

UNA VUELTA DE TUERCA A LA INTERPRETACIÓN EUROPEA DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO DE LA «DIRECTIVA DE FUSIONES»: ¿HACIA MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS DE «ALTO VOLTAJE»?

JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de La Coruña*

Extracto:

EL presente trabajo analiza las principales implicaciones derivadas de la Sentencia del TJUE (Sala Quinta) de 10 de noviembre de 2011, C-126/10, *Foggia-SGPS*, sobre la cláusula antiabuso [art. 11.1 a)] de la Directiva 90/434/CEE de fusiones, escisiones, aportaciones y canjes de activos. A través de este pronunciamiento, el TJUE revisita la interpretación del alcance del test de motivo económico válido en el contexto de la referida cláusula antiabuso, llegando a mantener que el ahorro de los costes estructurales resultantes de los gastos administrativos y de gestión derivados de una reestructuración o una racionalización de un grupo no constituye en todo caso un motivo económico válido que excluya la presunción de fraude o evasión fiscal recogida en el artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones, considerando las circunstancias del caso (el carácter marginal de los motivos económicos, la presencia de significativas ventajas fiscales e indicios de fraude o evasión fiscal). El TJUE adopta una posición de tendencia «sustancialista» que le lleva a ponderar los efectos jurídico-económicos de la reestructuración con otros objetivos de la reorganización (aprovechamiento de ventajas fiscales), en un contexto donde existen indicios de fraude o evasión fiscal.

Palabras clave: Directiva de Fusiones, reorganizaciones empresariales, motivo económico válido, cláusulas antiabuso y Derecho de la UE.

A TWIST TO THE EUROPEAN INTERPRETATION OF THE ANTI-ABUSE CLAUSE OF THE «MERGER DIRECTIVE»: TOWARDS «HIGH VOLTAGE» VALID ECONOMIC REASONS?

JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de La Coruña*

Abstract:

THIS paper examines the main implications arising from the decision of the ECJ (Fifth Chamber) of 10 November 2011, C-126/10, Foggia, SGPS, on the anti-abuse clause [art. 11.1 a)] of Directive 90/434/EEC of mergers, divisions, transfers and exchanges of assets. Through this ruling the ECJ revisits the interpretation of the valid commercial reasons test in the context of that anti-abuse clause, holding that the structural cost savings resulting from the restructuring or rationalization of a group in any case is not a valid commercial reason to exclude the presumption of fraud or tax evasion contained in article 11.1 a) of the Merger Directive, considering the circumstances (the marginal nature of the economic purposes invoked by the taxpayer, and the presence of significant tax savings and indications of fraud or tax avoidance).

Keywords: Mergers Directive, business reorganizations, business purpose, valid commercial reasons, anti-abuse clauses and EU Law.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Antecedentes y cuestión planteada.
- III. Exposición de la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Foggia*, y comentarios en relación con la misma.
 1. Sobre la competencia del TJUE para enjuiciar una cuestión prejudicial relativa a una operación de fusión no transfronteriza.
 2. Doctrina del TJUE sobre el fondo del asunto: la interpretación del test de motivos económicos válidos.
 3. Sobre el concepto de abuso empleado por el TJUE.
 4. La clarificación de la sentencia *Foggia* sobre el test de motivos económicos válidos.
 5. El problema del motivo fiscal y la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones.
 6. Alcance de la «regla» de ponderación relativa entre el motivo económico válido y la ventaja fiscal.
- IV. Una reflexión final sobre la jurisprudencia del TJUE en el caso *Foggia* en el marco de la normativa española que transpone la Directiva de Fusiones.
 1. La interpretación europea de la normativa española que transpone la Directiva de Fusiones.
 2. Un apunte sobre la doctrina administrativa en torno al artículo 96.2 del TRLIS.
 3. Ideas finales: sobre la necesidad de mejorar los niveles de seguridad jurídica en la aplicación de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo posee un objetivo muy modesto consistente en comentar las que pensamos podrían ser las principales implicaciones de un reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) sobre la Directiva 90/434/CEE, de régimen común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones y canjes realizados entre sociedades de distintos Estados miembros (en adelante, Directiva de Fusiones)¹. En concreto se trata de la Sentencia del TJUE (Sala Quinta) de 10 de noviembre de 2011, C-126/10, *Foggia-SGPS*, sobre la cláusula antiabuso [art. 11.1 a)] de la referida Directiva.

A través de este pronunciamiento el TJUE revisita la interpretación del alcance del test de motivo económico válido en el contexto de la referida cláusula antiabuso, llegando a mantener que el ahorro de los costes estructurales resultantes de los gastos administrativos y de gestión derivados de una reestructuración o una racionalización de un grupo no constituye en todo caso un motivo económico válido que excluya la presunción de fraude o evasión fiscal recogida en el artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones, considerando las circunstancias del caso (el carácter marginal de los moti-

¹ Existe una versión consolidada de la Directiva 90/434/CEE representada por la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009; la cláusula antiabuso del artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE se recoge en idénticos términos en el artículo 15.1 a) de la Directiva 2009/133/CE. A la hora de elaborar este comentario nos hemos servido fundamentalmente de las siguientes obras que versan sobre la interpretación de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones: LÓPEZ-SANTACRUZ: *Operaciones de Reestructuración Empresarial*, Francis Lefebvre, 2000; LÓPEZ-SANTACRUZ, *Fusiones*, F. Lefebvre, Madrid, 2004; LÓPEZ-SANTACRUZ y ORTEGA CARBALLO: *Reorganización Empresarial (Fusiones)*, F. Lefebvre, Madrid, 2011; LOZEV: «Survey of Implementation of the EC Merger Directive», *European Taxation*, February/March 2010; PALAO TABOADA: «Los "motivos económicos válidos" en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *RCyT*, CEF, n.º 235, 2002; LÓPEZ TELLO, J.: «La cláusula antiabuso del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n.º 16; MENÉNDEZ GARCÍA, G.: «Realización de operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria y canje de valores con fines de fraude o evasión fiscal: cláusula antiabuso comunitaria y artículo 110.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades», *JT Aranzadi*, 2000, vol. II; FALCÓN Y TELLA: «La nueva redacción de la cláusula antiabuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS», *Quincena Fiscal*, n.º 4/2001; DURAN-SINDREU: «El artículo 110.2 de la Ley 43/1995: análisis y propuesta de reforma», *RTT*, n.º 55, 2001; SANZ GADEA: «Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000», *RCyT*, CEF, n.º 215, 2001; BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C.: «La importancia de la motivación económica de las operaciones de concentración y reestructuración empresarial y su incidencia fiscal», *RCyT*, CEF, n.º 224, 2001; RUIZ ALMENDRAL, ¿Tiene futuro el test de los motivos económicos válidos en las normas antiabuso?, *RCyT*, CEF, n.º 329-330, 2010, págs. 5 y ss.; SCHINDLER, C.P.: «EU Report», *Tax Treatment of International acquisitions of businesses*, IFA CDFI, vol. 90b, Kluwer, 2005; TOMSETT (2004): «The Merger Directive» en AA.VV.: *Mergers & Acquisitions*, IBFD, Ámsterdam (actualizaciones periódicas), VV.AA.: *EC Corporate Tax*, IBFD, Ámsterdam, 2005; ENGLISH, J.: *National Measures to Counter Tax Avoidance under the Merger Directive*, Oxford University Centre for Business Taxation, WP 11/13; y CALDERÓN y MARTÍN JIMÉNEZ: «La Directiva de Fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canjes de acciones entre sociedades de distintos Estados miembros» en CARMONA FERNÁNDEZ (dir.): *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, CISS, Valencia, 2011, págs. 1.275 y ss.

vos económicos, la presencia de significativas ventajas fiscales e indicios de fraude o evasión fiscal). El TJUE adopta una posición de tendencia «sustancialista» que le lleva a ponderar los efectos jurídico-económicos de la reestructuración con otros objetivos de la reorganización (aprovechamiento de ventajas fiscales), en un contexto donde existen indicios de fraude o evasión fiscal.

En realidad no puede decirse que estemos ante una jurisprudencia completamente novedosa, sino más bien ante otro importante (aunque oscuro) pronunciamiento que aborda la controvertida cuestión del test de relevancia de los motivos no fiscales en el contexto de la determinación del elemento subjetivo del principio de prohibición de abuso de Derecho de la Unión Europea (UE). Este aspecto ya fue abordado por el Tribunal de Justicia en anteriores sentencias-guía (como *Emlands-Stärke*², *Halifax*³ o *Part Service*⁴) y ahora se examina en el marco de la Directiva de Fusiones. Podría afirmarse, por tanto, que estamos ante una clarificación de uno de los aspectos más oscuros del principio europeo de prohibición de abuso, en su formulación general expuesta en la sentencia *Halifax*, que reside en el alcance y la configuración de su elemento subjetivo⁵ y que en la Directiva de Fusiones tiene carácter central: ¿cuándo el motivo de obtención o disfrute de una ventaja fiscal neutraliza la concurrencia de otras eventuales finalidades económicas válidas (no fiscales) y hace aplicable la presunción de fraude o evasión fiscal?

En este mismo sentido, cabe preguntarse si esta sentencia del TJUE supone un giro hacia una exigencia generalizada de «motivos económicos de alto voltaje»⁶ (un nuevo test de sustancialidad

² C-110/99 (NFJ045382).

³ C-255/02 (NFJ021677), véanse los párrafos 74 y 75 donde el TJUE se aparta de la posición más estricta sobre la prohibición de abuso que defendió en este mismo caso el Abogado General Poiras Maduro en el párrafo 89 de sus conclusiones en el sentido de que la concurrencia de otros motivos económicos válidos junto a objetivos fiscales (aunque fueran principales) excluiría la aplicación de tal principio.

⁴ C-425/06 (NFJ027402), véase el párrafo 81.

⁵ Destacados autores han enfatizado la ambigüedad con la que el TJUE ha configurado el elemento subjetivo del principio de prohibición de abuso. Así, por ejemplo, LYAL considera que ello posiblemente obedezca a una posición intencionada del Tribunal de Justicia tendente a dejar un amplio margen de maniobra a las autoridades fiscales nacionales (LYAL: «Cadbury Schweppes and Abuse: Comments», en DE LA FEIRA y VOGENAUER (editors), *Prohibition of Abuse of Law*, Hart, Oxford, 2011, págs. 429 y ss.). Otros autores, como LANG, consideran que en gran medida el enfoque del TJUE sobre las prácticas abusivas es predominantemente objetivo y pivota sobre la interpretación del objeto y fines de la norma comunitaria de cobertura, de manera que el elemento subjetivo (objetivos perseguidos por el contribuyente e intenciones subjetivas) carecen de verdadera relevancia (LANG: «Cadbury Schweppes' Line of Case Law from the Member States' s perspective» en DE LA FEIRA y VOGENAUER (editors): *Prohibition of Abuse of Law*, op. cit., pág. 458). A nuestro juicio, en el test antiabuso dual objetivo-subjetivo que emplea el TJUE el elemento subjetivo (la determinación de que el objetivo esencial de la operación o negocio es la búsqueda de una ventaja fiscal) opera al servicio del elemento objetivo (determinar si se contraviene o no la finalidad de la norma de cobertura de la operación), de manera que este último solo puede enjuiciarse verdaderamente a la luz de los indicios objetivos obtenidos en relación con el primero; esta idea está expuesta con bastante claridad en los párrafos 44 y ss. de la sentencia *Weald Leasing*, C-103/09 (NFJ041103). En relación con este estado de cosas donde no resulta del todo clara la posición del TJUE sobre la configuración del elemento subjetivo de la prohibición de abuso, algunos autores como Sinfield han destacado los problemas de seguridad jurídica que resultan para los contribuyentes (SINFIELD: «The Halifax Principle as a universal GAAR for tax in the EU», *British Tax Review*, n.º 3, 2011, págs. 236 y ss.).

⁶ La expresión la tomamos de NELSON que se refiere a los supuestos donde la exigencia del *business purpose* es más rigurosa (NELSON: «The Limits of Literalism: the Effect of Substance Over Form, Clear reflection and business purpose consideration on the proper interpretation of Subchapter K», *Taxes*, vol. 73, 1995, págs. 641 y ss.; llegamos a este autor a través del inigualable y clásico trabajo del profesor PALAO TABOADA: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», en *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 229 (publicado originariamente en *RCyT*, CEF, n.º 235, 2002, págs. 63 y ss.).

de los motivos económicos en relación con los objetivos fiscales de la operación) o, por el contrario, hay que entender esta jurisprudencia en su contexto fáctico más allá del cual no desplegaría efectos. Precisamente, lo que pretendemos con este trabajo es analizar este pronunciamiento y extraer conclusiones de cara a la interpretación de la cláusula antiabuso prevista en el artículo 96.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS).

En último análisis, pensamos que el TJUE adopta una posición de corte «sustancialista» exigiendo, cuando menos en ciertos casos, cierta materialidad de los objetivos no fiscales (que resulten «genuinos» y no «aparentes», y no sean completamente marginales o incidentales) en presencia de ventajas fiscales significativas, sin llegar a establecer la necesidad de que concurren motivos económicos de «alto voltaje» con carácter general.

II. ANTECEDENTES Y CUESTIÓN PLANTEADA

Como ya hemos indicado, el asunto *Foggia-SGPS* se refiere a la interpretación del alcance de la cláusula antiabuso del artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE de fusiones, escisiones, aportaciones y canjes de activos.

Los hechos se refieren a una operación de fusión realizada por una entidad portuguesa (Foggia) con forma de SGPS cuya actividad es la gestión de participaciones. Tal entidad absorbió a otras tres sociedades de gestión de participaciones (SGPS) que pertenecían al mismo grupo. El día anterior a la fusión, Foggia solicitó autorización al Secretario de Estado de Portugal para deducir de sus eventuales beneficios imponibles las pérdidas fiscales constatadas, pero aún no compensadas, de las sociedades absorbidas durante los ejercicios 1997-2002.

El Secretario de Estado portugués accedió a dicha solicitud por lo que respecta a dos de las tres sociedades, pero desestimó la transferencia de pérdidas de una de ellas (Riguadiana SGPS), basándose en que la operación de fusión de esta con Foggia no presentaba ningún interés económico para esta última. Asimismo, se indicó que, en los años de que se trata, Riguadiana había dejado de tener una cartera de participaciones, que prácticamente no había obtenido ingresos de su actividad y que únicamente había invertido en títulos. También se apunta que no estaba claro el origen de las pérdidas fiscales de dicha entidad que ascendían a 2 millones de euros.

Atendiendo a tales antecedentes, el Secretario de Estado consideró que la reducción de costes administrativos y de gestión de Riguadiana no representaba en términos estructurales un interés económico para Foggia. Es decir, consideró que no existía motivo económico válido, en la medida en que la reducción de costes administrativos resultaba marginal en relación con la ventaja fiscal derivada de las bases imponibles negativas a compensar.

Foggia recurrió la resolución del Secretario de Estado, conociendo en apelación el Tribunal Supremo que planteó cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE.

III. EXPOSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN EL ASUNTO *FOGGIA*, Y COMENTARIOS EN RELACIÓN CON LA MISMA

1. Sobre la competencia del TJUE para enjuiciar una cuestión prejudicial relativa a una operación de fusión no transfronteriza

En primer lugar, debe ponerse de relieve cómo el TJUE se manifestó a favor sobre su competencia para pronunciarse sobre una «fusión interna», allí donde la legislación nacional sigue la normativa comunitaria sobre fusiones (jurisprudencia *Dzodzi*, C-297/88 y C-187/89, que ha sido reiterada en numerosas ocasiones)⁷, en cuyo caso las autoridades nacionales deben interpretar la norma fiscal nacional de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE (aunque estemos ante reorganizaciones no transfronterizas). Cabe observar que la interpretación de la normativa nacional que transpone la Directiva de Fusiones a la luz de la jurisprudencia europea en un contexto puramente doméstico (operación no transfronteriza) suscita la problemática derivada de la aplicación de una norma (europea) cuya finalidad esencial consiste en eliminar obstáculos fiscales a las reorganizaciones empresariales *transfronterizas*. Tal problemática se plantea particularmente en el contexto de la aplicación de la cláusula antiabuso del artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones, dado que el elemento objetivo del abuso atiende a la finalidad de la norma europea de cobertura. De alguna forma, el TJUE termina forzando una reinterpretación de los fines de la Directiva de Fusiones cuando el legislador ha extendido tal regulación a operaciones internas, lo cual debe tenerse en cuenta cuando se realiza el test de abuso en el ámbito nacional.

En el caso que nos ocupa, lo cierto es que el Gobierno portugués alegó, no sin cierto fundamento, que la petición de decisión prejudicial era inadmisibile debido a que no existía ninguna relación entre la interpretación solicitada del artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones y la normativa nacional controvertida que se refería a la posibilidad de transferir pérdidas fiscales en el marco de una operación de fusión. Sin embargo, el TJUE adoptó una posición expansiva de su propia competencia y, con ello, de los efectos del Derecho de la UE, declarando que la cuestión prejudicial planteada atañe a una cuestión regulada por la Directiva de Fusiones cual es el concepto de motivos económicos válidos.

Ciertamente, tal posición resulta un tanto forzada ya que en realidad la cuestión se refiere a una materia extramuros de la Directiva de Fusiones como es la relativa a las condiciones establecidas por

⁷ La doctrina del TJUE sobre la extensión de efectos de la interpretación europea de una norma en un contexto nacional donde el legislador toma tal norma europea como modelo y la sigue sustancialmente para regular otras situaciones (v. gr., internas) más allá de lo requerido por la norma europea, posee incidencia en otros ámbitos como el relativo a la normativa contable. Esta doctrina de la extensión de efectos resulta muy controvertida y de hecho varios Abogados Generales se han posicionado en contra de la misma, considerando que supone una intromisión ilegítima del Derecho de la UE en materias competencia de los Estados miembros. Con todo, existen pronunciamientos del TJUE donde este ha autolimitado esta doctrina en casos donde el legislador nacional ha tomado elementos del Derecho de la UE pero lo ha hecho de forma fragmentaria e introduciendo elementos dirigidos a desviarse de tal modelo europeo (véase la STJUE de 28 de marzo de 1995, *Kleimwort Benson*, C-346/93). Esta segunda línea de jurisprudencia, además de haber sido muy criticada, resulta difusa en cuanto a su alcance y minoritaria. En torno a estas cuestiones en el contexto de la reforma (2007) de la normativa contable española, *vid.* CALDERÓN y BAEZ: «La armonización contable europea, las NIC/NIFF y su influencia en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades», en SANFRUTOS GAMBIN y CARBAJO VASCO (coordinadores), *Impuesto sobre Sociedades, Régimen General*, Thomson, Pamplona, 2010, págs. 99 y ss.

los Estados miembros para permitir una compensación de pérdidas fiscales en el contexto de una reorganización empresarial, cuestión cuya ordenación es competencia de los Estados miembros, con el límite de la no discriminación. El TJUE se aferró a que tal «ventaja fiscal» estaba ligada a la autorización de la fusión por parte de las autoridades fiscales y que tal autorización dependía de un test de motivos económicos válidos en línea con lo establecido en el artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE para fundamentar su competencia. La principal consecuencia de la posición adoptada por el Tribunal de Justicia radica en la aplicación de la jurisprudencia europea sobre la prohibición de abuso en la interpretación de una cláusula antiabuso nacional que adopta la fórmula establecida en el artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones para determinar la procedencia de la aplicación de una ventaja fiscal creada por el legislador nacional en tal contexto ⁸.

2. Doctrina del TJUE sobre el fondo del asunto: la interpretación del test de motivos económicos válidos

En cuanto al fondo del asunto, el TJUE realizó una serie de pronunciamientos que pasamos a exponer.

- 1.^a La cláusula antiabuso solo es aplicable cuando el principal objetivo de la operación sea el fraude o la evasión fiscal.
- 2.^a El hecho de que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, como 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 tal objetivo fraudulento o de evasión fiscal.
- 3.^a El concepto de motivos económicos válidos va más allá de la búsqueda de una ventaja puramente fiscal: una operación de canje con pura motivación fiscal, en principio, podría ser excluida del ámbito de aplicación del régimen establecido en la Directiva por las autoridades nacionales con arreglo a una cláusula antiabuso nacional. En gran medida el TJUE, siguiendo su jurisprudencia *Leur-Bloem* ⁹, anuda la ausencia de presencia del objetivo (único) de obtención de una ventaja fiscal con la falta de motivo económico y con la presunción de fraude y evasión fiscal.
- 4.^a 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 de que estas últimas no sean preponderantes en el marco de la operación proyectada.
- 5.^a Allí donde se probara que la operación tiene como único objetivo obtener una ventaja fiscal cabe presumir la finalidad de fraude o evasión y por tanto inaplicar la Directiva de Fusiones.

⁸ El TJUE ya se había pronunciado a favor de la aplicación del principio europeo de prohibición para interpretar una cláusula general antiabuso en la sentencia *Kefalas* (C-367/96). La legislación española (art. 90 TRLIS) incluye la ventaja fiscal relativa a la compensación horizontal de pérdidas en el régimen especial de reorganizaciones empresariales que transpone la Directiva 90/434/CEE quedando su aplicación supeditada al test general antiabuso previsto en el artículo 96.2 del TRLIS, cuya superación determina la aplicación del régimen establecido en el Capítulo VIII.

⁹ STJUE de 17 de julio de 1997, C-28/95 (NFJ005725).

- 6.^a Las autoridades nacionales, a la hora de comprobar si la operación contemplada persigue un objetivo puramente fiscal, no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder caso por caso a un examen global de la operación de reorganización empresarial.

Es decir, el TJUE aboga por una interpretación intensivamente fáctica de la cláusula antiabuso que requiere un análisis casuístico de cada reorganización empresarial por parte de las autoridades fiscales nacionales. En este sentido, parece deducirse de ello que la Administración tributaria tiene la carga de probar la existencia de una operación con objetivo puramente fiscal a la luz de los hechos y circunstancias, no pudiendo limitarse a excluir la aplicación de las ventajas fiscales del régimen especial de fusiones invocando presunciones de fraude o evasión desconectadas de los hechos, ni tampoco argumentando que el contribuyente no ha probado los propósitos no fiscales de la operación. No obstante, el contribuyente también debe desplegar prueba de los propósitos no fiscales de la reorganización, no debiendo limitar tal prueba a la mera alegación de motivos no fiscales, requiriéndose igualmente que despliegue una demostración de los mismos a través de elementos objetivos (v. gr., su sustancia económica en términos de medios humanos y materiales, la actividad realizada tras la reorganización, los contratos y operativa post-reorganización, la durabilidad y funcionamiento de la estructura post-reorganización, la funcionalidad efectiva de la nueva estructura desde una perspectiva societaria, organizativa o empresarial no solo considerando su racionalidad económica sino la propia discrecionalidad empresarial, etc.) que acrediten o sean consistentes con tal motivo no fiscal ¹⁰.

- 7.^a El TJUE insiste en la necesidad del examen global de la transacción, indicando que el juicio de la concurrencia de un motivo económico válido (no puramente fiscal) no debe hacerse a partir de elementos aislados tomándolos como decisivos o determinantes a nivel individual. Así, en el caso de *Foggia-SGPS* se indica que el hecho de que en la fecha de la operación de fusión, la sociedad absorbida ya no ejercía ninguna actividad de gestión propia, que ya no tenía ninguna participación financiera y que la sociedad absorbente pretendía asumir las pérdidas de la sociedad absorbida (no compensadas), constituyen elementos que en sí mismos o individualmente no pueden considerarse decisivos, pudiendo existir motivos económicos válidos en un caso como este que expliquen o motiven la fusión más allá de la búsqueda de una ventaja fiscal.

Ahora bien, el TJUE realiza una importante precisión en el párrafo 42 de la sentencia cuando establece que el hecho de que las pérdidas sean de importe elevado (2 millones de euros) y su origen no esté claramente determinado sí puede constituir *un indicio de fraude o de evasión*, toda vez que la operación de fusión por absorción de una sociedad sin aportación de activo solo tiene como objetivo obtener un beneficio puramente fiscal ¹¹. Esta posición está

¹⁰ En parecidos términos, RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN: «La carga de la prueba en el Derecho Tributario: su aplicación en las normas tributarias antiabuso y en la doctrina del TJUE», *RCyT*. CEF, n.º 344, 2011, págs. 5 y ss.

¹¹ Esta última afirmación relativa al indicio de fraude o evasión fiscal derivado de que las pérdidas fiscales sean de un importe elevado y que su origen no esté claramente determinado, «toda vez que la operación de fusión por absorción de una sociedad sin aportación de activo solo tiene como objetivo obtener un beneficio puramente fiscal», a nuestro entender, debe ser puesta en conexión con otras afirmaciones recogidas en esta misma sentencia. Por ejemplo, en los párrafos 35, 38 a 41 y 50 de la sentencia *Foggia* el TJUE se posiciona en el sentido de que ninguno de los elementos resulta

alineada con la jurisprudencia precedente. Así, en *Leur-Bloem*¹² consideró como indicios de fraude o evasión fiscal como la intervención de una sociedad de nueva creación con motivo de la reestructuración o la creación de una estructura societaria para un periodo limitado y no de forma duradera, aunque entendió que ninguno de ellos en sí mismos era decisivo para calificar la operación como fraudulenta en la medida en que concurrieran motivos económicos válidos. También en *Halifax* [C-255/02 (NFJ021677)] el TJUE consideró casos de fraude fiscal la emisión de declaraciones falsas o facturas irregulares (para. 59), pero a efectos de determinar la concurrencia del elemento subjetivo del abuso (finalidad esencial de obtención de ventaja fiscal) consideró que hay que atender a un conjunto de elementos objetivos como «el carácter puramente artificial de estas operaciones, así como los vínculos de carácter jurídico, económico y/o personal entre los operadores implicados en el plan de reducción de la carga fiscal» (para. 81, siguiendo la jurisprudencia *Emsland-Stärke*). En otros casos como en *Weald Leasing*¹³ se toma en consideración el carácter artificialmente escalonado de las operaciones así como la existencia o inexistencia de negocios en condiciones normales de mercado. En *Cadbury Schweppes* el TJUE indicó que el hecho de que la sociedad fuera constituida en un territorio de baja tributación y realizara operaciones vinculadas con su matriz no constituyen indicios que por sí mismos sean constitutivos de fraude o evasión fiscal.

- 8.^a En un contexto donde la fusión por absorción se realiza en el marco de una reestructuración donde se produce racionalización de actividades del grupo y reducción de costes estructurales (reducción de los gastos administrativos y de gestión del grupo a raíz de la fusión por absorción), pero existen indicios de fraude fiscal como los indicados, el TJUE trata de adoptar una posición de equilibrio sobre la forma de aplicar la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones. Es decir, qué acontece en casos donde la reorganización posee cierto grado de sustancia económica (presencia de motivos económicos válidos: reducción de costes estructurales o racionalización de actividades/organizativas) y concurre una ventaja fiscal significativa (pérdidas de 2 millones de euros de la sociedad absorbida a compensar por la absorbente) en combinación con indicios de fraude o evasión (pérdidas fiscales de elevada cuantía y dudoso origen).

A este respecto, el TJUE razona que:

- a) La cláusula antiabuso del artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE articula una excepción a la aplicación de las ventajas de tal disposición europea y en tal sentido debe ser objeto de interpretación estricta, teniendo en cuenta su tenor, finalidad y contexto;
- b) Las operaciones de reestructuración o la racionalización o simplificación de estructuras empresariales son ejemplos de operaciones con motivo económico válido; y

determinante. En particular, el TJUE se muestra partidario de un examen de conjunto de los antecedentes del caso para determinar si concurren motivos económicos válidos, llegando a mantener que «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» (para. 35). Y en el párrafo 50 se declara que la aplicación del artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones «no puede extenderse hasta llegar a cubrir prácticas abusivas, esto es, operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en dicho Derecho».

¹² C-28/95 (NFJ005725), párrafos 41 y ss.

¹³ C-103/09 (NFJ041103).

- c) Los conceptos de reestructuración y de racionalización son más amplios que la búsqueda de una ventaja meramente fiscal, de suerte que las operaciones de reestructuración y de racionalización que solo persiguieran tal objetivo no pueden ser consideradas realizadas al amparo de un motivo económico válido.

El TJUE, a nuestro juicio, termina posicionándose a favor de la aplicación de un juicio de valoración global y casuístico que pondere el peso relativo de todos los objetivos de la operación, esto es, tanto el motivo económico válido (racionalización de costes de estructura) como la ventaja fiscal (intrínseca o derivada de la Directiva de Fusiones):

«47. Por tanto, 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 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*».

El TJUE fundamenta su posición argumentando que el ahorro de costes resultante de la reducción de los gastos administrativos y de gestión mediante la desaparición de la sociedad absorbida es inherente a toda operación de fusión por absorción, ya que conlleva una simplificación de la estructura del grupo, e insiste en la idea de que si se admite sistemáticamente que el ahorro de los costes estructurales resultantes de la reducción de gastos administrativos y de gestión constituye un motivo económico válido, sin tener en cuenta los otros objetivos de la operación proyectada (en particular las ventajas fiscales), la cláusula antiabuso del artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones se vería privada completamente de su finalidad, que consiste en salvaguardar los intereses financieros de los Estados miembros al establecer la facultad de que estos últimos puedan denegar la aplicación de la misma en casos de fraude o de evasión fiscal.

- 9.^a Por otro lado, el TJUE indica que la referida cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones refleja el principio general del Derecho de la UE consistente en la prohibición de abuso, que excluye las prácticas abusivas, esto es, operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino para únicamente beneficiarse abusivamente de las ventajas concedidas por el Derecho de la UE (jurisprudencia *Halifax*¹⁴, *Kofoed*¹⁵, *Centros*¹⁶, etc.).

3. Sobre el concepto de abuso empleado por el TJUE

A la vista de este y otros pronunciamientos, parece claro que el TJUE está decidido a defender la existencia de un principio general de prohibición de abuso de Derecho de la UE (o de prácticas

¹⁴ STJUE de 21 de febrero de 2002, C-255/02 (NFJ021677).

¹⁵ STJUE de 5 de julio de 2007, C-321/05 (NFJ026003).

¹⁶ STJUE de 9 de marzo de 1999, C-212/97 (NFJ044265).

abusivas) con perfiles estructurales uniformes en el ámbito tributario, al margen de las diferencias que pueden existir entre el contexto de los impuestos directos e indirectos o un marco armonizado o no armonizado¹⁷. No obstante, cabe observar que el TJUE, a nuestro juicio, viene adaptando la aplicación de tal prohibición general de abuso al contexto concreto, esto es, a la finalidad de la norma comunitaria de cobertura o que es objeto de interpretación¹⁸. Tal fórmula constituye una consecuencia del propio método de armonización jurisprudencial, la cual constituye una técnica asistemática y fragmentaria que abre un cierto ámbito de asimetrías nada despreciable, aunque en todo caso se debería ganar en uniformidad en la aplicación europea de cláusulas antiabuso nacionales basadas en principios, tradiciones y enfoques jurídicos diferenciados¹⁹.

A este respecto, se viene manteniendo que el concepto de abuso que maneja el TJUE, a partir de su formulación en las sentencias *Emlands-Stärke* y *Halifax*, pivota fundamentalmente en torno a la concurrencia de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo²⁰. El primer elemento atiende a los fines y objetivos de la norma europea de cobertura, esto es, la regulación que pretende ser aplicada por el contribuyente, y sobre la que se está analizando la eventual existencia de un uso abusivo de la misma a través de una práctica, actividad u operativa que contraviene su finalidad esencial. Concorre este elemento (objetivo) del abuso cuando de las operaciones realizadas por el contribuyente se obtiene una ventaja fiscal, de manera tal que la aplicación o disfrute de la misma resulta contraria a los fines de tal norma. El elemento subjetivo, por su parte, se refiere a los propósitos y objetivos (finalidad esencial) de las actividades o negocios realizados por el contribuyente en el marco de una transacción que se sirve de una norma europea de cobertura. El propósito u objetivo perseguido por el contribuyente debe distinguirse de la intención subjetiva de los participantes en la actividad, y en tal sentido tal propósito debe ser determinado a través de elementos objetivos. Este elemento subjetivo del abuso concurre cuando resulta evidente, a partir de varios elementos objetivos, que el objetivo o finalidad esencial de la transacción realizada radica en la mera obtención de una ventaja fiscal a través de montajes o condiciones artificiales²¹; la artificiosidad debe inferirse del examen de un conjunto de elementos objetivos (indicios de fraude o evasión fiscal) que rodean la realización del negocio o la actividad, y muy en particular de la no concurrencia de otros propósitos no fiscales

¹⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* DE LA FEIRA: «Prohibition of Abuse of (Community) Law: the Creation of a New General Principle of EC Law through tax», *CMLR*, vol. 45, 2008, págs. 395 y ss.; y más recientemente la obra colectiva: DE LA FEIRA y VÖGENAUER (editors), *Prohibition of Abuse of Law*, *op. cit.*

¹⁸ En el mismo sentido: ENGLISH, J.: *National Measures to Counter Tax Avoidance under the Merger Directive*, *op. cit.*, págs. 27 y ss.

¹⁹ Sobre este aspecto y los problemas que se generan para el ejercicio efectivo de las libertades europeas ya alertó en su día el profesor RÄDLER: «Do national antiabuse clauses distort the internal market?», *European Taxation*, September 1994, págs. 312 y ss. Con posterioridad, también SINFIELD ha destacado los problemas que para la inversión y el comercio transfronterizo en el mercado interior posee el actual estado de cosas donde los Estados miembros operan con conceptos y umbrales antiabuso muy diferentes (una auténtica Torre de Babel de enfoques antiabuso nacionales), sin que las instituciones europeas hayan logrado establecer mecanismos o principios uniformes y consistentes que aporten la necesaria seguridad jurídica que neutralice tales distorsiones (SINFIELD: «The Halifax Principle as a universal GAAR for tax in the EU», *op. cit.*, págs. 236 y ss.). En parecidos términos RONFELT: «Antiabuse Clauses or Harmonization?», *Intertax*, vol. 39, n.º 1, 2011, págs. 12-18.

²⁰ *Id.*, por ejemplo, la brillante exposición de MARTÍN JIMÉNEZ: «Towards a Homogeneous theory of Abuse of (EU) Direct Tax Law», en *Sharing Information Across Borders in Indirect and Direct Tax-2010 and the Permanent Establishment in International Tax Law-2011*, CFE Forum Reports on EU Taxation-4, Datev & CFE, Brussels, 2011 (durante el 2012 se publicará una versión ampliada en castellano en *Quincena Fiscal*).

²¹ Párrafos 51-53 de la sentencia *Emlands-Stärke*.

que expliquen o den sentido a la transacción²². No existiría abuso, al no concurrir este elemento subjetivo, cuando la actividad, transacción o negocio realizado posea otra explicación o finalidad diferente a la mera obtención de una ventaja fiscal, lo cual puede consistir en la realización de una actividad económica de forma consistente con la finalidad de la norma europea de cobertura; en este tipo de casos no se habrían creado condiciones artificiales para aplicar una ventaja fiscal derivada de una norma europea de cobertura, a pesar de que la obtención de esta constituyera un objetivo relevante o principal.

La conjunción de ambos elementos (objetivo y subjetivo) es lo que termina desencadenando la aplicabilidad de la prohibición de abuso a montajes puramente artificiales cuyo único objetivo sea la obtención de una ventaja fiscal de manera que la concesión o aplicación de la misma resulte contraria a la finalidad de la norma europea de cobertura, debido precisamente a los indicios de artificiosidad detectados a partir de elementos objetivos y la ausencia de otros motivos económicos válidos. En este sentido, podría afirmarse que el elemento subjetivo resulta totalmente instrumental respecto de la determinación de la concurrencia del elemento objetivo: únicamente puede determinarse que la obtención y disfrute de la ventaja fiscal es contraria a los fines de la norma de cobertura considerando todos los antecedentes del caso y en particular la conducta del contribuyente. El test subjetivo es el que determina la existencia de artificiosidad que es el elemento clave para establecer el abuso (o su inexistencia), de suerte que tal elemento no atiende únicamente a la búsqueda de una ventaja fiscal, sino a su obtención por medios artificiosos en relación con la finalidad de la norma de cobertura (o de la que derive la ventaja fiscal). El TJUE sitúa la artificiosidad en el plano de montajes puramente ficticios que no reflejan «realidad económica» y cuyo único fin es eludir el impuesto normalmente aplicable, es decir, situaciones, operaciones o negocios que no conllevan la realización de actividad económica alguna, o que no tienen otra finalidad que la de evitar el impuesto normalmente aplicable. Así, la apreciación de otros objetivos (lícitos) perseguidos y derivados de la operación realizada por el contribuyente excluye la existencia de abuso, cuando menos, allí donde tales objetivos están alineados con la finalidad que persigue la norma europea de cobertura²³.

Así las cosas, la elección por un contribuyente de la forma menos gravosa de organizar un negocio o realizar una actividad económica (*rule shopping* legítima, o *forum shopping*) caería fuera de la prohibición de abuso²⁴. Igualmente, la realización de una operación –constitución de una sociedad en un Estado miembro de baja tributación– con el fin de disfrutar de una ventaja fiscal no constituye una práctica abusiva si, junto a la motivación fiscal, concurren otros objetivos lícitos (como la realización de una actividad económica genuina desde tal territorio) que son compatibles con la norma europea de cobertura, dado que no existe montaje puramente artificial²⁵.

²² FREEDMAN: «The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction: Abuse of Law in a Tax Context at Member State and EU Level», en DE LA FEIRA y VOGENAUER (editors), *Prohibition of Abuse of Law*, *op. cit.*, págs. 374 y ss.

²³ Véanse las sentencias *Halifax* y *Cadbury Schweppes*.

²⁴ En este sentido se ha pronunciado el TJUE en *Halifax* y *Gemeente Leusden* (C-255/02 y C-7/02), en línea con la propia jurisprudencia de otros altos tribunales nacionales como los de EE.UU. (*Gregory v. Helvering*), del Reino Unido (*Duke of Westminster v Commissioner of Inland Revenue*) o de España (SSTS de 2 de noviembre de 2002, 11 de mayo de 2004 y 21 de marzo de 2005). *Vid.*, LYAL: «Cadbury Schweppes and Abuse: Comments», en DE LA FEIRA y VOGENAUER (editors), *Prohibition of Abuse of Law*, *op. cit.*, págs. 430-431; y FREEDMAN: «The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction: Abuse of Law in a Tax Context at Member State and EU Level», *op. cit.*, págs. 374 y ss.

²⁵ STJUE *Cadbury Schweppes*, C-196/04 (NFJ023535).

Esta definición de abuso ha sido confirmada por el TJUE a través de su jurisprudencia hasta el momento presente, aunque con ciertas variaciones terminológicas que han causado gran controversia doctrinal sobre la existencia de un concepto unívoco de abuso de Derecho de la UE en materia fiscal²⁶; tal falta de certidumbre sobre los perfiles y configuración del principio europeo de prohibición de abuso de derecho en materia fiscal viene generando graves problemas de seguridad jurídica y distorsiones económicas a los flujos de inversión y transacciones transfronterizas en el mercado interior, en la medida en que los contribuyentes no disponen de un marco claro y previsible para planificar su actividad frente a una auténtica Torre de Babel de enfoques antiabuso nacionales que pueden restringir el ejercicio de las libertades europeas²⁷.

A pesar de la referida controversia y de la falta de una plena consistencia terminológica en la jurisprudencia del TJUE, pensamos que puede defenderse la existencia de una única formulación básica del principio de prohibición de abuso de Derecho de la UE en materia tributaria que coincidiría a grandes rasgos con lo expuesto en la sentencia *Halifax*, de manera que no habría nociones autónomas de abuso en materia de impuestos directos e indirectos o en sede de ámbitos armonizados o no armonizados. Y de hecho, la sentencia *Foggia* en gran medida puede leerse como una confirmación de una posición del TJUE tendente a construir un principio europeo de prohibición de abuso de validez general. Ahora bien, debe matizarse que la construcción del concepto de prohibición de abuso o de prácticas fiscales abusivas se ha realizado por vía de sentencia creando un auténtico mosaico jurisprudencial donde se suceden sentencias que aportan matices relevantes o enfatizan elementos o aspectos que no aparecen en otros pronunciamientos debido a los hechos del caso²⁸, a la forma en que se plantea la cuestión prejudicial, o al propio enfoque que adopta el TJUE (basado en los hechos o en la norma nacional controvertida o en la norma europea de cobertura); el diferente lenguaje del procedimiento y las distintas versiones lingüísticas han aportado igualmente su dosis de matices²⁹.

Nótese que las consecuencias derivadas del establecimiento de un principio europeo de prohibición de abuso no resultan despreciables, toda vez que la existencia de tal principio obliga a interpretar las cláusulas nacionales antiabuso (implementen o no Directivas europeas) a la luz de tal principio, siempre y cuando se proyecten sobre situaciones cubiertas por el Derecho de la UE. La

²⁶ Entre los que han defendido la existencia de un único principio europeo de prohibición de abuso en materia fiscal cabría citar a DE LA FEIRA, MARTÍN JIMÉNEZ y LYAL, en tanto que otros autores, como LANG, FREEDMAN o VANISTENDAEL, mantienen que de la jurisprudencia del TJUE no cabe extraer una configuración uniforme de la prohibición de abuso en materia fiscal, en la medida en que existen varias líneas de jurisprudencia en materia de imposición directa e indirecta así como en ámbitos armonizados y no armonizados. Las posiciones de DE LA FEIRA, LYAL, VANISTENDAEL y FREEDMAN se encuentran recogidas en los correspondientes capítulos de la obra DE LA FEIRA y VOGENAUER (editors), *Prohibition of Abuse of Law*, *op. cit.*, en tanto que la tesis del profesor MARTÍN JIMÉNEZ se encuentra ampliamente desarrollada en su trabajo MARTÍN JIMÉNEZ: «Towards a Homogeneous theory of Abuse of (EU) Direct Tax Law», *op. cit.*

²⁷ STJUE *Halifax* [C-255/02 (NFJ021677)], párrafos 72 y ss.

²⁸ A nuestro juicio, la jurisprudencia del TJUE en los casos *Marks & Spencer*, *Test Claimants in the Thin Cap o SGI*, aporta matices relevantes en relación con normas nacionales que poseen una finalidad dual consistente en articular el principio de territorialidad impositiva salvaguardando el reparto internacional del poder tributario y la prevención de maniobras abusivas o fraudulentas. Aquí el TJUE acepta la restricción al ejercicio de las libertades fundamentales sobre la base de una justificación dual que incluye la prevención de la evasión y el fraude fiscal, pero sin llevar hasta sus últimas consecuencias la aplicación del principio europeo de prohibición de abuso.

²⁹ En el mismo sentido: ENGLISH, J.: *National Measures to Counter Tax Avoidance under the Merger Directive*, *op. cit.*, págs. 27 y ss.

consecuencia de tal función interpretativa del principio europeo de prohibición de abuso no es pequeña pudiendo alterar el umbral antiabuso existente en los distintos Estados miembros en relación con la aplicación de sus normas antiabuso nacionales en un contexto cubierto por el Derecho de la UE ³⁰, de suerte que el referido principio UE operaría fundamentalmente como límite aunque no obligaría en todo caso a su implementación allí donde el legislador nacional ostentara la competencia para regular la materia en cuestión ³¹. La normativa antiabuso nacional, por tanto, debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia del TJUE y debe quedar inaplicada cuando resulte contraria al Derecho de la UE, aunque pensamos, siguiendo a FARMER ³², que una norma nacional cuya configuración no resulte ajustada plenamente al Derecho de la UE pero que permite una interpretación conforme con parámetros europeos puede seguir siendo aplicada sobre situaciones que conformen prácticas abusivas de acuerdo con tales parámetros (siendo inaplicada en los restantes casos) ³³. Otra consecuencia derivada la aplicación general de prohibición de abuso de Derecho de la UE consiste en la irrelevancia de las cláusulas antiabuso generales que contienen las Directivas europeas; de hecho, podría afirmarse que el artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones ha sido superado en cierta medida por la jurisprudencia del TJUE creativa del principio (interpretativo) de prohibición de abuso, quedando limitada la función de tal cláusula a clarificar la posibilidad de que las autoridades nacionales puedan aplicar normas o principios nacionales antiabuso para evitar prácticas abusivas en el sentido definido por el Tribunal de Justicia ³⁴. Sin duda, desde una perspectiva de seguridad jurídica y legalidad tal funcionalidad en modo alguno puede considerarse menor ³⁵.

Volviendo al contexto de la Directiva de Fusiones y a la sentencia *Foggia*, a nuestro modo de ver, nos encontramos ante un caso donde, a diferencia de otras sentencias guía como *Halifax* o *Cadbury Schweppes*, la propia norma europea de cobertura prevé una cláusula antiabuso [art. 11.1 a)] que autoriza a los Estados miembros a excluir la aplicación del régimen especial establecido por la

³⁰ STJUE *Marleasing*, C-106/89.

³¹ LANG considera que la prohibición de prácticas abusivas opera únicamente cuando existe una norma o principio nacional que captura el montaje realizado por el contribuyente (LANG: «Cadbury Schweppes' Line of Case Law From the Member States' Perspective», DE LA FEIRA y VOGENAUER (editors), *Prohibition of Abuse of Law*, *op. cit.*, págs. 451 y ss. En *Halifax* (paras. 90-98) y *Weald* [C-103/09 (NFJ041103)], el TJUE ha incidido en los efectos derivados de aplicar la prohibición de abuso en el sentido de redefinir la operación restableciendo la situación que hubiera prevalecido en ausencia de transacciones abusivas. *Vid.*, FREEDMAN: «The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction: Abuse of Law in a Tax Context at Member State and EU Level», *op. cit.*, pág. 377; y SINFIELD: «The Halifax Principle as a universal GAAR for tax in the EU», *op. cit.*, págs. 238.

³² FARMER: «Prohibition of Abuse of (European) Law: The Creation of a New General Principle of EU Law through Tax: a Response», en DE LA FEIRA y VOGENAUER (editors): *Prohibition of Abuse of Law*, *op. cit.*, págs. 5-6. *Vid.* también FREEDMAN: «The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction: Abuse of Law in a Tax Context at Member State and EU Level», *op. cit.*, pág. 377, que considera que la jurisprudencia del TJUE obliga a las autoridades nacionales a interpretar las cláusulas antiabuso domésticas de acuerdo con tal jurisprudencia pero no de forma contraria o incompatible con su objeto y finalidad o *contra legem*.

³³ Esta es la posición adoptada por los tribunales nacionales que aplicaron la sentencia del TJUE en el caso *Test Claimants in the Thin Cap*, C-524/04 (NFJ024996). *Vid.*, MULLAN: «Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v. HMRC: what amounts to commercial justification in considering issues of proportionality?», *British Tax Review*, n.º 3, 2011, págs. 295 y ss.; y WHITEHEAD: «Practical implications arising from the European's Court's Recent Decisions Concerning CFC Legislation and Dividend Taxation», *EC Tax Review*, 2007, vol. 16, págs. 176 y ss.

³⁴ ENGLISH, J.: *National Measures to Counter Tax Avoidance under the Merger Directive*, *op. cit.*, págs. 2 y ss., ha criticado este posicionamiento del TJUE considerando que debería ser el artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones el que ejerciera una influencia dominante sobre la jurisprudencia del TJUE y no viceversa.

³⁵ COOPER, G.: «The design and structure of general anti-tax avoidance regimes», *BIFD*, vol. 63, 2009, págs. 26 y ss.

misma. Esta cláusula antiabuso está configurada formalmente (especialmente la presunción *iuris tantum* de fraude/evasión fiscal) poniendo el énfasis en el elemento subjetivo –en particular, en los propósitos u objetivos de la operación de reorganización–, como fórmula para excluir el carácter artificioso de la operación³⁶; así, la mera acreditación de un motivo económico válido (finalidad de negocios o societaria, objetivos jurídico-económicos perseguidos con la operación) permite excluir la aplicación de la cláusula antiabuso, aunque la presencia y búsqueda de una ventaja fiscal no equivale a fraude o evasión fiscal³⁷.

En otros contextos, como, por ejemplo, en relación con la normativa de Transparencia Fiscal Internacional, nos encontramos que la prohibición de abuso opera en el plano interpretativo sobre las disposiciones del TFEU reguladoras de la libertad de establecimiento, a los efectos de determinar la compatibilidad con el Derecho de la UE de tal cláusula nacional antiabuso. Aunque pensamos que el TJUE emplea un enfoque antiabuso uniforme con carácter general, cabe observar una cierta modulación de su doctrina dependiendo del contexto de cada pronunciamiento que se traduce en enfoques antiabuso matizados dependiendo de los hechos del caso, la existencia de una materia armonizada, la presencia o ausencia de una cláusula antiabuso europea, etc. Así, siguiendo con el caso representado por la sentencia guía *Cadbury Schweppes*³⁸, consideramos que aquí el centro de gravedad del enfoque del TJUE pivota igualmente sobre el elemento subjetivo del abuso pero, en lugar de determinar su concurrencia a partir de un análisis de los motivos económicos válidos, atiende a la existencia/inexistencia de un montaje puramente artificial a partir del criterio de la realización de una actividad económica «genuina»³⁹ en el territorio del Estado de acogida. Mientras que en la sentencia *Foggia* el test de motivos económicos se erige como central para determinar la concurrencia del elemento subjetivo, en *Cadbury Schweppes* la cuestión clave radica en determinar si media una creación artificial de condiciones dirigidas a la obtención de una ventaja fiscal, de forma que su disfrute resulte contrario a la finalidad de la norma europea de cobertura (la libertad de establecimiento).

³⁶ En parecidos términos *vid.* RÄDLER, LAUSTERER y BLUMENBERG: «Tax Abuse and EC Law», *EC Tax Review*, n.º 2, 1997, págs. 97 y ss.

³⁷ Un posicionamiento similar ha sido defendido por GARCÍA PRATS: «The abuse of tax law: prospects and analysis» en *Essays in International and European Tax Law*, Jovene Editore, Napoli, 2010, págs. 108 y ss.

³⁸ STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04 (NFJ023535).

³⁹ El profesor MARTÍN JIMÉNEZ defiende una interpretación de la sentencia de *Cadbury Schweppes* en el sentido de que requiere que la actividad económica realizada en el Estado de acogida sea «genuina», lo cual solo se cumple cuando concurren elementos objetivos (instalaciones, personal y equipos/activos) adecuados en relación con la actividad desarrollada, de manera que no estemos ante una mera fachada de actividad; ello requiere que tal entidad cuente con medios y personal cualificado adecuado a la actividad que aporten valor añadido (auténtica sustancia económica y no mera apariencia de sustancia), pues de otro modo o bien estamos ante un caso de simulación o en un caso de elusión fiscal. Esta interpretación neutraliza tanto operaciones simulatorias como en fraude de ley al crearse condiciones artificiosas que quedan extramuros de los objetivos perseguidos por la libertad de establecimiento (MARTÍN JIMÉNEZ: «Towards a Homogeneous theory of Abuse of (EU) Direct Tax Law», *op. cit.*). No obstante, en un contexto de operaciones intragrupo tales estructuras se atacan en gran medida a través de la normativa de precios de transferencia. LYAL mantiene una posición más matizada considerando que una cosa es el abuso de la libertad de establecimiento y otra la adecuación del establecimiento. Con esta idea enfatiza que el debate de la sustancia adecuada al ejercicio de la libertad de establecimiento puede moverse en un plano distinto al del abuso, en el sentido de que los beneficios obtenidos por la CFC deben corresponderse con su sustancia económica (LYAL: «Cadbury Schweppes and Abuse: Comments», *op. cit.*, págs. 432-433). LANG por su parte considera que el test de los montajes puramente artificiales de la sentencia *Cadbury* debe ser ignorado, entendiendo que lo que resulta decisivo es la interpretación teleológica de la norma cobertura y el análisis de los hechos y negocios efectivamente realizados (LANG: «Cadbury Schweppes' Line of Case Law From the Member States' Perspective», *op. cit.*, pág. 450).

En el fondo, estamos ante dos fórmulas para llegar a determinar la misma cuestión: si se ha producido una creación de condiciones artificiales a través de una operación cuya finalidad esencial es la obtención de una ventaja fiscal de forma contraria a los objetivos perseguidos por la norma europea de cobertura, lo cual no solo requiere considerar la presencia de un objetivo fiscal sino también la existencia de indicios de artificiosidad a través del examen de elementos objetivos, así como considerar la finalidad de la norma de cobertura⁴⁰. El elemento subjetivo nos lleva al análisis de la sustancia económica de la operación realizada, en el sentido de verificar si existe un motivo no puramente fiscal que justifique el negocio y tal motivo se determina a través de cualquier elemento objetivo que pruebe una finalidad de negocios, empresarial, jurídico-societaria, etc., o la propia realización efectiva de una actividad económica a través de la estructura creada. Concurriendo objetivos económicos (*lato sensu*) puede defenderse la inexistencia de abuso, dado que, como regla, estos estarán alineados con la finalidad perseguida por la norma europea de cobertura. El test de motivos económicos válidos y el test de realidad económica o actividad económica genuina son dos caminos para llegar al mismo destino (la determinación de la existencia de condiciones artificiales a través del análisis del cómo o en qué condiciones se pretende obtener la ventaja fiscal), lo cual es clave o determinante para analizar la concurrencia del elemento objetivo: si las condiciones en que se pretende obtener la ventaja fiscal son compatibles con la finalidad o los objetivos perseguidos por la norma europea de cobertura⁴¹. En el fondo la interpretación finalista de corte sustancialista de la norma europea de cobertura constituye la clave de bóveda de la prohibición de abuso, en el sentido de que la determinación o análisis del elemento subjetivo viene operando de forma instrumental en relación con el elemento objetivo⁴².

Lo que no está del todo definido es el umbral antiabuso con el que opera el TJUE, lo cual dependerá en gran medida de sus pronunciamientos sobre el elemento subjetivo, esto es, sobre el nivel de artificiosidad que resulta inaceptable por falta de realidad económica o por la insuficiencia de los motivos no fiscales concurrentes. A este respecto, la sentencia *Foggia*, en línea con *Halifax*, *Part-Service* o *Cadbury Schweppes*, se mueve en una dirección de tendencia sustancialista.

4. La clarificación de la sentencia *Foggia* sobre el test de motivos económicos válidos

Una vez expuesto el enfoque y marco general de la jurisprudencia del TJUE en materia de prohibición de abuso en materia tributaria, procede dar un paso más a efectos de explicar las aportaciones de la sentencia *Foggia*.

A nuestro entender, la principal aportación reside en la posición adoptada por el TJUE en relación con la interpretación de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones en el marco de

⁴⁰ En parecidos términos LYAL: «Cadbury Schweppes and Abuse: Comments», *op. cit.*, págs. 431-434.

⁴¹ ENGLISH, J.: *National Measures to Counter Tax Avoidance under the Merger Directive*, *op. cit.*, pág. 43, comparte esta idea, aunque observa que en algunos casos que la noción de motivos económicos válidos pueda ir más allá que la noción de montaje puramente abusivo. Pone el ejemplo de una reorganización empresarial que posee efectos económicos pero en la práctica conlleva consecuencias comerciales perjudiciales que son compensadas con la ventaja fiscal que se pretende obtener.

⁴² SINFIELD: «The Halifax Principle as a universal GAAR for tax in the EU», *op. cit.*, pág. 237; y ENGLISH, J.: *National Measures to Counter Tax Avoidance under the Merger Directive*, *op. cit.*, págs. 9 y ss.

un caso donde concurren motivos económicos válidos y una ventaja fiscal significativa en un contexto fáctico donde existen indicios de fraude o evasión fiscal. Se plantearía aquí de nuevo si la prohibición de abuso pivota sobre un *sole tax purpose test* o un *principal/essential tax purpose test*, de suerte que dependiendo de la posición estaríamos ante una noción de abuso más o menos estricta. La cuestión de fondo, por tanto, remite a la fijación del umbral de abuso que debe emplearse en este tipo de casos.

Así las cosas, podría mantenerse que lo que vendría a clarificar la sentencia *Foggia* es que pueden darse casos donde los motivos económicos válidos alegados por el contribuyente, cuya concurrencia hubiera sido verificada, resulten de tan escaso peso o limitada relevancia —«completamente marginales» en expresión del TJUE— en comparación con la ventaja fiscal (intrínseca) que se deriva de la reorganización amparada por el régimen especial que no superen el umbral de suficiencia que los hagan merecedores de admisibilidad a los efectos de excluir la aplicación de la presunción de fraude o evasión fiscal. Podría defenderse que el TJUE más que a establecer un test de ponderación relativa entre el objetivo fiscal y el motivo económico válido podría estar sometiendo a este último a un análisis para determinar su sustancia, esto es, para vislumbrar si estamos ante un auténtico motivo económico válido o por el contrario ante una invocación formal de un «objetivo aparente». No estaríamos ante un auténtico motivo económico válido cuando el objetivo alegado en realidad constituye una consecuencia inherentemente accesorio y marginal a la forma jurídica empleada y, además, no posee relevancia cualitativa o cuantitativa para fundamentar o explicar la reorganización incluso considerando el margen de apreciación discrecional de un empresario diligente.

Esta doctrina que priva de auténtica relevancia a los motivos económicos válidos alegados por el contribuyente (reducción de gastos administrativos y de gestión) a los efectos de excluir la aplicación de la presunción de fraude o evasión fiscal, ha sido construida por el TJUE de manera que, en principio, solo parece que opera en el marco de un análisis de segundo nivel que pondere de forma global el peso relativo de una serie de elementos objetivos presentes en un determinado tipo de reorganizaciones empresariales. No puede perderse de vista que el TJUE, desde *Leur-Bloem* hasta *Foggia*, ha configurado el test de los motivos económicos válidos como un test casuístico e intensivamente fáctico. De esta forma, la jurisprudencia *Foggia* que establece este umbral de materialidad/sustancialidad de los motivos económicos válidos en presencia de ventajas fiscales significativas operaría en un determinado tipo de casos, donde concurrirían una serie de circunstancias, a saber:

- a) Concurrencia de ciertos motivos económicos válidos que justifican la reorganización empresarial.
- b) Presencia de una (o varias) ventaja/s fiscal/es (intrínseca/s)⁴³ de cuantía significativa derivada de la reorganización.
- c) Existencia de indicios de fraude o evasión fiscal inferidos a partir de elementos de hechos probados.

⁴³ Por ventaja intrínseca nos referimos a exenciones tributarias y diferimiento de impuestos resultantes del régimen especial establecido por la Directiva de Fusiones. Nótese que la compensación de pérdidas es considerada por el TJUE como una ventaja fiscal intrínseca, aunque a nuestro juicio tal posición es discutible.

Es en el marco de este análisis global de segundo nivel donde el TJUE parece exigir la presencia de un motivo económico válido no marginal o incidental para excluir la aplicación de la presunción cuando la ventaja fiscal intrínseca resulta cuantitativamente significativa y concurren indicios de fraude o evasión fiscal.

Por tanto, a nuestro juicio, la jurisprudencia derivada de la sentencia *Foggia* no debería entenderse como el establecimiento de un nuevo test de ponderación relativa de los motivos económicos válidos en presencia de ventajas fiscales cuantitativamente relevantes, sino como una aplicación específica de la jurisprudencia *Halifax y Part-Service* en un determinado contexto fáctico. Como se ha indicado, no existe base para aplicar un test de ponderación cuantitativo y cualitativo de motivos fiscales y no fiscales, de suerte que su aplicación resultaría extraordinariamente complejo por su subjetividad y podría obstaculizar seriamente la aplicación del régimen especial debido a la falta de previsibilidad en la aplicación del mismo, lo cual resulta contrario al fin principal perseguido por la Directiva de Fusiones ⁴⁴.

Entendemos que el test de no preponderancia esencial del objetivo fiscal (ventaja fiscal intrínseca anudada a la reorganización) que establece el TJUE se cumpliría cuando el objetivo no fiscal (el motivo económico válido), globalmente considerado, no resulta *completamente marginal* respecto del objetivo fiscal, esto es, cuando existe un auténtico motivo económico válido (y no uno aparente, condición que resulta de su marginalidad o incidentalidad en el sentido indicado) ⁴⁵. A la hora de valorar el peso relativo del objetivo no fiscal (el motivo económico válido) habría que tener en cuenta su dimensión material (naturaleza e implicaciones jurídico-económicas) y cuantitativa (v. gr., ahorro de costes, economías de escala, sinergias, potencial estratégico y de negocio, implicaciones financieras y de captación de recursos, etc.). Nótese que en el caso *Foggia*, el TJUE razonó que no se cumplía el test de no preponderancia del objetivo fiscal, considerando el conjunto de elementos de hecho, y en particular la limitada relevancia material y cuantitativa del motivo económico válido invocando que lo convertía en «completamente marginal» habida cuenta de la amplitud de la ventaja fiscal ⁴⁶. En realidad lo que acontece aquí es que la operación objeto de enjuiciamiento en el caso *Foggia* constituye una liquidación y no tanto una reorganización, lo cual evidencia que está fuera del ámbito de aplicación de la Directiva de Fusiones, aunque el propio TJUE ha trasladado en gran medida este debate al ámbito de la cláusula antiabuso.

Esta jurisprudencia enlaza e incluso clarifica el alcance de otros pronunciamientos precedentes. Fundamentalmente, esta misma cuestión se planteó, aunque más veladamente, en el marco del caso *Halifax* ⁴⁷. El Abogado General señor Poiares Maduro abogó a favor de un *sole tax purpose* en sus conclusiones:

«89. *The prohibition of abuse, as a principle of interpretation, is no longer relevant where the economic activity carried out may have some explanation other than the mere attainment of tax*

⁴⁴ *Vid.*, entre otros, ENGLISH, J.: *National Measures to Counter Tax Avoidance under the Merger Directive*, *op. cit.*, pág. 40.

⁴⁵ Tal posición se fundamenta en una interpretación del párrafo 35 de la sentencia *Foggia* en conexión con los párrafos posteriores (paras. 36 a 50).

⁴⁶ Párrafo 47 de la STJUE *Foggia*.

⁴⁷ VANISTENDAEL: «Cadbury Schweppes and Abuse from EU Tax Law Perspective», en DE LA FEIRA y VOGENAUER (editors), *Prohibition of Abuse of Law*, *op. cit.*, págs. 419 y ss.

advantages against the tax authorities. In such circumstances, to interpret a legal provision as not conferring such an advantage on the basis of an unwritten general principle would grant an *excessively broad discretion to the tax authorities in deciding which of the purposes of a given transaction ought to be considered predominant*» (cursiva añadida).

Sin embargo, el TJUE adoptó una posición mucho más matizada cuando declaró que⁴⁸:

«In the sphere of VAT, an abusive practice can be found to exist only if first, the transactions concerned, notwithstanding formal application of the conditions laid down by the relevant provisions of the Sixth Directive and the national legislation transposing it, result in the accrual of a tax advantage the grant of which would be contrary to the purpose of those provisions. Second, it must also be apparent from a number of objective factors that the *essential aim of the transaction* concerned is to obtain a tax advantage. As the Advocate-General observed in point 89 of his Opinion, *the prohibition of abuse is not relevant where the economic activity carried out may have some explanation other than the attainment of tax advantages*» (cursiva añadida).

Da la impresión de que la posición del TJUE no coincide plenamente con la del Abogado General señor Poiaras Maduro, de manera que allí donde concurren motivos o finalidades fiscales y no fiscales, no habría abuso cuando la finalidad fiscal no resultara claramente predominante o dicho de otro modo cuando el objetivo no fiscal no fuera marginal⁴⁹. En esta misma línea se mueve la sentencia *Part-Service*, que vuelve a insistir en la idea de que los motivos no fiscales no pueden ser marginales en un contexto donde existen indicios indicativos de la esencial finalidad fiscal de los negocios realizados, aunque en esta sentencia parece mostrarse más exigente que en la que comentamos posiblemente considerando el diferente contexto y fines de la norma europea de cobertura⁵⁰.

Así las cosas, la sentencia *Foggia* entraña en cierta medida una vuelta de tuerca sobre la interpretación del test de motivos económicos válidos de la Directiva de Fusiones, alineándolo con la referida línea de jurisprudencia general, para resolver hipótesis extremas donde la verdadera finalidad esencial de la operación radica en la búsqueda de una ventaja fiscal, de suerte que los otros efectos que se derivan de la operación son «incidentales» o «marginales» (ahorro de costes de estructura) y no entrañan en realidad auténticos objetivos de la operación (motivos aparentes). De esta forma, el TJUE deja claro que cabe aplicar la presunción de abuso de la Directiva de Fusiones cuando los motivos no fiscales sean claramente marginales en presencia de significativas ventajas fiscales e indicios de fraude y evasión fiscal.

5. El problema del motivo fiscal y la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones

La sentencia *Foggia*, en línea con los anteriores pronunciamientos del TJUE, a nuestro entender, no permite identificar ausencia de motivo económico válido con la presencia de fraude o evasión

⁴⁸ Parágrafos 74 y 75 de la sentencia *Halifax*.

⁴⁹ En parecidos términos LYAL: «Cadbury Schweppes and Abuse: Comments», *op. cit.*, págs. 429-430.

⁵⁰ Parágrafos 40, 45 y 62 de la sentencia *Part Service*.

fiscal, sino que la falta de prueba de tal motivo económico válido desencadena la presunción de fraude o evasión fiscal e implica que el contribuyente debe probar que la operación de reorganización no es fraudulenta o constitutiva de elusión fiscal ⁵¹.

Es cierto que esta sentencia sigue en gran medida la senda argumentativa iniciada a través del caso-guía *Leur-Bloem* en el sentido de que el concepto de motivo económico válido es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja fiscal. No obstante, no puede perderse de vista que la sentencia *Foggia* únicamente anuda la ausencia de un motivo económico válido a la presunción de fraude o evasión fiscal, presunción *iuris tantum* que únicamente invierte la carga de la prueba correspondiendo al contribuyente acreditar que no estamos ante una operación fraudulenta o en fraude de ley. En este sentido, nos alineamos con los comentaristas que han rechazado la tesis autonomista en torno a la interpretación de la cláusula antiabuso de la normativa española que implementa el artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones ⁵², en el sentido de equiparar la falta de concurrencia de los motivos económicos válidos con la presencia de fraude y evasión fiscal ⁵³.

Ahora bien, no podemos menos que reconocer que el TJUE viene rechazando un concepto de motivo económico válido que consista en la mera búsqueda una ventaja fiscal. No obstante, pensamos que tal objetivo (aprovechamiento de una ventaja fiscal) es compatible con la presencia de otros motivos económicos válidos no fiscales, a la hora de excluir la aplicación de la presunción de fraude o evasión fiscal. Y de hecho la sentencia *Foggia* clarifica la compatibilidad entre la apreciación de un motivo económico válido que excluye la aplicación de la presunción de fraude o evasión fiscal, y la existencia de ventajas fiscales (intrínsecas) derivadas de la reorganización, siempre que el primero (motivo económico válido) no resulte completamente marginal.

A este respecto, consideramos que el TJUE cuando ha indicado que el objetivo de obtener una ventaja fiscal no constituye un motivo económico válido a los efectos del artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones, tal declaración, a nuestro entender, quedaría circunscrita a las ventajas fiscales intrínsecas a la referida Directiva (v. gr. diferimiento de la tributación de los activos transferidos) pero cabría defender que una reorganización con el objetivo principal de obtener o disfrutar de una ventaja fiscal (*lícita*) extrínseca (o no regulada o establecida por la Directiva 90/434/CEE como por ejemplo el acceso al régimen de consolidación fiscal, reducir el ámbito de aplicación de la normativa

⁵¹ Nótese que el parágrafo 52 y el fallo de la STJUE *Foggia* se refieren a la aplicación de la presunción de fraude o evasión fiscal en el marco de una operación donde a la vista de los antecedentes no concurren motivos económicos válidos, correspondiéndole al tribunal remitente comprobar si concurren los elementos de la presunción de fraude o evasión fiscal.

⁵² *Vid.*, entre otros: PALAO TABOADA: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», en *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, op. cit., págs. 220 y ss.; LÓPEZ TELLO, J.: «La cláusula antiabuso del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores», Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, n.º 16, págs. 267 y ss.; MENÉNDEZ GARCÍA, G.: «Realización de operaciones de fusión, escisión, aportación de dineraria y canje de valores con fines de fraude o evasión fiscal: cláusula antiabuso comunitaria y artículo 110.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades», *JT Aranzadi*, 2000, vol. II, págs. 2.186 y ss.; FALCÓN Y TELLA: «La nueva redacción de la cláusula antiabuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS», *Quincena Fiscal*, n.º 4/2001, pág. 8; y DURAN-SINDREU: «El artículo 110.2 de la Ley 43/1995: análisis y propuesta de reforma», *RTT*, n.º 55, 2001, pág. 34.

⁵³ Entre los destacados autores que han defendido la «tesis autonomista» cabría mencionar a SANZ GADEA: «Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000», *RCyT*. CEF, n.º 215, 2001, págs. 99 y ss.; y BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C.: «La importancia de la motivación económica de la operaciones de concentración y reestructuración empresarial y su incidencia fiscal», *RCyT*. CEF, n.º 224, 2001, págs. 3 y ss.

de operaciones vinculadas, articular una estructura que permita disfrutar del *patent box* del art. 23 TRLIS, etc.)⁵⁴ no puede considerarse realizada con un objetivo de fraude o evasión fiscal. Tal posición podría fundamentarse, a nuestro juicio, sobre la base de varios argumentos. Por un lado, el propio TJUE ha establecido que el artículo 11.1 a) de la Directiva constituye una excepción a las normas fiscales que establece tal norma comunitaria⁵⁵. Por otro lado, la sentencia *Zwijnenburg*⁵⁶ parece evidenciar que la elección de una fusión para realizar una reorganización empresarial debido a la ventaja fiscal extrínseca a la Directiva que conllevaba (la exención del ITP), no resulta contraria a los fines de tal normativa europea ni puede excluirse la aplicación del régimen especial aplicando el artículo 11.1 a) de la Directiva cuya finalidad es otra. De hecho, se ha llegado a argumentar que el régimen especial de reorganizaciones, de acuerdo con tal pronunciamiento del TJUE, podría servir de instrumento para eludir impuestos no cubiertos por la Directiva de Fusiones como por ejemplo el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados o el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones⁵⁷, aunque a nuestro juicio tal enfoque no puede compartirse sin matices⁵⁸. La interpretación que defendemos en relación con las ventajas fiscales extrínsecas también podría fundamentarse en la jurisprudencia general del TJUE en materia de abuso, en la medida en que reconoce el derecho de los contribuyentes a estructurar sus negocios de la forma que le resulte más conveniente fiscalmente, esto es, dotando de legitimidad al motivo o propósito fiscal, siempre y cuando la obtención de la ventaja fiscal no se realice a través de la creación de condiciones artificiosas y se trate de una auténtica reestructuración o racionalización empresarial⁵⁹.

Por tanto, el hecho de que un objetivo fiscal no constituya un motivo económico válido en la discutible interpretación que ha realizado el TJUE –fundamentalmente en *Leur-Bloem* y *Foggia*– no significa que la reorganización sea constitutiva de fraude o evasión fiscal y, por tanto, que la Administración tributaria esté facultada *eo ipso* para excluir la aplicación del régimen especial derivado de la Directiva de Fusiones. En este mismo sentido, como ha destacado ENGLISH, pueden existir varias categorías de planificación fiscal legítima que no constituirían práctica abusiva de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE⁶⁰, de manera que podría defenderse la aplicación del régimen especial

⁵⁴ Cabría defender que la ventaja fiscal derivada de las posibilidades de compensación de pérdidas fiscales que resultan de una reorganización empresarial constituye una ventaja fiscal extrínseca a la Directiva de Fusiones, aunque el TJUE en el caso *Foggia* parece considerar que estamos ante una ventaja intrínseca.

⁵⁵ SSTJUE *Foggia* (para. 44 y ss.) y *Zwijnenburg* (para. 46).

⁵⁶ STJUE de 20 de mayo de 2010, C-352/08 (NFJ038357).

⁵⁷ PETROSOVITCH, K.: «Abuse under Merger Directive», *European Taxation*, December 2010, pág. 5.601.

⁵⁸ No puede perderse de vista que en el referido asunto, la operación realizada por el contribuyente constituía una auténtica reorganización empresarial con finalidad principal no fiscal, a pesar de que existía un «motivo fiscal» en la elección de la forma para llevarla a cabo (la fusión). Asimismo, también debe tenerse en cuenta que la normativa nacional controvertida no contemplaba una cláusula antiabuso específica aplicable al caso y las autoridades neerlandesas invocaron la aplicación de la cláusula general del artículo 11.1 a) de la Directiva, a lo que el TJUE respondió negativamente en línea con su sentencia *Kofoed* que sigue la jurisprudencia general sobre los efectos de determinadas disposiciones penalizadoras de las Directivas.

⁵⁹ SSTJUE *Halifax, Cadbury, Gemeente Leusden* [C-487/01 (NFJ016698) y 7/02] y *Herma* [C-23/98 (NFJ008485)]. *Vid.*, LYAL: «Cadbury Schweppes and Abuse: Comments», *op. cit.*, págs. 430 y ss.; MARTÍN JIMÉNEZ: «Towards a Homogeneous theory of Abuse of (EU) Direct Tax Law», *op. cit.*

⁶⁰ ENGLISH se refiere en particular a las siguientes categorías de planificación fiscal legítima: a) una laguna (*tax law vacuum*) que se ha dejado o insertado en la legislación fiscal; b) excepciones configuradas como incentivos fiscales que recompensan el cumplimiento de objetivos extrafiscales, en la medida en que estos se cumplan sustancialmente; c) inconsistencias dentro del sistema o régimen especial que permiten el arbitraje fiscal; d) opciones otorgadas por el legislador cuya

de la Directiva de Fusiones en tales casos, aunque en algunos supuestos tal posición ofrece dudas (especialmente si la finalidad esencial es obtener una ventaja intrínseca al régimen especial) ⁶¹.

Ahora bien, el contribuyente debe probar que la reorganización no constituye una operación fraudulenta o de elusión fiscal. Ciertamente, tal prueba en gran medida puede tener carácter negativo, aunque insistimos en que cuando se acreditara que estamos ante una reorganización empresarial o societaria real y no ante una operación simulada o en fraude de ley (considerando la duración de la estructura y los hechos posteriores) ⁶² cabría defender que la reorganización cae dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de Fusiones y no cabe aplicar la cláusula antiabuso ⁶³. Las formas u operaciones cubiertas por la Directiva de Fusiones no pueden constituir un medio para eludir artificialmente un impuesto de forma contraria a su finalidad, pero la elección de tales formas societarias sí puede constituir una elección del contribuyente considerando las ventajas fiscales que se derivan del mismo con el fin de llevar a cabo una reorganización o reestructuración empresarial, es decir, el objetivo *ex ante* es la reorganización empresarial y la forma (operaciones cubiertas por la Directiva) es elegida *ex post* considerando las ventajas fiscales derivadas de la misma ⁶⁴.

Cabría matizar, sin embargo, que el motivo fiscal (extrínseco) como objetivo principal de la reorganización resultará, como regla, aceptable a estos efectos –opuesto al fraude o evasión fiscal– siempre que fuera *compatible* con una finalidad corporativa o de negocios, esto es, con la continuidad de la empresa; la forma o estructura societaria modificada debería situarse intramuros del margen discrecional de un empresario a la hora de organizar su negocio, lo cual parece excluir estructuras fugaces ⁶⁵ o disfuncionales con el negocio globalmente considerado dado que resultaría contrario a la finalidad de la Directiva de Fusiones proteger tales operaciones. Se trataría de casos donde la aplicación del régimen fiscal especial resultaría contrario a la finalidad de la Directiva de Fusiones, ya que no se trata de auténticas reorganizaciones empresariales ⁶⁶. Es decir, en último análisis el test

única finalidad es permitir al contribuyente minimizar su carga fiscal (ENGLISH, J.: *National Measures to Counter Tax Avoidance under the Merger Directive*, *op. cit.*, págs. 18 y ss.).

⁶¹ *Vid.*, ENGLISH, J.: *National Measures to Counter Tax Avoidance under the Merger Directive*, *op. cit.*, págs. 44 y ss.

⁶² La normativa norteamericana reguladora del régimen fiscal especial de reorganizaciones empresariales emplea criterios para determinar cuándo estamos ante una reorganización genuina con propósito corporativo o de negocios y cuándo ante una reorganización que constituye un disfraz o máscara para esconder su verdadera naturaleza, y cuyo objeto y realización es la consumación de un plan preconcebido carente de propósito corporativo o de negocios que no es un plan de reorganización. En particular, la Sec. 1368-1 de las *Treasury Regulations del Internal Revenue Code* se refieren, en particular, a los requisitos de continuidad empresarial: la continuidad de la empresa bajo la forma modificada.

⁶³ Cfr. PALAO TABOADA: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *op. cit.*, págs. 229 y ss.

⁶⁴ Ahora bien, no puede perderse de vista que el propio TJUE ha considerado que es perfectamente legítimo para un contribuyente tener en cuenta las implicaciones fiscales a la hora de estructurar sus negocios, de suerte que cuando este posea la opción entre dos diferentes tipos de transacciones para alcanzar un resultado, no existe obligación de elegir la que conlleve la mayor carga fiscal. *Vid.*, las SSTJUE *Halifax, Cadbury, Gemeente Leusden* [C-487/01 (NFJ016698) y 7/02] y *Herma* [(C-23/98 (NFJ008485)]. *Vid.* LYAL: «Cadbury Schweppes and Abuse: Comments», *op. cit.*, págs. 430 y ss.

⁶⁵ El TJUE en *Leur-Bloem* reconoció que el requisito de «integración duradera» establecido por el legislador neerlandés puede tener cierto sentido si se configura de manera que permite al contribuyente probar que, a pesar de no cumplirse tal condicionante, la operación no tiene como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. Véase el párrafo 42 de la sentencia *Leur-Bloem* (C-28/95).

⁶⁶ Esta posición se ajusta al concepto general de abuso establecido por el TJUE en *Halifax* [C-255/02 (NFJ021677)], como ha puesto de relieve PETROSOVITCH, K.: «Abuse under Merger Directive», *op. cit.*, pág. 560.

clave radica en considerar la finalidad de la Directiva de Fusiones a la hora de aplicar la cláusula antiabuso (su elemento objetivo), sin perder de vista que esta se ha configurado en gran medida como una cláusula de cierre de uso excepcional para excluir de su ámbito de aplicación única y exclusivamente una serie de operaciones de fraude o evasión fiscal que no constituyen auténticas reorganizaciones societarias-empresariales sino una «creación artificial de condiciones»⁶⁷.

Esta interpretación de la cláusula antiabuso del artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones, además de adecuarse a su tenor literal, vendría reforzada por la propia jurisprudencia europea (*Kofoed* y *Foggia*), en la medida en que en estas dos sentencias el TJUE conecta la referida cláusula antiabuso con el principio europeo de prohibición de abuso de derecho, de suerte que este solo afecta a montajes con pura finalidad fiscal (elemento subjetivo) que sean contrarios a la finalidad de las normas europeas de cobertura (elemento objetivo)⁶⁸. De esta forma, una reorganización empresarial cuyo objetivo principal sea la aplicación de una ventaja fiscal no constituirá un montaje abusivo si el contribuyente puede fundamentar que la operación se ajusta a la finalidad de la Directiva de Fusiones⁶⁹. En la mayoría de las ocasiones, este segundo elemento objetivo se explica más fácilmente a través de la concurrencia de un motivo económico válido, pero, como ya hemos indicado en varias ocasiones, no cabe excluir reorganizaciones que tengan como principal objetivo la obtención de una ventaja fiscal (extrínseca a la Directiva de Fusiones) que sean compatibles con los objetivos y fines de la Directiva.

6. Alcance de la «regla» de ponderación relativa entre el motivo económico válido y la ventaja fiscal

Como ya hemos ido indicando a lo largo de este trabajo, consideramos que, a través de la sentencia *Foggia*, el TJUE podría haber clarificado o por lo menos completado su jurisprudencia precedente sobre la Directiva de Fusiones articulando, en línea con las sentencias *Halifax* y *Part-Service*, una suerte de regla de ponderación relativa entre el motivo económico y la ventaja fiscal, de manera que los primeros no pueden ser «motivos/objetivos aparentes» en el sentido de completamente mar-

⁶⁷ El test de artificiosidad viene siendo empleado por el TJUE en un buen número de casos a partir de la sentencia *Emland-Stärke* (C-110/99). *Vid.*, DE BROE: *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, IBFD, Ámsterdam, 2008, págs. 763 y ss.; y SSTJUE *Halifax, Cadbury, Gemeente Leusden* [C-487/01 (NFJ016698) y 7/02] y *Herma* [C-23/98 (NFJ008485)]. *Vid.*, LYAL: *Cadbury Schweppes and Abuse: Comments*, *op. cit.*, págs. 431-434.

⁶⁸ En parecidos términos, *vid.* E&Y, *Survey of the Implementation of Council Directive 90/434/EEC*, EU Commission, 2009, págs. 19-21.

⁶⁹ La finalidad de la Directiva de Fusiones se deduce de su preámbulo, y el TJUE se ha referido a la finalidad de la Directiva en las sentencias *Leur-Bloem* (para. 45) y *Zwijnenburg* (paras. 38 y 39) estableciendo en esta última que «Respecto al objetivo perseguido por dicha Directiva, el Tribunal de Justicia ya ha precisado que, según su primer considerando, esta tiene como objetivo establecer normas fiscales neutras respecto a la competencia, con el fin de permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado común, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional. Este mismo considerando señala también que las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros no deben verse obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros. (...). Más concretamente, la Directiva 90/434 tiene por objeto eliminar los obstáculos fiscales para las reestructuraciones transfronterizas de sociedades al garantizar que los posibles aumentos de valor de las participaciones sociales no sean gravados antes de que sean llevados a cabo efectivamente (...).».

ginales o incidentales en relación con la segunda, especialmente allí donde la ventaja fiscal es cuantitativamente significativa y median indicios de fraude o evasión⁷⁰. Así, la mera invocación de una reducción de costes de estructura ya no constituye en todo caso un motivo económico válido de una reorganización empresarial cuando concurren ventajas fiscales cuantitativamente relevantes e indicios de fraude o evasión fiscal, de suerte que solo cuando mediaran objetivos jurídico-económicos no marginales material y cuantitativamente (v. gr., la racionalización de actividades) que fueran implementados efectivamente (con sustancia económica real) podrá defenderse que la fusión/reorganización posee motivo económico válido, a pesar de que concurren ventajas fiscales relevantes (v. gr., pérdidas fiscalmente compensables, etc.).

Por tanto, a nuestro juicio, el TJUE a través de esta sentencia podría haber sustancializado el concepto de motivo económico válido excluyendo del mismo aquellos que en realidad no lo son, esto es, los de carácter puramente incidental o completamente marginales en el sentido que indicamos más arriba.

De esta forma, el TJUE se muestra partidario de un enfoque más analítico-sustancial y menos formalista (en particular respecto del test de concurrencia de motivos económicos válidos) que tenga en cuenta el conjunto de elementos que concurren en la transacción (ventajas fiscales, indicios de fraude y motivos económicos válidos) y su peso relativo. Ahora bien, seguimos pensando que no cabe identificar la concurrencia de una ventaja fiscal (aunque sea sustantiva) con la concurrencia del presupuesto de la cláusula antiabuso, el cual concurre cuando el objetivo principal de la operación sea el fraude o la evasión fiscal⁷¹. Tal identificación se aprecia en algunos pronunciamientos de nuestros tribunales⁷², en tanto que la DGT, en varias resoluciones, se ha mostrado partidaria de una interpretación más flexible aceptando la aplicación del régimen especial concurriendo una ven-

⁷⁰ Este posicionamiento, en gran medida, ya venía siendo aplicado por las autoridades fiscales de algunos Estados miembros como Bélgica que ponderaban el peso relativo del motivo económico con la ventaja fiscal derivada de la reorganización empresarial. *Vid.* CLAES y VAN GILS: «(Further) Implementation of the EU Merger Directive in Belgian Domestic Tax Legislation Opens New Opportunities for Tax Neutral Cross-Border Corporate Reorganizations», *Intertax*, vol. 37, n.º 10, 2009, pág. 558.

⁷¹ El propio fallo de la sentencia *Foggia*, tras establecer la no concurrencia de un motivo económico válido, remite al tribunal que planteó la cuestión prejudicial para que determine si concurren en el marco del litigio planteado los elementos constitutivos de la presunción de fraude o evasión fiscal. De esta forma, el contribuyente, además de poder probar en contrario sobre la existencia de otros motivos económicos válidos, podría acreditar que la operación no es abusiva en el marco del procedimiento judicial, a pesar de que no se haya apreciado un motivo económico válido por parte del TJUE. En esta misma línea ya se han posicionado destacados autores como PALAO TABOADA: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *op. cit.*, págs. 220 y ss.; WEBER: «The First Step of the ECJ concerning antiabuse doctrine in the field of Harmonized direct tax», *EC Tax Review*, n.º 1, 1997, págs. 22 y ss.; HOENJET «The Leur-Bloem Judgement: the Jurisdiction of the ECJ and the interpretation of the Antiabuse Clause in the Merger Directive», *EC Tax Review*, n.º 4, 1997, págs. 206 y ss.; MENÉNDEZ GARCÍA: «Realización de operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria y canje de valores con fines de fraude y/o evasión fiscal», *JT*, n.º 14, 2000; DURAN-SINDREU: «En torno al concepto de motivo económico válido, el artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE y el artículo 110 de la LIS», *Noticias UE*, n.º 239, 2004, págs. 125 y ss.; GARCÍA NOVOA: «La modificación de la cláusula antiabuso del art. 110.2 de la LIS», *RTT*, n.º 54, 2001, págs. 47 y ss.; CALDERÓN y MARTÍN JIMÉNEZ: «La Directiva de fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canjes de acciones entre sociedades de distintos Estados miembros», en CARMONA (dir.): *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, Ciss, Valencia, 2011, pág. 1.280; y MARTÍN JIMÉNEZ: «Towards a Homogeneous theory of Abuse of (EU) Direct Tax Law», *op. cit.*

⁷² Tal identificación se aprecia en algunos pronunciamientos de nuestros tribunales, a saber: la SAN de 7 de mayo de 2007 (NFJ025984).

taja fiscal significativa y otros motivos económicos válidos (no fiscales), en ausencia de indicios de artificiosidad⁷³.

Podría argumentarse que la doctrina del caso *Foggia* –ponderación del peso relativo del motivo económico válido alegado (reducción de gastos de administración y de gestión del grupo) en relación con la ventaja fiscal anudada a la reestructuración amparada por el régimen especial– es extensible o aplicable con carácter general, esto es, en relación con todo tipo de motivos económicos válidos y con independencia de que existan indicios de fraude o evasión fiscal (ventajas fiscales significativas, dudoso origen de las pérdidas, entidad absorbida sin actividad y activos).

Sin embargo, a nuestro juicio, es dudoso que la jurisprudencia *Foggia* pueda y deba ser aplicada en un contexto jurídico-fáctico distinto. En primer lugar, no puede perderse de vista que la cautela que adopta el TJUE en esta sentencia –la doctrina del peso relativo motivo económico-ventaja fiscal– tiene mucho que ver con el limitado alcance del propósito económico que fue invocado para justificar la operación, toda vez que, como bien indica el TJUE en el párrafo 49 de esta sentencia: «si se admite sistemáticamente que el ahorro de costes estructurales de la reducción de los gastos administrativos y de gestión constituye un motivo económico válido, sin tener en cuenta otros objetivos de la operación proyectada, y más en particular las ventajas fiscales, la regla enunciada en el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 se vería privada completamente de su finalidad, que consiste en salvaguardar los intereses financieros de los Estados miembros al establecer, con arreglo al noveno considerando de dicha Directiva, la facultad de estos últimos de denegar la aplicación de las disposiciones previstas por la Directiva en caso de fraude o de evasión fiscal». En segundo lugar, en el fallo de la sentencia *Foggia* se hace especial mención a las circunstancias del caso (los indicios de fraude o evasión fiscal, y el escaso peso (completamente marginal e intrínseco a toda fusión por absorción) del motivo económico válido invocado por el contribuyente) para fundamentar esta doctrina. En tercer lugar, si se generalizara el ámbito de aplicación de esta jurisprudencia, de manera que la aplicación del régimen especial derivado de la Directiva de Fusiones quedara supeditado a un test de ponderación cualitativo y cuantitativo entre los motivos económicos válidos invocados y la ventaja fiscal derivada de la reorganización, exigiendo en todo caso que las ventajas fiscales no fueran preponderantes (o los motivos económicos no marginales), se complicaría y subjetivizaría enormemente la aplicación de este régimen y podría acontecer que un buen número de reorganizaciones que poseen motivos económicos válidos (aunque no fueran de «alto voltaje») quedarían excluidas del referido régimen, lo cual no se ajusta ni a la finalidad de la Directiva de Fusiones ni a la de su cláusula antiabuso. Por tanto, no mediando indicios de fraude o evasión fiscal, no cabe exigir una preponderancia cuantitativa/cualitativa del motivo económico válido sobre el objetivo fiscal, esto es, no es necesario que concurran motivos económicos de alto voltaje (aunque tampoco deben ser completamente marginales).

⁷³ RRDGT de 25 de enero de 2006 [V0143/2006 (NFC021747), V0146/2006 (NFC021749)], de 28 de marzo de 2006 [V0518/2006 (NFC022064)], de 21 de abril de 2006 [V0789/2006 (NFC022473)], de 21 de octubre de 2010 [V2270/2010 (NFC039496)] y 29 de octubre de 2010 [V2371/2010 (NFC039582), V2369/2010 (NFC039580), V2368/2010 (NFC039578)], entre otras. Esta ponderación de los motivos económicos válidos (objetivos de reestructuración, racionalización de gestión empresarial, creaciones de grupos o estructuras *holding*, reordenación de las estructuras de accionistas y actividades, etc.) con la presencia de ventajas e incluso motivos fiscales, se aprecia en la doctrina de la DGT especialmente a partir de 2005 y 2006, de suerte que con anterioridad la doctrina es más confusa. Vid. ALGUACIL MARI: *La doctrina administrativa sobre el motivo económico válido en las reestructuraciones societarias*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 122 y ss.; y LÓPEZ-SANTACRUZ y ORTEGA CARBALLO, *Reorganización Empresarial (Fusiones)*, F. Lefebvre, Madrid, 2011, págs. 483 y ss.

Otra de las posibles implicaciones de este pronunciamiento del TJUE atañe a la interpretación del artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones en relación con el debate sobre la procedencia de un *sole objective test* (aplicado en Francia, Bulgaria, Hungría, por ejemplo) frente a un *principal objectives test* (aplicado en Reino Unido, España o Finlandia)⁷⁴. De acuerdo con el primero, la exclusión de la aplicación de la Directiva (a través de la aplicación de la presunción *iuris tantum*) solo se produciría cuando el fraude o la evasión fiscal constituye el único objetivo de la reorganización, en tanto que el segundo atiende a que el fraude o la evasión fiscal constituya el principal objetivo o uno de los principales objetivos de la operación. El tenor de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones favorece claramente este segundo test. La jurisprudencia *Leur-Bloem* de alguna forma trasladó igualmente este test al contexto del análisis de los motivos económicos válidos abogando a favor del *sole objective test*⁷⁵ (no hay motivo económico válido si la operación tiene como único objetivo obtener una ventaja fiscal); esta posición ha sido reiterada en al menos un pronunciamiento posterior⁷⁶. Sin embargo, la jurisprudencia *Foggia*⁷⁷ –más en línea con la jurisprudencia *Halifax*⁷⁸ y *Part Service*– parece matizar esta posición inicial del TJUE estableciendo un test de no marginalidad/incidentalidad de los motivos económicos válidos en relación con los objetivos fiscales⁷⁹.

Es decir, el TJUE opta por una posición intermedia, por tanto, no plenamente coincidente con el *principal objectives test*, de manera que solo cuando el objetivo consistente en el aprovechamiento o aplicación de una ventaja fiscal fuera desproporcionadamente preponderante frente a los demás objetivos o motivos económicos válidos (no fiscales) –evidenciando que no son auténticos objetivos o fines de la operación (motivos aparentes)– y existieran indicios de fraude o evasión fiscal, cabría

⁷⁴ Sobre esta cuestión *vid. E&Y, Survey of the Implementation of Council Directive 90/434/EEC*, EU Commission, 2009, págs. 437, 563 y I.122; y PETROSOVITCH, K.: «Abuse under Merger Directive», *European Taxation*, December, 2010, pág. 562.

⁷⁵ Así, en *Leur-Bloem* se afirma: «45. (...) *El único supuesto* en que los Estados miembros pueden denegar la aplicación de la Directiva, según su artículo 11 y según su último considerando, es *cuando la operación contemplada tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal*»; «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*» (la cursiva es nuestra). Tales afirmaciones contrastan con la posición adoptada en *Foggia* donde se llega a afirmar que «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*». Curiosamente, tal afirmación no resulta del todo coherente con otra realizada en el párrafo posterior que resulta más próxima a *Leur-Bloem*, a saber: «36. En efectos, con arreglo al artículo 11, apartado 1, letra a) de la Directiva 90/434, la constatación de que una operación de fusión tiene como *único objetivo obtener una ventaja fiscal* y, por tanto, no se efectúa por motivos económicos válidos, puede constituir una presunción de que dicha operación tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal».

⁷⁶ Así en la sentencia *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* [C-524/04 (NFJ024996)], el TJUE se refirió a un «montaje puramente artificial carente de motivos comerciales reales» (para. 83).

⁷⁷ Véase el párrafo 35 y el fallo de la sentencia *Foggia*. La doctrina de los *essential aims* (objetivo fiscal principal o uno de los principales) también resulta recogida en otras sentencias del TJUE como *Part Service* [C-425/06 (NFJ027402)] y *Halifax* [C-255/02 (NFJ021677)], mientras que en *Ampliscientifica* (C-162/02) se emplea el *sole objective test*.

⁷⁸ Párrafo 86 de la sentencia *Halifax* [C-255/02 (NFJ021677)].

⁷⁹ Las diferencias terminológicas entre las distintas sentencias en las que el TJUE se ha referido al elemento subjetivo del abuso posiblemente tengan una importancia menor. En este sentido, LYLAL ha explicado, por ejemplo, cómo las diferencias en los términos empleados en *Halifax* y *Part Service* obedecen a cuestiones de traducción a las diferentes lenguas oficiales (LYLAL: «Cadbury Schweppes and Abuse: Comments», *op. cit.*, pág. 429).

aplicar la presunción de abuso. La clarificación posee gran relevancia práctica en el marco de la Directiva de Fusiones, toda vez que en este contexto resulta intrínseco a la reorganización la obtención de ventajas fiscales derivadas de la propia aplicación del régimen especial⁸⁰. Con esta precisión del TJUE en la sentencia *Foggia*, lo que resulta más claro es que el debate terminológico (*sole tax purpose test* de *Cadbury vs principal/essential tax purpose test* de *Halifax/Part Service*) se resuelve, cuando menos, en el contexto de la Directiva de Fusiones a favor de un test de no marginalidad de los motivos económicos válidos (especialmente cuando concurren indicios de fraude o evasión fiscal), en el sentido de que tal test solo se supera cuando estamos ante auténticos motivos económicos válidos y no cuando sean aparentes, marginales o incidentales sin entidad suficiente para explicar, causalizar o fundamentar la operación.

Una segunda consecuencia resultante de esta clarificación podría consistir en un mayor acercamiento de la interpretación de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones a las cláusulas antiabuso nacionales de corte sustancialista que pivotan sobre un *principal business purpose test* donde los motivos no fiscales deben ser «relevantes» o sustantivos, tal y como acontece en el caso del artículo 15.1 b) de nuestra Ley General Tributaria (LGT)⁸¹ o de la Sección 7701 del *Internal Revenue Code* norteamericano.

En suma, estamos ante un pronunciamiento de considerable relevancia que debería tenerse en cuenta en todas las reorganizaciones empresariales que pretendan acogerse al régimen fiscal especial del Capítulo VIII del Título VII del TRLIS. La posición del TJUE constituye otra muestra de la tendencia hacia un mayor «sustancialismo» como paradigma en la aplicación de las cláusulas antiabuso nacionales, aunque no puede entenderse como una re-interpretación de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones estableciendo la necesidad de que concurren motivos económicos de «alto voltaje» con carácter general⁸².

Con todo, sí cabe apreciar una progresiva deriva de la jurisprudencia del TJUE maximizando la aplicación de la cláusula antiabuso del artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones, limitando su originaria excepcionalidad operativa, a través de pronunciamientos como *Leur-Bloem* y *Foggia* que reducen el ámbito de aplicación de los motivos económicos válidos, realizando una interpretación de la cláusula antiabuso escasamente conectada con los fines que persigue la Directiva. Precisamente, el escaso énfasis puesto por el TJUE sobre esta última circunstancia (el elemento objetivo del abuso en el sentido de la vulneración de los fines de la norma europea de cobertura) y la falta de un reconocimiento explícito y claro de que la motivación fiscal de una operación de reorganización en sí misma no constituye abuso –salvo cuando no estuviéramos ante una auténtica reorganización sino ante un montaje artificial carente de finalidad de negocios o efectos económicos– no evidencia suficientemente la aplicación de la jurisprudencia europea general sobre el abuso en materia tributaria en el contexto de la Directiva de Fusiones.

⁸⁰ PETROSOVITCH, K.: «Abuse under Merger Directive», *op. cit.*, pág. 562.

⁸¹ *Vid.* PALAO: «Los instrumentos normativos contra la elusión fiscal», en *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, *op. cit.*, págs. 175 y ss.; DELGADO PACHECO, *Las normas antielusión en la jurisprudencia española*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, págs. 41 y ss.; GARCÍA NOVOA, *La cláusula elusiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, Madrid, 2004; y RUIZ ALMENDRAL: *El Fraude a la Ley Tributaria a Examen*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 85 y ss.

⁸² Existen pronunciamientos de la DGT en este sentido: RRDGT de 27 de mayo de 2011 [V1349/2011 (NFC041533)] y de 28 de octubre de 2011 [V2587/2011 (NFC042857)].

Con todo, resulta dudoso que la sentencia *Foggia* represente una evolución de la jurisprudencia precedente a efectos de matizar la excepcionalidad de la aplicación de la cláusula antiabuso considerando el propio tenor del artículo 11.1 a) de la Directiva como sus fines, aspectos que fueron destacados en *Leur-Bloem*⁸³ y *Zwijnenburg*⁸⁴, a pesar de que, a nuestro juicio, tales aspectos aparecen diluidos en *Foggia* sin que el TJUE haya explicado suficientemente su posición. En este sentido, se echa de menos una posición del TJUE más equilibrada en lo que se refiere al análisis de los elementos objetivo y subjetivo, en particular desarrollando la potencialidad interpretativa de los verdaderos objetivos sustantivos perseguidos a través de la Directiva de Fusiones y el alcance del elemento subjetivo que no consiste únicamente en la búsqueda de una ventaja fiscal. De hecho en *Foggia* el TJUE tan solo incide en el objetivo perseguido por el artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones, obviando la contextualización de tal cláusula considerando los restantes objetivos perseguidos a través de tal norma europea⁸⁵, aunque también es cierto que, como ya indicamos más arriba, tales objetivos pueden encajar con dificultad en un contexto de reorganizaciones puramente internas.

IV. UNA REFLEXIÓN FINAL SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN EL CASO *FOGGIA* EN EL MARCO DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA QUE TRANSPONE LA DIRECTIVA DE FUSIONES

1. La interpretación europea de la normativa española que transpone la Directiva de Fusiones

Como se sabe, las sentencias del TJUE dictadas en relación con una «materia europeizada», como es el caso de la regulación del régimen especial de reorganizaciones empresariales establecido en los artículos 83 a 96 del TRLIS, despliegan efectos jurídicos de cara a la interpretación de la normativa nacional, incluso en aquellos casos en los que el legislador nacional haya extendido a operaciones internas lo establecido en la norma comunitaria de que se trate (en nuestro caso la Directiva de Fusiones). El TJUE ha declarado en reiterada jurisprudencia que la interpretación europea de la Directiva de Fusiones despliega efectos en el marco de una regulación nacional que haya implementado tal normativa comunitaria extendiéndola más allá de su ámbito de aplicación (operaciones transfronterizas) de manera que opera en el marco de reorganizaciones empresariales nacionales, siempre que el legislador nacional haya tomado como modelo la regulación comunitaria sin establecer desviaciones sustanciales destinadas a producir divergencias entre la legislación nacional y la europea⁸⁶.

⁸³ Véase el párrafo 45 de la sentencia *Leur-Bloem*.

⁸⁴ Véanse los párrafos 39 y 45 de esta sentencia.

⁸⁵ En relación con los objetivos sustantivos de la Directiva de Fusiones, como la contribución a la eficiente asignación de recursos en el mercado interior, *vid.* ENGLISH, J.: *National Measures to Counter Tax Avoidance under the Merger Directive*, *op. cit.*, págs. 34 y ss.

⁸⁶ Véase por ejemplo el párrafo 45 de la STJUE *Kofoed* donde se enfatiza el principio de la interpretación conforme de las normas nacionales que transponen la Directiva de Fusiones con esta última. *Vid.*, sobre la interpretación conforme/ extensión de efectos casos donde el legislador nacional ha extendido la solución europea a otros supuestos no transfronterizos: CALDERÓN y BAEZ: «La armonización contable europea, las NIC/NIIF y su influencia en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades», en SANFRUTOS GAMBIN y CARBAJO VASCO (coordinadores): *Impuesto sobre Sociedades, Régimen General*, *op. cit.*, págs. 99 y ss.

Esta interpretación (mandatoria) de la normativa del Capítulo VIII del TRLIS a la luz de la jurisprudencia del TJUE sobre la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones posee gran alcance, hasta el punto de que fija los principios del marco interpretativo aplicable que supera y desplaza la eventual aplicación de otros principios y cláusulas antiabuso generales o especiales fiscales o contables distintas a la que implementa el artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE⁸⁷, aunque ello no excluye que en determinados casos excepcionales una operación de reestructuración cubierta por esta normativa pueda ser objeto de una recalificación en aplicación de una norma antiabuso general considerando hechos previos y posteriores que evidenciaran que tal operación formaba parte (*step-transaction*) de un montaje abusivo⁸⁸.

Lógicamente, la interpretación de la jurisprudencia *Foggia* que hemos defendido podría desplegar ciertos efectos de cara a la aplicación del test de motivos económicos válidos del artículo 96.2 del TRLIS, en la medida en que establece una serie de principios relevantes respecto de casos donde concurren motivos fiscales y no fiscales y median indicios de fraude o evasión fiscal. La práctica ha puesto de relieve como esta casuística es muy frecuente en este contexto. Y de hecho, no han faltado supuestos en los que la Administración tributaria (y el propio TEAC⁸⁹) se ha mostrado poco proclive a aceptar la concurrencia del motivo económico válido en reorganizaciones empresariales amparadas, con carácter principal, en el propósito de la reducción de costes y simplificación de estructuras societarias allí donde concurrían ventajas fiscales significativas intrínsecas a la aplicación del régimen especial. Los tribunales de justicia han revelado la existencia de un elevado nivel de conflictividad sobre esta cuestión y no han faltado pronunciamientos de los tribunales de justicia que han estimado las pretensiones de los contribuyentes aceptando la aplicación del régimen especial en casos donde concurrían ventajas fiscales significativas y se acreditaron motivos económicos de cierta relevancia⁹⁰; de hecho, resulta reseñable la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2008 [rec. 197/2006 (NFJ028306)], donde se establece que allí donde se acredita la presencia de motivos económicos válidos relevantes (en este caso acreditados a través de informe pericial), la presencia de ventajas fiscales deviene accesoria a los efectos de la aplicación del régimen especial.

Asimismo, cabría igualmente destacar la existencia de sentencias donde los tribunales españoles aceptan formalmente la interpretación europea –y más flexible– del requisito del motivo económico válido, sin llevarla a sus últimas consecuencias cuando proceden a su aplicación a los hechos del caso concreto enjuiciado⁹¹, lo cual no puede considerarse como una interpretación alineada y

⁸⁷ Los tribunales españoles en gran número de ocasiones se han manifestado a favor de la interpretación de la normativa nacional a la luz de la jurisprudencia del TJUE. Con carácter general véanse, por ejemplo, las SSAN de 30 de abril y 18 de junio de 2008, de 5 de noviembre de 2009, de 31 de marzo de 2010; SSTS de 20 abril de 2007 y 12 de julio de 2010; RTEAC de 2 de julio de 2006, de 24 de noviembre de 2009. En el marco de la normativa reguladora del Capítulo VIII del TRLIS, véanse por ejemplo las SSTS de 16 de junio y 5 de julio de 2010, 13 de enero de 2011 y 7 de abril de 2011 (NFJ042890); SSAN de 13 de octubre de 2009, y de 17 febrero, 9 de marzo (NFJ042449), 5 de mayo (NFJ042962) y 22 de septiembre de 2011 (NFJ045255).

⁸⁸ Véanse, por ejemplo, las RRDGT de 7 de mayo de 2001 [V0025/2001 (NFC012626)], de 21 de mayo de 2002 [V0015/2002 (NFC016588)] y de 3 de diciembre de 2001 [2120/2001 (NFC043112)], donde se acepta la aplicación del régimen especial de reorganizaciones en supuestos donde concurren ventajas fiscales sustantivas y motivos económicos válidos de baja intensidad.

⁸⁹ Véase, por ejemplo, la RTEAC de 11 de septiembre de 2008 (NFJ030613).

⁹⁰ Véase, por ejemplo, la SAN de 22 de septiembre de 2011 (NFJ045255).

⁹¹ Véase, por ejemplo, la SAN de 5 de mayo de 2011 (NFJ043075), donde se afirma: «Fj. Sexto (...). En suma con arreglo a la doctrina que se ha expuesto ampliamente (en referencia a la jurisprudencia del TJUE en *Kofoed*), incumbe a la sociedad

conforme con el Derecho de la UE. Así, en no pocas ocasiones la falta de una contundente acreditación por parte de los contribuyentes de un objetivo o interés económico que fundamentara claramente las operaciones de reorganización empresarial, concurriendo ventajas fiscales significativas derivadas de la misma e intrínsecas al régimen especial, termina asimilándose a la concurrencia de fraude o evasión fiscal como principal objetivo de la operación ⁹², lo cual, a nuestro juicio, no resulta correcto material y procedimentalmente. Desde una perspectiva material ya hemos visto como tal concepción no se ajusta a la jurisprudencia del TJUE sobre el artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones, y desde un plano procedimental tal posicionamiento supone una asignación de la carga de la prueba al contribuyente en relación con el presupuesto del artículo 96.2 del TRLIS cuando más bien parece que estemos ante un supuesto de carga de la prueba compartida ⁹³.

2. Un apunte sobre la doctrina administrativa en torno al artículo 96.2 del TRLIS

Por lo que se refiere a la posición de la Dirección General de Tributos (DGT) sobre el test de motivos económicos válidos, lo cierto es que resulta difícil hacer una valoración global de la doctrina sobre la interpretación del artículo 96.2 del TRLIS, considerando el gran número de resoluciones dictadas durante los últimos diez años ⁹⁴. En este sentido, no podemos menos que reconocer que las conclusiones que hemos alcanzado de la lectura de un cierto número de ellas podrían no reflejar con toda fidelidad la riqueza de esta interesante y valiosa doctrina. Las principales ideas que hemos inferido de la referida doctrina administrativa en torno a la cláusula antiabuso del régimen especial de fusiones, en lo que afecta al tema que nos ocupa, vendrían a ser, a grandes rasgos, las siguientes, a saber:

- 1.^a La consideración de que una operación tiene como finalidad conseguir una ventaja fiscal al margen de cualquier razón económica diferente (no apreciación de la concurrencia de un motivo económico válido) excluye la aplicación del régimen especial, sin que resulte necesario apreciar que el fraude o la evasión fiscal constituye el objetivo principal de la operación ⁹⁵. De alguna forma, se sigue la posición autonomista donde la no acreditación de un motivo económico válido por parte del contribuyente e incluso una valoración sobre la insuficiencia del mismo se asimila al presupuesto de la cláusula antiabuso (y no a la presunción *iuris tantum*).

recurrente acreditar que la operación que se enjuicia se llevó a cabo por motivos económicos válidos, lo que exige un esfuerzo argumental, por mínimo que sea, de que dicha operación no tuvo como objetivo único o principal el ahorro fiscal, sino que obedece a dar cumplimiento a una necesidad empresarial sentida, en los términos ya vistos, sea en el orden organizativo, comercial, financiero, de ahorro de costes, de distribución o del orden que sea preciso, pues en la definición de los motivos válidos hay gran amplitud, potencialmente indefinida de posibilidades. Pero lo que no sería admisible, desde un punto de vista conceptual, es que la operación de aportación de acciones hubiera tenido como única finalidad la de proporcionar un ahorro fiscal a la empresa con ocasión de una operación de la que naturalmente se deriva la generación de unas plusvalías.

⁹² SSTs de 5 de julio de 2010 y 7 de abril de 2011 (NFJ042890).

⁹³ Véase en este sentido las SSAN de 16 de febrero (NFJ042088) y 9 de marzo de 2011 (NFJ042449).

⁹⁴ Existen varios estudios que ofrecen una valiosa panorámica de esta doctrina administrativa, a saber: PALAO TABOADA: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *op. cit.*, págs. 231 y ss.; ALGUACIL MARI: *La doctrina administrativa sobre el motivo económico válido en las reestructuraciones societarias*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 122 y ss.; y LÓPEZ-SANTACRUZ y ORTEGA CARBALLO: *Reorganización Empresarial (Fusiones)*, F. Lefebvre, Madrid, 2011, págs. 483 y ss.

⁹⁵ Por ejemplo, RRDGT de 19 y 20 de septiembre de 2011 [V2134/2011 (NFC042397) y V2145/2011 (NFC042434)].

- 2.^a Tendencia a aceptar la aplicación del régimen especial por concurrencia de motivo económico válido cuando no se aprecia que resulten o se generen ventajas fiscales relevantes como consecuencia de la reorganización empresarial amparada en el régimen especial ⁹⁶.
- 3.^a Tendencia a cuestionar la aplicación del régimen especial, en particular la validez y suficiencia del motivo económico cuando se aprecia que resultan ventajas fiscales significativas como consecuencia de la reorganización empresarial amparada por el régimen especial. Tal afirmación debe ser matizada teniendo en cuenta las siguientes consideraciones, a saber:
- a) Cuanto más significativa sea la ventaja fiscal derivada de la aplicación del régimen especial, mayor es el umbral de sustancialidad del motivo económico y más estricta resulta su apreciación por parte de la DGT.
 - b) La invocación de motivos económicos válidos de «bajo voltaje», como en la sentencia *Foggia*, en presencia de ventajas fiscales relevantes (v. gr., bases imponibles negativas a compensar, créditos fiscales, fondo de comercio, acceso al régimen de consolidación o a otras ventajas fiscales extrínsecas), en la mayoría de las ocasiones, termina con un pronunciamiento negativo sobre la existencia de tales motivos económicos, sin realizarse un análisis detallado, ni una ponderación cualitativa-cuantitativa ventaja fiscal/motivo económico válido. Una apariencia de predominio de la ventaja fiscal sobre el motivo económico alegado con frecuencia sirve para fundamentar la no superación del test de motivo económico válido ⁹⁷.
 - c) La DGT, como regla, toma en consideración los hechos y circunstancias del caso consultado y se muestra claramente contraria a apreciar la concurrencia de motivo económico válido cuando, además de la ventaja fiscal relevante, existen indicios de fraude o evasión fiscal (v. gr., sociedades inactivas, sin activos relevantes, etc.) ⁹⁸. Sin embargo, también se rechaza la aplicación del régimen especial en situaciones donde la entidad absorbida está activa, realiza una cierta actividad y está en una situación de difícil continuidad, en la medida en que concurre una ventaja fiscal (BIN) y los motivos económicos no son de alto voltaje ⁹⁹. Por el contrario, se acepta una fusión por absorción de sociedades inactivas sin BIN ni créditos fiscales, sin presencia de motivos económicos sustantivos ¹⁰⁰.
 - d) En determinadas ocasiones, la DGT ha validado la aplicación del régimen especial en supuestos donde mediaban motivos económicos válidos de cierta entidad (no de bajo voltaje), no existían indicios de fraude o evasión fiscal (sociedades con sustancia económica), y las ventajas fiscales derivadas de la reorganización eran extrínsecas al régimen especial. Por ejemplo, se han aceptado escisiones de rama de actividad que permitían la aplicación del *Patent Box* del artículo 23 del TRLIS ¹⁰¹, una fusión inver-

⁹⁶ RRDGT de 25 de junio de 2010 [V1453/2010 (NFC038581), V1454/2010 (NFC038585), V1455/2010 (NFC038587)].

⁹⁷ RRDGT de 7 de abril de 2009 [V0731/2009 (NFC032533)] y 12 de abril de 2010 [V0690/2010 (NFC037893)].

⁹⁸ RRDGT de 12 de mayo de 2010 [V0989/2010 (NFC038379)], 30 de abril de 2009 [V0948/2009 (NFC032632)].

⁹⁹ RDGT de 12 de abril de 2010 [V0690/2010 (NFC037893)].

¹⁰⁰ RDGT de 12 de marzo de 2010 [V0689/2010 (NFC037892)].

¹⁰¹ RDGT de 26 de octubre de 2011 (V2587/2011).

sa de una SL por una SICAV ¹⁰², una fusión por absorción de entidades activas con BIN ¹⁰³, un canje de valores con una sociedad *holding* europea que permite la aplicación de una red de convenios fiscales ¹⁰⁴, o un canje a una nueva sociedad que después puede aplicarse el régimen de consolidación fiscal ¹⁰⁵. Da la impresión de que en estos casos, la DGT es consciente de que la obtención de una ventaja fiscal constituye un objetivo principal de la reorganización, pero la presencia de motivos económicos válidos que no son completamente marginales y la ausencia de indicios de fraude o evasión fiscal terminan inclinando la balanza a favor de la superación del test de motivo económico válido. Es decir, el hecho de alcanzar una mejor eficiencia fiscal no es impedimento para aplicar el régimen especial siempre que concurren motivos económicos relevantes y no existan indicios de fraude o evasión fiscal ¹⁰⁶. No puede decirse que la DGT realice *stricto sensu* una ponderación del peso relativo cuantitativo-cualitativo ventaja fiscal/motivo económico válido, tal y como establece el TJUE en la sentencia *Foggia*, pero tal enfoque resulta compatible con esta jurisprudencia europea, a pesar de que el ámbito de aplicación del test de no marginalidad de motivos económicos válidos establecido en la referida sentencia europea procede únicamente cuando median indicios de fraude o evasión fiscal.

- 4.^a La DGT ha rechazado la aplicación del régimen especial cuando, no constando motivos económicos válidos de cierta relevancia, considera que el principal objetivo de la reorganización consiste en la obtención o aprovechamiento de una «ventaja fiscal extrínseca» a tal régimen, como la aplicación del régimen de consolidación fiscal, o del régimen especial de arrendamiento de viviendas ¹⁰⁷.

A la vista de estas conclusiones que hemos extraído de un conjunto de pronunciamientos de la DGT en torno a la interpretación de la cláusula nacional antiabuso que transpone el artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones, no podemos menos que reconocer que algunos de sus pronunciamientos están alineados con la jurisprudencia *Foggia*. En particular, la exigencia de motivos económicos de cierta relevancia (medio voltaje) cuando concurren ventajas fiscales significativas e indicios de fraude o evasión fiscal se ajusta a tal jurisprudencia europea. No podemos, sin embargo, compartir otros posicionamientos como la exclusión de la aplicación del régimen especial cuando media una ventaja fiscal, se invocan (y acreditan) motivos económicos válidos y no median indicios de fraude o evasión fiscal. Tal y como ya hemos argumentado más arriba, tampoco consideramos correcta la exigencia de motivos económicos válidos de «alto voltaje» en presencia de ventajas fiscales significativas, en ausencia de indicios de fraude o evasión fiscal. Como ha puesto de relieve el TJUE, el test de no marginalidad de los motivos económicos válidos concurriendo una ventaja fiscal debería quedar circunscrito a casos donde existen indicios de fraude o evasión fiscal. A su vez, la exclusión de la aplicación del régimen especial solo debería tener lugar cuando la búsqueda de la ventaja fiscal

¹⁰² RDGT de 29 de octubre de 2010 [V2371/2010 (NFC039582)].

¹⁰³ RDGT de 29 de octubre de 2010 [V2368/2010 (NFC039578)].

¹⁰⁴ RDGT de 27 de mayo de 2011 [V1349/2011 (NFC041533)].

¹⁰⁵ RRDGT de 17 de septiembre de 2008 y 19 de febrero de 2009.

¹⁰⁶ RDGT de 15 de julio de 2005.

¹⁰⁷ RDGT de 10 de junio de 2005.

constituye la única finalidad real de la operación, de manera que no estamos ante auténticas reorganizaciones o reestructuraciones empresariales o de negocios sino que tales operaciones se utilizan únicamente para eludir impuestos, esto es, estamos ante operaciones artificiales desprovistas de otros efectos y objetivos al margen de los estrictamente fiscales.

3. Ideas finales: sobre la necesidad de mejorar los niveles de seguridad jurídica en la aplicación de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones

Como reflexión final, cabría apuntar como, en último análisis, lo cierto es que tanto el examen de la jurisprudencia del TJUE como de los pronunciamientos administrativos y judiciales nacionales sobre esta materia no permiten dibujar un retrato preciso y perfectamente perfilado de la configuración e implicaciones de la cláusula antiabuso del artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones (y de su cláusula gemela nacional: el art. 96.2 TRLIS). Esta situación resulta inadecuada desde todo punto de vista, especialmente desde una perspectiva de política legislativa y de seguridad jurídica¹⁰⁸ en el tráfico mercantil y en la aplicación del ordenamiento tributario.

En un contexto económico como el actual donde las reorganizaciones empresariales pueden resultar frecuentes y necesarias, la existencia de estos altos niveles de inseguridad jurídica en la aplicación del régimen de neutralidad fiscal de las reorganizaciones empresariales se nos antoja inadecuado e incluso cabría calificarlo como una disfuncionalidad del sistema que resulta particularmente grave por las distorsiones y riesgos que genera¹⁰⁹.

En gran medida estos altos niveles de inseguridad jurídica derivan de la propia configuración de esta cláusula antiabuso de forma excesivamente abierta o indeterminada, así como de una delimitación de su alcance por vía de jurisprudencia europea, esto es, a golpe de sentencia del TJUE y no de manera sistemática y a través de canales legislativos. Esta delimitación del alcance de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones a través un modelo de «mosaico jurisprudencial» (inacabado), por tanto, no deja de plantear serios problemas de seguridad jurídica y de carácter económico que convendría resolver o cuando menos mitigar, a pesar de que estamos ante un problema que deriva de la propia configuración técnica de la Directiva de Fusiones y, en último análisis, tiene su raíz en la forma de producción normativa del Derecho tributario de la UE¹¹⁰. No se pierda de vista que el TJUE

¹⁰⁸ La propia jurisprudencia europea demanda la configuración de cláusulas antiabuso que proporcionen adecuados niveles de seguridad jurídica, de manera que su alcance y significado sea previsible para los contribuyentes (en caso contrario no pueden ser sancionados). Véase por ejemplo la STJUE *Halifax* C-255/02 (NFJ021677) (paras. 41, 42 y 72) donde se afirma: «72. (...) Este imperativo de seguridad jurídica se impone con especial rigor cuando se trata de una normativa que puede implicar consecuencias financieras, a fin de permitir que los interesados conozcan con exactitud el alcance de las obligaciones que se les imponen»). *Vid.* SCHWARZ: «Abuse and EU Law», *BIFD*, July 2008, pág. 294.

¹⁰⁹ De hecho, en el estudio realizado por E&Y sobre la aplicación práctica de la Directiva de Fusiones, los altos niveles de inseguridad jurídica en la aplicación de su cláusula antiabuso fue destacada como una de las principales causas que obstaculizan la aplicación de este régimen. E&Y, *Survey of the Implementation of Council Directive 90/434/EEC*, EU Commission, 2009, pág. 16.

¹¹⁰ Sobre este tema, *vid.* MARTÍN JIMÉNEZ: *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community*, Kluwer, The Hague, 1999; y CALDERÓN: «Una introducción al Derecho Comunitario como fuente del Derecho Financiero y Tributario», *REDF*, n.º 132/2006.

ha optado por una colaboración con los órganos jurisdiccionales nacionales –mecanismo de reenvío– que implica que sean estos los que concreten la aplicación de su doctrina que, en la práctica, puede complicar todavía más el panorama tanto para los contribuyentes como para las administraciones fiscales de los diferentes Estados miembros de la UE.

Una fórmula que podría contribuir a mitigar estos problemas pasaría por la codificación de la doctrina establecida por el TJUE en relación con el artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones. Una medida similar se ha adoptado en los EE.UU., codificando a nivel legislativo la doctrina sobre la sustancia económica ¹¹¹, para evitar los problemas de inseguridad jurídica generados por las heterogéneas posiciones adoptadas por los distintos tribunales nacionales ¹¹². En nuestro caso, podría tener sentido que, a falta de una acción legislativa en la materia, la Comisión UE o el ECOFIN codificaran los principios deducidos de la jurisprudencia europea y aportaran ejemplos de situaciones que quedan intramuros y extramuros de la Directiva de Fusiones ¹¹³; de hecho, el propio Parlamento UE ha instado a las instituciones europeas a adoptar un enfoque común sobre la aplicación de las medidas antiabuso que resulte efectivo, justo y alineado con el concepto de montajes puramente artificiales establecido por el TJUE ¹¹⁴. Una variante de esta fórmula, ensayada en su día por los Países Bajos ¹¹⁵, vendría dada por una circular administrativa que llevara a cabo la indicada codificación; sería recomendable que tal circular interpretativa se elaborase en el marco de alguno de los foros que la Agencia Estatal de Administración Tributaria ha creado para instrumentar el modelo de relación cooperativa entre la Administración y los obligados tributarios.

A nuestro juicio, sería recomendable que tal mecanismo de clarificación interpretativa fuera combinado con una segunda medida de corte procedimental consistente en exigir un informe preceptivo para la exclusión del régimen especial de reorganizaciones empresariales del Capítulo VIII del Título VII del TRLIS cuando la Inspección tributaria considerara preliminarmente que la operación realizada tiene como esencial objetivo el fraude o la evasión fiscal de acuerdo con lo establecido en el artículo 96.2 del TRLIS. Tal requisito procedimental podría estar configurado en los términos establecidos en el artículo 159 de la LGT en relación con el conflicto en la aplicación de la norma tributaria (art. 15 LGT). Pensamos que, de esta forma, la aplicación del artículo 96.2 del TRLIS resultaría

¹¹¹ La heterogénea doctrina sobre la sustancia económica se codificó en la Sec. 7701 IRC a través de la *US Health Care and Education Reconciliation Act of 2010*. Véase al respecto: CALDERÓN y RUIZ ALMENDRAL: «La Codificación de la doctrina de la sustancia económica en EE.UU. como nuevo modelo de norma general antiabuso: la tendencia hacia el sustancialismo», *Quincena Fiscal*, n.º 15-16, 2010, págs. 37 y ss.

¹¹² McMAHON, *Living with (and Dying by) the Codified Economic Substance Doctrine*, University of Florida Legal Studies, Research Paper N.º 2013-13, 2010; y L'HEUREUX, B.: «Why Common Law Calculus Failed: An Analysis of the Economic Substance Doctrine in *Klamath Strategic Investment Fund v. United States*», *The Tax Lawyer*, vol. 64, n.º 2, Winter 2011, pág. 471 y ss.

¹¹³ Un precedente en este sentido lo encontramos en la Comunicación de la Comisión, *The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation-within the EU and in relation to third countries*, COM(2007)785 final. También el ECOFIN dictó una Resolución de 2 de julio de 2010 sobre la coordinación de políticas antiabuso. Vid. CALDERÓN: «La coordinación europea de las normas de transparencia fiscal internacional y de subcapitalización», *RCyT. CEF*, n.º 328, 2010, págs. 5 y ss.

¹¹⁴ *Promoting Good Governance in Tax Matters*-EU Parliament resolution of February 10, 2010 (2009/2174 (INI)), 2010 DOUE C 341/E/29. Vid. SINFIELD: «The Halifax Principle as a universal GAAR for tax in the EU», *op. cit.*, págs. 235 y ss., que se muestra partidario de la articulación de una *universal EU GAAR* por razones de seguridad jurídica y uniformidad en la aplicación de las cláusulas antiabuso nacionales en un contexto europeo.

¹¹⁵ Circular del Secretario de Estado, VN 1991/1490. Vid. E&Y, *Survey of the Implementation of Council Directive 90/434/EEC*, EU Commission, 2009, págs. 904-905.

más uniforme y cualificada. La extensión del procedimiento del artículo 159 de la LGT al ámbito del artículo 96.2 del TRLIS posee un segundo efecto colateral, en el sentido de desactivar cualquier alegación de vulneración del principio europeo de no discriminación (en su dimensión procedimental) por contraste entre lo establecido en el artículo 15 de la LGT y lo previsto en el artículo 96.2 del TRLIS.

Otras fórmulas que se vienen empleando para dotar de seguridad jurídica la aplicación del régimen fiscal de reorganizaciones empresariales consisten en establecer un sistema de autorización¹¹⁶. Pensamos que este modelo de autorización, cuando menos en apariencia, podría resultar menos flexible, y en este sentido nos parece más adecuado el mecanismo de codificación interpretativa combinado con un sistema de resoluciones a consultas tributarias¹¹⁷ alineado con tal codificación. Con todo, no podemos menos que reconocer que la interpretación y aplicación al caso de una cláusula antibuso por naturaleza constituye una operación compleja que lleva aparejada un cierto grado de subjetividad en la apreciación de los elementos objetivos, de manera que ninguno de los modelos que se articulen resolverá completamente esta problemática. Como bien indicó el profesor HENSEL, «Solo a través de una inteligente coordinación y cooperación entre la legislación, interpretación de la ley y aplicación de la misma podemos aproximarnos al ideal (inalcanzable) de una imposición justa»¹¹⁸.

¹¹⁶ El sistema de autorización para determinado tipo de reorganizaciones empresariales se emplea en Francia, Dinamarca y Eslovenia. Vid. E&Y, *Survey of the Implementation of Council Directive 90/434/EEC*, EU Commission, 2009, págs. 215, 518-519, 610 y 1.026. El TJUE no se ha pronunciado sobre la compatibilidad con el Derecho de la UE de tal modelo, aunque en los casos *Andersen* [C-43/00 (NFJ011450)] y *Foggia* la cuestión prejudicial se planteó en el marco de legislaciones que establecían este modelo.

¹¹⁷ A la vista de la jurisprudencia europea expuesta, los contribuyentes deben plantear las consultas ante la DGT con la mayor exposición fáctica o de antecedentes del caso posible, a efectos de que tal mecanismo pueda operar correctamente. Sería recomendable que existiera una unidad específica encargada de resolver con unidad de criterio las consultas sobre la aplicación del régimen especial de reorganizaciones empresariales.

¹¹⁸ HENSEL, A.: *Steuerecht*, Berlín, 1924, Julius Springer, pág. 152.