

## LA CLÁUSULA ANTIABUSO EN EL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD Y PAUTAS PARA SU APLICACIÓN TRAS LA INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

**Florián García Berro**

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad de Sevilla*

---

### EXTRACTO

La interpretación de la cláusula antiabuso integrante del régimen de neutralidad ha sido motivo de viva controversia en el pasado, impulsada por la evolución de los criterios administrativos sobre su aplicación y por las respuestas que más tarde ha ido dando la jurisprudencia en relación con sus aspectos más conflictivos. Un esfuerzo interpretativo especial ha merecido de todas las partes la delimitación del concepto de «fraude o evasión», así como la fijación del papel que juega la «ausencia de motivos económicos válidos» al apreciar su existencia como causa de exclusión del régimen. Es relativamente reciente sin embargo la intervención del Tribunal Supremo pronunciándose sobre los aspectos clave del problema. El presente estudio pretende poner de manifiesto cuáles son y cómo se han visto matizadas, en su caso, las pautas para la aplicación de la norma, a la vista de esta nueva jurisprudencia.

**Palabras claves:** Impuesto sobre Sociedades, régimen de neutralidad, cláusula antiabuso, fraude o evasión y motivos económicos válidos.

---

*Fecha de entrada: 14-07-2015 / Fecha de aceptación: 04-08-2015 / Fecha de revisión: 15-10-2015*

## THE ANTI-ABUSE CLAUSE IN THE NEUTRALITY REGIME AND GUIDELINES FOR ITS APPLICATION AFTER THE INTERVENTION OF THE SUPREME COURT

Florián García Berro

---

### ABSTRACT

The interpretation of the anti-abuse clause in the neutrality regime has been a source of great controversy in the past, at the same time that the administrative criteria for their application were developing and the jurisprudence gave answers about its most controversial aspects. It has required a special effort from everyone the interpretation of the expression «tax evasion or tax avoidance». Also the fixation of the role of «absence of valid economic reasons» to appreciate its existence as a cause of exclusion of the regime. However, it is relatively recent the intervention of the Supreme Court answer to the key aspects of the issue. This study aims to show what they are and how they have been tempered the guidelines for the application of the rule, in view of this new jurisprudence.

**Keywords:** Corporation Tax, tax neutrality regime, anti-abuse clause, tax evasion or tax avoidance and valid commercial reasons.

---

---

## Sumario

1. Introducción
2. Precisiones previas sobre normas aplicables y operaciones incluidas en el régimen especial
3. La cláusula antiabuso. Consideraciones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo
  - 3.1. La conciliación de las diferencias de redacción entre la LIS y la directiva UE
  - 3.2. El significado de la expresión *fraude* o *evasión*: doctrina del Tribunal Supremo
  - 3.3. El concepto de *ventaja fiscal* a los efectos de aplicar la cláusula antiabuso
  - 3.4. La obtención de ventajas fiscales como premisa para elevar las exigencias probatorias del motivo válido: doctrina del Tribunal Supremo
4. Conclusión: la carga de la prueba sobre los presupuestos del régimen y de su exclusión

### Bibliografía

**NOTA:** Este estudio se ha efectuado en el marco del proyecto titulado *Redefinición de los conceptos y categorías básicos del Derecho Tributario ante los cambios normativos* (Ref. DER2014-57401-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

## 1. INTRODUCCIÓN

El capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS en adelante), regula como es sabido un régimen especial aplicable a las operaciones de reestructuración societaria. Dicho régimen implica la neutralidad fiscal de tales operaciones mediante el diferimiento del gravamen correspondiente a las plusvalías acumuladas, tanto en los bienes transmitidos por las entidades implicadas en la reestructuración como en las participaciones de tales entidades que, de resultas del proceso, sean entregadas por sus socios a cambio de valores representativos del capital de otras sociedades (o de compensaciones en metálico, en su caso, dentro de los límites previstos). La tributación de las citadas plusvalías solo tendría lugar al efectuarse la ulterior enajenación de los bienes o valores recibidos a cambio por parte de sus titulares. A tal efecto, los bienes recibidos por las sociedades adquirentes mantendrían en estas el mismo valor fiscal que poseían en la transmitente, y las nuevas participaciones de los socios se valorarían igualmente por el mismo valor de adquisición que tuvieran a efectos fiscales para estos los títulos entregados. La aplicación de este régimen especial, usualmente denominado régimen de neutralidad o de diferimiento, implicaría asimismo que no se devengase el Impuesto municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana correspondiente a las transmisiones de terrenos urbanos resultantes de la operación (disp. adic. segunda LIS, con las salvedades que en ella se disponen), así como la no sujeción de cualquier otra transmisión derivada del proceso al concepto Operaciones Societarias y su exención de las modalidades Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados [arts. 19.2.1.º, 21 y 45.1 B).10.º del texto refundido de la Ley reguladora del citado impuesto, aprobado por RDLeg. 1/1993, de 24 de septiembre].

El régimen que se acaba de esbozar, sin embargo, no siempre resulta aplicable a las operaciones de reestructuración que en él se contemplan. Por una parte, porque tiene carácter opcional, pudiendo las entidades afectadas renunciar a él<sup>1</sup>. Por otra parte, además, porque los preceptos que lo regulan fijan condiciones a tal efecto en función del tipo y de las características de las operaciones societarias y, sobre todo, incorporan una cláusula antiabuso o antifraude que, de resultar aplicable, supone la exclusión del régimen para las operaciones realizadas. Cuando proceda la exclusión, el tratamiento aplicable a las plusvalías latentes será el previsto con carácter general en el artículo 17 de la LIS. Ello determinará el gravamen por el citado impuesto de las plusvalías acumuladas correspondientes a los elementos que sean transferidos a otras entidades, considerándose renta de la sociedad transmitente la diferencia entre el valor de mercado de los respectivos bienes o derechos y su valor neto contable, e imputándose al periodo impositivo de la operación.

<sup>1</sup> Como más adelante se indica, la LIS vigente ha modificado la forma de hacerse efectiva la voluntariedad del régimen, invirtiendo el sentido de la opción, de modo que, actualmente, el régimen especial de diferimiento se aplica a todas las operaciones de reestructuración previstas en la norma, salvo renuncia expresa de los interesados.

Asimismo, los socios personas físicas experimentarán una ganancia patrimonial gravada (como renta del ahorro) en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) correspondiente al año de la reestructuración, consistente en la diferencia entre el valor de mercado de los nuevos valores recibidos (o de los entregados) y el valor de adquisición de las participaciones entregadas [art. 37.1 e), segundo párrafo, Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del IRPF]. A estas consecuencias fiscales habría que añadir las propias de la tributación en el Impuesto municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana y, en su caso, en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

En resumidas cuentas, el cumplimiento de las condiciones previstas para la aplicación del régimen de neutralidad y, sobre todo, la posible concurrencia del presupuesto de la cláusula anti-fraude constituyen aspectos de capital importancia para determinar la tributación correspondiente cuando se aborda una operación de reestructuración. Sin embargo, la aplicación de estos extremos de la regulación viene planteando múltiples conflictos y dudas interpretativas, que la doctrina y la jurisprudencia tratan de resolver, sin que existan siempre criterios homogéneos que permitan a los interesados prever los resultados del proceso y obtener un mínimo de certeza sobre las consecuencias últimas de las actuaciones que acometen. El propósito de este trabajo es aportar algunas ideas sobre el modo de aplicación de la cláusula antiabuso, a la luz de los planteamientos fundamentales que se desprenden de los principales pronunciamientos de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

## 2. PRECISIONES PREVIAS SOBRE NORMAS APLICABLES Y OPERACIONES INCLUIDAS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL

Lo primero que debe tenerse presente a los fines que aquí interesan es que el régimen de neutralidad fiscal tiene su referente inmediato en la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre (DOUE de 25 de noviembre), dato este de gran relevancia para la interpretación de las condiciones que determinan su aplicación. Como con frecuencia señalan la jurisprudencia y la doctrina administrativa, la finalidad de la directiva es que la fiscalidad no constituya un freno ni un estímulo en la toma de decisiones de las empresas sobre operaciones de reorganización, cuando la causa que impulsa su realización se sustenta en motivos económicos válidos<sup>2</sup>. El régimen de neutralidad, que se reguló por primera vez en la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio (DOCE de 20 de agosto), se incorporó inicialmente a nuestro ordenamiento estatal mediante la Ley 29/1991, de 16 de diciembre (BOE de 17 de diciembre). Dicha normativa interna fue sucesivamente sustituida por las distintas redacciones de los textos legales reguladores del Impuesto sobre Sociedades, hasta desembocar en las disposiciones actualmente en vigor de la LIS (capítulo VII del título VII, arts. 76 al 89). Entretanto, la Directiva 90/434, introductora

<sup>2</sup> Véase por todas, en este sentido, la STS de 8 de marzo de 2012 [recurso de casación 3777/2008, FJ 4.º 4 (NFJ060256)]. Así también lo resaltan en el ámbito administrativo, como cláusula de estilo, la totalidad de las resoluciones de la Dirección General de Tributos (DGT) existentes sobre la materia (de las que se citarán más adelante algunas de las más significativas).

Asimismo, los socios personas físicas experimentarán una ganancia patrimonial gravada (como renta del ahorro) en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) correspondiente al año de la reestructuración, consistente en la diferencia entre el valor de mercado de los nuevos valores recibidos (o de los entregados) y el valor de adquisición de las participaciones entregadas [art. 37.1 e), segundo párrafo, Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del IRPF]. A estas consecuencias fiscales habría que añadir las propias de la tributación en el Impuesto municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana y, en su caso, en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

En resumidas cuentas, el cumplimiento de las condiciones previstas para la aplicación del régimen de neutralidad y, sobre todo, la posible concurrencia del presupuesto de la cláusula anti-fraude constituyen aspectos de capital importancia para determinar la tributación correspondiente cuando se aborda una operación de reestructuración. Sin embargo, la aplicación de estos extremos de la regulación viene planteando múltiples conflictos y dudas interpretativas, que la doctrina y la jurisprudencia tratan de resolver, sin que existan siempre criterios homogéneos que permitan a los interesados prever los resultados del proceso y obtener un mínimo de certeza sobre las consecuencias últimas de las actuaciones que acometen. El propósito de este trabajo es aportar algunas ideas sobre el modo de aplicación de la cláusula antiabuso, a la luz de los planteamientos fundamentales que se desprenden de los principales pronunciamientos de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

## 2. PRECISIONES PREVIAS SOBRE NORMAS APLICABLES Y OPERACIONES INCLUIDAS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL

Lo primero que debe tenerse presente a los fines que aquí interesan es que el régimen de neutralidad fiscal tiene su referente inmediato en la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre (DOUE de 25 de noviembre), dato este de gran relevancia para la interpretación de las condiciones que determinan su aplicación. Como con frecuencia señalan la jurisprudencia y la doctrina administrativa, la finalidad de la directiva es que la fiscalidad no constituya un freno ni un estímulo en la toma de decisiones de las empresas sobre operaciones de reorganización, cuando la causa que impulsa su realización se sustenta en motivos económicos válidos<sup>2</sup>. El régimen de neutralidad, que se reguló por primera vez en la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio (DOCE de 20 de agosto), se incorporó inicialmente a nuestro ordenamiento estatal mediante la Ley 29/1991, de 16 de diciembre (BOE de 17 de diciembre). Dicha normativa interna fue sucesivamente sustituida por las distintas redacciones de los textos legales reguladores del Impuesto sobre Sociedades, hasta desembocar en las disposiciones actualmente en vigor de la LIS (capítulo VII del título VII, arts. 76 al 89). Entretanto, la Directiva 90/434, introductora

<sup>2</sup> Véase por todas, en este sentido, la STS de 8 de marzo de 2012 [recurso de casación 3777/2008, FJ 4.º 4 (NFJ060256)]. Así también lo resaltan en el ámbito administrativo, como cláusula de estilo, la totalidad de las resoluciones de la Dirección General de Tributos (DGT) existentes sobre la materia (de las que se citarán más adelante algunas de las más significativas).

de esta regulación en el ordenamiento de la UE, tras una modificación de cierto calado en 2005, fue sustituida en 2009 por la vigente Directiva 2009/133 a que se ha hecho referencia al principio de este epígrafe. Las condiciones de aplicación del régimen, y en particular la cláusula antielusiva que puede determinar la exclusión del mismo para ciertas operaciones, se han mantenido no obstante sin variaciones sustanciales, al menos si nos atenemos al criterio que sobre el particular viene expresando el Tribunal Supremo en estos últimos años<sup>3</sup>.

Debe hacerse constar que el régimen previsto en la Directiva 2009/133 tiene por objeto inicialmente solo las operaciones de reestructuración social que afecten a entidades establecidas en distintos Estados miembros. Sin embargo, al incorporar a nuestro ordenamiento estatal lo previsto en esta materia por la norma de la UE, el legislador español hizo extensiva desde un principio su aplicación en idénticas condiciones a las operaciones de reestructuración de carácter interno. Esto supone que las condiciones y los requisitos de aplicación, así como los supuestos de exclusión de este régimen especial, regulados en la LIS, deban interpretarse siempre conforme a lo previsto en la directiva de la UE<sup>4</sup>, tanto en los casos de reestructuraciones transnacionales como en aquellos otros en que todos los sujetos afectados sean residentes en territorio español<sup>5</sup>.

La necesidad de interpretar los preceptos de la LIS en este punto de acuerdo con el contenido de la directiva reguladora de la materia se ha subrayado con fuerza por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo<sup>6</sup>. De conformidad con su doctrina, para determinar si una operación

<sup>3</sup> Bien conocido es el cambio de redacción operado en la norma interna mediante la Ley 14/2000, que modificó la cláusula antiabuso del texto legal que por entonces regulaba el impuesto (art. 110.2 Ley 43/1995). En su virtud, el precepto incluyó una mención (hasta ese momento inexistente) a la falta de motivo económico válido como determinante de la no aplicación del régimen de neutralidad. No obstante, si nos atenemos a la doctrina reiterada del Tribunal Supremo [vid. por todas la STS de 21 de julio de 2014, recurso de casación 1871/2013 (NFJ056976) FJ 3.º], dicho cambio no supuso ninguna variación en el presupuesto material de la cláusula interna antiabuso, cuya eficacia dependía, ya desde antes, de la posible ausencia de motivo económico válido, dado que su texto debía interpretarse de conformidad con lo dispuesto en la directiva de la UE, donde la mención a dicha circunstancia había existido desde el origen de la norma.

<sup>4</sup> Véase la completa exposición de SANZ GÓMEZ, R. J.: *La lucha de los Estados contra la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea*, Civitas Thomson-Reuters (2012), págs. 126-144, acerca del significado de esta cláusula en la Directiva 2009/133, a la luz de la jurisprudencia del TJUE.

<sup>5</sup> En el sentido indicado, la STJUE de 17 de julio de 1997 [asunto *Leur-Bloem*, C-28/95 (NFJ005725)] afirmó que, «[...] 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 la competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse. [...] el Tribunal de Justicia es competente para interpretar el Derecho comunitario cuando este no regula directamente la situación controvertida y, sin embargo, el legislador nacional ha decidido, al adaptar el Derecho nacional a las disposiciones de una directiva, dispensar el mismo trato a situaciones puramente internas y a las que regula la directiva, de forma que ha ajustado su legislación interna al Derecho comunitario» (apdos. 32 y 34).

<sup>6</sup> Puede comprobarse en las ya citadas SSTs de 8 de marzo de 2012 [FJ 4.º 4 (NFJ060256)] y de 21 de julio de 2014 [FJ 3.º (NFJ056976)], así como en la de 24 de enero de 2013 [recurso de casación 1847/2010, FJ 4.º 4 (NFJ060259)], entre otras muchas.

de reestructuración social cualquiera puede acogerse al régimen especial de neutralidad, se habrá de estar a lo dispuesto en la norma interna (el capítulo VII del título VII de la LIS) según la interpretación que de ella resulte a tenor de lo previsto en la directiva, la cual se erige de esta forma un elemento interpretativo privilegiado a tal efecto.

Una vez hechas las anteriores precisiones en cuanto a las normas aplicables, conviene recordar por último que el régimen especial regulado en el capítulo VII del título VII de la LIS resulta aplicable a las operaciones de reestructuración que se describen en sus artículos 76 y 87, a saber: fusiones (art. 76.1), escisiones (art. 76.2), canjes de valores (art. 76.5), aportaciones de rama de actividad (art. 76.3), cambios de domicilio de sociedades europeas de un país miembro a otro de la UE respecto de los bienes situados en territorio español (art. 76.7) y aportaciones no dinerarias especiales (art. 87). Resulta del mayor interés destacar que la aplicación del régimen de neutralidad exige en ciertos casos que la parte del patrimonio transferida a las sociedades adquirentes constituya una rama de actividad. Este requisito debe cumplirse no solo en los casos de aportación no dineraria de rama de actividad (art. 76.3 LIS), sino también en los de escisión parcial [art. 76.2.1.º b) LIS], así como cuando se trate de una escisión total subjetiva (art. 76.2.2.º LIS), es decir, cuando aun respetándose en conjunto la proporcionalidad cuantitativa al atribuir a los socios de la escindida las nuevas participaciones en las entidades adquirentes, el porcentaje que estos reciben de cada una de ellas por separado difiere del que ostentaban en la que se escinde (los excesos de participación recibidos en alguna o algunas de las sociedades adquirentes compensarían los defectos de participación en otra u otras). El requisito de que los patrimonios aportados o escindidos constituyan rama de actividad representa uno de los principales focos de controversia, tanto por las discrepancias existentes en su interpretación<sup>7</sup>, como por el riesgo de elusión que puede apreciarse cuando las sociedades implicadas pretenden hacer pasar por escisión total proporcional (supuesto en el que no se precisa que los patrimonios escindidos constituyan ramas de actividad) operaciones que en último término persiguen producir los efectos propios de una escisión parcial, o de una escisión subjetiva, evitando de esa forma tener que cumplir con el mencionado requisito.

Se debe señalar por último que, de acuerdo con la nueva LIS, en las actuaciones de reestructuración llevadas a cabo en los periodos impositivos iniciados desde el 1 de enero de 2015 no será necesario manifestar de manera expresa la opción por dicho régimen (opción que, sin embargo, era indispensable ejercer para su aplicación bajo la vigencia del texto legal precedente). A lo que sí quedan obligadas las sociedades adquirentes es a comunicar a la Administración, del modo pre-

<sup>7</sup> La interpretación estricta de la Administración en cuanto a los requisitos que permiten apreciar la transferencia de una rama de actividad (particularmente, la exigencia de que el patrimonio segregado constituyera una unidad independiente en la entidad transmitente, no bastando su aptitud para funcionar de manera autónoma en la entidad beneficiaria) ha provocado importantes controversias. Recientemente, dos SSTs de 20 de julio de 2014 [recursos de casación 5175/2011 (NFJ056238) y 3569/2011 (NFJ060263)] han respaldado el criterio administrativo. Y posteriormente también la STS de 23 de abril de 2015 [recurso de casación 3946/2012 (NFJ058339)]. De la vitalidad del conflicto da idea no obstante la formulación de dos votos particulares discrepantes con el fallo en relación con cada uno de los dos pronunciamientos citados. Un comentario de esta jurisprudencia puede consultarse en MAGRANER MORENO, F. J.: «La concurrencia del controvertido "motivo económico válido" en las operaciones de reestructuración empresarial (STS de 20 de julio de 2014)», *Tribuna Fiscal*, núm. 277 (2015).



visto en la norma reglamentaria, que han llevado a término la operación de reestructuración correspondiente. El régimen de neutralidad será aplicable salvo renuncia expresa de los interesados.

### 3. LA CLÁUSULA ANTIABUSO. CONSIDERACIONES A LA LUZ DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

#### 3.1. LA CONCILIACIÓN DE LAS DIFERENCIAS DE REDACCIÓN ENTRE LA LIS Y LA DIRECTIVA UE

Una vez aceptado como premisa que una determinada operación societaria responde a alguna de las modalidades de reestructuración a las que resulta aplicable el régimen especial de diferimiento, se debe valorar la posibilidad de que, en función de otras circunstancias concurrentes, pudiera resultar la exclusión de dicho régimen, como consecuencia de la aplicación de la denominada cláusula antiabuso o antifraude, contenida en el artículo 89.2 de la LIS. Con dicha cláusula se persigue evitar que la realización de operaciones de reestructuración se lleve a término con la única o primordial finalidad de eludir el pago de tributos aprovechando el régimen de neutralidad, por lo que este no surtirá efectos cuando así quede constatado. Su tenor actual es el siguiente:

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

La interpretación del significado de esta cláusula ha planteado desde su origen frecuentes controversias, que la jurisprudencia y la doctrina administrativa no han terminado de despejar con éxito de manera definitiva. Durante los últimos tres años, sin embargo, vienen proliferando pronunciamientos al respecto del Tribunal Supremo que tratan de superar algunos de los puntos conflictivos del asunto y fijar, en la medida de lo posible, criterios generales de calificación. En particular, una de las dificultades que ha debido superar la labor de interpretación en esta materia es la evidente diferencia de redacción entre la cláusula de la LIS y el artículo 15.1 a) de la Directiva 2009/133 que le sirve de base [art. 11.1 a) Directiva 90/434, precedente de la actual], cuyo tenor es el siguiente:

«1. 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».

Como se puede apreciar, ambas normas contemplan la posibilidad de excluir la aplicación del régimen de diferimiento cuando el principal objetivo (o uno de los principales objetivos, en palabras de la directiva) sea el fraude o la evasión fiscal. Ahora bien, si nos atenemos al tenor literal de los preceptos transcritos, la ausencia de motivos económicos válidos, de acuerdo con la directiva permite presumir la existencia de una finalidad primordial de fraude o evasión fiscal, mientras que la misma circunstancia en la LIS parece configurarse como una modalidad particular de fraude o evasión, que excluiría por sí sola los efectos del régimen especial, sin posibilidad aparente de prueba en contrario, de acuerdo con sus términos literales.

En todo caso, si nos atenemos a nuestra jurisprudencia interna de más alto rango, las diferencias de redacción que se acaban de apuntar no deben considerarse irreconciliables, de manera que en la práctica no sería preciso decantarse por los efectos literales de una u otra norma. La solución, según el criterio del Tribunal Supremo, debe ser la aplicación coordinada de ambos preceptos, interpretando lo dispuesto en la LIS de acuerdo con el contenido de la directiva, en los términos que enseguida pasamos a exponer<sup>8</sup>.

### 3.2. EL SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN *FRAUDE* O *EVASIÓN*: DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La primera dificultad que se plantea al interpretar el contenido de la cláusula antifraude es definir el concepto de «fraude o evasión fiscal» que, de constituir el principal objetivo de la operación, determinaría que no se aplicase el régimen de neutralidad. Nuestra jurisprudencia ha considerado razonable entender que, en un primer acercamiento, la expresión aludida engloba en su seno a la noción tradicional de «fraude de ley tributaria» («conflicto en la aplicación de la norma tributaria», según la regulación vigente de esta categoría en el art. 15 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria<sup>9</sup>). Ello no obstante, el Tribunal Supremo viene insistiendo también en que los

<sup>8</sup> Así, la STS de 19 de febrero de 2015 [recurso de casación 647/2013, FJ 3.º (NFJ060255)], además de las ya antes citadas SSTS de 8 de marzo de 2012 [FJ 4.º 4 (NFJ060256)], de 24 de enero de 2013 [FJ 4.º 4 (NFJ060259)] y de 21 de julio de 2014 [FJ 3.º (NFJ056976)].

<sup>9</sup> La SAN de 7 de mayo de 2007 [recurso 313/2004 (NFJ025984)] va más lejos, llegando a identificar el concepto de fraude o evasión, en este contexto, con el de «conflicto en la aplicación de la norma tributaria» [en el mismo sentido, las SSAN de 16 de febrero de 2011, recurso 320/2007 (NFJ042088), y de 9 de marzo de 2011, recurso 110/2008 (NFJ042449)]. A esta misma solución apuntaba VILLAR EZCURRA, M.: «Los efectos en el Derecho español de la doctrina del business purpose y de la noción comunitaria de motivo económico válido», *Noticias de la UE*, núm. 239 (2004), pág. 119, quien invocando el principio de proporcionalidad, de acuerdo con el planteamiento de la STJUE *Leur-Bloem* (citada *supra*), considera exigible, para aplicar la cláusula antiabuso, el procedimiento específico previsto en la LGT para declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Esta ecuación entre «conflicto en la aplicación de la norma» y «fraude o evasión», según el sentido de la cláusula, no es compartida sin embargo por el Tribunal Supremo, como vamos a ver, pues considera este órgano que el presupuesto de la cláusula antiabuso posee un contenido más amplio.

términos «fraude o evasión», en este contexto (el del actual art. 89.2 LIS), poseen un ámbito más extenso que el de la expresión «fraude de ley», vinculando su significado al del artículo 7.2 del título preliminar de nuestro Código Civil, por el que se prohíbe el abuso del derecho y su ejercicio antisocial. En consecuencia, de una parte, cuando las operaciones societarias llevadas a cabo respondan al concepto de fraude de ley (o conflicto en la aplicación de la norma), podrá afirmarse que tienen por objetivo el fraude o la evasión fiscal (en el sentido del art. 89.2 LIS), quedando por tanto excluidas del régimen especial<sup>10</sup>. Sin embargo, como también se ha dicho, el concepto de «fraude o evasión» implícito en la cláusula antifraude del artículo 89.2 de la LIS no se agota en tales supuestos, sino que abarca situaciones que no necesariamente presuponen el uso de negocios artificiosos o impropios característico de aquellas conductas.

Precisamente para explicar la idea anterior, el Tribunal Supremo recurre a la «ausencia de motivos económicos válidos» como circunstancia que contribuye, en los términos previstos en la Directiva 2009/133, a apreciar la presencia de fraude o evasión. Así lo hace, entre otras, la STS de 7 de abril de 2011, recurso de casación 4939/2007 (NFJ042890), donde se alude a la Directiva 90/434/CEE (precedente de la Directiva 2009/133), reguladora del régimen en el periodo de los hechos enjuiciados. En todo caso, se trata de un punto sobre el que existe cierta unanimidad de criterio dentro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como enseguida se hará constar<sup>11</sup>.

Así las cosas, siendo la posible ausencia de motivos económicos válidos, de acuerdo con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, una circunstancia decisiva para apreciar la existencia de fraude o evasión, y teniendo en cuenta que la interpretación de la cláusula del artículo 89.2 de la LIS debe llevarse a cabo a la luz de lo que dispone el ordenamiento de la UE en esta materia, resulta de la mayor importancia tener en cuenta el criterio expresado por el TJUE en torno al concepto de motivos económicos válidos implícito en la directiva. Dicho criterio, por cuanto aquí interesa, podría sintetizarse en tres asertos básicos:

<sup>10</sup> Así, entre otras, la STS de 8 de marzo de 2012 [FJ 4.º 4 (NFJ060256)] ya citada antes señala que «la legislación tributaria española no contiene una definición específica de los conceptos de fraude y evasión fiscal. Sin embargo, parece razonable considerar que deberían tener cabida en dichos conceptos las conductas desarrolladas por el sujeto pasivo, en las que, sin violar directamente la norma tributaria, se produce un abuso de las formas jurídicas aplicadas, las cuales no se utilizan con el objeto de conseguir los efectos de su causa típica, sino con la finalidad de eludir los efectos derivados de la aplicación de una determinada norma tributaria (se trataría de los supuestos de fraude de ley contemplados en el artículo 24 de la LGT 230/1963)».

<sup>11</sup> En el mismo sentido se manifiestan todas las sentencias pronunciadas en relación con el significado de la cláusula legal que se examina. Así, entre las más recientes, la STS de 21 de mayo de 2015 [recurso de casación 1197/2013 (NFJ060261)]. También, entre otras, las mencionadas en notas anteriores SSTS de 8 de marzo de 2012 (NFJ060256), 24 de enero de 2013 (NFJ060259), 21 de julio de 2014 (NFJ056976) y 19 de febrero de 2015 (NFJ060255). Todas dedican una parte de sus considerandos a explicar que la ausencia de motivos económicos válidos, como elemento de máxima relevancia a efectos de apreciar la existencia de fraude o evasión, está presente de manera implícita en el propio concepto de fraude o evasión (interpretado de acuerdo con la directiva de la UE). De esa forma llega el tribunal a la conclusión de que la ausencia de motivo económico válido funcionaba como elemento decisivo a tal fin incluso cuando la norma interna (antes de su modificación por la Ley 14/2000) no hacía referencia explícita a él.

- En primer lugar, el concepto de motivo económico válido es más amplio que la mera ventaja fiscal; es decir, cuando el motivo preponderante de la operación sea el logro de una ventaja fiscal, ello no será suficiente por sí solo para apreciar la presencia de motivos económicos válidos<sup>12</sup>.
- En segundo lugar, y no obstante la afirmación anterior, el hecho de que una operación persiga como objetivo obtener una ventaja fiscal no impide que pueda apreciarse la existencia de motivos económicos válidos, si dicha ventaja no constituye un objetivo principal<sup>13</sup>.
- Por último, la presencia de motivos económicos válidos debe valorarse en función de las circunstancias específicas de cada caso. Esto determina que no puedan concretarse a priori criterios válidos con carácter general para calificar todos los supuestos susceptibles de darse en la realidad<sup>14</sup>.

Con todo, no obstante, de acuerdo con la Directiva 2009/133 la sola ausencia de motivos económicos válidos tampoco permitiría de manera terminante afirmar la existencia de fraude o evasión, ni determinaría, por tanto, una exclusión automática del régimen de diferimiento. Lo que entraría en juego entonces, en virtud de su artículo 15, es la posibilidad de presumir que el objetivo principal de la operación ha sido el fraude o la evasión fiscal<sup>15</sup>. La consecuencia práctica de dicha

<sup>12</sup> Vid. la STJUE de 17 de julio de 1997, asunto *Leur-Bloem*, C-28/95 (NFJ005725), apartado 47: «Del tenor y de los objetivos del artículo 11, así como de los de la directiva se deduce que el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal. Por consiguiente, una operación de fusión por canje de acciones que solo persiguiera tal objetivo no puede constituir un motivo económico válido en el sentido de este artículo».

<sup>13</sup> De acuerdo con la STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto *Foggia*, C-126/10 (NFJ044771), apartado 35, «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».

<sup>14</sup> Para apreciar la posible existencia de motivos económicos válidos deberá llevarse a cabo un examen global de la operación, sin que a priori existan circunstancias que por sí solas puedan determinar un juicio negativo al respecto [STJUE de 20 de mayo de 2010, asunto *Zwijnenburg*, C-352/08 (NFJ038357), apdo. 44]. En concreto, por ejemplo, no puede rechazarse de forma automática la concurrencia de motivos económicos válidos en una escisión por el mero hecho de que la sociedad escindida no desarrolle actividades económicas o porque esta y las que recibieron sus bienes tengan el mismo administrador, domicilio social y socios (STJUE *Foggia*, citada en nota anterior, apdos. 37 a 39).

<sup>15</sup> Como indicara, en relación con el precepto, PALAO TABOADA, C.: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *RCyT*. CEF, núm. 235 (2002), págs. 63 y ss., «la ausencia de motivos económicos válidos únicamente sería indicio de tal fraude o evasión, como prevé la directiva». Así también FALCÓN Y TELLA, R.: «La nueva redacción de la cláusula antiabuso en el régimen de fusiones, escisiones y aperturas de activos: artículo 110.2 de la LIS», *Quincena Fiscal*, núm. 4 (2001), pág. 6, «una interpretación conforme a la directiva debe llevar a la conclusión de que estamos ante una simple presunción *iuris tantum*». En la misma línea, GARCÍA NOVOA, C.: «La modificación de la cláusula antiabuso del art. 110 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 54 (2001), págs. 44 y ss. (en especial, 48), invocando la STJUE *Leur-Bloem* más atrás citada, argumenta que «esa mayor amplitud de los motivos económicos, frente a las ventajas fiscales, supone que se podrá denegar la aplicación del régimen especial cuando una operación tenga como único motivo la búsqueda de una ventaja fiscal,

presunción, de conformidad con la jurisprudencia arriba citada del TJUE, podría formularse a su vez de la manera siguiente: si el único fin económico capaz de explicar racionalmente la operación fuera, *prima facie*, el logro de una ventaja fiscal, podrá afirmarse que su objetivo principal es el fraude o la evasión (entendido este concepto en el sentido amplio de la directiva), salvo que se acredite por los interesados la presencia de una razón económica de rango suficiente para alzarse como móvil predominante sobre el objetivo estrictamente fiscal. A tal efecto, resulta ilustrativo el balance que se desarrolla en la STJUE de 10 de noviembre de 2011 (asunto *Foggia*), donde se pondera la relevancia de los distintos motivos presentes en la operación de fusión sometida a examen, entendiéndose en este caso que la ventaja organizativa obtenida, en términos de reducción de costes de gestión, carecía de entidad suficiente para evitar que la compensación de cuantiosas pérdidas fiscales (el motivo fiscal) se impusiese como objetivo principal de la operación<sup>16</sup>.

Llegados a este punto, puede decirse que la interpretación de las consecuencias de la cláusula antifraude por nuestro Tribunal Supremo se encuentra en la línea de la jurisprudencia del TJUE que se acaba de referir, pese a que la redacción de la norma en el ordenamiento español (vigente art. 89.2 LIS) no se ajusta de manera estricta, como ya se vio, a lo dispuesto en la legislación de la UE (primero la Directiva 90/434, y luego la vigente Directiva 2009/133 que la sustituyó). De esta forma, para apreciar que el fin principal es el fraude o la evasión fiscal, el Tribunal Supremo asocia este concepto a una manifestación del abuso del derecho, no considerando necesario, como antes se dijo, que la operación societaria sea constitutiva de fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma.

Conforme a la doctrina del Alto Tribunal, para apreciar la existencia de fraude o evasión será necesario que la operación produzca una ventaja fiscal, circunstancia que puede ser suficiente para aplicar la cláusula antielusiva si a ello se une que los sujetos implicados no aportan pruebas de un motivo económico distinto capaz de jugar un papel preponderante para explicar racionalmente su actuación<sup>17</sup>. De acuerdo con la STS de 28 de noviembre de 2013 [recurso de casación

---

porque el particular, como consecuencia de la aplicación de la presunción, no sea capaz de probar que esa operación está guiada por alguna finalidad económica válida». Por su parte, GARCÍA PRATS, F. A.: «Las medidas antiabuso y el Derecho comunitario» en *Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, obra colectiva, IEF, Madrid (2002), pág. 203, afirmaba también que, pese a su redacción literal, la cláusula antiabuso interna solo resultará conforme con el texto de la directiva si se lee en clave de mera presunción. Más recientemente, PITA GRANDAL, A. y ANEIROS PEREIRA, J.: «La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española», *Crónica Tributaria*, núm. 144 (2012), pág. 135, señalan que «la ausencia de motivación económica tiene únicamente la función de contribuir, a modo de presunción, a la prueba de los hechos constitutivos del fraude o la evasión fiscal».

<sup>16</sup> Véase el apartado 47: «nada se opone, en principio, a que una operación de fusión que lleve a cabo una reestructuración o una racionalización de un grupo que permita reducir los gastos administrativos y de gestión de este pueda tener motivos económicos válidos. No obstante, ese no es el caso de una operación de absorción, como la controvertida en el litigio principal, en el que parece resultar que, habida cuenta de la amplitud de la ventaja fiscal que se pretende obtener, a saber más de 2 millones de euros, el ahorro realizado por el grupo de que se trata en términos de costes estructurales es completamente marginal».

<sup>17</sup> En este punto pues resulta completamente pertinente la reflexión de GARCÍA NOVOA, C. (ob. cit., pág. 38): «a la hora de valorar la concurrencia del hecho base de la presunción, y antes de acogerse a la misma, la Administración debe

2581/2011 (NFJ060262), FJ 10.º], el precepto de la LIS debe integrarse «con la jurisprudencia comunitaria [...], en el sentido de que la acreditación del hecho negativo –el propósito elusorio del impuesto– puede hacerse viable mediante la prueba de un hecho positivo –la persecución de un motivo económico válido–, prueba que en este caso no se ha conseguido».

Como puede notarse, aunque su formulación no es un modelo de claridad, los resultados prácticos de esta interpretación de la cláusula interna (vigente art. 89.2 LIS), siguiendo el criterio del Tribunal Supremo, no parecen diferir de los que se siguen de la norma que con idéntica función integra el derecho de la UE (art. 15 Directiva 2009/133), tal como la interpreta el TJUE.

### 3.3. EL CONCEPTO DE *VENTAJA FISCAL* A LOS EFECTOS DE APLICAR LA CLÁUSULA ANTIABUSO

Según se acaba de ver, pues, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el posible logro de una ventaja fiscal de resultados de la operación de reestructuración haría recaer sobre los interesados la carga de probar la existencia de un motivo económico válido que justifique su realización, con objeto de evitar la exclusión del régimen de neutralidad por aplicación de la presunción prevista en el artículo 15 de la Directiva 2009/133 y de su trasunto en el artículo 89.2 de la LIS. Llegados hasta aquí no obstante conviene señalar que, a estos efectos, el concepto de «ventaja fiscal» debe significar en este contexto algo más que el mero diferimiento derivado de la aplicación del régimen especial.

Dicho de otro modo, si la operación societaria se ha llevado a término con regularidad, es decir, si las partes no han incluido en ella cláusulas, ni han celebrado operaciones adicionales, que puedan desvirtuar sus efectos jurídicos naturales o típicos, no debería entrar en juego la presunción de fraude o evasión por el mero hecho de lograrse un diferimiento del gravamen. Antes bien, creemos que si la reestructuración produce los efectos jurídicos que, de acuerdo con el ordenamiento, son normales o propios de este tipo de operaciones societarias, y con ella no se logra una disminución del gravamen que se hubiera soportado si la misma no hubiese tenido lugar, no debería ser necesario que los interesados probasen además la existencia de un motivo económico válido, sino que este debería presumirse. Parece razonable entender que, si de la operación no se obtiene ventaja fiscal alguna distinta del diferimiento, el propósito de las partes habrá sido obtener algún tipo de mejora con relevancia económica respecto a la configuración societaria original, aunque solo sea a efectos de una más cómoda gestión patrimonial de los activos sociales, sin que sea preciso que tal circunstancia sea objeto de una actividad probatoria especialmente intensa, pues no habría razones para dudar de su realidad. A fin de cuentas, si se hubiese mantenido la estructura social preexistente ello habría supuesto también mantener sin gravamen las plusvalías latentes, pues estas no se habrían realizado. Es decir, el diferimiento no aporta en tal caso ninguna reduc-

---

dar audiencia a los sujetos intervinientes en la operación para que estos puedan alegar que tales motivos económicos sí concurren. Y ello en fase de apreciación del hecho base, y, por tanto, antes de la aplicación de la presunción que, como hemos dicho, debe entenderse como relativa o *iuris tantum*».

ción impositiva<sup>18</sup>. La interpretación que propugnamos vendría avalada de forma concluyente por numerosos pronunciamientos de la Audiencia Nacional, entre los que seleccionamos por su explicitud el siguiente pasaje de la SAN de 4 de marzo de 2010 [recurso 318/2007 (NFJ037824)]:

«Es evidente que no basta con negar la existencia de "motivo económico válido" para trasladar al interesado la carga de acreditar su efectiva concurrencia. Como sucede en el caso enjuiciado, la operación de escisión se ha realizado efectivamente, cumpliéndose las exigencias formales establecidas en la normativa mercantil que resulta de aplicación. Ha de presumirse, por tanto, que dicha operación no se efectuó con finalidades espurias o torticeras, de suerte que pesa sobre quien afirma la presencia de estas extrañas y distintas causas acreditar fehacientemente su concurrencia» (FJ 5.º).

El fragmento transcrito expresa con meridiana claridad la idea apuntada, es decir, la necesidad de que, si las operaciones realizadas se llevan a cabo sin dobleces, produciendo de manera íntegra (y en exclusiva) los efectos jurídicos que, de acuerdo con su normativa reguladora, le son propios, el motivo económico válido se presume<sup>19</sup>. Bajo tales circunstancias, la prueba de que la operación busca un propósito fiscal debe corresponder a la Administración<sup>20</sup>. Solo una vez acreditado este extremo, podría entenderse justificado trasladar al interesado la carga probatoria del motivo económico válido.

Con todo, es preciso reconocer que no es tan fácil encontrar respaldo explícito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo para la conclusión anterior, que incluso podría estimarse desmentida si se consideran de manera aislada algunos asertos reiterados en varias de sus sentencias. Nos referimos a todos aquellos pasajes donde se señala que, para excluir la aplicación del régimen especial, la Administración no tiene que probar que la reestructuración se ha llevado a cabo en fraude de ley, «sino probar que el principal objetivo es la obtención de un beneficio fiscal, por la ausencia de otra explicación económica válida»<sup>21</sup>. A nuestro juicio, sin embargo, afirmaciones como esta no pueden significar, leídas en su contexto, que el mero diferimiento sea para el Tribunal Supremo una ventaja fiscal suficiente a efectos de presumir la existencia de fraude o evasión,

<sup>18</sup> En efecto, tal como razona FALCÓN Y TELLA, R. (ob. cit., pág. 6), «en todo caso, una cabal interpretación de la cláusula antiabuso debe conducir, claramente a entender que puede quedar excluido el régimen de diferimiento de impuestos únicamente cuando se busque ahorrar un tributo distinto de los que se devengarían como consecuencia de las propias operaciones de reorganización». Así también, CALVO VÉRGEZ, J.: «La aplicación del régimen fiscal especial de fusiones y escisiones en el IS tratándose de operaciones realizadas con fines de fraude o evasión fiscal. La existencia de motivos económicos válidos», *Actum Fiscal*, núm. 81, noviembre (2013), pág. 47: «a priori, la eventual ventaja fiscal derivada de la aplicación del régimen no debe ser motivo para inaplicar el régimen especial. Téngase presente que en otro caso hubiera bastado con que la LIS art. 96 hubiera establecido únicamente la primera condición, relativa a la inexistencia de motivos económicos válidos, para inaplicar el régimen especial, ya que siempre existiría una ventaja fiscal».

<sup>19</sup> En el mismo sentido también, entre otras, la SAN de 16 de febrero de 2011, recurso 320/2007 –NFJ042088– (FJ 8.º).

<sup>20</sup> PITA GRANDAL, A. y ANEIROS PEREIRA, J. (ob. cit., pág. 138), opinan en este sentido que la Administración no puede «realizar exigencias desproporcionadas para que el contribuyente demuestre que no pretende eludir o evadir impuestos con la operación de fusión. La desproporción de la exigencia coloca al sujeto pasivo en una situación de indefensión».

<sup>21</sup> Véase por todas, la STS de 27 de octubre de 2014, recurso de casación 4184/2012 –NFJ056456– (FJ 2.º).



haciendo que se traslade sobre el interesado la carga de la prueba del motivo económico válido. Antes bien, debe tenerse en cuenta que las concretas reestructuraciones societarias a que van referidas reportan siempre a los interesados reducciones impositivas directas, debido normalmente a su acompañamiento de otras actuaciones que evidencian el propósito de eludir los requisitos exigidos para la aplicación del régimen especial o de obtener un ahorro fiscal más o menos relevante que no se hubiera logrado sin mediar la reestructuración social previa.

Dicho de otro modo, siempre que el Tribunal Supremo formula sus conclusiones en los términos que se han referido (refrendando la exclusión del régimen por una prueba insuficiente de motivos económicos válidos) lo hace partiendo de una inferencia previa indicativa de la obtención de ventajas o beneficios fiscales que trascienden el mero diferimiento. Son numerosas las sentencias que así lo vienen a poner de manifiesto, tal y como enseguida se podrá comprobar<sup>22</sup>.

#### 3.4. LA OBTENCIÓN DE VENTAJAS FISCALES COMO PREMISA PARA ELEVAR LAS EXIGENCIAS PROBATORIAS DEL MOTIVO VÁLIDO: DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

De acuerdo pues con el criterio que se acaba de razonar, cuando las operaciones de reestructuración se lleven a cabo de manera regular, no acompañándose de cláusulas o actuaciones adicionales que desvirtúen o neutralicen sus efectos jurídicos naturales, y sin que produzcan de manera directa o indirecta ninguna ventaja fiscal distinta de la no sujeción inmediata de las plusvalías latentes, sería improcedente la exclusión del régimen basada en la ausencia de prueba por los interesados de motivos económicos válidos, pues estos habrían de presumirse.

Sin embargo, como también se acaba de exponer, la anterior conclusión quizá pudiera considerarse desvirtuada si se examinan de forma aislada algunos pasajes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, en concreto cuando en sus pronunciamientos se subraya la

<sup>22</sup> Únicamente encontramos un supuesto en el que la jurisprudencia del Tribunal Supremo identifica de modo explícito el diferimiento del gravamen por sí solo con una ventaja fiscal directa, llegando a calificar la hipótesis como exención. Se trata de lo que sucede en las llamadas escisiones parciales, donde, según la reciente STS de 23 de abril de 2015 [recurso de casación 3946/2012 (NFJ058339)], la exclusión del gravamen de las plusvalías latentes «no responde, como en el caso de la escisión total, a la consecuencia lógica de un fenómeno de subrogación jurídica y de no realización de plusvalías. La determinación legal de que los bienes y derechos se contabilicen por el valor que tenían es un mecanismo para evitar que tributen unas plusvalías que sí se han puesto de manifiesto, como ocurre en todo fenómeno traslativo a título oneroso. Se trata de una técnica para hacer efectivo un auténtico incentivo fiscal, que debe entenderse como "medida de apoyo o estímulo instrumental", a través de la desgravación o exoneración del tributo» (FJ 4.º). Esta reflexión no obstante más bien reforzaría a nuestro juicio la idea de que en todos los demás casos (particularmente, fusiones y escisiones totales) el mero diferimiento no constituye una auténtica ventaja fiscal. Por otra parte, la sentencia citada, pese a constatar la existencia de ventaja fiscal, no llega a pronunciarse sobre la posible evidencia de un motivo válido capaz de evitar la aplicación de la cláusula antiabuso, pues como cuestión previa llega a la conclusión de que la operación realizada (escisión parcial de un patrimonio que no se considera por el tribunal constitutiva de una rama de actividad) no integra el presupuesto del régimen especial.



importancia de la actividad probatoria de los interesados sobre los motivos económicos válidos, rechazándose la aplicación del régimen especial por insuficiencia de tal prueba. Es el caso, por ejemplo, de la STS de 28 de noviembre de 2013 [recurso de casación 2581/2011 (NFJ060262)], entre cuyos fundamentos puede leerse lo siguiente:

«Y ciertamente que podrían ser motivos económicos válidos los de la supuesta confrontación existente entre los dos socios o grupos de socios dentro de la sociedad. Esa pelea persistente dentro de la sociedad podría justificar económicamente la división, como han dicho en algunos casos contestaciones a consultas por parte de la Administración. Pero es que en el caso de autos se declara probado que el examen de los libros de actas de la sociedad acredita que esa confrontación es inexistente, porque, a lo largo de la vida social, los dos grupos de socios han aprobado siempre las cuentas conjuntamente, han adoptado todas sus decisiones conjuntamente y no aparecen esas votaciones en contra o esas diferencias de criterio que ahora se dice que son la causa de la división del patrimonio» (FJ 8.º 3).

En una línea parecida, la STS de 23 de enero de 2014 [recurso de casación 3834/2011 (NFJ060254)] confirma el criterio de la Audiencia Nacional, que había rechazado el motivo económico alegado por los interesados para explicar una escisión, supuestamente llevada a cabo con el propósito de revalorizar los proyectos inmobiliarios de los edificios segregados y su mejor aprovechamiento urbanístico. La razón (o una de las razones), también en este caso, fue que no se llevó a cabo esfuerzo probatorio alguno en la vía jurisdiccional, pues ni se solicitó el recibimiento del proceso a prueba, y ni siquiera las alegaciones realizadas servían «para poner de manifiesto que la escisión estuviera fundada en alguna necesidad empresarial sentida y que con la escisión pueda solventarse o satisfacerse», llevando todo ello a la conclusión de que «la finalidad perseguida era, pura y simplemente, la de dividir el patrimonio familiar sin tributar por ello» (FJ 7.º).

No es ocioso señalar, sin embargo, que las dos sentencias que se acaban de citar parten también de la existencia de deducciones previas en el plano probatorio, por parte de la Inspección de los tributos, basadas en que las operaciones de reestructuración se habían visto acompañadas de otros actos que evidenciaban la obtención de ventajas fiscales distintas del mero diferimiento. Es decir, el contexto en que el Tribunal Supremo expresa sus demandas probatorias parece poner de relieve que, de no concurrir esas ventajas, la exigencia de prueba del motivo económico válido habría sido, como en un epígrafe anterior razonamos, mucho menos rigurosa.

Llegados a este punto conviene precisar que la aplicación del régimen especial podría reportar en ocasiones ventajas fiscales distintas del mero diferimiento sin necesidad de acompañar la reestructuración de actuaciones adicionales. A veces, la simple reconfiguración societaria puede permitir la obtención de importantes reducciones impositivas (a través, por ejemplo, de la compensación de bases imponibles negativas)<sup>23</sup>. Todo apunta de hecho a que en tales casos el Tribunal Supremo

<sup>23</sup> GARCÍA NOVOA, C. (ob. cit., pág. 47) señala algunas posibles ventajas derivadas de la simple reestructuración societaria, «cuando, por ejemplo, una escisión de sociedades anónimas que no constituyen grupo y que pasan a ser independientes tiene como finalidad acogerse al régimen de entidades de reducida dimensión. O cuando un canje de valores

consideraría necesaria también una prueba directa del motivo económico válido para evitar la exclusión<sup>24</sup>. No obstante, el rigor probatorio exigible en relación con el motivo económico válido aparece la mayor parte de las veces directamente vinculado a la importancia que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (como también la doctrina de la DGT) atribuye a las actuaciones previas, coetáneas y posteriores a la operación de reestructuración, como elementos decisivos para valorar los verdaderos motivos que explican su realización. De hecho, los pronunciamientos donde se respalda la exclusión del régimen por falta de prueba de motivos económicos se basan por lo general en la presencia de actuaciones adicionales que acompañan a la reestructuración. A tal efecto se suele invocar por nuestro Alto Tribunal la jurisprudencia del TJUE, que como antes se vio requiere con tal fin un examen global de la operación [STJUE de 17 de julio de 1997, C-28/95 (NFJ005725), asunto *Leur-Bloem*, apdo. 41]. Ello exige considerar «las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores, porque, en otro caso, no se estaría efectuando un verdadero examen global de dicha operación, como demanda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea»<sup>25</sup>. Esta circunstancia hace necesario que la operación de reestructuración a la que se pretende aplicar el régimen especial no se acompañe de actuaciones concatenadas con las que llegue a producir un resultado global que desvirtúe los fines que le son propios, permitiendo obtener ventajas fiscales que no se hubieran logrado sin mediar la aplicación del régimen, o produciendo los resultados propios de una operación distinta que, bajo las mismas condiciones, no hubiera cumplido los requisitos exigidos para la aplicación del diferimiento.

Bajo las circunstancias señaladas, tanto la jurisprudencia como la doctrina de la DGT suelen llegar a la conclusión de que los efectos añadidos derivados de actuaciones adicionales se alcanzan e imponen como fin u objetivo principal del conjunto de las operaciones realizadas, desvirtuando los motivos económicos válidos alegados para llevar a cabo la reestructuración. Como mejor muestra pueden mencionarse numerosas sentencias recientes del Tribunal Supremo. Así, la STS de 26 de mayo de 2015 [recurso de casación 2408/2014 (NFJ058656)], tras constatar que la escisión había

---

tiene como finalidad alcanzar el porcentaje de participación del 5 %, para aplicar el porcentaje de deducción por doble imposición interna (...). O, en fin, cuando se procede a formalizar una fusión impropia para practicar la amortización de la diferencia de fusión». Por su parte, CALVO VÉRGEZ, J. (ob. cit., pág. 47), observa que, «por ejemplo, tratándose de una operación societaria individual podrá existir una ventaja fiscal cuando, con motivo de la realización de la operación societaria, se permita la aplicación de regímenes fiscales que llevan aparejados incentivos fiscales que antes no existían, así como cuando la realización de la operación societaria permita la compensación de bases imponibles negativas que no se hubieran producido sin aplicar el régimen especial o la aplicación de créditos fiscales, o en el supuesto de que la tributación indirecta se viese reducida en sede de las entidades o de los socios».

<sup>24</sup> Así parece desprenderse, en efecto, de la STS de 12 de diciembre de 2013 [recurso de casación 5463/2011 (NFJ060257)], donde no llega a producirse un pronunciamiento explícito (por no alcanzarse la cuantía mínima fijada para el recurso de casación) en relación con una fusión que había permitido a la absorbente una compensación de bases negativas. No obstante, el tribunal parece dar por sentado que la ventaja fiscal derivada de la compensación hacía recaer en el sujeto pasivo la carga de la prueba del motivo económico válido. Con todo, el asunto controvertido no era ese (pues el interesado había llevado a cabo la actividad probatoria correspondiente), sino la supuesta apreciación incorrecta de las pruebas por la Audiencia Nacional en la sentencia de instancia.

<sup>25</sup> Cfr. la STS de 14 de mayo de 2012, recurso de casación 2144/2010 (FJ 3.º) –NFJ047355–; así también las SSTS de 18 de junio de 2012, recurso de casación 5352/2009 (NFJ047792), y de 12 de noviembre de 2012, recurso de casación 4299/2010 (NFJ049297).

supuesto desgajar el patrimonio inmobiliario para su transmisión más o menos inmediata (apenas un mes más tarde), resultando de esa forma una menor tributación por las plusvalías correspondientes a los terrenos transmitidos (FJ 4.º), aprecia que este ahorro impositivo constituye el propósito principal de la operación en su conjunto. En otra ocasión, en relación con el caso objeto de la STS de 19 de febrero de 2015 [recurso de casación 647/2013 (NFJ060255)] se estima correcta por el tribunal la inaplicación del régimen de neutralidad a una aportación no dineraria especial, habiéndose tenido en cuenta a tal fin «la efímera estancia» de los inmuebles en la sociedad a la que habían sido aportados, así como «la sucesión de acontecimientos» posteriores, con los que se pretendía obtener los efectos propios de una escisión parcial, eludiendo el requisito de que el patrimonio segregado constituyera rama de actividad (FJ 4.º, *in fine*). Por su parte, la STS de 26 de abril de 2012 [recurso de casación 126/2009 (NFJ047357)] respalda la inaplicación del régimen de diferimiento debido a que la fusión impropia llevada a cabo venía precedida de la compra de las participaciones de la sociedad absorbida, con la única finalidad de que la absorbente obtuviera la titularidad del inmueble que constituía el único patrimonio de aquella, en lugar de haber procedido a la compra directa del inmueble. En la STS de 15 de abril de 2013 [recurso de casación 3010/2011 (NFJ051348)] se considera asimismo lícita la exclusión del régimen, pues las actuaciones posteriores a la escisión supusieron la transmisión más o menos inmediata de las participaciones correspondientes a la sociedad adquirente de un inmueble cuya titularidad material se habría logrado transmitir de ese modo por la sociedad escindida sin tributación alguna por su parte (las interesadas justificaron la escisión en la necesidad de separar la promoción relativa a ese inmueble que, como luego se frustró, dio lugar a que las participaciones en la sociedad adquirente se vendieran). En línea con las anteriores, la STS de 23 de enero de 2014 [recurso de casación 3834/2011 (NFJ060254)] rechazó la existencia de motivo económico válido al constatar hechos demostrativos de que la escisión se había realizado con objeto de separar los inmuebles integrantes de un patrimonio familiar para su enajenación posterior, logrando su venta individualizada mediante la transmisión por los socios de las participaciones recibidas en las sociedades adquirentes (se añade en este caso como vimos la falta de prueba por los interesados de un motivo económico distinto capaz de imponerse a la razón fiscal como determinante de la operación). En la STS de 4 de julio de 2014 [recurso de casación 725/2012 (NFJ060258)] se rechaza la existencia de motivo económico válido debido a que la operación de fusión vino acompañada de otras circunstancias que, en su conjunto, no tenían como fin último la reestructuración social sino la venta de un inmueble concreto a terceros disfrutando beneficios fiscales que no hubieran podido obtenerse mediante su venta directa sin mediar la fusión. Citaremos, por último, las SSTs de 8 de marzo de 2012 [recurso de casación 3777/2008 (NFJ060256)] y de 24 de enero de 2013 [recurso de casación 1847/2010 (NFJ060259)], que amparan la decisión de excluir la aplicación del régimen basada en el análisis de las circunstancias posteriores a la escisión. En la segunda de ellas, tras reproducirse la que es doctrina reiterada del tribunal respecto a la noción de motivo económico válido, se afirma cuanto sigue:

«En definitiva, atendiendo a las circunstancias en que se han producido las tres operaciones societarias de escisión de Central Parc, venta de participaciones de Pacific Invest y posterior disolución y, por último, la fusión por absorción de las dos entidades indicadas y el escaso plazo de tiempo que ha mediado entre ellas, este tribunal considera que, efectivamente, estas tres operaciones están concatenadas entre sí y se rigen por una misma finalidad, que no es económica, sino fiscal» (FJ 4.º 4).

La importancia del dato que se examina, es decir, la obtención de ventajas o reducciones impositivas de más intensidad que el simple diferimiento, y la presencia o no de actuaciones añadidas que, en conjunción con la operación de reestructuración, produzcan tales ventajas o reducciones, se aprecia de manera definitiva a la luz de alguna jurisprudencia donde se enjuicia la aplicación de la cláusula antifraude desde la perspectiva justamente opuesta. Nos referimos en concreto a la STS de 14 de mayo de 2012 [recurso de casación 2144/2010 (NFJ047355)], donde se contempla una operación que, si bien por sus condiciones iniciales podía dar la impresión de tener un objetivo final elusivo del gravamen (lo que había llevado a la Inspección a denegar la aplicación del régimen especial), se considera por el tribunal sin embargo amparada por el régimen especial debido a la inexistencia de actos posteriores que confirmasen esa intuición del órgano inspector. Ante esta realidad, el Tribunal Supremo concede su respaldo en los siguientes términos a la decisión previa de la SAN de 4 de marzo de 2010 [recurso 318/2007 (NFJ037824)]:

«[...] la Sala de instancia no ignora los comentarios de la Inspección sobre la ausencia de motivos económicos válidos para la operación de reestructuración empresarial realizada, otra cosa es que no los comparta, como desvela la lectura del siguiente pasaje del fundamento quinto de la sentencia recurrida: "La endeble construcción de las resoluciones recurridas en punto a la negativa del motivo económico válido se pone de manifiesto cuando se constata que la 'verdadera finalidad' de la escisión (la venta ulterior del inmueble, según reitera la Inspección) se ha revelado como inexistente"» (FJ 3.º).

La relevancia decisiva de los hechos que acompañan a la operación de reestructuración, a efectos de apreciar la existencia de motivos económicos válidos, se venía poniendo de manifiesto por lo demás de forma constante en la doctrina de la DGT. Sirva como ejemplo, primeramente, la Resolución de la DGT V2340/2006, de 23 de noviembre (NFC024194), en la que se advierte al consultante que, si tras la escisión se procede a la venta del negocio segregado, ello desvirtuaría el motivo económico válido que la operación tendría inicialmente, haciéndola quedar excluida del régimen especial. Por su parte, la Resolución de la DGT V0063/2004, de 10 de junio (NFC019616), rechaza como motivo económico válido de una escisión total proporcional la existencia de discrepancias entre los socios sobre la gestión, porque la actuación posterior de permuta de acciones que el consultante piensa acometer produciría, en conjunción con aquella, los resultados propios de una escisión subjetiva, sin que los patrimonios segregados constituyan ramas de actividad, lo que pone de relieve que el objetivo principal de la operación (examinado el conjunto de las actuaciones) sería en tal caso obtener los resultados propios de una escisión subjetiva eludiendo los requisitos exigidos para aplicar el régimen especial a este tipo de supuestos (vigente art. 76.2.2.º LIS). En resumidas cuentas, una circunstancia que, a efectos de acometer una estricta escisión total proporcional, podría aceptarse sin reparos como motivo válido, con la misma facilidad puede perder su virtud como tal si la operación se rodea de otras actuaciones que, en conjunción con ella, producen los efectos correspondientes a una operación distinta que, de realizarse, no hubiera cumplido los requisitos exigidos para disfrutar el diferimiento<sup>26</sup>. En realidad, resulta obvio que en casos

<sup>26</sup> Como pone de relieve ALGUACIL MARÍ, P.: «Las discrepancias entre socios como motivo económico válido en las escisiones, según la DGT», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, parágrafo núm. 31/2006, tal era la situación que se

así las actuaciones posteriores (la permuta en este caso) no hacen desaparecer el motivo que justifica la reestructuración; sin embargo, sí hacen perder a la operación, considerada en su conjunto, la configuración legalmente necesaria para beneficiarse del régimen de neutralidad. Dicho de otro modo, el motivo económico aducido hubiera justificado válidamente una operación distinta (excluida del régimen), pero no el conjunto de actuaciones llevadas a cabo<sup>27</sup>.

La conclusión en todo caso, tras cuanto queda razonado, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es que la exigencia de una prueba directa del motivo económico por parte de los interesados solo surge cuando se constata que la aplicación del régimen especial produce a estos un beneficio tributario adicional, más allá de la no sujeción de las plusvalías que lucen a consecuencia de la reestructuración. En particular, una vez llevada a cabo la operación sujeta al régimen de neutralidad, cualquier actuación posterior que tenga por objeto la permuta de participaciones entre los socios o la enajenación a terceros de dichas participaciones o de los bienes que integran el patrimonio social, genera el riesgo de desvirtuar el motivo económico válido que avala la operación en origen, pudiendo determinar el sometimiento al régimen general. Así será cuando estas actuaciones adicionales permitan, de aplicarse el diferimiento, disfrutar de un ahorro fiscal que no se hubiera logrado sin mediar la reestructuración previa.

Como reflexión final, que surge inevitable al hilo de la conclusión anterior, cabe señalar por último que, en muchos de los casos mencionados, el examen conjunto de las actuaciones que acompañan a la operación societaria podrá revelar, seguramente, el empleo de moldes negociales artificiosos o impropios en relación con el resultado jurídico obtenido, constatándose así la existencia de fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma. Cuando así ocurra se podrá afirmar sin ninguna duda que un propósito principal de la operación es el fraude o la evasión, en el sentido que esta expresión posee dentro del artículo 89.2 de la LIS. Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la aplicación de la cláusula antiabuso del artículo 89.2 de la LIS no exige que la conducta pertenezca a esa categoría de negocios, bastando como se ha visto que de ella se deri-

---

planteaba en la citada Resolución de la DGT V0063/2004, de 10 de junio. En ella se alegaban discrepancias entre los dos socios de una entidad como motivo económico que aconsejaba la reorganización, barajando con tal fin dos posibles alternativas de reestructuración societaria: la primera, una escisión total, transfiriendo distintas ramas de actividad autónomas en favor de dos entidades diferentes, recibiendo cada socio de la escindida el 100% de una de las sociedades beneficiarias; la segunda, una escisión total, donde los patrimonios transferidos no conformasen ramas de actividad, adjudicándose inicialmente a cada socio el 50% de participación en cada una de las entidades adquirentes. En este segundo caso, sin embargo, el negocio se acompañaría de una permuta posterior de participaciones para que cada socio terminase resultando propietario del 100% de una de aquellas. Aquí la DGT aprecia la existencia de motivo económico válido en el primer caso, pero no en el segundo, pese a que el móvil original de la operación es el mismo: superar las diferencias de criterio entorpecedoras de la gestión societaria.

<sup>27</sup> Por parecidas razones, la Resolución de la DGT V1968/2005, de 5 de octubre (NFC032461), rechazó la existencia de motivo económico válido en una escisión proporcional, con creación de dos nuevas sociedades, donde para superar las diferencias sobre la gestión social de los socios, estos recibirían, de forma cruzada, acciones con voto de una de las entidades adquirentes y acciones sin voto de la otra, con objeto de transferir la totalidad del voto en cada nueva entidad a uno solo de ellos. Critica la postura de la DGT en este caso BLÁZQUEZ LIDOY, A.: «Las reestructuraciones familiares a través de escisiones subjetivas mediante acciones sin voto y motivo económico válido», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 21 (2005).

ve una ventaja fiscal susceptible de estimarse como propósito principal de la operación por ausencia de prueba de otros motivos económicos de rango suficiente para desvirtuar dicha apreciación.

#### 4. CONCLUSIÓN: LA CARGA DE LA PRUEBA SOBRE LOS PRESUPUESTOS DEL RÉGIMEN Y DE SU EXCLUSIÓN

El análisis precedente permite formular, como conclusión, la pauta probatoria que, sin abandonar los parámetros resultantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE, ha de seguirse a efectos de apreciar la concurrencia del presupuesto de la cláusula antiabuso y la consiguiente exclusión del régimen especial de diferimiento.

Primeramente, en el momento de apreciar si el objetivo principal de la reestructuración es el «fraude o la evasión fiscal», el órgano administrativo de comprobación no se encuentra obligado, según el criterio del Tribunal Supremo, a acreditar que las actuaciones de los contribuyentes son constitutivas de fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma. Resulta pues inadecuado exigir que, de acuerdo con el artículo 15 de la LGT, la Inspección pruebe el carácter artificioso o impropio de las operaciones realizadas, así como que de ellas solo se deriva una reducción de la base o de la deuda tributaria (además de los efectos correspondientes a los negocios usuales o propios). No obstante, tal como hemos argumentado, lo que sí debería aportar como mínimo el órgano inspector es la evidencia razonada de que, de aplicarse el régimen especial, la operación o el conjunto de operaciones realizadas reportaría a los interesados una ventaja fiscal, entendida como un ahorro impositivo que no se hubiera logrado sin llevar a cabo la reestructuración societaria. Dicho de otro modo, el pretendido ahorro de impuestos no tiene por qué implicar la existencia de fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma, sino que podrá haberse vehiculado mediante negocios usuales o propios.

Lo anterior supone que los conceptos de fraude o evasión (entendidos en el sentido amplio que se desprende de la directiva de la UE) abarquen ciertas operaciones que, de no estar prevista su exclusión del régimen (esto es, de no existir la cláusula antielusiva específica), serían constitutivas de lo que suele designarse como economías de opción: actuaciones regulares de los sujetos que, produciendo los mismos efectos jurídico-materiales que otras alternativas negociales, generan sin embargo una menor tributación que estas. La interpretación jurisprudencial dominante (del Tribunal Supremo y del TJUE) es meridiana en el sentido que se ha expuesto, por más que no deje de producir ciertos reparos el empleo del término fraude o evasión para designar tales conductas. No en vano, la propia norma interna descarta la reacción punitiva en estos casos, sin duda por considerarla inapropiada frente a este tipo de actuaciones.

Por otra parte, además, una vez acreditado por la Administración que las operaciones realizadas producirían, de aplicarse el régimen especial, una ventaja fiscal que no se hubiera obtenido sin llevarlas a cabo, la cláusula antifraude puede aún no entrar en juego si los interesados acreditan la presencia de un motivo económico válido, haciendo decaer así la presunción de que su objetivo principal es el «fraude o la evasión». Para ello tendrían que probar que la reestructuración responde a un motivo con relevancia económica suficiente para desplazar a la razón fiscal



como propósito predominante de sus actuaciones. Bajo tales circunstancias sería preciso llevar a cabo una labor de ponderación dirigida a dilucidar cuál de los diversos objetivos subyacentes constituye el propósito principal de la operación<sup>28</sup>.

La secuencia de iniciativas probatorias que se acaba de describir tiene como premisa, según se acaba de ver, un principio de prueba, proveniente de la Administración, de que la reestructuración societaria produciría, bajo el régimen especial, una reducción impositiva que no se obtendría sin acometerla. Sin embargo, también puede ocurrir que el órgano de comprobación no aporte prueba alguna sobre tal extremo. Es en este punto donde entendemos que no cabe exigir a los interesados una prueba específica del motivo económico válido, pues no cabe que la Administración cuestione su existencia sin sustentar de ninguna forma la deducción del propósito elusivo. No puede ser suficiente a tal efecto la simple constatación de que la aplicación del régimen especial lleva aparejado un diferimiento en el gravamen de las plusvalías latentes<sup>29</sup>. Antes bien, como ya se dijo, en nuestra opinión debe prevalecer en este caso la razonable inferencia de que los actos llevados a cabo por las partes persiguen siempre una finalidad de orden económico, aunque solo sea la simple consecución de mejoras en la gestión patrimonial (en términos de mayor agilidad o comodidad) como resultado del cambio de la estructura societaria. Aunque los indicios que resultan de la doctrina administrativa no apuntarían en esta dirección<sup>30</sup>, pues los órganos de comprobación y el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) parecen exigir en todo caso que el interesado aporte pruebas específicas del motivo económico (aun no existiendo evidencia de ventaja fiscal distinta del diferimiento)<sup>31</sup>,

<sup>28</sup> Como hacen notar PITA GRANDAL, A. y ANEIROS PEREIRA, J. (ob. cit., pág. 135), «pueden existir en la operación motivos económicos válidos y, al mismo tiempo, que esa operación se realice con finalidad fraudulenta o evasora».

<sup>29</sup> Sobre la tendencia de la Administración, muchas veces evidenciada, a consagrar una especie de presunción general de que las operaciones de reestructuración se realizan con la única finalidad de obtener una ventaja fiscal, véanse las consideraciones críticas de GUEZURAGA UGALDE, A.: «Motivo económico válido y DGT: historia de un desencuentro», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 17 (2004).

<sup>30</sup> Refiriéndose a la postura administrativa en relación con este aspecto, constata TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: «La unión fiscal en la UE (una visión general)», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núms. 27 (2014) y 28 (2015), pág. 100, que «tan restrictiva ha sido que ha dado lugar a una reprimenda de los tribunales que, por lo contundente, no deja de ser insólita». Enseguida se ha de reseñar la jurisprudencia reprobatoria a que alude el citado profesor.

<sup>31</sup> Se trata de un criterio aplicativo de la norma que se plasma con carácter general en el «Informe de la DGT de 5 de febrero de 2002, sobre cuestiones relativas a la aplicación del art. 110.2 LIS» [puede consultarse en *Quincena Fiscal*, núm. 17 (2002), págs. 35 y ss.] y predomina en las resoluciones de la DGT y de los órganos económico-administrativos. En este sentido apunta de manera clara la Resolución TEAC de 14 de mayo de 2008 (NFJ029562), cuyo fundamento de derecho 7.º expresa la idea de la siguiente forma: «En definitiva, como ya se ha dicho, la operación parece tener como único fin el reparto de un patrimonio común, sin que dicho reparto pueda justificarse como un motivo económico válido, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, según lo previsto en la normativa antes citada. Se debe tener en cuenta que la operación se acoge al régimen especial previsto en el capítulo VIII del título VIII de la Ley 43/1995, de modo que las plusvalías que se hubieran podido poner de manifiesto en cada una de las operaciones no son objeto de gravamen, difiriéndose las mismas hacia el futuro, hasta el momento de posteriores transmisiones. La Inspección concluía así que a la citada operación de escisión no le es aplicable el régimen establecido por la invocada Ley 43/1995, ya que en la misma no existe un motivo económico válido, sino puramente fiscal, concretado en la disolución del vínculo social y el reparto del patrimonio entre los socios». Otro exponente significativo de este criterio es el de la Resolución TEAC de 14 de junio de 2007 (NFJ028228), en la que se rechazaba la aplicación

a nuestro modo de ver ello constituye un exceso en el entendimiento de la cláusula. Contra él por cierto se ha pronunciado con razón de manera tajante la jurisprudencia de la Audiencia Nacional<sup>32</sup>.

Cabe pues concebir, en resumen, dos clases de situaciones a que podría conducir el desarrollo de la actividad probatoria, ninguna de las cuales permitirá la entrada en acción de la cláusula antiabuso ni la consiguiente exclusión del régimen especial:

1. La Administración prueba que del régimen especial resultaría la obtención de una ventaja fiscal distinta del mero diferimiento, pero el interesado acredita a su vez un motivo económico válido de rango suficiente para imponerse al móvil fiscal.
2. La Administración no prueba que la aplicación del régimen produzca ninguna ventaja fiscal distinta del mero diferimiento y el interesado no acredita tampoco razones económicas específicas para justificar su actuación.

En cualquiera de las dos hipótesis señaladas, pretender la exclusión del régimen especial argumentando que el resultado obtenido, en términos jurídicos, podría haberse logrado mediante otro negocio o negocios fiscalmente más gravosos, constituiría lo que la Audiencia Nacional ha denominado «economía de opción inversa». Tal modo de entender los efectos de la cláusula antifraude debe quedar descartado, como por otra parte ha declarado de forma concluyente la jurisprudencia del citado órgano<sup>33</sup>.

---

del régimen especial debido a una simple intuición de la Inspección (que el órgano económico-administrativo respalda) de que la finalidad última de la escisión era *preparar* la transmisión ulterior de un inmueble evitando tributar por la plusvalía, algo que los hechos desmentían, según pudo apreciar la SAN de 4 de marzo de 2010 [recurso 318/2007 (NFJ037824)] confirmada en este punto luego por la STS de 14 de mayo de 2012 [recurso de casación 2144/2010 (NFJ047355)].

<sup>32</sup> Se queja con vehemencia, frente a esta actitud de los órganos administrativos, la SAN de 16 de febrero de 2011 [recurso 320/2007 (NFJ042080)], en los siguientes términos: «La negativa a admitir la concurrencia de motivos económicos válidos en este asunto llega hasta la extravagancia, pues al margen de que el TEAC, en cuanto a este motivo, se limita al establecimiento de una especie de presunción *iuris et de iure* de fraude que no solo no tiene apoyatura legal, tal como es formulada, sino que resiste cualquier intento de explicación, razonamiento o prueba intentada por el contribuyente [...]». Y continúa, más adelante: «Se viene a sostener, por tanto, una teoría rigurosamente inaceptable, por cuanto exacerba el concepto de fraude –incluso, de extenderse fuera del terreno objetivamente acotado por el régimen especial de fusiones, escisiones, etc., el propio concepto de fraude de ley– situándolo de lleno dentro del campo de la economía de opción y, en este ámbito, afectando de plano al principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código Civil), constitucionalizado, en lo que se refiere a las relaciones mercantiles, en el artículo 38 CE, que reconoce la libertad de empresa».

<sup>33</sup> La SAN de 9 de marzo de 2011 [recurso 110/2008 (NFJ042449)], confirmada luego por la STS de 30 de enero de 2014 [recurso de casación 2577/2011 (NFJ060260)], achaca a la Inspección que «la razón fundamental por la que se priva a la recurrente de los beneficios de la LIS es la existencia de otro negocio jurídico, venta directa, cuyo resultado habría sido más gravoso para la recurrente y, de forma inversa, más favorable para los intereses de la Hacienda Pública. [...] Bajo esa teoría, bastaría con que un negocio lícito, válido, querido por las partes y celebrado con total ausencia de violencia sobre las formas jurídicas, puede conducir (*sic*) a la privación del régimen de diferimiento en las operaciones societarias, es de repetir que con total independencia de la licitud del negocio jurídico celebrado, siempre que sea posible hallar una alternativa igualmente válida pero más gravosa para el contribuyente, lo cual resulta inaceptable, pues como se ha declarado en la referida sentencia de fecha 16 de febrero de 2011, tantas veces referida, "se viene, con tan insólita postura... a sostener una especie de principio del mayor gravamen o de economía de opción inversa conforme al cual entraría en



---

**Bibliografía**

- ALGUACIL MARÍ, P. [2006]: «Las discrepancias entre socios como motivo económico válido en las escisiones, según la DGT», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 31.
- BLÁZQUEZ LIDOY, A. [2005]: «Las reestructuraciones familiares a través de escisiones subjetivas mediante acciones sin voto y motivo económico válido», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 21.
- CALVO VÉRGEZ, J. [2013]: «La aplicación del régimen fiscal especial de fusiones y escisiones en el IS tratándose de operaciones realizadas con fines de fraude o evasión fiscal. La existencia de motivos económicos válidos», *Actum Fiscal*, núm. 81, noviembre.
- FALCÓN Y TELLA, R. [2001]: «La nueva redacción de la cláusula antiabuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: art. 110.2 LIS», *Quincena Fiscal*, núm. 4.
- GARCÍA NOVOA, C. [2001]: «La modificación de la cláusula antiabuso del artículo 110 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 54.
- GARCÍA PRATS, F. A. [2002]: «Las medidas antiabuso y el Derecho comunitario», en *Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, obra colectiva, IEF, Madrid.
- GUEZURAGA UGALDE, A. [2004]: «Motivo económico válido y DGT: historia de un desencuentro», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 17.
- MAGRANER MORENO, F. J. [2015]: «La concurrencia del controvertido "motivo económico válido" en las operaciones de reestructuración empresarial (STS de 20 de julio de 2014)», *Tribuna Fiscal*, núm. 277.
- PALAO TABOADA, C. [2002]: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *RCyT. CEF*, núm. 235.
- PITA GRANDAL, A. y ANEIROS PEREIRA, J. [2012]: «La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española», *Crónica Tributaria*, núm. 144.
- SANZ GÓMEZ, R. J. [2012]: *La lucha de los Estados contra la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea*, Civitas Thomson-Reuters.
- TEJERIZO LÓPEZ, J. M. [2015]: «La unión fiscal en la UE (una visión general)», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núms. 27 (2014) y 28 (2015).
- VILLAR EZCURRA, M. [2004]: «Los efectos en el Derecho español de la doctrina del business purpose y de la noción comunitaria de motivo económico válido», *Noticias de la UE*, núm. 239.

---

juego la cláusula antifraude, pese a la ausencia acreditada de este, por el simple hecho de que las alternativas u opciones económicas seleccionadas por la Inspección favorecerían con un grado mayor los intereses de la Administración, los recaudatorios, debe entenderse, pues también es interés preceptivo de esta la de someterse a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (arts. 9.3 y 103 CE), así como proteger los derechos de los administrados».

de esta regulación en el ordenamiento de la UE, tras una modificación de cierto calado en 2005, fue sustituida en 2009 por la vigente Directiva 2009/133 a que se ha hecho referencia al principio de este epígrafe. Las condiciones de aplicación del régimen, y en particular la cláusula antielusiva que puede determinar la exclusión del mismo para ciertas operaciones, se han mantenido no obstante sin variaciones sustanciales, al menos si nos atenemos al criterio que sobre el particular viene expresando el Tribunal Supremo en estos últimos años<sup>3</sup>.

Debe hacerse constar que el régimen previsto en la Directiva 2009/133 tiene por objeto inicialmente solo las operaciones de reestructuración social que afecten a entidades establecidas en distintos Estados miembros. Sin embargo, al incorporar a nuestro ordenamiento estatal lo previsto en esta materia por la norma de la UE, el legislador español hizo extensiva desde un principio su aplicación en idénticas condiciones a las operaciones de reestructuración de carácter interno. Esto supone que las condiciones y los requisitos de aplicación, así como los supuestos de exclusión de este régimen especial, regulados en la LIS, deban interpretarse siempre conforme a lo previsto en la directiva de la UE<sup>4</sup>, tanto en los casos de reestructuraciones transnacionales como en aquellos otros en que todos los sujetos afectados sean residentes en territorio español<sup>5</sup>.

La necesidad de interpretar los preceptos de la LIS en este punto de acuerdo con el contenido de la directiva reguladora de la materia se ha subrayado con fuerza por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo<sup>6</sup>. De conformidad con su doctrina, para determinar si una operación

<sup>3</sup> Bien conocido es el cambio de redacción operado en la norma interna mediante la Ley 14/2000, que modificó la cláusula antiabuso del texto legal que por entonces regulaba el impuesto (art. 110.2 Ley 43/1995). En su virtud, el precepto incluyó una mención (hasta ese momento inexistente) a la falta de motivo económico válido como determinante de la no aplicación del régimen de neutralidad. No obstante, si nos atenemos a la doctrina reiterada del Tribunal Supremo [vid. por todas la STS de 21 de julio de 2014, recurso de casación 1871/2013 (NFJ056976) FJ 3.º], dicho cambio no supuso ninguna variación en el presupuesto material de la cláusula interna antiabuso, cuya eficacia dependía, ya desde antes, de la posible ausencia de motivo económico válido, dado que su texto debía interpretarse de conformidad con lo dispuesto en la directiva de la UE, donde la mención a dicha circunstancia había existido desde el origen de la norma.

<sup>4</sup> Véase la completa exposición de SANZ GÓMEZ, R. J.: *La lucha de los Estados contra la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea*, Civitas Thomson-Reuters (2012), págs. 126-144, acerca del significado de esta cláusula en la Directiva 2009/133, a la luz de la jurisprudencia del TJUE.

<sup>5</sup> En el sentido indicado, la STJUE de 17 de julio de 1997 [asunto *Leur-Bloem*, C-28/95 (NFJ005725)] afirmó que, «[...] 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 la competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse. [...] el Tribunal de Justicia es competente para interpretar el Derecho comunitario cuando este no regula directamente la situación controvertida y, sin embargo, el legislador nacional ha decidido, al adaptar el Derecho nacional a las disposiciones de una directiva, dispensar el mismo trato a situaciones puramente internas y a las que regula la directiva, de forma que ha ajustado su legislación interna al Derecho comunitario» (apdos. 32 y 34).

<sup>6</sup> Puede comprobarse en las ya citadas SSTs de 8 de marzo de 2012 [FJ 4.º 4 (NFJ060256)] y de 21 de julio de 2014 [FJ 3.º (NFJ056976)], así como en la de 24 de enero de 2013 [recurso de casación 1847/2010, FJ 4.º 4 (NFJ060259)], entre otras muchas.

de reestructuración social cualquiera puede acogerse al régimen especial de neutralidad, se habrá de estar a lo dispuesto en la norma interna (el capítulo VII del título VII de la LIS) según la interpretación que de ella resulte a tenor de lo previsto en la directiva, la cual se erige de esta forma un elemento interpretativo privilegiado a tal efecto.

Una vez hechas las anteriores precisiones en cuanto a las normas aplicables, conviene recordar por último que el régimen especial regulado en el capítulo VII del título VII de la LIS resulta aplicable a las operaciones de reestructuración que se describen en sus artículos 76 y 87, a saber: fusiones (art. 76.1), escisiones (art. 76.2), canjes de valores (art. 76.5), aportaciones de rama de actividad (art. 76.3), cambios de domicilio de sociedades europeas de un país miembro a otro de la UE respecto de los bienes situados en territorio español (art. 76.7) y aportaciones no dinerarias especiales (art. 87). Resulta del mayor interés destacar que la aplicación del régimen de neutralidad exige en ciertos casos que la parte del patrimonio transferida a las sociedades adquirentes constituya una rama de actividad. Este requisito debe cumplirse no solo en los casos de aportación no dineraria de rama de actividad (art. 76.3 LIS), sino también en los de escisión parcial [art. 76.2.1.º b) LIS], así como cuando se trate de una escisión total subjetiva (art. 76.2.2.º LIS), es decir, cuando aun respetándose en conjunto la proporcionalidad cuantitativa al atribuir a los socios de la escindida las nuevas participaciones en las entidades adquirentes, el porcentaje que estos reciben de cada una de ellas por separado difiere del que ostentaban en la que se escinde (los excesos de participación recibidos en alguna o algunas de las sociedades adquirentes compensarían los defectos de participación en otra u otras). El requisito de que los patrimonios aportados o escindidos constituyan rama de actividad representa uno de los principales focos de controversia, tanto por las discrepancias existentes en su interpretación<sup>7</sup>, como por el riesgo de elusión que puede apreciarse cuando las sociedades implicadas pretenden hacer pasar por escisión total proporcional (supuesto en el que no se precisa que los patrimonios escindidos constituyan ramas de actividad) operaciones que en último término persiguen producir los efectos propios de una escisión parcial, o de una escisión subjetiva, evitando de esa forma tener que cumplir con el mencionado requisito.

Se debe señalar por último que, de acuerdo con la nueva LIS, en las actuaciones de reestructuración llevadas a cabo en los periodos impositivos iniciados desde el 1 de enero de 2015 no será necesario manifestar de manera expresa la opción por dicho régimen (opción que, sin embargo, era indispensable ejercer para su aplicación bajo la vigencia del texto legal precedente). A lo que sí quedan obligadas las sociedades adquirentes es a comunicar a la Administración, del modo pre-

<sup>7</sup> La interpretación estricta de la Administración en cuanto a los requisitos que permiten apreciar la transferencia de una rama de actividad (particularmente, la exigencia de que el patrimonio segregado constituyera una unidad independiente en la entidad transmitente, no bastando su aptitud para funcionar de manera autónoma en la entidad beneficiaria) ha provocado importantes controversias. Recientemente, dos SSTs de 20 de julio de 2014 [recursos de casación 5175/2011 (NFJ056238) y 3569/2011 (NFJ060263)] han respaldado el criterio administrativo. Y posteriormente también la STS de 23 de abril de 2015 [recurso de casación 3946/2012 (NFJ058339)]. De la vitalidad del conflicto da idea no obstante la formulación de dos votos particulares discrepantes con el fallo en relación con cada uno de los dos pronunciamientos citados. Un comentario de esta jurisprudencia puede consultarse en MAGRANER MORENO, F. J.: «La concurrencia del controvertido "motivo económico válido" en las operaciones de reestructuración empresarial (STS de 20 de julio de 2014)», *Tribuna Fiscal*, núm. 277 (2015).

visto en la norma reglamentaria, que han llevado a término la operación de reestructuración correspondiente. El régimen de neutralidad será aplicable salvo renuncia expresa de los interesados.

### 3. LA CLÁUSULA ANTIABUSO. CONSIDERACIONES A LA LUZ DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

#### 3.1. LA CONCILIACIÓN DE LAS DIFERENCIAS DE REDACCIÓN ENTRE LA LIS Y LA DIRECTIVA UE

Una vez aceptado como premisa que una determinada operación societaria responde a alguna de las modalidades de reestructuración a las que resulta aplicable el régimen especial de diferimiento, se debe valorar la posibilidad de que, en función de otras circunstancias concurrentes, pudiera resultar la exclusión de dicho régimen, como consecuencia de la aplicación de la denominada cláusula antiabuso o antifraude, contenida en el artículo 89.2 de la LIS. Con dicha cláusula se persigue evitar que la realización de operaciones de reestructuración se lleve a término con la única o primordial finalidad de eludir el pago de tributos aprovechando el régimen de neutralidad, por lo que este no surtirá efectos cuando así quede constatado. Su tenor actual es el siguiente:

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

La interpretación del significado de esta cláusula ha planteado desde su origen frecuentes controversias, que la jurisprudencia y la doctrina administrativa no han terminado de despejar con éxito de manera definitiva. Durante los últimos tres años, sin embargo, vienen proliferando pronunciamientos al respecto del Tribunal Supremo que tratan de superar algunos de los puntos conflictivos del asunto y fijar, en la medida de lo posible, criterios generales de calificación. En particular, una de las dificultades que ha debido superar la labor de interpretación en esta materia es la evidente diferencia de redacción entre la cláusula de la LIS y el artículo 15.1 a) de la Directiva 2009/133 que le sirve de base [art. 11.1 a) Directiva 90/434, precedente de la actual], cuyo tenor es el siguiente:

«1. 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».

Como se puede apreciar, ambas normas contemplan la posibilidad de excluir la aplicación del régimen de diferimiento cuando el principal objetivo (o uno de los principales objetivos, en palabras de la directiva) sea el fraude o la evasión fiscal. Ahora bien, si nos atenemos al tenor literal de los preceptos transcritos, la ausencia de motivos económicos válidos, de acuerdo con la directiva permite presumir la existencia de una finalidad primordial de fraude o evasión fiscal, mientras que la misma circunstancia en la LIS parece configurarse como una modalidad particular de fraude o evasión, que excluiría por sí sola los efectos del régimen especial, sin posibilidad aparente de prueba en contrario, de acuerdo con sus términos literales.

En todo caso, si nos atenemos a nuestra jurisprudencia interna de más alto rango, las diferencias de redacción que se acaban de apuntar no deben considerarse irreconciliables, de manera que en la práctica no sería preciso decantarse por los efectos literales de una u otra norma. La solución, según el criterio del Tribunal Supremo, debe ser la aplicación coordinada de ambos preceptos, interpretando lo dispuesto en la LIS de acuerdo con el contenido de la directiva, en los términos que enseguida pasamos a exponer<sup>8</sup>.

### 3.2. EL SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN *FRAUDE* O *EVASIÓN*: DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La primera dificultad que se plantea al interpretar el contenido de la cláusula antifraude es definir el concepto de «fraude o evasión fiscal» que, de constituir el principal objetivo de la operación, determinaría que no se aplicase el régimen de neutralidad. Nuestra jurisprudencia ha considerado razonable entender que, en un primer acercamiento, la expresión aludida engloba en su seno a la noción tradicional de «fraude de ley tributaria» («conflicto en la aplicación de la norma tributaria», según la regulación vigente de esta categoría en el art. 15 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria<sup>9</sup>). Ello no obstante, el Tribunal Supremo viene insistiendo también en que los

<sup>8</sup> Así, la STS de 19 de febrero de 2015 [recurso de casación 647/2013, FJ 3.º (NFJ060255)], además de las ya antes citadas SSTS de 8 de marzo de 2012 [FJ 4.º 4 (NFJ060256)], de 24 de enero de 2013 [FJ 4.º 4 (NFJ060259)] y de 21 de julio de 2014 [FJ 3.º (NFJ056976)].

<sup>9</sup> La SAN de 7 de mayo de 2007 [recurso 313/2004 (NFJ025984)] va más lejos, llegando a identificar el concepto de fraude o evasión, en este contexto, con el de «conflicto en la aplicación de la norma tributaria» [en el mismo sentido, las SSAN de 16 de febrero de 2011, recurso 320/2007 (NFJ042088), y de 9 de marzo de 2011, recurso 110/2008 (NFJ042449)]. A esta misma solución apuntaba VILLAR EZCURRA, M.: «Los efectos en el Derecho español de la doctrina del business purpose y de la noción comunitaria de motivo económico válido», *Noticias de la UE*, núm. 239 (2004), pág. 119, quien invocando el principio de proporcionalidad, de acuerdo con el planteamiento de la STJUE *Leur-Bloem* (citada *supra*), considera exigible, para aplicar la cláusula antiabuso, el procedimiento específico previsto en la LGT para declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Esta ecuación entre «conflicto en la aplicación de la norma» y «fraude o evasión», según el sentido de la cláusula, no es compartida sin embargo por el Tribunal Supremo, como vamos a ver, pues considera este órgano que el presupuesto de la cláusula antiabuso posee un contenido más amplio.

términos «fraude o evasión», en este contexto (el del actual art. 89.2 LIS), poseen un ámbito más extenso que el de la expresión «fraude de ley», vinculando su significado al del artículo 7.2 del título preliminar de nuestro Código Civil, por el que se prohíbe el abuso del derecho y su ejercicio antisocial. En consecuencia, de una parte, cuando las operaciones societarias llevadas a cabo respondan al concepto de fraude de ley (o conflicto en la aplicación de la norma), podrá afirmarse que tienen por objetivo el fraude o la evasión fiscal (en el sentido del art. 89.2 LIS), quedando por tanto excluidas del régimen especial<sup>10</sup>. Sin embargo, como también se ha dicho, el concepto de «fraude o evasión» implícito en la cláusula antifraude del artículo 89.2 de la LIS no se agota en tales supuestos, sino que abarca situaciones que no necesariamente presuponen el uso de negocios artificiosos o impropios característico de aquellas conductas.

Precisamente para explicar la idea anterior, el Tribunal Supremo recurre a la «ausencia de motivos económicos válidos» como circunstancia que contribuye, en los términos previstos en la Directiva 2009/133, a apreciar la presencia de fraude o evasión. Así lo hace, entre otras, la STS de 7 de abril de 2011, recurso de casación 4939/2007 (NFJ042890), donde se alude a la Directiva 90/434/CEE (precedente de la Directiva 2009/133), reguladora del régimen en el periodo de los hechos enjuiciados. En todo caso, se trata de un punto sobre el que existe cierta unanimidad de criterio dentro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como enseguida se hará constar<sup>11</sup>.

Así las cosas, siendo la posible ausencia de motivos económicos válidos, de acuerdo con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, una circunstancia decisiva para apreciar la existencia de fraude o evasión, y teniendo en cuenta que la interpretación de la cláusula del artículo 89.2 de la LIS debe llevarse a cabo a la luz de lo que dispone el ordenamiento de la UE en esta materia, resulta de la mayor importancia tener en cuenta el criterio expresado por el TJUE en torno al concepto de motivos económicos válidos implícito en la directiva. Dicho criterio, por cuanto aquí interesa, podría sintetizarse en tres asertos básicos:

<sup>10</sup> Así, entre otras, la STS de 8 de marzo de 2012 [FJ 4.º 4 (NFJ060256)] ya citada antes señala que «la legislación tributaria española no contiene una definición específica de los conceptos de fraude y evasión fiscal. Sin embargo, parece razonable considerar que deberían tener cabida en dichos conceptos las conductas desarrolladas por el sujeto pasivo, en las que, sin violar directamente la norma tributaria, se produce un abuso de las formas jurídicas aplicadas, las cuales no se utilizan con el objeto de conseguir los efectos de su causa típica, sino con la finalidad de eludir los efectos derivados de la aplicación de una determinada norma tributaria (se trataría de los supuestos de fraude de ley contemplados en el artículo 24 de la LGT 230/1963)».

<sup>11</sup> En el mismo sentido se manifiestan todas las sentencias pronunciadas en relación con el significado de la cláusula legal que se examina. Así, entre las más recientes, la STS de 21 de mayo de 2015 [recurso de casación 1197/2013 (NFJ060261)]. También, entre otras, las mencionadas en notas anteriores SSTS de 8 de marzo de 2012 (NFJ060256), 24 de enero de 2013 (NFJ060259), 21 de julio de 2014 (NFJ056976) y 19 de febrero de 2015 (NFJ060255). Todas dedican una parte de sus considerandos a explicar que la ausencia de motivos económicos válidos, como elemento de máxima relevancia a efectos de apreciar la existencia de fraude o evasión, está presente de manera implícita en el propio concepto de fraude o evasión (interpretado de acuerdo con la directiva de la UE). De esa forma llega el tribunal a la conclusión de que la ausencia de motivo económico válido funcionaba como elemento decisivo a tal fin incluso cuando la norma interna (antes de su modificación por la Ley 14/2000) no hacía referencia explícita a él.

- En primer lugar, el concepto de motivo económico válido es más amplio que la mera ventaja fiscal; es decir, cuando el motivo preponderante de la operación sea el logro de una ventaja fiscal, ello no será suficiente por sí solo para apreciar la presencia de motivos económicos válidos<sup>12</sup>.
- En segundo lugar, y no obstante la afirmación anterior, el hecho de que una operación persiga como objetivo obtener una ventaja fiscal no impide que pueda apreciarse la existencia de motivos económicos válidos, si dicha ventaja no constituye un objetivo principal<sup>13</sup>.
- Por último, la presencia de motivos económicos válidos debe valorarse en función de las circunstancias específicas de cada caso. Esto determina que no puedan concretarse a priori criterios válidos con carácter general para calificar todos los supuestos susceptibles de darse en la realidad<sup>14</sup>.

Con todo, no obstante, de acuerdo con la Directiva 2009/133 la sola ausencia de motivos económicos válidos tampoco permitiría de manera terminante afirmar la existencia de fraude o evasión, ni determinaría, por tanto, una exclusión automática del régimen de diferimiento. Lo que entraría en juego entonces, en virtud de su artículo 15, es la posibilidad de presumir que el objetivo principal de la operación ha sido el fraude o la evasión fiscal<sup>15</sup>. La consecuencia práctica de dicha

<sup>12</sup> Vid. la STJUE de 17 de julio de 1997, asunto *Leur-Bloem*, C-28/95 (NFJ005725), apartado 47: «Del tenor y de los objetivos del artículo 11, así como de los de la directiva se deduce que el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal. Por consiguiente, una operación de fusión por canje de acciones que solo persiguiera tal objetivo no puede constituir un motivo económico válido en el sentido de este artículo».

<sup>13</sup> De acuerdo con la STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto *Foggia*, C-126/10 (NFJ044771), apartado 35, «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».

<sup>14</sup> Para apreciar la posible existencia de motivos económicos válidos deberá llevarse a cabo un examen global de la operación, sin que a priori existan circunstancias que por sí solas puedan determinar un juicio negativo al respecto [STJUE de 20 de mayo de 2010, asunto *Zwijnenburg*, C-352/08 (NFJ038357), apdo. 44]. En concreto, por ejemplo, no puede rechazarse de forma automática la concurrencia de motivos económicos válidos en una escisión por el mero hecho de que la sociedad escindida no desarrolle actividades económicas o porque esta y las que recibieron sus bienes tengan el mismo administrador, domicilio social y socios (STJUE *Foggia*, citada en nota anterior, apdos. 37 a 39).

<sup>15</sup> Como indicara, en relación con el precepto, PALAO TABOADA, C.: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *RCyT*. CEF, núm. 235 (2002), págs. 63 y ss., «la ausencia de motivos económicos válidos únicamente sería indicio de tal fraude o evasión, como prevé la directiva». Así también FALCÓN Y TELLA, R.: «La nueva redacción de la cláusula antiabuso en el régimen de fusiones, escisiones y aperturas de activos: artículo 110.2 de la LIS», *Quincena Fiscal*, núm. 4 (2001), pág. 6, «una interpretación conforme a la directiva debe llevar a la conclusión de que estamos ante una simple presunción *iuris tantum*». En la misma línea, GARCÍA NOVOA, C.: «La modificación de la cláusula antiabuso del art. 110 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 54 (2001), págs. 44 y ss. (en especial, 48), invocando la STJUE *Leur-Bloem* más atrás citada, argumenta que «esa mayor amplitud de los motivos económicos, frente a las ventajas fiscales, supone que se podrá denegar la aplicación del régimen especial cuando una operación tenga como único motivo la búsqueda de una ventaja fiscal,



presunción, de conformidad con la jurisprudencia arriba citada del TJUE, podría formularse a su vez de la manera siguiente: si el único fin económico capaz de explicar racionalmente la operación fuera, *prima facie*, el logro de una ventaja fiscal, podrá afirmarse que su objetivo principal es el fraude o la evasión (entendido este concepto en el sentido amplio de la directiva), salvo que se acredite por los interesados la presencia de una razón económica de rango suficiente para alzarse como móvil predominante sobre el objetivo estrictamente fiscal. A tal efecto, resulta ilustrativo el balance que se desarrolla en la STJUE de 10 de noviembre de 2011 (asunto *Foggia*), donde se pondera la relevancia de los distintos motivos presentes en la operación de fusión sometida a examen, entendiéndose en este caso que la ventaja organizativa obtenida, en términos de reducción de costes de gestión, carecía de entidad suficiente para evitar que la compensación de cuantiosas pérdidas fiscales (el motivo fiscal) se impusiese como objetivo principal de la operación<sup>16</sup>.

Llegados a este punto, puede decirse que la interpretación de las consecuencias de la cláusula antifraude por nuestro Tribunal Supremo se encuentra en la línea de la jurisprudencia del TJUE que se acaba de referir, pese a que la redacción de la norma en el ordenamiento español (vigente art. 89.2 LIS) no se ajusta de manera estricta, como ya se vio, a lo dispuesto en la legislación de la UE (primero la Directiva 90/434, y luego la vigente Directiva 2009/133 que la sustituyó). De esta forma, para apreciar que el fin principal es el fraude o la evasión fiscal, el Tribunal Supremo asocia este concepto a una manifestación del abuso del derecho, no considerando necesario, como antes se dijo, que la operación societaria sea constitutiva de fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma.

Conforme a la doctrina del Alto Tribunal, para apreciar la existencia de fraude o evasión será necesario que la operación produzca una ventaja fiscal, circunstancia que puede ser suficiente para aplicar la cláusula antielusiva si a ello se une que los sujetos implicados no aportan pruebas de un motivo económico distinto capaz de jugar un papel preponderante para explicar racionalmente su actuación<sup>17</sup>. De acuerdo con la STS de 28 de noviembre de 2013 [recurso de casación

---

porque el particular, como consecuencia de la aplicación de la presunción, no sea capaz de probar que esa operación está guiada por alguna finalidad económica válida». Por su parte, GARCÍA PRATS, F. A.: «Las medidas antiabuso y el Derecho comunitario» en *Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, obra colectiva, IEF, Madrid (2002), pág. 203, afirmaba también que, pese a su redacción literal, la cláusula antiabuso interna solo resultará conforme con el texto de la directiva si se lee en clave de mera presunción. Más recientemente, PITA GRANDAL, A. y ANEIROS PEREIRA, J.: «La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española», *Crónica Tributaria*, núm. 144 (2012), pág. 135, señalan que «la ausencia de motivación económica tiene únicamente la función de contribuir, a modo de presunción, a la prueba de los hechos constitutivos del fraude o la evasión fiscal».

<sup>16</sup> Véase el apartado 47: «nada se opone, en principio, a que una operación de fusión que lleve a cabo una reestructuración o una racionalización de un grupo que permita reducir los gastos administrativos y de gestión de este pueda tener motivos económicos válidos. No obstante, ese no es el caso de una operación de absorción, como la controvertida en el litigio principal, en el que parece resultar que, habida cuenta de la amplitud de la ventaja fiscal que se pretende obtener, a saber más de 2 millones de euros, el ahorro realizado por el grupo de que se trata en términos de costes estructurales es completamente marginal».

<sup>17</sup> En este punto pues resulta completamente pertinente la reflexión de GARCÍA NOVOA, C. (ob. cit., pág. 38): «a la hora de valorar la concurrencia del hecho base de la presunción, y antes de acogerse a la misma, la Administración debe



2581/2011 (NFJ060262), FJ 10.º], el precepto de la LIS debe integrarse «con la jurisprudencia comunitaria [...], en el sentido de que la acreditación del hecho negativo –el propósito elusorio del impuesto– puede hacerse viable mediante la prueba de un hecho positivo –la persecución de un motivo económico válido–, prueba que en este caso no se ha conseguido».

Como puede notarse, aunque su formulación no es un modelo de claridad, los resultados prácticos de esta interpretación de la cláusula interna (vigente art. 89.2 LIS), siguiendo el criterio del Tribunal Supremo, no parecen diferir de los que se siguen de la norma que con idéntica función integra el derecho de la UE (art. 15 Directiva 2009/133), tal como la interpreta el TJUE.

### 3.3. EL CONCEPTO DE *VENTAJA FISCAL* A LOS EFECTOS DE APLICAR LA CLÁUSULA ANTIABUSO

Según se acaba de ver, pues, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el posible logro de una ventaja fiscal de resultados de la operación de reestructuración haría recaer sobre los interesados la carga de probar la existencia de un motivo económico válido que justifique su realización, con objeto de evitar la exclusión del régimen de neutralidad por aplicación de la presunción prevista en el artículo 15 de la Directiva 2009/133 y de su trasunto en el artículo 89.2 de la LIS. Llegados hasta aquí no obstante conviene señalar que, a estos efectos, el concepto de «ventaja fiscal» debe significar en este contexto algo más que el mero diferimiento derivado de la aplicación del régimen especial.

Dicho de otro modo, si la operación societaria se ha llevado a término con regularidad, es decir, si las partes no han incluido en ella cláusulas, ni han celebrado operaciones adicionales, que puedan desvirtuar sus efectos jurídicos naturales o típicos, no debería entrar en juego la presunción de fraude o evasión por el mero hecho de lograrse un diferimiento del gravamen. Antes bien, creemos que si la reestructuración produce los efectos jurídicos que, de acuerdo con el ordenamiento, son normales o propios de este tipo de operaciones societarias, y con ella no se logra una disminución del gravamen que se hubiera soportado si la misma no hubiese tenido lugar, no debería ser necesario que los interesados probasen además la existencia de un motivo económico válido, sino que este debería presumirse. Parece razonable entender que, si de la operación no se obtiene ventaja fiscal alguna distinta del diferimiento, el propósito de las partes habrá sido obtener algún tipo de mejora con relevancia económica respecto a la configuración societaria original, aunque solo sea a efectos de una más cómoda gestión patrimonial de los activos sociales, sin que sea preciso que tal circunstancia sea objeto de una actividad probatoria especialmente intensa, pues no habría razones para dudar de su realidad. A fin de cuentas, si se hubiese mantenido la estructura social preexistente ello habría supuesto también mantener sin gravamen las plusvalías latentes, pues estas no se habrían realizado. Es decir, el diferimiento no aporta en tal caso ninguna reduc-

---

dar audiencia a los sujetos intervinientes en la operación para que estos puedan alegar que tales motivos económicos sí concurren. Y ello en fase de apreciación del hecho base, y, por tanto, antes de la aplicación de la presunción que, como hemos dicho, debe entenderse como relativa o *iuris tantum*».

ción impositiva<sup>18</sup>. La interpretación que propugnamos vendría avalada de forma concluyente por numerosos pronunciamientos de la Audiencia Nacional, entre los que seleccionamos por su explicitud el siguiente pasaje de la SAN de 4 de marzo de 2010 [recurso 318/2007 (NFJ037824)]:

«Es evidente que no basta con negar la existencia de "motivo económico válido" para trasladar al interesado la carga de acreditar su efectiva concurrencia. Como sucede en el caso enjuiciado, la operación de escisión se ha realizado efectivamente, cumpliéndose las exigencias formales establecidas en la normativa mercantil que resulta de aplicación. Ha de presumirse, por tanto, que dicha operación no se efectuó con finalidades espurias o torticeras, de suerte que pesa sobre quien afirma la presencia de estas extrañas y distintas causas acreditar fehacientemente su concurrencia» (FJ 5.º).

El fragmento transcrito expresa con meridiana claridad la idea apuntada, es decir, la necesidad de que, si las operaciones realizadas se llevan a cabo sin dobleces, produciendo de manera íntegra (y en exclusiva) los efectos jurídicos que, de acuerdo con su normativa reguladora, le son propios, el motivo económico válido se presume<sup>19</sup>. Bajo tales circunstancias, la prueba de que la operación busca un propósito fiscal debe corresponder a la Administración<sup>20</sup>. Solo una vez acreditado este extremo, podría entenderse justificado trasladar al interesado la carga probatoria del motivo económico válido.

Con todo, es preciso reconocer que no es tan fácil encontrar respaldo explícito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo para la conclusión anterior, que incluso podría estimarse desmentida si se consideran de manera aislada algunos asertos reiterados en varias de sus sentencias. Nos referimos a todos aquellos pasajes donde se señala que, para excluir la aplicación del régimen especial, la Administración no tiene que probar que la reestructuración se ha llevado a cabo en fraude de ley, «sino probar que el principal objetivo es la obtención de un beneficio fiscal, por la ausencia de otra explicación económica válida»<sup>21</sup>. A nuestro juicio, sin embargo, afirmaciones como esta no pueden significar, leídas en su contexto, que el mero diferimiento sea para el Tribunal Supremo una ventaja fiscal suficiente a efectos de presumir la existencia de fraude o evasión,

<sup>18</sup> En efecto, tal como razona FALCÓN Y TELLA, R. (ob. cit., pág. 6), «en todo caso, una cabal interpretación de la cláusula antiabuso debe conducir, claramente a entender que puede quedar excluido el régimen de diferimiento de impuestos únicamente cuando se busque ahorrar un tributo distinto de los que se devengarían como consecuencia de las propias operaciones de reorganización». Así también, CALVO VÉRGEZ, J.: «La aplicación del régimen fiscal especial de fusiones y escisiones en el IS tratándose de operaciones realizadas con fines de fraude o evasión fiscal. La existencia de motivos económicos válidos», *Actum Fiscal*, núm. 81, noviembre (2013), pág. 47: «a priori, la eventual ventaja fiscal derivada de la aplicación del régimen no debe ser motivo para inaplicar el régimen especial. Téngase presente que en otro caso hubiera bastado con que la LIS art. 96 hubiera establecido únicamente la primera condición, relativa a la inexistencia de motivos económicos válidos, para inaplicar el régimen especial, ya que siempre existiría una ventaja fiscal».

<sup>19</sup> En el mismo sentido también, entre otras, la SAN de 16 de febrero de 2011, recurso 320/2007 –NFJ042088– (FJ 8.º).

<sup>20</sup> PITA GRANDAL, A. y ANEIROS PEREIRA, J. (ob. cit., pág. 138), opinan en este sentido que la Administración no puede «realizar exigencias desproporcionadas para que el contribuyente demuestre que no pretende eludir o evadir impuestos con la operación de fusión. La desproporción de la exigencia coloca al sujeto pasivo en una situación de indefensión».

<sup>21</sup> Véase por todas, la STS de 27 de octubre de 2014, recurso de casación 4184/2012 –NFJ056456– (FJ 2.º).

haciendo que se traslade sobre el interesado la carga de la prueba del motivo económico válido. Antes bien, debe tenerse en cuenta que las concretas reestructuraciones societarias a que van referidas reportan siempre a los interesados reducciones impositivas directas, debido normalmente a su acompañamiento de otras actuaciones que evidencian el propósito de eludir los requisitos exigidos para la aplicación del régimen especial o de obtener un ahorro fiscal más o menos relevante que no se hubiera logrado sin mediar la reestructuración social previa.

Dicho de otro modo, siempre que el Tribunal Supremo formula sus conclusiones en los términos que se han referido (refrendando la exclusión del régimen por una prueba insuficiente de motivos económicos válidos) lo hace partiendo de una inferencia previa indicativa de la obtención de ventajas o beneficios fiscales que trascienden el mero diferimiento. Son numerosas las sentencias que así lo vienen a poner de manifiesto, tal y como enseguida se podrá comprobar<sup>22</sup>.

#### 3.4. LA OBTENCIÓN DE VENTAJAS FISCALES COMO PREMISA PARA ELEVAR LAS EXIGENCIAS PROBATORIAS DEL MOTIVO VÁLIDO: DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

De acuerdo pues con el criterio que se acaba de razonar, cuando las operaciones de reestructuración se lleven a cabo de manera regular, no acompañándose de cláusulas o actuaciones adicionales que desvirtúen o neutralicen sus efectos jurídicos naturales, y sin que produzcan de manera directa o indirecta ninguna ventaja fiscal distinta de la no sujeción inmediata de las plusvalías latentes, sería improcedente la exclusión del régimen basada en la ausencia de prueba por los interesados de motivos económicos válidos, pues estos habrían de presumirse.

Sin embargo, como también se acaba de exponer, la anterior conclusión quizá pudiera considerarse desvirtuada si se examinan de forma aislada algunos pasajes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, en concreto cuando en sus pronunciamientos se subraya la

<sup>22</sup> Únicamente encontramos un supuesto en el que la jurisprudencia del Tribunal Supremo identifica de modo explícito el diferimiento del gravamen por sí solo con una ventaja fiscal directa, llegando a calificar la hipótesis como exención. Se trata de lo que sucede en las llamadas escisiones parciales, donde, según la reciente STS de 23 de abril de 2015 [recurso de casación 3946/2012 (NFJ058339)], la exclusión del gravamen de las plusvalías latentes «no responde, como en el caso de la escisión total, a la consecuencia lógica de un fenómeno de subrogación jurídica y de no realización de plusvalías. La determinación legal de que los bienes y derechos se contabilicen por el valor que tenían es un mecanismo para evitar que tributen unas plusvalías que sí se han puesto de manifiesto, como ocurre en todo fenómeno traslativo a título oneroso. Se trata de una técnica para hacer efectivo un auténtico incentivo fiscal, que debe entenderse como "medida de apoyo o estímulo instrumental", a través de la desgravación o exoneración del tributo» (FJ 4.º). Esta reflexión no obstante más bien reforzaría a nuestro juicio la idea de que en todos los demás casos (particularmente, fusiones y escisiones totales) el mero diferimiento no constituye una auténtica ventaja fiscal. Por otra parte, la sentencia citada, pese a constatar la existencia de ventaja fiscal, no llega a pronunciarse sobre la posible evidencia de un motivo válido capaz de evitar la aplicación de la cláusula antiabuso, pues como cuestión previa llega a la conclusión de que la operación realizada (escisión parcial de un patrimonio que no se considera por el tribunal constitutiva de una rama de actividad) no integra el presupuesto del régimen especial.

importancia de la actividad probatoria de los interesados sobre los motivos económicos válidos, rechazándose la aplicación del régimen especial por insuficiencia de tal prueba. Es el caso, por ejemplo, de la STS de 28 de noviembre de 2013 [recurso de casación 2581/2011 (NFJ060262)], entre cuyos fundamentos puede leerse lo siguiente:

«Y ciertamente que podrían ser motivos económicos válidos los de la supuesta confrontación existente entre los dos socios o grupos de socios dentro de la sociedad. Esa pelea persistente dentro de la sociedad podría justificar económicamente la división, como han dicho en algunos casos contestaciones a consultas por parte de la Administración. Pero es que en el caso de autos se declara probado que el examen de los libros de actas de la sociedad acredita que esa confrontación es inexistente, porque, a lo largo de la vida social, los dos grupos de socios han aprobado siempre las cuentas conjuntamente, han adoptado todas sus decisiones conjuntamente y no aparecen esas votaciones en contra o esas diferencias de criterio que ahora se dice que son la causa de la división del patrimonio» (FJ 8.º 3).

En una línea parecida, la STS de 23 de enero de 2014 [recurso de casación 3834/2011 (NFJ060254)] confirma el criterio de la Audiencia Nacional, que había rechazado el motivo económico alegado por los interesados para explicar una escisión, supuestamente llevada a cabo con el propósito de revalorizar los proyectos inmobiliarios de los edificios segregados y su mejor aprovechamiento urbanístico. La razón (o una de las razones), también en este caso, fue que no se llevó a cabo esfuerzo probatorio alguno en la vía jurisdiccional, pues ni se solicitó el recibimiento del proceso a prueba, y ni siquiera las alegaciones realizadas servían «para poner de manifiesto que la escisión estuviera fundada en alguna necesidad empresarial sentida y que con la escisión pueda solventarse o satisfacerse», llevando todo ello a la conclusión de que «la finalidad perseguida era, pura y simplemente, la de dividir el patrimonio familiar sin tributar por ello» (FJ 7.º).

No es ocioso señalar, sin embargo, que las dos sentencias que se acaban de citar parten también de la existencia de deducciones previas en el plano probatorio, por parte de la Inspección de los tributos, basadas en que las operaciones de reestructuración se habían visto acompañadas de otros actos que evidenciaban la obtención de ventajas fiscales distintas del mero diferimiento. Es decir, el contexto en que el Tribunal Supremo expresa sus demandas probatorias parece poner de relieve que, de no concurrir esas ventajas, la exigencia de prueba del motivo económico válido habría sido, como en un epígrafe anterior razonamos, mucho menos rigurosa.

Llegados a este punto conviene precisar que la aplicación del régimen especial podría reportar en ocasiones ventajas fiscales distintas del mero diferimiento sin necesidad de acompañar la reestructuración de actuaciones adicionales. A veces, la simple reconfiguración societaria puede permitir la obtención de importantes reducciones impositivas (a través, por ejemplo, de la compensación de bases imponibles negativas)<sup>23</sup>. Todo apunta de hecho a que en tales casos el Tribunal Supremo

<sup>23</sup> GARCÍA NOVOA, C. (ob. cit., pág. 47) señala algunas posibles ventajas derivadas de la simple reestructuración societaria, «cuando, por ejemplo, una escisión de sociedades anónimas que no constituyen grupo y que pasan a ser independientes tiene como finalidad acogerse al régimen de entidades de reducida dimensión. O cuando un canje de valores

consideraría necesaria también una prueba directa del motivo económico válido para evitar la exclusión<sup>24</sup>. No obstante, el rigor probatorio exigible en relación con el motivo económico válido aparece la mayor parte de las veces directamente vinculado a la importancia que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (como también la doctrina de la DGT) atribuye a las actuaciones previas, coetáneas y posteriores a la operación de reestructuración, como elementos decisivos para valorar los verdaderos motivos que explican su realización. De hecho, los pronunciamientos donde se respalda la exclusión del régimen por falta de prueba de motivos económicos se basan por lo general en la presencia de actuaciones adicionales que acompañan a la reestructuración. A tal efecto se suele invocar por nuestro Alto Tribunal la jurisprudencia del TJUE, que como antes se vio requiere con tal fin un examen global de la operación [STJUE de 17 de julio de 1997, C-28/95 (NFJ005725), asunto *Leur-Bloem*, apdo. 41]. Ello exige considerar «las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores, porque, en otro caso, no se estaría efectuando un verdadero examen global de dicha operación, como demanda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea»<sup>25</sup>. Esta circunstancia hace necesario que la operación de reestructuración a la que se pretende aplicar el régimen especial no se acompañe de actuaciones concatenadas con las que llegue a producir un resultado global que desvirtúe los fines que le son propios, permitiendo obtener ventajas fiscales que no se hubieran logrado sin mediar la aplicación del régimen, o produciendo los resultados propios de una operación distinta que, bajo las mismas condiciones, no hubiera cumplido los requisitos exigidos para la aplicación del diferimiento.

Bajo las circunstancias señaladas, tanto la jurisprudencia como la doctrina de la DGT suelen llegar a la conclusión de que los efectos añadidos derivados de actuaciones adicionales se alcanzan e imponen como fin u objetivo principal del conjunto de las operaciones realizadas, desvirtuando los motivos económicos válidos alegados para llevar a cabo la reestructuración. Como mejor muestra pueden mencionarse numerosas sentencias recientes del Tribunal Supremo. Así, la STS de 26 de mayo de 2015 [recurso de casación 2408/2014 (NFJ058656)], tras constatar que la escisión había

---

tiene como finalidad alcanzar el porcentaje de participación del 5 %, para aplicar el porcentaje de deducción por doble imposición interna (...). O, en fin, cuando se procede a formalizar una fusión impropia para practicar la amortización de la diferencia de fusión». Por su parte, CALVO VÉRGEZ, J. (ob. cit., pág. 47), observa que, «por ejemplo, tratándose de una operación societaria individual podrá existir una ventaja fiscal cuando, con motivo de la realización de la operación societaria, se permita la aplicación de regímenes fiscales que llevan aparejados incentivos fiscales que antes no existían, así como cuando la realización de la operación societaria permita la compensación de bases imponibles negativas que no se hubieran producido sin aplicar el régimen especial o la aplicación de créditos fiscales, o en el supuesto de que la tributación indirecta se viese reducida en sede de las entidades o de los socios».

<sup>24</sup> Así parece desprenderse, en efecto, de la STS de 12 de diciembre de 2013 [recurso de casación 5463/2011 (NFJ060257)], donde no llega a producirse un pronunciamiento explícito (por no alcanzarse la cuantía mínima fijada para el recurso de casación) en relación con una fusión que había permitido a la absorbente una compensación de bases negativas. No obstante, el tribunal parece dar por sentado que la ventaja fiscal derivada de la compensación hacía recaer en el sujeto pasivo la carga de la prueba del motivo económico válido. Con todo, el asunto controvertido no era ese (pues el interesado había llevado a cabo la actividad probatoria correspondiente), sino la supuesta apreciación incorrecta de las pruebas por la Audiencia Nacional en la sentencia de instancia.

<sup>25</sup> Cfr. la STS de 14 de mayo de 2012, recurso de casación 2144/2010 (FJ 3.º) –NFJ047355–; así también las SSTS de 18 de junio de 2012, recurso de casación 5352/2009 (NFJ047792), y de 12 de noviembre de 2012, recurso de casación 4299/2010 (NFJ049297).

supuesto desgajar el patrimonio inmobiliario para su transmisión más o menos inmediata (apenas un mes más tarde), resultando de esa forma una menor tributación por las plusvalías correspondientes a los terrenos transmitidos (FJ 4.º), aprecia que este ahorro impositivo constituye el propósito principal de la operación en su conjunto. En otra ocasión, en relación con el caso objeto de la STS de 19 de febrero de 2015 [recurso de casación 647/2013 (NFJ060255)] se estima correcta por el tribunal la inaplicación del régimen de neutralidad a una aportación no dineraria especial, habiéndose tenido en cuenta a tal fin «la efímera estancia» de los inmuebles en la sociedad a la que habían sido aportados, así como «la sucesión de acontecimientos» posteriores, con los que se pretendía obtener los efectos propios de una escisión parcial, eludiendo el requisito de que el patrimonio segregado constituyera rama de actividad (FJ 4.º, *in fine*). Por su parte, la STS de 26 de abril de 2012 [recurso de casación 126/2009 (NFJ047357)] respalda la inaplicación del régimen de diferimiento debido a que la fusión impropia llevada a cabo venía precedida de la compra de las participaciones de la sociedad absorbida, con la única finalidad de que la absorbente obtuviera la titularidad del inmueble que constituía el único patrimonio de aquella, en lugar de haber procedido a la compra directa del inmueble. En la STS de 15 de abril de 2013 [recurso de casación 3010/2011 (NFJ051348)] se considera asimismo lícita la exclusión del régimen, pues las actuaciones posteriores a la escisión supusieron la transmisión más o menos inmediata de las participaciones correspondientes a la sociedad adquirente de un inmueble cuya titularidad material se habría logrado transmitir de ese modo por la sociedad escindida sin tributación alguna por su parte (las interesadas justificaron la escisión en la necesidad de separar la promoción relativa a ese inmueble que, como luego se frustró, dio lugar a que las participaciones en la sociedad adquirente se vendieran). En línea con las anteriores, la STS de 23 de enero de 2014 [recurso de casación 3834/2011 (NFJ060254)] rechazó la existencia de motivo económico válido al constatar hechos demostrativos de que la escisión se había realizado con objeto de separar los inmuebles integrantes de un patrimonio familiar para su enajenación posterior, logrando su venta individualizada mediante la transmisión por los socios de las participaciones recibidas en las sociedades adquirentes (se añade en este caso como vimos la falta de prueba por los interesados de un motivo económico distinto capaz de imponerse a la razón fiscal como determinante de la operación). En la STS de 4 de julio de 2014 [recurso de casación 725/2012 (NFJ060258)] se rechaza la existencia de motivo económico válido debido a que la operación de fusión vino acompañada de otras circunstancias que, en su conjunto, no tenían como fin último la reestructuración social sino la venta de un inmueble concreto a terceros disfrutando beneficios fiscales que no hubieran podido obtenerse mediante su venta directa sin mediar la fusión. Citaremos, por último, las SSTs de 8 de marzo de 2012 [recurso de casación 3777/2008 (NFJ060256)] y de 24 de enero de 2013 [recurso de casación 1847/2010 (NFJ060259)], que amparan la decisión de excluir la aplicación del régimen basada en el análisis de las circunstancias posteriores a la escisión. En la segunda de ellas, tras reproducirse la que es doctrina reiterada del tribunal respecto a la noción de motivo económico válido, se afirma cuanto sigue:

«En definitiva, atendiendo a las circunstancias en que se han producido las tres operaciones societarias de escisión de Central Parc, venta de participaciones de Pacific Invest y posterior disolución y, por último, la fusión por absorción de las dos entidades indicadas y el escaso plazo de tiempo que ha mediado entre ellas, este tribunal considera que, efectivamente, estas tres operaciones están concatenadas entre sí y se rigen por una misma finalidad, que no es económica, sino fiscal» (FJ 4.º 4).



La importancia del dato que se examina, es decir, la obtención de ventajas o reducciones impositivas de más intensidad que el simple diferimiento, y la presencia o no de actuaciones añadidas que, en conjunción con la operación de reestructuración, produzcan tales ventajas o reducciones, se aprecia de manera definitiva a la luz de alguna jurisprudencia donde se enjuicia la aplicación de la cláusula antifraude desde la perspectiva justamente opuesta. Nos referimos en concreto a la STS de 14 de mayo de 2012 [recurso de casación 2144/2010 (NFJ047355)], donde se contempla una operación que, si bien por sus condiciones iniciales podía dar la impresión de tener un objetivo final elusivo del gravamen (lo que había llevado a la Inspección a denegar la aplicación del régimen especial), se considera por el tribunal sin embargo amparada por el régimen especial debido a la inexistencia de actos posteriores que confirmasen esa intuición del órgano inspector. Ante esta realidad, el Tribunal Supremo concede su respaldo en los siguientes términos a la decisión previa de la SAN de 4 de marzo de 2010 [recurso 318/2007 (NFJ037824)]:

«[...] la Sala de instancia no ignora los comentarios de la Inspección sobre la ausencia de motivos económicos válidos para la operación de reestructuración empresarial realizada, otra cosa es que no los comparta, como desvela la lectura del siguiente pasaje del fundamento quinto de la sentencia recurrida: "La endeble construcción de las resoluciones recurridas en punto a la negativa del motivo económico válido se pone de manifiesto cuando se constata que la 'verdadera finalidad' de la escisión (la venta ulterior del inmueble, según reitera la Inspección) se ha revelado como inexistente"» (FJ 3.º).

La relevancia decisiva de los hechos que acompañan a la operación de reestructuración, a efectos de apreciar la existencia de motivos económicos válidos, se venía poniendo de manifiesto por lo demás de forma constante en la doctrina de la DGT. Sirva como ejemplo, primeramente, la Resolución de la DGT V2340/2006, de 23 de noviembre (NFC024194), en la que se advierte al consultante que, si tras la escisión se procede a la venta del negocio segregado, ello desvirtuaría el motivo económico válido que la operación tendría inicialmente, haciéndola quedar excluida del régimen especial. Por su parte, la Resolución de la DGT V0063/2004, de 10 de junio (NFC019616), rechaza como motivo económico válido de una escisión total proporcional la existencia de discrepancias entre los socios sobre la gestión, porque la actuación posterior de permuta de acciones que el consultante piensa acometer produciría, en conjunción con aquella, los resultados propios de una escisión subjetiva, sin que los patrimonios segregados constituyan ramas de actividad, lo que pone de relieve que el objetivo principal de la operación (examinado el conjunto de las actuaciones) sería en tal caso obtener los resultados propios de una escisión subjetiva eludiendo los requisitos exigidos para aplicar el régimen especial a este tipo de supuestos (vigente art. 76.2.2.º LIS). En resumidas cuentas, una circunstancia que, a efectos de acometer una estricta escisión total proporcional, podría aceptarse sin reparos como motivo válido, con la misma facilidad puede perder su virtud como tal si la operación se rodea de otras actuaciones que, en conjunción con ella, producen los efectos correspondientes a una operación distinta que, de realizarse, no hubiera cumplido los requisitos exigidos para disfrutar el diferimiento<sup>26</sup>. En realidad, resulta obvio que en casos

<sup>26</sup> Como pone de relieve ALGUACIL MARÍ, P.: «Las discrepancias entre socios como motivo económico válido en las escisiones, según la DGT», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, parágrafo núm. 31/2006, tal era la situación que se

así las actuaciones posteriores (la permuta en este caso) no hacen desaparecer el motivo que justifica la reestructuración; sin embargo, sí hacen perder a la operación, considerada en su conjunto, la configuración legalmente necesaria para beneficiarse del régimen de neutralidad. Dicho de otro modo, el motivo económico aducido hubiera justificado válidamente una operación distinta (excluida del régimen), pero no el conjunto de actuaciones llevadas a cabo<sup>27</sup>.

La conclusión en todo caso, tras cuanto queda razonado, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es que la exigencia de una prueba directa del motivo económico por parte de los interesados solo surge cuando se constata que la aplicación del régimen especial produce a estos un beneficio tributario adicional, más allá de la no sujeción de las plusvalías que lucen a consecuencia de la reestructuración. En particular, una vez llevada a cabo la operación sujeta al régimen de neutralidad, cualquier actuación posterior que tenga por objeto la permuta de participaciones entre los socios o la enajenación a terceros de dichas participaciones o de los bienes que integran el patrimonio social, genera el riesgo de desvirtuar el motivo económico válido que avala la operación en origen, pudiendo determinar el sometimiento al régimen general. Así será cuando estas actuaciones adicionales permitan, de aplicarse el diferimiento, disfrutar de un ahorro fiscal que no se hubiera logrado sin mediar la reestructuración previa.

Como reflexión final, que surge inevitable al hilo de la conclusión anterior, cabe señalar por último que, en muchos de los casos mencionados, el examen conjunto de las actuaciones que acompañan a la operación societaria podrá revelar, seguramente, el empleo de moldes negociales artificiosos o impropios en relación con el resultado jurídico obtenido, constatándose así la existencia de fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma. Cuando así ocurra se podrá afirmar sin ninguna duda que un propósito principal de la operación es el fraude o la evasión, en el sentido que esta expresión posee dentro del artículo 89.2 de la LIS. Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la aplicación de la cláusula antiabuso del artículo 89.2 de la LIS no exige que la conducta pertenezca a esa categoría de negocios, bastando como se ha visto que de ella se deri-

---

planteaba en la citada Resolución de la DGT V0063/2004, de 10 de junio. En ella se alegaban discrepancias entre los dos socios de una entidad como motivo económico que aconsejaba la reorganización, barajando con tal fin dos posibles alternativas de reestructuración societaria: la primera, una escisión total, transfiriendo distintas ramas de actividad autónomas en favor de dos entidades diferentes, recibiendo cada socio de la escindida el 100% de una de las sociedades beneficiarias; la segunda, una escisión total, donde los patrimonios transferidos no conformasen ramas de actividad, adjudicándose inicialmente a cada socio el 50% de participación en cada una de las entidades adquirentes. En este segundo caso, sin embargo, el negocio se acompañaría de una permuta posterior de participaciones para que cada socio terminase resultando propietario del 100% de una de aquellas. Aquí la DGT aprecia la existencia de motivo económico válido en el primer caso, pero no en el segundo, pese a que el móvil original de la operación es el mismo: superar las diferencias de criterio entorpecedoras de la gestión societaria.

<sup>27</sup> Por parecidas razones, la Resolución de la DGT V1968/2005, de 5 de octubre (NFC032461), rechazó la existencia de motivo económico válido en una escisión proporcional, con creación de dos nuevas sociedades, donde para superar las diferencias sobre la gestión social de los socios, estos recibirían, de forma cruzada, acciones con voto de una de las entidades adquirentes y acciones sin voto de la otra, con objeto de transferir la totalidad del voto en cada nueva entidad a uno solo de ellos. Critica la postura de la DGT en este caso BLÁZQUEZ LIDOY, A.: «Las reestructuraciones familiares a través de escisiones subjetivas mediante acciones sin voto y motivo económico válido», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 21 (2005).



ve una ventaja fiscal susceptible de estimarse como propósito principal de la operación por ausencia de prueba de otros motivos económicos de rango suficiente para desvirtuar dicha apreciación.

#### 4. CONCLUSIÓN: LA CARGA DE LA PRUEBA SOBRE LOS PRESUPUESTOS DEL RÉGIMEN Y DE SU EXCLUSIÓN

El análisis precedente permite formular, como conclusión, la pauta probatoria que, sin abandonar los parámetros resultantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE, ha de seguirse a efectos de apreciar la concurrencia del presupuesto de la cláusula antiabuso y la consiguiente exclusión del régimen especial de diferimiento.

Primeramente, en el momento de apreciar si el objetivo principal de la reestructuración es el «fraude o la evasión fiscal», el órgano administrativo de comprobación no se encuentra obligado, según el criterio del Tribunal Supremo, a acreditar que las actuaciones de los contribuyentes son constitutivas de fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma. Resulta pues inadecuado exigir que, de acuerdo con el artículo 15 de la LGT, la Inspección pruebe el carácter artificioso o impropio de las operaciones realizadas, así como que de ellas solo se deriva una reducción de la base o de la deuda tributaria (además de los efectos correspondientes a los negocios usuales o propios). No obstante, tal como hemos argumentado, lo que sí debería aportar como mínimo el órgano inspector es la evidencia razonada de que, de aplicarse el régimen especial, la operación o el conjunto de operaciones realizadas reportaría a los interesados una ventaja fiscal, entendida como un ahorro impositivo que no se hubiera logrado sin llevar a cabo la reestructuración societaria. Dicho de otro modo, el pretendido ahorro de impuestos no tiene por qué implicar la existencia de fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma, sino que podrá haberse vehiculado mediante negocios usuales o propios.

Lo anterior supone que los conceptos de fraude o evasión (entendidos en el sentido amplio que se desprende de la directiva de la UE) abarquen ciertas operaciones que, de no estar prevista su exclusión del régimen (esto es, de no existir la cláusula antielusiva específica), serían constitutivas de lo que suele designarse como economías de opción: actuaciones regulares de los sujetos que, produciendo los mismos efectos jurídico-materiales que otras alternativas negociales, generan sin embargo una menor tributación que estas. La interpretación jurisprudencial dominante (del Tribunal Supremo y del TJUE) es meridiana en el sentido que se ha expuesto, por más que no deje de producir ciertos reparos el empleo del término fraude o evasión para designar tales conductas. No en vano, la propia norma interna descarta la reacción punitiva en estos casos, sin duda por considerarla inapropiada frente a este tipo de actuaciones.

Por otra parte, además, una vez acreditado por la Administración que las operaciones realizadas producirían, de aplicarse el régimen especial, una ventaja fiscal que no se hubiera obtenido sin llevarlas a cabo, la cláusula antifraude puede aún no entrar en juego si los interesados acreditan la presencia de un motivo económico válido, haciendo decaer así la presunción de que su objetivo principal es el «fraude o la evasión». Para ello tendrían que probar que la reestructuración responde a un motivo con relevancia económica suficiente para desplazar a la razón fiscal

como propósito predominante de sus actuaciones. Bajo tales circunstancias sería preciso llevar a cabo una labor de ponderación dirigida a dilucidar cuál de los diversos objetivos subyacentes constituye el propósito principal de la operación<sup>28</sup>.

La secuencia de iniciativas probatorias que se acaba de describir tiene como premisa, según se acaba de ver, un principio de prueba, proveniente de la Administración, de que la reestructuración societaria produciría, bajo el régimen especial, una reducción impositiva que no se obtendría sin acometerla. Sin embargo, también puede ocurrir que el órgano de comprobación no aporte prueba alguna sobre tal extremo. Es en este punto donde entendemos que no cabe exigir a los interesados una prueba específica del motivo económico válido, pues no cabe que la Administración cuestione su existencia sin sustentar de ninguna forma la deducción del propósito elusivo. No puede ser suficiente a tal efecto la simple constatación de que la aplicación del régimen especial lleva aparejado un diferimiento en el gravamen de las plusvalías latentes<sup>29</sup>. Antes bien, como ya se dijo, en nuestra opinión debe prevalecer en este caso la razonable inferencia de que los actos llevados a cabo por las partes persiguen siempre una finalidad de orden económico, aunque solo sea la simple consecución de mejoras en la gestión patrimonial (en términos de mayor agilidad o comodidad) como resultado del cambio de la estructura societaria. Aunque los indicios que resultan de la doctrina administrativa no apuntarían en esta dirección<sup>30</sup>, pues los órganos de comprobación y el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) parecen exigir en todo caso que el interesado aporte pruebas específicas del motivo económico (aun no existiendo evidencia de ventaja fiscal distinta del diferimiento)<sup>31</sup>,

<sup>28</sup> Como hacen notar PITA GRANDAL, A. y ANEIROS PEREIRA, J. (ob. cit., pág. 135), «pueden existir en la operación motivos económicos válidos y, al mismo tiempo, que esa operación se realice con finalidad fraudulenta o evasora».

<sup>29</sup> Sobre la tendencia de la Administración, muchas veces evidenciada, a consagrar una especie de presunción general de que las operaciones de reestructuración se realizan con la única finalidad de obtener una ventaja fiscal, véanse las consideraciones críticas de GUEZURAGA UGALDE, A.: «Motivo económico válido y DGT: historia de un desencuentro», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 17 (2004).

<sup>30</sup> Refiriéndose a la postura administrativa en relación con este aspecto, constata TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: «La unión fiscal en la UE (una visión general)», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núms. 27 (2014) y 28 (2015), pág. 100, que «tan restrictiva ha sido que ha dado lugar a una reprimenda de los tribunales que, por lo contundente, no deja de ser insólita». Enseguida se ha de reseñar la jurisprudencia reprobatoria a que alude el citado profesor.

<sup>31</sup> Se trata de un criterio aplicativo de la norma que se plasma con carácter general en el «Informe de la DGT de 5 de febrero de 2002, sobre cuestiones relativas a la aplicación del art. 110.2 LIS» [puede consultarse en *Quincena Fiscal*, núm. 17 (2002), págs. 35 y ss.] y predomina en las resoluciones de la DGT y de los órganos económico-administrativos. En este sentido apunta de manera clara la Resolución TEAC de 14 de mayo de 2008 (NFJ029562), cuyo fundamento de derecho 7.º expresa la idea de la siguiente forma: «En definitiva, como ya se ha dicho, la operación parece tener como único fin el reparto de un patrimonio común, sin que dicho reparto pueda justificarse como un motivo económico válido, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, según lo previsto en la normativa antes citada. Se debe tener en cuenta que la operación se acoge al régimen especial previsto en el capítulo VIII del título VIII de la Ley 43/1995, de modo que las plusvalías que se hubieran podido poner de manifiesto en cada una de las operaciones no son objeto de gravamen, difiriéndose las mismas hacia el futuro, hasta el momento de posteriores transmisiones. La Inspección concluía así que a la citada operación de escisión no le es aplicable el régimen establecido por la invocada Ley 43/1995, ya que en la misma no existe un motivo económico válido, sino puramente fiscal, concretado en la disolución del vínculo social y el reparto del patrimonio entre los socios». Otro exponente significativo de este criterio es el de la Resolución TEAC de 14 de junio de 2007 (NFJ028228), en la que se rechazaba la aplicación

a nuestro modo de ver ello constituye un exceso en el entendimiento de la cláusula. Contra él por cierto se ha pronunciado con razón de manera tajante la jurisprudencia de la Audiencia Nacional<sup>32</sup>.

Cabe pues concebir, en resumen, dos clases de situaciones a que podría conducir el desarrollo de la actividad probatoria, ninguna de las cuales permitirá la entrada en acción de la cláusula antiabuso ni la consiguiente exclusión del régimen especial:

1. La Administración prueba que del régimen especial resultaría la obtención de una ventaja fiscal distinta del mero diferimiento, pero el interesado acredita a su vez un motivo económico válido de rango suficiente para imponerse al móvil fiscal.
2. La Administración no prueba que la aplicación del régimen produzca ninguna ventaja fiscal distinta del mero diferimiento y el interesado no acredita tampoco razones económicas específicas para justificar su actuación.

En cualquiera de las dos hipótesis señaladas, pretender la exclusión del régimen especial argumentando que el resultado obtenido, en términos jurídicos, podría haberse logrado mediante otro negocio o negocios fiscalmente más gravosos, constituiría lo que la Audiencia Nacional ha denominado «economía de opción inversa». Tal modo de entender los efectos de la cláusula antifraude debe quedar descartado, como por otra parte ha declarado de forma concluyente la jurisprudencia del citado órgano<sup>33</sup>.

---

del régimen especial debido a una simple intuición de la Inspección (que el órgano económico-administrativo respalda) de que la finalidad última de la escisión era *preparar* la transmisión ulterior de un inmueble evitando tributar por la plusvalía, algo que los hechos desmentían, según pudo apreciar la SAN de 4 de marzo de 2010 [recurso 318/2007 (NFJ037824)] confirmada en este punto luego por la STS de 14 de mayo de 2012 [recurso de casación 2144/2010 (NFJ047355)].

<sup>32</sup> Se queja con vehemencia, frente a esta actitud de los órganos administrativos, la SAN de 16 de febrero de 2011 [recurso 320/2007 (NFJ042080)], en los siguientes términos: «La negativa a admitir la concurrencia de motivos económicos válidos en este asunto llega hasta la extravagancia, pues al margen de que el TEAC, en cuanto a este motivo, se limita al establecimiento de una especie de presunción *iuris et de iure* de fraude que no solo no tiene apoyatura legal, tal como es formulada, sino que resiste cualquier intento de explicación, razonamiento o prueba intentada por el contribuyente [...]». Y continúa, más adelante: «Se viene a sostener, por tanto, una teoría rigurosamente inaceptable, por cuanto exacerba el concepto de fraude –incluso, de extenderse fuera del terreno objetivamente acotado por el régimen especial de fusiones, escisiones, etc., el propio concepto de fraude de ley– situándolo de lleno dentro del campo de la economía de opción y, en este ámbito, afectando de plano al principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código Civil), constitucionalizado, en lo que se refiere a las relaciones mercantiles, en el artículo 38 CE, que reconoce la libertad de empresa».

<sup>33</sup> La SAN de 9 de marzo de 2011 [recurso 110/2008 (NFJ042449)], confirmada luego por la STS de 30 de enero de 2014 [recurso de casación 2577/2011 (NFJ060260)], achaca a la Inspección que «la razón fundamental por la que se priva a la recurrente de los beneficios de la LIS es la existencia de otro negocio jurídico, venta directa, cuyo resultado habría sido más gravoso para la recurrente y, de forma inversa, más favorable para los intereses de la Hacienda Pública. [...] Bajo esa teoría, bastaría con que un negocio lícito, válido, querido por las partes y celebrado con total ausencia de violencia sobre las formas jurídicas, puede conducir (*sic*) a la privación del régimen de diferimiento en las operaciones societarias, es de repetir que con total independencia de la licitud del negocio jurídico celebrado, siempre que sea posible hallar una alternativa igualmente válida pero más gravosa para el contribuyente, lo cual resulta inaceptable, pues como se ha declarado en la referida sentencia de fecha 16 de febrero de 2011, tantas veces referida, "se viene, con tan insólita postura... a sostener una especie de principio del mayor gravamen o de economía de opción inversa conforme al cual entraría en

---

**Bibliografía**

- ALGUACIL MARÍ, P. [2006]: «Las discrepancias entre socios como motivo económico válido en las escisiones, según la DGT», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 31.
- BLÁZQUEZ LIDOY, A. [2005]: «Las reestructuraciones familiares a través de escisiones subjetivas mediante acciones sin voto y motivo económico válido», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 21.
- CALVO VÉRGEZ, J. [2013]: «La aplicación del régimen fiscal especial de fusiones y escisiones en el IS tratándose de operaciones realizadas con fines de fraude o evasión fiscal. La existencia de motivos económicos válidos», *Actum Fiscal*, núm. 81, noviembre.
- FALCÓN Y TELLA, R. [2001]: «La nueva redacción de la cláusula antiabuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: art. 110.2 LIS», *Quincena Fiscal*, núm. 4.
- GARCÍA NOVOA, C. [2001]: «La modificación de la cláusula antiabuso del artículo 110 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 54.
- GARCÍA PRATS, F. A. [2002]: «Las medidas antiabuso y el Derecho comunitario», en *Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, obra colectiva, IEF, Madrid.
- GUEZURAGA UGALDE, A. [2004]: «Motivo económico válido y DGT: historia de un desencuentro», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 17.
- MAGRANER MORENO, F. J. [2015]: «La concurrencia del controvertido "motivo económico válido" en las operaciones de reestructuración empresarial (STS de 20 de julio de 2014)», *Tribuna Fiscal*, núm. 277.
- PALAO TABOADA, C. [2002]: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *RCyT. CEF*, núm. 235.
- PITA GRANDAL, A. y ANEIROS PEREIRA, J. [2012]: «La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española», *Crónica Tributaria*, núm. 144.
- SANZ GÓMEZ, R. J. [2012]: *La lucha de los Estados contra la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea*, Civitas Thomson-Reuters.
- TEJERIZO LÓPEZ, J. M. [2015]: «La unión fiscal en la UE (una visión general)», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núms. 27 (2014) y 28 (2015).
- VILLAR EZCURRA, M. [2004]: «Los efectos en el Derecho español de la doctrina del business purpose y de la noción comunitaria de motivo económico válido», *Noticias de la UE*, núm. 239.

---

juego la cláusula antifraude, pese a la ausencia acreditada de este, por el simple hecho de que las alternativas u opciones económicas seleccionadas por la Inspección favorecerían con un grado mayor los intereses de la Administración, los recaudatorios, debe entenderse, pues también es interés preceptivo de esta la de someterse a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (arts. 9.3 y 103 CE), así como proteger los derechos de los administrados».