

Anatomía tributaria de ocho resoluciones: el TEAC y el artículo 89.2 de la LIS

Antonio Durán-Sindreu Buxadé

Doctor en Derecho.

Profesor de la Universidad Pompeu Fabra (España)

ads@duransindreu.com

Extracto

El TEAC ha dictado recientemente diversas resoluciones con relación al artículo 89.2 de la LIS en la que se fija su criterio interpretativo con relación a cómo hay que regularizar los efectos abusivos de aquellas ventajas fiscales que se han conseguido al realizar una operación de reestructuración empresarial cuya finalidad principal es la fiscalidad. Nos estamos refiriendo al régimen fiscal especial de diferimiento previsto en el capítulo VII de la LIS, comúnmente denominado régimen FEAC (fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores).

Las resoluciones son importantes por la relevancia que una vez más se concede a los motivos económicos válidos, porque contradicen y reinterpretan la doctrina de la DGT recogida en la Consulta V2214/2023, de 27 de julio, y porque fijan el criterio interpretativo del tribunal con relación al artículo 89.2 de la LIS, relativo a la regularización de la ventaja fiscal que de forma abusiva se ha conseguido.

La finalidad de nuestro trabajo es analizar su contenido y proponer una interpretación alternativa de dicho artículo.

Palabras clave: ventaja fiscal; efectos fiscales abusivos; motivo económico válido; fraude fiscal; operaciones de reestructuración; ventajas fiscales abusivas; abuso; delusión fiscal; prácticas abusivas.

Recibido: 19-02-2025 / Aceptado: 19-02-2025 / Publicado: 14-03-2025

Cómo citar: Durán-Sindreu Buxadé, A. (2025). Anatomía tributaria de ocho resoluciones: el TEAC y el artículo 89.2 de la LIS. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 505(1), 34-82. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2025.24367>



Tax anatomy of eight resolutions: The Central Economic-Administrative Tribunal and article 89.2 of the Corporate Income Tax Law

Antonio Durán-Sindreu Buxadé

Abstract

The Central Economic Administrative Court has recently issued several resolutions in relation to article 89.2 of the LIS in which it sets its interpretative criterion in relation to how to regularize the abusive effects of those tax advantages that have been obtained when carrying out a business restructuring operation whose main purpose is taxation. We are referring to the special tax deferral regime provided for in chapter VII of the LIS, commonly known as the FEAC regime (mergers, spin-offs, asset contributions and exchange of shares).

The resolutions are important because of the relevance once again given to valid economic reasons, because they contradict and reinterpret the doctrine of the General Directorate of Taxes contained in its Resolution CV2214/2023, of July 27, and because they establish the interpretative criteria of the Court in relation to article 89.2 of the LIS relating to the regularization of the tax advantage that has been obtained in an abusive manner.

The purpose of our work is to analyze its content and propose an alternative interpretation of this article.

Keywords: tax advantage; abusive tax effects; business purpose test; tax fraud; restructuring operations; abusive tax advantages; abuse; tax avoidance; abusive practices.

Received: 19-02-2025 / Accepted: 19-02-2025 / Published: 14-03-2025

Citation: Durán-Sindreu Buxadé, A. (2025). Anatomía tributaria de ocho resoluciones: el TEAC y el artículo 89.2 de la LIS. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 505(1), 34-82. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2025.24367>



Sumario

1. A modo de breve introducción
2. Supuesto de hecho y controversia jurídica
3. La fiscalidad de los negocios realizados
4. Breve referencia a la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009
 - 4.1. El objetivo de la directiva
 - 4.2. La finalidad de fraude como único requisito para inaplicar el régimen fiscal especial
5. El caso de autos
 - 5.1. El principio de calificación y el artículo 89.2 de la LIS
 - 5.2. El concepto de ventaja fiscal y de ventaja fiscal «abusiva»
 - 5.3. La existencia de una «ventaja fiscal», sus «efectos abusivos» y la «disponibilidad» sobre los dividendos
 - 5.4. La realidad jurídica aparente sin sustrato económico real
 - 5.5. La inexistencia de un abuso en la aplicación del derecho
 - 5.6. La inexistencia de un vacío normativo
 - 5.7. La regularización de los efectos de la ventaja fiscal
6. De vuelta con los «motivos», y a modo de reflexión final

1. A modo de breve introducción

El 22 de abril de 2024 y el 27 de mayo de idéntico año, el TEAC dictó cinco importantes resoluciones (RG 6448/2022, 6452/2022, 6513/2022, 6550/2022 y 3426/2021, respectivamente).

Con posterioridad, el 19 de noviembre de 2024, el TEAC dictó una nueva resolución que confirma y completa la doctrina fijada en sus anteriores resoluciones (RG 8869/2021) y, poco después, el 12 de diciembre de idéntico año, dictó dos nuevas resoluciones (RG 6543/2024 y 5937/2024) en resolución al recurso contra la ejecución del acuerdo de la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de la AEAT en Galicia por el que se da cumplimiento a las Resoluciones del TEAC de 22 de abril y 27 de mayo, citadas anteriormente.

El objeto de la controversia en todas ellas es la aplicación del régimen fiscal especial del capítulo VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del IS (LIS), comúnmente denominado régimen FEAC (fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores), y de su regularización.

Las resoluciones son importantes por tres motivos. El primero, por la relevancia que una vez más el TEAC concede a los motivos económicos válidos. El segundo, porque contradicen y reinterpretan la doctrina de la DGT recogida en la Consulta V2214/2023, de 27 de julio. Y tercero, por la interpretación del tribunal con relación al artículo 89.2 de la LIS, relativo a la regularización de la ventaja fiscal que de forma abusiva se ha conseguido.

La finalidad de nuestro trabajo es analizar el contenido de tales resoluciones, así como la de proponer una interpretación alternativa al artículo 89 de la LIS.

Dada la identidad sustancial y literal entre las ocho resoluciones, todas las referencias que en el trabajo se hacen a las mismas se refieren a la Resolución de 22 de abril de 2024 (en adelante, resolución o la resolución) y a los fundamentos de derecho que en ella se recogen.

Cabe indicar, por último, que hemos omitido expresamente todo tipo de referencias a la doctrina administrativa, jurisprudencial o científica, con la finalidad de expresar tan solo nuestra opinión con el único apoyo de la normativa vigente.

2. Supuesto de hecho y controversia jurídica

Antes de iniciar el análisis de las resoluciones, es necesario resumir los hechos cuyas consecuencias jurídicas constituyen el objeto de la controversia.

Se trata de un/una contribuyente, persona física, que aporta a una sociedad *holding* la totalidad de las acciones o participaciones de una sociedad operativa de las que es titular. Su valoración se ajusta a las reglas especiales de valoración del artículo 37.1 d) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF (LIRPF), e incluye, por tanto, el importe del patrimonio neto (capital y reservas) de la sociedad cuyas acciones o participaciones se aportan.

El contribuyente considera que la aportación cumple los requisitos para que el régimen fiscal especial del capítulo VII del título VII de la LIS se aplique. Por tanto, este no integra en la base imponible de su IRPF el importe de la ganancia patrimonial que en el momento de aportarse tales acciones o participaciones se produjo.

Después de su aportación, la sociedad operativa reparte en favor de la sociedad *holding* dividendos con cargo a los beneficios no distribuidos que la sociedad operativa había obtenido hasta el momento de la aportación. La sociedad *holding*, que es el nuevo socio de la sociedad operativa, destina su importe a la compra de activos financieros que no se afectan a ninguna actividad económica. Al presentar su IS, la sociedad *holding* aplica la exención del 95 % a la que el artículo 21.1 a) de la LIS se refiere, que, recordémoslo, establece que los dividendos procedentes de la participación, directa o indirecta, en el capital social de una entidad en, al menos, un 5 %, están exentos en un 95 %.

En opinión de la AEAT, que el TEAC suscribe, la aportación no se justifica por motivos económicos válidos distintos de los fiscales, siendo su finalidad principal conseguir una ventaja fiscal, en concreto, aplicar el artículo 21.1 de la LIS. En opinión de la AEAT, que el TEAC confirma, el efecto «abusivo» que con ella se consigue es eludir el IRPF que el socio persona física hubiese tenido que pagar si los dividendos se hubieran distribuido antes de que las acciones o participaciones se aportaran a la sociedad *holding*.

En consecuencia, la AEAT integra en la base imponible del IRPF del socio persona física el importe de la ganancia patrimonial que al aportar las acciones o participaciones se ha producido. Sin embargo, el TEAC considera que solo se ha de integrar la parte de la ganancia patrimonial que corresponde a los dividendos que se han cobrado, imputándose su importe en los periodos impositivos en los que tales dividendos se han distribuido.

La controversia está servida.

3. La fiscalidad de los negocios realizados

Para una mejor comprensión de la controversia, resulta necesario recordar primero la fiscalidad de las operaciones objeto de controversia.

Como hemos dicho, los negocios que se han realizado son dos: una aportación no dineraria de acciones o participaciones, y una posterior distribución de dividendos.

Con relación a la primera, en el momento en el que las acciones o participaciones de la sociedad operativa se aportan a la sociedad *holding*, se produce en sede del socio persona física una ganancia patrimonial (art. 33 de la LIRPF) que se determina por la diferencia entre el mayor del valor que corresponda a las acciones o participaciones que se aportan y su valor de adquisición o coste histórico (art. 37.1 b) de la LIRPF); ganancia que se integra en la base imponible del IRPF y que tributa al tipo marginal máximo correspondiente a las rentas del ahorro.

Dado que se trata de una aportación no dineraria de las previstas en el artículo 87 de la LIS, dicha ganancia patrimonial no se integra en la base imponible del IRPF del socio persona física aportante. En consecuencia, el valor de adquisición de los títulos que se le han atribuido a este último conserva, a efectos fiscales, su valor o coste histórico (art. 79 de la LIS); circunstancia que permite que, en el momento en el que tales títulos se tramitan, la renta que se ha diferido se integre entonces en la base imponible del transmitente. En definitiva, la tributación efectiva de la renta que al aportarse las acciones o participaciones se ha producido se difiere hasta el momento de su efectiva realización.

Recordemos también que el artículo 87 de la LIS permite que el régimen fiscal especial se aplique a determinadas aportaciones no dinerarias, en concreto, a las de acciones o participaciones que cumplan los siguientes requisitos:

- Que se trate de participaciones sociales que representen, como mínimo, un 5 % de los fondos propios de la sociedad cuyas acciones o participaciones se aportan (en nuestro caso, de la sociedad operativa).
- Que, durante el año anterior a la fecha en la que la aportación se formaliza en documento público, el aportante (esto es, el socio persona física) haya ostentado su titularidad de manera ininterrumpida.
- Que la actividad principal de la sociedad cuyas acciones o participaciones se aportan (en nuestro caso, la sociedad operativa) no sea la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario.
- Que la sociedad beneficiaria de la aportación (esto es, la sociedad *holding*) sea residente en territorio español.
- Que, una vez realizada la aportación, el aportante, esto es, el socio persona física, participe en los fondos propios de la entidad beneficiaria de la aportación, esto es, la sociedad *holding*, en, al menos, un 5 %.

En el caso de autos, todos los requisitos se cumplen.

Dado que el contribuyente considera que la aportación se justifica por motivos económicos válidos, este aplica el régimen fiscal especial y difiere la tributación de la ganancia

patrimonial que se ha producido en el momento en el que las acciones o participaciones se han aportado.

Conviene señalar que el resultado que el contribuyente persigue se podría conseguir también a través de un canje de valores de los previstos en el artículo 76.5 de la LIS, a los que el régimen fiscal especial resulta también de aplicación.

Con relación a la posterior distribución de dividendos, la sociedad *holding*, que es el nuevo accionista, socio o partícipe de la sociedad operativa, integra en la base imponible de su IS el importe de los dividendos que la sociedad operativa ha distribuido y aplica la exención del 95 % que el artículo 21.1 a) de la LIS prevé con relación a los dividendos o participaciones en beneficios de entidades residentes en territorio español, cuyo porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad sea, al menos, del 5 %.

En definitiva, la ganancia patrimonial que al aportarse las acciones o participaciones se produce difiere su tributación hasta el momento de su posterior transmisión. Por su parte, la sociedad *holding* aplica la exención del 95 % sobre el importe de los dividendos que la sociedad operativa ha distribuido con cargo a los beneficios no distribuidos hasta el momento de la aportación de las acciones o participaciones representativas del capital social de dicha sociedad. Esta es, pues, la fiscalidad que a cada uno de los dos negocios que se han realizado, individualmente considerados, les corresponde.

Centrémonos ya en el análisis de las resoluciones citadas, básicamente, las de 22 de abril y 27 de mayo de 2024.

4. Breve referencia a la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009

4.1. El objetivo de la directiva

Punto inevitable de partida es la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009, de la que el régimen fiscal especial del capítulo VII del título VII de la LIS es su transposición. Según esta, las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores son necesarias «para crear en la Comunidad condiciones análogas a las de un mercado interior, y para garantizar así el buen funcionamiento de dicho mercado» (considerando 2). Por tal motivo, prosigue, es necesario que tales operaciones no se vean «obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros» (considerando 2). Por tanto:

es importante establecer para dichas operaciones unas normas fiscales neutras respecto de la competencia, con el fin de permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado interior, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional (considerando 2).

Tales normas consisten en diferir la tributación de las rentas que se producen en el momento de realizarse tales operaciones, garantizando su gravamen futuro en el momento de su efectiva realización. En consecuencia, el régimen de diferimiento o, mejor, de neutralidad fiscal «permite evitar la tributación de las plusvalías correspondientes [y] garantiza su gravamen ulterior [...] en el momento de su realización» (considerando 7 de la directiva).

Por tanto, el objetivo de la directiva no es disuadir ni promover tales operaciones, sino impedir que su fiscalidad distorsione el buen funcionamiento del mercado, así como garantizar la tributación efectiva de las plusvalías en el momento en el que con posteridad se realicen. Para ello, la directiva enumera cuáles son las operaciones a las que esta se aplica (art. 1) y qué se entiende por cada una de ellas (art. 2). De su lectura se observa que la norma comunitaria no prevé ningún requisito subjetivo o adicional que cumplir. Se limita, sin más, a definir de forma objetiva cada una de las operaciones a las que la directiva se refiere. Por tanto, el régimen fiscal común se aplica a las operaciones que en esta se enumeran, sean cuales sean sus motivos: operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores. En este sentido, el propio TJUE ha reiterado que el régimen fiscal común se aplica indistintamente a todas las operaciones comprendidas en el ámbito de su aplicación, «abstracción hecha de sus motivos, ya sean estos financieros, económicos o puramente fiscales» (Sentencias de 17 de julio de 1997, asunto C-28/95, *LeurBloem*, apartado 36; 5 de julio de 2007, asunto C321/05, *Kofoed*, Rec. p. I5795, apartado 30; y 20 de mayo de 2010, asunto C352/08, *Modehuis A. Zwijsen*, apartado 41 y jurisprudencia).

Esto significa que, sean cuales sean sus motivos, el régimen fiscal de las operaciones a las que la directiva se refiere es el de diferimiento de las rentas vinculadas a las mismas. Por tanto, lo relevante para que la directiva se aplique es que se trate de alguna de las operaciones que en su artículo 1 enumera, y que en su artículo 2 define.

Sin perjuicio de ello, su artículo 15 prevé una cláusula particular antiabuso que permite a los Estados miembros que, cuando la finalidad principal de la operación sea el fraude fiscal, se puedan negar a aplicar el régimen de diferimiento o a retirarlo. Es cierto, como veremos, que dicha cláusula alude expresamente a los denominados motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización. Pero no lo es menos que aquella se aplica tan solo en los supuestos de fraude. No se trata, por tanto, de un requisito sustantivo que tales operaciones han de cumplir.

4.2. La finalidad de fraude como único requisito para inaplicar el régimen fiscal especial

Como ya hemos dicho, el artículo 15.1 a) de la directiva faculta a cada Estado miembro para negarse a aplicar total o parcialmente el régimen fiscal que esta prevé o a retirar, total o parcialmente, el beneficio que este conlleva, cuando cualquiera de las operaciones señaladas en su artículo 1 «tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal».

El citado artículo señala, asimismo:

El hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal.

Como ya sabemos, el régimen fiscal especial se aplica a todas las operaciones a las que el artículo 1 de la directiva se refiere, sean cuales sean sus motivos. En consecuencia, la existencia de motivos económicos no es un requisito subjetivo que tales operaciones hayan de cumplir. Esto no impide que su ausencia se tenga en cuenta cuando la operación de la que se trate tenga como principal objetivo, o como uno de los principales objetivos, el fraude o la evasión fiscal. Por tanto, salvo en los casos de fraude, la ausencia de tales motivos no faculta a los Estados miembros a inaplicar el régimen fiscal. Esto significa que la inexistencia de tales motivos es, tan solo, un indicio de la existencia de fraude. Lo prioritario, pues, es averiguar si este existe. De existir, la ausencia de motivos económicos válidos distintos de los fiscales corrobora, o confirma, su existencia.

El artículo 15, no lo olvidemos, es una cláusula antiabuso, esto es, una cláusula cuya finalidad es evitar el fraude o el abuso. Exige, pues, que este exista. Sin este, la cláusula queda vacía de contenido. Sin abuso, la cláusula no se aplica.

Abusar del derecho es abusar de las formas negociales, esto es, utilizarlas con una finalidad distinta a la que el derecho les atribuye, o, mejor, con una finalidad distinta a la que corresponde a su causa típica. Por tanto, lo prioritario y relevante es averiguar la certeza causal del negocio. Si el negocio es causalmente cierto, el abuso del derecho no existe. Y si este no existe, los motivos económicos distintos de los fiscales son irrelevantes.

Si existe abuso o, mejor, si los negocios que el contribuyente ha utilizado no son los que el derecho contempla como normales para conseguir el resultado que se ha conseguido, su eficacia fiscal está condicionada a que los negocios que se han utilizado se justifiquen por motivos económicos válidos distintos de los fiscales.

El análisis de cualquier operación exige, pues, una previa valoración jurídica y objetiva de los hechos y negocios que se han realizado. De concluirse la existencia objetiva de un abuso, es necesario valorar también si las operaciones que se han realizado se justifican por motivos económicos distintos de los fiscales; valoración que solo es necesaria si concurren los requisitos objetivos necesarios que permitan presumir la existencia de un abuso.

Esto significa que este está integrado por dos elementos. Uno, objetivo. Y, otro, subjetivo. Mientras que el primero exige la existencia objetiva del abuso, el subjetivo exige su constatación subjetiva, esto es, la ausencia de motivos económicos distintos de los fiscales. En consecuencia, si el negocio es causalmente cierto, los motivos no importan. De ahí la importancia de averiguar en cada caso si el negocio que el derecho considera como «normal» para conseguir el resultado final que se ha conseguido coincide o no con el que el contribuyente ha realizado. Si el negocio que se ha realizado coincide con el que el derecho contempla como normal, no hay abuso. Pero si ambos no coinciden, la eficacia fiscal del negocio está condicionada a que este se justifique por motivos económicos distintos de los fiscales.

En consecuencia, el régimen fiscal especial solo se puede inaplicar cuando, existiendo abuso, el negocio realizado no se justifique por motivos económicos distintos de los fiscales. De ahí, precisamente, que la directiva utilice en su artículo 1.1 a) el vocablo «puede», esto es, que su ausencia «puede» ser, o no, un indicio de fraude.

Por tanto, una norma que excluya la aplicación del régimen fiscal especial (o común) «sin tener en cuenta si se ha producido o no efectivamente la evasión o el fraude fiscal» excede de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva 90/434/CEE (Sentencia de 17 de julio de 1997, asunto C-28/95, *LeurBloem*, apartados 41 y 44).

Por ello, cualquier excepción a esta regla general se ha de interpretar «de manera estricta y teniendo en cuenta su tenor, su finalidad y el contexto en el que se inscribe» (Sentencia de 20 de mayo de 2010, asunto C352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg*, antes citada, apartado 46).

En el caso de autos, ni la AEAT ni el TEAC cuestionan la certeza ni la licitud de los negocios realizados. Para el tribunal, «la [...] aportación de participaciones [...] fue una operación lícita» (penúltimo párrafo del FD 12 de la resolución citada). Ni la AEAT ni el TEAC cuestionan tampoco el cumplimiento de los requisitos que el artículo 87 de la LIS prevé. Por tanto, si el negocio es causalmente cierto y los requisitos que este último prevé se cumplen, el régimen fiscal especial es de aplicación. Sin embargo, el tribunal considera que solo es así cuando las operaciones que se han realizado se justifican por motivos económicos válidos distintos de los fiscales. Ignora, pues, las consecuencias jurídicas que la certeza de los negocios tiene. Se olvida, por tanto, de que la certeza del negocio impide la causalización de los motivos que solo se integran en la causa si hay abuso.

Para el tribunal, la certeza del negocio es irrelevante. Lo único que es relevante es si se justifica o no por tales motivos. En su opinión, la aplicación del régimen fiscal «requiere, como condición esencial, que [la operación realizada] tenga, como objetivo principal o esencial, uno de carácter económico-empresarial, esto es, que la misma no se realice con la finalidad exclusiva o primordial de obtener una ventaja fiscal» (cuarto párrafo del FD 3 de la resolución anterior), esto es, que «el objetivo principal que se persiga [se pueda considerar] como fraudulento o elusivo» (párrafo octavo del FD 3 de idéntica resolución). La afirmación no es, sin embargo, correcta.

Como ya hemos dicho, la aplicación del régimen fiscal especial exige que la finalidad principal de la operación no sea el fraude fiscal, esto es, que la ventaja fiscal no se haya conseguido de forma abusiva. Sin embargo, para el tribunal, una ventaja fiscal es abusiva si la operación a través de la que se consigue no se justifica por motivos económicos válidos distintos de los fiscales. Ahí radica precisamente nuestra discrepancia. En el punto de partida. Mientras que para nosotros lo prioritario es averiguar si existe o no un abuso, para la AEAT y el TEAC es averiguar si las ventajas fiscales que se han conseguido se justifican o no por motivos económicos válidos distintos de los fiscales.

Es cierto que el artículo 89.2, segundo párrafo, de la LIS, señala que «en particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, [...] sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal», y que, por tanto, su dicción literal permite interpretar que, en tales casos, el régimen no se aplica. Sin embargo, la expresión «en particular» que dicho artículo utiliza no se puede referir a un supuesto de hecho más amplio que el que con carácter general se toma como referencia. Precisamente por ello su única interpretación es que la inexistencia de tales motivos es tan solo un indicio de la existencia de fraude, pero no la prueba de su propia existencia.

En definitiva, el único supuesto en el que el régimen fiscal especial se puede inaplicar es cuando exista abuso de las formas y este no se justifique por motivos económicos distintos de los fiscales. Por tanto, la interpretación que el TEAC hace altera la función que los motivos tienen convirtiéndolos en un requisito más a cumplir que opera, tan solo, en los casos en los que la finalidad principal de la operación sea conseguir una ventaja fiscal.

Conviene señalar que el artículo 15 de la directiva no habla de ventaja fiscal, sino de fraude o elusión fiscal. Por tanto, el régimen fiscal especial solo se puede inaplicar cuando la operación que se realiza tenga como principal objetivo, o como uno de los principales objetivos, el fraude o la evasión fiscal. La expresión ventaja fiscal que el artículo 89.2 de la LIS utiliza no se puede, pues, interpretar de otra forma que como ventaja fiscal que se ha obtenido de forma fraudulenta o abusiva. En consecuencia, lo relevante no es la existencia de una ventaja fiscal, sino de fraude. Esta es la única interpretación razonable del artículo 89.2 de la LIS con relación al artículo 15 de la directiva.

5. El caso de autos

5.1. El principio de calificación y el artículo 89.2 de la LIS

Hemos dicho que el artículo 89.2 de la LIS se aplica, tan solo, si la finalidad principal de la operación es el fraude. No es, pues, de extrañar que el TEAC centre su atención en averiguar si existe o no alguna ventaja fiscal y, de existir, en averiguar si es o no «abusiva»; circunstancia que, en su opinión, depende de que la operación de la que trae su causa se justifique o no por motivos económicos válidos distintos de los fiscales. El punto de partida del tribunal no es, pues, averiguar si hay fraude, sino si existe o no una ventaja fiscal y, de existir, si esta se pueda considerar «abusiva». La diferencia es sutil, pero muy importante.

Este planteamiento del TEAC ignora que el artículo 13 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria (LGT), establece que las obligaciones tributarias se exigen con arreglo a la naturaleza jurídica de los hechos, actos o negocios realizados, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez. Esto significa que lo primero que hay que averiguar es si los negocios que se han realizado son causalmente ciertos o si, valorados en su conjunto, es razonable concluir que estamos ante un supuesto objetivo de abuso; conclusión que, como acabamos de decir, requiere de esa previa y necesaria valoración jurídica.

Por tanto, lo prioritario es averiguar cuál es la verdadera voluntad negocial del contribuyente. Para ello, el punto de partida es el resultado final que con los negocios realizados se ha conseguido; resultado que nos permitirá constatar si el negocio que el derecho contempla como normal para conseguir ese resultado coincide, o no, con el negocio o negocios que se han realizado. Si ambos coinciden, la calificación que el contribuyente ha hecho del negocio que ha realizado es correcta. Pero si ambos no coinciden, habrá que averiguar entonces si el negocio que el contribuyente ha utilizado para conseguir el resultado que ha conseguido se justifica, o no, por motivos económicos válidos distintos de los fiscales. Si se justifica, el negocio tiene plena eficacia fiscal, esto es, su fiscalidad es la que la norma prevé para esos negocios. Pero si no se justifica, hay que recalificarlos a través del artículo 15 de la LGT (conflicto en la aplicación de la norma), de su artículo 16 (simulación) o, de existir, a través de la cláusula antiabuso particular que corresponda (en nuestro caso, la del art. 89.2 de la LIS). Recalificarlos significa que su fiscalidad es la que corresponde al negocio que el derecho considera como normal para conseguir el resultado que finalmente se ha conseguido.

Sin embargo, el TEAC ignora los artículos 13, 15 y 16 de la LGT y aplica, directamente, el artículo 89.2 de la LIS. En su opinión, este último se aplica directamente sin necesidad de acudir al artículo 13 de la LGT. El artículo 89.2 de la LIS se aplica, pues, sin perjuicio de cuál sea la verdadera naturaleza jurídica de los hechos o negocios realizados, es decir, sin perjuicio de que los negocios sean causalmente ciertos y, en definitiva, sin perjuicio de que exista, o no, un abuso del derecho propiamente dicho. Lo único relevante para que el

artículo 89.2 de la LIS se aplique es averiguar si la finalidad principal de la operación ha sido conseguir una ventaja fiscal o, mejor, si la operación de la que trae su causa se justifica por otros motivos económicos distintos de los fiscales. En consecuencia, el abuso se vincula tan solo a la existencia de motivos económicos distintos de los fiscales y no a la existencia objetiva de abuso. No es de extrañar, pues, que, para el TEAC, la valoración de los motivos sea determinante.

En el caso de que coexistan motivos fiscales y motivos no fiscales, es además necesario ponderar la importancia de unos y otros y averiguar cuál de ellos es la finalidad principal por la que la operación se ha realizado. En cualquier caso, se trata de una valoración subjetiva de naturaleza económica y no de una valoración objetiva de naturaleza jurídica o, mejor, una se sustituye por otra. De ahí, precisamente, que el tribunal considere que, a pesar de que se trata de negocios ciertos y lícitos, la inexistencia de motivos económicos válidos distintos de los fiscales es el factor decisivo para que el régimen fiscal especial se aplique o no. Así pues, la existencia de motivos económicos válidos distintos de los fiscales prevalece sobre la existencia de un supuesto objetivo de abuso. El abuso del artículo 89.2 de la LIS no coincide, pues, con el de abuso típico del derecho.

Sin embargo, esta interpretación no se corresponde con la que se deduce de la lectura de la directiva que, en su artículo 15, vincula la inaplicación del régimen fiscal especial a la existencia de fraude y no a la mera ausencia de motivos económicos válidos distintos de los fiscales. En consecuencia, su inaplicación requiere de la previa calificación del negocio que se ha realizado. Según cual sea su resultado, el artículo 89.2 de la LIS será o no de aplicación. La calificación del artículo 13 de la LGT es, pues, determinante para averiguar si el artículo 89.2 de la LIS se aplica o no. Por tanto, si los negocios que se han realizado son ciertos y lícitos, el régimen fiscal especial se aplica sin excepción alguna. Dado que en el caso de autos los negocios son ciertos, el artículo 89.2 de la LIS no es de aplicación.

5.2. El concepto de ventaja fiscal y de ventaja fiscal «abusiva»

Como hemos dicho, el tribunal considera que la valoración jurídica de los negocios que el contribuyente ha realizado no es importante. Lo relevante es si estos se justifican por motivos económicos distintos de los fiscales; circunstancia que solo es relevante si la finalidad principal del negocio que se ha realizado es conseguir una ventaja fiscal. En consecuencia, una ventaja fiscal es abusiva si la finalidad principal de la operación de la que trae su causa no se justifica por motivos económicos distintos de los fiscales.

Esto significa que conseguir una ventaja fiscal no es por sí mismo relevante. Lo será si esta no se justifica por motivos económicos distintos a los fiscales. De no justificarse, la ventaja fiscal que se ha conseguido es «abusiva». Por tanto, lo prioritario es averiguar si

existe o no una ventaja fiscal y, de existir, averiguar si esta es o no «abusiva». Este es el criterio del TEAC.

En su opinión, la aplicación del régimen fiscal especial exige que la operación de la que se trate «no se realice con la finalidad exclusiva o primordial de obtener una ventaja fiscal» (FD 3 de la resolución). Sin embargo, una cosa es que esta exista y otra muy distinta «que pueda concluirse que se trata de una "ventaja fiscal abusiva"». Para ello, hay que averiguar y acreditar que «su obtención fue el objetivo [principal] que se persiguió a la hora de realizar la operación que se llevó a cabo» (FD 6 de la resolución). La inexistencia de motivos económicos válidos distintos de los fiscales determina:

la improcedencia de [aplicar el régimen fiscal especial] siempre que la Administración pueda identificar que el objetivo principal o esencial de la operación es el fraude, esto es, que, con ella, se ha pretendido obtener, de forma abusiva, una ventaja fiscal (FD 5 de la resolución).

Como ya hemos dicho, dado que en una misma operación pueden concurrir motivos fiscales y no fiscales, la calificación de la ventaja fiscal como abusiva exige valorar también la importancia de unos y otros; valoración que presenta dos problemas. El primero, si se trata de una valoración cuantitativa o cualitativa y, el segundo, si la Administración se ha de limitar a constatar su ausencia o ha de valorarlos también. En nuestra opinión, tal valoración es, sin duda, cualitativa y se ciñe tan solo a la mera constatación de la existencia o no de tales motivos.

Dado que la existencia de una ventaja fiscal es determinante, es necesario concretar antes qué se entiende como tal. En nuestra opinión, el concepto de «ventaja fiscal» admite dos acepciones. Una amplia y otra estricta. En su acepción amplia, ventaja fiscal es toda mejora en la fiscalidad del contribuyente que se consigue a través de una operación en concreto. Este es el concepto que el TEAC utiliza: «una situación que resulta más favorable, en términos fiscales, que la que resultaría de no haberse realizado la operación» (FD 6 de la resolución). De ser así, averiguar si tal ventaja existe obliga a un análisis de comparabilidad *ex ante* y *ex post* de la operación de la que se trate. En su acepción estricta, esto es, en el contexto de una cláusula antiabuso, el concepto de ventaja fiscal se vincula a beneficiarse de forma abusiva de las ventajas fiscales que la propia directiva prevé, por ejemplo, el propio régimen de diferimiento, el derecho a la deducción del IVA soportado o la aplicación de exenciones, reducciones, bonificaciones, compensaciones, regímenes especiales, etc. Desde esta perspectiva, el abuso consiste en beneficiarse indebidamente de tales ventajas fiscales. Este es el concepto de ventaja fiscal que el derecho comunitario utiliza. Ventaja fiscal es aquella que no resulta de aplicar el régimen general.

Si el régimen fiscal especial se aplica abstracción hecha de los motivos por los que las operaciones a las que el artículo 1 de la directiva se refiere se han realizado, quiere decir

que el abuso, o el fraude, no puede consistir en conseguir que las ventajas fiscales que la directiva prevé se apliquen.

Esto significa que el abuso no es nunca el resultado de una operación de fusión, escisión, aportación de activos o canje de valores, sino de su concatenación con otra, u otras, que, valoradas en su conjunto, permiten concluir que el resultado que finalmente se ha conseguido con todas ellas no responde a la finalidad que es propia de una operación de fusión, escisión, aportación de activos o canje de valores, sino a la de otro, u otros, negocios distintos. El abuso al que la directiva se refiere exige, pues, la concatenación de negocios. Sin concatenación, no hay abuso.

Por su parte, la existencia de abuso requiere de la utilización abusiva de las distintas formas negociales que el derecho nos ofrece. En consecuencia, la finalidad del abuso es beneficiarse de forma abusiva de las ventajas fiscales que la directiva prevé, esto es, abusar de las formas negociales para conseguir un resultado que no es el que la directiva amparara. Esto significa que la finalidad con la que los activos y pasivos se transmiten en una operación de fusión, escisión, aportación de activos o canje de valores no es la propia de una operación de tales características. En consecuencia, su régimen fiscal no puede ser el especial.

Si el abuso no es conseguir que el régimen de diferimiento se aplique y consiste en aprovecharse indebidamente del mismo, quiere decir que el abuso no es eludir cualquier tributo, sino, en concreto, el IS o el IRPF por un hecho muy concreto: la transmisión posterior de activos que al realizarse la operación de reestructuración correspondiente dieron lugar a un diferimiento de rentas que, con su transmisión posterior, se elude su efectiva tributación. Esto significa beneficiarse del régimen de diferimiento cuando la voluntad real es transmitir tales activos. Por tanto, el resultado que se consigue es eludir la tributación efectiva de las rentas vinculadas a esa transmisión. Desde esta perspectiva, la operación de reestructuración es puramente instrumental, pero necesaria para eludir la tributación efectiva de tales rentas.

De ser así, la elusión no se produce en el momento de realizarse la operación de reestructuración de la que se trate, sino en el momento en el que se realizan las operaciones coetáneas a las de reestructuración. En consecuencia, el abuso no se materializa al realizarse la operación propia de reestructuración, sino en el momento en el que los activos o pasivos que se han beneficiado del régimen de diferimiento se transmiten con posterioridad eludiendo de forma indirecta la tributación efectiva de tales rentas. La forma de eludir esa tributación efectiva se materializa, pues, mediante el aprovechamiento de otras ventajas fiscales, distintas de las del propio régimen de diferimiento, cuya aplicación permite eludir la tributación efectiva de tales rentas en el momento en el que tales activos o pasivos se transmitan con posterioridad a través de la de un negocio distinto al propio de una operación de reestructuración.

Las ventajas fiscales cuya aplicación permite indirectamente eludir la tributación efectiva de tales rentas son, por ejemplo, la deducción por doble imposición o la compensación de bases imponibles negativas.

Sin embargo, la finalidad del abuso no es conseguir que tales ventajas fiscales se apliquen, sino conseguir con ellas un «efecto abusivo», en concreto, evitar la tributación de las rentas que se han diferido; circunstancia, insistimos, que no se producirá hasta que los bienes vinculados a tales rentas se transmitan con posterioridad.

El abuso al que la directiva se refiere consiste, pues, en utilizar negocios cuyo, a pesar de ser ciertos y reales, resultado no se corresponde con la finalidad que es típica de una operación de fusión, escisión, aportación de activos o canje de valores. Se trata, en definitiva, de un uso inadecuado e injustificado del derecho y, por tanto, de un uso inadecuado e injustificado del derecho a la autonomía de la voluntad.

La cláusula antiabuso que la directiva prevé opera, precisamente, cuando ese uso indebido de las formas negociales no se justifica por motivos económicos válidos distintos de los fiscales.

Por tanto, el régimen fiscal especial se aplica si los negocios que se han realizado no se justifican tan solo por motivos fiscales sino, esencialmente, por otros motivos económicos distintos. De ahí que su ausencia «puede» ser un indicio de la existencia de un abuso, pero no es la prueba de su propia existencia. Su calificación como tal dependerá de la concurrencia de ambos requisitos: la existencia «objetiva» de un supuesto de abuso y la ausencia de justificación «subjetiva» de los negocios realizados, esto es, la ausencia de motivos económicos válidos distintos de los fiscales que justifiquen la operación de la que la ventaja fiscal trae su causa.

En la medida que el objetivo de la cláusula antiabuso del artículo 15 de la directiva es eliminar o retirar, total o parcialmente, las ventajas fiscales propias del régimen de diferimiento, su regularización ha de consistir en anular sus efectos en la parte que corresponde a la tributación efectiva de las rentas que se ha eludido consecuencia de la posterior transmisión de activos o pasivos vinculados a la previa operación de fusión, escisión, aportación de activos o canje de valores.

Veamos un ejemplo.

Imaginemos una fusión entre dos compañías que operan en mercados y sectores diferentes, una de las cuales es inactiva y tiene pendiente de compensar bases imponibles negativas de ejercicios anteriores; sociedad, además, que carece de activos relevantes.

La fusión se materializa mediante la creación de una nueva sociedad a la que las dos sociedades que intervienen en la misma transmiten sus activos y pasivos. Entre los activos

que se transmiten, la sociedad operativa transfiere a la nueva sociedad resultante de la fusión un determinado activo que, consecuencia de ello, genera una renta positiva cuya tributación se difiere; activo que se transmite inmediatamente después de la fusión compensando la renta positiva que se produce como consecuencia de esta última transmisión con el importe de las bases imponibles negativas que la sociedad inactiva tenía pendientes de compensar. Recordemos que el valor de adquisición de dicho activo conserva su precio de coste o de adquisición. Supongamos también que la normativa vigente no contempla ningún límite ni ninguna restricción legal a la compensación de bases imponibles negativas ni a su subrogación.

Siguiendo nuestro planteamiento, lo primero es averiguar de forma objetiva, y con criterios jurídicos, si se trata de una verdadera fusión. Para ello, hay que ignorar la forma comercial que el contribuyente ha elegido para ello y analizar si estamos o no realmente ante una operación de fusión. Para averiguarlo, analizaremos de forma objetiva el resultado que con la fusión se ha conseguido, analizando de forma objetiva todos los hechos objetivos coetáneos a la misma. Tras ese análisis objetivo, se concluye que, después de la fusión, toda la actividad se continúa realizando de forma idéntica a la que se realizaba con anterioridad y que no se ha iniciado ninguna nueva actividad. El único hecho relevante es la transmisión del activo al que hemos hecho referencia.

El resultado que finalmente se consigue con el conjunto de operaciones realizadas es tan solo la transmisión de dicho activo y la compensación de la renta positiva que se ha producido en la venta con las bases imponibles negativas que la sociedad inactiva había generado. Ese resultado es el típico de una operación de compraventa. Por tanto, la fusión que se ha hecho justo antes de la transmisión de dicho activo no es el negocio que, en circunstancias normales, el derecho contempla como normal para conseguir ese mismo resultado. Estamos, pues, ante un supuesto objetivo de abuso. La eficacia fiscal de la fusión está, pues, condicionada a que la fusión se justifique por motivos económicos válidos distintos de los fiscales. En la medida en que estos no existan, procede regularizar el régimen de diferimiento eliminando los efectos fiscales que la compensación de bases imponible negativas ha tenido.

Nótese que la ventaja fiscal con «efectos abusivos» es la compensación de bases imponibles negativas y no las propias del régimen de diferimiento. Por tanto, la ventaja fiscal que se persigue no es conseguir aplicar el régimen de diferimiento, sino compensar bases imponibles negativas; compensación con la que se consigue el «efecto abusivo» de evitar la tributación efectiva en el IS de la parte de la renta positiva que corresponde al importe que en su día se difirió. El hecho que determina la procedencia de la regularización no es la operación de fusión, sino la posterior transmisión del activo. Sin esta, no hay elusión de ningún tipo; elusión que, como ya hemos dicho, se consuma cuando el activo se transmite.

A poco que se reflexione, se observa que el «efecto abusivo» se consigue realmente por la aplicación conjunta del régimen fiscal especial y de las ventajas fiscales que, con la

operación coetánea a la de fusión, escisión, canje de activos o canje de valores se consiguen. Se trata, pues, de un efecto fiscal conjunto que permite eludir, o evitar, la tributación efectiva de las rentas que con carácter previo se han diferido consecuencia de cualquiera de tales operaciones. Los efectos prácticos que se consiguen con el régimen de diferimiento y con la compensación de bases imponibles negativas son los de evitar la tributación que hubiera correspondido en el caso de que dicho activo se hubiese transmitido con anterioridad a la fusión. Dicho de otra forma, de no existir el régimen de diferimiento, la fusión no se hubiese realizado o, de haberse realizado, hubiera conllevado la tributación efectiva de la renta positiva correspondiente. En consecuencia, el resultado que con la regularización se consigue es el mismo que, de no aplicar el régimen de diferimiento, se hubiese conseguido aplicando la norma general. Volveremos después al respecto. Es, pues, necesario regularizar el «efecto abusivo» que se ha conseguido.

En definitiva, y a modo de resumen, el abuso que la directiva pretende evitar es el que consiste en eludir o evitar la tributación efectiva de las rentas o plusvalías que se han diferido en el momento de realizarse una operación de fusión, escisión, aportación de activo o canje de valores cuando, en un momento posterior, los activos o pasivos que en su día permitieron el diferimiento de tales rentas se transmitan. En consecuencia, el abuso requiere siempre de una operación posterior, pero coetánea a la propia de fusión, escisión, aportación de activos o canje de valores en la que se transmitan cualquiera de los activos o pasivos que han intervenido en cualquiera de estas últimas operaciones.

En el caso de autos, tales circunstancias no concurren. El artículo 89 de la LIS no es, pues, de aplicación.

5.3. La existencia de una «ventaja fiscal», sus «efectos abusivos» y la «disponibilidad» sobre los dividendos

Como hemos dicho, el concepto de ventaja fiscal que el TEAC utiliza es el de cualquier mejora en la fiscalidad que se consiga a través de una operación de restructuración. Por tanto, para averiguar si esta mejora existe, es necesario comparar la fiscalidad del contribuyente antes y después de que la operación se haya realizado, identificar cuál es esa mejora y averiguar, por último, si sus efectos son abusivos.

En este contexto, es cierto que la diferente fiscalidad de los dividendos en el IRPF y en el IS «puede evidenciar un efecto fiscal que [...] podría identificarse como una "ventaja fiscal" surgida como consecuencia de una operación acogida al Régimen FEAC» (cuarto párrafo de idéntico fundamento de derecho y resolución que la ya citada).

Es innegable que, si comparamos únicamente la tributación de los dividendos en el IRPF y en el IS, está siempre será mejor si quien los percibe es una persona jurídica. Sin embargo,

tal conclusión no es el resultado de una comparación homogénea. Téngase en cuenta que la finalidad que en ambos impuestos se persigue es distinta. Mientras que en el IS se grava una renta que ya ha tributado antes en sede del mismo impuesto, en el IRPF se grava una renta «nueva» que, como tal, no ha tributado antes en sede del IRPF. En consecuencia, mientras que la finalidad que en el IS se persigue es evitar la doble imposición que se produciría al gravar una renta que ya ha tributado en sede del mismo impuesto, la del IRPF es evitar una sobreimposición conjunta excesiva entre el IRPF y el IS.

Recordemos que, en el caso de rentas obtenidas a través de sociedades, su ciclo completo de tributación finaliza cuando estas se integran en la base imponible del IRPF de sus socios personas físicas. Su fiscalidad no pretende, pues, evitar ninguna doble imposición, sino una tributación excesiva de una misma renta en el conjunto de dos impuestos distintos, IRPF e IS; objetivo que, en la actualidad, se consigue aplicando a las rentas del ahorro tipos impositivos distintos de los que con carácter general se aplican en el IRPF al resto de las rentas que el contribuyente obtiene, tipos que, combinados con los del IS, evitan esa tributación excesiva. En consecuencia, y salvo excepciones, la tributación de los dividendos en el IRPF será siempre más gravosa.

Si nos centramos en el caso de autos, el problema, según el TEAC, son las reservas que la sociedad operativa tenía acumuladas en el momento en el que sus acciones o participaciones se aportaron a la sociedad *holding*. Si estas se hubiesen distribuido antes de que tales acciones o participaciones se aportaran, es innegable que los dividendos hubiesen tributado como rendimientos del capital mobiliario en el IRPF del socio persona física. Pero es también innegable que, de ser así, estos se hubiesen incorporado de forma real y efectiva al patrimonio personal del socio o accionista persona física o, cuando menos, serían exigibles por su parte.

En consecuencia, para conseguir que la comparación *ex ante* y *ex post* sea homogénea, es necesario comparar la fiscalidad, antes y después, de todo el ciclo completo de tributación de una renta desde el momento en el que esta se obtiene a través de la sociedad operativa hasta que finalmente se integra en el patrimonio personal del socio persona física, bien sea a través de dividendos, bien sea a través de la transmisión de las acciones o participaciones de la sociedad operativa o de la sociedad *holding* o a través de cualquier otra operación como una reducción de capital. Se trata, pues, de averiguar si la tributación total y conjunta entre el IS y el IRPF que una renta acaba soportando desde su obtención hasta su incorporación real y efectiva al patrimonio de la persona física mejora o no por el hecho de interponer una sociedad *holding* entre el socio persona física y su sociedad operativa; de comparar si la fiscalidad total y conjunta entre el IS y el IRPF que una renta que se ha obtenido a través de una sociedad mejora o no por el hecho de interponer una sociedad. Se trata, en fin, de comparar las distintas opciones que el socio persona física tiene para conseguir un mismo resultado: que la renta que se obtiene a través de la sociedad operativa se acabe finalmente incorporando al patrimonio personal de quien en última instancia es su titular real, esto es, la persona física.

Si así se hace, se observa que, antes y después, la sociedad operativa tributa en el IS al tipo del 25 %, y que, antes y después, los dividendos que la sociedad *holding* o la sociedad operativa distribuyan en favor del socio persona física tributan en su IRPF. Es cierto, eso sí, que los dividendos que la sociedad operativa distribuya con cargo a los beneficios no distribuidos que esta ha obtenido hasta el momento de la aportación pueden no llegar a tributar nunca como dividendos en sede del socio persona física. Esto ocurrirá si la sociedad *holding* tiene la obligación de que los dividendos que se cobran de la sociedad operativa se contabilicen como menor coste de adquisición de las acciones o participaciones que se han aportado a la sociedad *holding*. En este caso, los dividendos que la sociedad *holding* cobre no se integran en su resultado contable y, por tanto, su importe no se puede distribuir en concepto de dividendos. Pero no es menos cierto que, en este caso, la parte de la ganancia patrimonial que corresponde a esos beneficios cuya tributación en el IRPF se ha diferido tributará en el momento en el que el socio persona física transmita la titularidad de las acciones o participaciones de la sociedad *holding* de las que es su titular, esto es, en el momento en el que la renta que en su día se difirió se materialice de forma efectiva. Por tanto, no se elude ni se evita la tributación efectiva de esa renta que, recordémoslo, es el abuso que la directiva pretende evitar.

En definitiva, antes y después de la aportación, la única diferencia que hay es que los dividendos que la sociedad *holding* cobra de la sociedad operativa tributan en el IS al tipo efectivo del 1,25 %. En consecuencia, la tributación global se encarece, pero no mejora. No existe, pues, ninguna mejora en la fiscalidad y, por tanto, no procede aplicar el artículo 89.2 de la LIS.

Sin embargo, la AEAT y el TEAC se limitan a comparar la fiscalidad de los dividendos según cuál sea la condición del socio o accionista. No contemplan, pues, la tributación total del ciclo completo de tributación de la renta desde que esta se obtiene a través de una sociedad hasta su incorporación al patrimonio personal del socio persona física. Se trata, pues, de una visión sesgada o incompleta de su tributación, ya que, como ya hemos dicho, sus resultados no permiten comparar de forma homogénea la fiscalidad de las distintas opciones que el contribuyente tiene para conseguir un mismo resultado.

No es, pues, de extrañar que, para ambos, la diferencia de tributación de los dividendos en el IRPF y en el IS evidencia «un efecto fiscal que [...] podría identificarse como una "ventaja fiscal" surgida como consecuencia de una operación [de reestructuración]».

Especialmente significativa es la expresión «efecto fiscal». Recordemos que, en el caso de que el régimen fiscal especial se inaplique, el artículo 89.2 de la LIS obliga a que se eliminen exclusivamente «los efectos de la ventaja fiscal», esto es, los efectos de la menor tributación que se consiga. Nos estamos, pues, refiriendo a los efectos de esa menor tributación y no a los propios del régimen de diferimiento; circunstancia que no impide que la eliminación de aquellos consista en regularizar, total o parcialmente, los efectos de este último. En

consecuencia, lo importante no es la mejora objetiva que se consigue, en nuestro caso, aplicar el artículo 21 de la LIS, sino los efectos elusivos que con su aplicación se consiguen.

Precisamente por ello:

el criterio para diferenciar los efectos a eliminar y los que deben permanecer no está en diferenciar entre el diferimiento inicial y los efectos secundarios o accesorios, sino entre efectos abusivos y no abusivos, debiendo decaer sólo los primeros, esto es, los objetivos «espúreos» que se buscan al pretender la aplicación del régimen, ajenos a la finalidad que lo justifica, que deberán determinarse en cada caso (FD 14 de la resolución).

Para el TEAC, lo verdaderamente relevante no es que la ventaja fiscal se consiga a través de una operación de restructuración que no se justifique por otros motivos que los fiscales, sino identificar los efectos «espurios» que con dicha ventaja se consiguen. Por tanto, no es suficiente, pero sí necesario, que la mejora en la fiscalidad se consiga a través de una operación de restructuración que no se justifique por otros motivos que no sean los fiscales, sino que es también necesario identificar los «efectos» abusivos o espurios. En consecuencia, y según el tribunal, la interpretación correcta del artículo 89.2 de la LIS es la de que el régimen fiscal especial no se aplica cuando la finalidad principal de la operación sea conseguir una ventaja fiscal cuyos efectos sean abusivos. La ausencia de motivos económicos distintos de los fiscales:

determinará la improcedencia de [aplicar el] Régimen FEAC siempre que la Administración pueda identificar que el objetivo principal o esencial de la operación es el fraude, esto es, que, con ella, se ha pretendido obtener, de forma abusiva, una ventaja fiscal (FD 5 de la resolución).

Por tanto, la inexistencia de tales motivos,

unida a la identificación por la Inspección de la motivación fiscal que [...] daría cumplida explicación [a la operación que se ha realizado], permite presumir [...] que la operación [...] tuvo como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal (FD 6 de la resolución).

En consecuencia, la ausencia de motivos económicos válidos distintos de los fiscales «puede dar lugar a que se considere que [la aportación no dineraria] se ha realizado con [...] finalidad elusiva o de fraude, sin perjuicio de que corresponda a la Administración identificar, con la mayor precisión posible, dicha finalidad fraudulenta» (FD 4 de la resolución). Lo relevante, pues, es acreditar que «la finalidad elusiva fue la única o la preponderante a la hora de [llevar a cabo la operación]» (FD 4 de la resolución).

Dicho de otra forma, la ausencia de motivos económicos distintos de los fiscales es un indicio de que la mejora que en la fiscalidad se consigue puede tener finalidad abusiva. Afirmarlo exige acreditar esa «finalidad fraudulenta», esa «finalidad elusiva», esa «motivación fiscal que [...] daría cumplida explicación» a la operación que se ha realizado. Se trata, por tanto, de averiguar cuál es la finalidad abusiva que subyace al pretender aplicar el artículo 21 de la LIS. No se trata, pues, de que el artículo 21 tenga por sí mismo efectos abusivos, sino de que los efectos que con este se pretenden conseguir sean abusivos. Precisamente por ello el TEAC subraya el hecho de que la inspección haya:

identificado de forma suficiente cuál es el resultado fiscal que, fruto de la operación realizada por la persona física [se considera] abusivo y cuya detección es, junto con la [...] inexistencia de «motivos económicos válidos» significativos que la explicasen, el núcleo de la argumentación para concluir la aplicabilidad de la cláusula antiabuso del artículo 89.2 LIS.

En este contexto, el resultado fiscal que se considera abusivo es «la falta de tributación por los dividendos que, después de la aportación no dineraria [...] a la *holding* [...] de los títulos de [la sociedad operativa] ha repartido está a aquella sociedad *holding*» (FD 14 de la resolución).

En consecuencia, la:

finalidad principal de la operación [ha sido] evitar que los beneficios que la sociedad operativa, [...] había acumulado, durante varios ejercicios, cuando sus acciones pertenecían a la persona física, [...] tributasen en su IRPF al ser percibidos por esta, en este caso vía dividendos,

finalidad que se consigue «a través de la interposición de una sociedad *holding* que, cuando esos beneficios se repartan, puede aprovechar la exención prevista en la legislación del IS, artículo 21 LIS» (FD 14 de la resolución). Así pues, el abuso consiste en:

extender el paraguas de la sociedad *holding* a beneficios obtenidos por la sociedad operativa antes de que las acciones de esta perteneciesen a esa *holding*, es decir, obtenidos por la sociedad operativa que los reparte vía dividendos cuando aún pertenecían a la persona física (FD 14 de la resolución).

Desde esta perspectiva, la finalidad de la estructura que el socio persona física ha creado le permite disponer de los dividendos sin tributar por ellos en su IRPF. Por tanto, la finalidad abusiva que el contribuyente persigue al pretender aplicar el artículo 21 es la de disponer de los dividendos de la misma forma que dispondría de ellos si se distribuyesen directamente a su favor, pero evitando su tributación en el IRPF.

Pero volvamos un poco hacia atrás. Hemos dicho que, para el tribunal, la interpretación correcta del artículo 89.2 de la LIS es la de que el régimen fiscal especial no se aplica cuando la finalidad principal de la operación sea conseguir una ventaja fiscal cuyos efectos sean abusivos. En consecuencia, es necesario identificar esos efectos abusivos que con la ventaja fiscal se consiguen. Sin embargo, no es lo mismo afirmar que el régimen fiscal no se aplica porque la ventaja fiscal se ha conseguido a través de un abuso del derecho que decir que dicho régimen se aplica cuando los «efectos» de dicha ventaja fiscal sean abusivos. Puede parecer lo mismo, pero no lo es. La existencia de abuso exige identificar el precepto en concreto que se ha pretendido eludir a través del mismo y, lo que es más importante, exige acreditar la existencia objetivo de un abuso.

No es, pues, de extrañar que, a pesar de que el TEAC afirma que la elusión es evitar la tributación en el IRPF que se hubiese tenido que afrontar en el caso de que los dividendos se hubiesen distribuido directamente en favor del socio persona física, el tribunal no alude nunca al artículo 25 de la LIRPF. Es más, en la lógica del tribunal, el artículo 25 no se ha eludido. Lo único que ocurre es que los «efectos» que se consiguen al aplicar el artículo 21 de la LIS son «abusivos», esto es, que la finalidad que se persigue con su aplicación tiene «efectos» abusivos. No se trata de que el artículo 21 de la LIS sea abusivo. No se trata tampoco de que el artículo 21 se consiga aplicar a través de un abuso. Se trata de que los efectos de su aplicación son abusivos. Por ello, lo relevante para el tribunal no es identificar qué precepto en concreto de la LIRPF se ha eludido, sino averiguar si la finalidad que al aplicar el artículo 21 de la LIS se consigue permite afirmar que la disponibilidad que sobre los dividendos acaba teniendo el socio persona física es la misma que la que se tendría si estos se hubiesen distribuido de forma directa al socio persona física, pero sin tributar por estos en el IRPF. Dicho de otra forma, se trata de averiguar si la finalidad que el contribuyente persigue al aplicar el artículo 21 de la LIS es, sin más, la de eludir la tributación de los dividendos en el IRPF. Si es así, su aplicación tiene «efectos» abusivos; conclusión que exige una valoración subjetiva de los hechos.

Estamos, pues, en presencia de un abuso que no requiere de la previa existencia de un abuso de las formas negociales como tal. En opinión del tribunal, los negocios, recordémoslo, son ciertos. A pesar de ello, el abuso al que el TEAC se refiere solo exige acreditar que los «efectos» de aplicar un determinado precepto son abusivos a pesar de que no se identifique cuál es el precepto en concreto que se ha eludido. Estamos, por tanto, ante una valoración subjetiva de lo que hubiera ocurrido si el contribuyente hubiese optado por distribuir los dividendos antes de aportar las acciones o participaciones. Lo que se está cuestionando, en realidad, es por qué el contribuyente no ha optado por otra alternativa comercial distinta a la que ha utilizado. Sin embargo, no se cuestiona que el resultado que finalmente se ha conseguido sea comercial y causalmente abusivo. Se cuestiona que, a pesar de que no se elude ningún precepto en concreto, la finalidad que se pretende conseguir tiene «efectos» abusivos. Y los tiene porque el contribuyente consigue tener la misma disponibilidad funcional sobre los dividendos que la que tendría de habérselos distribuido directamente a su favor. Se está, pues, haciendo un juicio subjetivo de intenciones, pero no una valoración

objetiva de naturaleza jurídica. Una vez más, se está recalificando un negocio como abuso sin acreditar previamente su existencia objetiva. Una vez más, se ignora el artículo 13 de la LGT o, mejor, se considera que el artículo 89.2 de la LIS permite regularizar directamente el abuso que se ha cometido sin acudir con carácter previo al artículo 13 de la LGT.

En este contexto, es lógico que los «efectos» abusivos de la ventaja fiscal no se eliminen integrando como rendimiento del capital mobiliario en el IRPF del socio persona física los dividendos sobre los que este tiene su disponibilidad, sino eliminando, total o parcialmente, tales efectos, integrando en su IRPF la parte de la ganancia patrimonial que en su día se difirió en cuantía equivalente a la de los dividendos que se han distribuido. El resultado práctico que se consigue con ello es sin duda el mismo que se consigue si se hubiese regularizado a través del artículo 25 de la LIRPF.

El abuso que el tribunal considera que se ha realizado se independiza, pues, del derecho y es el resultado de una valoración subjetiva de naturaleza económica de los motivos fiscales abusivos que el contribuyente tiene al pretender aplicar el artículo 21 de la LIS. Se trata, en definitiva, de una interpretación económica de los hechos según cuál es su resultado funcional. En definitiva, se causalizan los motivos sin justificar antes la existencia objetiva de un supuesto de abuso. Se valoran tan solo los «motivos», la «finalidad» del contribuyente, sus «intenciones». La subjetividad de los motivos desplaza la objetividad del abuso.

Sin embargo, eludir la tributación de los dividendos en el IRPF exigiría que el resultado que finalmente se ha conseguido sea el mismo que el que se conseguiría si los dividendos se hubiesen distribuido directamente en favor del socio persona física. En términos jurídicos, esto significaría que los negocios que el contribuyente ha realizado son formalmente ciertos y realmente queridos, pero no son los que el derecho contempla como normales para conseguir el resultado que finalmente se ha conseguido: tener la «disponibilidad real y efectiva» de los dividendos que se han distribuido.

En opinión del tribunal, esa disponibilidad es la misma que la que se tendría en el caso de que los dividendos se hubiesen distribuido directamente a su favor. En efecto, antes de que las acciones o participaciones se aportasen a la sociedad *holding*, el socio tributaba en su IRPF en el momento de obtener «la disponibilidad de los beneficios que se acumulan en sede de su sociedad operativa [...] bien a través del reparto por esta de dividendos, o bien mediante la enajenación de sus acciones» (sexto párrafo del FD 14 de la resolución citada). Sin embargo, después, el socio:

consigue evitar ese «escenario fiscal», de modo que cuando la persona física obtenga la disponibilidad de los beneficios de [la sociedad operativa a través de su sociedad interpuesta, disponibilidad indirecta pero real y efectiva] no asumirá gravamen alguno, al poder aplicar la exención del artículo 21 de la LIS (séptimo párrafo de idéntico fundamento y resolución anterior).

El argumento de la disponibilidad «real y efectiva» se convierte, pues, en el eje central en torno al que el TEAC construye toda su fundamentación.

No es, pues, de extrañar que este lo refuerce con el fundamento de la inexistencia de actividad económica por parte de la sociedad *holding* y la inversión en activos no afectos de los dividendos que se han distribuido. En definitiva, una realidad jurídica aparente con la única finalidad de conseguir que la disponibilidad de los dividendos que el socio persona física tenga a través de la sociedad *holding* sea la misma que la que este tendría si estos se distribuyeran directamente a su favor. La aportación no dineraria y la posterior distribución de dividendos son, pues, negocios vacíos de contenido cuya única finalidad es la de distribuir dividendos para que, directa o indirectamente, el socio persona física disponga de ellos. Se trata, pues, de un planteamiento propio de un abuso de las formas negociales. Y no es de extrañar que sea así. Justificar tan solo la regularización con base en la «finalidad» que se persigue y sus «efectos» no es suficiente. Lo prioritario es averiguar si esa finalidad que se persigue se consigue abusando de las formas. Solo de ser así se puede afirmar que esa ventaja fiscal se ha conseguido a través de un abuso. Sin embargo, el TEAC se olvida del artículo 13 de la LGT y aplica directamente el artículo 89.2 de la LIS. Prescinde, pues, de la necesaria y previa valoración jurídica de los hechos o negocios realizados. En consecuencia, y como ya hemos dicho, el TEAC recalifica los negocios como abuso sin esa previa y necesaria valoración jurídica y objetiva.

Según el tribunal, el artículo 89 de la LIS permite, pues, que los motivos se casualicen sin necesidad de que el abuso exista. Lo relevante es averiguar si la finalidad que se persigue es abusiva. Se olvida, pues, de averiguar cuál es la verdadera realidad jurídica, la verdadera voluntad negocial; de averiguar cuál es el negocio eludido y el precepto en concreto que se ha eludido.

Pero la verdad es que solo hay elusión si el hecho imponible se ha realizado, aunque evitando, eso sí, y de forma artificiosa, que este nazca. Pero, para que ese abuso tenga consecuencias tributarias, es necesario que el resultado que el contribuyente ha conseguido con los negocios que ha utilizado sea el propio de otro, u otros, distintos a los que el contribuyente ha utilizado, y siempre que estos últimos no se justifiquen por motivos económicos válidos distintos de los fiscales. Ello exige averiguar si el resultado que finalmente se ha conseguido con la aportación no dineraria y la posterior distribución de dividendos es el mismo que el que se hubiese conseguido de haberse distribuido los dividendos directamente en favor del socio persona física. Esta es la clave: ¿se consigue de verdad el mismo resultado?, ¿la disponibilidad que el socio tiene de los dividendos es la misma? Creemos, sinceramente, que no. El artículo 13 de la LGT es, una vez más, el punto de partida.

Sea como fuere, eludir la tributación de una renta exige que esta coincida con la que el hecho imponible define como realidad fáctica sujeta a gravamen; exige que este exista y, por tanto, que se haya eludido el precepto en concreto del IRPF que establece su gravamen. El propio TEAC señala que hay que identificar «cuáles son esos "efectos abusivos",

señalando cuál es la norma fiscal defraudada, para eliminar "exclusivamente" los efectos de esa ventaja fiscal que, irregularmente, se pretendió disfrutar» (FD 13 de la resolución).

Pues bien, ¿cuál es la norma fiscal que se ha eludido o, mejor, el precepto en concreto que se ha eludido?

En nuestra opinión, no hay ninguna duda de que es el artículo 25 de la LIRPF que, recordémoslo, califica como rendimiento del capital mobiliario los dividendos y cualquier otra utilidad procedente de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe. No se trata, pues, de regularizar los «efectos» abusivos que subjetivamente se considere que se pretendían conseguir, sino de regularizar los efectos jurídicos del precepto en concreto que se ha eludido. Y es evidente que el artículo 21 de la LIS no se ha eludido. Pero ¿existe realmente alguna renta cuya tributación se haya eludido?, ¿existe realmente algún precepto en concreto que se haya eludido?

Baste recordar que el artículo 6.2 b) de la LIRPF establece que el hecho imponible del impuesto es «la obtención de renta por el contribuyente», renta que se compone, entre otros, de «los rendimientos del capital», rendimientos que, de acuerdo con su artículo 14.1 a), «se imputarán al período impositivo en que sean exigibles por su perceptor». En consecuencia, la renta se ha obtenido en el momento de su exigibilidad; exigibilidad que, en el caso de los dividendos, coincide con la fecha en la que el contribuyente tiene derecho a exigirlos, esto es, la fecha en la que la sociedad ha acordado su pago.

Por su parte, su artículo 42.1 establece que constituyen rentas en especie «la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda»; precepto íntimamente vinculado con su artículo 25.1 d) al señalar que tienen la consideración de rendimientos íntegros del capital mobiliario los dividendos y «cualquier otra utilidad, distinta de las anteriores, procedente de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe». Por tanto, la disponibilidad para fines particulares que el socio pueda tener de activos que son propiedad de la sociedad es un posible supuesto de rendimiento en especie del capital mobiliario.

La pregunta es obvia: en el caso de autos, ¿existe algún rendimiento del capital mobiliario «exigible» cuya tributación se ha eludido?, ¿existe alguna utilidad derivada de la condición de socio, accionista, asociado o partícipe, consecuencia del uso y disfrute de algún activo que, siendo propiedad de la sociedad *holding*, es el socio quien disfruta o disponga del mismo?, ¿el socio persona física tiene realmente la disponibilidad de los dividendos?

Si el socio persona física no es titular de un derecho de crédito exigible sobre los dividendos que se distribuyan, no se puede afirmar que este tenga la disponibilidad de los dividendos que se distribuyen. Sin exigibilidad, no hay disponibilidad y, en consecuencia, el abuso no existe. Es cierto, eso sí, que al socio aportante se le atribuyen títulos valores de la

sociedad *holding* por un importe equivalente al valor de mercado de las acciones o participaciones que se aportan, incluidas, por tanto, las plusvalías, tácitas y expresas, que en ese momento existan. Pero esto no significa que se le atribuya al socio un derecho a disponer de los dividendos que se distribuyan con cargo a los beneficios que la sociedad operativa ha obtenido hasta el momento de la aportación de tales acciones o participaciones. Ese derecho es innato de quien es su titular jurídico, esto es, de quien ostenta en cada momento la condición de socio, accionista o partícipe o, mejor, de quien es el titular de los derechos económicos sobre las acciones o participaciones que se han aportado.

Es cierto que, al atribuírsele al socio aportante títulos valores de importe equivalente a su valor de mercado, se le están reconociendo las plusvalías que en el momento de la aportación existían. Pero esto no significa que se le atribuya ningún derecho de crédito sobre las mismas. Tales plusvalías se materializarán en el momento en el que las acciones o participaciones de la sociedad *holding* se transmitan. Su tributación se difiere, pues, al momento de su efectiva realización. No existe, por tanto, ningún derecho de crédito del que se pueda inferir esa disponibilidad a la que el tribunal se refiere.

En otro orden de cosas, no hay que olvidar que el importe del dividendo neto que, después de impuestos, un contribuyente dispone para invertir a través de una sociedad es mayor que el que se dispone para invertir individualmente. Mientras que los dividendos que se cobran a través de la sociedad *holding* tributan al 1,25 %, los que se cobran directamente como persona física tributan al tipo marginal máximo del 28 %. Por tanto, la disponibilidad neta que una sociedad tiene es siempre mayor que la que una persona física dispone. Gestionarlos a través de una sociedad es, pues, económicamente más eficiente.

De hecho, el TEAC es consciente de que es así, pero rechaza que el régimen fiscal especial se aplique a supuestos en los que tales excedentes no se destinan o afectan al desarrollo de una actividad económica. En su opinión:

es claro que la concentración en [...] la sociedad *holding* de los dividendos repartidos por las sociedades operativas no varía respecto de lo que [se hubiera conseguido de no haberse realizado la operación] salvo, eso sí, en el ahorro fiscal que supone el cambio, al no tributar éstos en sede de la persona jurídica, y que, es verdad, permitiría que ésta tuviera un mayor importe de dinero disponible, tesorería, siendo ello únicamente debido al ahorro fiscal y no a una actividad desarrollada por la entidad que, como ya se ha señalado, no existía. Esto es, efectivamente, tras la operación de aportación de títulos a [la sociedad *holding*] ésta tiene una mayor capacidad económica de la que tenía antes, pero eso no ha tenido consecuencia alguna ni ha variado la actividad que antes realizaba [el socio persona física] respecto de la que realiza después la *holding*, que se limita a la recepción de los dividendos, que igualmente se hubieran repartido por las entidades, e invertir la tesorería recibida de los mismos (FD 6 de la resolución).

En definitiva, se está afirmando que el régimen fiscal especial no está concebido para que los patrimonios de los socios se organicen, sino para que se reorganicen los patrimonios de las propias empresas. Pero el artículo 87 de la LIS dice lo que dice, y no contempla ninguna excepción ni restricción al respecto. Sea como fuere, no hay que olvidar que nos estamos refiriendo a gestionar los excedentes de tesorería procedentes de una actividad económica. A pesar de ello, insistimos, se afirma que el régimen fiscal especial se ha utilizado con una finalidad distinta a la que le es propia. Así se dice expresamente en diferentes fundamentos de la resolución del TEAC: la ausencia de una finalidad empresarial que justifique la operación; cuestión que obliga a plantearnos cuál es de verdad el objetivo que la directiva persigue.

Sea como fuere, el problema es que el legislador patrio fue quien incluyó en el artículo 87 de la LIS las aportaciones de determinadas acciones o participaciones. Y una aportación no dineraria es lo que es y, ante la ausencia de una definición propia en el ámbito tributario, hay que interpretarla de acuerdo con lo que el derecho mercantil considera como tal. Recordemos, además, que la existencia de motivos económicos válidos distintos de los fiscales no es un requisito subjetivo que se haya de cumplir, sino tan solo un indicio de la posible existencia de fraude que, de existir, su inexistencia lo corroboraría.

Pero supongamos que la operación que se ha realizado carece de la finalidad empresarial y que el artículo 87 no es de aplicación. Si no lo es, quiere decir que el régimen general es el que se aplica, en particular, el artículo 37 de la LIRPF. El artículo 87 solo se aplica si concurren los requisitos objetivos y subjetivos que la LIS exige. Esta es la lógica del tribunal. Pero si tales requisitos no se cumplen, lo que procede es integrar o imputar la totalidad de la ganancia patrimonial en el IRPF del socio persona física. De esta forma, las plusvalías expresas y tácitas a la fecha de la aportación tributarían de forma íntegra. Este es el planteamiento de la AEAT; planteamiento, por cierto, que, a diferencia del planteamiento del TEAC, exige admitir la coexistencia de dos regímenes fiscales distintos según se cumpla o no el requisito subjetivo de la existencia de motivos económicos válidos distintos de los fiscales.

Pero, de ser así, cuando la sociedad operativa distribuyera dividendos con cargo a los beneficios que se han obtenido hasta el momento de la aportación, estos no se integrarían en el IRPF del socio persona física porque su importe está incluido en el cálculo de la ganancia patrimonial que se ha integrado en la base imponible del socio persona física. De ser así, nadie hablaría de «disponibilidad» indirecta, pero real y efectiva, del socio. Sin embargo, los dividendos serían tan disponibles como lo son en el caso de que el régimen fiscal especial se aplique o en el de que los dividendos que se distribuyan sean con cargo a beneficios obtenidos con posterioridad a la aportación. ¿Cuál es el fundamento jurídico que permite afirmar que la disponibilidad es distinta según se trate de beneficios anteriores o posteriores a la aportación o, mejor, según si el régimen fiscal especial se aplica o no?

De ello se deduce que el problema de verdad no es la aportación no dineraria ni la posterior distribución de dividendos ni su destino ni su disponibilidad ni la existencia o no de un

derecho exigible. El único problema de verdad es la falta de tributación de los dividendos que se distribuyen con cargo a los beneficios no distribuidos que la sociedad operativa ha obtenido hasta el momento de la aportación. Pero no siempre. Solo en el caso de que la operación que se ha realizado no se justifique por motivos económicos válidos distintos de los fiscales. En el caso de que sí se justifique, la problemática de la disponibilidad subsiste, pero sus consecuencias fiscales desaparecen. Esto significa que el problema no es si el régimen fiscal especial se aplica o no, sino cuál es la tributación que corresponde a tales dividendos en el caso de que la aportación no se justifique por motivos económicos válidos. No en vano, el problema surge en el mismo momento de su distribución, y no siempre, pero nunca antes. Pero, de concluir que tales dividendos tributan, hay que admitir también que el reparto de unos beneficios cuyo origen es el mismo tributan de forma distinta según se justifique que la aportación se ha hecho por motivos económicos distintos de los fiscales; tributación que es también distinta si los beneficios que se distribuyen son los que la sociedad operativa ha obtenido después de la aportación. No nos parece muy consistente.

En otro orden de cosas, cabe señalar, por último, que no es abuso aquello que por medios lícitos se puede conseguir. Nos explicamos. Si la aportación de las acciones o participaciones se hubiese hecho antes de que la sociedad operativa hubiese iniciado su actividad, nadie objetaría ahora que los dividendos que se distribuyan no se integren en el IRPF del socio persona física. Es obvio, pues, que el momento «óptimo» para crear esa estructura *holding* era al inicio de la actividad económica de la sociedad operativa. Pero el contribuyente no lo hizo. Desde esta perspectiva, la directiva es una «segunda oportunidad» que el contribuyente tiene de organizarse de forma eficiente y, por tanto, de ser más competitivo.

Pretender integrar en el IRPF del socio persona física la ganancia patrimonial cuya tributación se ha diferido es penalizar su ineficiencia fiscal y organizativa. Es no reconocer que, si no se hubiese tributado en su IRPF por los dividendos distribuidos hasta el momento de la aportación, dispondría ahora de mayores recursos para invertir en importe equivalente al del IRPF pagado por los mismos. Sería, pues, más competitivo. Con la interpretación que el TEAC hace se consigue justo lo contrario de lo que la directiva pretende evitar.

5.4. La realidad jurídica aparente sin sustrato económico real

Como acabamos de comentar, los fundamentos del tribunal se construyen en torno a la disponibilidad «real» y «efectiva» que el contribuyente tiene de los dividendos; fundamento que se refuerza con el de la existencia de una realidad jurídica aparente sin sustrato económico real.

En opinión del tribunal, la creación de la sociedad *holding* no ha supuesto «ninguna mejora de la actividad de las entidades operativas» ni tampoco «de la gestión que realizaba [el socio persona física de las participaciones de tales entidades]». Tampoco ha tenido incidencia

«en la toma de decisiones de esas entidades operativas, ya que la labor en ellas [como consejera/administradora] seguía correspondiendo» al socio persona física. A pesar de que la sociedad *holding* es la que «formalmente» ha pasado a integrar el consejo de administración de la sociedad operativa, el socio persona física «seguía siendo [...] quien acudía y actuaba en los mismos [...] como representante de aquella [en vez de hacerlo directamente en su nombre]» (párrafo del FD 6 de la resolución ya citada).

En definitiva,

fruto de la aportación no dineraria [solo] se ha interpuesto una sociedad entre la persona física y otras entidades operativas, [...], sin que [dicha sociedad interpuesta] aporte ninguna actividad económica adicional para el grupo y destinando la mayor parte de los fondos percibidos procedentes de los dividendos repartidos por [la sociedad operativa] en activos no afectos a fines empresariales (penúltimo párrafo de idéntico fundamento de derecho y resolución que la citada con anterioridad).

Lo único que se ha logrado es que «la carga fiscal correspondiente a los dividendos distribuidos desde entonces, [...] haya resultado notoriamente inferior a la que hubiera correspondido si los títulos [...] se hubiesen mantenido en manos de las personas físicas» (último párrafo del FD 8 de idéntica resolución). Por tanto, la ventaja o mejora fiscal que se ha conseguido es «la falta de tributación [en el IRPF] por los dividendos que [se han distribuido] después de la aportación no dineraria» (primer párrafo del FD 14 de la resolución citada).

En definitiva, el TEAC considera que la realidad jurídica que se ha creado es una mera apariencia cuya única finalidad es eludir el pago del IRPF correspondiente a los dividendos que se han distribuido. Dos alegatos refrendan su criterio. El primero, el hecho de que los dividendos se reinviertan en activos no afectos; esto es, en activos que, en opinión del tribunal, el socio persona física dispone como si fuera su propietario directo. El segundo, la falta de actividad económica. Centrémonos ahora en el primero.

No existe ninguna norma que obligue a invertir los dividendos en activos afectos o que impida hacerlo en activos no afectos. Al contrario. El legislador es muy consciente de su existencia. No en vano, el artículo 5 de la LIS legitima la existencia de las denominadas sociedades «patrimoniales», esto es, de aquellas sociedades en las que más del 50 % de su activo no está afecto a actividades económicas (art. 5 de la LIS). Pero, además, el legislador prevé expresamente sus efectos jurídico-tributarios en muy diferentes impuestos, por ejemplo, en el IS, en el IRPF, en el IP o en el ISD.

Sea como fuere, invertir en activos no afectos no impide que el artículo 87.2 de la LIS se aplique. Este exige únicamente que las acciones o participaciones que se aporten a la sociedad de la que se trate no sean representativas del capital social de sociedades patrimoniales, esto es, de sociedades cuya actividad principal es la mera gestión de un patrimonio

mobiliario e inmobiliario; circunstancia, recordémoslo, que en el caso de autos no ocurre. Nada impide, pues, que la sociedad *holding* invierta en activos no afectos. El artículo 87 de la LIS solo exige que la sociedad que recibe la aportación sea residente en territorio español. En ningún momento tampoco exige que esta desarrolle una actividad económica. Se trata, sin más, de una aportación de participaciones significativas. Se legitima, pues, la tenencia de valores a través de sociedades.

Es cierto que invertir en activos no afectos es un indicio objetivo de ausencia de actividad. Pero tal indicio sería relevante si el artículo 87 exigiera que la sociedad *holding* ejerciera una actividad de naturaleza empresarial. Y eso no ocurre. Sea como fuere, los indicios objetivos que se utilicen para presumir de forma razonada la existencia de un abuso han de ser los adecuados al caso en concreto que se analiza. Así, por ejemplo, la valoración de un indicio objetivo, como la inexistencia de recursos materiales y humanos, no puede ser la misma si se trata de corroborar la existencia de una actividad comercial o industrial o de la mera gestión de las participaciones de las que la sociedad es titular.

Por otra parte, no se puede cuestionar el valor jurídico de hechos que, desde el punto de vista del derecho, son una realidad normativizada, por ejemplo, constituir una sociedad unipersonal, una sociedad *holding* o una sociedad patrimonial, distribuir dividendos o aportar acciones a una sociedad. Por ello es necesario distinguir entre la existencia de alternativas negociales que el contribuyente tiene a su disposición y el abuso en la utilización de esas alternativas que el derecho le ofrece. Elegir una u otra por motivos fiscales no es el problema. El problema es si la menor tributación se consigue o no mediante un abuso. La incógnita, pues, que hay que resolver es si la voluntad del legislador es impedir fiscalmente la creación de sociedades *holding* y sus consecuencias posteriores, como la distribución de dividendos. La respuesta es manifiestamente negativa. Así, por ejemplo, los ingresos por dividendos que una sociedad *holding* percibe de sus participadas es objeto de muy diversas referencias normativas, como también lo es la naturaleza de los activos que se adquieren con ingresos procedentes del reparto de dividendos y sus consecuencias en la calificación fiscal de la sociedad que los cobra. También es objeto de múltiples referencias normativas la trascendencia tributaria que la titularidad de participaciones significativas tiene. No estamos, pues, hablando de una realidad desconocida y artificiosa. Todo lo contrario. En este contexto, no hay ninguna duda de que el cobro de dividendos por parte de una sociedad *holding* es la consecuencia lógica de su propia existencia. No es, pues, de extrañar que las sociedades *holding* figuren hoy excluidas del concepto de «sociedad fantasma» al que se refiere la propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen disposiciones para evitar la utilización fraudulenta de entidades ficticias con fines fiscales y se modifica la Directiva 2011/16/UE (Directiva Unshell).

Por tanto, el problema no es ni la creación de una sociedad *holding* ni la posterior distribución de dividendos. Tampoco lo es la alternativa negocial que el contribuyente tiene de gestionar sus participaciones en sociedades a través de sociedades interpuestas. El único problema es averiguar si los negocios que se han hecho son los propios de esa realidad

normativizada de la que el legislador es consciente, abstracción hecha de sus motivos, incluidos los fiscales. Y si tales negocios son ciertos y se concluye de forma objetiva que no existe ningún abuso en la utilización de las formas negociales, su fiscalidad es la que la norma contempla para esa realidad en concreto. Por tanto, el problema se centra en averiguar si el artículo 87 de la LIS es o no de aplicación. Si lo es, el artículo 89.2 no es de aplicación. Si lo es parcialmente, el efecto del diferimiento hay que regularizarlo parcialmente. Y si no lo es, los efectos del diferimiento se han de anular en su totalidad. Pero se anulan porque el régimen fiscal que hay que aplicar es el general y no el especial. Procede, pues, averiguar cuál es la finalidad del artículo 87 de la LIS, en concreto, si incluye, o no, las aportaciones a las que nos referimos. Esta es la cuestión. Resuelta esta, resuelto el problema.

Pero volvamos de nuevo al destino que la sociedad *holding* les ha dado a los dividendos que se han cobrado de la sociedad operativa. A poco que reflexionemos, se observa que el contribuyente podría haber optado por invertir en activos no afectos a través de la propia sociedad operativa, sin necesidad de distribuir dividendos. De haberlo hecho, nada se objetaría. Nada se diría de que los excedentes de tesorería se han materializado en activos afectos. Si nos fijamos, la situación de hecho no ha cambiado antes y después. Lo único que ha cambiado es que tales excedentes se gestionan a través de una sociedad interpuesta.

¿Por qué? Porque esta es la voluntad de los socios personas físicas. Estos desean gestionar de forma individual los excedentes de tesorería que la sociedad operativa ha generado. No quieren hacerlo de forma conjunta a través de la operativa. ¿Por qué? Es irrelevante si el negocio es cierto. Pero pueden existir muchos porqués. Por ejemplo, porque los socios no coinciden en el destino que hay que dar a los excedentes de tesorería, porque desean repartir dividendos y nunca hasta hoy se habían planteado como gestionarlos, porque empiezan a prever el relevo generacional.

Sea como fuere, la estructura que se ha diseñado permite que los excedentes se desafecten de la actividad económica y se gestionen individualmente a través de las sociedades *holding* de cada uno de los socios personas físicas y de acuerdo con los intereses de cada uno. Antes y después, la titularidad de los excedentes es de una sociedad. Ni antes ni después los excedentes se incorporan a los respectivos patrimonios personales. Lo único que ha cambiado es su gestión. Esta se deja de hacer de forma conjunta para hacerse de forma individual. De esta forma, los conflictos inherentes a su gestión conjunta se evitan y el riesgo de dejarlos vinculados al patrimonio empresarial se minimiza. Pero nada más, ni nada menos, ha cambiado. La sociedad *holding* se utiliza, pues, como vehículo inversor e instrumento útil en el proceso de relevo generacional. Es innegable, pues, que lo único que se consigue con las operaciones que se han realizado es la gestión individualizada de los excesos de tesorería, minimizando los riesgos de gestionarlos de forma conjunta a través de la sociedad operativa.

Es cierto que la gestión de los excedentes no exige una estructura como la diseñada. El contribuyente tiene varias opciones para ello. Desde gestionarlos de forma conjunta a través de la sociedad operativa a gestionarlos individualmente cada uno ellos como personas

físicas o a hacerlo a través de sus respectivas sociedades *holding*. Existen, pues, diferentes alternativas negociales. Optar por una de ellas es una decisión que solo al contribuyente le corresponde. Nos guste o no, la fiscalidad no es neutra e incide inevitablemente en las decisiones de los contribuyentes. El contribuyente se ha limitado, pues, a elegir la opción que le parece más adecuada y eficiente. En este contexto, la voluntad del contribuyente no es eludir la tributación de los dividendos, sino gestionar los excesos de tesorería de forma individualizada y eficiente. La Administración no puede cuestionar esta realidad objetiva. Hacerlo interfiere en un ámbito que no le corresponde. Podrá, eso sí, cuestionar sus consecuencias, pero no sus decisiones ni sus motivos. Diferente sería el caso de que el socio persona física tuviera derecho a exigir el pago de los dividendos o que tuviera la disponibilidad personal de los activos propiedad de la sociedad. Pero no es el caso de autos.

El segundo de los alegatos es la falta de actividad económica. Es cierto que la inexistencia de actividad económica es un indicio objetivo que permitiría concluir también que el objeto de la sociedad es la mera tenencia de un patrimonio mobiliario y, por tanto, que la sociedad *holding* no desarrolla ninguna actividad.

Pero, aun admitiéndolo, el artículo 87 de la LIS solo exige que la sociedad beneficiaria de la aportación sea residente en territorio español. No exige, pues, que tenga actividad ni que disponga de recursos humanos o materiales. Exige tan solo que las acciones o participaciones que se aporten representen, al menos, el 5 % del capital social de entidades operativas.

A pesar de ello, el tribunal subraya el hecho de que la sociedad *holding* carezca de «medios suficientes para ejercer la actividad [de gestión de las participaciones que se le aportaron] más allá de la propia persona física aportante, que era su propietaria al 100 %» (segundo párrafo del FD 12 de la resolución citada). Pero, aun exigiéndose el requisito de existencia de actividad, gestionar las acciones o participaciones que se han aportado no es lo mismo que gestionar la actividad de la participada. No en vano, la gestión de la participación se limita a ejercer los derechos y obligaciones inherentes a la condición de socio, accionista o partícipe. En consecuencia, no es necesario para ello tener personal contratado, profesionales externos o página web. No hay que olvidar tampoco, que el administrador de una sociedad es el responsable de la gestión de la misma (arts. 209 y 249 bis del Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital).

En consecuencia, la sociedad *holding* dispone, en el caso de autos, de los medios adecuados para gestionar las acciones o participaciones de las que es titular; requisito, insistimos, que el artículo 87 de la LIS no exige. En cualquier caso, estamos ante negocios ciertos y lícitos, y no ante un «artificio» negocial.

Es cierto también que la sociedad *holding* participa tan solo en una sociedad operativa. Una vez más insistimos en que el artículo 87 de la LIS no exige un número en concreto de participaciones significativas. Solo que la sociedad tenedora sea residente en territorio español.

En definitiva, funcionalmente nada ha cambiado. Pero la realidad jurídica sí que ha cambiado y, por tanto, su fiscalidad también. Pero, si los negocios son causalmente ciertos, no hay abuso del derecho. Esto es lo que en el caso de autos ocurre. El artículo 89.2 de la LIS no es de aplicación.

Sea como fuere, todos sabemos que la creación de una sociedad es una ficción jurídica. Pero todos sabemos también que se trata de una ficción que nuestro ordenamiento legitima y que, nos guste o no, tiene consecuencias jurídicas que el aplicador del derecho no puede obviar. En cualquier caso, la decisión sobre qué hacer le corresponde tan solo al contribuyente. La Administración solo puede cuestionar cuáles son sus consecuencias jurídicas. Una vez más, el artículo 13 de la LGT.

5.5. La inexistencia de un abuso en la aplicación del derecho

El abuso de las formas negociales no es el único supuesto de abuso del derecho. También lo es abusar en la aplicación de la norma o aplicarla con una finalidad distinta a la que le es propia. De hecho, el TEAC habla de abuso «normativo». No obstante, hay que tener en cuenta que el abuso de derecho exige también un cierto abuso de las formas.

Si nos ceñimos al caso de autos, el abuso al que ahora nos referimos consistiría en aplicar el artículo 21 de la LIS, o la propia directiva, con una finalidad distinta a la que les es propia. Ya hemos dicho que el artículo 21 de la LIS se ha aplicado de acuerdo con su finalidad. Recordemos tan solo que la exención del 95 % que este prevé no es *stricto sensu* una ventaja fiscal ni una mejora en la fiscalidad. Se trata, sin más, de una técnica legislativa cuyo único objetivo es evitar la doble imposición. La exención del artículo 21 de la LIS no equivale, pues, a eludir el IRPF. Pero tampoco son estos los efectos que con él se consiguen. Recordemos, una vez más, que la ganancia patrimonial que se ha diferido al aportar las acciones o participaciones tributara en el momento de su posterior transmisión, en concreto, cuando esta se materialice de forma efectiva mediante la transmisión de las acciones o participaciones de la sociedad *holding* o de la sociedad operativa. No se elude, pues, su tributación efectiva. Pero, además, el artículo 21 de la LIS ha permitido que las rentas sobre las que la sociedad operativa ya ha tributado en sede del IS no vuelvan a tributar en sede del mismo impuesto. En definitiva, el artículo 21 de la LIS se ha aplicado de acuerdo con su finalidad.

Si nos centramos ahora en la directiva, conviene recordar que su objetivo es evitar que la fiscalidad de las fusiones, escisiones, aportación de activos o canje de valores sea un obstáculo para que las empresas de los diferentes Estados miembros sean más competitivas. Su existencia obedece, pues, al convencimiento de que la fiscalidad de estos últimos impide que las empresas sean más competitivas y productivas. Pero conseguir que esta no distorsione la competencia no significa que se haya de acreditar que se está inmerso en un proceso concreto de reestructuración o de racionalización. El hecho de que las

operaciones típicas de reestructuración sean las fusiones, escisiones, aportaciones de activo o canje de valores no significa que el régimen de diferimiento solo se aplique a aquellas que acrediten que su finalidad principal no es conseguir una ventaja fiscal. No existe, pues, un régimen fiscal distinto según que se justifique o no la existencia de motivos económicos válidos distintos de los fiscales, sino un solo régimen fiscal que es común a todas ellas; régimen, además, que es obligatorio. Esto significa que el régimen fiscal especial se aplica a todas ellas sin excepción.

En este contexto, la directiva se limita a enumerar y definir cuáles son las operaciones que de forma objetiva se considera que su fiscalidad distorsiona la libre competencia. Tales operaciones son las que la directiva describe en su artículo 1 y de cuya definición se constata que se trata de una descripción meramente objetiva sin incluir, pues, ningún requisito subjetivo que se haya de cumplir para que el régimen fiscal especial se aplique. La directiva se aplica, pues, por el mero hecho de tratarse de cualquiera de tales operaciones. Por tanto, si estas son causalmente ciertas, los motivos son irrelevantes. De ser ciertas, se presupone que la operación de la que se trata cumple con la función social y económica que el derecho le ha atribuido. Por ello, el régimen fiscal especial se aplica abstracción hecha de cuáles sean los motivos concretos por los que cada operación se ha realizado; motivos que solo se causalizan en el caso de abuso. En este último caso, y solo en este, la ausencia de motivos económicos distintos de los fiscales corrobora su existencia. No se trata, pues, de acreditar la finalidad empresarial de la operación, sino de acreditar que se trata de una operación de fusión, escisión, aportación de activos o canje de valores. De exigir lo primero, se causalizan los motivos y se altera la función que la directiva les atribuye. De exigir lo segundo, el régimen se aplica abstracción hecha de cuáles sean los motivos.

En consecuencia, la directiva pretende tan solo evitar que la fiscalidad de cada Estado distorsione la competencia. Su objetivo no es que las empresas sean más competitivas y productivas, sino eliminar los obstáculos fiscales que puedan distorsionar la competencia permitiendo, así, que estas sean más competitivas y productivas. Pero de ahí no se puede inferir que las empresas han de acreditar en qué medida consiguen mejorar su competitividad y productividad.

Si nos centramos en nuestro ordenamiento interno, no hay duda de que las operaciones a las que la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, se refiere son aquellas que son las propias de cualquier proceso de reorganización o reestructuración empresarial. Sin embargo, la norma no exige que se justifique en cada caso su concreta finalidad. Cuestión distinta es que, en los casos de abuso, su finalidad sea determinante. Por tanto, lo relevante es averiguar de forma objetiva si estamos o no ante una «fusión, escisión, aportación de activos y canje de acciones» de las descritas en el artículo 1 de la directiva o ante un supuesto de abuso de las formas negociales. De no existir este último, se presupone que su finalidad es la propia de tales operaciones.

Si nos centramos ahora en las aportaciones no dinerarias, conviene recordar que no son operaciones propias de reestructuración o de reorganización empresarial. No es, pues, de extrañar que la Ley 3/2009 las incluya. Por su parte, la directiva solo hace referencia a la aportación de activos realizadas por sociedades, pero no a las aportaciones realizadas por persona físicas. Su inclusión en el régimen fiscal especial es, pues, voluntad de nuestro legislador interno.

Recordemos que las aportaciones no dinerarias son, sin más, una modalidad de aportación al capital de una sociedad. Así se contemplan en el Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital, en concreto, en sus artículos 63 y siguientes.

Por tanto, la finalidad de nuestro legislador patrio no puede ser otra que la que se deduce de la propia literalidad de sus palabras: incluir en el régimen fiscal especial las aportaciones de acciones o participaciones realizadas por personas físicas que cumplan los requisitos del artículo 87 de la LIS.

Analicemos ahora cuál ha sido su evolución legislativa. Su inclusión en el régimen fiscal especial tiene su origen en la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del IS, en la que su artículo 108 incluye por primera vez en el régimen fiscal especial las aportaciones no dinerarias realizadas por personas jurídicas y las aportaciones de elementos patrimoniales afectos a actividades empresariales realizadas por personas físicas que lleven su contabilidad con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio, esto es, a personas físicas que tengan la condición de empresarios. Con posterioridad, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, amplió su ámbito de aplicación al incluir también las aportaciones realizadas por las personas físicas en favor de sociedades, sea cual fuere la naturaleza de lo aportado y la condición de su aportante. Sin embargo, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, restringió su ámbito de aplicación a las aportaciones de acciones o participaciones realizadas por personas físicas que cumplieran determinados requisitos. Desde entonces, hasta hoy, se han producido tan solo pequeñas modificaciones normativas con la finalidad de actualizar su redactado a las disposiciones vigentes en cada momento. En consecuencia, la voluntad del legislador español parece clara: incluir en el régimen fiscal especial las aportaciones realizadas por personas físicas de acciones o participaciones que cumplan determinados requisitos.

Nótese que su inclusión en el régimen fiscal especial lo es por la naturaleza de lo aportado, esto es, por tratarse de acciones o participaciones significativas de sociedades operativas de las que su aportante ha sido su titular durante un periodo mínimo de un año. Se excluyen, pues, las no significativas y aquellas que sean representativas del capital social de sociedades patrimoniales o, mejor, de aquellas cuya actividad principal no consiste en la gestión de un patrimonio. El objetivo del legislador parece, pues, muy claro: el régimen fiscal especial se aplica en el caso de aportaciones de acciones o participaciones de sociedades

cuya actividad principal es el desarrollo de una actividad empresarial. En este sentido, el único supuesto de abuso que se podría dar es la patrimonialidad sobrevenida con relación a la sociedad operativa cuyas acciones o participaciones se han aportado. Es también muy claro que no se exige que el aportante sea una persona física que tenga la condición de empresario o que dirija o gestione la actividad de la sociedad operativa. Solo se exige que el aportante sea una persona física cuya participación significativa en la sociedad operativa de la que se trate se ostente con una antigüedad mínima de un año. Por su parte, el hecho de que la sociedad beneficiaria de la aportación realice una actividad económica es solo relevante si esta se trata de una entidad que realiza en España una actividad por medio de un establecimiento permanente al que se afecten los bienes aportados. De lo contrario, el único requisito que se exige es que la sociedad beneficiaria de la aportación tenga su residencia en territorio español. Resulta, pues, obvio que, para el legislador, es irrelevante que la sociedad beneficiaria de las acciones o participaciones que se le han aportado realice o no una actividad económica. Es más. En la tramitación parlamentaria de la Ley 24/2002 a la que hemos hecho referencia se suprimió la obligación que el proyecto de ley lo recogiera en el sentido de que la participación significativa del 5 % se tuviera con la finalidad de gestionarla o dirigirla. Por tanto, es obvio que la finalidad es la de que se aplique a cualquier aportación realizada por una persona física de acciones o participaciones en el capital social de sociedades operativas en las que se participa, como mínimo, en un 5 %. No se exige, pues, que la sociedad beneficiaria de la aportación gestione o dirija sus participaciones. La norma guarda, pues, silencio con relación a la naturaleza de la sociedad beneficiaria de la aportación. En consecuencia, es irrelevante que esta última sea una sociedad operativa o una patrimonial. Sea como fuere, el artículo 87 de la LIS legitima una realidad que era ya muy habitual: la tenencia por parte de personas físicas de acciones o participaciones de sociedades operativas a través de sociedades interpuestas. Con el artículo 87 de la LIS se consigue también que la fiscalidad no penalice a aquellas personas físicas que, al iniciar una actividad económica a través de una sociedad, no optan por hacerlo a través de una sociedad interpuesta. Impide, pues, que la fiscalidad ponga en peor condición a quien no ha previsto hacerlo antes.

Se puede, pues, afirmar que el resultado final que en el caso de autos se ha conseguido se podría haber conseguido también si la sociedad interpuesta se hubiese constituido antes. El artículo 87 garantiza, pues, la neutralidad de la fiscalidad según cual sea la gestión de las acciones o participaciones de las que una persona física es titular. De lo contrario, se estaría penalizando la gestión a través de sociedades interpuestas que no se hubiesen constituido al inicio de su actividad.

El artículo 87 de la LIS no exige tampoco que la finalidad de la aportación revierta en beneficio a la sociedad beneficiaria de la aportación o que contribuya a racionalizar o reestructurar la actividad que esta desarrolle o que pueda desarrollar en el futuro. Es obvio que, si el legislador no exige que la sociedad beneficiaria cumpla con dicho requisito, no es razonable concluir que su aplicación se condiciona a que la finalidad de aportación sea de

naturaleza empresarial. Lo es, claro está, en la medida en que las participaciones que se aportan lo son de una sociedad que desarrolla una actividad empresarial.

Es obvio también que ni el artículo 15 de la directiva ni el artículo 89 de la LIS exigen que para aplicar el régimen fiscal especial se acredite una finalidad empresarial. Afirmarlo es transformar en requisito lo que es una mera presunción de fraude. Es exigir que las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos o canje de valores que, siendo causalmente ciertas, se hayan de justificar por la existencia de motivos económicos válidos distintos de los fiscales. Pero, además, esa presunta finalidad empresarial que la directiva persigue no se puede tampoco extender sin más a este tipo de aportaciones a las que nos referimos.

Sea como fuere, no hay que olvidar que la directiva tiene también como finalidad garantizar la tributación efectiva de las rentas cuya tributación se difiere, esto es, salvaguardar los intereses financieros de los Estados miembros (considerando 5 de la directiva). Precisamente por ello su artículo 8.6 señala:

La aplicación de [la directiva] no impedirá a los Estados miembros gravar el beneficio resultante de la ulterior cesión de los títulos recibidos de la misma forma que el beneficio resultante de la cesión de los títulos existentes antes de la adquisición.

En consecuencia, el «abuso» que la directiva pretende evitar es eludir esa posterior y efectiva tributación de las rentas que se han diferido.

En definitiva, y en el caso de autos, ni el artículo 21 de la LIS ni la directiva se han aplicado con una finalidad distinta a la que les corresponde. Por tanto, no solo no hay ningún abuso de las formas negociales, sino que tampoco hay ningún abuso del derecho.

5.6. La inexistencia de un vacío normativo

¿Es posible que el legislador se haya olvidado de prever la fiscalidad de los dividendos que se distribuyan con cargo a los beneficios que se han obtenido antes de la aportación en el caso de que la operación no se justifique por motivos económicos válidos distintos de los fiscales? ¿Estamos ante un vacío normativo?

No lo parece. El propio artículo 87 de la LIS exige que el aportante de las acciones o participaciones haya sido su titular de manera ininterrumpida, al menos, durante el año anterior a la fecha del documento público en el que se formalice la aportación. Si se exige una titularidad mínima de un año quiere decir que durante ese periodo mínimo de tenencia se pueden haber obtenido beneficios que no se hayan distribuido. Esto significa que el legislador es consciente de la posible existencia de tales beneficios. No parece, pues, que el legislador los haya ignorado por un olvido inconsciente.

Es también curioso que el artículo 21.4 b) de la LIS prevea que la exención por dividendos no se aplica cuando las acciones o participaciones aportadas se transmiten dentro de los dos años siguientes a su aportación y nada diga sobre los efectos fiscales de la distribución de dividendos con cargo a beneficios obtenidos con anterioridad. Es, pues, curioso que el legislador prevea tal excepción y no haga lo suyo con la distribución de dividendos con cargo a los beneficios no distribuidos obtenidos hasta el momento de la aportación. Pero nótese también que tal excepción se aplica tan solo a las transmisiones que se realicen durante los dos primeros años después de que la aportación se haya realizado. Se trata, pues, de una cláusula específica antielusión, que bien podría aplicarse en el caso de que en idéntico periodo se distribuyan dividendos con cargo a beneficios no distribuidos obtenidos por la sociedad participada hasta el momento de la aportación.

En cualquier caso, parece razonable concluir que se trata de una omisión consciente del propio legislador, cuya única preocupación es la de evitar que se eluda la tributación efectiva y posterior de las rentas cuya tributación se ha diferido y no la distribución como dividendos de tales beneficios. Pero es más. Si la elusión consiste en eludir la tributación efectiva y posterior de la renta que en su día se difirió en el momento en el que con posterioridad se transmitan los bienes o derechos valorados de acuerdo con los artículos 79, 80.2 y 87 de la LIS, es lógico que la única cautela que la LIS contemple sea, precisamente, la vinculada a esa concreta transmisión.

De ser así, carece de sentido cualquier cautela con relación a la distribución de dividendos con cargo a beneficios no distribuidos que se hayan obtenido hasta el momento de la aportación de las acciones o participaciones a la sociedad *holding* porque con la distribución no se elude la posterior y efectiva tributación de la renta que en su día se difirió.

Es también curioso que el propio artículo 88 de la LIS prevea normas concretas para evitar la doble imposición y no diga nada de la cuestión que comentamos.

En definitiva, no parece razonable concluir que estemos ante un vacío normativo inconsciente que, de existir, su única solución es vía legislativa. Parece, más bien, que el legislador, consciente del supuesto de hecho, optó por no contemplar ninguna excepción. Se trataría, pues, de una omisión consciente.

5.7. La regularización de los efectos de la ventaja fiscal

El artículo 89.2 de la LIS establece que «las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial [...] eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal». En consecuencia, la regularización del régimen fiscal especial consiste en eliminar los «efectos abusivos» de esa ventaja fiscal. Pero ¿qué ventaja fiscal?

El abuso que la directiva pretende evitar es el uso indebido de las ventajas fiscales propias del régimen de diferimiento. Como sabemos, su finalidad es diferir la tributación de las plusvalías que se produzcan como consecuencia de la transmisión de activos o pasivos vinculados a una operación de fusión, escisión, aportación de cativos o canje de valores. La ventaja fiscal que la directiva contempla consiste, pues, en diferir la tributación de tales plusvalías. Por tanto, el abuso consiste en diferir esa tributación de las plusvalías sin tener derecho a diferirla. Esto solo puede ocurrir cuando la finalidad con la que tales activos o pasivos se transmiten no es la propia de una operación de fusión, escisión, aportación de cativos o canje de valores, sino de otra operación distinta. Por tanto, el abuso no se consigue a través de tales operaciones, sino de otra u otras operaciones distintas, pero coetáneas a las anteriores. Si el abuso consiste en diferir la tributación de tales plusvalías sin tener derecho a diferirla, quiere decir que el abuso está necesariamente vinculado con la transmisión de tales activos o pasivos, pero por motivos distintos a los de una fusión, escisión, aportación de cativos o canje de valores. Esto significa que el abuso no se materializa a través de cualquiera de tales operaciones, sino de otra u otras distintas, pero coetáneas a las mismas, en concreto, cuando, con posterioridad a cualquiera de aquellas operaciones, tales activos o pasivos se transmiten por cualquier título distinto sin que las plusvalías que en su día se difirieron tributen de forma efectiva. Desde esta perspectiva, las operaciones de fusión, escisión, aportaciones de activos o canje de valores son tan solo preparatorias del abuso que se materializará cuando tales activos o pasivos se transmitan después de las mismas. Por tanto, el abuso al que la directiva se refiere consiste en transmitir la titularidad de determinados activos o pasivos eludiendo su tributación efectiva. La forma a través de la que el abuso se consigue es mediante el abuso de las formas negociales, esto es, mediante la realización de negocios que, a pesar de ser ciertos, reales y queridos, su resultado final no es el «típico» de tales negocios, sino de otro u otros distintos, cuya fiscalidad es más gravosa, en concreto, la transmisión de activos o pasivos por motivos distintos a los que son los propios de una fusión, escisión, aportaciones de activos o canje de valores.

Sin embargo, el régimen de diferimiento no permite eludir por sí mismo la tributación efectiva de tales plusvalías. Solo la difiere. Precisamente por ello la finalidad principal de la operación de fusión, escisión, aportaciones de activos o canje de valores no es conseguir que su propio régimen fiscal se aplique, sino conseguir que se apliquen otras ventajas fiscales que de forma indirecta permitan eludir dicha tributación efectiva, esto es, conseguir que se apliquen otras ventajas fiscales cuyos efectos permiten eludir esa tributación efectiva. Esto quiere decir que tales ventajas fiscales no son por sí mismas abusivas, sino que lo abusivo son los efectos que estas tiene al aplicar indebidamente las ventajas fiscales que la directiva contempla.

Sean como fuere, eludir exige evitar la realización del hecho imponible, esto es, evitar la tributación de una determinada manifestación de riqueza que la ley configura como hecho imponible de un determinado impuesto. Por tanto, es necesario identificar qué precepto en concreto y qué norma en particular se han eludido. Esto obliga, primero, a valorar cuál es

la verdadera naturaleza jurídica de los hechos y negocios que se han realizado y, segundo, a averiguar cuál es el precepto de nuestro ordenamiento que grava esa concreta realidad. En términos negociales, esto significa identificar cuál es el negocio cuya fiscalidad se ha eludido. Eludir no es especular, es acreditar la existencia de un abuso del derecho que no se justifica por motivos distintos de los fiscales.

En definitiva, el abuso se consigue a través de operaciones distintas y coetáneas a las de fusión, escisión, aportación de activos o canje de valores que, valoradas en su conjunto, permiten concluir que el resultado final que con todas ellas se ha conseguido no es el propio de una operación de fusión, escisión, aportación de activos o canje de valores, sino el de otra u otras operaciones distintas. Se trata, por tanto, de operaciones que, a pesar de ser ciertas y reales, su finalidad principal es conseguir que la fiscalidad de cada una de ellas se aplique, con la finalidad última de conseguir un efecto fiscal conjunto que permita eludir la tributación efectiva de las plusvalías que en su día se difirieron. De ser así, es obvio que la directiva se ha aplicado con una finalidad distinta a la que le es propia.

Esto no significa que el abuso que hemos descrito sea el único abuso posible. Pero, de ser otro, su regularización no se ha de hacer a través del artículo 89.2 de la LIS, sino del artículo 15 de la LGT. Dicho de otra forma, el abuso al que el artículo 89.2 de la LIS se refiere es únicamente el de diferir la tributación de las plusvalías procedentes de una transmisión de activos o pasivos cuya finalidad no es la propia de una operación de fusión, escisión, aportación de cativos o canje de valores, sino de otra distinta.

Se trata, por tanto, de un planteamiento similar al del artículo 15.3 de la LGT que, con relación al conflicto en la aplicación de la norma, señala que su regularización consiste en aplicar «la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o [eliminar] las ventajas fiscales obtenidas». No es, pues, de extrañar que el tribunal considere que:

la configuración de la cláusula antiabuso [del] artículo 89.2 de la LIS responde al esquema tradicional del antiguo «fraude de ley» o del actual «conflicto en la aplicación de la norma tributaria» del artículo 15 de la LGT [siendo, pues, razonable que para la regularización siga pautas análogas a las que se prevén en el art. 15.3 de la LGT] (FD 13 de la resolución).

De hecho, tanto el artículo 89 de la LIS como el artículo 15 de la LGT son cláusulas antiabuso con idéntico resultado. El artículo 89.2 de la LIS no es, pues, necesario para regularizar el abuso que se pretende evitar. Pero mientras que el artículo 15 de la LGT exige acudir a un procedimiento especial, el artículo 89.2 de la LIS permite regularizar el abuso directamente. Ambos exigen, eso sí, la previa calificación jurídica de los hechos o negocios que se han realizado. Ambas son cláusulas para su recalificación. Su ámbito de aplicación es también distinto. Mientras que el del artículo 89 es muy concreto, el del artículo 15 de la LGT permite recalificar cualquier tipo de abuso.

En este contexto, es necesario distinguir entre ventajas fiscales propias del régimen fiscal especial y otras ventajas fiscales distintas. Mientras que las primeras son las propias del régimen de diferimiento, las segundas son las propias de cualquier otra ventaja fiscal que con relación al IS o al IRPF se recojan en nuestro ordenamiento. Asimismo, hay que distinguir entre efectos de las ventajas fiscales propias del régimen fiscal especial y efectos fiscales abusivos. Mientras que los primeros son los propios de aplicar el régimen de diferimiento, los segundos son el efecto fiscal conjunto que con ambos tipos de ventajas se consiguen, en concreto, eludir la tributación efectiva de las rentas que en su día se diferieron, esto es, de las rentas procedentes de una transmisión de activos o pasivos que de forma abusiva se ha instrumentalizado a través de una previa operación de fusión, escisión, aportación de activos o canje de valores. Desde esta perspectiva, las normas de amparo son los artículos 87 y 21 de la LIS, y la norma eludida es el artículo 37 de la LIRPF o el artículo 17 de la LIS, esto es, las que prevén el gravamen efectivo de las rentas procedentes de una aportación no dineraria de acciones o participaciones distintas de las previstas en el artículo 87 de la LIS. Se trata, pues, de los efectos propios del fraude de ley, hoy conflicto en la aplicación de la norma.

Veamos un ejemplo.

Supongamos que una persona física aporta a una sociedad *holding* las acciones o participaciones representativas del capital social de una sociedad operativa de las que es su titular y que la aportación cumple todos los requisitos del artículo 87 de la LIS. Supongamos también que, con posterioridad, la sociedad *holding*, nueva propietaria de las acciones o participaciones de la sociedad operativa, las transmite a título oneroso a un tercero.

Consecuencia de la aportación no dineraria que la persona física ha hecho, este obtiene una ganancia patrimonial que se ha de integrar en la base imponible de su IRPF por la diferencia entre el valor de mercado de tales acciones o participaciones, incluidas las plusvalías tácitas y expresas, y su precio de adquisición, esto es, su precio de compra más los gastos inherentes a la misma. No obstante, al tratarse de una aportación no dineraria de las previstas en el artículo 87 de la LIS, su régimen fiscal es el de diferimiento. En consecuencia, las acciones o participaciones que se han aportado a la sociedad *holding* y las que de esta última se le han atribuido al aportante se valoran a efectos fiscales por su coste histórico.

Así pues, la tributación de esa ganancia patrimonial se difiere hasta el momento de la ulterior transmisión de las acciones o participaciones que se han aportado, bien sea a través de su venta por parte de la sociedad *holding* o a través de la venta de las acciones o participaciones representativas del capital social de la sociedad *holding*. Por tanto, el régimen fiscal especial permite al contribuyente diferir la tributación de esa ganancia patrimonial hasta la ulterior transmisión de los valores vinculados a la misma.

Cuando la sociedad *holding* transmite después las acciones o participaciones de la sociedad operativa, se genera una renta positiva por la diferencia entre su precio de venta y

su coste histórico, renta en la que se incluye el importe de la ganancia patrimonial que en su momento se difirió. Al cumplirse los requisitos del artículo 21 de la LIS, la sociedad *holding* aplicará la exención del 95 % sobre el importe total de esa renta positiva, incluida, por tanto, la parte de la renta positiva que al aportar las acciones o participaciones a la sociedad *holding* se produjo y cuya tributación se difirió. En consecuencia, el 95 % de esa parte de la renta positiva no tributa de forma efectiva en el IS ni en el IRPF del socio persona física. Por tanto, los efectos conjuntos que con los artículos 21 y 87 de la LIS se consiguen son abusivos, ya que con ambos se consigue evitar la tributación efectiva de la renta que se ha diferido. Nótese que no decimos que el artículo 21 de la LIS se haya aplicado con una finalidad distinta a la que le corresponde. Decimos tan solo que los efectos conjuntos que con ambos preceptos se han conseguido son abusivos, ya que permiten evitar la tributación efectiva de la renta que se ha diferido. Por tanto, se abusa de la directiva al aplicarla a operaciones que no son las que en ella se prevén.

A poco que se analice la operación descrita, se observa que el resultado final que el contribuyente ha conseguido con el conjunto de las operaciones que ha realizado es la transmisión a un tercero de las acciones o participaciones de la sociedad operativa. Sin embargo, en lugar de transmitir las directamente, como persona física, ha decidido aportarlas antes a una sociedad *holding* y que sea esta quien posteriormente las transmita. Ambos negocios son ciertos. La aportación es, pues, lícita. Sin embargo, es obvio que la aportación no dineraria de las acciones o participaciones y su posterior transmisión un tercero no son los negocios que el derecho contempla como los típicos para conseguir el resultado que realmente se ha conseguido: transmitir las acciones o participaciones de la sociedad operativa a un tercero. Ese negocio que el derecho considera como típico es el de compraventa. En consecuencia, la eficacia fiscal de los negocios que se han realizado depende de que se justifique que estos se han realizado por motivos económicos cuya finalidad principal no es la fiscalidad. De no justificarse, la fiscalidad que hay que aplicar es la propia del contrato de compraventa. En consecuencia, estamos en presencia de una ganancia patrimonial que no procede de la transmisión de activos o pasivos fruto de una operación de fusión, escisión, aportación de activos o canje de valores, sino de una operación de compraventa. En consecuencia, su régimen fiscal no es el especial de diferimiento, sino el general. Procede, pues, regularizar el régimen de diferimiento integrando su importe en el IRPF del socio persona física, pero sin regularizar la aplicación del artículo 21 de la LIS que, recordémoslo, se ha aplicado de acuerdo con su finalidad.

En definitiva, la finalidad principal de la aportación ha sido evitar la tributación que el socio persona física hubiese tenido que afrontar si las acciones o participaciones de la sociedad operativa las hubiese transmitido directamente a un tercero.

Precisamente por ello el artículo 21.4 b) de la LIS prevé expresamente la inaplicación en tales casos de la exención del 95 %; de no existir este precepto, la regularización consistiría en eliminar los efectos del régimen de diferimiento en el importe de la parte de la renta positiva que en su momento se difirió.

Esta cláusula antiabuso particularísima del artículo 21.4 b) de la LIS refleja a la perfección el planteamiento que hacemos. En efecto. Lo que esta pretende es evitar que se eluda la tributación efectiva de la renta positiva que se ponga de manifiesto como consecuencia de cualquier transmisión de acciones o participaciones que hubieran sido valoradas conforme a las reglas del régimen especial del capítulo VII del título VII de la LIS, y cuya aplicación hubiera determinado la no integración de rentas en la base imponible del IRPF derivadas de la aportación de tales acciones o participaciones. Se trata, pues, de evitar eludir la tributación efectiva de las rentas que en su día se difirieron cuando, con posterioridad a su aportación, tales acciones o participaciones se transmitan. Fijémonos en que el artículo 21.4 b) no se refiere a la distribución de dividendos procedentes de la transmisión de acciones o participaciones o a la distribución de dividendos de sociedades cuyas acciones o participaciones han sido valoradas de acuerdo con las normas especiales del régimen fiscal especial. Se refiere tan solo a la renta positiva que se ha producido al transmitir acciones o participaciones valoradas conforme a las reglas del régimen especial del capítulo VII del título VII de la LIS. Y solo se refiere a este supuesto en concreto, porque solo en este caso se consigue, o se puede conseguir, un efecto final que permita eludir la tributación efectiva y posterior de la renta que en su día se difirió. Dicho precepto es, pues, un ejemplo que justifica el criterio que defendemos, esto es, que el único abuso que la directiva pretende evitar es que se eluda la tributario posterior y ulterior de las rentas que se han diferido.

Otro ejemplo de lo que estamos hablando es el que hemos expuesto antes con relación a una fusión en la que una de las sociedades intervinientes tenía bases imponibles negativas pendientes de compensar.

Pero vayamos al caso de autos.

Su principal diferencia con el ejemplo que acabamos de exponer es que, en el caso de autos, no se evita ni se elude la tributación efectiva de la renta que en su día se difirió. Esta se devengará en el momento de la posterior transmisión de las acciones o participaciones de la sociedad operativa o de las de la sociedad *holding*.

Sin embargo, según el TEAC, se elude el IRPF que se hubiese tenido que pagar si los dividendos se hubieran distribuido directamente en favor del socio persona física. Pero para que el artículo 89.2 de la LIS se aplique, es necesario que tales efectos sean los propios de haber evitado, directa o indirectamente, la tributación efectiva de las rentas que se difirieron en el momento de la posterior transmisión de las acciones o participaciones de la sociedad operativa o de la sociedad *holding*; circunstancia que, en el caso de autos, no ocurre, ya que se trata de un reparto de dividendos y no de ninguna transmisión de acciones o participaciones. Por tanto, el presupuesto de hecho necesario para que el artículo 89.2 se aplique no se produce. En consecuencia, este no es de aplicación. Lo será, en su caso, el artículo 15 de la LGT. Sin embargo, este último tampoco lo es porque en el caso de autos no existe ningún abuso de las formas que permita aplicarlo. Pero, aun admitiéndolo, este último exige identificar qué norma o precepto en concreto se ha defraudado; norma que solo puede ser

el artículo 25 de la LIRPF. Pero, para que exista una renta de las previstas en este último, es necesario que esta sea exigible (art. 14.1 de la LIRPF), esto es, que el contribuyente ostente sobre la misma un derecho de crédito cierto y exigible, circunstancia que, como ya hemos dicho, no ocurre. No procede, pues, tampoco ningún tipo de regularización.

Sea como fuere, si se concluye que el artículo 87 de la LIS se ha aplicado con una finalidad distinta a la que le es propia, el precepto eludido sería el artículo 37 de la LIRPF. Por tanto, la totalidad de la ganancia patrimonial habría que imputarla íntegramente al periodo impositivo en el que esta se ha producido. Esta es la lógica de la AEAT.

Sin embargo, una cosa es el periodo impositivo en el que hay que imputar la ganancia patrimonial o, mejor, los efectos abusivos, y otra, muy distinta, el momento a partir del cual procede practicar la regularización de los efectos abusivos. Como ya hemos dicho, el abuso se materializa cuando los activos o pasivos vinculados a una operación de fusión, escisión, aportación de activos o canje de valores se transmiten con posterioridad a cualquiera de ellas. Por tanto, los hechos posteriores son los que permiten apreciar la existencia de un abuso. Entramos, pues, en la resbaladiza cuestión de la temporalidad. ¿Cuánto tiempo ha de transcurrir desde que la operación de fusión, escisión, aportación de activos o canje de valores se realiza hasta que los activos o pasivos vinculados a cualquiera de tales operaciones se transmitan con posterioridad? Pues dependerá de las circunstancias que en cada caso concurren. No obstante, es evidente que, cuanto más próximos estemos a la fecha de cualquiera de aquellas operaciones, mayor es la posibilidad de que el abuso exista. El plazo máximo en el que, en nuestra opinión, se puede regularizar es hasta la prescripción del periodo impositivo en el que la fusión, escisión, aportación de activos o canje de valores se produjo.

En otro orden de cosas, la regularización puede ser total o parcial. Dependerá de que los activos o pasivos que se transmitan después de cualquiera de tales operaciones sean todos, o algunos, de los vinculados a las mismas.

Ciñéndonos al caso de autos, el artículo 89.2 de la LIS exige que la regularización de los efectos abusivos que resultan de aplicar el artículo 21 de la LIS se haga eliminando, total o parcialmente, los efectos del diferimiento, esto es, a través del artículo 37 de la LIRPF. Sin embargo, para poderse hacer así es necesario que la renta que se integre en la base imponible del IRPF del socio persona física proceda de la transmisión posterior de las acciones o participaciones que se han aportado, esto es, que la renta que se integra tenga la misma naturaleza de la renta que se difirió o, mejor, que la renta que se integra sea conceptualmente la misma que en su día se difirió. Dado que tales acciones o participaciones no se han transmitido, el tribunal integra en la base imponible la parte de la ganancia patrimonial que en su día se difirió en el importe equivalente al de los dividendos que se han distribuido. Trata, pues, como ganancia patrimonial lo que en realidad es un rendimiento del capital mobiliario. En la regularización que el TEAC propone late un verdadero convencimiento de que la renta que se ha eludido tiene la naturaleza de rendimiento del capital mobiliario. Es

más. Con tal regularización se pone evidencia que el problema de verdad no es la aplicación del régimen fiscal especial, sino la tributación de los dividendos que se han distribuido con cargo a los beneficios no distribuidos que la sociedad operativa ha obtenido hasta el momento de la aportación de sus acciones o participaciones.

No es, pues, de extrañar que la regularización que se plantea es, en el fondo, la propia de haber eludido el artículo 25 de la LIRPF y no su artículo 37. Sin embargo, la única regularización que el artículo 89.2 de la LIS permite es la de eliminar los efectos abusivos a través de este último precepto. Sea como fuere, dicho planteamiento pone en evidencia que la controversia que de verdad se plantea no es sobre la aplicación del régimen fiscal especial, sino sobre cuáles son las consecuencias fiscales que la distribución de dividendos que la sociedad operativa ha hecho tiene para el socio persona física.

No se puede tampoco olvidar que, a pesar de que el régimen fiscal especial se incluye en la LIS bajo la rúbrica de «Regímenes tributarios especiales», se trata, en realidad, del régimen fiscal común y obligatorio de las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos o canje de valores. En consecuencia, cualquier regularización vinculada al mismo se ha de hacer eliminando sus efectos abusivos integrando su importe en la base imponible del impuesto personal que corresponda al transmitente o aportante del activo o activos. En el caso de autos, a través del artículo 37 de la LIRPF. Esto significa, a su vez, que la existencia de motivos económicos válidos no es un requisito que de forma obligatoria hay que cumplir para que el régimen fiscal se aplique, sino el criterio que se utiliza en los casos de abuso para regularizar de forma total o parcial los efectos abusivos.

6. De vuelta con los «motivos», y a modo de reflexión final

Hemos insistido en varias ocasiones en que los motivos son jurídicamente irrelevantes y que lo único relevante es averiguar cuál es la verdadera naturaleza jurídica de los hechos o negocios que se han realizado. No obstante, tales motivos se causalizan si, tras la valoración jurídica de los hechos o negocios que se han realizado, se concluye la existencia objetiva de un abuso. En tales casos, y solo en estos, la eficacia fiscal de los negocios realizados depende de que su utilización se justifique por motivos económicos válidos distintos de los fiscales, esto es, de que se justifique que la finalidad principal de los negocios que se han realizado no es la fiscalidad. En tales casos, y solo en estos, es necesario acreditar el porqué de la utilización de tales negocios y no la de aquellos otros que el derecho considera que son los típicos, o habituales, para conseguir el resultado que finalmente se ha conseguido. Se trata, pues, de acreditar los motivos «subjetivos» concretos por los que los negocios se han realizado, circunstancia que exige un análisis caso por caso.

Junto a estos motivos «subjetivos», existen también aquellos otros que denominamos «funcionales» o «propios», que son aquellos otros que son consustanciales al negocio. Se

trata, en definitiva, de los que justifican la función económica y social que cumplen. Se trata, por tanto, de motivos que no se han de acreditar ni se han de producir. Son consustanciales al propio negocio; son, en definitiva, los que justifican su propia existencia en el mundo del derecho.

¿Cuál es la función que el derecho, o la praxis diaria, justifica la creación de una sociedad *holding*?

Mientras que para unos lo importante es el control efectivo que a través de ella se consigue, para otros lo importante es su función como vehículo inversor. En efecto. Su creación permite, normalmente, que el control efectivo de las sociedades participadas no se fragmente dificultando su gestión. Para ello, es importante concentrar el voto por grupos homogéneos de intereses. Pero una *holding* permite también gestionar de forma independiente los excedentes de tesorería que las sociedades participadas tengan, evitando así las posibles discrepancias sobre su destino. Permite también una gestión eficiente de las inversiones y una mejora en la capacidad inversora y en su rentabilidad. Permite, además, proteger su gestión frente a riesgos inherentes al propio negocio.

En otras ocasiones, la creación de una sociedad *holding* se justifica por la necesidad de crear un centro de imputación de costes de aquellos servicios que son comunes a las sociedades participadas. Para otros, la sociedad *holding* contribuye a organizar su patrimonio de forma más racional, minimizando riesgos, y separando propiedad y explotación. Para otros, es un instrumento que facilita el relevo generacional.

Sea como fuere, se trata de motivos que definen la funcionalidad objetiva del negocio y que no tienen por qué concurrir en el momento de su creación ni después. Se trata, sin más, de motivos que justifican por sí mismos su existencia.

Desde esta perspectiva, la referencia que el artículo 15 de la directiva hace a motivos como «la reestructuración o la racionalización» se refiere a los que hemos denominado motivos «subjetivos», esto es, a aquellos que solo se causalizan si existe un abuso. Sin embargo, los «funcionales» o «propios» son aquellos que de forma objetiva justifican si el negocio que se ha hecho se corresponde o no con la función que tiene encomendada. Tales motivos son los que normalmente son decisivos en la elección de los negocios y en su valoración causal. Cuestionarlos es cuestionar la libertad del empresario en elegir los negocios que considere que más se ajustan a sus intereses, respetando, claro está, los límites que la autonomía de la voluntad y la libertad de empresa tienen: el abuso del derecho.

A pesar de ello, la praxis nos ha llevado a considerar que los motivos «subjetivos» son los que justifican la certeza del negocio. De esta forma, la subjetividad ha desplazado la objetiva y necesaria valoración jurídica. Desgraciadamente, los propios profesionales nos empecinamos obsesivamente en justificar una y otra vez la existencia de motivos subjetivos reales y constatables. Nos olvidamos, sin embargo, que estos no son jurídicamente

relevantes, salvo en el caso de abuso. No obstante, una y otra vez caemos en la trampa de la subjetividad promoviendo, sin pretenderlo, que la Administración y los tribunales se limiten a refutarlos. Se sustituye, pues, la objetividad del derecho por la subjetividad del caso en concreto. Pero razonar de esta forma es pervertir el derecho.

Nos preocupa que esta errónea praxis se haya apoderado de los profesionales, académicos y magistrados, que hayamos interiorizado que los motivos económicos válidos son las razones económicas concretas que justifican la certeza del negocio. Aceptar el razonamiento subjetivo es el fin del derecho y el triunfo definitivo de la inseguridad jurídica. Es abrir la puerta a reinterpretar la ley. Es ir más lejos de donde el legislador ha llegado.

Esto es lo que está ocurriendo. Esto es lo que en el caso de autos ocurre. En nuestras manos está solucionarlo.

Sea como fuere, lo cierto es que, desde una perspectiva exclusiva de riesgo fiscal, son operaciones de riesgo aquellas aportaciones de acciones o participaciones que no se puedan justificar por motivos económicos válidos distintos de los fiscales y que, en el momento de su aportación, tengan plusvalías tácitas o expresas que, con posterioridad a la misma, se puedan distribuir como dividendos cuyo destino no sea su reinversión en elementos que se afecten a una actividad de económica, siempre que, consecuencia de la aportación realizada, se consiga una ventaja fiscal abusiva identificable.

Por tanto, no son operaciones de riesgo aquellas aportaciones que se justifican por motivos económicos válidos o que, sin justificarse, no distribuyan dividendos o que, distribuyéndolos, su importe se reinvierta en elementos afectos. En caso contrario, la ganancia patrimonial que al aportarse tales acciones o participaciones se difirió se integrará en la base imponible del IRPF del socio persona física a medida que la sociedad operativa distribuya tales plusvalías como dividendos en favor de la sociedad *holding*. Como consecuencia de ello, y con la finalidad de evitar una doble imposición, la valoración fiscal de las acciones de la sociedad *holding* y de la sociedad participada se han de ir ajustando. En tales casos, se considerará siempre que los dividendos que se distribuyen primero son los que corresponden a las plusvalías tácitas o expresas que se produjeron hasta el momento de la aportación.

Pero ¿qué ocurre si en el futuro los activos no afectos se reinvierten en activos afectos o si su importe se destina a una futura ampliación de capital de la sociedad operativa o a un préstamo participativo? ¿Qué ocurre si lo que se destinó a activos afectos se desafecta con posterioridad? ¿Qué ocurre si la estructura diseñada es la que tras el relevo generacional permite el control efectivo de la sociedad por un grupo familiar o la gestión diferenciada de actividades económicas distintas? ¿Qué ocurre si los dividendos que se distribuyen corresponden a plusvalías tácitas que no se tuvieron en consideración en el cálculo de la ganancia patrimonial? ¿Cómo incide el artículo 115 de la LGT con relación a periodos impositivos prescritos?

En nuestras manos está aceptar estos y otros muchos interrogantes o esforzarse en hacer valer el derecho frente a interpretaciones subjetivas de naturaleza económica cuya legitimidad exige una reforma legislativa. Sea como fuere, sin la objetividad del derecho la seguridad jurídica no es posible. Creemos sinceramente que es necesario que el legislador zanje el debate eliminando el artículo 89.2 de la LIS, por innecesario, y ampliando el plazo de dos años al que su artículo 21.4 d) se refiere a la distribución de dividendos con cargo a beneficios no distribuidos que la sociedad operativa ha obtenido hasta el momento de la aportación. Sería también oportuno que el legislador introdujera las modificaciones necesarias para que el artículo 87 de la LIS se aplique de acuerdo con la finalidad que se considere oportuna. Optar por la inactividad es aceptar la inseguridad jurídica y sus consecuencias. En el ínterin, hay que esperar que los tribunales de justicia apliquen el derecho.

En nuestra modesta opinión, el problema que las resoluciones del TEAC plantean va mucho más allá de cómo regularizar los efectos de la ventaja fiscal abusiva y abre un nuevo debate sobre qué es una ventaja fiscal abusiva: ¿aquella que se consigue a través de un abuso o aquella cuya valoración subjetiva de los efectos que la ventaja fiscal tiene permite concluir que estos son abusivos? De lo que se trata, en definitiva, es de precisar el límite preciso de lo que es economía de opción y de lo que no lo es.

Antonio Durán-Sindreu Buxadé. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Licenciado en Dirección y Administración de Empresas por la Universidad Internacional de Catalunya. Diplomado en Ciencias Empresariales por la Universidad Central de Barcelona. Socio-director en Durán-Sindreu Asesores Legales y Tributarios, donde su área principal es la fiscalidad. Profesor asociado de la Universidad Pompeu Fabra. Miembro de la Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF) y de su Consejo Asesor Institucional.