

MODIFICACIONES ESTRUCTURALES Y MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS: LOGROS, CONFLICTOS Y DESAFÍOS PENDIENTES

Ana Belén Prósper Almagro

*Personal Investigador en Formación, Programa VALi+d GVA.
Universidad de Valencia*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Álvaro ANTÓN BASANTA, don Diego MARÍN BARNUEVO, don Javier MARTÍN FERNÁNDEZ, don Alberto MONREAL LASHERAS, don Javier SEIJO PÉREZ y don Fernando DE VICENTE BENITO.

EXTRACTO

La Directiva 90/434/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros supuso un significativo avance dentro del proceso de armonización de la imposición directa mediante el establecimiento de un régimen fiscal basado en la neutralidad impositiva. A su vez, la transposición de esta normativa al Derecho español permitió, asimismo, la expansión de este régimen fiscal al resto de modificaciones estructurales efectuadas entre entidades nacionales. En este marco, el presente trabajo se propone analizar, por un lado, la gama de requisitos necesarios para su aplicación y, por otro, el conjunto de presupuestos que pueden reconducir a su denegación total o parcial, esencialmente ante la carencia de un motivo económico válido que justifique y constituya la *ratio essendi* de la operación de reestructuración. En definitiva, una oda a los logros alcanzados, una pauta frente a los conflictos presentados y una advertencia ante los desafíos que todavía presenta la controvertida aplicación de este régimen fiscal.

Palabras clave: impuesto sobre sociedades, modificaciones estructurales, motivos económicos válidos, Directiva europea de fusiones y cláusula antiabuso.

Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016 / Fecha de revisión: 20-03-2017

STRUCTURAL MODIFICATIONS OF COMMERCIAL COMPANIES AND VALID COMMERCIAL REASONS: ACHIEVEMENTS, CONFLICTS AND REMAINING CHALLENGES

Ana Belén Prósper Almagro

ABSTRACT

On 23 July 1990 the Council adopted Directive 90/434/EEC on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States. The objective was to remove fiscal obstacles to cross-border reorganisations involving companies situated in two or more Member States by providing a tax deferral regime that ensured the fiscal neutrality. At the same time, the transposition of the Directive into national legislation permitted the expansion of this regime to the structural modifications between two or more Spanish companies. In this context this paper will focus on the essential conditions for applying the tax deferral, in particular, the one that demands that the structural operations should be carried out for valid commercial reasons. A good opportunity to remember which are the achievements reached in this matter and which are the unresolved challenges that are still remaining.

Keywords: corporate tax, structural modifications, valid commercial reasons, the EU merger Directive and anti-avoidance clause.

Sumario

1. Breve referencia a la evolución de la armonización fiscal directa
2. Las operaciones de reestructuración en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades
 - 2.1. Requisitos de carácter objetivo
 - 2.1.1. Fusiones
 - 2.1.2. Escisiones
 - 2.1.3. Aportaciones no dinerarias de rama de actividad y aportaciones no dinerarias especiales
 - 2.1.4. Canje de valores
 - 2.1.5. Cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro de la Unión Europea
 - 2.2. Requisitos subjetivos
 - 2.3. Requisitos formales
3. Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de reestructuración empresarial
 - 3.1. Requisitos para la aplicación de la cláusula antiabuso
 - 3.2. La norma antielusiva española del artículo 89.2 de la LIS
 - 3.3. Motivos económicos válidos admitidos por la DGT
 - 3.4. La última posición del TS
4. Consecuencias prácticas de la inaplicación del régimen fiscal por sentencia judicial
5. Últimas consideraciones

Bibliografía

1. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DE LA ARMONIZACIÓN FISCAL DIRECTA

De acuerdo con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma de 1957, de ahora en adelante TCE) constituía uno de los principios primordiales de la Comunidad el establecimiento de un mercado común donde desarrollar de manera armoniosa, equilibrada y sostenible la actividad económica en su conjunto (*vid.* art. 2). Un ambicioso proyecto que empezó a adquirir un contenido específico, en punto a la dimensión de la fiscalidad, mediante la publicación en 1985 del «Libro Blanco sobre la consecución del Mercado Interior», donde se especificaba la necesidad, como condición indispensable para el funcionamiento de este, de la supresión del conjunto de barreras físicas, técnicas y fiscales que distanciaban entre sí a los Estados miembros¹.

En este sentido, y por lo que respecta a la erradicación de las barreras tributarias, el Libro Blanco apostaba por una doble medida para su consecución, a saber, la prohibición de los derechos de aduana a la importación entre Estados miembros y la armonización del conjunto de sistemas impositivos nacionales². Ambas disposiciones se consideraban de carácter imprescindible para garantizar el principio de libre circulación de las mercancías. Si bien, mientras que la primera de las medidas enunciadas –la supresión de los derechos de aduanas y restantes exacciones equivalentes– se consiguió rápidamente aprobar mediante la inserción de los artículos 23 y 25 del TCE, el mismo grado de satisfacción no se consiguió alcanzar respecto a la armonización fiscal. En efecto, aunque en esta materia también se produjeron avances sustanciales, no obstante, la gran mayoría de ellos se focalizaron dentro de la imposición indirecta (IVA e impuestos especiales), al considerarse que estos tributos podían incidir de una manera más acusada sobre los precios finales de consumo y, por ende, manipular más fácilmente la competencia.

Además, cabe indicar que, a diferencia de la imposición indirecta, cuya armonización fiscal expresamente exigía el artículo 95 del TCE³, no existía *a contrario sensu* una disposición seme-

¹ Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council (Milan, 28-29 junio 1985) COM (85) 310 final, 14 de junio de 1985.

² Un análisis del resto de medidas diseñadas para eliminar las barreras físicas y técnicas lo encontramos en FERNÁNDEZ NAVARRETE, D.: *Fundamentos Económicos de la Unión Europea*, Thomson, Madrid, 2007.

³ De acuerdo con dicho precepto «Ningún Estado miembro gravará directa o indirectamente los productos de los demás Estados miembros con tributos internos, cualquiera que sea su naturaleza, superiores a los que graven directa o indirectamente los productos nacionales similares. Asimismo, ningún Estado miembro gravará los productos de los demás Estados miembros con tributos internos que puedan proteger indirectamente otras producciones. Los Estados miembros derogarán o modificarán, a más tardar al comienzo de la segunda etapa, las disposiciones vigentes a la entrada en vigor del presente Tratado contrarias a las normas precedentes». Aunque, algunos autores como CORRAL

jante relativa a la unificación de la imposición directa⁴. En este sentido, tal y como se desprendía del conocido como Informe Neumark⁵, se consideraba que las discrepancias que pudieran producirse dentro de la imposición sobre la renta de los individuos, ya fueran estas personas físicas o jurídicas, podían plenamente subsistir sin afectar por ello a la consecución de los fines de la Comunidad Económica Europea. De ahí que no resultara extraño que las primeras propuestas de armonización del impuesto sobre sociedades resultaran del todo infructuosas⁶. Tanto que hasta en 1980, la Comisión de la Comunidad Europea afirmó a través de su Comunicación COM (80) 139 que cualquier intento al respecto probablemente estaría condenado al fracaso⁷.

Unos precedentes que aconsejaron que los esfuerzos a desarrollar en esta materia se efectuaran de manera sesgada y limitada a aquellos sectores que alterasen de manera esencial las libertades de circulación. Así pues, uno de los sectores en los cuales el Libro Blanco instaba expresamente a la consecución de una homogeneización fiscal era en materia de reestructuraciones empresariales entre sociedades pertenecientes a distintos Estados miembros⁸. Y ello por una

ANUARBE, P.: «La interpretación del principio de igualdad tributaria por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Cuadernos de Estudios Empresariales*, n.º 4, Complutense, Madrid, 1994, consideran que: «Conforme a la clasificación, establecida por Wágeubaur, sobre las disposiciones fiscales, según se refieran a la *supresión de discriminaciones* o a la *armonización entre las legislaciones de los Estados miembros*, el artículo 95 del Tratado CE se encuentra incluido dentro del primer grupo, y por tanto, no conlleva una armonización fiscal, sino que establece una prohibición que obliga a los Estados miembros constantemente con independencia del grado de armonización. Esta prohibición limita sensiblemente la soberanía nacional».

⁴ Aunque esta podía argumentarse mediante una interpretación extensiva de las previsiones establecidas en el artículo 100 del TCE. Véase al respecto, CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.): *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, 2008, pág. 644, al indicar que «la actividad desplegada en el campo de la imposición directa ha tenido como base jurídica fundamental el artículo 94 (antiguo 100) del TCE, es decir, en materia de imposición directa se sigue el llamado procedimiento de consulta, en el que la intervención del Parlamento es mucho más limitada que en el procedimiento de codecisión [...]. El artículo 94 del TCE condiciona la adopción de disposiciones comunitarias al concurso de la unanimidad de los Estados miembros en el Consejo [...]. A pesar de ello, el artículo 94 del TCE ha constituido la base jurídica para aprobar Directivas que han tenido, como veremos, efectos importantes sobre los ordenamientos de los Estados miembros en el campo de los impuestos sobre la renta de las personas físicas y jurídicas».

⁵ *Vid.* «Neumark Report: The EEC Reports on tax harmonisation (the Report of the Fiscal and Financial Committee and the Reports of the Sub-Group A, B and C)», Ámsterdam, 1963. Publicado en castellano como «Informe del Comité Fiscal y Financiero de la CEE (Informe Neumark)» en *Documentación Económica*, n.º 53, 1965.

⁶ *Vid.* en este sentido la Propuesta de Directiva concerniente a la armonización de los sistemas de imposición sobre sociedades y de los regímenes de retención en la fuente sobre los dividendos (DOCE 253/2, de 5 de noviembre de 1975).

⁷ Sobre los intentos de armonización del impuesto sobre sociedades puede verse MAGRANER MORENO, F. J.: *La coordinación del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea*, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2009.

⁸ Es de resaltar que si bien la Tercera Parte del Libro Blanco se dedica en su integridad a la eliminación de las barreras fiscales, no obstante, su contenido se limita a tratar meramente la armonización de los impuestos indirectos. La razón descansa en el hecho de que en la Segunda Parte del Libro, dedicada a la supresión de las barreras técnicas, ya se había analizado la necesidad de la homogeneización de la imposición directa como garantía de la libertad de circulación de los trabajadores.

jante relativa a la unificación de la imposición directa⁴. En este sentido, tal y como se desprendía del conocido como Informe Neumark⁵, se consideraba que las discrepancias que pudieran producirse dentro de la imposición sobre la renta de los individuos, ya fueran estas personas físicas o jurídicas, podían plenamente subsistir sin afectar por ello a la consecución de los fines de la Comunidad Económica Europea. De ahí que no resultara extraño que las primeras propuestas de armonización del impuesto sobre sociedades resultaran del todo infructuosas⁶. Tanto que hasta en 1980, la Comisión de la Comunidad Europea afirmó a través de su Comunicación COM (80) 139 que cualquier intento al respecto probablemente estaría condenado al fracaso⁷.

Unos precedentes que aconsejaron que los esfuerzos a desarrollar en esta materia se efectuaran de manera sesgada y limitada a aquellos sectores que alterasen de manera esencial las libertades de circulación. Así pues, uno de los sectores en los cuales el Libro Blanco instaba expresamente a la consecución de una homogeneización fiscal era en materia de reestructuraciones empresariales entre sociedades pertenecientes a distintos Estados miembros⁸. Y ello por una

ANUARBE, P.: «La interpretación del principio de igualdad tributaria por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Cuadernos de Estudios Empresariales*, n.º 4, Complutense, Madrid, 1994, consideran que: «Conforme a la clasificación, establecida por Wágeubaur, sobre las disposiciones fiscales, según se refieran a la *supresión de discriminaciones* o a la *armonización entre las legislaciones de los Estados miembros*, el artículo 95 del Tratado CE se encuentra incluido dentro del primer grupo, y por tanto, no conlleva una armonización fiscal, sino que establece una prohibición que obliga a los Estados miembros constantemente con independencia del grado de armonización. Esta prohibición limita sensiblemente la soberanía nacional».

⁴ Aunque esta podía argumentarse mediante una interpretación extensiva de las previsiones establecidas en el artículo 100 del TCE. Véase al respecto, CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.): *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, 2008, pág. 644, al indicar que «la actividad desplegada en el campo de la imposición directa ha tenido como base jurídica fundamental el artículo 94 (antiguo 100) del TCE, es decir, en materia de imposición directa se sigue el llamado procedimiento de consulta, en el que la intervención del Parlamento es mucho más limitada que en el procedimiento de codecisión [...]. El artículo 94 del TCE condiciona la adopción de disposiciones comunitarias al concurso de la unanimidad de los Estados miembros en el Consejo [...]. A pesar de ello, el artículo 94 del TCE ha constituido la base jurídica para aprobar Directivas que han tenido, como veremos, efectos importantes sobre los ordenamientos de los Estados miembros en el campo de los impuestos sobre la renta de las personas físicas y jurídicas».

⁵ *Vid.* «Neumark Report: The EEC Reports on tax harmonisation (the Report of the Fiscal and Financial Committee and the Reports of the Sub-Group A, B and C)», Ámsterdam, 1963. Publicado en castellano como «Informe del Comité Fiscal y Financiero de la CEE (Informe Neumark)» en *Documentación Económica*, n.º 53, 1965.

⁶ *Vid.* en este sentido la Propuesta de Directiva concerniente a la armonización de los sistemas de imposición sobre sociedades y de los regímenes de retención en la fuente sobre los dividendos (DOCE 253/2, de 5 de noviembre de 1975).

⁷ Sobre los intentos de armonización del impuesto sobre sociedades puede verse MAGRANER MORENO, F. J.: *La coordinación del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea*, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2009.

⁸ Es de resaltar que si bien la Tercera Parte del Libro Blanco se dedica en su integridad a la eliminación de las barreras fiscales, no obstante, su contenido se limita a tratar meramente la armonización de los impuestos indirectos. La razón descansa en el hecho de que en la Segunda Parte del Libro, dedicada a la supresión de las barreras técnicas, ya se había analizado la necesidad de la homogeneización de la imposición directa como garantía de la libertad de circulación de los trabajadores.

sencilla razón, que era la necesidad de establecer un marco fiscal más ventajoso que permitiera la creación de grandes empresas europeas capaces de competir con multinacionales de otros continentes (fundamentalmente Estados Unidos y Japón⁹). Una labor de unificación que, aunque tardó veintinueve años en fraguarse¹⁰, finalmente se acometió mediante la publicación en 1990 de la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros¹¹ (de ahora en adelante, la «Directiva» o «Directiva de fusiones»).

Un gran hito dentro del lento pero irrefrenable proceso de armonización fiscal que aspiraba a introducir como principios rectores del régimen tributario aplicable a las operaciones de reestructuración empresarial, los de neutralidad fiscal y ausencia de intervención administrativa. Así pues, respecto al primero de ellos, el objetivo consistía en eliminar el coste fiscal asociado a la ejecución de este tipo de operaciones tanto para las empresas involucradas como para sus propios socios. La neutralidad era posible mediante el mecanismo del diferimiento de las plusvalías resultantes de la transmisión de los elementos patrimoniales como consecuencia de las operaciones de reordenación. De tal modo que estas rentas obtenidas se diferían o trasladaban a las sociedades adquirentes de la totalidad o parte del patrimonio, siendo incluso las mismas efectivas cuando estas se materializaran por la cesión de tales elementos en un momento posterior. Además, se instaba a los Estados miembros a que no se supeditara la aplicación de este régimen fiscal a una previa autorización administrativa, todo ello en aras de favorecer y facilitar la realización de esta clase de operaciones transfronterizas.

Ahora bien, la mencionada Directiva pronto sería objeto de una necesaria actualización ante la presencia de ciertas deficiencias y lagunas legislativas. En este marco, se presentó en 1993 una propuesta de modificación cuyo alcance consistía en extender, por una parte, el ámbito subjetivo de

⁹ De manera expresa indica en su página 18 el Libro Blanco: «Until such barriers are removed, Community manufacturers are forced to focus on national rather than continental markets and are unable to benefit from the economies of scale which a truly unified internal market offers. Failure to achieve a genuine industrial common market becomes increasingly serious since the research, development and commercialisation costs of the new technologies, in order to have a realistic prospect of being internationally competitive, require the background of a home market of continental proportions».

¹⁰ *Vid.* Propuesta de Directiva del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones y aportaciones de activos entre sociedades de Estados miembros distintos (DOCE C 39, de 22 de marzo 1969).

¹¹ GARCIA NOVOA, C.: «La Directiva 90/434/CEE: "Operaciones de reestructuración empresarial y planificación fiscal de patrimonios"», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 239, 2004: «El origen remoto de la Directiva del Consejo 90/434/CEE, de 23 de julio, [...] hay que situarlo en el Programa de armonización fiscal presentado por la Comisión al Consejo el 8 de febrero de 1967. Este documento proponía, entre otras medidas, una serie de ellas concernientes a la reestructuración y concentración de empresas, señalando la necesidad de establecer un régimen favorable a las fusiones y a las aportaciones realizadas entre sociedades de diferentes Estados miembros. Por su parte, el Programa de armonización de los impuestos directos presentado como comunicación de la Comisión al Consejo el 26 de junio de 1967, hizo especial hincapié en los instrumentos necesarios para el desarrollo de las empresas comunitarias. Se indicaba con especial insistencia la necesidad de supresión de los obstáculos fiscales a las operaciones de concentración que permitan a las empresas adaptarse a las dimensiones del mercado común y conseguir que estas sean competitivas en el plano mundial».

aplicación de la Directiva, que estaba limitado al conjunto de formas societarias recogidas en la lista cerrada de su anexo y, por otra parte, resolver cierto problema técnico de coordinación con la Directiva matriz-filial¹². Sin embargo, ninguna de estas propuestas vería la luz hasta la aprobación de la Directiva 2005/19/CE, la cual además introdujo como otras novedades destacadas la ampliación del régimen a las escisiones parciales, la adecuación del mismo a las recién creadas Sociedades Anónimas Europeas (SE) y Sociedades Cooperativas Europeas (SCE)¹³ y la resolución de determinados problemas vinculados a las entidades transparentes o las transformaciones de sucursales en filiales¹⁴.

Un proceso de depuración de la primigenia Directiva que concluiría con la publicación de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre, cuya finalidad era la de ofrecer una mayor racionalidad y claridad a este régimen fiscal a través de su codificación en un único texto legal. Una evolución normativa que, a su vez, nos permite acotar el contenido del presente trabajo en el análisis de dos de sus aspectos estructurales, tales y como son, por un lado, el aludido principio de neutralidad, en virtud del cual se consigue abolir cualesquiera desventaja tributaria asociada a una reestructuración económica y, por otro, la restricción de la aplicación de este beneficio fiscal en los supuestos en los cuales no existiera un *motivo económico válido*. Para dicho objetivo, repasaremos el conjunto de sentencias procedentes tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como del Tribunal Supremo (TS) que han conseguido moldear la gama de requisitos necesarios para la aplicación de este régimen, haciendo especial hincapié en el estudio de la mencionada cláusula antiabuso, mediante la cual se ha pretendido alcanzar un justo equilibrio entre la defensa de las libertades comunitarias y la lucha contra el fraude fiscal.

2. LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EN LA LEY 27/2014, DE 27 DE NOVIEMBRE, DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

A través de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, el legislador español introdujo en nuestro ordenamiento tributario las disposiciones relativas a la Directiva 90/434/CEE y derogó asimismo la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre régimen fiscal de las fusiones de empresas. A la sazón esto implicó una expansión de este régimen fiscal en nuestro sistema impositivo en un triple nivel: espacial, objetivo y subjetivo¹⁵. Desde el punto de vista espacial, debido

¹² Vid. en este sentido, el documento COM/93/293 final.

¹³ Recordemos que en 2001 el Consejo aprobó el Reglamento (CE) n.º 2157/2001, del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) y posteriormente en 2003 el Reglamento (CE) n.º 1435/2003, del Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE).

¹⁴ Para un estudio pormenorizado del conjunto de estas modificaciones puede verse PALAO TABOADA, C.: «La modificación de la Directiva de fusiones» en *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, 2007, págs. 831 y ss.

¹⁵ Vid. NAVARRO EGEA, M.: «La fusión de sociedades en la Unión Europea a resultas de la Directiva 90/434/CEE», *Revista Española de Derecho Financiero*, 1999, n.º 101, págs. 95 y ss.

al hecho de que la normativa española no se limitaba a acomodar este régimen a las operaciones efectuadas en la Unión Europea, sino que muy por el contrario, el mismo también lo ampliaba al resto de operaciones de ámbito nacional. En segundo lugar, en cuanto a su aspecto objetivo, la ley estatal igualmente permitía su uso a diferentes operaciones de reestructuración empresarial, más allá de las clásicas definidas como fusiones, escisiones, aportaciones de activos o canje de acciones, siempre y cuando las mismas produjeran efectos equivalentes. Y desde el punto de vista subjetivo, por la flexibilidad marcada a la hora de configurar los requisitos exigibles a los sujetos pasivos que quisieran acogerse a este sistema neutral.

En la actualidad, no obstante, este régimen fiscal aparece recogido en el título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades (LIS). Al respecto, podemos observar importantes modificaciones en referencia con el texto original, si bien, no por ello, se han perdido a lo largo de estos años los principios y objetivos que constituyen su basamento jurídico y que podemos resumir a través de estos tres caracteres: *en primer lugar*, que la entidad cedente de todo o parte de su patrimonio no integrará en la base imponible del impuesto sobre sociedades las rentas resultantes de la concreta operación efectuada; *en segundo lugar*, que a efectos fiscales, la entidad adquirente valorará los bienes adquiridos a través de la cesión de acuerdo con los mismos valores que estos tenían en la otra entidad, manteniéndose, asimismo, su fecha originaria de adquisición y, *en tercer lugar*, que tampoco se integrarán en la base imponible de los socios de las entidades transmitentes las rentas resultantes del canje de valores, por la diferencia entre el valor normal de mercado de los valores recibidos y el valor contable de los valores entregados¹⁶.

Ahora bien, la aplicación de este conglomerado de beneficios fiscales se encuentra supeditado a la concurrencia de una horda de requisitos que podemos clasificar según estos sean de carácter *objetivo*, en función del tipo de operación desarrollada; *subjetivo*, en virtud del tipo de entidad beneficiada o *formal*, relativo a la renuncia o automatismo de la aplicación del régimen. Reservando, para un último apartado, el análisis de la rigurosa exigencia de la presencia de un *motivo económico válido* como fundamento finalista o teleológico de la concreta operación de reestructuración.

2.1. REQUISITOS DE CARÁCTER OBJETIVO

Como primera condición, resulta menester establecer el conjunto de operaciones que pueden acogerse a este régimen fiscal. En este sentido, de la lectura de los artículos 76 y 77 de la LIS podemos extraer que estas serán las siguientes: las fusiones; las escisiones; las aportaciones no

¹⁶ Además, de acuerdo con la disposición adicional segunda de la LIS «No se devengará el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana con ocasión de las transmisiones de terrenos de naturaleza urbana derivadas de operaciones a las que resulte aplicable el régimen especial regulado en Capítulo VII del Título VII de esta Ley, a excepción de las relativas a terrenos que se aporten al amparo de lo previsto en el artículo 87 de esta Ley cuando no se hallen integrados en una rama de actividad. En la posterior transmisión de los mencionados terrenos se entenderá que el número de años a lo largo de los cuales se ha puesto de manifiesto el incremento de valor no se ha interrumpido por causa de la transmisión derivada de las operaciones previstas en el Capítulo VII del Título VII».

dinerarias de rama de actividad; el canje de valores; las operaciones en las que intervengan sujetos pasivos que no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil, siempre que produzcan resultados equivalentes a los derivados de las operaciones anteriores; y las operaciones de cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea.

Al respecto, interesa efectuar un par de matizaciones, en primer lugar, que desde el punto de vista mercantil, las anteriores operaciones de reestructuración se encuentran expresamente definidas –a excepción del canje de valores y la aportación no dineraria de rama– en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME). El matiz es sumamente relevante pues cualquier descoordinación entre la norma fiscal y la mercantil podría suponer la inmediata denegación de la aplicación de este régimen. Ahora bien, en virtud del principio de unicidad, la Dirección General de Tributos (DGT) ha aceptado de manera reiterada la comunicación de conceptos desde la ley mercantil –como ley de origen– a la normativa tributaria –como ley de destino–, de tal modo que cualquier operación que por cumplir mercantilmente los condicionantes necesarios para su calificación como una operación de reordenación, mantendría igualmente dicha denominación a efectos tributarios¹⁷. Una identidad conceptual que solamente se fracturaría mediante el establecimiento de ciertos requisitos tributarios complementarios que, de ningún modo, pudieran distorsionar la esencia de dichos conceptos. Pero es más, pues de acuerdo con el párrafo 45 de la Sentencia del TJCE de 17 de julio de 1997 (asunto C-28/95, *Leur-Bloem* [NFJ005725]) «el único supuesto en que los Estados miembros pueden denegar la aplicación de la Directiva, según su artículo 11 y según su último considerando, es cuando la operación contemplada tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal», de lo que se infiere que los ordenamientos tributarios no deberán interpretar de una manera restrictiva las definiciones sobre modificaciones estructurales que incluye la Directiva de fusiones y denegar, en virtud de ello, la aplicación del régimen, pues este debe regir en todas las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de acciones, abstracción hecha de sus motivos, ya sean estos financieros, económicos o puramente fiscales.

Por último, tal y como hemos precisado anteriormente, nuestra normativa interna no limita la aplicación de estos beneficios fiscales a las operaciones de ámbito europeo, sino que igualmente lo extiende a las operaciones nacionales¹⁸. En este sentido, resulta esencial reproducir el

¹⁷ Vid. en este sentido, la Consulta DGT 819/1998, de 14 de mayo (NFC064880), donde se estableció que «La legislación fiscal no establece un concepto de fusión diferente del reflejado en la legislación mercantil, según resulta del artículo 233 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (BOE de 27 de diciembre de 1989), por remisión del artículo 28 de la Ley de 17 de julio de 1953 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE de 18 de julio de 1953). Por el contrario, el Impuesto sobre Sociedades lo único que regula son las consecuencias fiscales derivadas de un negocio jurídico propio del Derecho mercantil, de tal manera que a efectos impositivos son determinantes las fechas y condiciones en que se produce el acuerdo de fusión». Una interpretación que ha mantenido hasta la doctrina administrativa más reciente.

¹⁸ En concreto, la exposición de motivos de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, establecía que «si bien la norma comunitaria únicamente versa sobre aquellas operaciones que se realicen entre entidades residentes en diferentes Estados

apartado 32 de la Sentencia *Leur-Bloem* en virtud del cual «cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho comunitario con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones de nacionales propios o, como sucede en el procedimiento principal, de eventuales distorsiones de competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse». De lo que se infiere una concisa consecuencia, esto es, que ante cualquier tipo de controversia surgida de la interpretación de la normativa nacional, los órganos jurisdiccionales españoles estarán constreñidos a elevar una cuestión prejudicial al TJUE, al ser el modelo comunitario la base y fundamento en el cual se sustenta el régimen fiscal nacional¹⁹.

Efectuadas estas deferencias, resulta ahora oportuno un análisis individual de cada una de las operaciones de reestructuración que, de acuerdo con la normativa mercantil y fiscal, pueden acogerse al régimen especial del capítulo VII de la LIS.

2.1.1. Fusiones

De acuerdo con el artículo 22 de la LME: «En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan». Siendo que, a continuación, el artículo 23 de la LME permite distinguir entre la fusión mediante creación y la fusión mediante absorción. Así pues, mientras que en la primera modalidad dos o más sociedades se extinguen después de transmitir sus patrimonios e incorporarse sus socios a una nueva sociedad; en la segunda modalidad una o más sociedades se extinguen pasando a transmitirse sus patrimonios a una sociedad preexistente, a la que, asimismo, se incorporan los socios de las extintas. Estas son pues en definitiva las fusiones con carácter general.

Sin embargo, debemos advertir que la LME también recoge otras modalidades de fusiones a las cuales se les ha adjetivado como especiales y que son las siguientes: la absorción de una sociedad íntegramente participada (art. 49); la absorción de una sociedad participada al 90 % o más

miembros de la Comunidad Económica Europea, los principios tributarios sobre los que está construida son igualmente válidos para regular las operaciones entre entidades residentes en territorio español. Por este motivo, se establece un régimen tributario único para unas y otras».

¹⁹ Una deducción que, no obstante, no es compartida por NAVARRO EGEA, M.: «Régimen de fusiones. La eficacia directa de la Directiva 90/434/CEE y su proyección en el régimen tributario interno», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, vol. III, Parte Estudio, 1998, al reseñar que «Tal conclusión no puede ser asumida sin más discusión, al contrario, en ella se deduce una pugna entre intereses diversos: frente a argumentos como el principio de no discriminación o la interpretación uniforme del Derecho comunitario aparecen otros como la limitación de la soberanía de los Estados miembros o la posible institucionalización de una vía de creación de Derecho comunitario no contemplada en los Tratados».

(art. 50) y supuestos asimilados a la absorción de sociedades íntegramente participadas (art. 52). Regulando a partir de su artículo 54 las fusiones transfronterizas a las cuales define como «las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española».

Por su parte, la LIS también ha introducido a través de su artículo 76 un concepto fiscal de fusión que viene a coincidir en su integridad con el previsto en el artículo 2 de la Directiva de fusiones, distinguiendo así entre: a) *la fusión por absorción*, que define como aquella que se produce cuando una o varias entidades transmiten en bloque a otra entidad ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, sus respectivos patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la otra entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad; b) *la fusión por creación de una nueva entidad*, definida como aquella que se genera cuando dos o más entidades transmiten en bloque a otra nueva, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de sus patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la nueva entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad; y c) la denominada como *fusión impropia*, en la que una entidad transmite, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social.

Ya hemos advertido anteriormente que en la actualidad la DGT mantiene la doctrina de que si una operación es calificada desde el punto de vista mercantil como una auténtica fusión, la misma mantendrá idéntica calificación a efectos tributarios. En este sentido, podemos encontrarnos ante un doble escenario, esto es, ante operaciones en las cuales la propia Administración duda acerca de su engranaje dentro del concepto mercantil de fusión y ante operaciones que, aunque mercantilmente declaradas como tal, no obstante, no pueden acceder al régimen fiscal por la carencia de otros requisitos tributarios complementarios. Dentro del primer escenario, podemos situar a las denominadas fusiones inversas o gemelares. En tanto que, en el segundo escenario, la literalidad de la LIS impone como requisito adicional para la aplicación de su régimen la existencia de un motivo económico válido; de ahí que sea posible que existan fusiones mercantilmente consideradas pero no beneficiadas desde el prisma fiscal, si no se respetara dicha condición.

Así pues, resulta evidente que la casuística fáctica que se puede producir en esta materia es sumamente variada y extensa. Por ello mismo, solo vamos a centrarnos en cuatro supuestos especiales que han generado cierta polémica. En primer lugar, por lo que respecta a las *fusiones inversas*, definidas como aquellas en las cuales la entidad absorbida es titular, directa o indirectamente, del 100% del capital de la sociedad absorbente –por ejemplo cuando una filial absor-

be a su entidad matriz–, el problema radicaba en la posibilidad de alcanzar un idéntico resultado práctico por medio de una disolución y liquidación de la entidad dominante, lo que generó a la postre ciertas sospechas en el seno de la Administración acerca de la idoneidad de denominar como fusión a esta concreta operación. La incógnita, sin embargo, fue rápidamente despejada de una manera explícita por el artículo 250 del hoy derogado texto refundido de la Ley de sociedades anónimas (TRLSA), al incluirse esta figura como un supuesto de fusión simplificada. Razón por la cual, a partir de ese momento y sin un impedimento mercantil al respecto, la DGT empezó a admitir la aplicación de su régimen especial a las fusiones inversas (véase la más reciente Consulta V2778/2015, de 25 de septiembre [NFC056377]).

En cambio, mayores problemas interpretativos generó la denominada *fusión gemelar o entre hermanas*, que es la que se produce entre dos entidades participadas, directa o indirectamente, al 100% por un *mismo socio*. El dilema radicaba en el hecho de que el derogado artículo 250 del TRLSA no hacía referencia al término «mismo socio», sino a una «tercera» –presumiblemente entidad–, lo cual fue interpretado por la Administración como que, en los supuestos en los cuales la participación común, tanto de la entidad absorbente como de la absorbida, fuera ostentada por una persona física, no se cumplirían los requisitos mercantiles necesarios para definir a la operación como fusión²⁰ (véase Consulta V2413/2006, de 29 de noviembre [NFC024143]). Sin embargo, la entrada en vigor de la LME alteró la dicción literal del precepto, insertando en su articulado el término «mismo socio», motivo por el cual la DGT perdió su argumento para denegar la concesión del régimen fiscal. Sin embargo, a raíz de una serie de consultas como la V1357/2009, de 9 de junio [NFC033663], empezó nuevamente a restringirlo en los supuestos de fusiones gemelares en las cuales no se produjera una ampliación de capital en sede de la entidad absorbente. Y ello porque de acuerdo con la normativa mercantil se exigía que en todos los supuestos de fusión, a excepción de la impropia, se atribuyera a los socios títulos representativos del capital. De esta forma, la ampliación de capital se erigió como una condición *sine qua non* para poder calificar una determinada operación como fusión. Un criterio que finalmente también sería abandonado por la Administración tributaria al considerar la inexistencia de variación patrimonial en sede del socio, pues este seguiría participando en el mismo patrimonio antes y después de la operación de reordenación, con la particularidad de que el valor de la participación en la absorbida se incrementaría en el valor de la participación tenida en la sociedad absorbente con posterioridad a la fusión (véase entre las más recientes la Consulta V0497/2014, de 25 de febrero²¹ [NFC050486]).

²⁰ De acuerdo con PRADA LARREA, J. L.: «Consecuencias fiscales en el Impuesto sobre Sociedades de la nueva Ley de Modificaciones Estructurales», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 86, 2009: «Lo que subyacía en el planteamiento de la DGT [...] era que en los casos de participación común por persona física, las fusiones generales podían convertirse en un mecanismo de envejecimiento de la cartera de las personas físicas, quienes podían remansar plusvalías latentes en las participaciones más antiguas, amortizando los títulos de más reciente titularidad».

²¹ Donde se establece expresamente que «Por otra parte, la aplicación del régimen fiscal especial exige que los socios de la sociedad que se extingue como consecuencia de la fusión pasen a ser socios de la sociedad absorbente. Así se desprende del artículo 83.1 a) del TRLIS, al establecer la necesidad de atribuir a los socios de la sociedad absorbida valores representativos del capital de la sociedad absorbente. No obstante, en este caso particular en donde la socie-

En tercer lugar, nos referiremos a la denominada como *fusión apalancada*, regulada por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 35 de la LME y que consiste básicamente en el endeudamiento de una entidad para la adquisición o control de otra, siendo que con posterioridad y en un plazo no superior a tres años, la sociedad endeudada absorbe a la adquirida (fusión impropia) –o viceversa (fusión inversa)–, con el resultado inmediato de que la deuda generada acaba siendo garantizada con el patrimonio de la nueva entidad resultante como consecuencia de la fusión²². Y si bien este tipo de fusiones han recibido especial recelo por suponer una excepción a la prohibición general de asistencia financiera, desde el punto de vista fiscal, sus mayores inconvenientes han venido asociados por la posible ausencia de un motivo económico válido. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2007 (rec. núm. 313/2004 [NFJ025984]), en un supuesto de fusión subsiguiente a una compra apalancada donde la absorbente era una entidad *holding*, declaró que «no habiendo acreditado la actora que la operación de fusión realizada responda a un auténtico interés económico, la única conclusión que se alcanza es que se trató de una complicada operación articulada con la única finalidad de obtener un beneficio fiscal, como es que los beneficios obtenidos por MISA desde el año 1998 se reduzcan en el importe del préstamo y en el de la amortización del fondo de comercio generado y no tributen íntegramente». El argumento se sustentaba en el hecho de que no se había producido una mejora de las actividades de las entidades participantes en la operación pues, por un lado, la entidad absorbente antes de la fusión no realizaba ninguna actividad económica más allá de la mera tenencia de acciones y participaciones y, además, con posterioridad a la reestructuración empresarial, la entidad absorbente seguía ejerciendo la misma actividad. Concluyendo, además la sentencia, con una afirmación un tanto controvertida al indicar que «no es admisible que una sociedad pague el coste de adquisición de, precisamente, esa sociedad por un tercero, y no sea este, el adquirente, el que cargue con los gastos de su adquisición», pues precisamente ello es lo que habilitaba el artículo 35 de la LME.

dad absorbida y absorbente están íntegramente participadas por el mismo socio de forma directa, no parece absolutamente necesario que se produzca tal atribución de títulos. En efecto, aun cuando no se produzca esa atribución de valores de la sociedad absorbente, al existir un único socio en las entidades que participan en la operación, la situación patrimonial de este no varía sustancialmente ya que sigue participando en el mismo patrimonio antes y después de la operación de fusión, con la particularidad de que el valor de la participación en la absorbida incrementa el valor de la participación tenida en la sociedad absorbente con posterioridad a la fusión, cumpliéndose así la neutralidad requerida en el capítulo VIII del título VII del TRLIS para la aplicación del régimen fiscal especial.

²² Destacamos en esta materia la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de enero de 2013 (rec. núm. 23/2010 [NFJ050424]) donde relaciona el conjunto de ventajas asociadas a este tipo de operaciones, indicando que «Las ventajas que presenta la fusión apalancada frente a la adquisición ordinaria de la "sociedad objetivo" son múltiples: (a) el apalancamiento permite con una inversión reducida tomar el control de una empresa de gran dimensión; (b) la compañía capital riesgo o *private equity* incrementa muy notablemente los beneficios que obtiene del capital invertido; (c) las entidades financiadoras de la compra apalancada consiguen garantizar el cobro de la deuda con los activos de la empresa comprada; (d) la confusión de patrimonios permite que el pago de la deuda se haga por la propia compañía adquirida, evitándosele a la adquirente, que no carga con el coste fiscal de los repartos de dividendos por la primera que hubiere necesitado la segunda para hacer frente a la deuda contraída por la operación, y, en fin, (e) la compañía comprada asume el coste financiero, pero rebaja significativamente su carga fiscal, al deducir como gasto los intereses satisfechos por los préstamos y la amortización del fondo de comercio que con la fusión se pone de manifiesto».

Sin embargo, con posterioridad, pronunciamientos del TS como los vertidos en sus Sentencias de 12 de noviembre de 2012 (rec. núm. 4299/2010 [NFJ049297]) y 25 de abril de 2013 (rec. núm. 5431/2010) parecen haber suavizado la rigurosidad del pronunciamiento anterior al establecer que «no puede negarse que las fusiones apalancadas pueden perseguir objetivos diversos, no solamente fiscales, como, por ejemplo, facilitar la reorganización empresarial; mejorar la gestión del capital empresarial, evitando la sobrecapitalización, o armonizar los intereses de la propiedad y de la gestión. Deben examinarse pues, caso por caso, cuáles son los objetivos desiguos perseguidos por la operación para determinar si los fiscales son los preponderantes, puesto que solo si se llega a esa convicción podrá concluirse que la fusión apalancada no se realizó por motivos económicos válidos». De esta forma, el TS deja abierta la vía de que las operaciones de fusión apalancadas puedan responder a motivos económicos válidos que permitan, a su vez, la aplicación del régimen de diferimiento, siempre y cuando estos no consistan en una mera simplificación administrativa o el ahorro de los costes, pues ambas son consecuencias inherentes a todo tipo de fusión por absorción (*vid.* STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia* [NFJ044771]).

Finalmente, por lo que concierne a la *cesión global de activos y pasivos*, se ha discutido igualmente acerca de su idoneidad para acogerse al régimen fiscal de diferimiento. Una vacilación que ha sido resuelta de manera negativa por la DGT al considerar que la definición del artículo 81 de la LME, en virtud de la cual «Una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. La sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios [...]», no se correspondería con ninguna de las operaciones reguladas en la LIS, especialmente por el hecho de que la cesión global de activos y pasivos exige mercantilmente la liquidación de la sociedad extinguida. Por lo que en tales circunstancias deberá tributarse siempre por el régimen general²³ (*vid.* entre la más recientes la Consulta V2443/2013, de 22 de julio [NFC048729]).

²³ Al respecto, MENÉNDEZ GARCÍA, G.: «El régimen tributario de la cesión global de activo y pasivo» en *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, ROJO FERNÁNDEZ, A. J.; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A. (coords.), 2015, Aranzadi, pág. 1.114, «En particular, queda claro hoy que la transmisión a que se refiere el artículo 76.1 c) de la LIS (transmisión por una entidad, "como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación", del "conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social") no puede realizarse a través de la cesión global de activo y pasivo. En efecto, en la operación a que se refiere ese precepto no media la contraprestación característica de la cesión global y, de acuerdo con el artículo 53 de la LMESM, la transmisión en bloque de la totalidad del patrimonio al socio único en pago de su cuota de liquidación, cuando este socio tenga forma societaria, "constituye una fusión". Solo en casos de laboratorio podría entenderse que la cesión global cumple los requisitos de las definiciones de los artículos 76 u 87 de la LIS. Así, la cesión podría subsumirse en el supuesto de hecho de los apartados 3 (aportación de rama de actividad) o 5 (canje de valores) del artículo 76 de la LIS si el patrimonio transmitido consistiera en acciones o participaciones propias, y la sociedad cedente recibiera como contraprestación una rama de actividad de la cesionaria o bien una participación en el capital social de otra entidad que le permita obtener la

2.1.2. Escisiones

Según el artículo 68 de la LME existen tres clases o modalidades de escisión: la total, la parcial y la segregación. A la definición detallada de cada una de ellas se dedican los artículos siguientes, si bien con anterioridad a su lectura, debemos precisar que el nexo común que radica entre todas ellas consiste en el tipo de contraprestación que percibe una entidad o sus socios como consecuencia de la transmisión en bloque de todo o parte de su patrimonio y que debe consistir necesariamente en acciones o participaciones en el capital de la entidad beneficiaria –distinguiéndose así empero de la cesión global de activo y pasivo, en la cual la contraprestación por dicha transmisión debe consistir en cosa distinta a acciones o participaciones de las cesionarias²⁴–. De esta forma, indica el artículo 69 de la LME que «Se entiende por escisión total la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente...»; en tanto que el artículo 70 de la LME define a la escisión parcial como «el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes...»; finalmente, por lo que respecta a la segregación o escisión financiera, el artículo 71 de la LME lo configura como «el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias». De lo que podemos apreciar que la diferencia radical entre las modalidades de escisión –total o parcial– y la segregación, consiste en que en esta última operación, no son los socios de dicha sociedad los que reciben las acciones o participaciones de la beneficiaria, sino la propia entidad escindida, de tal forma que en los estados contables de esta se producirá un llamativo cambio cualitativo, que no cuantitativo, en el sentido de que el patrimonio segregado será modificado por las nuevas acciones, participaciones o cuotas recibidas.

Por su parte, el artículo 76.2 de la LIS es el encargado de establecer desde el punto de vista fiscal el entramado de escisiones a las cuales se les puede aplicar el régimen de diferimiento. A grandes rasgos, podemos indicar que no existen notables diferencias conceptuales entre unos y otros, si bien, la normativa fiscal impone una serie de requisitos adicionales que generan el siguiente orden de discrepancias respecto a la normativa mercantil:

mayoría de los derechos de voto (o esta participación y una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal de las acciones o participaciones). Del mismo modo, la cesión global podría incardinarse en el supuesto de hecho del artículo 87.1 de la LIS si el patrimonio transmitido consistiera en acciones o participaciones propias que representen, al menos, un 5% de los fondos propios de la entidad cedente y esta recibiera como contraprestación elementos no dinerarios (que no podrán consistir –recuérdese– en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario)».

²⁴ Vid. IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «Las modificaciones estructurales de las sociedades» en MÉNENDEZ, A. y ROJO, A. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 2016, Thomson Reuters, 12.ª edición, págs. 589 y ss.

- En primer término, la LIS exige que en los supuestos de escisiones parciales, tanto la parte del patrimonio que se transmite a la nueva entidad como aquella porción del mismo que se mantiene por la sociedad escindida constituyan «ramas de actividad». El cariz es sumamente decisivo pues recordemos que la norma mercantil meramente requiere que estas escisiones del patrimonio constituyan «unidades económicas» y, evidentemente, ambos términos no son homogéneos²⁵. Así pues, es el artículo 76.4 de la LIS el que nos define el primero de ellos al establecer que «Se entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios. Podrán ser atribuidas a la entidad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasa», no existiendo *a contrario sensu* dentro de nuestro ordenamiento jurídico una definición concreta de qué debe entenderse por unidad económica autónoma.

Así pues, ha sido el TS quien a través de su Sentencia de 29 de octubre de 2009 (rec. núm. 7162/2004 [NFJ038178]) ha delimitado la gama de requisitos necesarios que debe reunir un bloque patrimonial para ser considerado como rama de actividad y son los siguientes: «a) ha de tratarse de un conjunto de bienes y, en ocasiones, también de personas; b) el conjunto de elementos patrimoniales ha de ser de activo y pasivo; c) ha de tratarse de una rama de actividad de la propia sociedad aportante; d) los bienes

²⁵ Por su parte, la reciente Sentencia del TS de 20 de julio de 2014 (rec. núm. 5175/2011 [NFJ056238]) también ha declarado la falta de homogeneidad entre el concepto de rama de actividad en el impuesto sobre sociedades con el previsto para el impuesto sobre el valor añadido (IVA). En palabras de este tribunal: «Es indudable que tanto el supuesto de no sujeción en el IVA como el régimen especial del impuesto sobre sociedades buscan facilitar las transmisiones de empresas o de partes de empresas, como efecto derivado y querido del principio de neutralidad fiscal, pero no lo es menos que las características propias y específicas de estos dos impuestos aconsejan diferencias entre ambos. De ahí que el régimen especial de neutralidad del impuesto sobre sociedades demande la concurrencia de motivos económicos válidos en la operación de reestructuración empresarial, cláusula antiabuso que está ausente, por ser innecesaria, en el supuesto de no sujeción del IVA. Por consiguiente, es perfectamente posible que se aplique el supuesto de no sujeción en el IVA, y que no proceda, sin embargo, la aplicación del régimen de neutralidad fiscal en el impuesto sobre sociedades [...]. La transmisión de ramas de actividad exige, en el impuesto sobre sociedades, que el conjunto de elementos patrimoniales transmitidos constituya una unidad económica autónoma o al menos que incipientemente exista en el seno de la entidad una diferenciación organizativa empresarial capaz de funcionar por sus propios medios. Lo que, en cualquier caso, debe quedar claro es que no cabe extrapolar una interpretación relativa a un precepto de la Ley del IVA a la regulación del impuesto sobre sociedades. Y ello aunque solo sea por la autonomía con que se interpretan los preceptos y se califican los hechos en el IVA. Las calificaciones respecto al IVA son autónomas; no cabe interpretar los términos contenidos en la legislación sobre el IVA atendiendo al significado de los mismos ni en las demás leyes tributarias ni en el ordenamiento común (así lo ha dicho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el concepto de entrega de bienes, que no resultaría equiparable al concepto civil de *traditio* en la sentencia *Shipping Forwarding Enterprise* de 4 de febrero de 2000). Esta regla es incompatible con una extensión analógica de las interpretaciones de los preceptos del IVA a otros tributos. Pero, además, desde una perspectiva exegética finalística es evidente que la norma de la Ley del IVA y la de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en las que se incluye el concepto de rama de actividad, responden a fines diferentes».

han de formar una unidad económica coherente, autónoma e independiente de otras; e) ese conjunto de bienes ha de ser capaz de funcionar por sus propios medios; f) la rama de actividad ha de existir cuando se realiza la aportación; no basta que se trate, meramente, de una suma de elementos patrimoniales que potencialmente puedan llegar, en un futuro, a constituir una unidad económica autónoma; g) La sociedad que recibe los bienes debe desarrollar una actividad empresarial en la explotación de los elementos recibidos en la aportación».

A fortiori, las posteriores SSTs de 22 de diciembre de 2014 (rec. núm. 812/2013 [NFJ056908]) y 23 de abril de 2015 (rec. núm. 3946/2012 [NFJ058339]) han venido igualmente a reclamar que para la aplicación de este régimen resultará imprescindible que el patrimonio cedido que constituye una rama de actividad fuera ya *preexistente* en la sociedad que se escinde y no se formara solamente en sede de la beneficiaria de la escisión y como consecuencia de esta operación. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia del TS no sería pues suficiente con que el bloque patrimonial escindido constituyera una unidad económica coherente, autónoma e independiente, sino que además se exigiría su calificación como rama de actividad al momento de realizarse la aportación. La consecuencia de esta interpretación implicaría pues que solo podrían acogerse a este sistema de neutralidad fiscal las entidades transmitentes que ejecutaran varias actividades separadas y diferenciadas, o lo que es lo mismo, tendrían vetado el poderse acoger a este beneficio fiscal aquellas empresas que solo realizaran una única actividad. Un pronunciamiento que, no obstante, no es unánime entre todos los magistrados que conforman la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, tal y como lo acreditan sendos votos particulares efectuados a la sentencia, y entre los que se resalta la necesidad del planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE²⁶, al suponer esta interpretación una aplicación más restrictiva del régimen de la Directiva, todo ello conforme a lo indicado el párrafo 32 de la STJCE de 17 de julio de 1997²⁷ (asunto C-28/95, *Leur-Bloem* [NFJ005725]).

²⁶ Cuestión prejudicial que incluso puede ser planteada por los propios TEAR y TEAC, aunque como señala al respecto, SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A.: «La reforma parcial de la Ley General Tributaria operada por la Ley 34/2015», *RCyT*. CEF, n.º 391, 2015: «La novedad, contenida en el nuevo apartado 3 del artículo 237 de la LGT, era innecesaria e inconveniente como bien acertó a señalar el Consejo de Estado. La única experiencia previa que se recuerda en nuestro país (asunto Gabalfrisa) acabó con el cese del presidente del TEAR de Cataluña, promotor de dicha cuestión prejudicial. Con tal precedente, no parece que su utilización vaya a verse precisamente incrementada en un futuro próximo. De hecho, desde Gabalfrisa no se ha elevado ninguna otra cuestión prejudicial por parte de los TEAR. El Consejo de Estado desaconsejó vivamente ese reconocimiento legal explícito, pues nada añadía a la regulación patria, pero era susceptible, sin embargo, de generar algunos desajustes relevantes».

²⁷ Sobre la imposibilidad de una interpretación restrictiva del contenido de una Directiva que aboque a su inaplicación, la STJCE de 17 de octubre de 1996 (asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94, *Denkavit* [NFJ002240]) estableció que «los Estados miembros no pueden instaurar unilateralmente medidas restrictivas, como la exigencia, en el caso de autos, de que haya transcurrido un periodo mínimo de participación en el momento de la distribución de los beneficios en relación con los cuales se solicite la ventaja fiscal [...]. Por lo tanto, la referida facultad

- En segundo lugar, tanto la LME como la LIS exigen que para todas las modalidades de escisión y segregación la atribución de valores a los socios de la entidad escindida se efectúe de acuerdo con una norma de proporcionalidad, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. De esta forma, por lo que respecta a la *proporcionalidad cuantitativa*, la misma implica la equivalencia económica por parte del socio de la entidad escindida entre el valor de la participación ostentada y la recibida a consecuencia del canje, manteniéndose por tanto una misma alícuota sobre el neto patrimonial que representan los valores antes y después de la escisión. Esta proporcionalidad, además exige que deba calcularse en atención a los valores reales y no contables, pues lo que se pretende alcanzar es una equidad material. En efecto, tal y como matizó el TS en su Sentencia de 8 de marzo de 2012 (rec. núm. 3777/2008) «Ni el artículo 97 de la LIS ni el artículo 252 de la Ley de sociedades anónimas establecen un preciso sistema de valoración, simplemente indican que la adjudicación a los socios ha de efectuarse "con arreglo a una norma proporcional". Y la regla de la proporcionalidad resulta en función del "valor real" de las acciones, independiente del valor contable o revalorizado contablemente, según el balance; este valor no es una magnitud incuestionable desde el punto de vista matemático, sino un valor resultante en función del sistema de valoración aplicado que puede variar dentro de unos márgenes razonables». A mayor abundamiento, la STS de 20 de julio de 2014 (rec. núm. 5175/2011 [NFJ056238]) precisó que «Existe proporcionalidad cuantitativa cuando el valor económico de la participación, antes y después de la realización de la escisión, es igual en el socio, con independencia de en qué empresas participe. Esta proporcionalidad cuantitativa siempre concurrirá, ya que de lo contrario no se cumpliría el propio concepto de escisión mercantil». De lo que se deduce que el requisito de la proporcionalidad cuantitativa deberá ser siempre respetado y observado, pues en caso contrario, ni la operación podrá encuadrarse dentro del concepto mercantil de escisión, ni mucho menos podrá aplicarse el régimen fiscal previsto en la LIS²⁸.

Ahora bien, por lo que respecta a la *proporcionalidad cualitativa*, la misma se produce cuando cada uno de los socios posee una participación en todas y cada una de las

no podrá ser objeto, en detrimento de las empresas beneficiarias, de una interpretación que vaya más allá de los propios términos...».

²⁸ Al respecto, SÁNCHEZ MANZANO, J. D.: «La regla de proporcionalidad como rasgo caracterizador de la escisión desde la óptica fiscal. Los filtros insertados por los criterios administrativos para aceptar las tutelas de las escisiones subjetivas dentro del régimen fiscal de la reestructuración empresarial», *Quincena Fiscal*, n.º 4, 2015, matiza que: «La referida proporcionalidad en la práctica se traduce en la correcta determinación de la relación de canje. La relación de intercambio es la directriz que fijará el coeficiente de conversión de una acción o participación en el capital de la entidad adquirente por la anterior de que era titular el socio. El proyecto de escisión, de acuerdo con el artículo 31.2 de la LME, indicará el tipo de canje y la compensación complementaria en dinero prevista. El artículo 25.1 expresa que el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades partícipes "debe establecerse sobre la base del valor real de su patrimonio", insertando un parámetro objetivo de referencia. [...]».

sociedades beneficiarias en la misma proporción que hubieran tenido en la sociedad escindida. Sin embargo, el artículo 76 de la LME admite una atribución asimétrica en los siguientes términos «En los casos de escisión total o de escisión parcial con pluralidad de sociedades beneficiarias, siempre que no se atribuyan a los socios de la sociedad que se escinde acciones, participaciones o cuotas de todas las sociedades beneficiarias, será necesario el consentimiento individual de los afectados²⁹». Como puede observarse, una interpretación literal del precepto nos arrojaría a la rápida conclusión de que solamente se admitiría esta quiebra cualitativa en los supuestos en los cuales existiera una pluralidad de entidades beneficiarias y no, por tanto, cuando solamente existiera una sociedad beneficiaria³⁰. Una rigurosa interpretación que ha sido asumida por la Administración para impedir la aplicación del régimen del diferimiento en tales circunstancias, por entender que en los supuestos de escisiones subjetivas a favor de una sola entidad, nos encontramos más bien ante un supuesto de separación de socios (véase Consulta V0015/2002, de 21 de mayo [NFC016588]). Además, y esto es algo que añade la normativa fiscal, el artículo 76.2.2.º de la LIS exige que en los supuestos de escisiones no proporcionales «[...] la atribución a los socios de la entidad que se escinde de valores representativos del capital de alguna de las entidades adquirentes en proporción distinta a la que tenían en la que se escinde requerirá que los patrimonios adquiridos por aquellas constituyan ramas de actividad³¹».

- ²⁹ Dentro de la doctrina mercantil, no obstante, existen dos posiciones discrepantes en torno a la interpretación de este requisito. Así, mientras que algunos autores como MARTÍN GARCÍA, J. M.: «La escisión», en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M. (coord.), *Estudios jurídicos sobre operaciones de reestructuración societaria*, 2008, Thomson Aranzadi, Navarra, págs. 138 y 139, limitan la necesidad de expresar este consentimiento únicamente a los verdaderos sujetos afectados, que, a su vez, identifican como aquellos que: 1) no reciben acciones o participaciones de todas las sociedades beneficiarias; 2) que perciben acciones o participaciones de todas las sociedades beneficiarias y de forma proporcional, pero solo desde un punto de vista global y no específico de cada entidad concreta; o 3) que mantienen su participación en el valor conjunto de todas las sociedades pero, en cambio, no reciben acciones de las sociedades beneficiarias. Existen otros autores, como MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: «Escisión parcial: concepto y requisitos», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo II, 2009, Aranzadi, Navarra, pág. 434, que aboga por la necesidad de exigir el consentimiento unánime de todos los socios, ya sean estos afectados o no.
- ³⁰ Al respecto, autores como ALONSO ESPINOSA, F. J. y LÁZARO SÁNCHEZ, E. J.: «Especialidades del procedimiento de escisión», en VV. AA., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2009, Aranzadi, pág. 320. Consideran que nos encontramos en presencia de una operación atípica que dada la especialidad de las modificaciones estructurales exigiría de un reconocimiento expreso por parte del legislador. Sin embargo, los autores destacan la idoneidad de esta figura para la resolución de ciertos conflictos entre socios al proporcionar un mecanismo rápido y sencillo.
- ³¹ Un ejemplo simbólico de la necesaria exigencia de ambos condicionantes –pluralidad de sociedades beneficiarias y preexistencia de ramas de actividad–, podemos encontrarlo en la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de octubre de 2015 (rec. núm. 412/2012 [NFJ062193]) donde se debate acerca de la posibilidad de la aplicación del régimen fiscal a una entidad dedicada a la compraventa de inmuebles que se escinde totalmente en dos entidades, asignándole a cada una de sus socias el 100% de las participaciones de cada una de las nuevas entidades creadas. Al respecto el órgano jurisdiccional concluye que no existe proporcionalidad cualitativa pues «la atribución de acciones es distinta a la inicial, dado que el 100% de cada sociedad se atribuye a cada uno de los socios que poseen el 100% del capital social de las beneficiarias, cuando lo exigido por la ley es que los socios de la entidad escindida recibieran participa-

En definitiva, podemos concluir que la regla de la proporcionalidad constituye un requisito de obligado cumplimiento tanto en el régimen fiscal como mercantil de las fusiones y escisiones. De tal modo que, los socios de una sociedad escindida deberán siempre disponer, tanto antes como después de la operación de reestructuración, el mismo patrimonio. Ahora bien, mientras que la regla de la proporcionalidad cuantitativa resulta infranqueable, en cambio, se puede hacer una excepción por lo que respecta a la regla de la proporcionalidad cualitativa, siempre y cuando se constatare el beneplácito de todos los socios afectados y, a mayor razón, los patrimonios escindidos constituyeran ramas de actividad, si bien, respecto a este último requisito con las matizaciones anteriormente efectuadas.

2.1.3. Aportaciones no dinerarias de rama de actividad y aportaciones no dinerarias especiales

Desde el punto de vista mercantil, debemos empezar precisando que la LME no se refiere expresamente a lo largo de su articulado a las «aportaciones no dinerarias de rama de actividad» o «aportaciones de activo» –si se prefiere la terminología exacta empleada por la Directiva–. En cambio, la normativa fiscal sí que se refiere a esta concreta operación en su artículo 76.3 de la LIS que la define como aquella en virtud de «la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad de nueva creación o ya existente la totalidad o una o más ramas de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente». Por tanto, y a diferencia de la escisión parcial, sus principales singularidades son: a) que a consecuencia de la aportación no dineraria de una rama de actividad no se produce una disolución parcial y por ende no se produce una reducción de capital; y b) que los valores de las sociedades adquirentes los recibe la propia sociedad aportante y no sus socios.

Pues bien, dejando a un lado el análisis de la necesaria exigencia de que la aportación constituya una rama de actividad económica –con las consideraciones apuntadas anteriormente–, vamos a centrarnos, en cambio, en dos supuestos singulares como son, por un lado, la operación de segregación y, por otro, las aportaciones no dinerarias especiales.

Así pues, tal y como hemos advertido, la LME no incluye entre su articulado a las «aportaciones no dinerarias de rama de actividad», siendo que su artículo 71 meramente regula como una modalidad de escisión a la operación de segregación. Ahora bien, si observamos detenidamente ambas definiciones –la de segregación (art. 71 LME) y la de aportación no dineraria de rama de actividad (art. 76.3 LIS)– podemos apreciar cómo su configuración es prácticamente idéntica³².

ciones de cada una de las sociedades beneficiarias en la misma proporción a la participación que ostentaban en la que se escinde y que era del 50%». De la misma manera, excluye la concurrencia de una rama de actividad pues la entidad escindida en ningún momento había desarrollado la actividad que pretendía ejercer la nueva sociedad.

³² Al respecto, ALONSO LEDESMA, C., en la obra colectiva *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo II, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 498, considera que «La diferencia entre ambas operaciones radi-

Tal es así que incluso algunos autores han considerado apropiado que, desde la entrada en vigor de la LME, todas las aportaciones de rama de actividad se tramiten jurídicamente como segregaciones, para dotarlas de esta manera de las garantías inherentes a esta clase de operaciones (por ejemplo, que las mismas deban adoptarse por acuerdo de junta general y no por mera decisión del órgano de administración), aunque ello, no obstante señalan estos autores, pudiera implicar una importante merma de la capacidad de autoorganización de las empresas³³. En cualquier caso, la equiparación entre ambas operaciones ha sido el criterio que finalmente ha adoptado la DGT al considerar que «A efectos mercantiles el artículo 68 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones de las sociedades mercantiles, incluye como una de las modalidades de escisión a la segregación, definida en su artículo 71 como «el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias». Dado que a efectos de la aplicación del régimen especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS se regula específicamente la figura de la aportación no dineraria de ramas de actividad a que anteriormente se ha hecho referencia, será en este último concepto en el que se encuadraría la operación planteada a efectos de la aplicación del régimen especial» (Consulta V0170/2015, de 19 de enero [NFC053609]).

Por otro lado, cabe resaltar que de acuerdo con el artículo 87 de la LIS, también pueden acogerse al régimen fiscal de la neutralidad, determinadas aportaciones no dinerarias efectuadas por personas jurídicas que, sin reunir los requisitos necesarios para constituir una rama de actividad, no obstante, cumplan con los siguientes: 1) que la entidad que percibe la aportación sea residente en territorio español o realice actividades en dicho territorio por medio de un establecimiento permanente; 2) que una vez efectuada la aportación, el sujeto disponga de una participación en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en, al menos, el 5% y 3) exista un motivo económico válido. Así pues, pese a no constituir una rama de actividad, la DGT ha admitido la aplicación del régimen del diferimiento en diversos supuestos tales y como son las aportaciones de bienes inmuebles y acciones o participaciones en otras sociedades (Consulta V2055/2011, de 14 de septiembre [NFC042316]) o aportaciones de inmovilizados intangibles como los contratos o las marcas (Consulta V1679/2009, de 15 de julio [NFC034772]). En cambio, sí que ha denegado la aplicación del mismo en los supuestos de aportaciones no dinerarias consistentes en una compensación de créditos, por considerar que estas operaciones en verdad encubren una compensación dineraria (*vid.* Resoluciones del Tri-

caría únicamente en que en la segregación, considerada como una modalidad escisoria (escisión impropia) singularizada por la falta de integración de los socios de la sociedad segregante en las beneficiarias de la segregación, como acabamos de señalar, la transmisión de las masas patrimoniales se produce en bloque al igual que en las otras variedades escisorias, esto es, tiene lugar mediante sucesión universal. Por el contrario, en la aportación de rama de actividad aunque tenga lugar la transmisión de una o varias unidades económicas, y la sociedad aportante reciba, como es el caso de la segregación, las acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias, tal transmisión se realiza a título singular y no en bloque o mediante sucesión universal».

³³ *Vid.* ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: «La aportación de rama de actividad tras la regulación de la segregación en la Ley 3/2009 de modificaciones estructurales», *Diario La Ley*, n.º 7.253, 2009.

bunal Económico-Administrativo Central –TEAC– de 10 de marzo de 2004 y 13 de junio de 2005). Finalmente indicar que también se ha admitido la aportación conjunta de activos y pasivos, aunque solo en el supuesto de que las deudas estuvieran directamente vinculadas con los activos transmitidos, esto es, que la deuda se hubiera contraído expresamente en la adquisición como financiación del bien cedido (V1022/2008, de 23 de mayo [NFC029607]), de tal modo que en los supuestos en que se transmitan activos conjuntamente con deudas no vinculadas al mismo, no cabrá acogerse al régimen especial por el valor total asignado a dicho activo, sino meramente por la diferencia entre el valor del mismo y la deuda, que es lo que necesariamente constituye la aportación no dineraria (véase al respecto la Resolución del TEAC de 8 de enero de 2015, R. G. 2735/2012 [NFJ057135]).

2.1.4. Canje de valores

De modo general, podemos indicar que en todas las operaciones de fusión y escisión se produce de manera simultánea un canje de valores. De tal forma que, como hemos venido observando, la sociedad absorbente –en el caso de las fusiones– o la sociedad que percibe un bloque patrimonial –en el supuesto de las escisiones– como consecuencia de estas operaciones deben canjear sus propios valores con los de aquellos titularidad de los socios de las entidades acogidas a las mismas o de la sociedad en caso de segregación. En tales circunstancias, si la operación de fusión o escisión se puede acoger al régimen neutral, indudablemente también lo hará el correspondiente canje de valores. Sin embargo, este no es el canje de valores al que hace referencia el artículo 76.5 de la LIS en virtud del cual «Tendrá la consideración de canje de valores representativos del capital social la operación por la cual una entidad adquiere una participación en el capital social de otra que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto en ella o, si ya dispone de dicha mayoría, adquirir una mayor participación, mediante la atribución a los socios, a cambio de sus valores, de otros representativos del capital social de la primera entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad».

Nos encontramos, por tanto, en presencia de una operación autónoma de canje de valores mediante la cual una sociedad (dominante) adquiere acciones o participaciones en el capital de otra (dominada o participada), ostentando a partir de dicho momento la mayoría de voto en la misma o, si ya tuviera esta hegemonía, a detentar todavía una mayor, entregando a cambio a los socios de la dominada o participada acciones de la dominante. Además, debemos advertir que la consecución de dicha mayoría de votos deberá efectuarse de una manera directa y como consecuencia de la operación de canje de valores. Así se manifiesta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 815/2012, de 20 de junio (rec. núm. 116/2010 [NFJ066721]), al indicar que «hemos de concluir y ya se anticipa que en el caso de autos no se satisfacen los requisitos para la aplicación del citado régimen especial, por cuanto la aportación de las participaciones sociales enjuiciada no satisface la exigencia del artículo 97,5 para ser calificada a efectos fiscales como canje de valores, pues la citada norma impone que la aportación sea determinante de la obtención por la aportación, y no por otros cauces, de la mayoría de los derechos de voto, y este presupuesto se contempla en términos idénticos en el artículo 2, apartado d) de la Directiva 90/434/CEE, de 23 de

julio de 1990, y la regulación del artículo 101, Régimen fiscal del canje de valores no permite otra interpretación. Sin que frente al resultado que ofrece la aplicación de los criterios de interpretación normativa, *ex* artículo 3 CC, pueda prevalecer la interpretación teleológica que se propone por la parte actora a tenor de la cual estima que también constituye canje de valores la aportación por la cual se consigue la mayoría de los derechos de voto de modo indirecto, es decir a través del accionariado que se ostenta en otras sociedades, que asimismo aportan sus acciones o participaciones, pues como ya se ha afirmado el presupuesto de la norma es claro y no se satisface en el caso de autos».

Por su parte, el artículo 80 de la LIS limita la aplicación del presente régimen fiscal a las operaciones de canje de valores en las cuales se cumplan de manera acumulativa los dos siguientes condicionantes: a) Que los socios que realicen el canje de valores residan en territorio español o en el de algún otro Estado miembro de la Unión Europea o en el de cualquier otro Estado siempre que, en este último caso, los valores recibidos sean representativos del capital social de una entidad residente en España y b) Que la entidad que adquiera los valores sea residente en territorio español o esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva de fusiones. Previéndose de manera expresa que en los supuestos en los cuales el socio perdiera la cualidad de residente en territorio español, deberá integrarse en la correspondiente base imponible del último periodo impositivo que deba declararse, la diferencia de valor o plusvalía generada como consecuencia de la operación y que en su día fue objeto de diferimiento. Finalmente recordar, como en todos los supuestos anteriormente analizados, de la necesaria exigencia de que estas modificaciones empresariales vengan presididas por la presencia de un motivo económico válido que las avale.

2.1.5. Cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro de la Unión Europea

Podríamos indicar que el traslado internacional del domicilio social no constituye *per se* una operación de reestructuración. No obstante, la LME dedica sus artículos 92 y siguientes a establecer el régimen legal del traslado por la indudable trascendencia jurídica que el mismo puede implicar para la *lex societatis* que rige la entidad. Así pues, comienza el precitado artículo 92 acotando su régimen legal a las sociedades inscritas en el Registro Mercantil. De lo que se deduce que quedan excluidas, por obviedad, las sociedades no inscritas o no mercantiles, y por ociosidad, las sociedades anónimas europeas, cuyo régimen se encuentra previsto en el Reglamento n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, incorporado al Derecho español por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España. Además, se prohíbe expresamente el traslado internacional del domicilio a las sociedades en liquidación y las sociedades declaradas en concurso de acreedores.

Desde un punto de vista mercantil, podemos afirmar que el problema implícito de este tipo de operaciones radica en el hecho de que es necesario un entendimiento jurídico entre dos Estados distintos para que sea factible el traslado al extranjero del domicilio social con mantenimiento de la personalidad jurídica. Así indica el artículo 93 de la LME que «El traslado al extranjero del domicilio de una sociedad inscrita constituida conforme a la ley española solo podrá realizar-

se si el Estado a cuyo territorio se traslada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad». De esta forma, se nos plantean dos tipos de escenarios: en el primero de ellos, alguno de los Estados implicados –ya sea el de origen de la entidad que pretende trasladarse o el de destino de la misma– no admite el mantenimiento de la personalidad jurídica. En estos casos, la entidad solo tendría una opción posible, esto es, disolverse en el país de origen y constituirse *ex novo* en el país de destino. En cambio, en el segundo de los escenarios, donde ambos Estados estarían conformes en mantener la personalidad jurídica de la sociedad que desea trasladarse a otro territorio, ya no sería exigible esa previa disolución de la entidad en el país de origen, con el subsiguiente ahorro fiscal que ello implicaría. Así pues, desde el prisma mercantil podemos concluir que nuestro ordenamiento interno admite la migración de una sociedad mercantil inscrita con mantenimiento de la personalidad jurídica, si bien, limitado a aquellos supuestos en los cuales el territorio receptor de la entidad así lo previera igualmente.

En cambio, desde el punto de vista fiscal, resultará menester remitirnos al artículo 19 de la LIS en virtud del cual «Se integrará en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de los elementos patrimoniales que sean propiedad de una entidad residente en territorio español que traslada su residencia fuera de este, excepto que dichos elementos patrimoniales queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español de la mencionada entidad. En caso de afectación a un establecimiento permanente, será de aplicación a dichos elementos patrimoniales lo previsto en el artículo 78 de esta ley», se trata de la solución tributaria a adoptar en los supuestos de emigración de una entidad española que va a mantener su personalidad jurídica, pues en caso contrario, tal y como hemos advertido, la misma deberá proceder a su disolución y consiguiente liquidación. La remisión a este precepto resulta oportuna pues el régimen fiscal que el mismo establece es idéntico al que prevé el artículo 76.7 de la LIS para los supuestos de traslados del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro de la Unión Europea³⁴.

En efecto, el régimen de diferimiento en los supuestos de cambio del domicilio social solo se encuentra habilitado dentro de nuestro ordenamiento interno y para todas las clases de sociedades mercantiles, respecto de los bienes que resulten afectados a un establecimiento permanente situado en el territorio español. Por lo que, en sentido contrario, podemos considerar que en el resto de circunstancias se devengará el conocido como impuesto de salida o *exit tax*, mediante el cual quedarán sujetas a gravamen las plusvalías latentes de los activos afectos a una entidad española que cesa en su actividad en dicho territorio. Si bien, y esto resulta importante resaltar-se, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 19: «El pago de la deuda tributaria resultante de la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, en el supuesto de elementos patrimoniales transferidos a un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria [...] será aplazado por la Administración tributaria a solicitud del contribuyente hasta la fecha de la transmisión a terceros de los

³⁴ Para un mayor estudio de esta figura tributaria, véase MAGRANER MORENO, F. J.: «Régimen fiscal del traslado transfronterizo del domicilio social», *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, n.º 234, 2010.

elementos patrimoniales afectados, resultando de aplicación lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y su normativa de desarrollo, en cuanto al devengo de intereses de demora y a la constitución de garantías para dicho aplazamiento». Un matiz decisivo, pues, de acuerdo con constante jurisprudencia emanada del TJUE, una exigibilidad inmediata en el pago de dicho gravamen implicaría una patente quiebra de la libertad de establecimiento³⁵.

2.2. REQUISITOS SUBJETIVOS

Una vez concretada la gama de operaciones que pueden acogerse al régimen fiscal del diferimiento, el siguiente paso consistirá en relacionar los tipos de entidades que pueden acogerse al mismo. En este sentido, una primera deducción nos arrojará a indicar que solo podrán acogerse a este sistema los sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades. Ahora bien, el artículo 7 de la LIS no se limita a calificar como contribuyentes de este impuesto a las entidades con personalidad jurídica, sino que muy por el contrario el mismo también incluye dentro de su relación a todo un conjunto de entes sin personalidad jurídica. De ahí que el artículo 76.6 de la LIS establezca que «El régimen tributario previsto en este capítulo será igualmente aplicable a las operaciones en las que intervengan contribuyentes de este impuesto que no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil, siempre que produzcan resultados equivalentes a los derivados de las operaciones mencionadas en los apartados anteriores».

Así pues, siguiendo esta línea, la DGT ha permitido la aplicación del régimen neutral en los supuestos en los cuales han intervenido en las operaciones de reestructuración, entre otros, una confederación, como resulta ser la Asociación nacional de cajas de ahorros y de las entidades de crédito integradas en ella (Consulta V1902/2015, de 17 de junio [NFC055425]); una sociedad agraria de transformación (Consulta V2124/2012, de 6 de noviembre [NFC045738]); una asociación sin ánimo de lucro (Consulta V0529/2007, de 14 de marzo [NFC025490]) o una unión temporal de empresas (Consulta V0940/2010, de 7 de mayo [NFC038123]). Ahora bien, debemos precisar que en todos los casos el artículo condiciona el ensanchamiento subjetivo de este régimen fiscal a la presencia de unos «resultados equivalentes». Sobre la interpretación de esta cláusula, se destaca la Consulta V2510/2009, de 13 de noviembre [NFC036832] y la flexibilidad que admite para su aplicación, precisando que la equivalencia de resultados que proclama el pre-

³⁵ Vid. la STJUE de 29 de noviembre de 2011 (asunto C-371/10, *National Grid* [NFC045002]) donde se interpretó por una parte que «No se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual el importe del gravamen sobre las plusvalías latentes correspondientes a los elementos del patrimonio de una sociedad se liquida definitivamente –sin tener en cuenta ni las minusvalías ni las plusvalías que puedan realizarse posteriormente– en el momento en el que la sociedad, con motivo del traslado de su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro, deja de percibir beneficios imposables en el primer Estado miembro; a este respecto, carece de relevancia el hecho de que las plusvalías latentes gravadas se refieran a diferencias positivas de cambio que no pueden hacerse patentes en el Estado miembro de acogida teniendo en cuenta el régimen tributario allí vigente», concluyendo que sí que «se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la que debe procederse al cobro inmediato del gravamen sobre las plusvalías latentes correspondientes a los elementos del patrimonio de una sociedad que traslada su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro en el momento mismo de dicho traslado».

cepto debe referirse a los efectos que son comparables entre las sociedades mercantiles y el resto de entidades sin dicha forma mercantil que intervienen en la operación, dado que «la equiparación no puede extenderse a los resultados de la operación a nivel de los socios, por cuanto estos no existen en el ámbito de las cajas de ahorros³⁶».

Por tanto, ante la carencia de un criterio estable, habrá que analizar caso por caso acerca de la admisibilidad de cada operación, desgranando para ello los caracteres estructurales de cada modificación y considerando la presencia de unos «resultados equivalentes» a raíz de la idiosincrasia propia de cada entidad, con o sin personalidad jurídica, que interviene en la reestructuración.

2.3. REQUISITOS FORMALES

Una de las principales novedades que ha incluido la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades, ha consistido básicamente en la supresión de la opción como condición necesaria para la aplicación del régimen, sustituyéndola por la aplicación automática del mismo, salvo renuncia del contribuyente. De esta forma, con efectos a partir del 1 de enero de 2015, este se ha constituido como el régimen a aplicar por defecto por todos aquellos contribuyentes sujetos a una operación de reestructuración. Además, el artículo 89 de la LIS exige que la entidad adquirente de las operaciones comunique la realización de las mismas a la Administración tributaria, con excepción de aquellas que no fueran residentes en territorio español, en cuyo caso dicha comunicación competará a la entidad transmitente.

Por su parte, el artículo 48 del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto sobre sociedades, concreta que la comunicación deberá efectuarse en el plazo de los tres meses siguientes a la fecha de inscripción de la escritura pública en que se documente la operación, siendo que, si la inscripción no fuera necesaria, el plazo se computará desde la fecha en que se otorgue la escritura pública o documento equivalente que corresponda a la operación. Y una consecuencia muy importante, pues la falta de presentación en plazo de dicha comunicación acarreará una sanción consistente en una multa pecuniaria fija de 10.000 euros por cada operación cuya información se hubiera omitido.

3. LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS EN EL RÉGIMEN FISCAL DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

Como hemos venido desarrollando, las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores representativos del capital social entre entidades pertenecientes a distintos Esta-

³⁶ Sobre este tema véase SÁNCHEZ MANZANO, J. D.: «Problemática de calificación negocial en torno a las operaciones de reestructuración consumadas por entidades distintas de sociedades mercantiles en el marco del régimen fiscal de la reestructuración empresarial», *Quincena Fiscal*, n.º 8, 2011.

dos miembros están sujetas, bajo cumplimiento de los requisitos anteriormente analizados, a un régimen fiscal especial basado en la neutralidad impositiva. La transposición de dicho régimen tributario en nuestro ordenamiento jurídico además se aprovechó para expandirlo igualmente al resto de reorganizaciones empresariales que pudieran efectuarse entre entidades residentes en territorio español. Ahora bien, la aplicación definitiva del conjunto de beneficios fiscales asociados a este régimen, tanto el efectuado entre entidades europeas como entre entidades nacionales, requiere asimismo que la modificación estructural no se califique como abusiva.

En efecto, de acuerdo con el artículo 15 de la Directiva de fusiones (anteriormente art. 11 Directiva 90/434/CEE) «Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los artículos 4 a 14 o a retirar total o parcialmente el beneficio de las mismas cuando una de las operaciones contempladas en el artículo 1: a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; 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». Nos encontramos, por tanto, ante lo que se ha denominado como una «reserva de competencia», en el sentido de que serán los diferentes Estados miembros los que decidan o no insertar una cláusula de esta enjundia en sus respectivos ordenamientos tributarios (*vid.* párrafo 39, *Leur-Bloem*). Si bien, tal y como confirmó con posterioridad el TJCE en su Sentencia de 5 de julio de 2007 (asunto C-321/05, *Kofoed* [NFJ026003]), aun en los supuestos en los cuales los Estados miembros no hubieran transpuesto *ad hoc* en su normativa nacional una cláusula antiabuso en los términos anteriormente descritos, no obstante, se admitiría igualmente una inaplicación de los beneficios asociados al régimen fiscal especial, en los supuestos en los cuales dichos Estados miembros sí que hubieran previsto, en cambio, dentro de su ordenamiento interno una disposición o principio general de prohibición del abuso del derecho en materia tributaria que pudiera interpretarse de conformidad con aquella cláusula. De modo que, el TJUE acaba admitiendo la posibilidad de que los Estados miembros puedan denegar los efectos fiscales del régimen de la neutralidad aun en los supuestos en los cuales estos no hubieran transpuesto *ex professo* la norma antiabuso europea³⁷.

Pues bien, de la lectura de la citada cláusula puede deducirse que tres son los requisitos necesarios que deben concurrir para la aplicación de la misma, a saber, 1) que el objetivo de la reorganización empresarial sea el fraude o la evasión fiscal; 2) que dicha finalidad sea la principal o una de las principales perseguidas por las partes y 3) que la ausencia de motivos económicos válidos presumirá la falta de cumplimiento de los dos anteriores requisitos. En palabras del TJUE esta cláusula representa el principio general del Derecho comunitario según el cual el abuso de derecho está prohibido (asunto *Kofoed*, párrafo 38). Un concepto –el de abuso de derecho– que

³⁷ De una manera exacta indica el tribunal que «siempre que la situación jurídica que se desprende de las medidas nacionales de adaptación del derecho interno sea suficientemente precisa y clara para permitir que los particulares afectados conozcan la extensión de sus derechos y obligaciones, la adaptación del derecho interno a una directiva no exige necesariamente una acción legislativa en cada Estado miembro».

de acuerdo con la jurisprudencia consolidada en las sentencias *Emlands-Stärke* y *Halifax*, debería acotarse desde una doble perspectiva: objetiva y subjetiva³⁸.

Así pues, por lo que concierne al elemento objetivo, debe siempre analizarse, en primer lugar, si la concreta actividad desarrollada por el sujeto atiende verdaderamente a los objetivos y fines de la norma europea de cobertura; de tal manera que concurriría este elemento objetivo en la esfera del abuso cuando de las operaciones realizadas por un sujeto se obtuviera una ventaja fiscal contraria a los fines de la norma comunitaria. Por su parte, respecto al segundo elemento, el subjetivo, el mismo haría referencia a los propósitos de los negocios efectuados por el contribuyente en el marco de una operación que se sirve de una norma europea de cobertura. En concreto, este elemento subjetivo concurriría cuando a través de montajes o condiciones artificiales se consiguiera obtener una ventaja fiscal. Así pues, solo una combinación de ambos factores, objetivo y subjetivo, desencadenaría la aplicación de la cláusula antiabuso y, por tanto, no podría considerarse como tal aquella elección de un sujeto de organizar sus negocios de la forma menos gravosa posible³⁹.

Esta apreciación resulta esencial por el marcado énfasis que esta concreta cláusula antiabuso efectúa sobre el elemento subjetivo, básicamente en los propósitos o finalidades de la concreta operación de reestructuración persigue, como pauta a seguir para excluir el carácter artificioso de la operación. De tal forma que la simple acreditación de la presencia de un motivo económico válido será suficiente para excluir la aplicación de la medida antiabuso. Partiendo de estas matizaciones, vamos a centrarnos en algunos de los aspectos más controvertidos que ha entrañado la dicción de esta cláusula, para posteriormente poder analizar con rigor la concreta medida introducida dentro del ordenamiento jurídico español y advertir cuáles han sido los supuestos más recurrentes en los que ha desplegado sus efectos.

3.1. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO

Tal y como hemos precisado anteriormente, el primer requisito exigible para la ejecución de la medida antifraudatoria es que la concreta operación de reorganización tenga como finalidad el fraude o la evasión fiscal. Ahora bien, ni la Directiva de fusiones ni la jurisprudencia del TJUE

³⁸ STJCE de 14 de diciembre de 2000 (asunto C-110/99, *Emlands-Stärke* [NFJ045382]) y STJUE de 21 de febrero de 2006 (asunto C-255/02, *Halifax* [NFJ021677]).

³⁹ *Vid.* CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula antiabuso de la "Directiva de fusiones": ¿Hacia motivos económicos válidos de alto voltaje?», *RCyT. CEF*, n.º 347, 2012, donde advierte que «Esta definición de abuso ha sido confirmada por el TJUE a través de su jurisprudencia hasta el momento presente, aunque con ciertas variaciones terminológicas que han causado gran controversia doctrinal sobre la existencia de un concepto unívoco de abuso de Derecho de la UE en materia fiscal; tal falta de certidumbre sobre los perfiles y configuración del principio europeo de prohibición de abuso de derecho en materia fiscal viene generando grandes problemas de seguridad jurídica y distorsiones económicas a los flujos de inversión y transacciones transfronterizas en el mercado interior, en la medida en que los contribuyentes no disponen de un marco claro y previsible para planificar su actividad frente a una auténtica Torre de Babel de enfoques antiabuso nacionales que pueden restringir el ejercicio de las libertades europeas».

se han esforzado por definir tales conceptos. En su lugar, el TJUE emplea otros términos para referirse a ambas definiciones como son las de «abuso», «abuso de derecho» o «prácticas abusivas». Además, complica esta labor interpretativa las diferentes traducciones que sobre estos vocablos han efectuado cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea. De esta forma, el TJUE ha preferido finalmente decantarse por la aplicación del apodado como test de los «montajes puramente artificiales», a través del cual se pretende evitar el uso de prácticas abusivas, carentes de toda realidad económica, cuyo único objetivo consista en eludir un tributo (*vid.* STJCE de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, caso *Cadbury Schweppes* [NFJ023535]). En palabras de PALAO TABOADA, el abuso por tanto existiría cuando se proceda a «elegir formas o negocios jurídicos insólitos, es decir, no correspondientes a los hechos o relaciones económicas que se pretende conseguir⁴⁰». Imponiéndose así el principio *substance over form*, esto es, la prevalencia de la sustancia económica de la operación sobre la forma negocial elegida por las partes.

Y este parece ser el camino que igualmente han adoptado nuestros órganos jurisdiccionales. Al respecto, destacamos la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2007 donde se estableció que «considera la Sala que, habida cuenta de que el concepto de fraude o evasión fiscal no se encuentra definido de forma expresa en la normativa tributaria, habrá que acudir a criterios interpretativos válidos, debiendo entender como tal, lo previsto en el artículo 15 de la LGT 58/2003, que se refiere al "conflicto en la aplicación de la norma tributaria", supuesto que concurre cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias: a) que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido; b) que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios⁴¹».

Ahora bien, cabría cuestionarse acto seguido si la inaplicación de esta cláusula antiabuso sería factible ante la evasión de cualquier clase de tributo afectado por la operación de reestructuración. Esta fue, en concreto, la cuestión principal que se planteó en el asunto *Zwijenburg*⁴², donde a través de una operación de modificación empresarial se conseguía evitar el devengo de un impuesto distinto a aquellos a los que se refiere la Directiva de fusiones –en concreto, el de transmisiones patrimoniales onerosas–. Ante lo cual el TJUE dictaminó que «los únicos impuestos que pueden acogerse a las ventajas establecidas por la Directiva 90/434 y, consiguientemente

⁴⁰ Se considera que una manifestación de este principio lo constituye la doctrina del *business purpose*, expresión que puede traducirse como «objetivo comercial» o «finalidad de negocios» y que es una creación de la jurisprudencia norteamericana especialmente diseñada para combatir la elusión fiscal. Sobre el origen de esta figura puede verse PALAO TABOADA, C.: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *RCyT. CEF*, n.º 235, 2002.

⁴¹ Criterio posteriormente reiterado en las Sentencias de 5 de marzo de 2008 (rec. núm. 197/2006 [NFJ028306]) y 26 de abril de 2010 (rec. núm. 391/2008 [NFJ066709]).

⁴² *Vid.* STJUE de 20 de mayo de 2010 (asunto C-352/08, *Zwijenburg* [NFJ038357]).

te, entrar en el ámbito de aplicación de la excepción prevista por el artículo 11, apartado 1, letra a), de la misma son los expresamente contemplados por ella». De lo que se deduce que la regla antiabuso de la Directiva de fusiones meramente puede emplearse para evitar abusos que puedan producirse dentro del ámbito de los impuestos directos –IS e IRPF–; y, como corolario de lo anterior, se debe admitir el empleo de una organización societaria como medio para evadir otro tipo de impuestos, salvo los especificados anteriormente, en tanto en cuanto dicha evasión no se encuentre específicamente prohibida por el Derecho europeo o por una disposición nacional al respecto⁴³. Así, desde el ámbito europeo, la reestructuración podría emplearse para evitar determinados impuestos no armonizados como son el impuesto sobre sucesiones y donaciones o el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. En cambio, más dificultades para su admisión encontraríamos en la esfera del IVA (*vid.* párrafo 85, *Halifax*⁴⁴).

Otro aspecto interesante de la medida antiabuso es la exigencia de que el fraude o la evasión fiscal constituya «el principal o uno de los principales objetivos» que descansa detrás de la operación societaria. En este sentido, parece que la redacción es un tanto capciosa, pues partiendo de la consideración de que el fraude y la evasión fiscal son conductas ilícitas, aun cuando las mismas no constituyeran el principal objetivo, resulta evidente que las operaciones en las cuales se ampararan no podrían acogerse en ningún caso a los beneficios fiscales. Por ello mismo, consideramos que la expresión debe más bien relacionarse con el hecho de que la organización estructural no se efectúe con el único propósito o el propósito principal de conseguir unas concretas ventajas tributarias, aun cuando dichas operaciones se desarrollaran dentro de la absoluta legalidad. Así se manifiesta el TJUE en el párrafo 47 de la Sentencia *Leur-Bloem* al considerar que el concepto de motivos económicos válidos va más allá de la búsqueda de una ventaja puramente fiscal. Por consiguiente, una operación de reorganización que solo persiguiera tal objetivo no podría constituir nunca un motivo económico válido en el sentido de dicha disposición y por ende, se presumiría la existencia de fraude o evasión fiscal. A mayor abundamiento, la posterior Sentencia de 10 de noviembre de 2011 (asunto C-126/10, *Foggia* [NFJ044771]) remarcaría que «en consecuencia, puede constituir un motivo económico válido una operación de fusión basada en varios objetivos, entre los que pueden también figurar consideraciones de naturaleza fiscal, a condición no obstante de que estas últimas no sean preponderantes en el marco de la operación proyectada». Así pues, se desprende de estos pronunciamientos la necesidad de sopesar en cada

⁴³ De acuerdo con FALCÓN Y TELLA, R.: «El limitado alcance de la exigencia de un motivo económico distinto del ahorro fiscal: la necesidad de una cláusula antiabuso específica (STJ 20 mayo 2010, *Zwijnenburg*)», *Quincena Fiscal*, núm. 6, 2001: «en una operación de reorganización acogida al régimen de diferimiento, cuya finalidad única o principal es eludir el pago de un impuesto sobre la transmisión de inmuebles, los Estados miembros no pueden denegar la aplicación del régimen de diferimiento basándose en que no existe un motivo económico válido para la operación. La inaplicación del régimen de diferimiento solo procede si la operación tiene como única finalidad eludir los impuestos sobre sociedades o sobre la renta, pero no cuando se trata de eludir un impuesto distinto a los afectados por dicho régimen (aprovechando, por ejemplo, la exención contenida en el ITPAJD respecto a estas operaciones)».

⁴⁴ Donde se proclama que «Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión que debe interpretarse la Sexta Directiva en el sentido de que se opone al derecho del sujeto pasivo a deducir el IVA soportado cuando las operaciones en que se basa este derecho son constitutivas de una práctica abusiva».

operación societaria el conjunto de objetivos que concurren en cada caso y de valorarlos conforme al concreto peso que los mismos puedan ejercer sobre la capacidad decisoria de la entidad.

Y es que, de acuerdo con el precepto transcrito, la carencia de unas razones económicas válidas que permitan sustentar la operación de reorganización presumirán que el objetivo principal de la misma es el fraude o la evasión fiscal. Ahora bien, el artículo 15 de la Directiva de fusiones no establece un listado de motivos que puedan considerarse como económicamente válidos, refiriéndose meramente a que estos podrían ser una reestructuración o una racionalización de las actividades de las sociedades, pero sin entrar a perfilar el verdadero significado de ello. Además, cabría incluso cuestionarse cuáles son los motivos económicos válidos a tener en consideración, esto es, los de la propia entidad que se acoge al régimen fiscal o los de sus propios socios. Así, por ejemplo, en la Sentencia *Zwijnenburg*, donde se planifica una reorganización empresarial como instrumento idóneo para completar la sucesión de los bienes de un padre a su hijo, no se analizó por parte del TJUE los posibles motivos económicos que podría tener el socio y no la entidad para efectuar la susodicha operación⁴⁵.

En definitiva, una combinación de lo preceptuado hasta el momento nos conduce a considerar que a los efectos de la Directiva de fusiones se entenderá que existe abuso del derecho (fraude o evasión fiscal) cuando un contribuyente ejecute una operación de reordenación societaria sin una razón económica válida que la ampare y con el único objetivo de obtener una ventaja fiscal —el diferimiento del pago de un tributo—, a través del empleo de una estructura artificiosa confirmada mediante circunstancias objetivas. Pues bien, delineada de esta forma el marco europeo de aplicación de la cláusula antiabuso, resultará ahora necesario una referencia a la específica medida introducida por el legislador español dentro de nuestro ordenamiento tributario.

3.2. LA NORMA ANTIELUSIVA ESPAÑOLA DEL ARTÍCULO 89.2 DE LA LIS

De acuerdo con el mencionado precepto «No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal⁴⁶». De la simple lectura de su contenido, podría considerarse que la transposición de la me-

⁴⁵ Al respecto, SPEAR, H. M.: «Corporate Business Purpose in Reorganizations», *Tax Law Review*, vol. 3, 1947, págs 242, afirma que «una de las principales áreas de discusión es la relativa a la distinción implícita en estos casos entre los propósitos de la corporación y los de los accionistas. Sugerimos que distinguir entre ambos propósitos constituye un desconocimiento de la realidad de los objetivos de los accionistas en cuanto propietarios [...]».

⁴⁶ Esta versión aparece por primera vez en nuestro ordenamiento tributario tras la modificación efectuada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que introdujo el término «motivos económicos válidos». Al respecto, indica MAGRANER MORENO, F. J.: «La concurrencia del controvertido "Motivo económico válido" en las operaciones de reestructuración empresarial: una cuestión de prueba (un apunte al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2014)», *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, n.º 277, 2015: «Haciendo

dida antiabusiva en nuestro ordenamiento jurídico guarda una correcta armonía con la prevista por la Directiva de fusiones. Y, cabe advertir, nada más lejos de la realidad. En efecto, una segunda lectura un poco más detenida de la misma nos permitirá observar que lo que la Directiva configuraba como una auténtica presunción –la falta de motivos económicos válidos presume la existencia de un abuso del derecho–, en nuestro ordenamiento se configura como una auténtica ratificación de la presencia de un fraude o evasión fiscal.

Una divergencia que indudablemente posicionó a la doctrina en dos grupos. En el primero de ellos, entre los que destacamos a SANZ GADEA⁴⁷, se consideraba que la normativa española, a través de esta redacción, había configurado un nuevo supuesto de exclusión de la aplicación del régimen especial con total independencia de la presencia de un fraude o evasión fiscal. En tanto que, para los autores incardinados en el segundo grupo, la ausencia de motivos económicos válidos debería seguir configurándose como una mera presunción de la existencia de un abuso de derecho (FALCÓN Y TELLA⁴⁸, PALAO TABOADA⁴⁹). En efecto, de acuerdo con este último autor

una valoración del cambio normativo introducido por la Ley 14/2000, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de mayo de 2013, interpretó que esta modificación se limitaba a "añadir un requisito estructural, el de que la operación se efectúe por motivos económicos válidos, que antes no se contenía en la letra del precepto, pero virtualmente se requería conforme a su espíritu, pues no en vano es el requisito a que se refiere el artículo 11.1 de la Directiva 90/434/CEE". De esta manera, el citado cambio no resultaba ser tan significativo como se podía pensar, "pues la estructura del precepto, más que a los requisitos sustantivos para excluir del régimen especial determinadas operaciones, ponía el acento en la cuestión procedimental de la carga de la prueba, en el sentido de que solo era posible esa exclusión cuando 'se probará...!', actividad que parecía referirse a la Administración como sujeto obligado a esa prueba y, por tanto, a padecer la falta de acreditación". Así, la redacción que daba la Ley 14/2000 al precepto de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, se limitaba a "ejemplificar supuestos, no enunciados agotadoramente, sino *numerus apertus*, en que la ley excluye la procedencia del régimen especial de neutralidad con diferimiento, empleando una fórmula análoga a la que expresa la Directiva, en que cabe presumir que la reacción del ordenamiento comunitario lo es ante los supuestos de predominio de los fines de fraude o evasión fiscal, coincidentes con aquellos en que no consten motivos económicos válidos, aunque con la consecuencia añadida de que la carga de justificar la presencia de tales motivos podía entenderse que correspondía ahora, dada la estructura del precepto, al sujeto pasivo del impuesto que pretendiera acogerse al régimen de neutralidad"».

⁴⁷ SANZ GADEA, E.: «Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000», *RCyT. CEF*, n.º 215, 2001, donde indica que «Nótese que ambos elementos deben concurrir. La operación puede ser incomprensible desde el punto de vista económico, pero si no se persigue obtener una ventaja fiscal no existirá causa de inaplicación del régimen. Del mismo modo, la operación puede perseguir una ventaja fiscal, pero, al mismo tiempo, implicar una reestructuración o racionalización desde el punto de vista económico, en cuyo caso tampoco existirá causa de inaplicación». Para más adelante reseñar que «en el precepto comunitario la consecución de una ventaja fiscal no se considera un motivo económico válido, de manera tal que no enerva el hecho base de la presunción, y así la consecución de una ventaja fiscal es un hecho que no juega a favor del contribuyente, pero tampoco en su contra. En la norma patria la consecución de una ventaja fiscal juega siempre en contra del contribuyente, si bien no determinará automáticamente la inaplicación del régimen fiscal en la medida en que la operación se hubiere efectuado por motivos económicos válidos».

⁴⁸ FALCÓN Y TELLA, R.: «La nueva redacción de la cláusula anti-abuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS», *Quincena Fiscal*, n.º 4, 2001.

⁴⁹ PALAO TABOADA, C.: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *op. cit.*

—a cuyas consideraciones nos adherimos— no debe confundirse la labor de calificar una operación como abusiva o fraudulenta con la actividad jurídica de concretar la existencia o no de motivos económicos válidos y ello porque dentro de este análisis siempre existirán dos niveles de comprobación en sede de la operación, a saber, uno inicial, en el que la carencia de los motivos económicos supondrá un indicio *prima facie* o presunción de abuso del derecho; y uno segundo, en el que si el sujeto contribuyente se opusiera a la presunción anterior, entonces sí, resultaría preciso concretar si la operación de reestructuración resulta fraudulenta⁵⁰.

Además, resulta oportuno enfatizar que el legislador español no puede delinear a su libre arbitrio el contenido de esta norma antielusiva. Al respecto, el TJUE ha establecido unas mínimas pautas que los mismos deberán respetar. Así, por ejemplo, en el párrafo 44 de la Sentencia *Leur-Bloem* se estableció la imposibilidad del establecimiento de una norma de alcance general que pudiera privar automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones societarias —como era en el caso de autos un canje de acciones en el cual la sociedad dominante no ejerciera por sí misma una actividad empresarial—, pues ello, matiza el tribunal, «excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva». Igualmente, establece en su párrafo 41 la imposibilidad de que las autoridades nacionales competentes se limiten a aplicar unos criterios generales predeterminados para comprobar si en una concreta operación concurren o no los aludidos motivos económicos válidos, pues es condición exigida por este tribunal la necesidad de un examen global e individualizado de cada una de las operaciones sujetas al régimen de la neutralidad fiscal.

Finalmente, habría que indicar que una de las ramificaciones del principio de proporcionalidad dentro de esta materia ha conducido a las autoridades fiscales competentes a permitir la inaplicación parcial del régimen fiscal del diferimiento. En este sentido se pronunció el «Informe sobre la posibilidad de inaplicación parcial del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores en operaciones de escisión-venta» (DGT, 14 de octubre de 2005, núm. 292/05/INF), a cuyo tenor es posible, a la vista de cada caso en particular «la retirada parcial del régimen fiscal especial, en la parte que corresponde a la ventaja fiscal perseguida...».

3.3. MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS ADMITIDOS POR LA DGT

Partiendo de la consideración de que no es admisible el establecimiento de una lista de operaciones que de forma genérica y abstracta permitan conceder automáticamente la aplicación de los beneficios fiscales; no obstante, vamos a reseñar algunos de los supuestos que tradicionalmente sí que han sido admitidos por nuestra Administración tributaria española como motivos económicamente válidos. Para su análisis hemos preferido agruparlos en los siguientes tres bloques⁵¹.

⁵⁰ Sobre la prueba indiciaria puede verse SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A.: «A vueltas con los problemas de la prueba en Derecho Tributario», *RCyT*. CEF, n.º 325, 2010.

⁵¹ Un exhaustivo listado de resoluciones de la DGT al respecto puede verse en CHECA GONZÁLEZ, C.: «Los motivos económicos válidos que permiten la aplicación del régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones

En primer lugar, encontramos aquellos supuestos basados en la reducción de los costes de gestión y administración de las entidades de un grupo, lo cual puede efectuarse a través de una operación de fusión o de escisión y que de acuerdo con la DGT (Consulta V0327/2016, de 27 de enero [NFC057991]) cuando impliquen «optimizar la gestión, control y seguimiento de las actividades realizadas a través de una mayor racionalización y organización de los recursos disponibles, reorganización de las líneas de actividad, facilitar la prestación de servicios a terceros ajenos al grupo, separación de líneas de negocio de manera que sea posible una gestión y una toma de decisiones más dinámica, sin diferencias de criterio, distorsiones y posibles conflictos, aprovechamiento de sinergias y economías de escala derivados de la concentración de determinadas actividades, atender mejor a las necesidades propias de cada mercado, con una mayor organización, mejorar la visión frente a terceros del negocio y su rentabilidad, y una mayor profesionalización en la gestión de los distintos negocios resultantes de la reestructuración», se considerará que estamos en presencia de unos motivos económicamente válidos a los efectos del régimen del diferimiento.

En segundo lugar, encontramos aquellos supuestos basados en las reorganizaciones de las empresas familiares con el objetivo, entre otros, de planificar y regular la sucesión. Al respecto, la DGT ha señalado que (Consulta V1971/2012, de 15 de octubre [NFC045574]) «en el escrito de consulta se indica que las operaciones de reestructuración planteadas se llevarían a cabo con la finalidad de unificar la política accionarial del grupo familiar, concentrando en una única sociedad la participación del mismo; garantizar la supervivencia de los negocios y facilitar el relevo generacional a medio plazo, aumentando la probabilidad de continuidad empresarial en el futuro de las sociedades objeto de la aportación, simplificando los problemas de sucesión y evitando la dispersión de los socios, lo cual conllevaría una mayor complejidad en la gestión de las sociedades participadas e impediría el relevo generacional; conseguir que los movimientos accionariales dentro del grupo familiar sean libres, sin necesidad de que intervenga ninguna persona ajena al mismo y facilitar la implementación de protocolos familiares; contar con una estructura válida para poder acometer nuevas inversiones desde una única sociedad cabecera que será el vehículo de todo el grupo familiar para canalizar inversiones conjuntas y gestionar el crecimiento del grupo al contar la nueva sociedad *holding* con recursos propios generados con la gestión de la cartera de valores, así como incrementar la solvencia y lograr un mejor aprovechamiento de los capitales, una mayor eficiencia administrativa, comercial y de negociación frente a terceros y configurar una estructura válida que permita optar por el régimen de consolidación fiscal. Dichos motivos pueden considerarse como económicamente válidos, a los efectos del cumplimiento de lo previsto en el apartado 2 del artículo 96 del TRLIS».

En tercer lugar, también encontramos aquellos supuestos basados en la simplificación de las cargas imperantes en la sociedad. Al respecto, ha reseñado la DGT (Consulta V1546/2013, de 7 de mayo [NFC047824]) que «En el escrito de consulta se indica que la operación planteada tiene por objeto centralizar las actividades para lograr economías de escala, con aumento de la solven-

de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea», *Quincena Fiscal*, n.º 1, 2009.

cia y mayor coordinación, simplificar y aligerar la estructura empresarial del grupo, simplificar los costes administrativos y laborales, con el consiguiente ahorro de cargas burocráticas, simplificar las obligaciones mercantiles, optimizar los recursos propios, ajenos, técnicos y humanos, centralizar la planificación y la toma de decisiones, unificar la dirección, administración y gerencia de las dos entidades, conseguir una imagen unitaria frente a terceros, facilitar la percepción externa del grupo mediante la gestión coordinada de las dos entidades, adaptar las dimensiones productivas a la demanda del sector en el momento económico actual, aprovechar las sinergias con el fin de mejorar la productividad y la eficacia, mejorar la capacidad comercial, de administración y de negocios con terceros y llevar a cabo una gestión y toma de decisiones más ágil y fluida. El hecho de que tanto la sociedad absorbente como la absorbida cuenten con bases imponibles negativas pendientes de compensar, no invalida, por sí mismo, la aplicación del régimen fiscal especial».

3.4. LA ÚLTIMA POSICIÓN DEL TS

Una de las últimas controversias dirimidas en nuestro derecho interno acerca de la existencia de motivos económicos válidos ha concluido con un polémico pronunciamiento del TS a través de su Sentencia de 20 de julio de 2014. En concreto, se cuestionaba si era admisible como razón económica una escisión total de una entidad como consecuencia de la constante confrontación entre los dos únicos socios accionistas. Una tensa situación que había incluso desembocado en la completa paralización de la actividad económica ejercida por la sociedad y en la creación de sendas delegaciones independientes, que dirigían de manera autónoma cada una de ellas, un socio respectivo. Bajo estos antecedentes de hecho, el TS acaba considerando que «la operación de escisión solo persigue la distribución y división de máquinas recreativas a dos empresas ya existentes con objeto sociales idénticos a la originaria y con continuación tras la escisión por las sociedades beneficiarias de exactamente la misma actividad, con los mismos orígenes de ingresos que nacen de la explotación de máquinas recreativas. La única finalidad es el reparto de un patrimonio común sin que pueda justificarse con un motivo económico válido de reestructuración o racionalización de sus actividades, puesto que de lo se trata es de, beneficiándose del régimen especial, obtener una situación fiscal más atractiva». Y poco más añade, pues a su modo de ver «La única finalidad es el reparto de un patrimonio común sin que pueda justificarse con un motivo económico válido de reestructuración o racionalización de sus actividades, puesto que de lo se trata es de, beneficiándose del régimen especial, obtener una situación fiscal más atractiva».

Sin embargo, como hemos advertido, este no ha sido un pronunciamiento pacífico y unánime entre todos los magistrados que conforman la sala de lo contencioso-administrativo del TS. Así se desprende del voto particular redactado al efecto, donde se destaca la objetividad con la cual la mayoría de la Sala se decanta por analizar el concepto de «motivos económicos válidos». En este sentido, de acuerdo con su argumentación, la sentencia meramente se limita a corroborar unos determinados hechos objetivos –la operación de escisión– y su inherente resultado –el reparto de un patrimonio entre los dos socios de la entidad y una cuota tributaria di-

ferida por la aplicación del régimen fiscal–; olvidándose, no obstante, de analizar las concretas circunstancias fácticas que abocaron a dicha situación. Unas circunstancias que, cabe incluso advertir, quedaron plenamente acreditadas mediante un informe pericial en el cual se demostraba como la separación de los socios había contribuido significativamente a incrementar de nuevo la productividad del negocio.

Además, sorprende en exceso este pronunciamiento, si tenemos incluso en conocimiento las últimas consultas de la DGT que se han referido a la materia. Así pues, la Consulta V0938/2006, de 17 de mayo (NFC022626), confirmó como motivos económicos válidos el hecho de que «los actuales socios mantengan posturas enfrentadas y discrepantes en cuanto al mejor gobierno de la entidad, diferentes perspectivas de la gestión de la entidad en cuanto a posibles inversiones y desinversiones, así como estrategias muy diferenciadas con relación al futuro de la entidad [...]» y más recientemente la Consulta V3643/2013, de 19 de diciembre (NFC049946), ha reseñado que «la finalidad de permitir que la convivencia de los socios-administradores se calme, que el patrimonio empresarial se mantuviera e incluso se lograse incrementar [...] se pueden considerar económicamente válidos a los efectos del artículo 96.2 del TRLIS».

De esta manera, podemos concluir que no existe dentro de nuestro ordenamiento tributario una pauta exacta que permita a los contribuyentes concluir cuándo en una concreta operación de reorganización concurrirán o no los manidos motivos económico válidos, pues pronunciamientos como el último analizado no hacen más que contribuir a la creación de un *statu quo* basado solamente en la inseguridad jurídica.

4. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA INAPLICACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL POR SENTENCIA JUDICIAL

Finalmente, resulta oportuno analizar el abanico de efectos jurídico-tributarios asociados a una sentencia judicial en virtud de la cual se deniega la aplicación del régimen especial a una concreta entidad. Así pues, como ha quedado remarcado a lo largo de este trabajo, una de las principales ventajas fiscales inherentes a este régimen es el mecanismo del diferimiento, según el cual, las plusvalías generadas por la entidad transmitente como consecuencia de la cesión de los activos y del pasivo por medio de una operación de reestructuración, no serán efectivas y solo serán declaradas en sede de la adquirente cuando las mismas se realicen verdaderamente.

En caso contrario, resultará necesario una remisión a lo dispuesto en el artículo 17.4 de la LIS donde se establece que «Se valorarán por su valor de mercado los siguientes elementos patrimoniales: [...] b) los aportados a entidades y los valores recibidos en contraprestación [...]; d) los transmitidos en virtud de fusión, y escisión total o parcial [...]; f) los adquiridos por canje o conversión [...]». A lo que habrá que añadir lo previsto por el artículo 17.5 de la LIS «En los supuestos previstos en las letras a), b), c) y d) del apartado anterior, la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los elementos transmitidos y

su valor fiscal» y 17.9 de la LIS según el cual «En la fusión, absorción o escisión total o parcial se integrará en la base imponible de los socios la diferencia entre el valor de mercado de la participación recibida y el valor fiscal de la participación anulada».

Ahora bien, recordemos que estamos analizando aquellas situaciones en las cuales una entidad, que se acogió en su día a los susodichos beneficios fiscales, posteriormente ve frustrada esta posibilidad a consecuencia de una sentencia judicial. De ahí que haya que conjugar los anteriores preceptos de la LIS de la siguiente manera:

- En primer lugar, en sede de la entidad transmitente se generará una plusvalía (o minusvalía) por la diferencia existente entre el valor contable de los activos y pasivos cedidos y el valor de mercado de los mismos, que deberá incluirse en la declaración presentada del impuesto sobre sociedades del año correspondiente al cual se produjo la modificación estructural (una declaración cuya cuota había sido cero en virtud de la aplicación del régimen fiscal especial). Si bien, en aquellos supuestos en los cuales dicha entidad hubiera dejado de existir (pensemos, por ejemplo, una escisión total), la posible cuota tributaria resultante de esta operación, cuyo deudor principal será dicha entidad extinguida, deberá ser abonada por las entidades sucesoras de la misma, en su calidad de herederas.
- En segundo lugar, las entidades adquirentes de los activos y pasivos resultantes de la operación de reestructuración deberán valorarlos a efectos fiscales por su valor normal de mercado y, por tanto, proceder a amortizarlos de acuerdo con dicho valor. Ahora bien, estas entidades, al haberse aplicado el régimen fiscal del diferimiento, habrán contabilizado dichos activos según el valor que estos tenían en la otra entidad, manteniéndose incluso su fecha originaria de adquisición –requisito del todo necesario para que con posterioridad su venta produjera la concreta plusvalía–. El conflicto es claramente visible: si estas entidades no contabilizaron los activos por su valor de mercado, dado que se acogieron al régimen del diferimiento, resulta evidente que si posteriormente este régimen es inadmisibile, las mismas han estado amortizando muy por debajo del valor correspondiente. Además, puede ser incluso posible que la tardanza en una resolución judicial al respecto imposibilite posteriormente la rectificación de las anteriores declaraciones del impuesto sobre sociedades existentes o incluso que los activos hayan dejado de formar parte del patrimonio de la entidad o hayan consumido toda su vida útil. De esta forma, resultaría del todo aconsejable que las entidades envueltas en esta crítica situación comenzaran a amortizar sobre el valor de mercado de los activos recibidos desde el momento en que se dispone un acto administrativo donde se deniega la aplicación del régimen fiscal especial.
- En tercer lugar, cabe referirse a la tributación de los socios por el canje de valores que los mismos perciben, ya que estos deberán tributar por la diferencia entre el valor normal de mercado de los valores recibidos y el valor contable de los valores entregados. Si bien, esta renta podría considerarse exenta *ex* artículo 21.3 de la LIS, según el

cual «Estará exenta la renta positiva obtenida en la transmisión de la participación en una entidad, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. El mismo régimen se aplicará a la renta obtenida en los supuestos de liquidación de la entidad, separación del socio, fusión, escisión total o parcial, reducción de capital, aportación no dineraria o cesión global de activo y pasivo».

Por su parte, desde el punto de vista contable, destacamos la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 9 de febrero de 2016, por la que se desarrollan las normas de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para la contabilización del impuesto sobre beneficios, donde se indica que «De acuerdo con lo establecido en la NRV 15.^a Provisiones y contingencias del PGC, con carácter general, las obligaciones presentes de naturaleza fiscal, se deriven o no de un acta de inspección, deberán ocasionar en el ejercicio en que surjan, la correspondiente dotación a la provisión por el importe estimado de la deuda tributaria». A lo que añade que en ningún caso resultaría justificable la ausencia de registro de una obligación por la eventualidad de que se produzca o no una comprobación administrativa, ni tampoco calificar la obligación como remota cuando surja una discrepancia como consecuencia de la citada comprobación o inspección, o a raíz de los criterios mantenidos por las Administraciones públicas o por los tribunales de justicia sobre hechos de similar naturaleza a los que se refiere la obligación⁵².

⁵² En concreto, en su artículo 18, intitulado «Provisiones y contingencias derivadas del impuesto sobre beneficios», se especifica que: «1. Con carácter general, las obligaciones presentes de naturaleza fiscal, se deriven o no de un acta de inspección, deberán ocasionar en el ejercicio en que surjan el reconocimiento de una provisión por el importe estimado de la deuda tributaria. 2. La provisión a la que hace referencia el número anterior o, en su caso, si se trata de importes determinados, la deuda con la Hacienda Pública, se registrará con cargo a los conceptos de gasto correspondientes a los distintos componentes que la integran. La citada provisión figurará en la partida 4. "Otras provisiones" del epígrafe I "Provisiones a largo plazo" de la agrupación B) "Pasivo no corriente" del balance o en una partida de la agrupación C) Pasivo corriente, del epígrafe II "Provisiones a corto plazo" si el vencimiento de esta provisión es inferior al año; en su caso, la mencionada deuda, si tiene un vencimiento inferior a un año figurará en la partida 6. "Otras deudas con las Administraciones Públicas" del epígrafe C.V "Acreedores comerciales y otras cuentas a pagar" del pasivo del balance, mientras que si la deuda con la Hacienda Pública tuviese un vencimiento superior a un año, figurará en la partida "Administraciones públicas a largo plazo" que se creará al efecto en el epígrafe B.II "Deudas a largo plazo" del pasivo. 3. El registro de las operaciones que se derivan del apartado anterior, se realizarán teniendo como referencia los modelos de la cuenta de pérdidas y ganancias contenidos en la tercera parte del Plan General de Contabilidad, de acuerdo con lo siguiente: a) La cuota del impuesto sobre sociedades del ejercicio se contabilizará como un gasto en la partida 17 "Impuesto sobre beneficios". A tal efecto se podrá emplear la cuenta 633. "Ajustes negativos en la imposición sobre beneficios" contenida en la cuarta parte del Plan General de Contabilidad. b) Los intereses correspondientes al ejercicio en curso se contabilizarán como un gasto financiero, que figurará en la partida "Gastos financieros" de la cuenta de pérdidas y ganancias.c) Los intereses y las cuotas correspondientes a todos los ejercicios anteriores se contabilizarán mediante un cargo en una cuenta de reservas cuando habiendo procedido el registro de la citada provisión en un ejercicio previo, éste no se hubiese producido. Por el contrario, si el reconocimiento o los ajustes en el importe de la provisión se efectúan por cambio de estimación (consecuencia de la obtención de información adicional, de una mayor experiencia o del conocimiento de nuevos hechos), se cargará a cuentas del subgrupo 63 por el importe que corresponde a la cuota y a cuentas del subgrupo 66 por los intereses de demora, correspondan estos al ejercicio o a ejercicios anteriores. d) La sanción producirá un gasto de naturaleza excepcional, que se contabilizará mediante la cuenta 678. "Gastos

5. ÚLTIMAS CONSIDERACIONES

La introducción dentro del acervo comunitario de la Directiva 90/434/CEE supuso un marcado hito dentro del lento pero imparable proceso de armonización de la imposición directa mediante la supresión de determinadas barreras técnicas y fiscales que imposibilitaban el establecimiento de un auténtico mercado común europeo. El objetivo consistía en la instauración de un régimen fiscal ventajoso que no entorpeciera las operaciones de reestructuración a las cuales podían verse sometidas determinadas empresas como parte necesaria de su proceso de expansión o remodelación. De esta forma, asegurando un coste fiscal cero a este tipo de operaciones se instaba a las entidades europeas a la ejecución de las mismas sin que la variable tributaria pudiera tener ningún tipo de incidencia en su capacidad decisoria.

Un régimen que, en el caso del ordenamiento tributario español, incluso se consideró aconsejable hacerlo expansible al resto de operaciones de reordenación que pudieran acometerse entre entidades nacionales. En este sentido, constituyó un significativo avance la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, al equiparar el régimen fiscal aplicable a todas las operaciones de reestructuración, ya fueran estas de tinte internacional o meramente nacional. Sin embargo, lo que pretendía erigirse como un sistema basado en la neutralidad impositiva, acabó fraguándose como un auténtico *desideratum* ante la indeterminación de algunos de los conceptos que integran su esencia y contenido.

En efecto, desde la necesidad de un solapamiento entre los conceptos mercantiles y los jurídico-tributarios hasta la inserción de una cláusula antiabuso exenta de imperfecciones, son solo algunos de los retos que todavía restan pendientes de una definitiva adecuación legislativa. Especialmente por lo que concierne a los controvertidos motivos económicos válidos, objeto de una dilatada jurisprudencia y doctrina administrativa que no se muestra firme en la interpretación de los mismos. Una peligrosa situación que, en ocasiones, incluso ha desencadenado en una pérdida de rumbo en cuanto a su objetivo principal: la lucha contra las prácticas abusivas y la evasión fiscal. Y, es que, resulta importante recordar que el establecimiento de una cláusula antiabusiva solamente puede configurarse como un método residual y de carácter excepcional, dada la indudable restricción que la misma comporta sobre las libertades fundamentales (véase el apartado 37 de la STJCE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-324/00, *Lankhorst* [NFJ013286]).

excepcionales". 4. Los excesos que se puedan poner de manifiesto en la provisión a que se ha hecho referencia supondrán un cargo en la misma con abono a los conceptos de ingreso que correspondan; en concreto, los excesos que se produzcan en relación con el concepto de gasto por impuesto sobre sociedades, supondrán una reducción en la partida "Impuesto sobre beneficios" de la cuenta de pérdidas y ganancias, para lo que se podrá emplear la cuenta 638. "Ajustes positivos en la imposición sobre beneficios"; por su parte, los excesos que se produzcan en relación con el concepto de intereses correspondientes al ejercicio o a ejercicios anteriores darán lugar a un abono en cuentas del subgrupo 76; por último, los excesos que se puedan poner de manifiesto en relación con el concepto de sanción, figurarán en la partida "Ingresos excepcionales"».

Ante esta encrucijada, donde las entidades se ven abocadas a convivir con una constante vorágine interpretativa, quizás resultara deseable una codificación a nivel legislativo de la doctrina y principios aducidos durante este tiempo en esta materia. De tal modo que solo perviviera un único enfoque común en la aplicación y coordinación de las políticas antiabuso. En este sentido, constituye ya un importante logro la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa dentro de la Unión Europea y en relación con terceros países, en cuyo documento se apuesta por la elaboración de una definición única de los conceptos de prácticas abusivas y montaje puramente artificial, así como una reducción de las posibles discrepancias que pudieran dar lugar a una no imposición involuntaria⁵³. A mayor abundamiento, como apuntan otros sectores, también podría considerarse aconsejable el establecimiento de un sistema de autorización previa por parte de la autoridad administrativa competente como garantía de la aplicación irrevocable del régimen del diferimiento, tal y como prevén algunos sistemas de nuestro entorno⁵⁴.

En definitiva, podemos advertir que el gran reto pendiente consiste en el establecimiento de una red de seguridad jurídica que imposibilite que la indeterminación de los elementos que constituyen la esencia de este sistema fiscal acaben generando un nuevo freno a la ejecución de las operaciones de reestructuración societaria, tan necesarias y saludables en nuestra economía. En esencia, alcanzar un justo equilibrio entre todas las partes enfrentadas, entre lo que constituye la defensa de las libertades comunitarias y la lucha contra el fraude fiscal.

⁵³ COM (2007) 785 final.

⁵⁴ Al respecto, CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Hacia...», *op. cit.*, señala «El TJUE no se ha pronunciado sobre la compatibilidad con el Derecho de la UE de tal modelo, aunque en los casos *Andersen* (C-43/00) y *Foggia* la cuestión prejudicial se planteó en el marco de legislaciones que establecían este modelo».

Bibliografía

- ALONSO ESPINOSA, F. J. y LÁZARO SÁNCHEZ, E. J. [2009]: «Especialidades del procedimiento de escisión», en VV. AA., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi.
- ALONSO LEDESMA, C. [2009]: en la obra colectiva *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo II, Thomson Aranzadi, Pamplona.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. [2009]: «La aportación de rama de actividad tras la regulación de la segregación en la Ley 3/2009 de modificaciones estructurales», *Diario La Ley*, n.º 7.253.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. [2012]: «Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula antibus de la "Directiva de fusiones": ¿Hacia motivos económicos válidos de alto voltaje?», *RCyT. CEF*, n.º 347.
- CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.) [2008]: *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, CISS.
- CHECA GONZÁLEZ, C. [2009]: «Los motivos económicos válidos que permiten la aplicación del régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea», *Quincena Fiscal*, n.º 1.
- CORRAL ANUARBE, P. [1994]: «La interpretación del principio de igualdad tributaria por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Cuadernos de Estudios Empresariales*, n.º 4, Complutense, Madrid.
- FALCÓN Y TELLA, R. [2001]: «El limitado alcance de la exigencia de un motivo económico distinto del ahorro fiscal: la necesidad de una cláusula antiabuso específica (STJ 20 mayo 2010, Zwijnenburg)», *Quincena Fiscal*, n.º 6.
- [2001]: «La nueva redacción de la cláusula anti-abuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS», *Quincena Fiscal*, n.º 4.
- FERNÁNDEZ NAVARRETE, D. [2007]: *Fundamentos Económicos de la Unión Europea*, Thomson, Madrid.
- GARCÍA NOVOA, C. [2004]: «La Directiva 90/434/CEE: "Operaciones de reestructuración empresarial y planificación fiscal de patrimonios"», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 239.
- IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J. [2016]: «Las modificaciones estructurales de las sociedades» en MÉNENDEZ, A. y ROJO, A. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Thomson Reuters, edición 12.ª.
- MAGRANER MORENO, F. J. [2009]: *La coordinación del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea*, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.
- [2010]: «Régimen fiscal del traslado transfronterizo del domicilio social», *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, n.º 234.
 - [2015]: «La concurrencia del controvertido "Motivo económico válido" en las operaciones de reestructuración empresarial: una cuestión de prueba (un apunte al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2014)», *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, n.º 277.
- MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A. [2009]: «Escisión parcial: concepto y requisitos», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo II, Aranzadi, Navarra.
- MARTÍN GARCÍA, J. M. [2008]: «La escisión», en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M. (coord.), *Estudios jurídicos sobre operaciones de reestructuración societaria*, Thomson Aranzadi, Navarra.

MENÉNDEZ GARCÍA, G. [2015]: «El régimen tributario de la cesión global de activo y pasivo» en *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, por ROJO FERNÁNDEZ, A. J.; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A. (coords.), Aranzadi.

NAVARRO EGEA, M. [1998]: «Régimen de fusiones. La eficacia directa de la Directiva 90/434/CEE y su proyección en el régimen tributario interno», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, vol. III, Parte Estudio.

– [1999]: «La fusión de sociedades en la Unión Europea a resultas de la Directiva 90/434/CEE», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 101.

PALAO TABOADA, C. [2002]: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *RCyT. CEF*, n.º 235.

– [2007]: «La modificación de la Directiva de fusiones» en *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson.

PRADA LARREA, J. L. [2009]: «Consecuencias fiscales en el Impuesto sobre Sociedades de la nueva Ley de Modificaciones Estructurales», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 86.

SÁNCHEZ MANZANO, J. D. [2011]: «Problemática de calificación negocial en torno a las operaciones de reestructuración consumadas por entidades distintas de sociedades mercantiles en el marco del régimen fiscal de la reestructuración empresarial», *Quincena Fiscal*, n.º 8.

– [2015]: «La regla de proporcionalidad como rasgo caracterizador de la escisión desde la óptica fiscal. Los filtros insertados por los criterios administrativos para aceptar las tutela de las escisiones subjetivas dentro del régimen fiscal de la reestructuración empresarial», *Quincena Fiscal*, n.º 4.

SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A. [2010]: «A vueltas con los problemas de la prueba en Derecho Tributario», *RCyT. CEF*, n.º 325.

– [2015]: «La reforma parcial de la Ley General Tributaria operada por la Ley 34/2015», *RCyT. CEF*, n.º 391.

SANZ GADEA, E. [2001]: «Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000», *RCyT. CEF*, n.º 215.

SPEAR, H. M.: «Corporate Business Purpose in Reorganizations», *Tax Law Review*, vol. 3, 19.

sencilla razón, que era la necesidad de establecer un marco fiscal más ventajoso que permitiera la creación de grandes empresas europeas capaces de competir con multinacionales de otros continentes (fundamentalmente Estados Unidos y Japón⁹). Una labor de unificación que, aunque tardó veintinueve años en fraguarse¹⁰, finalmente se acometió mediante la publicación en 1990 de la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros¹¹ (de ahora en adelante, la «Directiva» o «Directiva de fusiones»).

Un gran hito dentro del lento pero irrefrenable proceso de armonización fiscal que aspiraba a introducir como principios rectores del régimen tributario aplicable a las operaciones de reestructuración empresarial, los de neutralidad fiscal y ausencia de intervención administrativa. Así pues, respecto al primero de ellos, el objetivo consistía en eliminar el coste fiscal asociado a la ejecución de este tipo de operaciones tanto para las empresas involucradas como para sus propios socios. La neutralidad era posible mediante el mecanismo del diferimiento de las plusvalías resultantes de la transmisión de los elementos patrimoniales como consecuencia de las operaciones de reordenación. De tal modo que estas rentas obtenidas se diferían o trasladaban a las sociedades adquirentes de la totalidad o parte del patrimonio, siendo incluso las mismas efectivas cuando estas se materializaran por la cesión de tales elementos en un momento posterior. Además, se instaba a los Estados miembros a que no se supeditara la aplicación de este régimen fiscal a una previa autorización administrativa, todo ello en aras de favorecer y facilitar la realización de esta clase de operaciones transfronterizas.

Ahora bien, la mencionada Directiva pronto sería objeto de una necesaria actualización ante la presencia de ciertas deficiencias y lagunas legislativas. En este marco, se presentó en 1993 una propuesta de modificación cuyo alcance consistía en extender, por una parte, el ámbito subjetivo de

⁹ De manera expresa indica en su página 18 el Libro Blanco: «Until such barriers are removed, Community manufacturers are forced to focus on national rather than continental markets and are unable to benefit from the economies of scale which a truly unified internal market offers. Failure to achieve a genuine industrial common market becomes increasingly serious since the research, development and commercialisation costs of the new technologies, in order to have a realistic prospect of being internationally competitive, require the background of a home market of continental proportions».

¹⁰ *Vid.* Propuesta de Directiva del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones y aportaciones de activos entre sociedades de Estados miembros distintos (DOCE C 39, de 22 de marzo 1969).

¹¹ GARCIA NOVOA, C.: «La Directiva 90/434/CEE: "Operaciones de reestructuración empresarial y planificación fiscal de patrimonios"», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 239, 2004: «El origen remoto de la Directiva del Consejo 90/434/CEE, de 23 de julio, [...] hay que situarlo en el Programa de armonización fiscal presentado por la Comisión al Consejo el 8 de febrero de 1967. Este documento proponía, entre otras medidas, una serie de ellas concernientes a la reestructuración y concentración de empresas, señalando la necesidad de establecer un régimen favorable a las fusiones y a las aportaciones realizadas entre sociedades de diferentes Estados miembros. Por su parte, el Programa de armonización de los impuestos directos presentado como comunicación de la Comisión al Consejo el 26 de junio de 1967, hizo especial hincapié en los instrumentos necesarios para el desarrollo de las empresas comunitarias. Se indicaba con especial insistencia la necesidad de supresión de los obstáculos fiscales a las operaciones de concentración que permitan a las empresas adaptarse a las dimensiones del mercado común y conseguir que estas sean competitivas en el plano mundial».

aplicación de la Directiva, que estaba limitado al conjunto de formas societarias recogidas en la lista cerrada de su anexo y, por otra parte, resolver cierto problema técnico de coordinación con la Directiva matriz-filial¹². Sin embargo, ninguna de estas propuestas vería la luz hasta la aprobación de la Directiva 2005/19/CE, la cual además introdujo como otras novedades destacadas la ampliación del régimen a las escisiones parciales, la adecuación del mismo a las recién creadas Sociedades Anónimas Europeas (SE) y Sociedades Cooperativas Europeas (SCE)¹³ y la resolución de determinados problemas vinculados a las entidades transparentes o las transformaciones de sucursales en filiales¹⁴.

Un proceso de depuración de la primigenia Directiva que concluiría con la publicación de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre, cuya finalidad era la de ofrecer una mayor racionalidad y claridad a este régimen fiscal a través de su codificación en un único texto legal. Una evolución normativa que, a su vez, nos permite acotar el contenido del presente trabajo en el análisis de dos de sus aspectos estructurales, tales y como son, por un lado, el aludido principio de neutralidad, en virtud del cual se consigue abolir cualesquiera desventaja tributaria asociada a una reestructuración económica y, por otro, la restricción de la aplicación de este beneficio fiscal en los supuestos en los cuales no existiera un *motivo económico válido*. Para dicho objetivo, repasaremos el conjunto de sentencias procedentes tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como del Tribunal Supremo (TS) que han conseguido moldear la gama de requisitos necesarios para la aplicación de este régimen, haciendo especial hincapié en el estudio de la mencionada cláusula antiabuso, mediante la cual se ha pretendido alcanzar un justo equilibrio entre la defensa de las libertades comunitarias y la lucha contra el fraude fiscal.

2. LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EN LA LEY 27/2014, DE 27 DE NOVIEMBRE, DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

A través de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, el legislador español introdujo en nuestro ordenamiento tributario las disposiciones relativas a la Directiva 90/434/CEE y derogó asimismo la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre régimen fiscal de las fusiones de empresas. A la sazón esto implicó una expansión de este régimen fiscal en nuestro sistema impositivo en un triple nivel: espacial, objetivo y subjetivo¹⁵. Desde el punto de vista espacial, debido

¹² Vid. en este sentido, el documento COM/93/293 final.

¹³ Recordemos que en 2001 el Consejo aprobó el Reglamento (CE) n.º 2157/2001, del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) y posteriormente en 2003 el Reglamento (CE) n.º 1435/2003, del Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE).

¹⁴ Para un estudio pormenorizado del conjunto de estas modificaciones puede verse PALAO TABOADA, C.: «La modificación de la Directiva de fusiones» en *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, 2007, págs. 831 y ss.

¹⁵ Vid. NAVARRO EGEA, M.: «La fusión de sociedades en la Unión Europea a resultas de la Directiva 90/434/CEE», *Revista Española de Derecho Financiero*, 1999, n.º 101, págs. 95 y ss.

al hecho de que la normativa española no se limitaba a acomodar este régimen a las operaciones efectuadas en la Unión Europea, sino que muy por el contrario, el mismo también lo ampliaba al resto de operaciones de ámbito nacional. En segundo lugar, en cuanto a su aspecto objetivo, la ley estatal igualmente permitía su uso a diferentes operaciones de reestructuración empresarial, más allá de las clásicas definidas como fusiones, escisiones, aportaciones de activos o canje de acciones, siempre y cuando las mismas produjeran efectos equivalentes. Y desde el punto de vista subjetivo, por la flexibilidad marcada a la hora de configurar los requisitos exigibles a los sujetos pasivos que quisieran acogerse a este sistema neutral.

En la actualidad, no obstante, este régimen fiscal aparece recogido en el título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades (LIS). Al respecto, podemos observar importantes modificaciones en referencia con el texto original, si bien, no por ello, se han perdido a lo largo de estos años los principios y objetivos que constituyen su basamento jurídico y que podemos resumir a través de estos tres caracteres: *en primer lugar*, que la entidad cedente de todo o parte de su patrimonio no integrará en la base imponible del impuesto sobre sociedades las rentas resultantes de la concreta operación efectuada; *en segundo lugar*, que a efectos fiscales, la entidad adquirente valorará los bienes adquiridos a través de la cesión de acuerdo con los mismos valores que estos tenían en la otra entidad, manteniéndose, asimismo, su fecha originaria de adquisición y, *en tercer lugar*, que tampoco se integrarán en la base imponible de los socios de las entidades transmitentes las rentas resultantes del canje de valores, por la diferencia entre el valor normal de mercado de los valores recibidos y el valor contable de los valores entregados¹⁶.

Ahora bien, la aplicación de este conglomerado de beneficios fiscales se encuentra supeditado a la concurrencia de una horda de requisitos que podemos clasificar según estos sean de carácter *objetivo*, en función del tipo de operación desarrollada; *subjetivo*, en virtud del tipo de entidad beneficiada o *formal*, relativo a la renuncia o automatismo de la aplicación del régimen. Reservando, para un último apartado, el análisis de la rigurosa exigencia de la presencia de un *motivo económico válido* como fundamento finalista o teleológico de la concreta operación de reestructuración.

2.1. REQUISITOS DE CARÁCTER OBJETIVO

Como primera condición, resulta menester establecer el conjunto de operaciones que pueden acogerse a este régimen fiscal. En este sentido, de la lectura de los artículos 76 y 77 de la LIS podemos extraer que estas serán las siguientes: las fusiones; las escisiones; las aportaciones no

¹⁶ Además, de acuerdo con la disposición adicional segunda de la LIS «No se devengará el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana con ocasión de las transmisiones de terrenos de naturaleza urbana derivadas de operaciones a las que resulte aplicable el régimen especial regulado en Capítulo VII del Título VII de esta Ley, a excepción de las relativas a terrenos que se aporten al amparo de lo previsto en el artículo 87 de esta Ley cuando no se hallen integrados en una rama de actividad. En la posterior transmisión de los mencionados terrenos se entenderá que el número de años a lo largo de los cuales se ha puesto de manifiesto el incremento de valor no se ha interrumpido por causa de la transmisión derivada de las operaciones previstas en el Capítulo VII del Título VII».

dinerarias de rama de actividad; el canje de valores; las operaciones en las que intervengan sujetos pasivos que no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil, siempre que produzcan resultados equivalentes a los derivados de las operaciones anteriores; y las operaciones de cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea.

Al respecto, interesa efectuar un par de matizaciones, en primer lugar, que desde el punto de vista mercantil, las anteriores operaciones de reestructuración se encuentran expresamente definidas –a excepción del canje de valores y la aportación no dineraria de rama– en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME). El matiz es sumamente relevante pues cualquier descoordinación entre la norma fiscal y la mercantil podría suponer la inmediata denegación de la aplicación de este régimen. Ahora bien, en virtud del principio de unicidad, la Dirección General de Tributos (DGT) ha aceptado de manera reiterada la comunicación de conceptos desde la ley mercantil –como ley de origen– a la normativa tributaria –como ley de destino–, de tal modo que cualquier operación que por cumplir mercantilmente los condicionantes necesarios para su calificación como una operación de reordenación, mantendría igualmente dicha denominación a efectos tributarios¹⁷. Una identidad conceptual que solamente se fracturaría mediante el establecimiento de ciertos requisitos tributarios complementarios que, de ningún modo, pudieran distorsionar la esencia de dichos conceptos. Pero es más, pues de acuerdo con el párrafo 45 de la Sentencia del TJCE de 17 de julio de 1997 (asunto C-28/95, *Leur-Bloem* [NFJ005725]) «el único supuesto en que los Estados miembros pueden denegar la aplicación de la Directiva, según su artículo 11 y según su último considerando, es cuando la operación contemplada tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal», de lo que se infiere que los ordenamientos tributarios no deberán interpretar de una manera restrictiva las definiciones sobre modificaciones estructurales que incluye la Directiva de fusiones y denegar, en virtud de ello, la aplicación del régimen, pues este debe regir en todas las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de acciones, abstracción hecha de sus motivos, ya sean estos financieros, económicos o puramente fiscales.

Por último, tal y como hemos precisado anteriormente, nuestra normativa interna no limita la aplicación de estos beneficios fiscales a las operaciones de ámbito europeo, sino que igualmente lo extiende a las operaciones nacionales¹⁸. En este sentido, resulta esencial reproducir el

¹⁷ Vid. en este sentido, la Consulta DGT 819/1998, de 14 de mayo (NFC064880), donde se estableció que «La legislación fiscal no establece un concepto de fusión diferente del reflejado en la legislación mercantil, según resulta del artículo 233 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (BOE de 27 de diciembre de 1989), por remisión del artículo 28 de la Ley de 17 de julio de 1953 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE de 18 de julio de 1953). Por el contrario, el Impuesto sobre Sociedades lo único que regula son las consecuencias fiscales derivadas de un negocio jurídico propio del Derecho mercantil, de tal manera que a efectos impositivos son determinantes las fechas y condiciones en que se produce el acuerdo de fusión». Una interpretación que ha mantenido hasta la doctrina administrativa más reciente.

¹⁸ En concreto, la exposición de motivos de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, establecía que «si bien la norma comunitaria únicamente versa sobre aquellas operaciones que se realicen entre entidades residentes en diferentes Estados

apartado 32 de la Sentencia *Leur-Bloem* en virtud del cual «cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho comunitario con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones de nacionales propios o, como sucede en el procedimiento principal, de eventuales distorsiones de competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse». De lo que se infiere una concisa consecuencia, esto es, que ante cualquier tipo de controversia surgida de la interpretación de la normativa nacional, los órganos jurisdiccionales españoles estarán constreñidos a elevar una cuestión prejudicial al TJUE, al ser el modelo comunitario la base y fundamento en el cual se sustenta el régimen fiscal nacional¹⁹.

Efectuadas estas deferencias, resulta ahora oportuno un análisis individual de cada una de las operaciones de reestructuración que, de acuerdo con la normativa mercantil y fiscal, pueden acogerse al régimen especial del capítulo VII de la LIS.

2.1.1. Fusiones

De acuerdo con el artículo 22 de la LME: «En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan». Siendo que, a continuación, el artículo 23 de la LME permite distinguir entre la fusión mediante creación y la fusión mediante absorción. Así pues, mientras que en la primera modalidad dos o más sociedades se extinguen después de transmitir sus patrimonios e incorporarse sus socios a una nueva sociedad; en la segunda modalidad una o más sociedades se extinguen pasando a transmitirse sus patrimonios a una sociedad preexistente, a la que, asimismo, se incorporan los socios de las extintas. Estas son pues en definitiva las fusiones con carácter general.

Sin embargo, debemos advertir que la LME también recoge otras modalidades de fusiones a las cuales se les ha adjetivado como especiales y que son las siguientes: la absorción de una sociedad íntegramente participada (art. 49); la absorción de una sociedad participada al 90 % o más

miembros de la Comunidad Económica Europea, los principios tributarios sobre los que está construida son igualmente válidos para regular las operaciones entre entidades residentes en territorio español. Por este motivo, se establece un régimen tributario único para unas y otras».

¹⁹ Una deducción que, no obstante, no es compartida por NAVARRO EGEA, M.: «Régimen de fusiones. La eficacia directa de la Directiva 90/434/CEE y su proyección en el régimen tributario interno», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, vol. III, Parte Estudio, 1998, al reseñar que «Tal conclusión no puede ser asumida sin más discusión, al contrario, en ella se deduce una pugna entre intereses diversos: frente a argumentos como el principio de no discriminación o la interpretación uniforme del Derecho comunitario aparecen otros como la limitación de la soberanía de los Estados miembros o la posible institucionalización de una vía de creación de Derecho comunitario no contemplada en los Tratados».

(art. 50) y supuestos asimilados a la absorción de sociedades íntegramente participadas (art. 52). Regulando a partir de su artículo 54 las fusiones transfronterizas a las cuales define como «las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española».

Por su parte, la LIS también ha introducido a través de su artículo 76 un concepto fiscal de fusión que viene a coincidir en su integridad con el previsto en el artículo 2 de la Directiva de fusiones, distinguiendo así entre: a) *la fusión por absorción*, que define como aquella que se produce cuando una o varias entidades transmiten en bloque a otra entidad ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, sus respectivos patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la otra entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad; b) *la fusión por creación de una nueva entidad*, definida como aquella que se genera cuando dos o más entidades transmiten en bloque a otra nueva, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de sus patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la nueva entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad; y c) la denominada como *fusión impropia*, en la que una entidad transmite, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social.

Ya hemos advertido anteriormente que en la actualidad la DGT mantiene la doctrina de que si una operación es calificada desde el punto de vista mercantil como una auténtica fusión, la misma mantendrá idéntica calificación a efectos tributarios. En este sentido, podemos encontrarnos ante un doble escenario, esto es, ante operaciones en las cuales la propia Administración duda acerca de su engranaje dentro del concepto mercantil de fusión y ante operaciones que, aunque mercantilmente declaradas como tal, no obstante, no pueden acceder al régimen fiscal por la carencia de otros requisitos tributarios complementarios. Dentro del primer escenario, podemos situar a las denominadas fusiones inversas o gemelares. En tanto que, en el segundo escenario, la literalidad de la LIS impone como requisito adicional para la aplicación de su régimen la existencia de un motivo económico válido; de ahí que sea posible que existan fusiones mercantilmente consideradas pero no beneficiadas desde el prisma fiscal, si no se respetara dicha condición.

Así pues, resulta evidente que la casuística fáctica que se puede producir en esta materia es sumamente variada y extensa. Por ello mismo, solo vamos a centrarnos en cuatro supuestos especiales que han generado cierta polémica. En primer lugar, por lo que respecta a las *fusiones inversas*, definidas como aquellas en las cuales la entidad absorbida es titular, directa o indirectamente, del 100% del capital de la sociedad absorbente –por ejemplo cuando una filial absor-

be a su entidad matriz–, el problema radicaba en la posibilidad de alcanzar un idéntico resultado práctico por medio de una disolución y liquidación de la entidad dominante, lo que generó a la postre ciertas sospechas en el seno de la Administración acerca de la idoneidad de denominar como fusión a esta concreta operación. La incógnita, sin embargo, fue rápidamente despejada de una manera explícita por el artículo 250 del hoy derogado texto refundido de la Ley de sociedades anónimas (TRLSA), al incluirse esta figura como un supuesto de fusión simplificada. Razón por la cual, a partir de ese momento y sin un impedimento mercantil al respecto, la DGT empezó a admitir la aplicación de su régimen especial a las fusiones inversas (véase la más reciente Consulta V2778/2015, de 25 de septiembre [NFC056377]).

En cambio, mayores problemas interpretativos generó la denominada *fusión gemelar o entre hermanas*, que es la que se produce entre dos entidades participadas, directa o indirectamente, al 100% por un *mismo socio*. El dilema radicaba en el hecho de que el derogado artículo 250 del TRLSA no hacía referencia al término «mismo socio», sino a una «tercera» –presumiblemente entidad–, lo cual fue interpretado por la Administración como que, en los supuestos en los cuales la participación común, tanto de la entidad absorbente como de la absorbida, fuera ostentada por una persona física, no se cumplirían los requisitos mercantiles necesarios para definir a la operación como fusión²⁰ (véase Consulta V2413/2006, de 29 de noviembre [NFC024143]). Sin embargo, la entrada en vigor de la LME alteró la dicción literal del precepto, insertando en su articulado el término «mismo socio», motivo por el cual la DGT perdió su argumento para denegar la concesión del régimen fiscal. Sin embargo, a raíz de una serie de consultas como la V1357/2009, de 9 de junio [NFC033663], empezó nuevamente a restringirlo en los supuestos de fusiones gemelares en las cuales no se produjera una ampliación de capital en sede de la entidad absorbente. Y ello porque de acuerdo con la normativa mercantil se exigía que en todos los supuestos de fusión, a excepción de la impropia, se atribuyera a los socios títulos representativos del capital. De esta forma, la ampliación de capital se erigía como una condición *sine qua non* para poder calificar una determinada operación como fusión. Un criterio que finalmente también sería abandonado por la Administración tributaria al considerar la inexistencia de variación patrimonial en sede del socio, pues este seguiría participando en el mismo patrimonio antes y después de la operación de reordenación, con la particularidad de que el valor de la participación en la absorbida se incrementaría en el valor de la participación tenida en la sociedad absorbente con posterioridad a la fusión (véase entre las más recientes la Consulta V0497/2014, de 25 de febrero²¹ [NFC050486]).

²⁰ De acuerdo con PRADA LARREA, J. L.: «Consecuencias fiscales en el Impuesto sobre Sociedades de la nueva Ley de Modificaciones Estructurales», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 86, 2009: «Lo que subyacía en el planteamiento de la DGT [...] era que en los casos de participación común por persona física, las fusiones generales podían convertirse en un mecanismo de envejecimiento de la cartera de las personas físicas, quienes podían remansar plusvalías latentes en las participaciones más antiguas, amortizando los títulos de más reciente titularidad».

²¹ Donde se establece expresamente que «Por otra parte, la aplicación del régimen fiscal especial exige que los socios de la sociedad que se extingue como consecuencia de la fusión pasen a ser socios de la sociedad absorbente. Así se desprende del artículo 83.1 a) del TRLIS, al establecer la necesidad de atribuir a los socios de la sociedad absorbida valores representativos del capital de la sociedad absorbente. No obstante, en este caso particular en donde la socie-

En tercer lugar, nos referiremos a la denominada como *fusión apalancada*, regulada por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 35 de la LME y que consiste básicamente en el endeudamiento de una entidad para la adquisición o control de otra, siendo que con posterioridad y en un plazo no superior a tres años, la sociedad endeudada absorbe a la adquirida (fusión impropia) –o viceversa (fusión inversa)–, con el resultado inmediato de que la deuda generada acaba siendo garantizada con el patrimonio de la nueva entidad resultante como consecuencia de la fusión²². Y si bien este tipo de fusiones han recibido especial recelo por suponer una excepción a la prohibición general de asistencia financiera, desde el punto de vista fiscal, sus mayores inconvenientes han venido asociados por la posible ausencia de un motivo económico válido. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2007 (rec. núm. 313/2004 [NFJ025984]), en un supuesto de fusión subsiguiente a una compra apalancada donde la absorbente era una entidad *holding*, declaró que «no habiendo acreditado la actora que la operación de fusión realizada responda a un auténtico interés económico, la única conclusión que se alcanza es que se trató de una complicada operación articulada con la única finalidad de obtener un beneficio fiscal, como es que los beneficios obtenidos por MISA desde el año 1998 se reduzcan en el importe del préstamo y en el de la amortización del fondo de comercio generado y no tributen íntegramente». El argumento se sustentaba en el hecho de que no se había producido una mejora de las actividades de las entidades participantes en la operación pues, por un lado, la entidad absorbente antes de la fusión no realizaba ninguna actividad económica más allá de la mera tenencia de acciones y participaciones y, además, con posterioridad a la reestructuración empresarial, la entidad absorbente seguía ejerciendo la misma actividad. Concluyendo, además la sentencia, con una afirmación un tanto controvertida al indicar que «no es admisible que una sociedad pague el coste de adquisición de, precisamente, esa sociedad por un tercero, y no sea este, el adquirente, el que cargue con los gastos de su adquisición», pues precisamente ello es lo que habilitaba el artículo 35 de la LME.

dad absorbida y absorbente están íntegramente participadas por el mismo socio de forma directa, no parece absolutamente necesario que se produzca tal atribución de títulos. En efecto, aun cuando no se produzca esa atribución de valores de la sociedad absorbente, al existir un único socio en las entidades que participan en la operación, la situación patrimonial de este no varía sustancialmente ya que sigue participando en el mismo patrimonio antes y después de la operación de fusión, con la particularidad de que el valor de la participación en la absorbida incrementa el valor de la participación tenida en la sociedad absorbente con posterioridad a la fusión, cumpliéndose así la neutralidad requerida en el capítulo VIII del título VII del TRLIS para la aplicación del régimen fiscal especial.

²² Destacamos en esta materia la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de enero de 2013 (rec. núm. 23/2010 [NFJ050424]) donde relaciona el conjunto de ventajas asociadas a este tipo de operaciones, indicando que «Las ventajas que presenta la fusión apalancada frente a la adquisición ordinaria de la "sociedad objetivo" son múltiples: (a) el apalancamiento permite con una inversión reducida tomar el control de una empresa de gran dimensión; (b) la compañía capital riesgo o *private equity* incrementa muy notablemente los beneficios que obtiene del capital invertido; (c) las entidades financiadoras de la compra apalancada consiguen garantizar el cobro de la deuda con los activos de la empresa comprada; (d) la confusión de patrimonios permite que el pago de la deuda se haga por la propia compañía adquirida, evitándose a la adquirente, que no carga con el coste fiscal de los repartos de dividendos por la primera que hubiere necesitado la segunda para hacer frente a la deuda contraída por la operación, y, en fin, (e) la compañía comprada asume el coste financiero, pero rebaja significativamente su carga fiscal, al deducir como gasto los intereses satisfechos por los préstamos y la amortización del fondo de comercio que con la fusión se pone de manifiesto».

Sin embargo, con posterioridad, pronunciamientos del TS como los vertidos en sus Sentencias de 12 de noviembre de 2012 (rec. núm. 4299/2010 [NFJ049297]) y 25 de abril de 2013 (rec. núm. 5431/2010) parecen haber suavizado la rigurosidad del pronunciamiento anterior al establecer que «no puede negarse que las fusiones apalancadas pueden perseguir objetivos diversos, no solamente fiscales, como, por ejemplo, facilitar la reorganización empresarial; mejorar la gestión del capital empresarial, evitando la sobrecapitalización, o armonizar los intereses de la propiedad y de la gestión. Deben examinarse pues, caso por caso, cuáles son los objetivos desiguos perseguidos por la operación para determinar si los fiscales son los preponderantes, puesto que solo si se llega a esa convicción podrá concluirse que la fusión apalancada no se realizó por motivos económicos válidos». De esta forma, el TS deja abierta la vía de que las operaciones de fusión apalancadas puedan responder a motivos económicos válidos que permitan, a su vez, la aplicación del régimen de diferimiento, siempre y cuando estos no consistan en una mera simplificación administrativa o el ahorro de los costes, pues ambas son consecuencias inherentes a todo tipo de fusión por absorción (*vid.* STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia* [NFJ044771]).

Finalmente, por lo que concierne a la *cesión global de activos y pasivos*, se ha discutido igualmente acerca de su idoneidad para acogerse al régimen fiscal de diferimiento. Una vacilación que ha sido resuelta de manera negativa por la DGT al considerar que la definición del artículo 81 de la LME, en virtud de la cual «Una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. La sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios [...]», no se correspondería con ninguna de las operaciones reguladas en la LIS, especialmente por el hecho de que la cesión global de activos y pasivos exige mercantilmente la liquidación de la sociedad extinguida. Por lo que en tales circunstancias deberá tributarse siempre por el régimen general²³ (*vid.* entre la más recientes la Consulta V2443/2013, de 22 de julio [NFC048729]).

²³ Al respecto, MENÉNDEZ GARCÍA, G.: «El régimen tributario de la cesión global de activo y pasivo» en *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, ROJO FERNÁNDEZ, A. J.; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A. (coords.), 2015, Aranzadi, pág. 1.114, «En particular, queda claro hoy que la transmisión a que se refiere el artículo 76.1 c) de la LIS (transmisión por una entidad, "como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación", del "conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social") no puede realizarse a través de la cesión global de activo y pasivo. En efecto, en la operación a que se refiere ese precepto no media la contraprestación característica de la cesión global y, de acuerdo con el artículo 53 de la LMESM, la transmisión en bloque de la totalidad del patrimonio al socio único en pago de su cuota de liquidación, cuando este socio tenga forma societaria, "constituye una fusión". Solo en casos de laboratorio podría entenderse que la cesión global cumple los requisitos de las definiciones de los artículos 76 u 87 de la LIS. Así, la cesión podría subsumirse en el supuesto de hecho de los apartados 3 (aportación de rama de actividad) o 5 (canje de valores) del artículo 76 de la LIS si el patrimonio transmitido consistiera en acciones o participaciones propias, y la sociedad cedente recibiera como contraprestación una rama de actividad de la cesionaria o bien una participación en el capital social de otra entidad que le permita obtener la

2.1.2. Escisiones

Según el artículo 68 de la LME existen tres clases o modalidades de escisión: la total, la parcial y la segregación. A la definición detallada de cada una de ellas se dedican los artículos siguientes, si bien con anterioridad a su lectura, debemos precisar que el nexo común que radica entre todas ellas consiste en el tipo de contraprestación que percibe una entidad o sus socios como consecuencia de la transmisión en bloque de todo o parte de su patrimonio y que debe consistir necesariamente en acciones o participaciones en el capital de la entidad beneficiaria –distinguiéndose así empero de la cesión global de activo y pasivo, en la cual la contraprestación por dicha transmisión debe consistir en cosa distinta a acciones o participaciones de las cesionarias²⁴–. De esta forma, indica el artículo 69 de la LME que «Se entiende por escisión total la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente...»; en tanto que el artículo 70 de la LME define a la escisión parcial como «el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes...»; finalmente, por lo que respecta a la segregación o escisión financiera, el artículo 71 de la LME lo configura como «el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias». De lo que podemos apreciar que la diferencia radical entre las modalidades de escisión –total o parcial– y la segregación, consiste en que en esta última operación, no son los socios de dicha sociedad los que reciben las acciones o participaciones de la beneficiaria, sino la propia entidad escindida, de tal forma que en los estados contables de esta se producirá un llamativo cambio cualitativo, que no cuantitativo, en el sentido de que el patrimonio segregado será modificado por las nuevas acciones, participaciones o cuotas recibidas.

Por su parte, el artículo 76.2 de la LIS es el encargado de establecer desde el punto de vista fiscal el entramado de escisiones a las cuales se les puede aplicar el régimen de diferimiento. A grandes rasgos, podemos indicar que no existen notables diferencias conceptuales entre unos y otros, si bien, la normativa fiscal impone una serie de requisitos adicionales que generan el siguiente orden de discrepancias respecto a la normativa mercantil:

mayoría de los derechos de voto (o esta participación y una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal de las acciones o participaciones). Del mismo modo, la cesión global podría incardinarse en el supuesto de hecho del artículo 87.1 de la LIS si el patrimonio transmitido consistiera en acciones o participaciones propias que representen, al menos, un 5% de los fondos propios de la entidad cedente y esta recibiera como contraprestación elementos no dinerarios (que no podrán consistir –recuérdese– en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario)».

²⁴ Vid. IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «Las modificaciones estructurales de las sociedades» en MÉNENDEZ, A. y ROJO, A. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 2016, Thomson Reuters, 12.ª edición, págs. 589 y ss.

- En primer término, la LIS exige que en los supuestos de escisiones parciales, tanto la parte del patrimonio que se transmite a la nueva entidad como aquella porción del mismo que se mantiene por la sociedad escindida constituyan «ramas de actividad». El cariz es sumamente decisivo pues recordemos que la norma mercantil meramente requiere que estas escisiones del patrimonio constituyan «unidades económicas» y, evidentemente, ambos términos no son homogéneos²⁵. Así pues, es el artículo 76.4 de la LIS el que nos define el primero de ellos al establecer que «Se entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios. Podrán ser atribuidas a la entidad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasa», no existiendo *a contrario sensu* dentro de nuestro ordenamiento jurídico una definición concreta de qué debe entenderse por unidad económica autónoma.

Así pues, ha sido el TS quien a través de su Sentencia de 29 de octubre de 2009 (rec. núm. 7162/2004 [NFJ038178]) ha delimitado la gama de requisitos necesarios que debe reunir un bloque patrimonial para ser considerado como rama de actividad y son los siguientes: «a) ha de tratarse de un conjunto de bienes y, en ocasiones, también de personas; b) el conjunto de elementos patrimoniales ha de ser de activo y pasivo; c) ha de tratarse de una rama de actividad de la propia sociedad aportante; d) los bienes

²⁵ Por su parte, la reciente Sentencia del TS de 20 de julio de 2014 (rec. núm. 5175/2011 [NFJ056238]) también ha declarado la falta de homogeneidad entre el concepto de rama de actividad en el impuesto sobre sociedades con el previsto para el impuesto sobre el valor añadido (IVA). En palabras de este tribunal: «Es indudable que tanto el supuesto de no sujeción en el IVA como el régimen especial del impuesto sobre sociedades buscan facilitar las transmisiones de empresas o de partes de empresas, como efecto derivado y querido del principio de neutralidad fiscal, pero no lo es menos que las características propias y específicas de estos dos impuestos aconsejan diferencias entre ambos. De ahí que el régimen especial de neutralidad del impuesto sobre sociedades demande la concurrencia de motivos económicos válidos en la operación de reestructuración empresarial, cláusula antiabuso que está ausente, por ser innecesaria, en el supuesto de no sujeción del IVA. Por consiguiente, es perfectamente posible que se aplique el supuesto de no sujeción en el IVA, y que no proceda, sin embargo, la aplicación del régimen de neutralidad fiscal en el impuesto sobre sociedades [...]. La transmisión de ramas de actividad exige, en el impuesto sobre sociedades, que el conjunto de elementos patrimoniales transmitidos constituya una unidad económica autónoma o al menos que incipientemente exista en el seno de la entidad una diferenciación organizativa empresarial capaz de funcionar por sus propios medios. Lo que, en cualquier caso, debe quedar claro es que no cabe extrapolar una interpretación relativa a un precepto de la Ley del IVA a la regulación del impuesto sobre sociedades. Y ello aunque solo sea por la autonomía con que se interpretan los preceptos y se califican los hechos en el IVA. Las calificaciones respecto al IVA son autónomas; no cabe interpretar los términos contenidos en la legislación sobre el IVA atendiendo al significado de los mismos ni en las demás leyes tributarias ni en el ordenamiento común (así lo ha dicho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el concepto de entrega de bienes, que no resultaría equiparable al concepto civil de *traditio* en la sentencia *Shipping Forwarding Enterprise* de 4 de febrero de 2000). Esta regla es incompatible con una extensión analógica de las interpretaciones de los preceptos del IVA a otros tributos. Pero, además, desde una perspectiva exegética finalística es evidente que la norma de la Ley del IVA y la de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en las que se incluye el concepto de rama de actividad, responden a fines diferentes».

han de formar una unidad económica coherente, autónoma e independiente de otras; e) ese conjunto de bienes ha de ser capaz de funcionar por sus propios medios; f) la rama de actividad ha de existir cuando se realiza la aportación; no basta que se trate, meramente, de una suma de elementos patrimoniales que potencialmente puedan llegar, en un futuro, a constituir una unidad económica autónoma; g) La sociedad que recibe los bienes debe desarrollar una actividad empresarial en la explotación de los elementos recibidos en la aportación».

A fortiori, las posteriores SSTs de 22 de diciembre de 2014 (rec. núm. 812/2013 [NFJ056908]) y 23 de abril de 2015 (rec. núm. 3946/2012 [NFJ058339]) han venido igualmente a reclamar que para la aplicación de este régimen resultará imprescindible que el patrimonio cedido que constituye una rama de actividad fuera ya *preexistente* en la sociedad que se escinde y no se formara solamente en sede de la beneficiaria de la escisión y como consecuencia de esta operación. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia del TS no sería pues suficiente con que el bloque patrimonial escindido constituyera una unidad económica coherente, autónoma e independiente, sino que además se exigiría su calificación como rama de actividad al momento de realizarse la aportación. La consecuencia de esta interpretación implicaría pues que solo podrían acogerse a este sistema de neutralidad fiscal las entidades transmitentes que ejecutaran varias actividades separadas y diferenciadas, o lo que es lo mismo, tendrían vetado el poderse acoger a este beneficio fiscal aquellas empresas que solo realizaran una única actividad. Un pronunciamiento que, no obstante, no es unánime entre todos los magistrados que conforman la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, tal y como lo acreditan sendos votos particulares efectuados a la sentencia, y entre los que se resalta la necesidad del planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE²⁶, al suponer esta interpretación una aplicación más restrictiva del régimen de la Directiva, todo ello conforme a lo indicado el párrafo 32 de la STJCE de 17 de julio de 1997²⁷ (asunto C-28/95, *Leur-Bloem* [NFJ005725]).

²⁶ Cuestión prejudicial que incluso puede ser planteada por los propios TEAR y TEAC, aunque como señala al respecto, SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A.: «La reforma parcial de la Ley General Tributaria operada por la Ley 34/2015», *RCyT*. CEF, n.º 391, 2015: «La novedad, contenida en el nuevo apartado 3 del artículo 237 de la LGT, era innecesaria e inconveniente como bien acertó a señalar el Consejo de Estado. La única experiencia previa que se recuerda en nuestro país (asunto Gabalfrisa) acabó con el cese del presidente del TEAR de Cataluña, promotor de dicha cuestión prejudicial. Con tal precedente, no parece que su utilización vaya a verse precisamente incrementada en un futuro próximo. De hecho, desde Gabalfrisa no se ha elevado ninguna otra cuestión prejudicial por parte de los TEAR. El Consejo de Estado desaconsejó vivamente ese reconocimiento legal explícito, pues nada añadía a la regulación patria, pero era susceptible, sin embargo, de generar algunos desajustes relevantes».

²⁷ Sobre la imposibilidad de una interpretación restrictiva del contenido de una Directiva que aboque a su inaplicación, la STJCE de 17 de octubre de 1996 (asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94, *Denkavit* [NFJ002240]) estableció que «los Estados miembros no pueden instaurar unilateralmente medidas restrictivas, como la exigencia, en el caso de autos, de que haya transcurrido un periodo mínimo de participación en el momento de la distribución de los beneficios en relación con los cuales se solicite la ventaja fiscal [...]. Por lo tanto, la referida facultad

- En segundo lugar, tanto la LME como la LIS exigen que para todas las modalidades de escisión y segregación la atribución de valores a los socios de la entidad escindida se efectúe de acuerdo con una norma de proporcionalidad, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. De esta forma, por lo que respecta a la *proporcionalidad cuantitativa*, la misma implica la equivalencia económica por parte del socio de la entidad escindida entre el valor de la participación ostentada y la recibida a consecuencia del canje, manteniéndose por tanto una misma alícuota sobre el neto patrimonial que representan los valores antes y después de la escisión. Esta proporcionalidad, además exige que deba calcularse en atención a los valores reales y no contables, pues lo que se pretende alcanzar es una equidad material. En efecto, tal y como matizó el TS en su Sentencia de 8 de marzo de 2012 (rec. núm. 3777/2008) «Ni el artículo 97 de la LIS ni el artículo 252 de la Ley de sociedades anónimas establecen un preciso sistema de valoración, simplemente indican que la adjudicación a los socios ha de efectuarse "con arreglo a una norma proporcional". Y la regla de la proporcionalidad resulta en función del "valor real" de las acciones, independiente del valor contable o revalorizado contablemente, según el balance; este valor no es una magnitud incuestionable desde el punto de vista matemático, sino un valor resultante en función del sistema de valoración aplicado que puede variar dentro de unos márgenes razonables». A mayor abundamiento, la STS de 20 de julio de 2014 (rec. núm. 5175/2011 [NFJ056238]) precisó que «Existe proporcionalidad cuantitativa cuando el valor económico de la participación, antes y después de la realización de la escisión, es igual en el socio, con independencia de en qué empresas participe. Esta proporcionalidad cuantitativa siempre concurrirá, ya que de lo contrario no se cumpliría el propio concepto de escisión mercantil». De lo que se deduce que el requisito de la proporcionalidad cuantitativa deberá ser siempre respetado y observado, pues en caso contrario, ni la operación podrá encuadrarse dentro del concepto mercantil de escisión, ni mucho menos podrá aplicarse el régimen fiscal previsto en la LIS²⁸.

Ahora bien, por lo que respecta a la *proporcionalidad cualitativa*, la misma se produce cuando cada uno de los socios posee una participación en todas y cada una de las

no podrá ser objeto, en detrimento de las empresas beneficiarias, de una interpretación que vaya más allá de los propios términos...».

²⁸ Al respecto, SÁNCHEZ MANZANO, J. D.: «La regla de proporcionalidad como rasgo caracterizador de la escisión desde la óptica fiscal. Los filtros insertados por los criterios administrativos para aceptar las tutelas de las escisiones subjetivas dentro del régimen fiscal de la reestructuración empresarial», *Quincena Fiscal*, n.º 4, 2015, matiza que: «La referida proporcionalidad en la práctica se traduce en la correcta determinación de la relación de canje. La relación de intercambio es la directriz que fijará el coeficiente de conversión de una acción o participación en el capital de la entidad adquirente por la anterior de que era titular el socio. El proyecto de escisión, de acuerdo con el artículo 31.2 de la LME, indicará el tipo de canje y la compensación complementaria en dinero prevista. El artículo 25.1 expresa que el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades partícipes "debe establecerse sobre la base del valor real de su patrimonio", insertando un parámetro objetivo de referencia. [...]».

sociedades beneficiarias en la misma proporción que hubieran tenido en la sociedad escindida. Sin embargo, el artículo 76 de la LME admite una atribución asimétrica en los siguientes términos «En los casos de escisión total o de escisión parcial con pluralidad de sociedades beneficiarias, siempre que no se atribuyan a los socios de la sociedad que se escinde acciones, participaciones o cuotas de todas las sociedades beneficiarias, será necesario el consentimiento individual de los afectados²⁹». Como puede observarse, una interpretación literal del precepto nos arrojaría a la rápida conclusión de que solamente se admitiría esta quiebra cualitativa en los supuestos en los cuales existiera una pluralidad de entidades beneficiarias y no, por tanto, cuando solamente existiera una sociedad beneficiaria³⁰. Una rigurosa interpretación que ha sido asumida por la Administración para impedir la aplicación del régimen del diferimiento en tales circunstancias, por entender que en los supuestos de escisiones subjetivas a favor de una sola entidad, nos encontramos más bien ante un supuesto de separación de socios (véase Consulta V0015/2002, de 21 de mayo [NFC016588]). Además, y esto es algo que añade la normativa fiscal, el artículo 76.2.2.º de la LIS exige que en los supuestos de escisiones no proporcionales «[...] la atribución a los socios de la entidad que se escinde de valores representativos del capital de alguna de las entidades adquirentes en proporción distinta a la que tenían en la que se escinde requerirá que los patrimonios adquiridos por aquellas constituyan ramas de actividad³¹».

- ²⁹ Dentro de la doctrina mercantil, no obstante, existen dos posiciones discrepantes en torno a la interpretación de este requisito. Así, mientras que algunos autores como MARTÍN GARCÍA, J. M.: «La escisión», en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M. (coord.), *Estudios jurídicos sobre operaciones de reestructuración societaria*, 2008, Thomson Aranzadi, Navarra, págs. 138 y 139, limitan la necesidad de expresar este consentimiento únicamente a los verdaderos sujetos afectados, que, a su vez, identifican como aquellos que: 1) no reciben acciones o participaciones de todas las sociedades beneficiarias; 2) que perciben acciones o participaciones de todas las sociedades beneficiarias y de forma proporcional, pero solo desde un punto de vista global y no específico de cada entidad concreta; o 3) que mantienen su participación en el valor conjunto de todas las sociedades pero, en cambio, no reciben acciones de las sociedades beneficiarias. Existen otros autores, como MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: «Escisión parcial: concepto y requisitos», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo II, 2009, Aranzadi, Navarra, pág. 434, que aboga por la necesidad de exigir el consentimiento unánime de todos los socios, ya sean estos afectados o no.
- ³⁰ Al respecto, autores como ALONSO ESPINOSA, F. J. y LÁZARO SÁNCHEZ, E. J.: «Especialidades del procedimiento de escisión», en VV. AA., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2009, Aranzadi, pág. 320. Consideran que nos encontramos en presencia de una operación atípica que dada la especialidad de las modificaciones estructurales exigiría de un reconocimiento expreso por parte del legislador. Sin embargo, los autores destacan la idoneidad de esta figura para la resolución de ciertos conflictos entre socios al proporcionar un mecanismo rápido y sencillo.
- ³¹ Un ejemplo simbólico de la necesaria exigencia de ambos condicionantes –pluralidad de sociedades beneficiarias y preexistencia de ramas de actividad–, podemos encontrarlo en la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de octubre de 2015 (rec. núm. 412/2012 [NFJ062193]) donde se debate acerca de la posibilidad de la aplicación del régimen fiscal a una entidad dedicada a la compraventa de inmuebles que se escinde totalmente en dos entidades, asignándole a cada una de sus socias el 100% de las participaciones de cada una de las nuevas entidades creadas. Al respecto el órgano jurisdiccional concluye que no existe proporcionalidad cualitativa pues «la atribución de acciones es distinta a la inicial, dado que el 100% de cada sociedad se atribuye a cada uno de los socios que poseen el 100% del capital social de las beneficiarias, cuando lo exigido por la ley es que los socios de la entidad escindida recibieran participa-

En definitiva, podemos concluir que la regla de la proporcionalidad constituye un requisito de obligado cumplimiento tanto en el régimen fiscal como mercantil de las fusiones y escisiones. De tal modo que, los socios de una sociedad escindida deberán siempre disponer, tanto antes como después de la operación de reestructuración, el mismo patrimonio. Ahora bien, mientras que la regla de la proporcionalidad cuantitativa resulta infranqueable, en cambio, se puede hacer una excepción por lo que respecta a la regla de la proporcionalidad cualitativa, siempre y cuando se constatare el beneplácito de todos los socios afectados y, a mayor razón, los patrimonios escindidos constituyeran ramas de actividad, si bien, respecto a este último requisito con las matizaciones anteriormente efectuadas.

2.1.3. Aportaciones no dinerarias de rama de actividad y aportaciones no dinerarias especiales

Desde el punto de vista mercantil, debemos empezar precisando que la LME no se refiere expresamente a lo largo de su articulado a las «aportaciones no dinerarias de rama de actividad» o «aportaciones de activo» –si se prefiere la terminología exacta empleada por la Directiva–. En cambio, la normativa fiscal sí que se refiere a esta concreta operación en su artículo 76.3 de la LIS que la define como aquella en virtud de «la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad de nueva creación o ya existente la totalidad o una o más ramas de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente». Por tanto, y a diferencia de la escisión parcial, sus principales singularidades son: a) que a consecuencia de la aportación no dineraria de una rama de actividad no se produce una disolución parcial y por ende no se produce una reducción de capital; y b) que los valores de las sociedades adquirentes los recibe la propia sociedad aportante y no sus socios.

Pues bien, dejando a un lado el análisis de la necesaria exigencia de que la aportación constituya una rama de actividad económica –con las consideraciones apuntadas anteriormente–, vamos a centrarnos, en cambio, en dos supuestos singulares como son, por un lado, la operación de segregación y, por otro, las aportaciones no dinerarias especiales.

Así pues, tal y como hemos advertido, la LME no incluye entre su articulado a las «aportaciones no dinerarias de rama de actividad», siendo que su artículo 71 meramente regula como una modalidad de escisión a la operación de segregación. Ahora bien, si observamos detenidamente ambas definiciones –la de segregación (art. 71 LME) y la de aportación no dineraria de rama de actividad (art. 76.3 LIS)– podemos apreciar cómo su configuración es prácticamente idéntica³².

ciones de cada una de las sociedades beneficiarias en la misma proporción a la participación que ostentaban en la que se escinde y que era del 50%». De la misma manera, excluye la concurrencia de una rama de actividad pues la entidad escindida en ningún momento había desarrollado la actividad que pretendía ejercer la nueva sociedad.

³² Al respecto, ALONSO LEDESMA, C., en la obra colectiva *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo II, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 498, considera que «La diferencia entre ambas operaciones radi-

Tal es así que incluso algunos autores han considerado apropiado que, desde la entrada en vigor de la LME, todas las aportaciones de rama de actividad se tramiten jurídicamente como segregaciones, para dotarlas de esta manera de las garantías inherentes a esta clase de operaciones (por ejemplo, que las mismas deban adoptarse por acuerdo de junta general y no por mera decisión del órgano de administración), aunque ello, no obstante señalan estos autores, pudiera implicar una importante merma de la capacidad de autoorganización de las empresas³³. En cualquier caso, la equiparación entre ambas operaciones ha sido el criterio que finalmente ha adoptado la DGT al considerar que «A efectos mercantiles el artículo 68 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones de las sociedades mercantiles, incluye como una de las modalidades de escisión a la segregación, definida en su artículo 71 como «el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias». Dado que a efectos de la aplicación del régimen especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS se regula específicamente la figura de la aportación no dineraria de ramas de actividad a que anteriormente se ha hecho referencia, será en este último concepto en el que se encuadraría la operación planteada a efectos de la aplicación del régimen especial» (Consulta V0170/2015, de 19 de enero [NFC053609]).

Por otro lado, cabe resaltar que de acuerdo con el artículo 87 de la LIS, también pueden acogerse al régimen fiscal de la neutralidad, determinadas aportaciones no dinerarias efectuadas por personas jurídicas que, sin reunir los requisitos necesarios para constituir una rama de actividad, no obstante, cumplan con los siguientes: 1) que la entidad que percibe la aportación sea residente en territorio español o realice actividades en dicho territorio por medio de un establecimiento permanente; 2) que una vez efectuada la aportación, el sujeto disponga de una participación en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en, al menos, el 5% y 3) exista un motivo económico válido. Así pues, pese a no constituir una rama de actividad, la DGT ha admitido la aplicación del régimen del diferimiento en diversos supuestos tales y como son las aportaciones de bienes inmuebles y acciones o participaciones en otras sociedades (Consulta V2055/2011, de 14 de septiembre [NFC042316]) o aportaciones de inmovilizados intangibles como los contratos o las marcas (Consulta V1679/2009, de 15 de julio [NFC034772]). En cambio, sí que ha denegado la aplicación del mismo en los supuestos de aportaciones no dinerarias consistentes en una compensación de créditos, por considerar que estas operaciones en verdad encubren una compensación dineraria (*vid.* Resoluciones del Tri-

caría únicamente en que en la segregación, considerada como una modalidad escisoria (escisión impropia) singularizada por la falta de integración de los socios de la sociedad segregante en las beneficiarias de la segregación, como acabamos de señalar, la transmisión de las masas patrimoniales se produce en bloque al igual que en las otras variedades escisorias, esto es, tiene lugar mediante sucesión universal. Por el contrario, en la aportación de rama de actividad aunque tenga lugar la transmisión de una o varias unidades económicas, y la sociedad aportante reciba, como es el caso de la segregación, las acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias, tal transmisión se realiza a título singular y no en bloque o mediante sucesión universal».

³³ *Vid.* ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: «La aportación de rama de actividad tras la regulación de la segregación en la Ley 3/2009 de modificaciones estructurales», *Diario La Ley*, n.º 7.253, 2009.

bunal Económico-Administrativo Central –TEAC– de 10 de marzo de 2004 y 13 de junio de 2005). Finalmente indicar que también se ha admitido la aportación conjunta de activos y pasivos, aunque solo en el supuesto de que las deudas estuvieran directamente vinculadas con los activos transmitidos, esto es, que la deuda se hubiera contraído expresamente en la adquisición como financiación del bien cedido (V1022/2008, de 23 de mayo [NFC029607]), de tal modo que en los supuestos en que se transmitan activos conjuntamente con deudas no vinculadas al mismo, no cabrá acogerse al régimen especial por el valor total asignado a dicho activo, sino meramente por la diferencia entre el valor del mismo y la deuda, que es lo que necesariamente constituye la aportación no dineraria (véase al respecto la Resolución del TEAC de 8 de enero de 2015, R. G. 2735/2012 [NFJ057135]).

2.1.4. Canje de valores

De modo general, podemos indicar que en todas las operaciones de fusión y escisión se produce de manera simultánea un canje de valores. De tal forma que, como hemos venido observando, la sociedad absorbente –en el caso de las fusiones– o la sociedad que percibe un bloque patrimonial –en el supuesto de las escisiones– como consecuencia de estas operaciones deben canjear sus propios valores con los de aquellos titularidad de los socios de las entidades acogidas a las mismas o de la sociedad en caso de segregación. En tales circunstancias, si la operación de fusión o escisión se puede acoger al régimen neutral, indudablemente también lo hará el correspondiente canje de valores. Sin embargo, este no es el canje de valores al que hace referencia el artículo 76.5 de la LIS en virtud del cual «Tendrá la consideración de canje de valores representativos del capital social la operación por la cual una entidad adquiere una participación en el capital social de otra que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto en ella o, si ya dispone de dicha mayoría, adquirir una mayor participación, mediante la atribución a los socios, a cambio de sus valores, de otros representativos del capital social de la primera entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad».

Nos encontramos, por tanto, en presencia de una operación autónoma de canje de valores mediante la cual una sociedad (dominante) adquiere acciones o participaciones en el capital de otra (dominada o participada), ostentando a partir de dicho momento la mayoría de voto en la misma o, si ya tuviera esta hegemonía, a detentar todavía una mayor, entregando a cambio a los socios de la dominada o participada acciones de la dominante. Además, debemos advertir que la consecución de dicha mayoría de votos deberá efectuarse de una manera directa y como consecuencia de la operación de canje de valores. Así se manifiesta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 815/2012, de 20 de junio (rec. núm. 116/2010 [NFJ066721]), al indicar que «hemos de concluir y ya se anticipa que en el caso de autos no se satisfacen los requisitos para la aplicación del citado régimen especial, por cuanto la aportación de las participaciones sociales enjuiciada no satisface la exigencia del artículo 97,5 para ser calificada a efectos fiscales como canje de valores, pues la citada norma impone que la aportación sea determinante de la obtención por la aportación, y no por otros cauces, de la mayoría de los derechos de voto, y este presupuesto se contempla en términos idénticos en el artículo 2, apartado d) de la Directiva 90/434/CEE, de 23 de

julio de 1990, y la regulación del artículo 101, Régimen fiscal del canje de valores no permite otra interpretación. Sin que frente al resultado que ofrece la aplicación de los criterios de interpretación normativa, *ex* artículo 3 CC, pueda prevalecer la interpretación teleológica que se propone por la parte actora a tenor de la cual estima que también constituye canje de valores la aportación por la cual se consigue la mayoría de los derechos de voto de modo indirecto, es decir a través del accionariado que se ostenta en otras sociedades, que asimismo aportan sus acciones o participaciones, pues como ya se ha afirmado el presupuesto de la norma es claro y no se satisface en el caso de autos».

Por su parte, el artículo 80 de la LIS limita la aplicación del presente régimen fiscal a las operaciones de canje de valores en las cuales se cumplan de manera acumulativa los dos siguientes condicionantes: a) Que los socios que realicen el canje de valores residan en territorio español o en el de algún otro Estado miembro de la Unión Europea o en el de cualquier otro Estado siempre que, en este último caso, los valores recibidos sean representativos del capital social de una entidad residente en España y b) Que la entidad que adquiera los valores sea residente en territorio español o esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva de fusiones. Previéndose de manera expresa que en los supuestos en los cuales el socio perdiera la cualidad de residente en territorio español, deberá integrarse en la correspondiente base imponible del último periodo impositivo que deba declararse, la diferencia de valor o plusvalía generada como consecuencia de la operación y que en su día fue objeto de diferimiento. Finalmente recordar, como en todos los supuestos anteriormente analizados, de la necesaria exigencia de que estas modificaciones empresariales vengan presididas por la presencia de un motivo económico válido que las avale.

2.1.5. Cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro de la Unión Europea

Podríamos indicar que el traslado internacional del domicilio social no constituye *per se* una operación de reestructuración. No obstante, la LME dedica sus artículos 92 y siguientes a establecer el régimen legal del traslado por la indudable trascendencia jurídica que el mismo puede implicar para la *lex societatis* que rige la entidad. Así pues, comienza el precitado artículo 92 acotando su régimen legal a las sociedades inscritas en el Registro Mercantil. De lo que se deduce que quedan excluidas, por obviedad, las sociedades no inscritas o no mercantiles, y por ociosidad, las sociedades anónimas europeas, cuyo régimen se encuentra previsto en el Reglamento n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, incorporado al Derecho español por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España. Además, se prohíbe expresamente el traslado internacional del domicilio a las sociedades en liquidación y las sociedades declaradas en concurso de acreedores.

Desde un punto de vista mercantil, podemos afirmar que el problema implícito de este tipo de operaciones radica en el hecho de que es necesario un entendimiento jurídico entre dos Estados distintos para que sea factible el traslado al extranjero del domicilio social con mantenimiento de la personalidad jurídica. Así indica el artículo 93 de la LME que «El traslado al extranjero del domicilio de una sociedad inscrita constituida conforme a la ley española solo podrá realizar-

se si el Estado a cuyo territorio se traslada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad». De esta forma, se nos plantean dos tipos de escenarios: en el primero de ellos, alguno de los Estados implicados –ya sea el de origen de la entidad que pretende trasladarse o el de destino de la misma– no admite el mantenimiento de la personalidad jurídica. En estos casos, la entidad solo tendría una opción posible, esto es, disolverse en el país de origen y constituirse *ex novo* en el país de destino. En cambio, en el segundo de los escenarios, donde ambos Estados estarían conformes en mantener la personalidad jurídica de la sociedad que desea trasladarse a otro territorio, ya no sería exigible esa previa disolución de la entidad en el país de origen, con el subsiguiente ahorro fiscal que ello implicaría. Así pues, desde el prisma mercantil podemos concluir que nuestro ordenamiento interno admite la migración de una sociedad mercantil inscrita con mantenimiento de la personalidad jurídica, si bien, limitado a aquellos supuestos en los cuales el territorio receptor de la entidad así lo previera igualmente.

En cambio, desde el punto de vista fiscal, resultará menester remitirnos al artículo 19 de la LIS en virtud del cual «Se integrará en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de los elementos patrimoniales que sean propiedad de una entidad residente en territorio español que traslada su residencia fuera de este, excepto que dichos elementos patrimoniales queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español de la mencionada entidad. En caso de afectación a un establecimiento permanente, será de aplicación a dichos elementos patrimoniales lo previsto en el artículo 78 de esta ley», se trata de la solución tributaria a adoptar en los supuestos de emigración de una entidad española que va a mantener su personalidad jurídica, pues en caso contrario, tal y como hemos advertido, la misma deberá proceder a su disolución y consiguiente liquidación. La remisión a este precepto resulta oportuna pues el régimen fiscal que el mismo establece es idéntico al que prevé el artículo 76.7 de la LIS para los supuestos de traslados del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro de la Unión Europea³⁴.

En efecto, el régimen de diferimiento en los supuestos de cambio del domicilio social solo se encuentra habilitado dentro de nuestro ordenamiento interno y para todas las clases de sociedades mercantiles, respecto de los bienes que resulten afectados a un establecimiento permanente situado en el territorio español. Por lo que, en sentido contrario, podemos considerar que en el resto de circunstancias se devengará el conocido como impuesto de salida o *exit tax*, mediante el cual quedarán sujetas a gravamen las plusvalías latentes de los activos afectos a una entidad española que cesa en su actividad en dicho territorio. Si bien, y esto resulta importante resaltar-se, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 19: «El pago de la deuda tributaria resultante de la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, en el supuesto de elementos patrimoniales transferidos a un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria [...] será aplazado por la Administración tributaria a solicitud del contribuyente hasta la fecha de la transmisión a terceros de los

³⁴ Para un mayor estudio de esta figura tributaria, véase MAGRANER MORENO, F. J.: «Régimen fiscal del traslado transfronterizo del domicilio social», *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, n.º 234, 2010.

elementos patrimoniales afectados, resultando de aplicación lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y su normativa de desarrollo, en cuanto al devengo de intereses de demora y a la constitución de garantías para dicho aplazamiento». Un matiz decisivo, pues, de acuerdo con constante jurisprudencia emanada del TJUE, una exigibilidad inmediata en el pago de dicho gravamen implicaría una patente quiebra de la libertad de establecimiento³⁵.

2.2. REQUISITOS SUBJETIVOS

Una vez concretada la gama de operaciones que pueden acogerse al régimen fiscal del diferimiento, el siguiente paso consistirá en relacionar los tipos de entidades que pueden acogerse al mismo. En este sentido, una primera deducción nos arrojará a indicar que solo podrán acogerse a este sistema los sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades. Ahora bien, el artículo 7 de la LIS no se limita a calificar como contribuyentes de este impuesto a las entidades con personalidad jurídica, sino que muy por el contrario el mismo también incluye dentro de su relación a todo un conjunto de entes sin personalidad jurídica. De ahí que el artículo 76.6 de la LIS establezca que «El régimen tributario previsto en este capítulo será igualmente aplicable a las operaciones en las que intervengan contribuyentes de este impuesto que no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil, siempre que produzcan resultados equivalentes a los derivados de las operaciones mencionadas en los apartados anteriores».

Así pues, siguiendo esta línea, la DGT ha permitido la aplicación del régimen neutral en los supuestos en los cuales han intervenido en las operaciones de reestructuración, entre otros, una confederación, como resulta ser la Asociación nacional de cajas de ahorros y de las entidades de crédito integradas en ella (Consulta V1902/2015, de 17 de junio [NFC055425]); una sociedad agraria de transformación (Consulta V2124/2012, de 6 de noviembre [NFC045738]); una asociación sin ánimo de lucro (Consulta V0529/2007, de 14 de marzo [NFC025490]) o una unión temporal de empresas (Consulta V0940/2010, de 7 de mayo [NFC038123]). Ahora bien, debemos precisar que en todos los casos el artículo condiciona el ensanchamiento subjetivo de este régimen fiscal a la presencia de unos «resultados equivalentes». Sobre la interpretación de esta cláusula, se destaca la Consulta V2510/2009, de 13 de noviembre [NFC036832] y la flexibilidad que admite para su aplicación, precisando que la equivalencia de resultados que proclama el pre-

³⁵ Vid. la STJUE de 29 de noviembre de 2011 (asunto C-371/10, *National Grid* [NFC045002]) donde se interpretó por una parte que «No se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual el importe del gravamen sobre las plusvalías latentes correspondientes a los elementos del patrimonio de una sociedad se liquida definitivamente –sin tener en cuenta ni las minusvalías ni las plusvalías que puedan realizarse posteriormente– en el momento en el que la sociedad, con motivo del traslado de su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro, deja de percibir beneficios imposables en el primer Estado miembro; a este respecto, carece de relevancia el hecho de que las plusvalías latentes gravadas se refieran a diferencias positivas de cambio que no pueden hacerse patentes en el Estado miembro de acogida teniendo en cuenta el régimen tributario allí vigente», concluyendo que sí que «se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la que debe procederse al cobro inmediato del gravamen sobre las plusvalías latentes correspondientes a los elementos del patrimonio de una sociedad que traslada su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro en el momento mismo de dicho traslado».

cepto debe referirse a los efectos que son comparables entre las sociedades mercantiles y el resto de entidades sin dicha forma mercantil que intervienen en la operación, dado que «la equiparación no puede extenderse a los resultados de la operación a nivel de los socios, por cuanto estos no existen en el ámbito de las cajas de ahorros³⁶».

Por tanto, ante la carencia de un criterio estable, habrá que analizar caso por caso acerca de la admisibilidad de cada operación, desgranando para ello los caracteres estructurales de cada modificación y considerando la presencia de unos «resultados equivalentes» a raíz de la idiosincrasia propia de cada entidad, con o sin personalidad jurídica, que interviene en la reestructuración.

2.3. REQUISITOS FORMALES

Una de las principales novedades que ha incluido la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades, ha consistido básicamente en la supresión de la opción como condición necesaria para la aplicación del régimen, sustituyéndola por la aplicación automática del mismo, salvo renuncia del contribuyente. De esta forma, con efectos a partir del 1 de enero de 2015, este se ha constituido como el régimen a aplicar por defecto por todos aquellos contribuyentes sujetos a una operación de reestructuración. Además, el artículo 89 de la LIS exige que la entidad adquirente de las operaciones comunique la realización de las mismas a la Administración tributaria, con excepción de aquellas que no fueran residentes en territorio español, en cuyo caso dicha comunicación competará a la entidad transmitente.

Por su parte, el artículo 48 del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto sobre sociedades, concreta que la comunicación deberá efectuarse en el plazo de los tres meses siguientes a la fecha de inscripción de la escritura pública en que se documente la operación, siendo que, si la inscripción no fuera necesaria, el plazo se computará desde la fecha en que se otorgue la escritura pública o documento equivalente que corresponda a la operación. Y una consecuencia muy importante, pues la falta de presentación en plazo de dicha comunicación acarreará una sanción consistente en una multa pecuniaria fija de 10.000 euros por cada operación cuya información se hubiera omitido.

3. LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS EN EL RÉGIMEN FISCAL DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

Como hemos venido desarrollando, las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores representativos del capital social entre entidades pertenecientes a distintos Esta-

³⁶ Sobre este tema véase SÁNCHEZ MANZANO, J. D.: «Problemática de calificación negocial en torno a las operaciones de reestructuración consumadas por entidades distintas de sociedades mercantiles en el marco del régimen fiscal de la reestructuración empresarial», *Quincena Fiscal*, n.º 8, 2011.

dos miembros están sujetas, bajo cumplimiento de los requisitos anteriormente analizados, a un régimen fiscal especial basado en la neutralidad impositiva. La transposición de dicho régimen tributario en nuestro ordenamiento jurídico además se aprovechó para expandirlo igualmente al resto de reorganizaciones empresariales que pudieran efectuarse entre entidades residentes en territorio español. Ahora bien, la aplicación definitiva del conjunto de beneficios fiscales asociados a este régimen, tanto el efectuado entre entidades europeas como entre entidades nacionales, requiere asimismo que la modificación estructural no se califique como abusiva.

En efecto, de acuerdo con el artículo 15 de la Directiva de fusiones (anteriormente art. 11 Directiva 90/434/CEE) «Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los artículos 4 a 14 o a retirar total o parcialmente el beneficio de las mismas cuando una de las operaciones contempladas en el artículo 1: a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; 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». Nos encontramos, por tanto, ante lo que se ha denominado como una «reserva de competencia», en el sentido de que serán los diferentes Estados miembros los que decidan o no insertar una cláusula de esta enjundia en sus respectivos ordenamientos tributarios (*vid.* párrafo 39, *Leur-Bloem*). Si bien, tal y como confirmó con posterioridad el TJCE en su Sentencia de 5 de julio de 2007 (asunto C-321/05, *Kofoed* [NFJ026003]), aun en los supuestos en los cuales los Estados miembros no hubieran transpuesto *ad hoc* en su normativa nacional una cláusula antiabuso en los términos anteriormente descritos, no obstante, se admitiría igualmente una inaplicación de los beneficios asociados al régimen fiscal especial, en los supuestos en los cuales dichos Estados miembros sí que hubieran previsto, en cambio, dentro de su ordenamiento interno una disposición o principio general de prohibición del abuso del derecho en materia tributaria que pudiera interpretarse de conformidad con aquella cláusula. De modo que, el TJUE acaba admitiendo la posibilidad de que los Estados miembros puedan denegar los efectos fiscales del régimen de la neutralidad aun en los supuestos en los cuales estos no hubieran transpuesto *ex professo* la norma antiabuso europea³⁷.

Pues bien, de la lectura de la citada cláusula puede deducirse que tres son los requisitos necesarios que deben concurrir para la aplicación de la misma, a saber, 1) que el objetivo de la reorganización empresarial sea el fraude o la evasión fiscal; 2) que dicha finalidad sea la principal o una de las principales perseguidas por las partes y 3) que la ausencia de motivos económicos válidos presumirá la falta de cumplimiento de los dos anteriores requisitos. En palabras del TJUE esta cláusula representa el principio general del Derecho comunitario según el cual el abuso de derecho está prohibido (asunto *Kofoed*, párrafo 38). Un concepto –el de abuso de derecho– que

³⁷ De una manera exacta indica el tribunal que «siempre que la situación jurídica que se desprende de las medidas nacionales de adaptación del derecho interno sea suficientemente precisa y clara para permitir que los particulares afectados conozcan la extensión de sus derechos y obligaciones, la adaptación del derecho interno a una directiva no exige necesariamente una acción legislativa en cada Estado miembro».

de acuerdo con la jurisprudencia consolidada en las sentencias *Emlands-Stärke* y *Halifax*, debería acotarse desde una doble perspectiva: objetiva y subjetiva³⁸.

Así pues, por lo que concierne al elemento objetivo, debe siempre analizarse, en primer lugar, si la concreta actividad desarrollada por el sujeto atiende verdaderamente a los objetivos y fines de la norma europea de cobertura; de tal manera que concurriría este elemento objetivo en la esfera del abuso cuando de las operaciones realizadas por un sujeto se obtuviera una ventaja fiscal contraria a los fines de la norma comunitaria. Por su parte, respecto al segundo elemento, el subjetivo, el mismo haría referencia a los propósitos de los negocios efectuados por el contribuyente en el marco de una operación que se sirve de una norma europea de cobertura. En concreto, este elemento subjetivo concurriría cuando a través de montajes o condiciones artificiales se consiguiera obtener una ventaja fiscal. Así pues, solo una combinación de ambos factores, objetivo y subjetivo, desencadenaría la aplicación de la cláusula antiabuso y, por tanto, no podría considerarse como tal aquella elección de un sujeto de organizar sus negocios de la forma menos gravosa posible³⁹.

Esta apreciación resulta esencial por el marcado énfasis que esta concreta cláusula antiabuso efectúa sobre el elemento subjetivo, básicamente en los propósitos o finalidades de la concreta operación de reestructuración persigue, como pauta a seguir para excluir el carácter artificioso de la operación. De tal forma que la simple acreditación de la presencia de un motivo económico válido será suficiente para excluir la aplicación de la medida antiabuso. Partiendo de estas matizaciones, vamos a centrarnos en algunos de los aspectos más controvertidos que ha entrañado la dicción de esta cláusula, para posteriormente poder analizar con rigor la concreta medida introducida dentro del ordenamiento jurídico español y advertir cuáles han sido los supuestos más recurrentes en los que ha desplegado sus efectos.

3.1. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO

Tal y como hemos precisado anteriormente, el primer requisito exigible para la ejecución de la medida antifraudatoria es que la concreta operación de reorganización tenga como finalidad el fraude o la evasión fiscal. Ahora bien, ni la Directiva de fusiones ni la jurisprudencia del TJUE

³⁸ STJCE de 14 de diciembre de 2000 (asunto C-110/99, *Emlands-Stärke* [NFJ045382]) y STJUE de 21 de febrero de 2006 (asunto C-255/02, *Halifax* [NFJ021677]).

³⁹ *Vid.* CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula antiabuso de la "Directiva de fusiones": ¿Hacia motivos económicos válidos de alto voltaje?», *RCyT. CEF*, n.º 347, 2012, donde advierte que «Esta definición de abuso ha sido confirmada por el TJUE a través de su jurisprudencia hasta el momento presente, aunque con ciertas variaciones terminológicas que han causado gran controversia doctrinal sobre la existencia de un concepto unívoco de abuso de Derecho de la UE en materia fiscal; tal falta de certidumbre sobre los perfiles y configuración del principio europeo de prohibición de abuso de derecho en materia fiscal viene generando grandes problemas de seguridad jurídica y distorsiones económicas a los flujos de inversión y transacciones transfronterizas en el mercado interior, en la medida en que los contribuyentes no disponen de un marco claro y previsible para planificar su actividad frente a una auténtica Torre de Babel de enfoques antiabuso nacionales que pueden restringir el ejercicio de las libertades europeas».

se han esforzado por definir tales conceptos. En su lugar, el TJUE emplea otros términos para referirse a ambas definiciones como son las de «abuso», «abuso de derecho» o «prácticas abusivas». Además, complica esta labor interpretativa las diferentes traducciones que sobre estos vocablos han efectuado cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea. De esta forma, el TJUE ha preferido finalmente decantarse por la aplicación del apodado como test de los «montajes puramente artificiales», a través del cual se pretende evitar el uso de prácticas abusivas, carentes de toda realidad económica, cuyo único objetivo consista en eludir un tributo (*vid.* STJCE de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, caso *Cadbury Schweppes* [NFJ023535]). En palabras de PALAO TABOADA, el abuso por tanto existiría cuando se proceda a «elegir formas o negocios jurídicos insólitos, es decir, no correspondientes a los hechos o relaciones económicas que se pretende conseguir⁴⁰». Imponiéndose así el principio *substance over form*, esto es, la prevalencia de la sustancia económica de la operación sobre la forma negocial elegida por las partes.

Y este parece ser el camino que igualmente han adoptado nuestros órganos jurisdiccionales. Al respecto, destacamos la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2007 donde se estableció que «considera la Sala que, habida cuenta de que el concepto de fraude o evasión fiscal no se encuentra definido de forma expresa en la normativa tributaria, habrá que acudir a criterios interpretativos válidos, debiendo entender como tal, lo previsto en el artículo 15 de la LGT 58/2003, que se refiere al "conflicto en la aplicación de la norma tributaria", supuesto que concurre cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias: a) que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido; b) que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios⁴¹».

Ahora bien, cabría cuestionarse acto seguido si la inaplicación de esta cláusula antiabuso sería factible ante la evasión de cualquier clase de tributo afectado por la operación de reestructuración. Esta fue, en concreto, la cuestión principal que se planteó en el asunto *Zwijnenburg*⁴², donde a través de una operación de modificación empresarial se conseguía evitar el devengo de un impuesto distinto a aquellos a los que se refiere la Directiva de fusiones –en concreto, el de transmisiones patrimoniales onerosas–. Ante lo cual el TJUE dictaminó que «los únicos impuestos que pueden acogerse a las ventajas establecidas por la Directiva 90/434 y, consiguientemente

⁴⁰ Se considera que una manifestación de este principio lo constituye la doctrina del *business purpose*, expresión que puede traducirse como «objetivo comercial» o «finalidad de negocios» y que es una creación de la jurisprudencia norteamericana especialmente diseñada para combatir la elusión fiscal. Sobre el origen de esta figura puede verse PALAO TABOADA, C.: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *RCyT. CEF*, n.º 235, 2002.

⁴¹ Criterio posteriormente reiterado en las Sentencias de 5 de marzo de 2008 (rec. núm. 197/2006 [NFJ028306]) y 26 de abril de 2010 (rec. núm. 391/2008 [NFJ066709]).

⁴² *Vid.* STJUE de 20 de mayo de 2010 (asunto C-352/08, *Zwijnenburg* [NFJ038357]).

te, entrar en el ámbito de aplicación de la excepción prevista por el artículo 11, apartado 1, letra a), de la misma son los expresamente contemplados por ella». De lo que se deduce que la regla antiabuso de la Directiva de fusiones meramente puede emplearse para evitar abusos que puedan producirse dentro del ámbito de los impuestos directos –IS e IRPF–; y, como corolario de lo anterior, se debe admitir el empleo de una organización societaria como medio para evadir otro tipo de impuestos, salvo los especificados anteriormente, en tanto en cuanto dicha evasión no se encuentre específicamente prohibida por el Derecho europeo o por una disposición nacional al respecto⁴³. Así, desde el ámbito europeo, la reestructuración podría emplearse para evitar determinados impuestos no armonizados como son el impuesto sobre sucesiones y donaciones o el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. En cambio, más dificultades para su admisión encontraríamos en la esfera del IVA (*vid.* párrafo 85, *Halifax*⁴⁴).

Otro aspecto interesante de la medida antiabuso es la exigencia de que el fraude o la evasión fiscal constituya «el principal o uno de los principales objetivos» que descansa detrás de la operación societaria. En este sentido, parece que la redacción es un tanto capciosa, pues partiendo de la consideración de que el fraude y la evasión fiscal son conductas ilícitas, aun cuando las mismas no constituyeran el principal objetivo, resulta evidente que las operaciones en las cuales se ampararan no podrían acogerse en ningún caso a los beneficios fiscales. Por ello mismo, consideramos que la expresión debe más bien relacionarse con el hecho de que la organización estructural no se efectúe con el único propósito o el propósito principal de conseguir unas concretas ventajas tributarias, aun cuando dichas operaciones se desarrollaran dentro de la absoluta legalidad. Así se manifiesta el TJUE en el párrafo 47 de la Sentencia *Leur-Bloem* al considerar que el concepto de motivos económicos válidos va más allá de la búsqueda de una ventaja puramente fiscal. Por consiguiente, una operación de reorganización que solo persiguiera tal objetivo no podría constituir nunca un motivo económico válido en el sentido de dicha disposición y por ende, se presumiría la existencia de fraude o evasión fiscal. A mayor abundamiento, la posterior Sentencia de 10 de noviembre de 2011 (asunto C-126/10, *Foggia* [NFJ044771]) remarcaría que «en consecuencia, puede constituir un motivo económico válido una operación de fusión basada en varios objetivos, entre los que pueden también figurar consideraciones de naturaleza fiscal, a condición no obstante de que estas últimas no sean preponderantes en el marco de la operación proyectada». Así pues, se desprende de estos pronunciamientos la necesidad de sopesar en cada

⁴³ De acuerdo con FALCÓN Y TELLA, R.: «El limitado alcance de la exigencia de un motivo económico distinto del ahorro fiscal: la necesidad de una cláusula antiabuso específica (STJ 20 mayo 2010, *Zwijnenburg*)», *Quincena Fiscal*, núm. 6, 2001: «en una operación de reorganización acogida al régimen de diferimiento, cuya finalidad única o principal es eludir el pago de un impuesto sobre la transmisión de inmuebles, los Estados miembros no pueden denegar la aplicación del régimen de diferimiento basándose en que no existe un motivo económico válido para la operación. La inaplicación del régimen de diferimiento solo procede si la operación tiene como única finalidad eludir los impuestos sobre sociedades o sobre la renta, pero no cuando se trata de eludir un impuesto distinto a los afectados por dicho régimen (aprovechando, por ejemplo, la exención contenida en el ITPAJD respecto a estas operaciones)».

⁴⁴ Donde se proclama que «Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión que debe interpretarse la Sexta Directiva en el sentido de que se opone al derecho del sujeto pasivo a deducir el IVA soportado cuando las operaciones en que se basa este derecho son constitutivas de una práctica abusiva».

operación societaria el conjunto de objetivos que concurren en cada caso y de valorarlos conforme al concreto peso que los mismos puedan ejercer sobre la capacidad decisoria de la entidad.

Y es que, de acuerdo con el precepto transcrito, la carencia de unas razones económicas válidas que permitan sustentar la operación de reorganización presumirán que el objetivo principal de la misma es el fraude o la evasión fiscal. Ahora bien, el artículo 15 de la Directiva de fusiones no establece un listado de motivos que puedan considerarse como económicamente válidos, refiriéndose meramente a que estos podrían ser una reestructuración o una racionalización de las actividades de las sociedades, pero sin entrar a perfilar el verdadero significado de ello. Además, cabría incluso cuestionarse cuáles son los motivos económicos válidos a tener en consideración, esto es, los de la propia entidad que se acoge al régimen fiscal o los de sus propios socios. Así, por ejemplo, en la Sentencia *Zwijnenburg*, donde se planifica una reorganización empresarial como instrumento idóneo para completar la sucesión de los bienes de un padre a su hijo, no se analizó por parte del TJUE los posibles motivos económicos que podría tener el socio y no la entidad para efectuar la susodicha operación⁴⁵.

En definitiva, una combinación de lo preceptuado hasta el momento nos conduce a considerar que a los efectos de la Directiva de fusiones se entenderá que existe abuso del derecho (fraude o evasión fiscal) cuando un contribuyente ejecute una operación de reordenación societaria sin una razón económica válida que la ampare y con el único objetivo de obtener una ventaja fiscal —el diferimiento del pago de un tributo—, a través del empleo de una estructura artificiosa confirmada mediante circunstancias objetivas. Pues bien, delineada de esta forma el marco europeo de aplicación de la cláusula antiabuso, resultará ahora necesario una referencia a la específica medida introducida por el legislador español dentro de nuestro ordenamiento tributario.

3.2. LA NORMA ANTIELUSIVA ESPAÑOLA DEL ARTÍCULO 89.2 DE LA LIS

De acuerdo con el mencionado precepto «No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal⁴⁶». De la simple lectura de su contenido, podría considerarse que la transposición de la me-

⁴⁵ Al respecto, SPEAR, H. M.: «Corporate Business Purpose in Reorganizations», *Tax Law Review*, vol. 3, 1947, págs 242, afirma que «una de las principales áreas de discusión es la relativa a la distinción implícita en estos casos entre los propósitos de la corporación y los de los accionistas. Sugerimos que distinguir entre ambos propósitos constituye un desconocimiento de la realidad de los objetivos de los accionistas en cuanto propietarios [...]».

⁴⁶ Esta versión aparece por primera vez en nuestro ordenamiento tributario tras la modificación efectuada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que introdujo el término «motivos económicos válidos». Al respecto, indica MAGRANER MORENO, F. J.: «La concurrencia del controvertido "Motivo económico válido" en las operaciones de reestructuración empresarial: una cuestión de prueba (un apunte al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2014)», *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, n.º 277, 2015: «Haciendo

didada antiabusiva en nuestro ordenamiento jurídico guarda una correcta armonía con la prevista por la Directiva de fusiones. Y, cabe advertir, nada más lejos de la realidad. En efecto, una segunda lectura un poco más detenida de la misma nos permitirá observar que lo que la Directiva configuraba como una auténtica presunción –la falta de motivos económicos válidos presume la existencia de un abuso del derecho–, en nuestro ordenamiento se configura como una auténtica ratificación de la presencia de un fraude o evasión fiscal.

Una divergencia que indudablemente posicionó a la doctrina en dos grupos. En el primero de ellos, entre los que destacamos a SANZ GADEA⁴⁷, se consideraba que la normativa española, a través de esta redacción, había configurado un nuevo supuesto de exclusión de la aplicación del régimen especial con total independencia de la presencia de un fraude o evasión fiscal. En tanto que, para los autores incardinados en el segundo grupo, la ausencia de motivos económicos válidos debería seguir configurándose como una mera presunción de la existencia de un abuso de derecho (FALCÓN Y TELLA⁴⁸, PALAO TABOADA⁴⁹). En efecto, de acuerdo con este último autor

una valoración del cambio normativo introducido por la Ley 14/2000, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de mayo de 2013, interpretó que esta modificación se limitaba a "añadir un requisito estructural, el de que la operación se efectúe por motivos económicos válidos, que antes no se contenía en la letra del precepto, pero virtualmente se requería conforme a su espíritu, pues no en vano es el requisito a que se refiere el artículo 11.1 de la Directiva 90/434/CEE". De esta manera, el citado cambio no resultaba ser tan significativo como se podía pensar, "pues la estructura del precepto, más que a los requisitos sustantivos para excluir del régimen especial determinadas operaciones, ponía el acento en la cuestión procedimental de la carga de la prueba, en el sentido de que solo era posible esa exclusión cuando 'se probara...!', actividad que parecía referirse a la Administración como sujeto obligado a esa prueba y, por tanto, a padecer la falta de acreditación". Así, la redacción que daba la Ley 14/2000 al precepto de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, se limitaba a "ejemplificar supuestos, no enunciados agotadoramente, sino *numerus apertus*, en que la ley excluye la procedencia del régimen especial de neutralidad con diferimiento, empleando una fórmula análoga a la que expresa la Directiva, en que cabe presumir que la reacción del ordenamiento comunitario lo es ante los supuestos de predominio de los fines de fraude o evasión fiscal, coincidentes con aquellos en que no consten motivos económicos válidos, aunque con la consecuencia añadida de que la carga de justificar la presencia de tales motivos podía entenderse que correspondía ahora, dada la estructura del precepto, al sujeto pasivo del impuesto que pretendiera acogerse al régimen de neutralidad"».

⁴⁷ SANZ GADEA, E.: «Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000», *RCyT. CEF*, n.º 215, 2001, donde indica que «Nótese que ambos elementos deben concurrir. La operación puede ser incomprensible desde el punto de vista económico, pero si no se persigue obtener una ventaja fiscal no existirá causa de inaplicación del régimen. Del mismo modo, la operación puede perseguir una ventaja fiscal, pero, al mismo tiempo, implicar una reestructuración o racionalización desde el punto de vista económico, en cuyo caso tampoco existirá causa de inaplicación». Para más adelante reseñar que «en el precepto comunitario la consecución de una ventaja fiscal no se considera un motivo económico válido, de manera tal que no enerva el hecho base de la presunción, y así la consecución de una ventaja fiscal es un hecho que no juega a favor del contribuyente, pero tampoco en su contra. En la norma patria la consecución de una ventaja fiscal juega siempre en contra del contribuyente, si bien no determinará automáticamente la inaplicación del régimen fiscal en la medida en que la operación se hubiere efectuado por motivos económicos válidos».

⁴⁸ FALCÓN Y TELLA, R.: «La nueva redacción de la cláusula anti-abuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS», *Quincena Fiscal*, n.º 4, 2001.

⁴⁹ PALAO TABOADA, C.: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *op. cit.*

—a cuyas consideraciones nos adherimos— no debe confundirse la labor de calificar una operación como abusiva o fraudulenta con la actividad jurídica de concretar la existencia o no de motivos económicos válidos y ello porque dentro de este análisis siempre existirán dos niveles de comprobación en sede de la operación, a saber, uno inicial, en el que la carencia de los motivos económicos supondrá un indicio *prima facie* o presunción de abuso del derecho; y uno segundo, en el que si el sujeto contribuyente se opusiera a la presunción anterior, entonces sí, resultaría preciso concretar si la operación de reestructuración resulta fraudulenta⁵⁰.

Además, resulta oportuno enfatizar que el legislador español no puede delinear a su libre arbitrio el contenido de esta norma antielusiva. Al respecto, el TJUE ha establecido unas mínimas pautas que los mismos deberán respetar. Así, por ejemplo, en el párrafo 44 de la Sentencia *Leur-Bloem* se estableció la imposibilidad del establecimiento de una norma de alcance general que pudiera privar automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones societarias —como era en el caso de autos un canje de acciones en el cual la sociedad dominante no ejerciera por sí misma una actividad empresarial—, pues ello, matiza el tribunal, «excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva». Igualmente, establece en su párrafo 41 la imposibilidad de que las autoridades nacionales competentes se limiten a aplicar unos criterios generales predeterminados para comprobar si en una concreta operación concurren o no los aludidos motivos económicos válidos, pues es condición exigida por este tribunal la necesidad de un examen global e individualizado de cada una de las operaciones sujetas al régimen de la neutralidad fiscal.

Finalmente, habría que indicar que una de las ramificaciones del principio de proporcionalidad dentro de esta materia ha conducido a las autoridades fiscales competentes a permitir la inaplicación parcial del régimen fiscal del diferimiento. En este sentido se pronunció el «Informe sobre la posibilidad de inaplicación parcial del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores en operaciones de escisión-venta» (DGT, 14 de octubre de 2005, núm. 292/05/INF), a cuyo tenor es posible, a la vista de cada caso en particular «la retirada parcial del régimen fiscal especial, en la parte que corresponde a la ventaja fiscal perseguida...».

3.3. MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS ADMITIDOS POR LA DGT

Partiendo de la consideración de que no es admisible el establecimiento de una lista de operaciones que de forma genérica y abstracta permitan conceder automáticamente la aplicación de los beneficios fiscales; no obstante, vamos a reseñar algunos de los supuestos que tradicionalmente sí que han sido admitidos por nuestra Administración tributaria española como motivos económicamente válidos. Para su análisis hemos preferido agruparlos en los siguientes tres bloques⁵¹.

⁵⁰ Sobre la prueba indiciaria puede verse SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A.: «A vueltas con los problemas de la prueba en Derecho Tributario», *RCyT*. CEF, n.º 325, 2010.

⁵¹ Un exhaustivo listado de resoluciones de la DGT al respecto puede verse en CHECA GONZÁLEZ, C.: «Los motivos económicos válidos que permiten la aplicación del régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones

En primer lugar, encontramos aquellos supuestos basados en la reducción de los costes de gestión y administración de las entidades de un grupo, lo cual puede efectuarse a través de una operación de fusión o de escisión y que de acuerdo con la DGT (Consulta V0327/2016, de 27 de enero [NFC057991]) cuando impliquen «optimizar la gestión, control y seguimiento de las actividades realizadas a través de una mayor racionalización y organización de los recursos disponibles, reorganización de las líneas de actividad, facilitar la prestación de servicios a terceros ajenos al grupo, separación de líneas de negocio de manera que sea posible una gestión y una toma de decisiones más dinámica, sin diferencias de criterio, distorsiones y posibles conflictos, aprovechamiento de sinergias y economías de escala derivados de la concentración de determinadas actividades, atender mejor a las necesidades propias de cada mercado, con una mayor organización, mejorar la visión frente a terceros del negocio y su rentabilidad, y una mayor profesionalización en la gestión de los distintos negocios resultantes de la reestructuración», se considerará que estamos en presencia de unos motivos económicamente válidos a los efectos del régimen del diferimiento.

En segundo lugar, encontramos aquellos supuestos basados en las reorganizaciones de las empresas familiares con el objetivo, entre otros, de planificar y regular la sucesión. Al respecto, la DGT ha señalado que (Consulta V1971/2012, de 15 de octubre [NFC045574]) «en el escrito de consulta se indica que las operaciones de reestructuración planteadas se llevarían a cabo con la finalidad de unificar la política accionarial del grupo familiar, concentrando en una única sociedad la participación del mismo; garantizar la supervivencia de los negocios y facilitar el relevo generacional a medio plazo, aumentando la probabilidad de continuidad empresarial en el futuro de las sociedades objeto de la aportación, simplificando los problemas de sucesión y evitando la dispersión de los socios, lo cual conllevaría una mayor complejidad en la gestión de las sociedades participadas e impediría el relevo generacional; conseguir que los movimientos accionariales dentro del grupo familiar sean libres, sin necesidad de que intervenga ninguna persona ajena al mismo y facilitar la implementación de protocolos familiares; contar con una estructura válida para poder acometer nuevas inversiones desde una única sociedad cabecera que será el vehículo de todo el grupo familiar para canalizar inversiones conjuntas y gestionar el crecimiento del grupo al contar la nueva sociedad *holding* con recursos propios generados con la gestión de la cartera de valores, así como incrementar la solvencia y lograr un mejor aprovechamiento de los capitales, una mayor eficiencia administrativa, comercial y de negociación frente a terceros y configurar una estructura válida que permita optar por el régimen de consolidación fiscal. Dichos motivos pueden considerarse como económicamente válidos, a los efectos del cumplimiento de lo previsto en el apartado 2 del artículo 96 del TRLIS».

En tercer lugar, también encontramos aquellos supuestos basados en la simplificación de las cargas imperantes en la sociedad. Al respecto, ha reseñado la DGT (Consulta V1546/2013, de 7 de mayo [NFC047824]) que «En el escrito de consulta se indica que la operación planteada tiene por objeto centralizar las actividades para lograr economías de escala, con aumento de la solven-

de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea», *Quincena Fiscal*, n.º 1, 2009.

cia y mayor coordinación, simplificar y aligerar la estructura empresarial del grupo, simplificar los costes administrativos y laborales, con el consiguiente ahorro de cargas burocráticas, simplificar las obligaciones mercantiles, optimizar los recursos propios, ajenos, técnicos y humanos, centralizar la planificación y la toma de decisiones, unificar la dirección, administración y gerencia de las dos entidades, conseguir una imagen unitaria frente a terceros, facilitar la percepción externa del grupo mediante la gestión coordinada de las dos entidades, adaptar las dimensiones productivas a la demanda del sector en el momento económico actual, aprovechar las sinergias con el fin de mejorar la productividad y la eficacia, mejorar la capacidad comercial, de administración y de negocios con terceros y llevar a cabo una gestión y toma de decisiones más ágil y fluida. El hecho de que tanto la sociedad absorbente como la absorbida cuenten con bases imponibles negativas pendientes de compensar, no invalida, por sí mismo, la aplicación del régimen fiscal especial».

3.4. LA ÚLTIMA POSICIÓN DEL TS

Una de las últimas controversias dirimidas en nuestro derecho interno acerca de la existencia de motivos económicos válidos ha concluido con un polémico pronunciamiento del TS a través de su Sentencia de 20 de julio de 2014. En concreto, se cuestionaba si era admisible como razón económica una escisión total de una entidad como consecuencia de la constante confrontación entre los dos únicos socios accionistas. Una tensa situación que había incluso desembocado en la completa paralización de la actividad económica ejercida por la sociedad y en la creación de sendas delegaciones independientes, que dirigían de manera autónoma cada una de ellas, un socio respectivo. Bajo estos antecedentes de hecho, el TS acaba considerando que «la operación de escisión solo persigue la distribución y división de máquinas recreativas a dos empresas ya existentes con objeto sociales idénticos a la originaria y con continuación tras la escisión por las sociedades beneficiarias de exactamente la misma actividad, con los mismos orígenes de ingresos que nacen de la explotación de máquinas recreativas. La única finalidad es el reparto de un patrimonio común sin que pueda justificarse con un motivo económico válido de reestructuración o racionalización de sus actividades, puesto que de lo se trata es de, beneficiándose del régimen especial, obtener una situación fiscal más atractiva». Y poco más añade, pues a su modo de ver «La única finalidad es el reparto de un patrimonio común sin que pueda justificarse con un motivo económico válido de reestructuración o racionalización de sus actividades, puesto que de lo se trata es de, beneficiándose del régimen especial, obtener una situación fiscal más atractiva».

Sin embargo, como hemos advertido, este no ha sido un pronunciamiento pacífico y unánime entre todos los magistrados que conforman la sala de lo contencioso-administrativo del TS. Así se desprende del voto particular redactado al efecto, donde se destaca la objetividad con la cual la mayoría de la Sala se decanta por analizar el concepto de «motivos económicos válidos». En este sentido, de acuerdo con su argumentación, la sentencia meramente se limita a corroborar unos determinados hechos objetivos –la operación de escisión– y su inherente resultado –el reparto de un patrimonio entre los dos socios de la entidad y una cuota tributaria di-

ferida por la aplicación del régimen fiscal–; olvidándose, no obstante, de analizar las concretas circunstancias fácticas que abocaron a dicha situación. Unas circunstancias que, cabe incluso advertir, quedaron plenamente acreditadas mediante un informe pericial en el cual se demostraba como la separación de los socios había contribuido significativamente a incrementar de nuevo la productividad del negocio.

Además, sorprende en exceso este pronunciamiento, si tenemos incluso en conocimiento las últimas consultas de la DGT que se han referido a la materia. Así pues, la Consulta V0938/2006, de 17 de mayo (NFC022626), confirmó como motivos económicos válidos el hecho de que «los actuales socios mantengan posturas enfrentadas y discrepantes en cuanto al mejor gobierno de la entidad, diferentes perspectivas de la gestión de la entidad en cuanto a posibles inversiones y desinversiones, así como estrategias muy diferenciadas con relación al futuro de la entidad [...]» y más recientemente la Consulta V3643/2013, de 19 de diciembre (NFC049946), ha reseñado que «la finalidad de permitir que la convivencia de los socios-administradores se calme, que el patrimonio empresarial se mantuviera e incluso se lograse incrementar [...] se pueden considerar económicamente válidos a los efectos del artículo 96.2 del TRLIS».

De esta manera, podemos concluir que no existe dentro de nuestro ordenamiento tributario una pauta exacta que permita a los contribuyentes concluir cuándo en una concreta operación de reorganización concurrirán o no los manidos motivos económico válidos, pues pronunciamientos como el último analizado no hacen más que contribuir a la creación de un *statu quo* basado solamente en la inseguridad jurídica.

4. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA INAPLICACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL POR SENTENCIA JUDICIAL

Finalmente, resulta oportuno analizar el abanico de efectos jurídico-tributarios asociados a una sentencia judicial en virtud de la cual se deniega la aplicación del régimen especial a una concreta entidad. Así pues, como ha quedado remarcado a lo largo de este trabajo, una de las principales ventajas fiscales inherentes a este régimen es el mecanismo del diferimiento, según el cual, las plusvalías generadas por la entidad transmitente como consecuencia de la cesión de los activos y del pasivo por medio de una operación de reestructuración, no serán efectivas y solo serán declaradas en sede de la adquirente cuando las mismas se realicen verdaderamente.

En caso contrario, resultará necesario una remisión a lo dispuesto en el artículo 17.4 de la LIS donde se establece que «Se valorarán por su valor de mercado los siguientes elementos patrimoniales: [...] b) los aportados a entidades y los valores recibidos en contraprestación [...]; d) los transmitidos en virtud de fusión, y escisión total o parcial [...]; f) los adquiridos por canje o conversión [...]». A lo que habrá que añadir lo previsto por el artículo 17.5 de la LIS «En los supuestos previstos en las letras a), b), c) y d) del apartado anterior, la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los elementos transmitidos y

su valor fiscal» y 17.9 de la LIS según el cual «En la fusión, absorción o escisión total o parcial se integrará en la base imponible de los socios la diferencia entre el valor de mercado de la participación recibida y el valor fiscal de la participación anulada».

Ahora bien, recordemos que estamos analizando aquellas situaciones en las cuales una entidad, que se acogió en su día a los susodichos beneficios fiscales, posteriormente ve frustrada esta posibilidad a consecuencia de una sentencia judicial. De ahí que haya que conjugar los anteriores preceptos de la LIS de la siguiente manera:

- En primer lugar, en sede de la entidad transmitente se generará una plusvalía (o minusvalía) por la diferencia existente entre el valor contable de los activos y pasivos cedidos y el valor de mercado de los mismos, que deberá incluirse en la declaración presentada del impuesto sobre sociedades del año correspondiente al cual se produjo la modificación estructural (una declaración cuya cuota había sido cero en virtud de la aplicación del régimen fiscal especial). Si bien, en aquellos supuestos en los cuales dicha entidad hubiera dejado de existir (pensemos, por ejemplo, una escisión total), la posible cuota tributaria resultante de esta operación, cuyo deudor principal será dicha entidad extinguida, deberá ser abonada por las entidades sucesoras de la misma, en su calidad de herederas.
- En segundo lugar, las entidades adquirentes de los activos y pasivos resultantes de la operación de reestructuración deberán valorarlos a efectos fiscales por su valor normal de mercado y, por tanto, proceder a amortizarlos de acuerdo con dicho valor. Ahora bien, estas entidades, al haberse aplicado el régimen fiscal del diferimiento, habrán contabilizado dichos activos según el valor que estos tenían en la otra entidad, manteniéndose incluso su fecha originaria de adquisición –requisito del todo necesario para que con posterioridad su venta produjera la concreta plusvalía–. El conflicto es claramente visible: si estas entidades no contabilizaron los activos por su valor de mercado, dado que se acogieron al régimen del diferimiento, resulta evidente que si posteriormente este régimen es inadmisibile, las mismas han estado amortizando muy por debajo del valor correspondiente. Además, puede ser incluso posible que la tardanza en una resolución judicial al respecto imposibilite posteriormente la rectificación de las anteriores declaraciones del impuesto sobre sociedades existentes o incluso que los activos hayan dejado de formar parte del patrimonio de la entidad o hayan consumido toda su vida útil. De esta forma, resultaría del todo aconsejable que las entidades envueltas en esta crítica situación comenzaran a amortizar sobre el valor de mercado de los activos recibidos desde el momento en que se dispone un acto administrativo donde se deniega la aplicación del régimen fiscal especial.
- En tercer lugar, cabe referirse a la tributación de los socios por el canje de valores que los mismos perciben, ya que estos deberán tributar por la diferencia entre el valor normal de mercado de los valores recibidos y el valor contable de los valores entregados. Si bien, esta renta podría considerarse exenta *ex* artículo 21.3 de la LIS, según el

cual «Estará exenta la renta positiva obtenida en la transmisión de la participación en una entidad, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. El mismo régimen se aplicará a la renta obtenida en los supuestos de liquidación de la entidad, separación del socio, fusión, escisión total o parcial, reducción de capital, aportación no dineraria o cesión global de activo y pasivo».

Por su parte, desde el punto de vista contable, destacamos la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 9 de febrero de 2016, por la que se desarrollan las normas de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para la contabilización del impuesto sobre beneficios, donde se indica que «De acuerdo con lo establecido en la NRV 15.^a Provisiones y contingencias del PGC, con carácter general, las obligaciones presentes de naturaleza fiscal, se deriven o no de un acta de inspección, deberán ocasionar en el ejercicio en que surjan, la correspondiente dotación a la provisión por el importe estimado de la deuda tributaria». A lo que añade que en ningún caso resultaría justificable la ausencia de registro de una obligación por la eventualidad de que se produzca o no una comprobación administrativa, ni tampoco calificar la obligación como remota cuando surja una discrepancia como consecuencia de la citada comprobación o inspección, o a raíz de los criterios mantenidos por las Administraciones públicas o por los tribunales de justicia sobre hechos de similar naturaleza a los que se refiere la obligación⁵².

⁵² En concreto, en su artículo 18, intitulado «Provisiones y contingencias derivadas del impuesto sobre beneficios», se especifica que: «1. Con carácter general, las obligaciones presentes de naturaleza fiscal, se deriven o no de un acta de inspección, deberán ocasionar en el ejercicio en que surjan el reconocimiento de una provisión por el importe estimado de la deuda tributaria. 2. La provisión a la que hace referencia el número anterior o, en su caso, si se trata de importes determinados, la deuda con la Hacienda Pública, se registrará con cargo a los conceptos de gasto correspondientes a los distintos componentes que la integran. La citada provisión figurará en la partida 4. "Otras provisiones" del epígrafe I "Provisiones a largo plazo" de la agrupación B) "Pasivo no corriente" del balance o en una partida de la agrupación C) Pasivo corriente, del epígrafe II "Provisiones a corto plazo" si el vencimiento de esta provisión es inferior al año; en su caso, la mencionada deuda, si tiene un vencimiento inferior a un año figurará en la partida 6. "Otras deudas con las Administraciones Públicas" del epígrafe C.V "Acreedores comerciales y otras cuentas a pagar" del pasivo del balance, mientras que si la deuda con la Hacienda Pública tuviese un vencimiento superior a un año, figurará en la partida "Administraciones públicas a largo plazo" que se creará al efecto en el epígrafe B.II "Deudas a largo plazo" del pasivo. 3. El registro de las operaciones que se derivan del apartado anterior, se realizarán teniendo como referencia los modelos de la cuenta de pérdidas y ganancias contenidos en la tercera parte del Plan General de Contabilidad, de acuerdo con lo siguiente: a) La cuota del impuesto sobre sociedades del ejercicio se contabilizará como un gasto en la partida 17 "Impuesto sobre beneficios". A tal efecto se podrá emplear la cuenta 633. "Ajustes negativos en la imposición sobre beneficios" contenida en la cuarta parte del Plan General de Contabilidad. b) Los intereses correspondientes al ejercicio en curso se contabilizarán como un gasto financiero, que figurará en la partida "Gastos financieros" de la cuenta de pérdidas y ganancias.c) Los intereses y las cuotas correspondientes a todos los ejercicios anteriores se contabilizarán mediante un cargo en una cuenta de reservas cuando habiendo procedido el registro de la citada provisión en un ejercicio previo, éste no se hubiese producido. Por el contrario, si el reconocimiento o los ajustes en el importe de la provisión se efectúan por cambio de estimación (consecuencia de la obtención de información adicional, de una mayor experiencia o del conocimiento de nuevos hechos), se cargará a cuentas del subgrupo 63 por el importe que corresponde a la cuota y a cuentas del subgrupo 66 por los intereses de demora, correspondan estos al ejercicio o a ejercicios anteriores. d) La sanción producirá un gasto de naturaleza excepcional, que se contabilizará mediante la cuenta 678. "Gastos

5. ÚLTIMAS CONSIDERACIONES

La introducción dentro del acervo comunitario de la Directiva 90/434/CEE supuso un marcado hito dentro del lento pero imparable proceso de armonización de la imposición directa mediante la supresión de determinadas barreras técnicas y fiscales que imposibilitaban el establecimiento de un auténtico mercado común europeo. El objetivo consistía en la instauración de un régimen fiscal ventajoso que no entorpeciera las operaciones de reestructuración a las cuales podían verse sometidas determinadas empresas como parte necesaria de su proceso de expansión o remodelación. De esta forma, asegurando un coste fiscal cero a este tipo de operaciones se instaba a las entidades europeas a la ejecución de las mismas sin que la variable tributaria pudiera tener ningún tipo de incidencia en su capacidad decisoria.

Un régimen que, en el caso del ordenamiento tributario español, incluso se consideró aconsejable hacerlo expansible al resto de operaciones de reordenación que pudieran acometerse entre entidades nacionales. En este sentido, constituyó un significativo avance la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, al equiparar el régimen fiscal aplicable a todas las operaciones de reestructuración, ya fueran estas de tinte internacional o meramente nacional. Sin embargo, lo que pretendía erigirse como un sistema basado en la neutralidad impositiva, acabó fraguándose como un auténtico *desideratum* ante la indeterminación de algunos de los conceptos que integran su esencia y contenido.

En efecto, desde la necesidad de un solapamiento entre los conceptos mercantiles y los jurídico-tributarios hasta la inserción de una cláusula antiabuso exenta de imperfecciones, son solo algunos de los retos que todavía restan pendientes de una definitiva adecuación legislativa. Especialmente por lo que concierne a los controvertidos motivos económicos válidos, objeto de una dilatada jurisprudencia y doctrina administrativa que no se muestra firme en la interpretación de los mismos. Una peligrosa situación que, en ocasiones, incluso ha desencadenado en una pérdida de rumbo en cuanto a su objetivo principal: la lucha contra las prácticas abusivas y la evasión fiscal. Y, es que, resulta importante recordar que el establecimiento de una cláusula antiabusiva solamente puede configurarse como un método residual y de carácter excepcional, dada la indudable restricción que la misma comporta sobre las libertades fundamentales (véase el apartado 37 de la STJCE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-324/00, *Lankhorst* [NFJ013286]).

excepcionales". 4. Los excesos que se puedan poner de manifiesto en la provisión a que se ha hecho referencia supondrán un cargo en la misma con abono a los conceptos de ingreso que correspondan; en concreto, los excesos que se produzcan en relación con el concepto de gasto por impuesto sobre sociedades, supondrán una reducción en la partida "Impuesto sobre beneficios" de la cuenta de pérdidas y ganancias, para lo que se podrá emplear la cuenta 638. "Ajustes positivos en la imposición sobre beneficios"; por su parte, los excesos que se produzcan en relación con el concepto de intereses correspondientes al ejercicio o a ejercicios anteriores darán lugar a un abono en cuentas del subgrupo 76; por último, los excesos que se puedan poner de manifiesto en relación con el concepto de sanción, figurarán en la partida "Ingresos excepcionales"».

Ante esta encrucijada, donde las entidades se ven abocadas a convivir con una constante vorágine interpretativa, quizás resultara deseable una codificación a nivel legislativo de la doctrina y principios aducidos durante este tiempo en esta materia. De tal modo que solo perviviera un único enfoque común en la aplicación y coordinación de las políticas antiabuso. En este sentido, constituye ya un importante logro la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa dentro de la Unión Europea y en relación con terceros países, en cuyo documento se apuesta por la elaboración de una definición única de los conceptos de prácticas abusivas y montaje puramente artificial, así como una reducción de las posibles discrepancias que pudieran dar lugar a una no imposición involuntaria⁵³. A mayor abundamiento, como apuntan otros sectores, también podría considerarse aconsejable el establecimiento de un sistema de autorización previa por parte de la autoridad administrativa competente como garantía de la aplicación irrevocable del régimen del diferimiento, tal y como prevén algunos sistemas de nuestro entorno⁵⁴.

En definitiva, podemos advertir que el gran reto pendiente consiste en el establecimiento de una red de seguridad jurídica que imposibilite que la indeterminación de los elementos que constituyen la esencia de este sistema fiscal acaben generando un nuevo freno a la ejecución de las operaciones de reestructuración societaria, tan necesarias y saludables en nuestra economía. En esencia, alcanzar un justo equilibrio entre todas las partes enfrentadas, entre lo que constituye la defensa de las libertades comunitarias y la lucha contra el fraude fiscal.

⁵³ COM (2007) 785 final.

⁵⁴ Al respecto, CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Hacia...», *op. cit.*, señala «El TJUE no se ha pronunciado sobre la compatibilidad con el Derecho de la UE de tal modelo, aunque en los casos *Andersen* (C-43/00) y *Foggia* la cuestión prejudicial se planteó en el marco de legislaciones que establecían este modelo».

Bibliografía

- ALONSO ESPINOSA, F. J. y LÁZARO SÁNCHEZ, E. J. [2009]: «Especialidades del procedimiento de escisión», en VV. AA., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi.
- ALONSO LEDESMA, C. [2009]: en la obra colectiva *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo II, Thomson Aranzadi, Pamplona.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. [2009]: «La aportación de rama de actividad tras la regulación de la segregación en la Ley 3/2009 de modificaciones estructurales», *Diario La Ley*, n.º 7.253.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. [2012]: «Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula antibus de la "Directiva de fusiones": ¿Hacia motivos económicos válidos de alto voltaje?», *RCyT. CEF*, n.º 347.
- CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.) [2008]: *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, CISS.
- CHECA GONZÁLEZ, C. [2009]: «Los motivos económicos válidos que permiten la aplicación del régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea», *Quincena Fiscal*, n.º 1.
- CORRAL ANUARBE, P. [1994]: «La interpretación del principio de igualdad tributaria por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Cuadernos de Estudios Empresariales*, n.º 4, Complutense, Madrid.
- FALCÓN Y TELLA, R. [2001]: «El limitado alcance de la exigencia de un motivo económico distinto del ahorro fiscal: la necesidad de una cláusula antiabuso específica (STJ 20 mayo 2010, Zwijnenburg)», *Quincena Fiscal*, n.º 6.
- [2001]: «La nueva redacción de la cláusula anti-abuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS», *Quincena Fiscal*, n.º 4.
- FERNÁNDEZ NAVARRETE, D. [2007]: *Fundamentos Económicos de la Unión Europea*, Thomson, Madrid.
- GARCÍA NOVOA, C. [2004]: «La Directiva 90/434/CEE: "Operaciones de reestructuración empresarial y planificación fiscal de patrimonios"», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 239.
- IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J. [2016]: «Las modificaciones estructurales de las sociedades» en MÉNENDEZ, A. y ROJO, A. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Thomson Reuters, edición 12.ª.
- MAGRANER MORENO, F. J. [2009]: *La coordinación del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea*, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.
- [2010]: «Régimen fiscal del traslado transfronterizo del domicilio social», *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, n.º 234.
 - [2015]: «La concurrencia del controvertido "Motivo económico válido" en las operaciones de reestructuración empresarial: una cuestión de prueba (un apunte al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2014)», *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, n.º 277.
- MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A. [2009]: «Escisión parcial: concepto y requisitos», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo II, Aranzadi, Navarra.
- MARTÍN GARCÍA, J. M. [2008]: «La escisión», en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M. (coord.), *Estudios jurídicos sobre operaciones de reestructuración societaria*, Thomson Aranzadi, Navarra.

MENÉNDEZ GARCÍA, G. [2015]: «El régimen tributario de la cesión global de activo y pasivo» en *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, por ROJO FERNÁNDEZ, A. J.; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A. (coords.), Aranzadi.

NAVARRO EGEA, M. [1998]: «Régimen de fusiones. La eficacia directa de la Directiva 90/434/CEE y su proyección en el régimen tributario interno», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, vol. III, Parte Estudio.

– [1999]: «La fusión de sociedades en la Unión Europea a resultas de la Directiva 90/434/CEE», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 101.

PALAO TABOADA, C. [2002]: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *RCyT. CEF*, n.º 235.

– [2007]: «La modificación de la Directiva de fusiones» en *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson.

PRADA LARREA, J. L. [2009]: «Consecuencias fiscales en el Impuesto sobre Sociedades de la nueva Ley de Modificaciones Estructurales», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 86.

SÁNCHEZ MANZANO, J. D. [2011]: «Problemática de calificación negocial en torno a las operaciones de reestructuración consumadas por entidades distintas de sociedades mercantiles en el marco del régimen fiscal de la reestructuración empresarial», *Quincena Fiscal*, n.º 8.

– [2015]: «La regla de proporcionalidad como rasgo caracterizador de la escisión desde la óptica fiscal. Los filtros insertados por los criterios administrativos para aceptar las tutela de las escisiones subjetivas dentro del régimen fiscal de la reestructuración empresarial», *Quincena Fiscal*, n.º 4.

SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A. [2010]: «A vueltas con los problemas de la prueba en Derecho Tributario», *RCyT. CEF*, n.º 325.

– [2015]: «La reforma parcial de la Ley General Tributaria operada por la Ley 34/2015», *RCyT. CEF*, n.º 391.

SANZ GADEA, E. [2001]: «Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000», *RCyT. CEF*, n.º 215.

SPEAR, H. M.: «Corporate Business Purpose in Reorganizations», *Tax Law Review*, vol. 3, 19.