulo de la Directiva 90/434/CEE señala que es importante establecer para las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros «unas normas fiscales neutras respecto de la competencia, con el fin de permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado común, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional», para lo que hay que eliminar la penalización que las disposiciones fiscales comportan, si bien previendo, al mismo tiempo, la facultad de los Estados miembros de rechazar el beneficio de la aplicación de la propia Directiva cuando la operación tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal o tenga por resultado que la sociedad deje de reunir las condiciones necesarias para la representación de los trabajadores en los órganos rectores de la sociedad.

A los efectos anteriores, el apartado 1 del artículo 11 determina que el hecho de que alguna de las operaciones contempladas en la Directiva 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 esa operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal.

Sobre el alcance y significado de esta facultad atribuida por la Directiva a los Estados miembros, se han pronunciado tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como autores de diversos países.

⁸ Estudios recientes ponen de relieve que un número importante de estas operaciones fracasan o no obtienen los resultados apetecidos por causas muy diversas.

El pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene su origen en las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Gerechthof te Amsterdam*, mediante resolución de 26 de enero de 1995, en el Asunto C-28/95, Leur-Bloem.

La Sra. Leur-Bloem, socia única y directora de dos sociedades privadas neerlandesas, había solicitado de la Administración tributaria que calificara como «fusión por canje de participaciones» la operación consistente en adquirir las participaciones de una tercera sociedad privada, un *holding*, cuyo pago se iba a efectuar a través de un canje con las participaciones de las dos primeras sociedades. Así, podría acogerse a los beneficios fiscales previstos en el artículo 14 b) de la Ley del Impuesto sobre la Renta, y tendría la posibilidad de compensar las eventuales pérdidas dentro de la entidad fiscal creada. Sin embargo, el Inspector denegó lo solicitado, al considerar que no se daban los requisitos del citado precepto.

El *Gerechthof te Amsterdam*, ante quien la Sra. Leur-Bloem interpuso recurso contra esa decisión, consideró que para resolver el litigio era necesario interpretar la disposición citada, que se aprobó como consecuencia de la adaptación del Derecho nacional a la Directiva, por lo que suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal Superior de Justicia las siguientes cuestiones:

1. ¿Se pueden plantear al Tribunal de Justicia cuestiones de interpretación de las disposiciones y del ámbito de aplicación de una Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, aun cuando dicha Directiva no sea directamente aplicable a la situación concreta de que conoce el órgano jurisdiccional remitente, pero la intención del legislador nacional era tratar dicha situación de la misma forma que una situación a la que se refiere la Directiva?

En caso de respuesta afirmativa:

2. a) ¿Existe un canje de acciones, a efectos de la letra d) del artículo 2 de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990 (en lo sucesivo, «Directiva»), si la propia sociedad dominante, en el sentido de la letra h) del mismo artículo, no ejerce por sí misma una actividad empresarial?
- b) ¿El hecho de que la misma persona física que, antes del canje, era socio único y director de las sociedades dominadas se convierta, después del canje, en director y socio único de la sociedad dominante es contrario a un canje de acciones en el sentido antes indicado?
- c) ¿Existe un canje de acciones en el sentido antes citado únicamente si su finalidad es la de integrar, desde el punto de vista financiero y económico, la actividad empresarial de la sociedad dominante y la de otra sociedad en una misma entidad de forma duradera?
- d) ¿Existe un canje de acciones en el sentido antes indicado únicamente si su finalidad es la de integrar, desde el punto de vista financiero y económico, la actividad empresarial de dos o más sociedades dominadas en una misma entidad de forma duradera?

- e) ¿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 *Wet op de vennootschapsbelasting* (LIS) de 1969?⁹

En relación a tales cuestiones, la citada Sentencia llegó a las siguientes conclusiones:

«1. Con arreglo al artículo 177 del Tratado, el Tribunal de Justicia es competente para interpretar el Derecho comunitario cuando éste no regula directamente la situación controvertida y, sin embargo, el legislador nacional ha decidido, al adaptar el Derecho nacional a las disposiciones de una Directiva, dispensar el mismo trato a situaciones puramente internas y a las que regula la Directiva, de forma que ha ajustado su legislación interna al Derecho comunitario.

2. a) La letra d) del artículo 2 de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, no exige que la sociedad dominante, en el sentido de la letra h) del artículo 2 de esta Directiva, explote por sí misma una empresa, ni que exista una integración duradera, desde el punto de vista financiero y económico, en una misma entidad, de la actividad empresarial de dos sociedades. Asimismo, el hecho de que una misma persona física, que sea socia única y directora de las sociedades dominadas, pase a ser socia única y directora de la sociedad dominante, no impide calificar la operación de fusión por canje de acciones.
- b) El artículo 11 de la Directiva 90/434 debe interpretarse en el sentido de que, para comprobar si la operación contemplada tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal, las autoridades nacionales competentes deben proceder, en cada caso, a un examen global de dicha operación. Tal examen debe ser susceptible de control jurisdiccional. Conforme a la letra a) del apartado 1 del artículo 11 de la Directiva, los Estados miembros pueden establecer que el hecho de que la operación contemplada no se haya efectuado por motivos válidos constituye una presunción de fraude o de evasión fiscal. A ellos les corresponde determinar los procedimientos internos necesarios para tal fin, respetando el principio de proporcionalidad. No obstante, el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones fiscales basándose en criterios como los mencionados en la respuesta a la segunda cuestión, letra a), tanto si se ha produ-

⁹ En relación con esta Sentencia puede verse: DOCAVO ALBERTI, Luis y GARCÍA ÁLVAREZ, Víctor. «La fusión de sociedades y la evasión fiscal», *Ciss. Noticias de la Unión Europea*, n.º 173. 1999, páginas 75 y siguientes y GÓMEZ VERDESOTO, Marta. «Concepto comunitario de fraude o evasión fiscal en relación con las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores». *Impuestos*, n.º 1. Enero 1999.

cido efectivamente una evasión o un fraude fiscal, como si no, excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva.

- c) El concepto de motivo económico válido con arreglo al artículo 11 de la Directiva 90/434 debe interpretarse en el sentido de que es más amplio que la búsqueda de una ventaja puramente fiscal, como la compensación horizontal de pérdidas.»

De dicho pronunciamiento queremos subrayar, por nuestra parte, lo siguiente:

- La competencia para la comprobación de la existencia de fraude o evasión fiscal en estas operaciones corresponde a las autoridades nacionales quienes deben realizar un análisis global de cada operación en cuestión, sin que, a estos efectos, pueda, *a priori*, la legislación interna tipificar determinadas operaciones en las que concurren determinadas circunstancias previstas en la norma, a efectos de excluirlas de la aplicación del régimen.

Tal regulación o propósito iría en contra del objetivo perseguido por la Directiva de estimular la realización de estas operaciones eliminando para ello los obstáculos fiscales.

- En el marco de esta reserva de competencia, los Estados miembros pueden constituir una presunción de fraude o evasión fiscal cuando las operaciones contempladas no se efectúen por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación.

A los efectos anteriores, el concepto de motivo económico válido es más amplio que la búsqueda de una ventaja puramente fiscal, como sucede en el caso de antes con la compensación horizontal de pérdidas, único fin de la operación objeto de examen por el Tribunal.

La definición, sin embargo, de los conceptos de fraude, evasión, abuso o ventaja, en cuanto conceptos jurídicos indeterminados, ha sido objeto de intenso debate.

Así, el profesor Albert J. RÄDLER ¹⁰ señala que mientras que el término fraude está más o menos claro, el término evasión (*tax evasion*) no lo está ¹¹.

Lo cierto es que si en el Derecho interno la definición de estos conceptos no resulta fácil, pues se trata, en la mayor parte de las ocasiones, de determinar la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados a supuestos concretos no descritos por las normas jurídicas, mucho más ardua resulta la tarea de intentar construir estos conceptos a nivel armonizado comunitario desde un punto de vista estricto.

¹⁰ RÄDLER, Albert. «Do National Anti-abuse Clauses Distort the Internal Market?». *European Taxation*. Septiembre 1994, páginas 311-313.

¹¹ Las expresiones *tax avoidance* y *tax abuse* son también ambiguas, según el citado autor.

A estos efectos, es evidente que lo que es, o puede ser, considerado abusivo en un Estado miembro, en otro Estado puede no serlo.

A este respecto, señala Dennis WEBER¹² que resulta impensable que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueda establecer una definición uniforme de abuso, en tanto no se complete la armonización en todos los campos de la imposición directa.

Por esto, la interpretación del concepto de abuso sólo puede realizarse en el contexto de la propia Directiva. A este respecto, WEBER¹³ desarrolla la teoría de la aproximación al germen del concepto de abuso en la Directiva 90/434/CEE y en la Directiva 90/435/CEE¹⁴, a la vista del examen de sus respectivas cláusulas de salvaguardia, y llega a la conclusión de que la noción de abuso sólo puede ser construida en un sentido amplio a la vista del propósito y del tenor de cada Directiva. En efecto, el propósito específico tanto de la Directiva de fusiones, como de la Directiva matriz-filial, es el de eliminar las distorsiones, restricciones y desventajas que las normas fiscales representan para simplificar la reagrupación de las Compañías, o para permitir a las empresas adaptarse al mercado único, incrementar su productividad o mejorar su eficiencia económica, tanto en el plano interno, como en el plano internacional.

Para atender a tan importantes razones es por lo que los «obstáculos» que las normas fiscales representan deben ser eliminados.

Por ello, cuando no son éstos los objetivos que se persiguen, no hay razón para remover tales obstáculos.

De ahí que, según el autor citado, cuyas tesis compartimos en el presente trabajo, estemos en presencia de un posible abuso cuando la operación no tiene contenido económico, al tratarse de un convenio o acuerdo «artificial», en el que no hay un verdadero propósito comercial que guíe la operación de referencia.

Como vemos, el abuso que la Directiva pretende evitar es, precisamente, que se haga una aplicación sin motivo de la propia Directiva, sin que concurren de forma real, sino sólo aparente, las circunstancias que la Directiva ha previsto para su aplicación.

¹² WEBER, Dennis. «A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiar Directive and the Merger Directive». EC. *Tax Review*. 1996-2, páginas 63-69.

¹³ WEBER, Dennis. «The first step of the ECJ concerning and abuse-doctrine in the field of harmonized direct taxes». EC. *Tax Review*. 1997-1, páginas 22-31.

¹⁴ Directiva del Consejo 90/435/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

A este respecto es muy interesante la utilización alternativa de la expresión «cláusula de salvaguardia»¹⁵, ya que la propia Directiva pretende «salvaguardar» su aplicación, saliendo al paso de aplicaciones abusivas de la misma que se producen cuando se obtienen ventajas fiscales importantes sin que las finalidades que la Directiva persigue hayan sido atendidas, al no haberse producido ninguna mejora de la competitividad de las empresas de su eficiencia económica o de su adaptación al mercado único.

Lo importante, sin embargo, de esta conclusión es que los Estados miembros no pueden llegar a ella *a priori*, sino a través de un examen minucioso del caso concreto, el cual, necesariamente, debe ser susceptible de control jurisdiccional.

Como vemos, es la inexistencia de motivo económico válido la prueba de la existencia de fraude o abuso en el sentido antes indicado. Cuando se pretende remover los obstáculos fiscales en una operación carente de motivación económica válida se produce una aplicación abusiva de la Directiva que los Estados miembros pueden denunciar en el marco de un procedimiento que cuente con las debidas garantías y dentro siempre del respeto al principio de proporcionalidad.

Somos conscientes, sin embargo, de que desplazar la interpretación de los conceptos de fraude y abuso al terreno de la existencia o no de motivos económicos válidos no resulta tampoco sencillo.

Es posible que haya casos en que sea evidente la inexistencia de motivos económicos válidos: el caso Leur-Bloem puede ser uno de ellos. Se mire por donde se mire, la operación no tiene más propósito que el de propiciar la compensación horizontal de pérdidas entre sociedades del mismo grupo, pues según se desprende del relato de los hechos de la Sentencia y de las argumentaciones allí referidas, ninguna alteración han experimentado las respectivas estructuras organizativas o comerciales de las empresas concernidas.

El problema surge, o puede surgir, sin embargo, cuando exista una motivación económica real, aunque de escasa significación, y unos resultados económicos, en términos de ventajas fiscales obtenidas, o de lo que anteriormente denominábamos sinergias fiscales, de gran relevancia.

Al respecto, cabe pensar que la referencia al motivo «principal» de la operación, en relación a los resultados obtenidos con su realización, pretende dar respuesta a esta cuestión.

Puede haber casos, como el de la Sentencia, en los que la obtención de la ventaja fiscal sea el único y exclusivo propósito de la operación y otros en los que esta finalidad sea la principal, existiendo otros objetivos secundarios.

Parece que tanto uno como otro supuesto entrarían dentro del campo de aplicación de la cláusula antiabuso.

¹⁵ Esta expresión se emplea por DE WAAL, Allard. «Reflexions contrastées sur l'arrêt Leur-Bloem». *Revue de Droit Fiscal*, n.º 9. Febrero 1998, páginas 130 a 154.

Al objeto de determinar el alcance de esta motivación, algunos autores ¹⁶ han sugerido a la Corte Europea la implantación de un test que revele el propósito comercial de determinadas operaciones. Al respecto, se ha señalado que un test de este tipo puede ser más fácil de aplicar a las reorganizaciones que comprenden transacciones determinadas con objetivos específicos que a las reestructuraciones internas de los grupos de sociedades, en las que se producen transformaciones en su organización interna o funciones que no suelen trascender al exterior.

En cualquier caso, se ha dicho, estamos en presencia de un supuesto de abuso, al que se refiere la Directiva, cuando se trata de acuerdos «artificiales».

Ahora bien, tal test acerca del propósito comercial de una determinada operación requiere su realización y examen caso a caso, sin que se pueda llegar de forma automática a la exclusión de la aplicación de la Directiva en supuestos determinados.

Al llegar a este punto, algunos autores entienden que sólo en el caso de que los Estados miembros hayan contemplado específicamente en su legislación interna la presunción de la existencia de fraude o abuso ante la inexistencia de motivo económico válido, la concurrencia de esta última circunstancia permitirá, por sí sola, excluir la aplicación de la Directiva; mientras que si dicha presunción no se ha previsto, a la prueba de la inexistencia de motivo económico válido, deberá seguir la de la concurrencia de fraude o abuso, pues es ésta la circunstancia que les parece determinante ¹⁷.

Por nuestra parte, en cambio, pensamos que, sin perjuicio de otros posibles fraudes o abusos que se pudieran producir con arreglo a la legislación de cada Estado miembro, la Directiva está pensando en lo que, a su juicio, constituye el más claro supuesto de abuso, para cuya detección no se requiere, además de ninguna armonización comunitaria, consistente en la aplicación de la Directiva a una operación cuyo encaje en su ámbito de aplicación es meramente formal, pues la operación no tiene contenido económico válido de acuerdo con el propósito y finalidad de la misma.

Al respecto, el caso enjuiciado en la Sentencia y las respuestas dadas por el Tribunal a las cuestiones planteadas en la cuestión prejudicial no pueden ser más explícitas: no cabe excluir la aplicación de la Directiva por el solo hecho de que la sociedad dominante no explote, por sí misma, una empresa; ni tampoco porque no exista una integración duradera, desde el punto de vista económico y financiero, en una misma entidad de la actividad empresarial de dos sociedades; tampoco el hecho de que una misma persona física que sea socia única y directora de las sociedades dominadas, pase a ser socia única y directora de la sociedad dominante, impide incluir a la operación dentro del ámbito de aplicación de la Directiva.

¹⁶ Sobre esta cuestión, véase WEBER. «A closer look ...» obra citada y FARMER, Paul and LYAL, Richard. «EC Tax Law». *Oxford-European Community Law Series*. Clarendon Press. Oxford 1994, página 260.

¹⁷ Esta cuestión será analizada detenidamente en otro lugar de este trabajo, pues los autores españoles se han ocupado de ella, al no establecerse explícitamente esta presunción en nuestro Derecho hasta el 1 de enero de 2001.

Por ello, el establecimiento de disposiciones de alcance general que privaran de ventajas fiscales a determinadas categorías de operaciones basándose en criterios de este tipo, tanto si existe fraude como si no, sería incompatible con la Directiva.

Ahora bien, la sola búsqueda de una ventaja fiscal, como es la compensación horizontal de pérdidas, no es un motivo económico válido con arreglo al artículo 11 de la Ley.

El examen de estas conclusiones nos plantea dos líneas distintas de análisis: de una parte, la compatibilidad de ciertas cláusulas o requisitos que los ordenamientos internos pueden establecer con esta prohibición de exclusión general de la Directiva y, de otra, la idoneidad de los motivos puramente financieros, distintos de los puramente organizativos o de reestructuración.

5. LA COMPATIBILIDAD CON LA NORMATIVA COMUNITARIA DE LAS CLÁUSULAS O REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LAS LEGISLACIONES INTERNAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Con carácter previo, hay que recordar que, de conformidad con la Sentencia que hemos comentado, el Tribunal de Justicia es competente para interpretar el Derecho comunitario cuando el legislador nacional ha decidido, al adaptar el Derecho nacional a las disposiciones de una Directiva, dispensar el mismo trato a situaciones puramente internas y a las que regula la Directiva, de forma que ha ajustado su legislación interna al Derecho comunitario ¹⁸.

Así ha sucedido con la transposición de la Directiva 90/434/CEE, en la que los Estados miembros no han hecho una transposición específica, sino que han adaptado su legislación interna a las prescripciones de la Directiva, armonizando, por tanto, a estos efectos, el régimen interno y el puramente comunitario ¹⁹.

¹⁸ Esta conclusión, a la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha llegado en diversas ocasiones y que, por tanto, cabe considerar doctrina consolidada, no es compartida, sin embargo, por los Abogados Generales de la Corte que, en sus conclusiones, siguen presentando serios reparos a la misma.

Un resumen interesante de la posición de los Abogados Generales sobre esta cuestión puede verse en las conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 26 de septiembre de 2000 en el Asunto C-1/99, en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Génova, Italia, en la reclamación presentada por Kofisa Italia S.R.L.

¹⁹ Así, lo ha entendido también nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de diciembre de 1999, dictada en el recurso de casación 2301/1995, interpuesto por la Administración General del Estado contra la Sentencia dictada el día 11 de mayo de 1994 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Al respecto, hay que recordar que la Norma Foral 4/1992, de 26 de junio, de la Diputación Foral de Vizcaya, sobre adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas reguló los conceptos de sociedad matriz y filial de forma diferente a como se habían configurado en Derecho común, al exigir un porcentaje de participación del 10 por 100 y no del 25 por 100, como entonces exigía la normativa general, regulando también de forma diferente la integración en la base imponible de la matriz de los beneficios percibidos de la filial, disponiendo la aplicación del método de exención en lugar del método de imputación elegido por la normativa del Estado para cumplir con la Directiva Comunitaria 90/435.

Este criterio sumamente razonable y eminentemente práctico de los Estados miembros al adaptar su normativa interna al Derecho comunitario otorga, sin embargo, a la normativa interna una nueva dimensión, en cuanto que se convierte por esta vía en transposición de la Directiva comunitaria.

Por ello, ante el claro pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la interpretación de la normativa interna a la luz de la normativa y jurisprudencia comunitarias, algunos autores se han preguntado por la compatibilidad de ciertas cláusulas o requisitos que los ordenamientos nacionales tienen establecidos para asegurar la aplicación de tales disposiciones dentro de los principios que cada Estado miembro considera que deben guiar esa aplicación en el Derecho interno.

Así, cabe señalar que en el Derecho francés, en materia de aportaciones parciales de activos, se exige a la sociedad transmitente conservar los títulos recibidos a cambio de dicha aportación durante tres años ²⁰ y atribuir un valor fiscal a dichos títulos coincidente con el valor fiscal originario de los bienes aportados. Este compromiso, en el parecer de la Administración francesa, según Instrucción de 28 de mayo de 1976, «está destinado a prevenir el abuso de derecho consistente en realizar una verdadera venta bajo la apariencia de una aportación» ²¹.

En nuestro Derecho existen, también, algunas prescripciones específicas, como la exigencia en las escisiones parciales y, recientemente, también en las escisiones totales subjetivas, de que el patrimonio escindido constituya rama de actividad.

No nos cabe duda de la existencia de diversas previsiones de este u otro tipo en los Estados miembros, dictadas todas ellas, probablemente, con el propósito de evitar aquellas situaciones de «abuso» que más problemas han planteado o que mayor preocupación han causado al legislador.

No resulta fácil, sin embargo, dilucidar la compatibilidad de este tipo de cláusulas con el ordenamiento comunitario y, sin duda, habrá que esperar a pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto ²².

La tesis del Tribunal Supremo, con apoyo en diversas Sentencias del Tribunal Constitucional, es que en materia de transposición de la normativa comunitaria la competencia corresponde al Estado, no pudiendo los territorios históricos, cuando tengan competencia para ello, efectuar dicha adaptación de forma diferente a como se haya realizado en Derecho común, dado, entre otras razones, el carácter armonizador de la normativa comunitaria.

²⁰ Hasta hace escasas fechas, este plazo era de cinco años.

²¹ En relación a esta cuestión puede verse «Reflexions contrastées sur l'arrêt Leur-Bloem», obra citada.

Al respecto, DE WAAL señala que, de acuerdo con la Jurisprudencia comunitaria, este requisito podría ser considerado como un medio de control *a priori* del carácter no abusivo de las operaciones que cumplieran este requisito de permanencia, sin que debiera deducirse, por este solo hecho y, en ausencia de otras pruebas, la ausencia de motivación económica válida de no conservar los títulos durante dicho plazo.

²² En relación con la compatibilidad de alguna de estas disposiciones nacionales puede verse la citada Sentencia de 17 de octubre de 1996, *Denkavit-Vitic-Voormer case*, en la que se analiza la implantación de la Directiva 90/435/CEE, matriz-filial, en Bélgica, Alemania, Grecia, Francia, Italia y Holanda que, al hacer la transposición de la citada Directiva a sus respectivos ordenamientos internos, introdujeron ciertas disposiciones para evitar abusos en la aplicación de los beneficios fiscales contemplados en la misma, sin que las entidades correspondientes hubieran culminado el período de permanencia requerido para ese disfrute.

De acuerdo con las conclusiones de la Sentencia que comentamos, una presunción general de evasión o fraude fiscal no puede justificar una medida fiscal que vaya en detrimento de una Directiva.

Conviene reiterar que la única presunción de fraude o evasión fiscal que la normativa comunitaria autoriza a los Estados a establecer es la de la inexistencia de motivos económicos válidos. Por tanto, no pueden establecerse presunciones de fraude o evasión fiscal distintas de la citada.

Cabe, por ello, preguntarse si, en consecuencia, los requisitos que, en algún caso, los Estados miembros pudieran establecer para acceder al régimen fiscal especial constituyen o no presunciones de fraude o evasión aunque, posiblemente, hayan sido establecidos con esa finalidad.

En nuestra opinión, y después de recordar que, como no podía ser de otra manera, la compatibilidad de este tipo de disposiciones con el ordenamiento comunitario sólo puede ser decidida por el Tribunal, hay que señalar que, para que la exclusión de la aplicación del régimen especial cuando se dieran tales circunstancias no planteara esos problemas de compatibilidad, las Administraciones deberían analizar suficientemente la motivación de la operación pues, en efecto, pudiera ser problemático excluir la aplicación del régimen especial en operaciones comprendidas dentro del ámbito de la Directiva que comporten efectivas reestructuraciones y reorganizaciones empresariales pero que, sin embargo, adolezcan del incumplimiento de algún requisito establecido por la normativa interna de algún Estado miembro.

Llegados a este punto estamos ya en condiciones de formular la conclusión principal de esta primera parte de este trabajo: el fraude o abuso en la aplicación de la Directiva que permite a los Estados miembros excluir su aplicación no es otro que el que resulta de la inexistencia de motivos económicos válidos en la realización de la operación.

Es cierto que, al igual que ocurre en otros supuestos, podrán producirse infracciones tributarias o fraudes de ley en la realización de estas operaciones, pero éstos tendrán que determinarse con arreglo al Derecho interno y sin que, en ningún caso, puedan conducir al resultado de invalidar la operación realizada para el conjunto de las empresas intervinientes y para la totalidad de los impuestos afectados por el proceso complejo de fusión.

Por tanto, si se prueba la inexistencia de motivación económica válida en una operación concreta, no hay que probar adicionalmente la existencia de fraude o abuso, aunque el Estado en el que se realiza esta operación no haya establecido de forma específica la existencia de esta presunción.

Cabe, por ello, preguntarse ¿qué sentido tiene, entonces, el tenor del artículo 11 de la Directiva cuando habilita a los Estados miembros a establecer esta presunción?, ¿qué ocurre si los Estados no la introducen?, ¿cómo se probaría, en esos casos, la existencia de fraude o abuso?

Algunos autores²³ opinan que la Directiva pretende con esta mención aludir a la carga de la prueba de esta presunción y, en particular, a la posibilidad de admitir prueba en contrario.

²³ Especial atención dedica WEBER a esta cuestión en su trabajo, «A closer look at the general anti-abuse clause...», obra citada, página 67.

Al respecto, RÄDLER²⁴ entiende que en la versión alemana de la Directiva esta presunción no admite prueba en contrario; por su parte, WEBER²⁵ entiende que, en su opinión, es claro que en el texto alemán, y también en las versiones holandesa, inglesa y francesa, esta conclusión es todavía refutable.

En nuestra opinión, se pueden conciliar ambas posturas; en efecto, es cierto que, según venimos sosteniendo, si no hay motivación económica es irrefutable la existencia de fraude o abuso en el sentido previsto por la Directiva, ya que su aplicación no encuentra justificación; ahora bien, es también irrefutable que, cuando menos en nuestro Derecho, de acuerdo con la Ley 1/1998, de 16 de febrero, de Derechos y Garantías del Contribuyente²⁶, cabe siempre la prueba en contrario y, por tanto, resulta posible enervar la conclusión alcanzada por la Administración, si el interesado pone de manifiesto la existencia de motivación económica suficiente en la operación en cuestión.

Y con esto llegamos ya a otra conclusión interesante de esta primera parte del trabajo: con esta interpretación se consigue de forma sencilla la armonización de las legislaciones de los Estados miembros que, además, como consecuencia de la eficacia traslativa al Derecho interno, en virtud de la mera adaptación a éste del régimen comunitario, expande aún más su eficacia armonizadora; los Estados miembros no pueden subordinar la aplicación de este régimen especial al cumplimiento de requisitos distintos de los previstos en la Directiva, que impidan su aplicación con la finalidad de prevenir el fraude o la evasión fiscal o garantizar la aplicación de la Directiva de acuerdo con sus principios.

Como venimos señalando, la Directiva sólo admite la inaplicación de plano del régimen especial cuando la operación no tenga motivación económica válida. Otros supuestos distintos de fraude o abuso podrán ser examinados de acuerdo con la normativa interna, pero su eficacia sólo alcanzará al supuesto concreto en el que se puedan apreciar y no a la completa operación ni al conjunto de los intervinientes.

En realidad, el ordenamiento comunitario atribuye importantes facultades a las Administraciones tributarias de los Estados miembros para examinar si estas operaciones tienen una motivación económica válida que las haga merecedoras de los importantes beneficios fiscales pero, al mismo tiempo, les impide tipificar de antemano los supuestos en los que tales circunstancias pueden o deben ser necesariamente apreciadas, de suerte que la aplicación del precepto debe hacerse en base al examen individualizado, sin un soporte normativo previo en el que apoyar o fundamentar la decisión administrativa, la cual sólo puede tener presentes las circunstancias del caso concreto. De esta forma, la amplitud del precepto puede resultar más aparente que real, pues no existe posibilidad de concretar de antemano su aplicación práctica.

²⁴ «Do national anti-abuse clauses distort the internal market?», obra citada.

²⁵ Obra citada en nota 23.

²⁶ Artículo 4, apartado 4: «Las presunciones establecidas por las leyes tributarias pueden destruirse mediante prueba en contrario, excepto en los casos en que aquéllas expresamente lo prohíban.»

Parece, pues, una técnica normativa de clara inspiración anglosajona, que tropieza con dificultades cuando se quiere aplicar en sistemas de derecho de tipo continental, en los que la aplicación de los principios generales suele requerir una minuciosa regulación.

6. LA CLÁUSULA ANTIABUSO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

El artículo 110.2 de la LIS, en la redacción dada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, establece:

«2. 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.

En los términos previstos en el artículo 107 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, los interesados podrán formular consultas a la Administración tributaria sobre la aplicación y cumplimiento de este requisito en operaciones concretas, cuya contestación tendrá carácter vinculante para la aplicación del régimen especial del presente capítulo en éste y cualesquiera otros tributos.»

Con anterioridad, el citado precepto venía a disponer:

«2. 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.»

Dicha redacción era prácticamente idéntica a la establecida por la Ley 29/1991, si bien dicha ley se encargaba de precisar que la regularización se efectuaría con aplicación de sanciones e intereses de demora.

Llegados a este punto hemos de preguntarnos por el sentido y alcance de este precepto, a la luz, tanto de la Jurisprudencia comunitaria antes comentada, como de la doctrina y Jurisprudencia españolas, así como por el sentido de la modificación que en dicho precepto se ha llevado a cabo recientemente.

A los efectos del presente trabajo, conviene comenzar por esta última cuestión, pues nos permitirá profundizar mejor en el desarrollo del análisis general de la cláusula antiabuso establecida por la normativa española.

Al respecto, hay que señalar que la citada modificación se introduce durante la tramitación en el Senado, como consecuencia de la aprobación de la enmienda n.º 228 del Grupo Parlamentario Popular.

La justificación de dicha enmienda, clave, a nuestro juicio, para entender el alcance de tal modificación, reza así:

«En primer lugar, se aclaran las cuestiones relativas a la forma y a la competencia para ejercer la opción por el régimen fiscal especial. Cuestión esta de la máxima importancia, por cuanto dicho régimen afecta necesariamente a los intereses de dos sociedades (adquirente y transmitente) y, en la mayoría de los casos, también de sus socios. Por ello, resulta imprescindible dotar de la máxima transparencia a los acuerdos correspondientes y exigir que los mismos se adopten con participación, o al menos con la aquiescencia tácita, de todos los implicados, sin perjuicio de que formalmente el derecho a la opción y la obligación de comunicarla a la Administración se puedan imputar singularmente a uno de los implicados.

Por otra parte, se introducen mejoras técnicas en la definición de la cláusula antiabuso, con la finalidad de garantizar la máxima seguridad jurídica en su aplicación.»

Como vemos, la modificación realizada en este punto se califica de «mejora técnica», para garantizar la máxima seguridad jurídica en la aplicación de la denominada cláusula antiabuso ²⁷.

De ello cabe deducir, al menos por nuestra parte, que no ha sido el propósito del legislador modificar, en este punto, el sentido de dicha norma, sino, tan sólo, precisar en mayor medida su aplicación con la finalidad de incrementar la seguridad jurídica y de arbitrar, de forma explícita, la posibilidad de presentar consultas sobre esta cuestión, cuya contestación tendrá efecto vinculante.

Este mismo criterio se revela con claridad, a nuestro juicio, en el tenor de la doctrina administrativa, puesta de manifiesto en las contestaciones a consultas vinculantes formuladas sobre la interpretación del apartado 2 del artículo 110 de la LIS.

Al respecto, conviene ahora señalar que la letra f) del apartado 4 del artículo 107 de la Ley General Tributaria, en la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ya había introducido, expresamente, la posibilidad de formular consultas vinculantes en relación con la interpretación y aplicación del conjunto del capítulo VIII del Título VIII de la LIS.

²⁷ La citada Ley 14/2000 ha introducido, sin embargo, importantes modificaciones en ese precepto en lo que concierne al ejercicio de la opción por la aplicación del régimen especial que, a partir de su entrada en vigor, debe hacerse constar, necesariamente, por las entidades que en dicho precepto se indica, en escritura pública, diferenciándose así, de forma nítida el ejercicio de la opción, de la comunicación del mismo a la Administración tributaria.

La novedad, por tanto, de esta nueva precisión legal estriba en que extiende la eficacia vinculante de la contestación, en cuanto a la validez de la motivación económica de la operación, a cualquier otro tributo, lo cual amplía considerablemente el ámbito de la eficacia vinculante de la contestación de la Dirección General de Tributos, que no sólo se extenderá al ámbito de la AEAT del Estado, sino que también resultará aplicable al de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales afectadas, ya que, como es sabido, la aplicación del régimen especial conlleva la aplicación de exenciones en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, tributo cedido a las Comunidades Autónomas y el diferimiento del Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, lo que puede afectar a los Ayuntamientos en los que las entidades transmitentes tengan inmuebles sujetos al citado impuesto ²⁸.

Pues bien, las contestaciones a consultas evacuadas por la Dirección General de Tributos ²⁹, en cuanto al alcance del artículo 110.2 de la LIS en su anterior redacción, manifestaban sin reparos que el hecho de que la operación no se efectuase por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que la operación tiene por finalidad principal, o como una de sus finalidades principales, el fraude o la evasión fiscal.

El resumen de esta doctrina recogida en diversas contestaciones puede sintetizarse en la siguiente forma:

- Se requiere la existencia de una finalidad o propósito de la operación que resulte adecuado.
- 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 enunciar, *a priori*, 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.
- El hecho de que alguna de las sociedades intervinientes no desarrolle actividades empresariales no puede llevar a concluir, sin más, que se trata de una operación realizada con fines de fraude o evasión fiscal.

²⁸ Claro es que, a nuestro juicio, para que esta eficacia vinculante del pronunciamiento de la Administración del Estado pueda imponerse a otras Administraciones tributarias distintas, parece lógico que se arbitre un procedimiento por el cual dicha decisión se les comunique.

No obstante, hay que advertir que, de acuerdo con el Real Decreto 404/1997, de 21 de marzo, por el que se establece el régimen aplicable a las consultas cuya contestación tendrá carácter vinculante para la Administración tributaria, el pronunciamiento de una Administración sólo vincula a sus propios órganos de gestión, por lo que la naturaleza singular de estas contestaciones debe ser estudiada con detenimiento.

²⁹ Contestaciones vinculantes de 22 de junio de 1999 y de 10 de abril de 2000 (referencias V0048/1999 y V0042/2000, respectivamente).

- El hecho de que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que la operación tiene por finalidad principal, o como una de sus finalidades principales, el fraude o la evasión fiscal.
- La alegación de un motivo económico válido lleva a presumir que la operación no se realiza con un propósito eminentemente fiscal. No obstante, su valoración y ponderación definitiva puede exigir que se contemplen globalmente las demás circunstancias que concurren en la operación, lo que deberá efectuarse en fase de comprobación.

Como no podía ser de otra manera, la Administración española ha interpretado el sentido de la cláusula antiabuso a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que, de otra parte, explica perfectamente que los cambios introducidos en la norma sean técnicos, sin perjuicio de la trascendencia que pueda tener la extensión de la eficacia de las contestaciones a consultas a otras Administraciones, pues no habiendo cambiado la norma comunitaria en la que se apoya el precepto, no puede, evidentemente, ser modificada la normativa interna, por cuanto que ya se encuentra adaptada a la misma.

En este contexto, la referencia de las consultas de la Dirección General de Tributos a la necesaria exigencia de que las operaciones acogidas al régimen especial tengan un motivo económico válido resulta de todo punto necesaria, pues integra, en el pleno sentido de la labor interpretativa, el precepto español con la normativa comunitaria que desarrolla.

Esta opinión, sin embargo, no ha sido compartida con unanimidad.

Algunos autores³⁰ entienden que 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 una operación fiscal con finalidad ilícita y culpable.

Por ello, según los mismos autores³¹, sólo cuando se produzca una minoración efectiva en el pago de impuestos que, además, deben ser distintos a los originados como consecuencia de la realización de la operación y ésta carezca de motivación económica podrá, según este criterio, aplicarse la previsión contemplada en el artículo 110.2 de la LIS.

³⁰ Sobre esta cuestión véase LÓPEZ TELLO, Jesús. «La cláusula antiabuso del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores». *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. Septiembre 2000.

³¹ En sentido similar se pronuncia la editorial de la *Revista Quincena Fiscal* del mes de febrero del presente año que señala: «una cabal interpretación de la cláusula antiabuso debe conducir, claramente, a entender que puede quedar excluido el régimen especial de diferimiento de impuestos únicamente cuando se busque ahorrar un tributo distinto de los que se devengarían como consecuencia de las propias operaciones de reorganización, pues carecería de sentido entender dicha cláusula como referida a operaciones realizadas con la finalidad de evitar unos impuestos que sólo se desencadenan si la operación se lleva a cabo, de modo que si la operación de reestructuración no se realizase, tales impuestos no existirían».

Por nuestra parte, en coherencia con lo que venimos sosteniendo, no podemos estar de acuerdo ni en que a la prueba de la inexistencia de motivación económica válida de la operación se deba unir la prueba de la existencia de fraude o evasión fiscal ³², ni en que el concepto de fraude o evasión fiscal referido a estas operaciones se vincule al impago de impuestos distintos de los comprendidos dentro del ámbito de aplicación del régimen especial.

La aplicación combinada de estos dos criterios determinaría que sólo pudiera aplicarse el artículo 110.2 para enervar la aplicación del régimen especial en el supuesto contemplado por la Sentencia Leur-Bloem, es decir, cuando la operación sólo tiene por finalidad la adquisición del derecho a la compensación de pérdidas de sociedades inactivas o en vías de extinción.

Aunque en una apreciación inicial la conclusión a la que lleva la aplicación de este criterio puede resultar lógica: nadie realiza una operación para evitar pagar un impuesto que no hubiera pagado si no hubiera realizado la operación; esa opinión no tiene en cuenta que la complejidad del proceso impide extraer tales conclusiones con un alcance general.

Desde nuestro punto de vista, lo que hay que examinar es la importancia de las sinergias fiscales que pudieran derivarse de la operación, las cuales pueden, en algunos casos, ser superiores, en su cuantía, al importe de los impuestos exentos o diferidos.

Se trata, en definitiva, de comparar la situación de cada una de las sociedades intervinientes antes y después de la operación, estableciendo una correlación entre su volumen de actividad, en función de las operaciones realizadas, y sus cargas tributarias, para determinar si estas últimas han podido disminuir significativamente a raíz de la operación, sin que su volumen de actividad y recursos se haya visto influido en igual manera por dicha circunstancia. Habrá, pues, que analizar con detenimiento aquellas operaciones en las que exista una falta de correspondencia ostensible entre las cargas tributarias soportadas por las empresas antes y después de la operación, motivada precisamente por la de la realización de la misma.

No obstante, ya hemos señalado reiteradamente que la realización de una operación sin motivo económico válido comporta, en sí misma, una ventaja fiscal indebida, por cuanto que se obtienen exenciones de impuestos y diferimientos de las cargas tributarias, sin que la operación alcance ninguno de los objetivos para los que dichas exenciones y diferimientos impositivos fueron previstos.

De ahí que en el precepto comunitario la mera inexistencia de motivación económica válida resulte suficiente para presumir la existencia de fraude o evasión fiscal, sin exigir, además, como hace el artículo 110.2 en su nueva redacción, que la operación se efectúe con la finalidad de conseguir una ventaja fiscal ³³.

³² ¿Qué sentido tendría entonces establecer una presunción como hace la Directiva?, nos preguntamos pues la esencia de la presunción, como es sabido, es dispensar de la prueba de los hechos objeto de la misma.

³³ Sobre esta cuestión, SANZ GADEA, Eduardo, en el número 215 de la *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 215.1 (febrero de 2001), página 107, señala: «En el texto comunitario la ausencia de motivos económicos válidos se configura como un hecho base al que se anuda, vía presunción,

Hemos de tener en cuenta, sin embargo, que, aunque referido al procedimiento, el apartado 43 de la comentada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que «a falta de disposiciones comunitarias más precisas relativas a la aplicación de la presunción prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 11, corresponde a los Estados miembros determinar, aplicando el principio de proporcionalidad, las modalidades necesarias al objeto de aplicar esta disposición.»

Esta referencia a la proporcionalidad puede ser entendida, desde nuestro punto de vista, tanto referida al procedimiento a seguir, en la vertiente de su viabilidad, como en cuanto a la razonabilidad de la denegación de la aplicación del régimen en aquellos casos en que, aunque la operación carezca de motivación económica válida de suficiente entidad, las ventajas fiscales obtenidas como consecuencia de su realización sean escasas o irrelevantes, pues, en tales casos, la incidencia del denominado fraude o abuso sería también mínima, lo que haría que, por razones de proporcionalidad y viabilidad, no resulte operativo cuestionar el proceso.

En este contexto, y desde la tesis que venimos manteniendo, cabe entender la referencia a la finalidad de obtener una ventaja fiscal como medio de avalar, con mayor claridad, la inexistencia de motivación económica válida, nunca como un requisito añadido y necesariamente concurrente con éste. Asimismo y cuando tal motivación económica existe y es de suficiente entidad en relación con las ventajas fiscales obtenidas, esta circunstancia forma parte lógica y natural del proceso y no permite ponerlo en cuestión. Las sinergias fiscales, en tales casos, se unen a las demás inherentes al proceso.

Por su parte, nuestros Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, en la escasísima jurisprudencia existente, referida, por lo demás, en su integridad, al Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos, han considerado, sin ningún tipo de dudas, que cualquier motivación económica distinta de las propias de la reorganización empresarial en cuanto que constituya el objetivo de la operación, resulta inapropiada para obtener los beneficios inherentes a la aplicación del régimen fiscal especial.

Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en su Sentencia de 17 de mayo de 1997, en relación con una operación de cesión de inmuebles afectos a una rama de actividad que fueron aportados a una sociedad de nueva constitución, con aplicación de beneficios fiscales y que, dos meses después, fueron enajenados por dicha sociedad, la cual, inmediatamente, cesó en su actividad en la provincia y se trasladó a Barcelona, señala: «esta Sala conviene, sin necesidad de recurrir a ningún complicado criterio de interpretación de la normativa tributaria que la voluntad *legis* y

el hecho-consecuencia del fraude o la evasión fiscal, y la ventaja fiscal, ausente del texto comunitario, solamente juega un papel a partir de la elaboración jurisprudencial del Tribunal de Justicia en el sentido de no constituir un motivo económico válido.

En el texto patrio los motivos económicos válidos no fundamentan una presunción, y la ventaja fiscal, presente en el mismo, juega un papel esencial.

Es importante resaltar la diferente función de la ventaja fiscal en uno y otro precepto. 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.»

legislatoris de la Ley 29/1991, era, sin perjuicio de la de cumplimiento de la normativa comunitaria, la de fomentar la actividad empresarial, agilizando la realización de las operaciones mercantiles que regulaba mediante la simplificación de trámites».

Consecuentemente con lo anterior, manifiesta el citado Tribunal que, si se probara que las operaciones fueron realizadas principalmente con fines de fraude o evasión fiscal (a tales efectos, se considera que la operación está destinada únicamente a la consecución de los beneficios fiscales y la subsiguiente evitación de los impuestos procedentes, donde se incluye el de autos, el Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos), se perdería el derecho al régimen especial, procediendo la Administración a la regularización de la situación tributaria de los sujetos que intervinieron en dicha operación.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en su Sentencia de 24 de enero de 2000, analiza otro caso de aportación de inmuebles afectos a una rama de actividad a una sociedad de nueva constitución, que se subroga en todos los contratos relativos a dichos bienes y, en particular, en los contratos laborales de la plantilla afecta a dicha actividad.

En el caso planteado y, tras una serie de incidentes laborales, llega el asunto al Juzgado de lo Social y se adjudican a los trabajadores las fincas aportadas en su día al amparo del régimen especial.

Se alega, al efecto, por el Ayuntamiento de Murcia que la intención de la recurrente, al realizar la referida aportación no dineraria, no era la de incorporar esos activos a la creación de un establecimiento industrial permanente, sino la de proceder al cierre de su fábrica en Murcia, acreditándose por los actos propios de la transmitente y por las circunstancias concurrentes en la aportación que ésta se realizó con los únicos fines de evasión fiscal.

Al respecto, señala la citada Sentencia que:

«Ha de precisarse que la Ley 29/1991 no establece ningún requisito para la aplicación del régimen tributario contenido en la misma, bastando que se realicen las operaciones previstas en su artículo 1 y que se comunique previamente al Ministerio de Economía y Hacienda (art. 16.1), sin perjuicio de las obligaciones contables de la sociedad adquirente, en su caso (art. 14)».

En el artículo 16.2 de la Ley se establece que «cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo 1, se probara que las mismas se realizaron 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». Entiende la parte demandada que la actora ha incurrido en este supuesto de pérdida del derecho al régimen tributario establecido en la Ley 29/1991, pero esta tesis no puede ser compartida por los siguientes motivos: en la resolución impugnada no se hace referencia alguna a que con la operación de aportación no dineraria intentara la recurrente eludir el pago del Impuesto sobre el Incremento del Valor

de los Terrenos, ni ningún otro tributo, sino al objetivo perseguido de protegerse de las reclamaciones laborales, liquidando así la empresa con el menor coste posible por dicho concepto; en segundo lugar, no resulta lógico que todo el complejo mecanismo descrito en el primer fundamento de derecho de esta Sentencia, 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. Por último, 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 número 1 de Murcia, siendo, en su caso, sujeto pasivo del tributo la entidad transmitente, de conformidad con el artículo 107 b) de la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales, manteniéndose, por tanto, el principio de neutralidad en que se basa la Ley 29/1991.

Ahora bien, cuestión distinta de la anterior, es decir, la pérdida del derecho a la aplicación de ese régimen tributario, es la existencia previa de dicho derecho. Alega la recurrente que para ello no es preciso el cumplimiento de ningún requisito, bastando la comunicación previa al Ministerio de Economía y Hacienda. Sin embargo, todas las normas jurídicas se dictan para su aplicación a unos supuestos de hecho determinados en las mismas, y con una finalidad concreta. En la Ley 29/1991 el supuesto de hecho que se contempla para la aplicación de ese régimen tributario especial establecido por la norma es el de aquellas operaciones consistentes en fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones. Así, la Exposición de Motivos señala que «a través de estos negocios jurídicos se realizan habitualmente importantes operaciones económicas de concentración y reestructuración de empresas; de ahí su relevancia fiscal».

Por ello, y teniendo en cuenta que la Exposición de Motivos de una ley, como interpretación auténtica de la misma, permite que se interprete y aplique de acuerdo con la intención manifestada del legislador, resulta evidente que cuando cualquiera de las operaciones previstas en el artículo 1 de la Ley 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 fiscal 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.

Y eso es precisamente lo que sucede en el caso enjuiciado, en el que formalmente se ha llevado a cabo una aportación de una 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, y planificado en diciembre de 1993, puesto que en una sola reunión del Consejo de Administración, celebrada el día 29 de dicho mes y año, se acordó todo el conjunto de operaciones que integraban dicho proceso, se concluye que la finalidad perseguida por la recurrente no era otra que liberarla de cualquier responsabilidad frente a las reclamaciones de los empleados, permitiéndole 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, además de aquellos a que se hace referencia en la resolución recurrida, 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 primero resulta inequívoco, y es que mediante la constitución de una nueva entidad, a la que se efectuó la aportación no dineraria, se consiguió que esta sociedad se subrogara en todos los contratos de trabajo de la recurrente, con lo que, a partir de ese momento, las reclamaciones por despido no podían dirigirse contra la misma y, a cambio de ello, se aportaron los terrenos que eran precisamente los bienes con los que se pretendían saldar tales responsabilidades. Por otra parte, no resulta explicable desde el punto de vista empresarial que se suscriban participaciones en una sociedad por un importe de más de novecientos millones de pesetas y se vendan en el mismo día por diez millones de pesetas a otra sociedad, si no es con la finalidad, acreditada con la constitución posterior de hipoteca de máximo sobre los terrenos, de que sociedades ajenas a la recurrente hicieran frente, como efectivamente sucedió, a las obligaciones derivadas de la extinción de los contratos de trabajo.

En definitiva, con las operaciones realizadas por la recurrente se dio cumplimiento al objetivo perseguido, es decir, que la nueva entidad cumpliera con tales obligaciones derivadas de los despidos de la plantilla mediante la adjudicación de los terrenos, lo que no consta que perjudicara a los trabajadores afectados, ni que vulnerara norma legal alguna. Ello no obstante, tal objetivo no es el propio de las operaciones previstas en el artículo 1 de la Ley 29/1991 y, por tanto, no es de aplicación a la transmisión de los terrenos el régimen fiscal establecido en la misma, de lo que se concluye que la citada transmisión está sujeta al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos, por lo que el primero de los motivos del recurso ha de ser desestimado.

En consecuencia y, de acuerdo con esta doctrina, la inexistencia de motivación económica de concentración o reestructuración empresarial apreciada en un caso concreto permite que, teniendo en cuenta la Exposición de Motivos de la Ley 29/1991, como interpretación auténtica de la misma, dicha ley se interprete y aplique de acuerdo con su finalidad, por lo que, cuando las operaciones que se realicen no sean operaciones tendentes a la reestructuración empresarial o a la concentración de empresas, aunque formalmente puedan revestir dicha apariencia, el régimen fiscal no será aplicable, pues no responden a la finalidad del mismo.

Vemos pues que nuestros Tribunales de Justicia han interpretado la cláusula antiabuso en forma análoga ³⁴ a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo que ninguna duda nos queda acerca del sentido general, finalidad y alcance de la cláusula antiabuso en nuestro Derecho y en el ordenamiento comunitario, en el que, además, cabe formular una teoría acerca del alcance y significado general de estas cláusulas en el ámbito de la imposición directa y de los límites que ello comporta en relación con la normativa interna.

³⁴ En realidad, concretan aún más esa interpretación extendiéndola a cualquier motivación que no sea propia de concentración o reestructuración.

El criterio de nuestros Tribunales nos pone de manifiesto que no hay que poner la atención exclusiva en la obtención de ventajas fiscales como único motivo determinante para la inaplicación del régimen, sino que puede haber otros motivos económicos que, igualmente, no se consideren válidos para la aplicación de este régimen especial.

Ello nos lleva a poner de relieve la importancia de la validez del motivo económico de la operación, en cuanto dirigido a la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, considerando que cualquier motivación distinta de las anteriores, en la medida que permita alcanzar unas ventajas o resultados económicos de importancia superior a los que se deriven de la reestructuración o racionalización de actividades, no resulta adecuada a efectos de la aplicación del régimen fiscal especial.

No se nos escapa la dificultad que encierra este análisis, de ahí que aun cuando pudiera ser utilizado en casos concretos, a nuestro juicio, ello debería hacerse sólo cuando las ventajas obtenidas, distintas de las consideradas válidas, fuesen notorias y evidentes ya que, en modo alguno, se debe enjuiciar desde la Administración la idoneidad o el acierto o racionalidad de las decisiones empresariales³⁵, sino tan sólo la adecuación de la aplicación del régimen especial al caso planteado, teniendo en cuenta que, como claramente ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cualquier decisión administrativa en este campo debe quedar, necesariamente, sometida a revisión jurisdiccional.

7. REFLEXIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA APLICAR LA CLÁUSULA ANTIABUSO EN NUESTRO DERECHO

La determinación de los supuestos en que resulta posible aplicar la denominada «cláusula antiabuso», tal como ha quedado expuesto en la primera parte de este trabajo, conduce, inevitablemente, a preguntarnos por el procedimiento a través del que dicha determinación puede llevarse a cabo, así como sobre las consecuencias y forma del acto administrativo que, de estimar que concurren las circunstancias legalmente previstas, pudiera dictarse.

Para ello, lo primero que hemos de examinar es el procedimiento de aplicación del régimen fiscal especial para el propio contribuyente.

³⁵ Sobre esta cuestión, la editorial de la *Revista Quincena Fiscal* anteriormente mencionada señala: «difícilmente será de aplicación la presunción introducida por la Ley de Acompañamiento 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 nuestra parte, añadiríamos que, a nuestro juicio, no se trata de decidir sobre el carácter necesario o razonable de tal reestructuración, sino sobre la adecuación de las ventajas fiscales obtenidas como consecuencia de la misma en relación con la concentración o reestructuración alcanzada.

Superado el régimen de autorización administrativa, contemplado en la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, instauró, como ya hemos indicado, un sistema libre de todo formalismo, pues no requería más que la mera comunicación a la Administración tributaria de la realización de la operación con carácter previo a la inscripción de la correspondiente escritura pública en el Registro Mercantil.

El artículo 110.2 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, continuó en esta misma línea, habiendo determinado, además, la Dirección General de Tributos en contestaciones a consultas vinculantes³⁶ que «la comunicación de la opción para la aplicación del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores se configura como una obligación formal, cuya finalidad es facilitar a la Administración el conocimiento de un acto con trascendencia fiscal, y no como un requisito para la aplicación del régimen. Atendiendo a esta naturaleza, la falta o el retraso en el cumplimiento de la comunicación no anula la opción adoptada por el sujeto pasivo, sin perjuicio de que dicho incumplimiento pueda ser constitutivo de infracción tributaria simple.»

La derogación de la Ley 29/1991, por la Ley 43/1995, produjo, sin embargo, un efecto singular, pues, al incardinarse un régimen fiscal especial completo que afecta a diversos tributos en la LIS, las referencias que en las leyes de otros tributos incluidos en dicho régimen se efectuaban a la Ley 29/1991, se debieron entender efectuadas, en virtud de lo previsto en la disposición adicional octava de la Ley 43/1995, a los preceptos de dicha Ley³⁷.

Y no sólo se entienden sustituidas las referencias al régimen especial por las correlativas de la LIS, sino que, incluso, el diferimiento establecido en el Impuesto Municipal del Incremento del Valor de los Terrenos, se contiene en el apartado tercero de la citada disposición adicional.

³⁶ Consulta vinculante V0087/1999, de 7 de octubre.

³⁷ La citada disposición es del siguiente tenor: «Disposición adicional octava. Referencias a la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de Adecuación de Determinados Conceptos Impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas contenidas en distintas disposiciones. Régimen del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana en determinadas operaciones.

1. Las referencias que el artículo 7.1.º b), de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, hace a las operaciones del artículo 1 y a la definición de rama de actividad del artículo 2, apartado 4, de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de Adecuación de Determinados Conceptos Impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, siempre que las operaciones tengan derecho al régimen tributario regulado en el título primero de la citada Ley, se entenderán hechas al régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de ramas de actividad y canje de valores definidos en el artículo 97 de la presente Ley.
2. Las referencias que el artículo 21 y el artículo 45.1 b).10 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados hacen a las definiciones de fusión y escisión del artículo 2, apartados 1, 2 y 3, de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de Adecuación de Determinados Conceptos Impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, se entenderán hechas al artículo 97, apartados 1, 2, 3 y 5, y al artículo 108 de la presente Ley y las referencias al régimen especial del Título I de la Ley 29/1991, se entenderán hechas al capítulo VIII del Título VIII de la presente Ley.
3. No se devengará el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana con ocasión de las transmisiones de terrenos de naturaleza urbana derivados de operaciones a las que resulte aplicable el régimen especial regulado en el capítulo VIII del Título VIII de la presente Ley, a excepción de las relativas a terrenos que se aporten al amparo de lo previsto en el artículo 108 de esta Ley cuando no se hallen integrados en una rama de actividad.»

De esta suerte, la normativa del IS tiene en este campo un doble carácter; de una parte, es normativa propia de dicho impuesto en cuanto que regula el tratamiento propio de las materias propias del mismo y, de otra, contiene también normativa aplicable en el ámbito de otros tributos, en cuanto que las remisiones formuladas en la regulación de los mismos se entienden ahora efectuadas al ámbito y contenido de dicha ley.

Así sucede con el contenido de los artículos 97 y 108, que definen las operaciones a las que se aplica el régimen especial y los requisitos que, al efecto, se establecen, y con el artículo 110, en cuanto que regula la aplicación del régimen especial por el sujeto pasivo y las competencias que, en esta materia, asisten a la Administración tributaria.

Esta técnica normativa produce un curioso efecto, pues la comunicación del ejercicio de la opción por el régimen especial a la Delegación de la Agencia Estatal de Administración del domicilio fiscal de las entidades intervinientes en las referidas operaciones, o a las Dependencias Regionales de Inspección o a la Oficina Nacional de Inspección, tratándose de sujetos pasivos adscritos a las mismas, tal como previene el actual apartado 4 del artículo 48 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 537/1997, de 14 de abril, surte efecto ante las Administraciones autonómicas, cuando procede aplicar exenciones en el ámbito del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y ante las Corporaciones Locales, en orden al diferimiento del Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos.

Los problemas que se pudieran originar por la falta de remisión de estas comunicaciones a las Administraciones autonómicas y locales ³⁸, han tenido que ser resueltos con un criterio práctico; así, la consulta de la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales de 22 de febrero de 2000, ha venido a señalar:

«Resulta que el régimen especial aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores se aplicará, exclusivamente, en los casos que así lo decida el sujeto pasivo, de donde se concluye que dicho régimen especial sólo se aplica a los sujetos pasivos que opten expresamente por el mismo. En concreto a los documentos que puede exigir el Ayuntamiento para verificar que dicha opción se ha producido, sin perjuicio de las facultades que la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, otorga a las Entidades Locales para desarrollar por vía de Ordenanza fiscal sus tributos, debe indicarse, a modo de ejemplo, que puede parecer razonable exigir del sujeto pasivo que aporte una copia de la opción por el régimen especial dirigida a los órganos del Ministerio de Economía y Hacienda a que se refiere el artículo 51.5 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades» ³⁹.

³⁸ Dado el contenido sucinto de estas comunicaciones no resulta posible, en ningún caso, determinar, a la vista del mismo, las Administraciones tributarias, autonómicas o locales, que pudieran verse afectadas por la misma.

³⁹ Al respecto, una práctica relativamente frecuente que permite resolver estos problemas de comunicación es la de incorporar copia de la comunicación dirigida a la AEAT, junto con los documentos anejos a la correspondiente escritura pública, de suerte que esa comunicación queda protocolizada.

En consecuencia, a la vista de que con la mera comunicación del sujeto pasivo procede la aplicación del régimen especial en todos los impuestos afectados por el mismo, hemos de preguntarnos si el procedimiento para enervar la aplicación del mismo debiera ser también unitario.

Lo cierto es, sin embargo, que nuestro ordenamiento no ha contemplado esta hipótesis, por lo que la posibilidad de no aplicar el régimen especial cuando la operación no tenga motivo económico válido sólo podrá ejercitarse en el curso de las actuaciones de comprobación e investigación, a que se refieren los artículos 10 y 11 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, aprobado por Real Decreto 939/1986, de 25 de abril.

Estas actuaciones pueden ser realizadas por las Administraciones tributarias competentes en el ámbito de sus respectivos impuestos y procedimientos.

De ello cabe concluir que, en orden a la posible inaplicación del régimen, no existe vinculación en las decisiones de las diferentes Administraciones que pudieran verse afectadas, como así se desprende claramente del contenido de las Sentencias de lo Contencioso-Administrativo examinadas anteriormente, en las que se analiza la procedencia de la inaplicación de la exención controvertida en el ámbito del Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos, sin hacer ningún pronunciamiento en cuanto a la procedencia de las exenciones impositivas en otros tributos distintos ni, tan siquiera, ante Ayuntamientos distintos del personado en la causa, en la hipótesis de que el sujeto pasivo hubiera contado con bienes inmuebles sujetos a dicho impuesto en distintos términos municipales, como no podía ser de otra manera, dado el principio de congruencia procesal.

No obstante lo anterior, hemos de tener en cuenta que, a partir del 1 de enero de este año, existe la posibilidad de formular consultas cuya contestación tendrá efecto vinculante ante el conjunto de las Administraciones implicadas. Al respecto, hay que reconocer que la tarea de resolver estas consultas no va a resultar sencilla, pues es posible que sólo a la vista de los resultados concretos obtenidos por la realización de una concreta operación, pueda determinarse de forma más o menos precisa, el verdadero fin de tal operación ⁴⁰.

Evidentemente, esta unidad de criterio sólo se producirá en el supuesto de que el sujeto pasivo formule una consulta cuya contestación tenga efecto vinculante, ya que, en otro caso, las Administraciones tributarias siguen sus propios criterios en orden a la comprobación y regularización de los tributos de su competencia.

⁴⁰ De hecho, en las contestaciones vinculantes que, hasta la fecha, se han emitido, se suele incluir un párrafo que matiza que, aunque en principio es posible presumir que la operación no se realiza con fines de fraude o evasión fiscal, la valoración y ponderación definitiva de esta circunstancia puede exigir que se contemplen globalmente las demás circunstancias que concurran en la operación, lo que podrá efectuarse en fase de comprobación.

No obstante, y aunque la existencia de un procedimiento unitario pudiera, en principio, parecer deseable, hay que advertir que no siempre es necesaria, pues la obtención de ventajas fiscales indebidas puede producirse sólo en el ámbito de uno de los tributos afectados por el régimen especial y no en los restantes ⁴¹.

En consecuencia y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 110.2, la pérdida del derecho al disfrute del régimen especial debe producirse, en su caso, en el marco del procedimiento de comprobación e investigación y en el contexto de la pertinente regularización, sin que, a tal efecto, se deba incoar un expediente de fraude de ley ⁴².

Aunque pueda existir cierta similitud con esta figura tributaria, hay que subrayar que el fraude de ley pone el acento en el propósito de eludir el pago del tributo amparándose en normas dictadas con distinta finalidad, mientras que, tal como venimos señalando en este trabajo, la esencia de la aplicación de la cláusula antiabuso reside en impedir la aplicación del régimen especial a operaciones carentes de motivación económica válida, entendiéndose por tal la propia de las operaciones de concentración o reestructuración empresarial. Hemos manifestado, también, que existiendo esta motivación en forma adecuada, la obtención de ventajas fiscales no impediría el disfrute del régimen fiscal ⁴³.

La utilización del procedimiento ordinario de comprobación a los efectos de establecer la pérdida de la aplicación del régimen especial plantea, sin embargo, la cuestión de la procedencia de imposición de sanciones en los supuestos en que esta pérdida pudiera ser decretada.

Al respecto, hay que recordar que el artículo 16 de la Ley 29/1991 se manifestaba categóricamente a favor de esta posibilidad, mientras que en la Ley 43/1995 no se hace ninguna mención al respecto.

⁴¹ Pensemos, por ejemplo, en una aportación no dineraria especial consistente en la aportación de un crédito por el accionista principal para su compensación, que se pretende acoger al régimen especial al amparo de lo previsto en el artículo 108 de la LIS. La Dirección General de Tributos ha entendido que la compensación de créditos no es propiamente una aportación no dineraria y que, por tanto, no puede acogerse al régimen especial. En estos casos, en principio, no parece que haya otro impuesto afectado por la aplicación del régimen especial que el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, concepto «Operaciones Societarias» exigible por la ampliación de capital determinada por la compensación del crédito. En esas circunstancias, no parece que tenga sentido que otras Administraciones tributarias, distintas de la autonómica competente, se pronuncien en el caso concreto sobre la procedencia o no de disfrutar de la exención correspondiente, sin perjuicio de la necesaria unidad de criterio en cuanto a la inclusión o no de tales operaciones en el ámbito de aplicación del régimen especial.

⁴² De acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del artículo 24 de la Ley General Tributaria: «El fraude de ley tributaria deberá ser declarado en expediente especial en el que se dará audiencia al interesado.»

⁴³ En contra de esta opinión, la citada editorial de *Quincena Fiscal* señala lo siguiente: «Esta remisión al ordenamiento interno permite afirmar la necesidad de acudir al procedimiento especial de declaración de fraude de Ley previsto en el artículo 24 LGT (de imposible aplicación, por cierto, en tanto no se desarrolle reglamentariamente), en cuanto que de otro modo la regularización tendente a la inaplicación de la Directiva de fusiones, por razones antielusorias, podría realizarse con menos garantías que las previstas en el ordenamiento interno para supuestos similares de negación de una ventaja fiscal en razón del móvil puramente fiscal –o «propósito de eludir el pago del tributo»– del sujeto pasivo. Existe, en este sentido, una abundante jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, por ejemplo a efectos de devolución de ingresos indebidos, según la cual las garantías del contribuyente no pueden ser menores cuando se trata de la aplicación del ordenamiento comunitario que cuando se trata de cuestiones puramente internas.»

Por nuestra parte, esta última regulación nos parece la más correcta, pues aquí, más que en ninguna otra materia, no resulta procedente tipificar, ni mucho menos calificar, apriorísticamente cualquier conducta.

Al respecto, pensamos que hay que examinar las circunstancias del caso para determinar si ha habido algún tipo de infracción y si concurre o no la culpabilidad necesaria para apreciar la antijudicialidad de la conducta, lo que no necesariamente tiene que producirse.

Pensemos, por ejemplo, en una operación de reorganización corporativa en la que la motivación económica resulte inapreciable o muy insuficiente en función de las circunstancias externas y resultados de la misma y que, sin embargo, comporte unas ventajas fiscales de gran entidad, cuyo disfrute no determine, en sí mismo, el incumplimiento de la normativa de ningún tributo.

Pues bien, entendemos que si, en tal caso, la Administración utiliza la facultad que le brinda el artículo 110 de la LIS, es perfectamente posible que no se impongan sanciones, por cuanto que lo que existe es una discrepancia en cuanto a la adecuación de las ventajas fiscales obtenidas a la vista de la reestructuración realizada, un abuso, en sentido amplio, como venimos reiterando, en la aplicación de dicho régimen fiscal especial y no un fraude tributario en sentido estricto. En tal caso, y desde nuestro punto de vista, la apreciación de este «abuso» en sentido amplio no requiere la imposición de sanción, pues no constituye, en sentido estricto, una infracción tributaria. Las facultades de la Administración para su prevención dimanar de la normativa comunitaria que habilita a las Administraciones de los Estados miembros a prevenir estos supuestos de aplicaciones abusivas de la normativa dictada para favorecer la competencia empresarial en operaciones en las que la finalidad de concentración o reestructuración es inexistente.

Expresando esta conclusión en forma sencilla, podríamos decir que si bien resulta legítimo posicionarse en aquellas situaciones que determinan, dentro del marco normativo existente, la exigencia de menores impuestos, este «posicionamiento» no debe ser incentivado por la propia normativa tributaria, facilitando la aplicación de exenciones y beneficios fiscales a operaciones que no tienen más finalidad que la de provocar «ahorros» impositivos.

Y con esto volvemos, de nuevo, al principio de neutralidad que comentábamos al comienzo de este trabajo; las disposiciones fiscales no deben ser un obstáculo a la realización de estas operaciones, pero, tampoco, deben ser un estímulo para que se utilicen como mecanismo para evitar el pago de impuestos sin aportar ninguna ventaja a la competencia empresarial.

8. CONSIDERACIÓN FINAL

A lo largo de este trabajo se ha tratado de poner de manifiesto la incidencia que la motivación de las operaciones de fusión y otras operaciones asimiladas tiene en orden al disfrute del régimen fiscal especial.

Hemos pretendido, también, demostrar que la normativa comunitaria concede a los Estados miembros una amplia discrecionalidad, dentro de las máximas garantías y sometida, siempre, a la necesaria revisión jurisprudencial, para evitar o reprimir el «abuso», en sentido amplio, de las disposiciones de la propia Directiva comunitaria, que se originaría por la aplicación de sus disposiciones a operaciones ajenas a las finalidades perseguidas por la misma.

Ahora bien, esta libertad de apreciación impide a los Estados miembros, como consecuencia de la necesaria armonización, regular previamente los supuestos en los que procedería denegar la aplicación del régimen especial, por cuanto que ello supondría, además, que los Estados miembros pudieran limitar, en sus respectivos ordenamientos, la aplicación de la normativa comunitaria, al establecer supuestos o circunstancias, no previstas en la misma, en los que cabría denegar su aplicación, lo que, en el caso de operaciones transnacionales pudiera, incluso, originar un conflicto entre Estados, si la regulación respectiva no fuese coincidente, esto es, si en el Estado miembro de una de las partes intervinientes una operación con unas circunstancias determinadas se considerara abusiva y, en el Estado de otra de las partes intervinientes, esta misma operación se considerase perfectamente válida.

Esta falta de regulación dificulta notablemente la utilización de esta facultad por parte de aquellas Administraciones tributarias, como la española, en las que la aplicación directa de los principios generales, con base en la jurisprudencia existente, no resulta el modo habitual de aplicación del Derecho.

De ahí que, de cara a una eventual armonización, y, ante la falta de regulación previa de los supuestos que impedirían la aplicación del régimen especial, sólo quede abierta la vía de tipificar el modo de sopesar la motivación económica esgrimida a la vista de los resultados obtenidos. Por esta razón, precisamente, algunos de los autores extranjeros han propuesto la implantación de un test acerca de la entidad del motivo o propósito comercial de cada operación que, a nuestro modo de ver, debería, en caso de implantarse, decantarse por una de estas dos alternativas: bien presuponer la existencia de motivación comercial en toda operación en la que concurran ciertos requisitos mínimos, bien la de, adicionalmente, determinar la proporción que deben guardar tales requisitos con el resto de magnitudes y sinergias obtenidas en el proceso por las partes intervinientes, al objeto de determinar el carácter, principal o accesorio, del motivo en cuestión.

Preciso es reconocer, sin embargo, que no parece que haya, al menos de forma inmediata, una previsión sobre la regulación de estas cuestiones, por lo que no parece ahora el momento oportuno de ponderar las ventajas e inconvenientes de cada una de las alternativas propuestas.

De esta suerte y aunque pensamos que con el análisis realizado, a la vista de la doctrina y jurisprudencia existente, hemos conseguido concretar un concepto jurídico indeterminado, el fraude o evasión fiscal, en el sentido del artículo 11.1 de la Directiva 90/434/CEE, entendido como aplicación injustificada de los beneficios fiscales derivados de la misma, no podemos dejar de reconocer que esta configuración se apoya en otro concepto jurídico, el de la motivación económica válida suficiente, que, en cierto modo, también resulta indeterminado, y que, por razones análogas a las esgrimidas en relación con el fraude o abuso, tampoco puede ser regulado por los Estados miembros, por lo que, en consecuencia, deberá ser objeto de análisis individualizado.