



El concepto de ventaja fiscal en el régimen de diferimiento tributario ante la ausencia de motivo económico válido, antes y después de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre

Germán Rodrigo Chaques

*Socio de Tax de Grant Thornton
Abogado. Profesor del CEF.-*

Extracto

En este artículo, se analiza el concepto de beneficio fiscal en caso de que no concurran motivos económicos válidos y la transacción se realice principalmente por motivos de evasión o fraude que, en la práctica administrativa, suele concluir con la exclusión total del régimen de diferimiento aun cuando la ventaja fiscal suele ser normalmente bien identificada y no tiene por qué coincidir con la operación principal ni con los impuestos previstos en la Directiva Europea.

Palabras clave: ventaja fiscal; motivos económicos válidos; elusión fiscal.

Cómo citar: Rodrigo Chaques, G. (2021). El concepto de ventaja fiscal en el régimen de diferimiento tributario ante la ausencia de motivo económico válido, antes y después de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 463, 83-104.



The concept of tax benefits in the tax deferral regime in the absence of valid commercial reasons, before and after Law 27/2014 of November 27th

Germán Rodrigo Chaques

Abstract

In this article, the concept of tax benefit is analyzed in the event that there are no valid commercial reasons, and the transaction is carried out mainly for reasons of tax evasion or tax avoidance that, in the Spanish administrative practice, usually concludes with the total exclusion of the benefits of the Merger Directive, even in the case when the tax benefit is usually clearly identified and would not coincide with the main operation or the taxes foreseen in the Merger Directive.

Keywords: tax benefits; valid commercial reasons; tax avoidance.

Citation: Rodrigo Chaques, G. (2021). El concepto de ventaja fiscal en el régimen de diferimiento tributario ante la ausencia de motivo económico válido, antes y después de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 463, 83-104.





Sumario

1. Introducción
2. La reforma de la LIS y la cuestión sujeta a debate
3. Análisis de la jurisprudencia comunitaria y sus efectos en la jurisprudencia de los tribunales españoles
4. Casos prácticos y confusión técnica producida
5. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria versus abuso de derecho versus cláusula específica Directiva
6. ¿Fin de la cuestión tras la reforma del 2014?
7. Conclusiones

Nota: Miembro IFA, AEDAF y AEDF. El artículo expresa solo opinión del autor.



1. Introducción

El motivo del presente trabajo es determinar si las comprobaciones administrativas y la jurisprudencia española relativas a la aplicación del régimen de neutralidad fiscal de reorganizaciones empresariales encajan con la normativa europea y la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Dichas comprobaciones suelen acabar, en muchos casos, con la retirada o no aplicación del régimen fiscal especial de neutralidad en su totalidad y sin matices y ello, en nuestra opinión, motivado por tres razones: a) la dificultad de llevar a cabo el proceso teleológico que se describirá más adelante, b) encontrarnos ante conceptos jurídicos indeterminados y c) el importe de la deuda tributaria que pudiera derivar, más en aquellos casos en los cuales, el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) entra en juego y con menos interés en el impuesto sobre sociedades (IS).

El artículo 96.2 de la actual Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), supuso un cambio relevante, al menos de dicción, respecto del anterior artículo 89.2 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (aprobado por el RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo –TRLIS–), y lo que planteamos en el presente artículo es si la redacción actual es técnicamente correcta, así como si los efectos del actual artículo 96.2 ya existían antes de la reforma del 2014.

Todo ello traído, además, a colación del Auto del Tribunal Supremo (TS) de 28 de noviembre de 2018 (rec. núm. 5443/2018 –NFJ072202–)¹.

No es objeto del presente trabajo analizar lo que se entiende por motivación económica, ya que la cuestión está ampliamente estudiada y desarrollada casuísticamente con excelentes trabajos al respecto.

¹ No consta sentencia a la fecha del presente artículo.

2. La reforma de la LIS y la cuestión sujeta a debate

El primer asunto que nos ocupa es centrar la cuestión para lo cual es conveniente comparar la dicción de ambos artículos antes y después de la reforma del 2014.

Establecía el artículo 96.2 del TRLIS que:

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

El actual artículo 89.2 de la LIS señala:

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

Las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal.

La pregunta inmediata es si supone dicha modificación una actuación unilateral e innovadora del legislador español o puede ser que la misma encontrara fundamento en alguna normativa o jurisprudencia anterior finalmente trasladada a la legislación española.

Comencemos con la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, que establecía en su artículo 11:

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

a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones contempladas en el ar-

título 1 no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal.

Y el artículo 15 de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro:

1. Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los artículos 4 a 14 o a retirar total o parcialmente el beneficio de las mismas cuando una de las operaciones contempladas en el artículo 1:

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

Por tanto, prácticamente coincidentes en su contenido.

Volviendo a la comparación de ambas normas nacionales, siendo la dicción del primer párrafo de ambos artículos idéntica, la diferencia se halla en el segundo párrafo donde la normativa actual parece permitir a la Administración tributaria la inaplicación parcial del régimen, eliminando los efectos de la ventaja fiscal. Esta es la redacción de este artículo con entrada en vigor para los ejercicios fiscales iniciados a partir del 1 de enero de 2015.

Y para coadyuvar a esta cuestión, el TS en el auto mencionado plantea la siguiente cuestión jurídica:

Determinar si resulta posible que el Estado invoque el efecto directo de la Directiva 90/434 para aplicar selectivamente el régimen de neutralidad respecto de concretos activos comprendidos en una operación única de escisión parcial financiera, cuya motivación económica fue expresamente reconocida por la Administración.

La peculiaridad de este auto es que se refiera a una operación de escisión parcial financiera ejecutada en el año 2007 y, por tanto, antes de la entrada en vigor de la reforma fiscal llevada a cabo en 2014 cuando el anterior artículo 96.2 no preveía ninguna aplicación parcial.

Nos planteamos, llegados a este punto, si la cuestión contenida en el auto es correcta, en el sentido de:

- a) En realidad, ¿estamos ante una aplicación parcial del régimen de la Directiva o más bien ante la identificación de la ventaja fiscal y la eliminación de sus efectos?
- b) Y si estamos ante esta segunda alternativa, ¿cabría defender que la eliminación de la ventaja fiscal y la no exclusión total del régimen ya existía en nuestro Derecho antes de la reforma fiscal del 2014?

Vamos a intentar dar respuesta a ambas cuestiones a lo largo de las siguientes líneas.

3. Análisis de la jurisprudencia comunitaria y sus efectos en la jurisprudencia de los tribunales españoles

En primer lugar, y sin ánimo de extenderse excesivamente, debería analizarse cuándo se entiende que se dan las circunstancias para la inaplicación del régimen fiscal de la Directiva mencionada aun cuando no es objeto del presente trabajo profundizar en la controversia acerca del concepto de «motivo económico válido» sino más bien determinar sus consecuencias cuando aquel no existe.

El TJUE en la Sentencia de 17 de julio de 1997 (asunto C-28/95 –NFJ005725–), *Leur-Bloem*, estableció una doctrina posteriormente seguida por otras en el sentido:

El artículo 11 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que, para comprobar si la operación contemplada tiene como objetivo principal, o como uno de sus principales objetivos, el fraude o la evasión fiscal, las autoridades nacionales competentes deben proceder, en cada caso, a un examen global de dicha operación. Tal examen debe ser susceptible de control jurisdiccional. Conforme a la letra a) del apartado 1 del artículo 11 de la Directiva, los Estados miembros pueden establecer que el hecho de que la operación contemplada no se haya efectuado por motivos válidos constituye una presunción de fraude o de evasión fiscal. A ellos les corresponde determinar los procedimientos internos necesarios para tal fin, respetando el principio de proporcionalidad. No obstante, el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones basándose en criterios como los mencionados en la respuesta a la letra a) de la segunda cuestión, tanto si se ha producido efectivamente una evasión o un fraude fiscal como si no, excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva.

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

Sin ser exhaustivos, la mencionada sentencia establecía unas premisas básicas: a) debe analizarse operación a operación (posteriormente algunas sentencias añadirán que no caben indicios generales o catálogos de operaciones), b) la ausencia de motivos económicos válidos supone una presunción de fraude (por tanto, susceptible de desvirtuarse o prueba en contrario), c) debe aplicarse el principio de proporcionalidad en cuanto a las presunciones y d) debe recalcar que la ausencia de motivos económicos válidos es el presupuesto de hecho de la presunción, no un hecho claro y sin discusión que deba llevar sin más a rechazar la aplicación del régimen de diferimiento.

Ahondando en estos puntos, el TJUE dictó una nueva Sentencia, de 10 de noviembre de 2011, en el conocido caso *Foggia* (asunto C-126/10 –NFJ044771–), donde se viene a decir:

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para comprobar si la operación contemplada persigue un objetivo de estas características, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de la misma. En efecto, el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones, sin tener en cuenta si se ha producido o no efectivamente la evasión o el fraude fiscal, excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva 90/434 (sentencia *LeurBloem*, antes citada, apartados 41 y 44).

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 amplitud de la ventaja fiscal que se pretende obtener, a saber más de 2 millones de euros, el ahorro realizado por el grupo de que se trata en términos de costes estructurales es completamente marginal.

Esta sentencia ya nos indica criterios de especial importancia y que deben ser tenidos en cuenta, entre ellos: a) requiere que se haya producido efectivamente la evasión o fraude fiscal y b) deviene esencial identificar la ventaja fiscal porque será de la confrontación de dicha ventaja fiscal con los motivos económicos válidos, lo que llevará a enjuiciar si la finalidad fiscal era predominante sobre los motivos económicos.

A *contrario sensu*, no será aceptable una situación en la cual a) se rechacen motivos económicos válidos sin más, b) no se identifique motivo fiscal y c) no se pondere adecuadamente ambos a fin de determinar cuál es el predominante.

Es decir, el simple rechazo en vía administrativa de la existencia de motivos económicos válidos no debiera llevar sin más a la inaplicación del régimen.

Pero, además, la sentencia apunta a la propia calificación de la cláusula contenida en el artículo 11 de la citada Directiva, lo cual, en nuestra opinión, es fundamental, cuando afirma que:

Por otra parte, el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, refleja el principio general del Derecho de la Unión según el cual está prohibido el abuso de derecho. La aplicación de estas normas 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 (véanse, en ese sentido, las sentencias de 9 de marzo de 1999, Centros, C212/97, Rec. p. I1459, apartado 24; de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros, C255/02, Rec. p. I1609, apartados 68 y 69, y Kofoed, antes citada, apartado 38).

Esta parte de la sentencia vincula el artículo 11 de la Directiva con la prohibición del abuso de Derecho, con lo que cabe plantearse cuál sería la naturaleza jurídica de la misma cláusula trasladada, más o menos literalmente, en los artículos 89.2 (TRLIS) y 96.2 (LIS) de nuestra legislación del IS.

Una de las sentencias mencionadas es la del TJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto C-352/08 (NFJ038357), conocido como *Modehuis A. Zwijnenburg*. El asunto se produce en el ámbito de la legislación neerlandesa en la cual una serie de particulares pretendían la aplicación del régimen de diferimiento a una fusión y su aplicación es rechazada (con solicitud previa) por la autoridad fiscal porque entiende que lo que se pretende realmente es evitar el impuesto sobre transmisiones al suponer la fusión una cesión o transmisión encubierta de un inmueble.

El TJUE comienza a desarrollar una serie de cuestiones importantes:

De ello se desprende que la determinación de las operaciones que pueden acogerse a las ventajas establecidas por la Directiva 90/434 no depende de consideraciones financieras, económicas o fiscales. En cambio, los motivos de la operación proyectada vuelven a tener importancia al hacer uso de la facultad conferida por el artículo 11, apartado 1, de dicha Directiva.

Así, con arreglo al artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, los Estados miembros pueden negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de esta Directiva o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de canje de acciones tenga, en particular, como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal. Esta misma disposición precisa, entre otras cosas, que el hecho de que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción

de que esta operación tiene tal objetivo (sentencias, antes citadas, LeurBloem, apartados 38 y 39, y Kofoed, apartado 37).

Para comprobar si la operación contemplada persigue un objetivo de estas características, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de la misma (sentencia LeurBloem, antes citada, apartado 41).

En efecto, en virtud del artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/4343, los Estados miembros pueden negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de esta Directiva o a retirar el beneficio de las mismas solo excepcionalmente y en casos particulares (sentencias, antes citadas, Kofoed, apartado 37, y A.T., apartado 31).

Por consiguiente, el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/4343, como disposición que establece una excepción, debe interpretarse de manera estricta y teniendo en cuenta su tenor, su finalidad y el contexto en el que se inscribe.

Al mencionar, por lo que se refiere a los motivos económicos válidos, la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, que, de concurrir, desvirtúan la presunción de fraude o de evasión fiscal, la citada disposición se circunscribe claramente a la materia de fusiones de sociedades y de las demás operaciones de reorganización de sociedades y se aplica únicamente a los impuestos devengados con ocasión de estas operaciones.

Las constataciones precedentes se ven corroboradas además por el hecho de que, en el estado actual del Derecho de la Unión, la materia de los impuestos directos no está incluida, como tal, en su ámbito de competencia.

En efecto, como ha señalado la Abogado General en el punto 52 de sus conclusiones, la Directiva 90/434 no implica una completa armonización de los impuestos y tributos que pueden devengarse con ocasión de una fusión o de una operación similar entre sociedades de Estados miembros diferentes. Al establecer normas fiscales neutras desde el punto de vista de la competencia, esta Directiva se limita a eliminar algunas desventajas fiscales que afectan a la reestructuración transfronteriza de empresas.

De ello se desprende que los únicos impuestos que pueden acogerse a las ventajas establecidas por la Directiva 90/434 y, consiguientemente, entrar en el ámbito de aplicación de la excepción prevista por el artículo 11, apartado 1, letra a), de la misma son los expresamente contemplados por ella.

Pues bien, en el marco de las ventajas establecidas, la Directiva 90/434, aun reconociendo una posición particular a la tributación de las plusvalías, se refiere esencialmente a los impuestos que gravan las sociedades y a los adeudados por los socios.

Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 debe interpretarse en el sentido de que las ventajas que establece no pueden denegarse al sujeto pasivo que proyecta, mediante un montaje jurídico que incluye una fusión de empresas, evitar el pago de un impuesto como el controvertido en el

procedimiento principal, en concreto, el impuesto sobre transmisiones, dado que este impuesto no está incluido en el ámbito de aplicación de la citada Directiva.

En primer lugar, sorprende que, no negándose por el tribunal que el contribuyente neerlandés persiguiera evitar el impuesto sobre transmisiones en la cesión de inmuebles, no hubiera descartado la aplicación del régimen por tener un propósito de evasión o fraude fiscal, por lo que se supone que responderá a alguna razón que trataremos de desvelar.

En esta sentencia se destacan varios puntos interesantes: a) el tribunal profundiza e identifica la ventaja fiscal (evitar el pago del impuesto sobre transmisiones inmobiliarias), b) identificado, analiza si el citado impuesto está incluido o no en el objeto de la Directiva llegando a una conclusión negativa, c) la Corte define el artículo 11 como una medida excepcional que debe interpretarse restrictivamente (¿tiene que ver con la proporcionalidad que habla la sentencia anterior?), d) con base en ello, no admite que la autoridad fiscal neerlandesa puede retirar o mejor denegar en este caso la aplicación del régimen de diferimiento y, finalmente, e) habla de la posibilidad de aplicar total o parcialmente el régimen de diferimiento previsto en la Directiva.

Respecto a la recepción en la jurisprudencia española de esta posición del TJUE, son de destacar varias sentencias del TS, clarificadoras al respecto.

En cuanto a la existencia de motivos económicos válidos, el TS en su Sentencia de 23 de noviembre de 2016 (rec. núm. 3742/2015 –NFJ064776–) parece aclarar cierta línea emprendida por la Audiencia Nacional –AN– (Sentencia de 15 de octubre de 2015, rec. núm. 162/2013 –NFJ061167–) en el sentido de que el hecho que el negocio jurídico ejecutado tenga o no causa legítima o lícita no supone excluir la aplicación del régimen fiscal de diferimiento, pues lo relevante, según el Alto Tribunal, es que no se persiga como objetivo principal el fraude o evasión fiscal, nada más, «y simple y llanamente para despejar posibles incógnitas de la concurrencia o no de dicho objetivo con la intensidad requerida, se establece la presunción vista, que no concurran motivos económicos válidos».

No podemos estar más de acuerdo con el párrafo citado y consideramos coincidente con lo que venía estableciendo el TJUE en el sentido: a) la causa legítima o lícita del negocio jurídico no afecta, solo que se haya realizado la operación con fines de evasión o fraude fiscal, b) la ausencia de motivos económicos válidos es una simple presunción que puede desvirtuarse, c) acertadamente habla el TS de la «intensidad requerida» lo que parece relacionarse con la ponderación de la finalidad fiscal (y una simple ventaja fiscal no excluye el régimen) y con el principio de proporcionalidad en nuestra opinión y d) es implícito, pero manifiesto en toda la sentencia, que debe identificarse el propósito fiscal para dicha ponderación y, en este punto, no parece aludir a la propia aplicación del régimen como la «ventaja fiscal» identificable².

² La aplicación del régimen no debe considerarse, como se desarrollará, como la propia ventaja fiscal sino los actos posteriores que generen, basándose en el mismos, una ventaja fiscal no amparada por la norma.

La AN, al menos en lo que se refiere a causa legítima y su absoluta inoperancia para decidir la aplicación del régimen, ya ha acogido dicha doctrina en su Sentencia de 29 de septiembre de 2017 (rec. núm. 662/2015 –NFJ068754–) aludiendo a otra Sentencia del TS, en concreto, a la de 23 de noviembre de 2016 (rec. núm. 3742/2015 –NFJ064776–).

Sin embargo yerra, en nuestra modesta opinión, la AN (y la sentencia del TS a la cual hace referencia) cuando en su fundamento jurídico segundo concluye que: «Se entiende por tanto que el régimen de neutralidad implica una ventaja fiscal y requiere un motivo económico válido pues reduce el coste fiscal de la operación» y entendemos que no apunta realmente a la cuestión por varias razones: a) el régimen de neutralidad fiscal tal cual se ha venido definiendo siempre supone una ventaja, el puro diferimiento, es una consecuencia necesaria de la aplicación del régimen desde luego, b) el hecho de que la aplicación del régimen fiscal produzca dicho diferimiento no supone que el contribuyente haya buscado el mismo como finalidad fiscal última, creemos que es confundir el fin con los medios, c) la existencia de motivos económicos válidos es pura presunción que no excluye al menos identificar concretamente la finalidad de fraude o evasión fiscal, finalidad que no coincide con la aplicación del régimen (pues, en caso contrario, el TJUE lo hubiera tenido fácil en la sentencia del caso *Modehuis A. Zwijnenburg* en lugar de analizar cuál era el impuesto que se pretendía «defraudar»)³.

4. Casos prácticos y confusión técnica producida

Inciendo en lo dicho en la letra b) anterior, se puede entender lo absurdo de considerar que la ventaja fiscal obtenida es precisamente el régimen de diferimiento, llevando a tributación la ganancia patrimonial o renta obtenida en dicha transmisión (por ejemplo, en un canje de valores del art. 76.5 LIS).

Imaginemos el supuesto de la constitución de una sociedad *holding* a fin de reunir bajo un mismo grupo sociedades que, teniendo los mismos accionistas/socios, operaban como un grupo horizontal. Constituida la citada sociedad *holding* mediante un canje de valores es evidente que nos encontramos ante un hecho imponible bien en el IRPF, bien en el IS. La cuestión central es: ¿constituyeron los socios del grupo horizontal la sociedad *holding* para reducir la tributación de la renta obtenida en el IRPF o bien en el IS⁴? La respuesta es sencilla: el canje de valores se produce como medio para conseguir el objetivo de constitución de la

³ Véase la Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2019 (asunto C-135/17 –NFJ072759–), *X/Finanzamt Stuttgart*, sobre el principio de proporcionalidad y cláusulas antiabuso nacionales.

⁴ En el supuesto de no poder aplicar el artículo 21 de la LIS, por lo que lo habitual será que estos casos sean examinados más en detalle por la autoridad fiscal en el caso del IRPF.

sociedad *holding* pero lo que debe valorarse es la finalidad para la que se constituye dicha entidad cabecera de grupo y si la misma encubre una ventaja fiscal y su concreta identificación.

¿Se constituyó la misma para un ahorro de tributos en el impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD) o bien en el impuesto sobre el patrimonio (IP) de forma principal y casi única? Si la respuesta es afirmativa, la aplicación de la excepcionalidad del levantamiento del régimen de neutralidad fiscal y la aplicación del principio de proporcionalidad exigiría, tanto antes de la reforma del 2015 como después, anular los efectos de la ventaja patrimonial obtenida, esto es, los efectos en el ISD y en el IP pero, en manera alguna, en el IRPF o en el IS como consecuencia propia del canje porque no fue ese el objetivo de los contribuyentes sino la instrumentación jurídica para conseguir otros objetivos fiscales.

Otra cuestión, como debatimos en el artículo con la doctrina del TJUE, sería determinar si la normativa comunitaria ampararía o no extraer consecuencias jurídico-tributarias en dichos impuestos, pues no parecen *a priori*, amparados por la Directiva Comunitaria, sin perjuicio de que pudiera haber otros instrumentos jurídicos antiabuso en nuestro ordenamiento jurídico como el artículo 15 de Ley 58/2003, de 17 de diciembre (LGT)⁵ que precisamente eliminaría las ventajas fiscales indebidamente obtenidas⁶.

Tomemos el mismo supuesto, pero donde la constitución de la sociedad *holding* tiene como finalidad enajenar acto seguido o en el tiempo (medio plazo) una de las sociedades del grupo (filial de la sociedad *holding* tras el canje de valores) aplicando el régimen de exención plena que existía en el artículo 21 de la LIS con anterioridad a la de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 (Ley 11/2020, de 30 de diciembre). El citado artículo 21 dispone en su apartado 3 que «Estará exenta la renta positiva obtenida en la transmisión de la participación en una entidad, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo».

En este caso, las personas físicas aportantes buscan no tributar de forma inmediata en el IRPF y diferir la renta en el IS (o no tributar) reorganizando el grupo de horizontal en vertical bajo el amparo del régimen de neutralidad fiscal y la posterior aplicación del artículo 21 de la LIS. ¿Podría identificarse esta exención⁷ como ventaja fiscal? Apriorísticamente la respuesta es afirmativa, pero sigamos leyendo. El propio artículo establece en su apartado 4:

⁵ Precisamente podría haber sido ese el cauce cuando se iba a analizar por el TS (Auto de 7 de febrero de 2020, rec. núm. 5886/2019 –NFJ076531–). Véase la referencia a la sentencia más adelante.

⁶ Dos cuestiones surgirían: a) por cuánto tiempo se eliminarían los efectos en el IP e ISD y b) la tramitación del expediente específico lo que posiblemente justifica que, en la práctica, se levante la aplicación del régimen de diferimiento sin más.

⁷ Con la reducción del apartado 10 evidentemente.

4. En los siguientes supuestos, la aplicación de la exención prevista en el apartado anterior tendrá las especialidades que se indican a continuación:

[...]

b) Cuando la participación en la entidad hubiera sido valorada conforme a las reglas del régimen especial del Capítulo VII del Título VII de esta Ley y la aplicación de dichas reglas hubiera determinado la no integración de rentas en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, derivadas de la aportación de participaciones en entidades.

En este supuesto, cuando las referidas participaciones sean objeto de transmisión en los dos años posteriores a la fecha en que se realizó la operación de aportación, la exención no se aplicará sobre la diferencia positiva entre el valor fiscal de las participaciones recibidas por la entidad adquirente y el valor de mercado en el momento de su adquisición, salvo que se acredite que las personas físicas han transmitido su participación en la entidad durante el referido plazo.

Por lo tanto, en este punto, la propia norma está estableciendo, en nuestra opinión, lo que en inglés se conoce como una *safe harbor*, es decir, si la operación de venta se realiza pasados dos años ninguna consecuencia debería derivar salvo la establecida en el propio artículo y, si se ejecuta antes de dos años, se aplicaría lo señalado en el artículo pero, en ningún caso, parece que la consecuencia jurídica debiera ser la no aplicación del régimen fiscal especial y la tributación de la totalidad de la ganancia patrimonial o renta obtenida como consecuencia del canje de valores afectando a todas las filiales aportadas, ni siquiera a la concreta cuya transmisión se realizó intencionadamente desde la sociedad *holding*.

La propia norma del artículo 21.4 de la LIS está estableciendo las consecuencias de su abuso y actuando como una norma de esta naturaleza (antiabuso, pero también otorgando seguridad jurídica).

Veamos el tercer supuesto: nuestros contribuyentes constituyen el grupo vertical llevando a cabo el canje de valores y, en breve plazo, reparten dividendos desde las filiales a la sociedad *holding* y, con la caja, refinancian el grupo e invierten en patrimonio inmobiliario.

En este supuesto, si nos preguntamos cuál es la finalidad del contribuyente, el mismo puede señalar que refinanciar el grupo e invertir en patrimonio no afecto a responsabilidades empresariales a través de la liquidez obtenida por el grupo con anterioridad a formar un grupo vertical. La respuesta de la práctica administrativa podría ser que la ventaja fiscal obtenida ha sido la posibilidad de repartir dividendos aplicando el artículo 21 de la LIS y no tributar en el IRPF en el canje de valores⁸.

⁸ Con anterioridad a 1 de enero de 2015.

Este supuesto casa más, en nuestra opinión, con economía de opción⁹ y existen los suficientes motivos económicos válidos para aplicar el régimen de diferimiento fiscal, pero imaginemos que no se entiende así en vía de inspección; la consecuencia debería ser hacer tributar los dividendos como si los hubieran recibido las personas físicas¹⁰ en lugar de la persona jurídica, lo que nos lleva de nuevo al artículo 15 de la LGT¹¹ con toda la problemática que plantea el mismo, pero las personas físicas nunca buscaron llevar a cabo el canje de valores¹² como la propia ventaja fiscal; es más, si no hubieran buscado (si era realmente su intención) aplicar el artículo 21 de la LIS a los dividendos recibidos, nunca hubieran ejecutado canje alguno.

Pero además, si la norma hubiera querido evitar cualquier abuso de la misma (en caso de reparto de dividendos) podría haber incluido un *safe harbour* como lo ha incluido en la norma mencionada anteriormente y si el legislador no lo hizo es porque no lo consideró ne-

⁹ Motivación que parece seguida por el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) en la Resolución de 8 de octubre de 2019 (RG 4869/2016 –NFJ075281–), que resolvía:

La inspección consideró así que la ventaja fiscal obtenida era la no tributación de los dividendos en la persona física, y que, si el Sr. Jx... realmente quería aumentar su inversión en DD, lo que tenía que haber hecho es que su sociedad XX, SL le repartiera el dividendo correspondiente al beneficio obtenido en 2006 y 2007 así como el inmueble que constituía su vivienda habitual del socio, y con ello ya habría tenido fondos suficientes. Pero esta opción le hubiera hecho tributar en su Impuesto sobre la Renta por la recepción del dividendo.

[...]

Este Tribunal considera, en contra de lo regularizado por la Inspección, que no existía un objetivo de evasión fiscal en las operaciones realizadas por el obligado tributario. Recordemos que la situación de partida era una sociedad, XX, SL, cuyo carácter patrimonial reconoce la inspección, y que tenía una participación del 25% en MM. Esta última sociedad reparte dividendos, que no tributan en XX, SL por la deducción por doble imposición. Y ahí podrían haber permanecido, igual que la titularidad de la vivienda del socio, si no los hubiera trasladado a otra sociedad, YY, SL, por un motivo: eliminar riesgos patrimoniales (el aval con...) trasladando los fondos y la vivienda a otra sociedad. En la que tampoco tributan debido a la deducción antes indicada, por lo que realmente no ha habido (sic) elusión de la tributación. Esto solo se habría producido si, como pretende la Inspección, lo que Sr. Jx... hubiera debido hacer es recibir los dividendos como persona física y luego invertir en su sociedad, pero ello carece de lógica económica, y desde luego, no se puede obligar a los contribuyentes a elegir la opción más gravosa desde el punto de vista impositivo cuando en el fondo nada ha cambiado en su situación patrimonial (tenía los bienes en una sociedad y ahora los tiene en otra).

¹⁰ Una nueva cuestión sería el tiempo durante el cual no deberían aplicar el artículo 21 de la LIS.

¹¹ Véase la referencia a distintas sentencias en los antecedentes de hecho primero.1 del Auto del TS de 7 de febrero de 2020 (rec. núm. 5886/2019 –NFJ076531–) y cómo se ha resuelto por el TS en la Sentencia de 31 de marzo de 2021 (rec. núm. 5886/2019 –NFJ081732–).

¹² En caso de hacer tributar el canje surge el problema de la doble imposición y cómo eliminarla en socios personas físicas que solo parece posible en caso de transmisión de la participación o extinción de la entidad más después de la modificación de artículos como el artículo 33.3 de la Ley del IRPF o la variante doctrina de la DGT sobre autocartera.

cesario, admitiendo la propia doctrina de la Dirección General de Tributos (DGT) que reconoce la antigüedad de las acciones procedente del IRPF a efectos de aplicar la exención limitada (actual) por doble imposición en el IS¹³.

Además, a diferencia de lo dicho recientemente por la DGT, lo relevante no es que exista un reparto de dividendos o no sino a qué finalidad coadyuba el mismo; incidiendo más, la citada doctrina confunde el principio de personalidad jurídica convirtiendo en transparente la sociedad sin más.

Ello no significa que nunca se pueda retirar el régimen de diferimiento. Tomemos como ejemplo una escisión parcial de activos donde no se aprecian motivos económicos válidos y solo se identifica como finalidad diferir la tributación de la renta generada en la transmisión de los activos escindidos. En este caso, se ha buscado como finalidad la propia aplicación del régimen de diferimiento y, por tanto, su consecuencia debería ser la no aplicación de dicho régimen y la tributación de la citada renta de conformidad con la normativa del IS¹⁴.

5. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria versus abuso de derecho versus cláusula específica Directiva

Volviendo a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 2016 (rec. núm. 3742/2015 –NFJ064776–), encontramos un párrafo muy interesante respecto a la naturaleza jurídica de la norma del artículo 11 de la Directiva:

Lo que viene a establecer la regulación legal, en este caso art. 96 del Real Decreto Legislativo 4/2004, pero que ya se recogía desde la primera regulación positiva es una cláusula antiabuso general, no con los perfiles del antiguo fraude de ley del art. 24 de la Ley del 63, ni del actual conflicto en la aplicación de la norma del art. 15 de la LGT, «principalmente con fines de fraude o evasión fiscal», utilizada por la redacción inicial del artículo 110.2 de la Ley 43/1995, que no es sustancialmente distinta de la que usó el citado precepto, tras su reforma por la Ley 14/2000 [“principal objetivo el fraude o la evasión fiscal”], ni tampoco de la que empleaba el artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE [“principal objetivo o como uno de los

¹³ Esto se le ocurrió a la DGT, en su Consulta V5409/2016, de 21 de diciembre (NFC063474), ignorando otras muchas que venían de tan lejos como la Consulta V2296/2005, de 14 de noviembre (NFC036904), y otras muchas posteriores donde no se había puesto objeción alguna a un canje de valores seguido de un reparto de dividendos, aplicándose la antigüedad del IRPF.

¹⁴ Otra cosa sería determinar qué ocurre con el IRPF o el IS de los socios de las personas jurídicas o físicas accionistas y si también debería retirárseles el régimen de diferimiento.

principales objetivos el fraude o la evasión fiscal”], no equivale al fraude de ley tributaria del artículo 24 de la Ley General Tributaria de 1963, entroncando más bien en nuestro derecho interno con el artículo 7.2 del Título Preliminar del Código Civil, que prohíbe el abuso del derecho y su ejercicio antisocial (figura diferenciada y distinta del fraude de ley que regula en su artículo 6.4), puesto que, como ha dicho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 10 de noviembre de 2011, Foggia, (asunto C- 126/10, apartado 50), “el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, refleja el principio general del Derecho de la Unión según el cual está prohibido el abuso de derecho. La aplicación de estas normas 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”. Al razonar así, el Tribunal de Justicia se apoyaba en los precedentes constituidos por las sentencias de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, apartado 24), 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (C- 255/02, apartados 68 y 69), y 5 de julio de 2007 (45), Kofoed (C-321/05, apartado 38)].

En consecuencia, el Alto Tribunal entronca esta norma no con nuestro artículo 15 de la LGT (aunque el Auto del TS de 7 febrero de 2020, rec. núm. 5886/2019 –NFJ076531–, se refiere a este último artículo resuelto ya) sino con el artículo 7.2 del título preliminar del Código Civil (CC), es decir, con la prohibición general del abuso de Derecho, construcción que consideramos acorde con lo dicho por el propio TJUE.

Así, el TJUE en su Sentencia de 26 de febrero de 2019 (asuntos acumulados núms. C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16 –NFJ072658–) denominada «casos daneses» señala:

En lo atinente a esta última materia, el Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que, si bien la lucha contra el fraude, la evasión de impuestos y los eventuales abusos es un objetivo reconocido y promovido por la Directiva 77/388 del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios — Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme (DO 1977, L 145, p. 1; EE 09/01, p. 54), no es menos cierto que el principio de prohibición de prácticas abusivas constituye un principio general del Derecho de la Unión que se aplica independientemente de si los derechos y ventajas objeto de abuso encuentran su fundamento en los Tratados, en un reglamento o en una directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2017, Cussens y otros, C251/16, EU:C:2017:881, apartados 30 y 31).

De ello se sigue que el principio general de prohibición de prácticas abusivas debe oponerse frente a una persona que invoca determinadas normas del Derecho de la Unión que establecen una ventaja si la aplicación que pretende de tales normas es incongruente con los objetivos para los que se adoptaron.

Por lo tanto, nada que decir en este punto en cuanto a ambas construcciones jurídicas y su enclave en la prohibición general del abuso de Derecho¹⁵.

Pero ya nos encontremos en el ámbito del artículo 15 de la LGT o en el del artículo 7.2 del título preliminar del CC, la consecuencia debería ser o bien «se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora» o «dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso»; en los casos vistos anteriormente, ambos conducirían a eliminar las ventajas buscadas: ISD, IP o la exención parcial del artículo 21 de la LIS pero no, en nuestra opinión, a llevar a tributar el canje de valores¹⁶.

La Sentencia del TS de 31 de marzo de 2021 (rec. núm. 5886/2019 –NFJ081732–) concluye que:

La apreciación de la ausencia de un motivo económico válido en el negocio jurídico celebrado, excluyente de la aplicación del régimen especial relativo a las fusiones, escisiones, etc., regulado en el Capítulo VIII del Título VII del Texto refundido, aplicable por razones temporales al caso, debidamente motivada y sometida al control judicial, hace innecesaria la tramitación del expediente de conflicto en la aplicación de la norma, ya que se trata de una cláusula antiabuso particular que opera como *lex specialis*, directamente derivado del Derecho de la Unión Europea.

Ello no significa la imposibilidad de que pueda tramitarse y resolverse el procedimiento del artículo 15 LGT, cuando los hechos y circunstancias así lo impongan¹⁷.

Entendemos que nuestro Alto Tribunal ha dedicado pocas frases para resolver el asunto y escasa significación en cuanto a lo señalado en el segundo párrafo. La pregunta es ¿qué hechos y circunstancias lo imponen? Así definido ¿cuál es el terreno en que el contribuyente puede apreciar que concurren dichas circunstancias o no?

¹⁵ También entendemos que las Directivas aluden a cláusulas antiabuso a fin de hacer compatible la terminología con ordenamientos diferentes (continental y anglosajón) y aproximándose al concepto de *sham transaction* anglosajón más que propiamente al concepto continental de «abuso de derecho».

¹⁶ El TEAC en la Resolución de 19 de enero de 2007 (RG 1680/2005 –NFJ025548–) ya dejó indicado que: «no tendría sentido aplicar la cláusula antifraude precisamente para evitar el diferimiento que el régimen especial conlleva, pues en ese caso nunca resultaría aplicable dicho régimen» aunque no «remata» la cuestión propiamente. Véase en este sentido también la Sentencia de la AN de 16 de julio de 2020 (rec. núm. 128/2017 –NFJ079279–) que centra la ventaja fiscal en la plusvalía de inmuebles que precisamente la inspección consideró que se intentó evitar en el IS sin que conste que hubiera regularización en el IRPF.

¹⁷ Si se defiende que ya existe una cláusula específica que excluye el artículo 15, ¿bajo qué circunstancias entiende el TS que debería acudir al mismo entonces en estos casos?

Nuestra opinión se centraría en afirmar que: a) la Directiva establece una facultad otorgada a los Estados miembros definiendo la premisa o presupuesto de hecho para que «entre en juego» la cláusula antiabuso, b) la norma española, con mayor o menos precisión, define también ese supuesto de hecho o premisa para determinar la aplicación (total o parcial) del régimen fiscal de la Directiva, c) ninguna de ambas normas define exactamente el mecanismo jurídico a través del cual, existiendo dicha premisa debe conducir a la retirada del régimen de diferimiento (total o parcial¹⁸) y, d) como reiteramos a lo largo de este trabajo, la Sentencia de 17 de julio de 1997 (asunto C-28/95 –NFJ005725–), *Leur-Bloem*, claramente constata que «corresponde a los Estados miembros determinar, respetando el principio de proporcionalidad, las modalidades necesarias al objeto de aplicar esta disposición. A ellos les corresponde determinar los procedimientos internos necesarios para tal fin, respetando el principio de proporcionalidad», pero, además, e) como se señala el TJUE en la Sentencia de 26 de febrero de 2019 (asuntos acumulados núms. C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16 –NFJ072658–) de los «casos daneses»:

De este modo, habida cuenta del principio general del Derecho de la Unión de prohibición de las prácticas abusivas y de la necesidad de imponer el respeto de este principio en la aplicación del Derecho de la Unión, la falta de disposiciones nacionales o contractuales destinadas a combatir tales prácticas es irrelevante en relación con la obligación de las autoridades nacionales de denegar el amparo de los derechos establecidos por la Directiva 2003/49 cuando sean invocados de manera fraudulenta o abusiva,

pero España sí dispone de dichas normas (art. 15 LGT y 7.2 CC).

Por tanto, no entendemos la norma de la Directiva como una *lex specialis* sino como una habilitación a los Estados que, cumpliéndose sus condiciones y de conformidad con sus propios mecanismos, puedan aplicarla con las consecuencias que señale su propia normativa interna (en este caso nuestro ordenamiento jurídico), especialmente el abuso de derecho.

6. ¿Fin de la cuestión tras la reforma del 2014?

La normativa vigente desde el 1 de enero de 2015, en territorio común, viene a establecer en su artículo 89.2, párrafo 2, de la LIS: «Las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal».

¹⁸ Total o parcial es parte de la discusión del presente trabajo.

Debemos preguntarnos qué se entiende entonces como ventaja fiscal desde el 1 de enero de 2015 y en ese sentido la DGT en su Consulta vinculante V2887/2015, de 6 de octubre (NFC056681), viene a definirlo estableciendo:

Por tanto puede ocurrir que durante el procedimiento de comprobación de la operación realizada, la Administración determine que la ventaja fiscal (en este caso la posibilidad de compensar bases imponibles negativas cuya compensación estaba dificultada con carácter previo a la fusión) es preponderante en relación con el ahorro de costes, la simplificación de la estructura o cualquier otro motivo económico al margen del fiscal que pudiera derivarse de la operación.

Dándose dichas circunstancias, procedería aplicar el segundo párrafo del artículo 89.2 de la LIS. Este párrafo es novedoso respecto a la redacción que el artículo 96.2 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, en periodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2015. Así mientras el artículo 96.2 del TRLIS establecía como consecuencia la no aplicación del régimen fiscal especial, el artículo 89.2 de la LIS circunscribe el resultado de la comprobación administrativa a la eliminación de las ventajas fiscales obtenidas.

De conformidad con lo anterior, en el caso de que la Administración tributaria, tras la realización de unas actuaciones de comprobación e investigación considerase insuficientes los motivos económicos válidos esgrimidos por la entidad consultante, siendo preponderante la ventaja fiscal, la inaplicación del régimen fiscal especial se limitaría a eliminar los efectos de la ventaja fiscal, que en este caso concreto se entienden localizados en el aprovechamiento de las bases imponibles negativas que posee la entidad consultante, todo ello sin perjuicio del régimen sancionador que pudiera corresponder.

¿Es de verdad novedoso como indica la DGT y con base en la modificación legislativa del 2014? En nuestra opinión, no y debemos sacar a colación de nuevo la Sentencia del TJUE de 20 de mayo de 2010 (asunto C-352/08 –NFJ038357–), *Modehuis A. Zwijnenburg*:

Por consiguiente, el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/4343, como disposición que establece una excepción, debe interpretarse de manera estricta y teniendo en cuenta su tenor, su finalidad y el contexto en el que se inscribe.

Como señalaba la Sentencia del TJUE de 17 de julio de 1997 (asunto C-28/95 –NFJ005725–), *Leur-Bloem*:

corresponde a los Estados miembros determinar, respetando el principio de proporcionalidad, las modalidades necesarias al objeto de aplicar esta disposición.

El artículo 11 de la Directiva 90/434 debe interpretarse en el sentido de que, para comprobar si la operación contemplada tiene como objetivo principal, o como uno

de sus principales objetivos, el fraude o la evasión fiscal, las autoridades nacionales competentes deben proceder, en cada caso, a un examen global de dicha operación. Tal examen debe ser susceptible de control jurisdiccional. Conforme a la letra a) del apartado 1 del artículo 11 de la Directiva, los Estados miembros pueden establecer que el hecho de que la operación contemplada no se haya efectuado por motivos válidos constituye una presunción de fraude o de evasión fiscal. A ellos les corresponde determinar los procedimientos internos necesarios para tal fin, respetando el principio de proporcionalidad.

Volvamos al principio y al Auto del TS de 28 de noviembre de 2018 (rec. núm. 5443/2018 –NFJ072202–) que planteaba, recordemos, la siguiente cuestión jurídica:

Determinar si resulta posible que el Estado invoque el efecto directo de la Directiva 90/434 para aplicar selectivamente el régimen de neutralidad respecto de concretos activos comprendidos en una operación única de escisión parcial financiera, cuya motivación económica fue expresamente reconocida por la Administración.

La respuesta no puede ser sino positiva, esa es precisamente la consecuencia correcta a la que debería llevar la inaplicación del régimen incluso antes de la reforma del 2014 pero no entendiéndolo como inaplicación o aplicación selectiva si no como identificación de ventaja fiscal y la exclusión del régimen solo respecto de esta.

7. Conclusiones

Entendemos que, ante un proceso de revisión de una operación de reestructuración empresarial, el proceso teleológico que debería seguirse es el siguiente: a) determinar si existen o no motivos económicos válidos, b) si no fueran identificables por el contribuyente, determinar si existe una ventaja fiscal y si la misma es preponderante, c) identificar exacta y concretamente cuál es la ventaja fiscal y las consecuencias en caso de no haberla obtenido, d) ceñir la regularización tributaria exclusivamente a las consecuencias «perniciosas» derivadas de la indebidamente obtenida ventaja fiscal, e) no retirar en su integridad el régimen de neutralidad fiscal, f) y, si la ventaja fiscal afecta a tributos no contemplados en la Directiva, acudir a mecanismos de derecho interno español para aplicar sus consecuencias (como los señalados a lo largo del artículo), pero g) sin afectar en absoluto a la propia aplicación del régimen de neutralidad fiscal y a la Directiva mencionada bajo los principios de excepcionalidad y proporcionalidad¹⁹.

¹⁹ Otra cuestión es si podemos extraer la misma consecuencia en cuanto al artículo 87 de la LIS y su amparo en la doctrina del TJUE.

Además, el ordenamiento jurídico español dispone también de instrumentos jurídicos como el artículo 15 de la LGT (excluido por el TS en cuanto a mecanismo específico a pesar de nuestra opinión al respecto) y el 7.2 del CC suficientes como para evitar los efectos perniciosos de la aplicación indebida de la normativa de reestructuraciones empresariales, ahora bien, ciñendo las consecuencias jurídicas a no aplicar la ventaja fiscal obtenida indebidamente por el contribuyente y sin que pueda entenderse como tal y, como regla general, que la ventaja fiscal es el propio régimen de diferimiento pues vaciaría de contenido el citado régimen comunitario y nuestra norma del IS.

Y si concurre el abuso de derecho como señala la jurisprudencia civil:

Para que concurra este abuso o ejercicio desleal debe actuarse o bien de forma dolosa o bien con manifiesta negligencia, entendiendo la STS 905/2007, que «la parte que las inició haya actuado dolosamente o cuando menos con manifiesta negligencia por no haberse asegurado el alcance de la acción ejercitada, lo que significa la intención de dañar no existirá «cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle, por oponerse a ello la máxima *qui iure sui utitur neminem laedit* salvo, claro está, que el tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad estimando la inexistencia de justa causa litigantis» (Sentencia del TS de 12 de diciembre de 2011, rec. núm. 1830/2008 –NCJ056193–).

Por eso mismo, la Directiva vigente habla precisamente de *has as its principal objective or as one of its principal objectives tax evasion or tax avoidance* que enlazaría con la intención dolosa o manifiestamente negligente.

Evidentemente casa mal con dicha actuación dolosa o manifiesta negligencia cuando nos encontramos en el ámbito puramente interpretativo porque dicha constatación por parte de los órganos inspectores debe estar claramente fundada y probada e incluso, en este caso, solo excluir la ventaja fiscal buscada de forma dolosa.

Consecuencia de la aplicación de dicha figura, tanto antes como después de la Ley 27/2014 se debería retirar el régimen solamente a la ventaja fiscal buscada que no tiene por qué coincidir con la transacción principal (canje de valores, efectos en el IRPF de una fusión, etc.) y, en ocasiones, incluso la ventaja fiscal se refiere a tributos no cubiertos por la Directiva.