

EL ARTÍCULO 110.2 DE LA LEY 43/1995: ANÁLISIS Y PROPUESTA DE REFORMA

Antonio Durán-Sindreu Buxadé

*Profesor de Régimen Fiscal de la Empresa
en la Universidad Pompeu Fabra.*

*Presidente de la Asociación Española
de Asesores Fiscales.*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. GÉNESIS DEL PRECEPTO
3. DOCTRINA ADMINISTRATIVA Y JURISPRUDENCIAL
CON RELACIÓN AL ART. 110.2
 - 3.1 *Doctrina administrativa*
 - 3.2 *Doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*
4. LA CLÁUSULA ANTIABUSO DEL ART. 110.2 DE LA LEY 43/1995
 - 4.1 *Su origen: la Directiva 90/434/CEE y su razón de ser.*
 - 4.2 *La cláusula antiabuso del art. 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE.*
 - 4.3 *El nuevo art. 110.2 de la Ley 43/1995.*
5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS A TÍTULO DE “*LEGE FERENDA*”.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 14/2000, de 29 de diciembre, modificó la redacción del art. 110 de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades incorporando, por una parte, determinadas reglas para la aplicación del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activo y canje de valores y, por otra, modificando el redactado de los supuestos en los que

no resulta aquél de aplicación, precepto que a partir de la entrada en vigor de aquélla establece lo siguiente:

“1. La aplicación del régimen establecido en el presente capítulo requerirá que se opte por el mismo de acuerdo con las siguientes reglas:

a) En las operaciones de fusión o escisión la opción se incluirá en el proyecto y en los acuerdos sociales de fusión o escisión de las entidades transmitentes y adquirentes que tengan su residencia fiscal en España.

Tratándose de operaciones a las que sea de aplicación el régimen establecido en el artículo 98 de esta Ley y en las cuales ni la entidad transmitente ni la adquirente tengan su residencia fiscal en España, la opción se ejercerá por la entidad adquirente y deberá constar en escritura pública en que se documente la transmisión.

b) En las aportaciones no dinerarias la opción se ejercerá por la entidad adquirente y deberá constar en el correspondiente acuerdo social o, en su defecto, en la escritura pública en que se documente el oportuno acto o contrato.

Tratándose de operaciones en las cuales la entidad adquirente no tenga su residencia fiscal o un establecimiento permanente en España, la opción se ejercerá por la entidad transmitente.

c) En las operaciones de canje de valores la opción se ejercerá por la entidad adquirente y deberá constar en el correspondiente acuerdo social o, en su defecto, en la escritura pública en que se documente el oportuno acto o contrato. En las ofertas públicas de adquisición de acciones la opción se ejercerá por el órgano social competente para promover la operación y deberá constar en el folleto explicativo.

Tratándose de operaciones en las cuales ni la entidad adquirente de los valores ni la entidad participada cuyos valores se canjean sean residentes en España, el socio que transmite dichos valores deberá demostrar que a la entidad adquirente se le ha aplicado el régimen de la Directiva 90/434/CEE.

En cualquier caso, la opción deberá comunicarse al Ministerio de Hacienda en la forma y plazo que reglamentariamente se determinen.

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

En los términos previstos en el artículo 107 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, los interesados podrán formular consultas a la Administración tributaria sobre la aplicación y cumplimiento de este requisito en operaciones concretas, cuya contestación tendrá carácter vinculante para la aplicación del régimen especial del presente Capítulo en éste y cualesquiera otros tributos”.

Pues bien; la nueva redacción del número 2 del precepto transcrito está produciendo en la realidad un efecto contrario al tal vez querido por el legislador al introducir en el mismo no sólo conceptos jurídicamente indeterminados, como el de “*ventaja fiscal*” o el de “*motivos económicos válidos*”, sino al plantear, también, serias dudas sobre su adecuación o no a lo dispuesto en el art. 11.1a) de la Directiva del Consejo 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros.

La inseguridad jurídica que ya existía con su anterior redacción aumenta, sin duda, tras su reciente modificación.

El objeto de nuestro trabajo se ciñe en analizar el alcance de la nueva redacción de dicho número así como su adecuación o no a la citada Directiva, en particular, a su art. 11.1 a).

2. GÉNESIS DEL PRECEPTO.

La Directiva 90/434/CEE, obligó a los Estados miembros a adecuar su legislación interna en lo concerniente a las operaciones de fusión, escisión, aportaciones de activos y canje de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros.

Dicha adecuación se produjo en nuestro país a través de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre de 1991, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, incorporando a nuestro ordenamiento jurídico las normas contenidas en la citada Directiva.

Sin embargo, y como con acierto así se afirma en su preámbulo, *“si bien la norma comunitaria únicamente versa sobre aquellas operaciones que se realicen entre entidades residentes en diferentes Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, los principios tributarios sobre los que está construida son igualmente válidos para regular las operaciones realizadas entre entidades residentes en territorio español”*, razón por la que la Ley 29/1991 no sólo se limitó únicamente a adecuar al respecto nuestro derecho interno sino a establecer un *“régimen tributario único para unas y otras”*, esto es, un régimen tributario único tanto para las operaciones realizadas entre entidades residentes en dos o más Estados miembros como para las realizadas entre entidades residentes en territorio español.

Al objeto de evitar un uso indebido de dicho régimen, el art. 11.1 de la Directiva 90/434 establece que 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, escisión, aportación de activos o 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 artículo 1º 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.

b) Tenga por resultado que una sociedad, que participe o no en la operación, ya no reúna las condiciones necesarias para la representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad según las modalidades aplicables antes de la operación en cuestión.

Coherentemente con lo en el establecido, el art. 16.2 de la Ley 29/1991 señalaba que *“cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones*

a que se refiere el artículo 1º, se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen tributario establecido en el presente Título...", precepto, pues, que se limitaba a recoger la cláusula antiabuso que con carácter general recogía dicha Directiva sin no obstante hacer uso de la presunción que con carácter particular se incluye en esta última.

Con posterioridad, la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades, derogó la gran parte del régimen tributario establecido en la Ley 29/1991 al incorporar la misma con determinadas modificaciones, al texto de dicha ley, que en su Capítulo VIII del Título VIII regula desde su entrada en vigor el régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activo y canje de valores.

La Ley 43/1995, en su primera redacción, vigente hasta 31 de diciembre de 2000, establecía igualmente en su art. 110.2 que *"cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo 97 de esta Ley, se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen tributario establecido en el presente Capítulo..."*.

Por último, y como ya se ha dicho, la Ley 14/2000 modificó, en los términos indicados, la redacción del mismo.

La novedad fundamental que con dicha modificación se introduce es la de añadir al supuesto general, esto es, al de la no aplicación del régimen especial cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal, un supuesto *"particular"* de cláusula antiabuso en el sentido de que *"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"*.

En cualquier caso, conviene subrayar que el citado precepto no puede en ningún caso ir más allá de lo establecido en el art. 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE.

3. DOCTRINA ADMINISTRATIVA Y JURISPRUDENCIAL CON RELACIÓN AL ART. 110.2.

Antes de analizar el alcance y contenido de dicho precepto, resulta conveniente conocer cuál ha sido hasta hoy la doctrina tanto administrativa como jurisprudencial con relación a este último.

3.1. Doctrina administrativa.

Debe ante todo indicarse, que la doctrina administrativa que ha venido hasta ahora *"interpretando"* el contenido y alcance del art. 110.2 de la Ley 43/1995 es posterior

a la Sentencia de 17 de julio de 1997 (Asunto C-28/95) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a la que posteriormente nos referiremos y a la que la propia Dirección General de Tributos se remite en todas sus resoluciones.

Precisado dicho aspecto, la doctrina de dicho Centro Directivo puede en síntesis resumirse en los siguientes puntos:

a) Para que no resulte de aplicación lo dispuesto en el art.110.2 de la Ley 43/1995 “se requiere la existencia de una finalidad o propósito de la operación que resulte adecuada” (Resoluciones de 22/6/1999, 30/6/1999, 6/10/1999, 8/11/1999, 22/3/2000, 10/4/2000, 13/7/2000, 4/10/2000).

b) La valoración de si la operación se realiza con finalidad de fraude o evasión fiscal “requiere un examen global de las circunstancias que concurren en cada operación, lo que deberá efectuarse en fase de comprobación administrativa” (Resoluciones de 22/6/1999, 30/6/1999, 6/10/1999, 8/11/1999, 22/3/2000, 10/4/2000, 13/7/2000, 4/10/2000).

c) Dado su ámbito de competencias, no le es posible a la Dirección General de Tributos, “enunciar criterios objetivos y susceptibles de aplicación generalizada que permitan identificar operaciones de fusión o escisión que se consideren, por su mera concurrencia, realizadas principalmente con fines de fraude o evasión fiscal” (Resoluciones de 22/6/1999, 30/6/1999, 6/10/1999, 8/11/1999, 22/3/2000, 10/4/2000, 13/7/2000, 4/10/2000).

d) Sí puede no obstante señalarse “como criterio interpretativo válido, a estos efectos, el que se desprende del artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, del Consejo, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros”, esto es, que “el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1.º no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación puede constituir una presunción de que esta operación tiene como finalidad principal o como una de sus principales finalidades el fraude o la evasión fiscal”, criterio que “ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el sentido de que ‘el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal’ (Sentencia de 17 de julio de 1997)” (Resoluciones de 22/6/1999, 30/6/1999, 6/10/1999, 8/11/1999, 22/3/2000, 10/4/2000, 13/7/2000, 4/10/2000).

e) A pesar de que los motivos alegados en los diferentes supuestos planteados pueden “sin esfuerzo reputarse como un motivo económico válido” que llevan “a presumir que dicha operación no se realiza con un propósito eminentemente fiscal”, su “valoración y ponderación definitiva puede exigir que se contemplen globalmente las demás circunstancias que concurren en esta operación, lo que podrá efectuarse en fase de

comprobación” (Resoluciones de 22/6/1999, 30/6/1999, 6/10/1999, 8/11/1999, 22/3/2000, 10/4/2000, 13/7/2000, 4/10/2000).

f) Cuando “concurra un motivo económico válido, diferente del puramente fiscal, la utilización por parte del contribuyente de aquel procedimiento que le permita pagar el mínimo de impuestos no puede permitir, por sí mismo, presumir un propósito de fraude o evasión fiscal e impedir la aplicación del régimen especial del Capítulo VIII del Título VIII de la Ley del IS. En definitiva, existiendo un objetivo distinto del exclusivamente fiscal, el contribuyente tiene el derecho de utilizar los medios para conseguirlo que le parezcan más adecuados desde el punto de vista fiscal” (Resoluciones de 22/6/1999, 30/6/1999).

Llama la atención que tan sólo en las dos primeras resoluciones, las de 22/6/1999 y 30/6/2000, se apunte el hecho de que cuando *“concurra un motivo económico válido, diferente del puramente fiscal, la utilización por parte del contribuyente de aquel procedimiento que le permita pagar el mínimo de impuestos no puede permitir, por sí mismo, presumir un propósito de fraude o evasión fiscal e impedir la aplicación del régimen especial del Capítulo VIII del Título VIII de la Ley del I.S.”* razón por la que *“existiendo un objetivo distinto del exclusivamente fiscal, el contribuyente tiene el derecho de utilizar los medios para conseguirlo que le parezcan más adecuados desde el punto de vista fiscal”*.

Así mismo, tan sólo en una de sus resoluciones, la de 10/4/2000, se afirma que *“la idoneidad de los motivos de la operación se exige en relación con la propia sociedad que realiza aquélla, tal y como se desprende del mencionado artículo de la directiva y de la propia finalidad y sistemática del régimen especial en nuestra Ley del I.S.”*.

Merece también la pena recoger aquí los distintos motivos que con relación a las operaciones a realizar han sido planteadas ante el citado Centro Directivo y respecto a los que, no obstante su opinión *“a priori”*, ha sido una constante reiterarse en el hecho de que su *“valoración y ponderación definitiva puede exigir que se contemplen globalmente las demás circunstancias que concurran en esta operación, lo que podrá efectuarse en fase de comprobación”*.

Así, en la Resolución de 30/6/1999 se alega como motivo económico válido la *“reestructuración y racionalización de las actividades de las sociedades del grupo”*, motivo que, con la salvedad ya apuntada, *“lleva a presumir que dicha operación no se realiza con un propósito eminentemente fiscal”*.

Este era el caso de una entidad que tiene una participación, directa o indirecta, del 100 por 100 del capital de otras sociedades, habiéndose adquirido esa participación a los anteriores socios personas físicas residentes no vinculados con ella y que al objeto de mejorar la gestión y disminuir los costes existentes en esta estructura de grupo, así como facilitar la planificación posterior del mismo, tiene previsto realizar una concentración de todas las sociedades participadas en una sola entidad.

Para ello existen a juicio de la entidad consultante varias alternativas para alcanzar la misma estructura final, siendo la que presenta mayores ventajas desde un punto de vista fiscal, aquélla a la que se refiere la consulta. Con este objetivo, la consultante constituiría una nueva filial participada al 100 por 100 a la cual aportaría la totalidad de sus participaciones mediante una operación de canje de valores. La aportación se haría por sus valores reales, que coinciden con los de adquisición.

Con posterioridad la nueva sociedad adquiriría el patrimonio de todas las sociedades participadas por el procedimiento de disolución con adjudicación total de activos y pasivos, o bien mediante una fusión impropia de dichas sociedades participadas.

En otra Resolución, la de 22/6/1999 se alega la *“necesidad de permitir la continuidad de las explotaciones que se vienen desarrollando, abocadas en otro caso a su extinción”*, que, como en la resolución anterior, *“lleva a presumir que dicha operación no se realiza con un propósito eminentemente fiscal”*.

Este era el supuesto de dos entidades que son accionistas al 50 por 100 cada una de ellas de otras sociedades de responsabilidad limitada (“participadas”), entidades que pertenecen separadamente a un grupo familiar de socios. Las diferencias de criterio entre ambos grupos familiares sobre los proyectos de inversión, el procedimiento de gestión y la entrada de nuevos socios, dado el porcentaje de participación que tiene cada una de las entidades consultantes, puede llegar a hacer imposible el funcionamiento de las “participadas” por la paralización de sus órganos sociales. Ante esta eventualidad, se sometió a procedimiento arbitral la fórmula de asignación de los diferentes negocios de las “participadas” entre las consultantes. Con la finalidad de garantizar la continuación, sin solución de continuidad, de las explotaciones económicas que desarrollan las “participadas”, el laudo propone la escisión total de dichas sociedades “participadas”, transmitiendo sus patrimonios a otras dos sociedades beneficiarias, de acuerdo con un criterio de proporcionalidad cuantitativa, entregando a cada una de las entidades consultantes acciones de una sola de las sociedades beneficiarias.

En su también Resolución de 22/6/1999, se afirma que *“no parece que el hecho de que se trate de una escisión en la que cada uno de los socios de la extinguida reciba acciones exclusivamente de una de las sociedades beneficiarias permita, por sí sólo, amparar un juicio positivo acerca de la existencia de un propósito de fraude o evasión fiscal”* concluyendo el párrafo en cuestión indicando que *“sin duda, los efectos de esta operación se aproximan a los de una disolución y liquidación de la extinguida, pero son todavía bien distintos, ya que sólo la escisión total permite la continuidad de las relaciones existentes mediante la sucesión universal”*.

En idéntica resolución se afirma igualmente que *“tampoco el hecho de que la sociedad no desarrolle una actividad empresarial puede llevar a concluir, sin más, que se trata de una operación realizada con fines de fraude o evasión fiscal”* ya que *“eso sería*

tanto como identificar la adecuada gestión de un patrimonio, por ejemplo, con el fraude o la evasión fiscal”, afirmaciones estas que se reiteran, de nuevo, en su resolución de 22/3/2000.

En su Resolución de 6/10/1999 se subraya, una vez más, que “no resulta posible para este Centro, dado su ámbito de competencias, enunciar criterios objetivos y susceptibles de aplicación generalizada que permitan identificar operaciones de fusión o canje de valores que se consideren, por su mera concurrencia, realizadas ‘principalmente con fines de fraude o evasión fiscal’ ” resolviendo en idénticos términos en otras consultas relativas a operaciones de “fusión o escisión” o de “fusión o canje de valores”.

Ante la cuestión planteada en otra consulta (22/3/2000) relativa a “una entidad residente en Holanda que, entre sus activos, posee la totalidad de las acciones de dos sociedades residentes en territorio español (A) y (B) que, a su vez, como único activo significativo, tienen una participación del 11 y 82 por 100, respectivamente, en otra sociedad residente (C) que no es de mera tenencia ni de cartera, sino que es plenamente operativa, aunque, a su vez, tenga participaciones en diversas entidades residentes en territorio español y en el extranjero” y que “al objeto de simplificar la estructura societaria, la sociedad (C) absorberá a las sociedades (A) y (B), de manera que las acciones que estas dos últimas tienen en la primera se adjudicarán a la consultante (H) como consecuencia del proceso de fusión, que pasaría a ser socio directo de la sociedad (C)”, señala la Dirección General de Tributos que a pesar de que “la consultante no alega un propósito para la operación que, a priori, pueda sin esfuerzo reputarse como un motivo económico válido que lleve a presumir que dicha operación no se realiza con un propósito eminentemente fiscal”, se “advierde que los efectos de esta operación se aproximan a los de una disolución y liquidación de las sociedades extinguidas” así como que “la condición de entidad no residente de la consultante hace que pueda tener muy diversos efectos fiscales la transmisión de su participación en la entidad residente operativa (C) cuando se posee directamente y cuando se ostenta indirectamente a través de otras sociedades residentes (A y B); por ello, será relevante para valorar los motivos principales de la operación tener en cuenta los hechos posteriores a la misma (enajenaciones...)” razón por la que “su valoración y ponderación definitiva puede exigir que se contemplen globalmente las demás circunstancias que concurran en esta operación, lo que podrá efectuarse en fase de comprobación”.

En otra Resolución, la de 10/4/2000, se señala que “el solo hecho de que se trate de una escisión en la que cada uno de los socios de la extinguida recibe acciones exclusivamente de una de las sociedades beneficiarias, con un resultado próximo -desde el punto de vista de la explotación que desarrolla la entidad que se extingue como consecuencia de la escisión- al que se derivaría de la separación del socio, o incluso a la transmisión de sus acciones, o a la disolución y liquidación de la entidad, pero con muy diferentes consecuencias fiscales, puede poner de manifiesto relevantes motivos tenidos en cuenta por los participantes en la operación, pero ni aun así parece que permita, por

sí solo, amparar un juicio de carácter genérico y abstracto acerca de la existencia de un propósito de fraude o evasión fiscal en este tipo de operaciones”.

En su Resolución de 10/4/2000, el consultante alega como motivo económico válido el de *“conseguir una gestión más profesionalizada de su cartera y una mayor diversificación de su riesgo”*, motivo que si bien en principio puede estimarse correcto *“su valoración y ponderación definitiva puede exigir que se contemplen globalmente las demás circunstancias que concurran en esta operación, lo que podrá efectuarse en fase de comprobación”*.

En una curiosa consulta, se plantea el caso de una entidad residente en España cuyas acciones fueron adquiridas por una entidad no residente que pagó por ellas un valor, 90 unidades de medida (u.m.), superior a su valor teórico contable, 60 u.m., sin que existan plusvalías tácitas en el patrimonio de la entidad cuyas acciones se negocian. La entidad transmitente es residente en España y no está vinculada con la compradora.

Desde la adquisición, el patrimonio de la consultante ha aumentado por la obtención de beneficios incorporados a reservas, por importe de 50 u.m., sin que haya habido variaciones en el capital ni reparto de beneficios.

Está previsto que la sociedad no residente aporte a una entidad residente de nueva creación, y del mismo grupo, las acciones de la consultante, mediante un canje de valores. A efectos contables la sociedad residente registrará las acciones que reciba por su coste de adquisición, que será igual al coste de la participación para la no residente más las reservas generadas, en total 140 u.m..

Por último, la sociedad residente dueña ya del 100 % de las acciones de la consultante tras el canje descrito, procedería a la absorción de ella.

En esta fusión se pondrá de manifiesto, según la consultante, un fondo de comercio igual a la diferencia entre el precio de adquisición de las acciones de la absorbida contabilizado en el canje de valores por la absorbente, 140 u.m., y el valor teórico contable de las mismas, 110 u.m..

Ante tal situación, resuelve la Dirección General de Tributos en el sentido de que *“en la operación mencionada resulta difícil encontrar un propósito económico relevante distinto del meramente fiscal, por lo que, en principio, no resultaría aplicable el régimen especial del capítulo VIII del título VIII de la LIS”* no sin precisar, otra vez más, como así lo hace en todas sus resoluciones, que *“no obstante, tal y como se ha indicado, su valoración y ponderación definitiva puede exigir que se contemplen globalmente las demás circunstancias que concurran en esta operación, lo que podrá efectuarse en fase de comprobación”*.

Por último, en su Resolución de 13/7/2000, se señala que el motivo de tener “*mayor flexibilidad para acometer nuevas estrategias empresariales, proyectos de inversión o alianzas con terceros*” lleva a presumir que dicha operación no se realiza con un propósito “*eminentemente fiscal*”, afirmación ésta acompañada, no obstante, de la tan reiterada y conocida cautela.

En este último caso, la consultante planteaba que al objeto de poder disfrutar de una gestión diferenciada, más ordenada y eficaz, así como para disponer de una mayor flexibilidad a la hora de plantearse estrategias empresariales, nuevos proyectos de inversión y posibles alianzas con terceros, se ha tomado la decisión de modificar la estructura societaria con el fin de conseguir que ambos grupos familiares ostenten su participación en cada una de las sociedades T y O de forma separada y a través de las correspondientes sociedades patrimoniales para lo que en primer lugar, se procedería a realizar una escisión total de la sociedad A, transmitiendo la participación en la sociedad T a una sociedad B1 de nueva constitución, y la participación en la sociedad O y el resto de los activos de la sociedad escindida a una sociedad B2, igualmente de nueva constitución. Simultáneamente o con posterioridad a dicha escisión, se realizaría la escisión de la sociedad H, mediante la creación de cuatro nuevas sociedades (A1, A2, A3, A4) a las que se traspasaría el activo de la sociedad H. El activo de A1 estará constituido por el 50% del capital de la nueva sociedad B1, el activo de A2 estará constituido por el 50% del capital de la nueva sociedad B2, el activo de A3 estará constituido por el 50% restante del capital de la nueva sociedad B1, y el activo de A4 estará constituido por el 50% restante del capital de la nueva sociedad B2.

La reorganización se completaría atribuyendo a uno de los grupos familiares el 100 por 100 de las acciones de las sociedades A1 y A2 y al segundo grupo familiar el 100 por 100 de las acciones de las sociedades A3 y A4.

3.2 Doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

La única Sentencia dictada hasta hoy al respecto es la de 17 de julio de 1997, más conocida como el asunto *Leur-Bloem*, en la que, en realidad, dos eran las cuestiones a resolver; una, la competencia o no del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y, otra, la adecuación o no de la cláusula antiabuso recogida en el derecho holandés a la Directiva 90/434/CEE.

Aunque lo que realmente nos importa es la segunda de las cuestiones apuntadas, conviene también hacer una breve referencia a la primera de ellas.

A juicio del Tribunal, “*ni del tenor del artículo 177 ni de la finalidad del procedimiento establecido por dicho artículo se desprende que los autores del Tratado hayan pretendido excluir de la competencia del Tribunal de Justicia las remisiones prejudiciales referentes a una disposición comunitaria en el caso concreto en que el Derecho na-*

cional de un Estado miembro se remita al contenido de esa disposición para determinar las normas aplicables a una situación puramente interna de ese Estado”.

En definitiva, “cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho comunitario con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones en contra de los propios nacionales o, como sucede en el procedimiento principal, de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse”.

En consecuencia, y con arreglo al artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea, el Tribunal de Justicia es competente para interpretar el Derecho comunitario cuando éste no regula directamente la situación controvertida y, sin embargo, el legislador nacional ha decidido, al adaptar el Derecho nacional a las disposiciones de una Directiva, dispensar el mismo trato a situaciones puramente internas y a las que regula la Directiva, de forma que ha ajustado su legislación interna al Derecho comunitario.

Afirmada pues la competencia de dicho Tribunal en aquellos casos en los que el Derecho nacional de un Estado miembro se remita al derecho comunitario para determinar o concretar las normas aplicables a una situación meramente interna, centrémonos ya en la cuestión objeto del presente trabajo.

De la lectura de la citada Sentencia, las conclusiones que de la misma se deducen pueden resumirse en las siguientes:

a) El régimen fiscal común establecido en la Directiva en cuestión, se aplica indistintamente a todas las operaciones de fusión, de escisión, de aportación de activos y de canje de acciones, abstracción hecha de sus motivos, ya sean éstos financieros, económicos o puramente fiscales.

b) Por tal motivo, hechos meramente objetivos como, por ejemplo, los de que una sociedad dominante en el sentido de la letra h) del artículo 2º de la Directiva no gestione por sí misma una empresa o de que una sola persona física, que era accionista única y directora de las sociedades dominadas, pase a ser accionista única y directora de la sociedad dominante, no impide calificar la operación de canje de acciones en el sentido de la letra d) del artículo 2º de la Directiva.

c) No obstante, la letra a) del apartado 1 del artículo 11 de la Directiva autoriza a los Estados miembros a no aplicar, en todo o en parte, las disposiciones de esta última, incluidas las ventajas fiscales a que se refiere el procedimiento principal, o a denegar el disfrute de las mismas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones tenga como objetivo principal o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal.

d) En consecuencia, de las letras d) y h) del artículo 2º así como de la letra a) del apartado 1 del artículo 11 se deduce que los Estados miembros deben conceder las ventajas fiscales previstas por la Directiva a las operaciones de intercambio de acciones a que se refiere la letra d) del artículo 2º de la Directiva, a menos que estas operaciones tengan como objetivo principal, o como uno de sus principales objetivos, el fraude o la evasión fiscal.

e) Así mismo, y sin perjuicio de lo anterior, los Estados miembros pueden establecer que el hecho de que estas operaciones no se hayan efectuado por motivos económicos válidos constituye una presunción de fraude o de evasión fiscal.

f) Para comprobar si una determinada operación tiene como objetivo principal, o como uno de sus principales objetivos, el fraude o la evasión fiscal, 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.

g) Dicho examen debe ser susceptible de control jurisdiccional.

h) A falta de disposiciones comunitarias más precisas relativas a la aplicación de la presunción prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 11, corresponde a los Estados miembros determinar, respetando el principio de proporcionalidad, las modalidades necesarias al objeto de aplicar esta disposición.

i) No obstante, el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones, tanto si se ha producido efectivamente la evasión o el 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. Lo mismo sucedería si una norma de este tipo incluyera una mera posibilidad de excepción cuya aplicación por parte de la autoridad administrativa fuera facultativa.

j) 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 que sólo persiguiera tal objetivo no puede constituir un motivo económico válido en el sentido de este artículo.

4. LA CLÁUSULA ANTIABUSO DEL ART. 110.2 DE LA LEY 43/1995

4.1 Su origen: la Directiva 90/434/CEE y su razón de ser

Al objeto de analizar adecuadamente el art. 110.2 de la ley, debe recordarse que el Capítulo VIII del Título VIII en el que el mismo se inserta, es una trasposición a nuestro derecho interno de la Directiva 90/434/CEE ampliando el ámbito de su aplicación a las operaciones realizadas entre dos o más entidades residentes en España.

La interpretación que deba pues hacerse del mismo ha de serlo en el contexto de dicha Directiva y, en particular, de su art. 11.1 a).

Señala así con acierto Menéndez García¹ que la interpretación y aplicación de la cláusula antiabuso del art. 11.1 a) y de la normativa antiabuso general en el ámbito de las operaciones a que se refiere la Directiva, debe *“realizarse dentro de los márgenes que marcan fundamentalmente el propio artículo 11.1 a) y las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad”*.

Así las cosas, conviene ante todo preguntarnos cuál es la finalidad o la razón de ser de la citada Directiva o, mejor, cuales son los motivos que la justifican, para, posteriormente, analizar, en dicho contexto, la cláusula antiabuso de su art. 11 y en qué medida el art. 110 de la ley del impuesto se ajusta o no a lo dispuesto en aquél.

En tal sentido, es el propio preámbulo de la Directiva 90/434/CEE el que nos da cumplida respuesta a la primera de las cuestiones planteadas al señalar que las *“fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros pueden ser necesarios para crear en la Comunidad condiciones análogas a las de un mercado interior, y para garantizar así el establecimiento y el buen funcionamiento del mercado común”* no debiéndose ver aquéllas *“obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros”* siendo pues *“importante establecer para dichas operaciones unas normas fiscales neutras respecto de la competencia, con el fin de permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado común, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional”*, motivo éste coincidente con el de la Directiva 90/435/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, que en su preámbulo subraya, también, la importancia de establecer para los grupos de sociedades, y por idénticas razones, *“unas normas fiscales neutras respecto a la competencia”*.

No menos importante es la afirmación recogida en el preámbulo de la primera de las Directivas citadas en el sentido de que *“las disposiciones de orden fiscal penalizan en la actualidad dichas operaciones en relación a las de sociedades de un mismo Estado miembro”* siendo *“necesario eliminar dicha penalización”* no siendo posible *“alcanzar dicho objetivo mediante una ampliación a escala comunitaria de los regímenes internos vigentes en los Estados miembros, ya que las diferencias entre dichos regímenes podrían provocar distorsiones”* siendo pues la única solución satisfactoria *“un régimen fiscal común”*.

¹ MENÉNDEZ GARCÍA, Gerardo. Realización de operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria y canje de valores “con fines de fraude o evasión fiscal”: cláusula antiabuso comunitario y artículo 110.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Revista Jurisprudencia Tributaria n.º .

La neutralidad fiscal es pues la finalidad que persiguen ambas Directivas, neutralidad que se justifica en la necesidad de que la fiscalidad no sea un obstáculo en la realización de las operaciones descritas en aquéllas, operaciones cuya razón de ser no puede ser otra que la del interés empresarial que las promueve.

La neutralidad, así entendida, se consigue mediante el diferimiento del gravamen que pudiera corresponder por los distintos hechos imponibles que consecuencia de las operaciones realizadas se hayan producido.

En tal sentido *“el régimen de diferimiento, hasta su realización efectiva, de la tributación de plusvalías correspondientes a los bienes aportados, aplicado a los de dichos bienes destinados al citado establecimiento permanente, permite evitar la tributación de las plusvalías correspondientes, al tiempo que se garantiza su gravamen ulterior por parte del Estado de la sociedad transmitente en el momento de su realización”*.

Poco pues importa cuál es la razón que justifique una u otra operación ya que lo relevante es su interés empresarial.

No en vano, la Sentencia *Leur-Bloem* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 1997 no deja lugar a dudas al afirmar que *“el régimen fiscal común establecido en la Directiva 90/434/CEE, se aplica indistintamente a todas las operaciones de fusión, de escisión, de aportación de activos y de canje de acciones, abstracción hecha de sus motivos, ya sean éstos financieros, económicos o puramente fiscales”*.

En definitiva, el legislador comunitario presupone la existencia de motivos que justifican, por sí solos, y desde una perspectiva empresarial, cualquiera de las operaciones enumeradas en la Directiva.

Y ello es así, por cuanto tales operaciones, como la fusión o escisión, tienen una esencia o sustrato económico que no requiere de mayor justificación.

Las operaciones a que se refiere la Directiva 90/434/CEE y el Capítulo VIII del Título VIII de la Ley 43/1995 son, por tanto, el instrumento jurídico que permite conseguir el objetivo o la estructura deseada.

Su principal obstáculo, la fiscalidad, es lo que en ambas disposiciones se elimina o, mejor, se difiere a un momento posterior.

Poco pues importa cuál es, por ejemplo, el motivo que justifica una determinada fusión o escisión ya que, nunca mejor dicho, el medio justifica el fin.

No sin razón, se ha ya apuntado que el régimen fiscal común establecido en la Directiva 90/434/CEE, se aplica indistintamente, abstracción hecha de sus motivos, ya sean éstos financieros, económicos o puramente fiscales.

Así las cosas, y al objeto de evitar un uso “*inadecuado*” de aquélla, su art. 11.1 a) prevé que un Estado pueda negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los Títulos II, III y IV de la citada Directiva o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de fusión, escisión, aportación de activos o canje de acciones tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal señalando igualmente que el hecho de que una de las operaciones contempladas en su artículo 1.º 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.

Tan sólo en tales casos tiene sentido la aplicación de la cláusula antiabuso ya que sería un contrasentido que sin preocupar al legislador cuál es el motivo que justifica cualquiera de las operaciones descritas en la Directiva, estableciera posteriormente una cláusula que impidiera su aplicación cuando ya sea por razones económicas, financieras o fiscales se hiciera un uso adecuado de lo previsto en aquélla.

Precisamente por ello, el art. 11.1 a) habla de fraude o evasión fiscal y no, por ejemplo, de una mera minoración de la carga impositiva.

Vaya ya por adelantado, que los motivos fiscales, como motivos empresariales que son y que la propia Directiva no ignora, pueden justificar la realización de cualquiera de tales operaciones. En efecto; si la Directiva se aplica con independencia de cuáles sean aquéllos, ¿cómo va después a negarse su aplicación en base precisamente a alguno de estos últimos?.

Volveremos más adelante al respecto.

En definitiva, la razón de ser de la Directiva es la de establecer un régimen tributario común que no obstaculice la realización de determinadas operaciones garantizando el ulterior gravamen de las posibles plusvalías.

4.2 La cláusula antiabuso del art. 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE

El art. 11. 1 a) de la Directiva, faculta a los Estados miembros para que, como hemos dicho, puedan negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los Títulos II, III y IV de la misma o a retirar sus beneficios fiscales cuando la operación de fusión, escisión, aportación de activos o canje de acciones tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal.

La Directiva no recoge pues un supuesto general de inaplicación del régimen tributario previsto en la misma sino una facultad o “reserva de competencia” para que los Estados miembros hagan uso de la misma.

En tal sentido, puede afirmarse que el art. 11 es una excepción a los principios que inspiran la Directiva debiendo por tanto interpretarse de forma restrictiva.

Sin embargo, y dadas las particularidades o singularidades que en cada caso pueden darse, la Sentencia *Leur-Bloem* señala con acierto no sólo que la Directiva comunitaria “se aplica indistintamente a todas las operaciones de fusión, de escisión, de aportación de activos y de canje de acciones, abstracción hecha de sus motivos, ya sean éstos financieros, económicos o puramente fiscales”, sino que “para comprobar si la operación contemplada persigue un objetivo (de fraude o evasión fiscal) 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”, examen que puede incluir, eventualmente, motivos como el hecho de que la sociedad dominante en el sentido de la letra h) del artículo 2º de la Directiva no gestione por sí misma una empresa o de que una sola persona física, que era accionista única y directora de las sociedades dominadas, pase a ser accionista única y directora de la sociedad dominante, pero, en cualquier caso, motivos que, por sí solos, no impiden la aplicación del citado régimen especial ya que “ninguno de estos elementos puede considerarse decisivo por sí solo”.

Puntualiza aquélla al respecto que “una fusión o una reestructuración realizada mediante un intercambio de acciones en la que intervenga una sociedad de nueva creación que, por tanto, no posee una actividad empresarial propia, puede considerarse efectuada por motivos económicos válidos”, de la misma forma que estos últimos “pueden hacer necesaria la reestructuración jurídica de sociedades que constituyen ya una unidad desde el punto de vista económico y financiero”.

Del mismo modo, tampoco cabe excluir “aunque pudiera constituir un indicio de fraude o de evasión fiscal, que una fusión mediante canje de acciones destinada a crear una estructura determinada para un periodo limitado, y no de forma duradera, pueda obedecer a motivos económicos válidos”.

En cualquier caso, y eso es lo importante, “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”.

Precisamente por ello, señala dicha Sentencia que “las autoridades nacionales competentes deben proceder, en cada caso, a un examen global de dicha operación”, precisando con acierto que “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 las letras a) a d) de la segunda cuestión, tanto si se ha producido efectivamente la evasión o el 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”, como sucedería, también, “si una norma de este tipo incluyera una mera posibilidad de excepción cuya aplicación por parte de la autoridad administrativa fuera facultativa”.

Pero el citado art. 11, además de facultar a los Estados miembros para que puedan negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los Títulos II, III y IV de la citada Directiva o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de que se trate tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal, les faculta, también, para incluir en su propio ordenamiento el “*hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1º 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*”.

La citada presunción debe entenderse como un supuesto dependiente o subordinado al que con carácter general enuncia el primer inciso del art. 11.1 a) de la Directiva.

No en vano, lo que se presume no es otra cosa que la operación de que se trate se ha realizado con finalidad de fraude o evasión fiscal, ya que ésta, y no otra, es la situación que la Directiva pretende evitar al facultar a los Estados miembros a denegar la aplicación del régimen tributario previsto en esta última.

En tal sentido, el segundo inciso del citado artículo está en clara dependencia del supuesto general; de lo que se trata es, siempre, de excluir la aplicación de la Directiva a aquellas operaciones realizadas con dicha finalidad.

Dada la sin duda “*ambigüedad*”, “*imprecisión*”, “*amplitud*” o como quiera llamársele del concepto de motivos económicos válidos, afirma la propia Sentencia Leur-Bloem que “*a falta de disposiciones comunitarias más precisas relativas a la aplicación de la presunción prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 11, corresponde a los Estados miembros determinar, respetando el principio de proporcionalidad, las modalidades necesarias al objeto de aplicar esta disposición*” precisando sutilmente, y como ya hemos antes recordado, que “*no obstante, el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones (...), excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva*”.

Lo único que pretende pues la presunción a que nos referimos es “*liberar*” a la Administración de tener que probar la finalidad de fraude o evasión fiscal ya que probada

la ausencia de motivos económicos válidos se presume probado que las operaciones citadas se realizaron con dicha finalidad.

No se trata por tanto de dos supuestos independientes, sino de un solo presupuesto base, la finalidad de fraude o evasión fiscal, y de dos formas de probarlo, una, general, y que, como se ha dicho, requiere la prueba del propio presupuesto base, y, otra, particular, mediante la presunción recogida en el citado artículo y que requiere la prueba de la inexistencia de motivos económicos válidos.

Sin duda, las consecuencias jurídicas que en el orden práctico tienen una u otra situación son bien distintas ya que mientras que en la primera de ellas la Administración deberá probar la finalidad de fraude o evasión fiscal, bastará en la segunda que aquélla pruebe la inexistencia de motivos económicos válidos para que se entienda probada la finalidad de fraude o evasión fiscal.

Como apunta Gómez Verdesoto² dicha presunción es un *“instrumento eficaz en manos de la administración para luchar contra ese tipo de maniobras fraudulentas de los contribuyentes, que le permitiría prescindir de la prueba de otros extremos que sí serían necesarios si atendemos a los conceptos de fraude de ley o simulación que contemplan los artículos 24 (...) y 25 (...) de la Ley General Tributaria”*.

En cualquier caso, la importancia del elemento subjetivo que la Directiva introduce como supuesto de inaplicación de la Directiva, a saber, la finalidad de fraude o evasión fiscal, presenta como ventaja respecto a cláusulas generales antiabuso basadas en criterios objetivos³ que, en tales casos, y como advierte Gómez Verdesoto (PP. Pág 1053), *“siempre será (aquella) de aplicación en casos en los que no hay fraude o evasión fiscal”*.

La presencia de este elemento subjetivo, en el concepto de abuso formulado por la Directiva, *“supone la necesidad de realizar un comercial purpose test de cada fusión, escisión, aportación de activos o canje de acciones comprendidas en la Directiva, y, en última instancia, es una consecuencia lógica de los objetivos que persigue la norma comunitaria”*⁴.

No en vano, *“la Directiva pretende conseguir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado común, aumenten su productividad y refuercen su posición de*

² GOMEZ VERDESOTO, Marta. Concepto comunitario de fraude o evasión fiscal en relación con las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores (A propósito de la STSJCE de 17 de julio de 1997). Impuesto. Pág. 1055.

³ GOMEZ VERDESOTO, Marta. Ob. cit. Pág. 1053.

⁴ GOMEZ VERDESOTO, Marta. Ob. cit. Pág. 1053.

competitividad en el plano internacional"⁵. Todos ellos, prosigue, "*son objetivos económicos y, así, cuando las empresas actúen guiadas por estos motivos, las ventajas fiscales de la norma deben aplicarse*"⁶. Por el contrario, "*cuando el propósito principal o único de una operación es, en cambio, la concesión del beneficio fiscal la operación podrá calificarse de fraudulenta en base al artículo 11.1 a)*"⁷, afirmación, esta última, que, por lo que después comentaremos, debe ser precisada.

Llegados a este punto tres son las cuestiones que deben ahora analizarse: la primera, el concepto y alcance de fraude o evasión fiscal, la segunda, la naturaleza de la presunción aludida, y, la tercera, el también concepto y alcance de la expresión motivos económicos válidos.

4.2.1 El concepto de fraude o evasión fiscal en el contexto del art. 11 de la Directiva 90/434/CEE

Si como ya hemos comentado lo que la Directiva persigue es que la fiscalidad no sea un obstáculo para que las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos o canje de acciones se lleven a cabo abstracción hecha de sus motivos, ya sean éstos financieros, económicos o puramente fiscales, ¿qué sentido tiene la facultad que el art. 11 concede a los Estados miembros? o, mejor, ¿a qué se refiere cuando éste habla de fraude o evasión fiscal?

En nuestra opinión, carece de sentido que dicho precepto trate de evitar supuestos de manifiesta violación del ordenamiento jurídico o de restringir su ámbito de aplicación a aquellos en los que la única finalidad perseguida sea la fiscal.

En tal sentido, no añade aquél nada a lo ya previsto al respecto en los distintos ordenamientos.

Si como afirma la Sentencia *Leur-Bloem* es indiferente cuáles son los motivos de la operación de que se trate, ¿qué sentido tiene el citado artículo si no es para evitar la utilización de dichas operaciones con finalidad distinta a la prevista en la Directiva?

Precisamente por ello, tan sólo puede aquél estar haciendo referencia a aquellos casos que en nuestro ordenamiento jurídico merecen la calificación de fraude de ley.

Cabe sino preguntarnos si tiene o no sentido que una operación que siendo su principal objetivo el económico y persiga también, aunque de forma secundaria y resi-

⁵ GOMEZ VERDESOTO, Marta. Ob. cit. Pág. 1053.

⁶ GOMEZ VERDESOTO, Marta. Ob. cit. Pág. 1053.

⁷ GOMEZ VERDESOTO, Marta. Ob. cit. Pág. 1053.

dual, una finalidad de fraude fiscal, goce del régimen fiscal previsto en la Directiva 90/434/CEE y en el Capítulo VIII de nuestra ley del Impuesto sobre Sociedades.

Parece obvio, que aun siendo residual, si el resultado conseguido es contrario a lo dispuesto en nuestro ordenamiento, no puede nunca serle a aquélla de aplicación el régimen especial. Tal situación, que carece de toda lógica, es tan absurda como incoherente.

Si aceptamos lo anterior, hemos también de aceptar lo contrario, esto es, que carece igualmente de sentido que no resulte aquél de aplicación cuando el único o principal objetivo obedezca a una planificación fiscal lícita y legítima del contribuyente.

Debe en tal sentido subrayarse que si bien *“todos hemos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas”*, nadie está obligado a pagar más impuestos de los que debe.

La adecuada planificación fiscal o, si se prefiere, la opción entre una u otra alternativa de entre las previstas en nuestro ordenamiento, aún con distintas consecuencias fiscales, es una actividad no tan sólo lícita sino obligada por parte del contribuyente quien libremente elegirá entre una u otra.

Tan sólo el *“abuso”*, el *“artificio”*, amén de cualquier evidente vulneración de nuestro ordenamiento, es lo que debe ser objeto de reproche.

No hay en tal sentido situaciones más ventajosas que otras si todas ellas están previstas en nuestro ordenamiento.

Habrán, eso sí, diferentes situaciones que merecerán un tratamiento fiscal en concreto y que, comparadas entre sí, pueden tener diferentes consecuencias jurídicas.

Pero si el contribuyente se limita a optar entre las opciones que le presenta nuestro ordenamiento sin artificio, abuso ni violación alguna de este último, está aquél ejerciendo su más legítimo derecho a elegir libremente entre una u otra opción y, en definitiva, a pagar lo que debe.

En tal sentido, el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en su Sentencia de 13 de julio de 2000, ha señalado con acierto que *“la economía de opción del sujeto, en cuanto que no supone el abuso de formas jurídicas, y que la Inspección no pone de manifiesto incumplimientos legales, es válida y hace cierto el brocardico latino sobre la simulación y fraude non praesumitur fraus et simulatio ubi inter eosdem, alia aperta via, idem fieri potuit. La Administración no puede pretender evitar que el contribuyente, conocedor del estado de las actuaciones del legislador, diseñe en el tiempo operaciones previendo un tratamiento más beneficioso a sus intereses, siempre que se sirva de la normativa vigente aplicada e interpretada en función de la verdadera naturaleza jurídica del hecho imponible, con respeto a los principios constitucionales (...), tal como tiene declarado el Tribunal Supremo en constante jurisprudencia de la que es exponente su Sentencia de 22 de mayo de 1998”*.

Si aceptamos pues que es lícito que el contribuyente pretenda minimizar su carga impositiva optando entre las diferentes opciones que le permite la ley, habremos de estar también de acuerdo en que éstas tienen también un importante efecto económico inducido.

En efecto; como ya sabemos, el Impuesto sobre Sociedades es un coste o gasto para las empresas que, como cualquier otro coste, tiene todo empresario la obligación de intentar reducir.

En la medida que mayores sean los recursos que genere una entidad, mayores serán sus posibilidades de autofinanciación y, por ende, su capacidad de competir en el mercado, recursos una de cuyas fuentes principales, es, sin duda, su cuenta de resultados.

En la medida que se consiga minimizar la incidencia que cualquiera de los costes tiene en aquélla, mayor será, como se ha dicho, su rentabilidad.

Y en este sentido, la fiscalidad tiene un papel importante por cuanto si la empresa utiliza adecuadamente las “herramientas” que la fiscalidad le ofrece, la incidencia de aquélla será sin duda menor.

Si la empresa se organiza adecuadamente, si minimiza sus riesgos fiscales, si se acoge a todos los beneficios fiscales, etc... estará, sin duda, en mejor situación que aquella otra que no lo haga, sin que ello signifique en modo alguno que en el primero de los casos se esté actuando ilícitamente y, en el segundo, de forma lícita.

De ser así, no debe existir duda alguna que todo ahorro fiscal lícito que minimice o reduzca el coste fiscal es, sin duda, un motivo económico tan válido como la reducción de cualquier otro coste, con, además, múltiples incidencias en la esfera mercantil al incidir aquella en la cuenta de resultados de la empresa y por tanto, en un mayor beneficio para la misma y, por ende, en un mayor valor de esta para el socio o accionista.

De lo anterior se concluye, como ya lo hemos anticipado, que el art. 11 tan sólo puede estar haciendo referencia a aquel tipo de ahorro fiscal que sin ser constitutivo de infracción tributaria debe considerarse como “abusivo” o, en definitiva, de aquellos casos en los que, nunca mejor dicho, el medio no justifica el fin.

No sin razón apunta Menéndez García que sólo “*en los supuestos de fraude de ley tributaria*”, en los que “*el negocio es realmente querido por las partes*” y “*la realidad y la apariencia jurídica coinciden (...), se puede decir con exactitud o propiedad que el régimen especial no se aplica a una operación de fusión, escisión, aportación no dineraria o canje de valores realizada ‘con fines de fraude o evasión fiscal’*”⁸.

⁸ MENENDEZ GARCIA, Gerardo. Od. Cit. Pág. 96 y 97.

Cuando alguna de esas operaciones, prosigue dicho autor, “*generalmente formando parte de un entramado más complejo, se utiliza para alcanzar unos resultados jurídicos y económicos que son propios de ella, pero no se identifican con su causa o con la razón de ser típica del negocio (fundamentalmente, reestructuración o racionalización empresarial), con la finalidad última de lograr un ahorro fiscal o un diferimiento en el pago de los tributos, merecerá generalmente la calificación de negocio indirecto realizado en fraude de ley tributaria*”⁹.

Cierto es que la versión inglesa de la Directiva utiliza la expresión “*tax evasion or tax avoidance*”, entendiéndose por esta última en el Derecho anglosajón “*la forma legal que tendrían los contribuyentes de minimizar la carga fiscal*”¹⁰.

Sin embargo, resulta difícil admitir en nuestro Derecho español que el término evasión se refiera, exclusivamente, a lo que conocemos como economía de opción, habida cuenta de que como con acierto subraya Sanz Gadea “*artículo 305 del Código Penal define la acción típica del delito fiscal a través del verbo ‘eludir’, cuya significación, (...) no es de mayor gravedad que la acción de evadir (...) en su acepción usual*”¹¹.

Tampoco es claro, como subraya dicho autor, que por “*tax avoidance debamos entender toda forma de minimizar la carga fiscal, habida cuenta que en el Derecho anglosajón se distingue entre legitimate tax avoidance e illegitimate tax avoidance, y con esta última expresión se alude a algo muy distinto a la ‘economía de opción’ y bastante próximo a nuestro fraude a la ley tributaria*”¹².

Como apunta Sanz Gadea, la expresión “*evasión fiscal en el contexto del Derecho comunitario siempre significa algo ilegítimo*”¹³.

En definitiva, y como apunta Calderón Cabrero, “*parece haber un cierto grado de consenso internacional a la hora de designar los supuestos de fraude fiscal (tax fraud) como vulneraciones directas e intencionales de la legislación tributaria, y evasión fiscal (illegitimate tax avoidance) con negocios artificiosos que con abusos de formas jurídicas tratan de disminuir o evitar su carga fiscal (vendría a equivaler a nuestro fraude a la ley tributaria)*”¹⁴.

⁹ MENENDEZ GARCIA, Gerardo. Ob. cit. Pág. 97.

¹⁰ SANZ GADEA, Eduardo. Revista Estudios Financieros núm. 215/2001. Pág. 104.

¹¹ SANZ GADEA, Eduardo. Ob. cit. Pág. 104.

¹² SANZ GADEA, Eduardo. Ob. cit. Pág. 104.

¹³ SANZ GADEA, Eduardo. Ob. cit. Pág. 104.

¹⁴ CALDERON CABRERO. Aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal. Temas de Derecho Penal Tributario 1997. Cita hecha en SANZ GADEA, Eduardo. Ob. cit. Pág. 104.

Aceptada la inexistencia de una única definición de fraude y de evasión fiscal, es cierto, afirma Sanz Gadea, que *“si contemplamos al tributo como una obligación ex lege es fácil colegir que el fraude o la evasión fiscal se presentará cuando se realice el hecho imponible y, por tanto, no nazca la obligación de ingresar y de forma dolosa y negligente no se cumpla tal obligación”*¹⁵. En tal sentido, prosigue aquél, *“el fraude o la evasión fiscal se concreta en el incumplimiento de la obligación tributaria”*¹⁶.

Sin embargo, *“es improbable que mediante la realización de una operación acogida al Capítulo VIII (...) se produzca la no declaración de un hecho imponible o su autoliquidación incorrecta, pero sí es concebible que dicha operación por sí sola o formando parte de un proyecto evasor de mayor envergadura, determine la ocultación engañosa del hecho imponible. Entonces se producirá el ‘fraude o la evasión fiscal’ ”*¹⁷.

A juicio pues de Sanz Gadea¹⁸, esta última circunstancia se producirá cuando la operación de que se trate determina:

a) La ocultación del hecho imponible en su totalidad o en algunos de sus aspectos, mediante simulación (artículo 25 Ley General Tributaria).

b) La realización de un hecho que produce un resultado equivalente al hecho imponible con el propósito de eludir el impuesto (artículo 24 Ley General Tributaria).

Por el contrario, prosigue aquél, *“no existirá ‘fraude o evasión fiscal’ cuando la operación (...) determine una tributación menor que la preexistente para el conjunto de las partes implicadas en la misma”*¹⁹.

Sin embargo, en nuestra opinión, el fraude o evasión fiscal a que se refiere el art. 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE hace exclusivamente referencia a los supuestos de fraude de ley de nuestro art. 24 de la Ley General Tributaria.

Como ya hemos comentado, carece de sentido que el régimen sea de aplicación a un negocio jurídico simulado o constitutivo de infracción tributaria aunque cualquiera de ambas circunstancias no sean el principal objetivo del mismo.

¹⁵ SANZ GADEA, Eduardo. Ob. cit. Pág. 104.

¹⁶ SANZ GADEA, Eduardo. Ob. cit. Pág. 104 y 105.

¹⁷ SANZ GADEA, Eduardo. Ob. cit. Pág. 105.

¹⁸ SANZ GADEA, Eduardo. Ob. cit. Pág. 105.

¹⁹ SANZ GADEA, Eduardo. Ob. cit. Pág. 105.

Sí que tiene en cambio sentido que el fraude de ley, que en ningún caso supone una violación constitutiva de infracción tributaria, y difícil casi siempre de diferenciar con la economía de opción o planificación fiscal lícita, carezca a tales efectos de relevancia cuando el principal objetivo de la operación de que se trate sea de naturaleza económica, financiera o fiscal “lícita” y, en definitiva, cuando sea consecuencia de una determinada estrategia o política empresarial.

En nuestra opinión, lo que pretende evitar el citado precepto comunitario son situaciones de abuso fiscal, pero no de infracción tributaria, frente a las que cada ordenamiento interno reacciona de la forma prevista en el mismo.

No en vano, el art. 1º 2 de la Directiva 90/435/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, establece que *“la presente Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos”*.

Esta, y no otra, es la interpretación que a nuestro juicio debe hacerse con relación al concepto de fraude o evasión fiscal en el contexto comunitario.

Sea como fuere, lo cierto es que no existe hoy al respecto una unanimidad doctrinal sin que puedan pues aquí ignorarse las diferentes opiniones con relación al tema que nos ocupa.

Así, por ejemplo, López Tello²⁰, tras analizar desde un punto de vista hacendístico y económico los conceptos de elusión, evasión y fraude fiscal, entiende que la expresión *“fraude o evasión fiscal”* a que alude la Directiva *“debe interpretarse (...) como un todo, esto es, como un concepto único y no como la suma de dos”*.

A juicio de dicho autor, *“la utilización conjunta de ambos términos en lengua inglesa permite amparar bajo la cláusula antiabuso cualquier tipo de minoración en el pago de impuestos que se produzca como consecuencia de la operación de reestructuración de que se trate, de manera que de dicha utilización conjunta resulta un concepto objetivo, minoración en el pago de impuestos, que hace abstracción del medio lícito o ilícito, indirecto o culpable, a través del cual se consigna”*²¹.

A juicio de López Tello²², la presunción que recoge el segundo inciso del art. 11.1 a) de la Directiva apoya la tesis por el mantenida ya que aquella *“solo tiene sentido ba-*

²⁰ LOPEZ TELLO, Jesús. La cláusula antiabuso del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid nº 16. 3ª época. Septiembre 2000. Pág. 253.

²¹ LOPEZ TELLO, Jesús. Ob. Cit. Pág. 253.

²² LOPEZ TELLO, Jesús. Ob. Cit. Pág. 253.

jo un concepto de fraude o evasión fiscal equivalente a la pura minoración en el pago de impuestos, porque sería desproporcionado que, a partir solo de la mera ausencia de 'motivos económicos válidos', pudiera deducirse una operación fiscal de finalidad ilícita y culpable".

Debe no obstante precisarse que ello solo sería así si el ahorro fiscal lícito no se entendiese incluido en la expresión "motivos económicos válidos".

Solo así, y no de otra forma, puede entenderse la afirmación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 17 de julio de 1997, en el sentido de que *"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"*, afirmación, dicho sea de paso, que debe ubicarse en el contexto en el que se realiza y no de forma aislada.

Lo que sin duda sería desproporcionado, es que el régimen especial no fuera de aplicación en los casos de ahorro fiscal lícito y, por tanto, de inexistencia de fraude o evasión fiscal, aunque aquel fuera su único o principal objetivo.

A pesar de ello, y consecuente con sus planteamientos, propone López Tello que por *"fraude o evasión fiscal (...) se entienda una minoración en el pago de impuestos, concepción objetiva de partida que, para desencadenar el efecto de pérdida del régimen especial, se ha de subjetivizar luego mediante la elevación de la finalidad de obtención de tal minoración a la categoría de fin o motivo principal de la operación"*²³, minoración que debe medirse *"por comparación con la situación previa a la operación, minoración relativa a impuestos distintos de aquellos nacidos precisamente de las operaciones de fusión, escisión, aportación o canje de valores"*²⁴, cuestión esta que *"sólo del examen global de las circunstancias que concurren en cada operación podrán extraerse conclusiones válidas"*²⁵, minoración, en suma, que ha de ser el principal objetivo o uno de los principales objetivos de aquélla, tal y como dispone el art. 11.1 a) de la Directiva.

En idéntica línea, señala López Santacruz²⁶ que no existe finalidad de fraude o evasión fiscal *"siempre que la operación responda a motivos económicos válidos que persigan reestructurar su organización empresarial aunque de la misma resulte*

²³ LOPEZ TELLO, Jesús. Ob. Cit. Pág. 254.

²⁴ LOPEZ TELLO, Jesús. Ob. Cit. Pág. 255.

²⁵ LOPEZ TELLO, Jesús. Ob. Cit. Págs. 255 y 256.

²⁶ LOPEZ-SANTACRUZ MONTES, José Antonio y otros. Guía del Impuesto de Sociedades. Editorial CISS. 1 Edición. Valencia. Enero 1996. Pág. 823.

una menor carga tributaria para las entidades afectadas, en comparación con la situación previa a la operación”.

Por su parte, Navarro Egea²⁷, considera que la integración de la presunción a que se ha hecho referencia en los ordenamientos internos es una *“medida específica para cercenar actuaciones fraudulentas”*.

Posteriormente, y tras un breve análisis en torno al concepto de fraude y evasión fiscal y a su diferenciación, afirma que *“el legislador parece que ha buscado en la laxitud de sus términos (‘fraude o evasión fiscal’) una garantía a la aplicación de esta norma que cierra las posibles vías de elusión, que no han sido soslayadas de modo particularizado a lo largo del articulado, comprendiendo todas las actuaciones elusivas, tanto las que suponen una ocultación del hecho imponible o de elementos de la obligación tributaria (entidades como defraudación), como las que evitan que surja el presupuesto de hecho de la norma que se pretende eludir (a través del fraude) y, finalmente, las que se desarrollan una vez realizado el mismo (mediante la evasión)”*²⁸.

Sin embargo, y como reconoce Navarro Egea, *“esa pretensión legal aparentemente ortodoxa puede derivar en una inseguridad jurídica debido al amplio campo de actuación que se ofrece a la Administración”*²⁹; y ello, prosigue, *“sin olvidar que se supe- dita a la prueba de que las operaciones se realizaron principalmente con estos fines, cuestión harto complicada, no tanto por la dificultad que implica la prueba por parte de la Administración de este elemento intención al que converge como denominador común en estas actuaciones, cuanto por el hecho de que la mayoría de esas actuaciones empresariales llevan aparejada ex necesse una reorganización de sus estructuras”*³⁰, precisión, esta última, de suma importancia.

Tal vez por ello, para dicha autora, y tras el análisis de la redacción del art. 110 de la ley del impuesto, en su anterior redacción, y del consiguiente procedimiento de regularización, es de la opinión de que estamos, más bien, ante un supuesto de fraude de ley que de infracción tributaria.

Lo cierto es que *“se viene a proteger (se refiere a la redacción del art. 110.2 de la ley vigente hasta 31 de diciembre de 2000, aunque también aplicable en su actual redacción) una realidad económica especialmente compleja, debido a las amplias facultades reconocidas a la voluntad de los particulares desde el ordenamiento jurídico-pri-*

²⁷ NAVARRO EGEEA, Mercedes. Fiscalidad de la Reestructuración Empresarial. La fusión y la escisión. Colección Monografías Jurídicas. Editorial MARCIAL PONS. Madrid 1997.

²⁸ NAVARRO EGEEA, Mercedes. Ob. Cit. Pág. 243.

²⁹ NAVARRO EGEEA, Mercedes. Ob. Cit. Pág. 243.

³⁰ NAVARRO EGEEA, Mercedes. Ob. Cit. Pág. 243.

vado, y esta situación se agrava por la extensión de sus normas a las operaciones desarrolladas a nivel nacional, comunitario e internacional”³¹. En estas condiciones, prosigue, “nos encontramos en un ámbito propio para la proliferación de los más variados artificios de elusión fiscal, que hace insoslayable la adopción de medidas antielusivas de carácter general”³², afirmación, ésta que no podemos compartir en su totalidad.

Sin embargo, continúa, “en ocasiones, el deseo legítimo de los particulares de atenuar la carga impositiva puede implicar una actuación fraudulenta a la vista de los órganos administrativos, sin que haya sido posible su previsión por aquellos, de forma que esta medida se traduce en un obstáculo tributario a la hora de realizar la operación, sobre todo dada la gravosidad de la medida correctora que, como advierte Castromil, puede hacer inviable una operación cuando es irreversible”³³.

Concluye con acierto dicha autora indicando que “la dificultad que entraña la prueba de los fines fraudulentos o evasivos tal como esta planteado el precepto (se refiere al redactado del art. 110.2 de la ley anterior al actualmente vigente) (...) de forma indirecta supone un menoscabo a la neutralidad postulada en el preámbulo de la Ley como criterio inspirador de esta regulación”³⁴.

A juicio de Arnau Zoroa³⁵, “objetivos ilícitos pueden ser la mera interposición de sociedades, la búsqueda de un clima fiscal más benévolo, la conexión con entidades residentes en paraísos fiscales, etc.”.

Más certero es en nuestra opinión Delgado Pacheco³⁶ al señalar que el supuesto general de cláusula antiabuso recogido en nuestro ordenamiento interno vigente hasta el 31 de diciembre de 2000 “no puede situarse en el terreno de la simulación o del principio de calificación, puesto que no ofrece dudas que dicho precepto se enfrenta a operaciones societarias ciertas y efectivas desde cualquier punto de vista” razón por la que constituiría, más bien, “una manifestación particular del fraude de ley”³⁷.

³¹ NAVARRO EGEE, Mercedes. Ob. Cit. Pág. 244.

³² NAVARRO EGEE, Mercedes. Ob. Cit. Págs. 244 y 245.

³³ NAVARRO EGEE, Mercedes. Ob. Cit. Pág. 245.

³⁴ NAVARRO EGEE, Mercedes. Ob. Cit. Pág. 245.

³⁵ ARNAU ZOROA, Francisco. Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de ramas de actividad y canje de acciones. (Derecho español Ley 29/1991 – Directiva comunitaria 90/434/CEE). Gaceta Fiscal núm. 96/1992. Pág. 212.

³⁶ DELGADO PACHECO, Abelardo. El fraude de Ley y los negocios jurídicos anómalos en la doctrina del TEAC y la jurisprudencia tributaria. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº 16 3ª época. Septiembre 2000. Pág. 106.

³⁷ DELGADO PACHECO, Abelardo. Ob. Cit. Pág. 106.

En idéntico sentido se pronuncia De la Hucha Celador³⁸ al subrayar la similitud en la terminología utilizada en el art. 24 de la Ley General Tributaria y en el procedimiento de regularización previsto en el art. 110.2 de la ley del impuesto, en su redacción anterior.

En cualquier caso, hemos de coincidir con Menéndez García en el sentido de que *“la utilización de los términos ‘fraude’ (o ‘elusión’ en versiones en otros idiomas distintos del castellano) y ‘evasión’ fiscal para delimitar el supuesto de hecho en el art. 11.1 a) de la Directiva pretenden seguramente amparar la variedad de mecanismos y doctrinas antiabuso que en los Estados comunitarios se aplica”*³⁹ siendo no obstante criticable la utilización de dichas expresiones *“por su vaguedad y por su falta de correspondencia respecto de las técnicas previstas en nuestro ordenamiento en materia de negocios anómalos e ilícitos tributarios (infracción tributaria, simulación, fraude de ley tributaria en sentido estricto)”*⁴⁰ adoleciendo de la *“misma falta de precisión (...) la consecuencia jurídica prevista en el citado artículo 110.2”*⁴¹.

En tal sentido, toda discusión doctrinal al respecto *“parece baldía”* ya que *“la acusada ambigüedad de los términos empleados en el artículo 110.2 LIS, tanto para definir el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, impide atribuir a este precepto un contenido ajeno al propio de las normas que, con carácter general, reaccionan frente a los negocios anómalos y las infracciones tributarias”*⁴².

Desde este punto de vista, prosigue este último autor, *“el artículo 110.2 LIS es un precepto sin contenido propio, un precepto que opera implícitamente una innecesaria remisión a esas otras normas. En suma, tanto si se entiende que se refiere exclusivamente al fraude de ley tributaria como si se le atribuye un ámbito de aplicación más amplio, el precepto no añade nada a lo previsto en esas normas de alcance general, ni en lo que se refiere a la delimitación del supuesto de hecho, ni en lo que se refiere a las consecuencias aplicables”*⁴³.

De hecho, continúa, *“esta idea está implícita en la mayor parte de las posiciones doctrinales antes citadas, que sólo difieren en la denominación del instituto o institutos a que se remite el artículo 110.2 LIS, sin que la tesis mantenida a este respecto implique, lógicamente, la negación de la aplicabilidad de las restantes normas sobre anomalías negociales e infracciones. Interpretando de otra forma el artículo*

³⁸ Vid. DE LA HUCHA CELADOR, Fernando. El nuevo régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores, estudio de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre. Crónica Tributaria núm. 62/1992. Pág. 62.

³⁹ MENÉNDEZ GARCÍA, Gerardo. Ob. Cit. Pág. 93.

⁴⁰ MENÉNDEZ GARCÍA, Gerardo. Ob. Cit. Pág. 93.

⁴¹ MENÉNDEZ GARCÍA, Gerardo. Ob. Cit. Pág. 93.

⁴² MENÉNDEZ GARCÍA, Gerardo. Ob. Cit. Pág. 95.

⁴³ MENÉNDEZ GARCÍA, Gerardo. Ob. Cit. Pág. 95.

110.2 LIS, atribuyéndole un contenido propio, la indeterminación de los términos empleados exigiría una integración en el caso concreto, integración que correspondería en primer término a la Administración tributaria, con posible quebranto de las exigencias que en el ámbito tributario se deducen de los principios constitucionales de seguridad y de reserva de ley”⁴⁴.

No puede por último ignorarse el Informe nº 1 de la OCDE abril del año 1997 sobre *“l'évasion et la fraude fiscales internationales”* en el que se afirma que *“se entiende por ‘fraude fiscal’ cualquier acción del contribuyente que implique una violación de la ley, si se puede probar que el interesado ha actuado con el propósito deliberado de escapar al impuesto”*, precisando no obstante a continuación que *“en cualquier caso, para la mayoría de los países, la dificultad consiste menos en distinguir ‘el fraude’ de ‘la evasión’ que en delimitar la noción de ‘evasión fiscal’ ”*.

Así, tras afirmar que *“es posible reducir, incluso suprimir, su carga fiscal mediante una ‘planificación’ del todo aceptable”* señala a continuación que *“es evidente que los Estados no tienen ninguna intención de luchar contra este tipo de actividades”*.

Precisamente por ello, *“el hecho de calificar la ‘planificación’ fiscal (...), de ‘evasión fiscal’, ya significa forzar el sentido común de las palabras”* tendiendo *“los Estados (...) a adoptar una óptica pragmática, de forma a incluir en la evasión fiscal, las formas de minimización de la carga fiscal que son inaceptables para los poderes públicos”*.

A juicio de los redactores de dicho informe, *“se podría también adoptar una definición más amplia de la ‘evasión fiscal’ que cubriera todas las formas de reducción de la carga fiscal, y hacer una distinción entre la evasión ‘aceptable’ y la evasión ‘inaceptable’ ”*, cuestión ésta *“de terminología puesto que los mismos problemas de identificación se plantean en ambos casos”*. Sin embargo, *“parece ser que utilizando la expresión ‘evasión fiscal’ (...) - es decir, por definición, la evasión inaceptable - uno se acerca al uso corriente”*.

Al profundizar en dicho tipo de evasión, destaca el informe que *“en la casi totalidad de los casos, un elemento artificial está presente”* o, dicho de otra forma, *“las diferentes disposiciones que han sido tomadas no tienen una meta esencialmente comercial o económica”*.

⁴⁴ MENÉNDEZ GARCÍA, Gerardo. Ob. Cit. Pág. 95.

La evasión fiscal, prosigue aquél, “saca a menudo provecho de fallos de la legislación o de la aplicación de disposiciones legales con fines diferentes de los que su-puestamente servía”.

De la lectura de dicho informe puede concluirse que el concepto de fraude o de evasión fiscal no pueden en ningún caso identificarse con el ahorro lícito de impuestos.

Así las cosas, y como con acierto apunta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia Leur- Bloem, “*de las letras d) y h) del artículo 2 así como de la letra a) del apartado 1 del artículo 11 se deduce que los Estados miembros deben conceder las ventajas fiscales previstas por la Directiva a las operaciones de intercambio de acciones a que se refiere la letra d) del artículo 2 de la Directiva, a menos que estas operaciones tengan como objetivo principal o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal*” pudiendo al respecto los Estados miembros establecer una presunción de que la operación se ha realizado con finalidad de fraude o evasión fiscal cuando aquélla no se haya efectuado por “*motivos económicos válidos*”.

4.2.2 Naturaleza de la presunción del art. 11.1 a) de la Directiva.

A las dudas anteriores deben ahora añadirse las que se refieren al carácter absoluto o relativo de la presunción recogida en el segundo inciso del art. 11.1 a).

En efecto, el citado artículo establece que “*el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1.º 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*”.

Según Hoenjet⁴⁵ la cuestión que se plantea es la de si la presunción de fraude o evasión fiscal admite o no prueba en contra cuando están ausentes motivos comerciales válidos.

Según dicho autor, cuya opinión compartimos, en el fallo *Leur-Bloem* el Tribunal repite que el art.11.1 a) contiene una “*presunción*” sin mencionar si ésta admite o no prueba en contrario.

Por el contrario, prosigue, a partir de los párrafos 39, 40 y 43 de la misma, se puede concluir que se debe determinar en cada caso –incluso en ausencia de motivos comerciales válidos– si realmente existe fraude o evasión fiscal razón por la que, a juicio de aquél, dicha presunción es sólo una indicación del *onus probandi*.

⁴⁵ HOENJET, François. The Leur-Bloem judgment: the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger Directive EC TAX REVIEW 1997/4. Págs. 206 y ss.

En su opinión, en ausencia de motivos económicos válidos, el contribuyente debería demostrar que la evasión o el fraude fiscal no es el motivo principal o uno de los motivos principales de las transacciones pretendidas lo que tan sólo puede probarse mediante otros motivos que, en ausencia de los económicamente válidos, sólo pueden ser motivos fiscales distintos a la evasión o fraude.

Para dicho autor, el hecho de que la compensación horizontal de pérdidas no sea a juicio del Tribunal un motivo económico válido no significa que la operación de que se trate se realice con la finalidad de evasión o fraude fiscal.

Por ello, y, en su opinión, la Sra. Leur-Bloem cumplía las condiciones para un intercambio de acciones libre de impuestos.

Para Weber⁴⁶ si bien es cierto que la compensación de pérdidas es un motivo básicamente fiscal cuyo consiguiente ahorro no se puede caracterizar fácilmente como un motivo económico válido ya que, de lo contrario, las construcciones para ahorrar impuestos ya no constituirían un abuso, no lo es menos que hay que tener presente que la “unidad fiscal” (o la tributación consolidada en nuestro país) es una figura que ofrece la legislación fiscal siendo el ahorro impositivo que esta produzca intrínseco a la misma, razón por la que el uso de una figura que ofrece la ley debe ser, per sé, un motivo económico válido. Ofreciendo pues la ley una opción al contribuyente, nada le prohíbe hacer una elección favorable, mientras no contravenga la finalidad de la ley.

Sin embargo, para Radler, y basándose en el texto alemán (*‘vom Vorliegen eines solchen Beweggrundes kann ausgegangen werden wenn ...’*), dicha presunción no admite prueba en contrario⁴⁷.

Contraria a los planteamientos de Weber es en nuestra doctrina Gómez Verdesoto que al comentar el fallo aludido señala que siendo evidente “*la finalidad estrictamente fiscal que guía la operación (...), a pesar de que los beneficios que se persiguen no se deriven del propio canje de acciones sino de la estructura societaria resultante (compensación de pérdidas dentro de la entidad creada). El hecho de que la legislación neerlandesa ofrezca expresamente esta posibilidad (...) no es razón suficiente que permita aplicar de modo distinto las disposiciones de la Directiva*”⁴⁸.

⁴⁶ WEBER, Dennis. A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive. EC TAX REVIEW 1996/2. Págs. 63 y ss.

⁴⁷ RADLER, A.J. Do national anti-abuse clauses distort the internal market?. European Taxation. Septiembre 1994. Pág. 313.

⁴⁸ GÓMEZ VERDESOTO, Marta. Ob. Cit. Pág. 1053.

Fundamenta la citada autora su opinión en el propio texto del fallo aludido al afirmarse en éste que *“existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse”*⁴⁹.

En tal sentido, *“de haber considerado motivo económico válido dicha compensación por ser una posibilidad prevista expresamente por el legislador neerlandés, se llegaría a la conclusión de aplicar de forma distinta la Directiva en cada Estado miembro, según las posibilidades de ahorro fiscal asociadas a la estructura societaria creada que ofreciera la normativa interna de cada uno de ellos”*⁵⁰.

Sin embargo, si aceptamos que el fraude o la evasión fiscal no pueden nunca identificarse con el ahorro lícito de impuestos y que toda utilización lícita de las distintas posibilidades que nos ofrece el ordenamiento jurídico es en cualquier caso legítima, la aplicación de la Directiva comunitaria no produce mayor *“distorsión”* que en su caso la ya *“existente”* en la propia norma.

En definitiva, el régimen fiscal común que establece la Directiva es independiente y compatible con el resto de normas previstas en nuestro derecho positivo.

Siguiendo con el tema que nos ocupa, para López Tello⁵¹, basta con la presunción *“probar la carencia de motivos económicos válidos (hecho demostrado) para concluir en la finalidad principal de fraude o evasión fiscal (hecho que se pretende deducir)”*.

Como acertadamente resume Menéndez García⁵², *“esta diversidad de posiciones doctrinales sobre el alcance de la presunción responde a una distinta concepción del ‘fraude’ o ‘evasión’ fiscal a que se refiere el artículo 11.1 a) de la Directiva”*.

En efecto, *“la atribución de un carácter absoluto a la presunción parece responder a una identificación de la ausencia de motivos económicos válidos y, en particular, de la búsqueda de una ventaja fiscal con el objetivo de ‘fraude’ o ‘evasión’ fiscal”*⁵³, identificación que a juicio de dicho autor se hace expresa para López Tello *“quien equipara en este contexto ‘fraude’ o ‘evasión’ fiscal con la obtención de una minoración en el pago de impuestos”*, opinión ésta distinta a la de Hoenjet, que compartimos, que *“parte de un concepto más restringido de ‘fraude’ o ‘evasión’ fiscal”* al entender que *“la finalidad*

⁴⁹ GOMEZ VERDESOTO, Marta. Ob. Cit. Pág. 1054.

⁵⁰ GOMEZ VERDESOTO, Marta. Ob. Cit. Pág. 1054.

⁵¹ LOPEZ TELLO, Jesús. Ob. Cit. Pág. 258.

⁵² MENÉNDEZ GARCIA, Gerardo. Ob. Cit. Pág. 92.

⁵³ MENÉNDEZ GARCIA, Gerardo. Ob. Cit. Pág. 92.

*de ahorro fiscal no es siempre calificable como un objetivo de evasión o elusión fiscal en el sentido del artículo 11.1 a) de la Directiva*⁵⁴.

Para Falcón y Tella⁵⁵, no cabe concluir que *“la falta de un motivo económico válido conlleva la aplicación automática de la cláusula antielusoria (...) sino que ello simplemente puede constituir una presunción de la finalidad antielusoria, que (...) es lo máximo a que permite llegar la Directiva”*.

Por tanto, prosigue aquél, *“la carga de la prueba de una finalidad de fraude o elusión sigue correspondiendo a la Administración, como resulta de las reglas generales sobre carga de la prueba a que remite el artículo 114 LGT”*⁵⁶ habiendo supuesto únicamente la actual redacción del art. 110.2 de la ley del Impuesto sobre Sociedades *“la facilitación de esa prueba a través de la presunción ‘iuris tantum’ (...) de que existe voluntad elusoria si no existe ningún otro motivo económico como la reestructuración o la racionalización de la actividad”*⁵⁷.

A juicio de Menéndez García⁵⁸ *“la incorporación a nuestro ordenamiento de la presunción de “fraude o evasión fiscal” fundada en la ausencia de “motivos económicos válidos” facilita “la aplicación de la cláusula general contra el fraude de ley tributaria “ex” artículo 24 de la Ley General Tributaria”*⁵⁹, presunción que, a juicio de Gómez Verdesoto, permite a la Administración *“prescindir de la prueba de otros elementos a que se refiere”* dicho artículo⁶⁰.

En nuestra opinión, la presunción del art. 11.1 a) de la Directiva es una presunción *“iuris tantum”* dependiente del presupuesto hecho base que aquélla pretende evitar: el fraude o la evasión fiscal.

Dicho de otro modo, el régimen especial previsto en el Capítulo VIII del Título VIII de la ley del Impuesto sobre Sociedades será siempre de aplicación en la medida que las operaciones que se realicen no tengan como finalidad principal o como uno de los objetivos principales el fraude o la evasión fiscal.

La diferencia pues entre el anterior y el actual redactado del art. 110.2 de aquélla se ciñe, únicamente, no en quién debe soportar la carga de la prueba, que siempre será la Administración, sino en lo que debe ésta probar.

⁵⁴ MENÉNDEZ GARCIA, Gerardo. Ob. Cit. Pág. 92.

⁵⁵ FALCON Y TELLA, Ramón. La nueva redacción de la cláusula antiabuso en el régimen de fusiones, esisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS. Quincena Fiscal. Febrero 2001/II. Pág. 6.

⁵⁶ FALCON Y TELLA, Ramón. Ob. Cit. Pág. 6.

⁵⁷ FALCON Y TELLA, Ramón. Ob. Cit. Pág. 6.

⁵⁸ MENÉNDEZ GARCIA, Gerardo. Ob. Cit. Pág. 97.

⁵⁹ MENÉNDEZ GARCIA, Gerardo. Ob. Cit. Pág. 97.

⁶⁰ GOMEZ VERDESOTO, Marta. Ob. Cit. Pág. 1055.

En cualquier caso, y al tratarse de una presunción “*iuris tantum*”, cabrá siempre la prueba en contra, esto es, la de que la operación realizada no tiene como finalidad principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal

4.2.3 El concepto de “*motivos económicos válidos*”

La presunción que acabamos de comentar requiere, como hemos visto, que la Administración pruebe en cada caso la inexistencia de motivos económicos válidos.

Los comentarios que sobre dicha expresión deben hacerse, ya los hemos hecho en gran parte.

Sin embargo, conviene reflexionar de nuevo sobre el concepto y alcance de tal expresión.

Al respecto, es unánime la doctrina al señalar que en tales casos nos estamos refiriendo a lo que en la jurisprudencia norteamericana y en el Derecho anglosajón se denomina “*business purpose test*” o “*good business purpose*”, o “*prueba de la finalidad económica*” o de la “*finalidad de los negocios*”, prueba que lo que persigue es constatar la falta de explicación racional de la forma elegida, de manera que ésta tan sólo se explica por la finalidad de elusión de impuestos.

A juicio de Palao Taboada⁶¹, la “*business purpose test*” es “*un criterio útil para determinar cuándo existe fraude a la ley*” y que “*consiste en preguntarse si la configuración adoptada para las operaciones realizadas, su ‘forma jurídica’, se justifica por necesidades empresariales; si la respuesta es negativa se pone de manifiesto que dicha configuración se eligió solamente por motivos de elusión fiscal, o sea, con el ‘propósito probado de eludir el impuesto’*”.

Recuerda Falcón y Tella⁶², que el negocio simulado no puede confundirse con el “*negocio realmente celebrado pero carente de un motivo económico válido*”. En este último caso, prosigue, “*no existe por ésta causa engaño o simulación alguna*” por “*lo que no cabe ninguna reacción, al margen de las previstas en la Ley (...) como no sea a través del expediente de fraude de ley, si se cumplieran los requisitos para incoar éste*”⁶³.

Conviene también recordar que la expresión “*motivos económicos válidos*” no es extraña en nuestro ordenamiento jurídico tributario.

⁶¹ PALAO TABOADA, Carlos. El atolladero del fraude a la ley tributaria. Estudios Financieros núms. 209-210. Págs. 144 y 145.

⁶² FALCON Y TELLA, Ramón. El fraude a la ley tributaria como mecanismo para gravar determinadas economías de opción. Revista Técnica Tributaria, núm. 31. Octubre/Diciembre 1995. Pág. 72.

⁶³ FALCON Y TELLA, Ramón. El fraude a la ley tributaria ... Ob. Cit. Pág. 72.

Así, por ejemplo, el art. 20 bis. 3 c) de la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades, señala que no será de aplicación el régimen previsto para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y plusvalías de fuente extranjera *“a las rentas de fuente extranjera procedentes de entidades que desarrollen su actividad en el extranjero con la finalidad principal de disfrutar del régimen fiscal previsto en este artículo”* presumiéndose *“que concurre dicha circunstancia cuando la misma actividad que desarrolla la filial en el extranjero, en relación con el mismo mercado, se hubiera desarrollado con anterioridad en España por otra entidad, que haya cesado en la referida actividad y que guarde con aquélla alguna de las relaciones a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio, salvo que se pruebe la existencia de otro motivo económico válido”*.

Así mismo, el art. 20 quater establece en su número 4 que no se aplicara la deducción por inversiones para la implantación de empresas en el extranjero *“en relación con aquellas entidades filiales que desarrollen su actividad en el extranjero con la finalidad principal de disfrutar de la deducción prevista en el mismo”* presumiéndose *“que concurre dicha circunstancia cuando la misma actividad que desarrolla la filial en el extranjero, en relación con el mismo mercado, se hubiera desarrollado con anterioridad en España por otra entidad que haya cesado en dicha actividad y que guarde con aquélla alguna de las relaciones a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio, salvo que se pruebe la existencia de otro motivo económico válido”*.

La incorporación de la expresión *“motivo económico válido”*, es calificada por cualificada doctrina como *“ambigua”* subrayando ésta el *“avance de ideas y conceptos extraños a nuestra cultura jurídica, traídos de la idiosincrasia anglosajona que se encuentra en abierta expansión”*⁶⁴.

Ahora bien, ¿qué se entiende por motivos económicos válidos?

De la lectura de los preceptos transcritos y de la ya acuñada jurisprudencia norteamericana, se deduce que su aplicación se limita a aquellos casos en los que normalmente el único objetivo perseguido es el de beneficiarse de una norma fiscal dictada con finalidad distinta a la utilizada por el contribuyente.

En efecto; el art. 20 quater de la ley del Impuesto sobre Sociedades no pretende otra cosa que fomentar la implantación de empresas en el extranjero. Por tal motivo, se excluye de dicha *“ventaja fiscal”* a aquellas sociedades cuya actividad desarrollada por la filial en el extranjero, en relación con el mismo mercado, se hubiera desarrollado con anterio-

⁶⁴ Equipo de Dirección de Jurisprudencia Tributaria Aranzadi en el comentario de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de octubre de 1997. Jurisprudencia Tributaria Aranzadi núm. 20. Febrero 1998 (Presentación). Pág. 12.

ridad en España por otra entidad que haya cesado en dicha actividad y que guarde con aquélla alguna de las relaciones a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio.

¿Por qué?; pues porque si lo que se persigue es la implantación de empresas españolas en el extranjero mediante la adquisición de participaciones en los fondos propios de sociedades no residentes en territorio español que permitan alcanzar la mayoría de los derechos de voto en ellas, siempre que se cumplan, entre otros requisitos, que las actividades desarrolladas por la sociedad participada no se hayan ejercido anteriormente bajo otra titularidad, es lógico que en aquellos casos en los que la actividad desarrollada por la filial en el extranjero, en relación con el mismo mercado, se hubiera desarrollado con anterioridad en España por otra entidad que haya cesado en dicha actividad y que guarde con aquélla alguna de las relaciones a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio, se le excluya de tales beneficios fiscales salvo que se justifiquen que concurren otros motivos distintos a los de beneficiarse de la deducción correspondiente.

En otros casos, las cláusulas antiabuso no son de carácter general, sino particular, cláusulas que, como ya hemos dicho anteriormente, no persiguen otra cosa que el evitar que se “*abuse*” de la norma al utilizarse ésta con finalidad distinta a la que se dictó.

Así por ejemplo, y al objeto de evitar la compensación “*indebida*” de bases imponibles negativas, el art. 23 de la ley del Impuesto sobre Sociedades limita esta última en aquellos casos en los que concurren las siguientes circunstancias:

a) Que la mayoría del capital social o de los derechos a participar de los resultados de la entidad hubiere sido adquirida por una persona o entidad o por un conjunto de personas o entidades vinculadas, con posterioridad a la conclusión del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa.

b) Que las personas o entidades a que se refiere la letra anterior hubieran tenido una participación inferior al 25 por 100 en el momento de la conclusión del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa.

c) Que la entidad no hubiera realizado explotaciones económicas dentro de los seis meses anteriores a la adquisición de la participación que confiere la mayoría del capital social.

Así mismo, y por citar otro ejemplo, el art. 34.5 de la ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas pretende evitar la utilización incorrecta del mecanismo de integración y compensación de ganancias y pérdidas patrimoniales, en particular, la generación “*artificial*” de pérdidas patrimoniales para “*su posterior compensación*”.

En efecto, establece dicho precepto que no se computaran como pérdidas patrimoniales ni las derivadas de las transmisiones de valores o participaciones admitidos a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores españoles, cuando el contribuyente hubiera adquirido valores homogéneos dentro de los dos me-

ses anteriores o posteriores a dichas transmisiones, ni las derivadas de las transmisiones de valores o participaciones no admitidos a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores españoles, cuando el contribuyente hubiera adquirido valores homogéneos en el año anterior o posterior a dichas transmisiones.

De igual forma, el régimen de transparencia fiscal aplicable a las sociedades de mera tenencia de bienes y/o sociedades de cartera, no pretende otra cosa que evitar la “*artificiosa*” utilización de sociedades con el único objeto de “*eludir*” la progresividad del impuesto que les es propio y cobijarse en la de otro con un tipo impositivo más “*ventajoso*”.

Obsérvese, pues, que la cláusula antiabuso pretende siempre impedir la utilización abusiva o forzada de una norma y, por ende, una minoración “*artificiosa*” en el pago de los impuestos.

Pero nótese que en estos casos de “*abuso*” o “*artificio*” se ha producido realmente una transmisión de valores con pérdida patrimonial, la constitución de sociedad mercantil calificada de “*mera tenencia de bienes*”, una compra-venta real de acciones o participaciones de una sociedad “*con bases imponibles negativas pendientes de compensación*”, etc....

No se cuestiona, en definitiva, el negocio jurídico realizado, negocio que es el realmente querido por las partes. Lo que se cuestiona es si ese negocio, real, y no aparente, tiene como finalidad la utilización de la norma con una finalidad distinta para la que ésta se dictó.

Así, por ejemplo, está claro que cualquier contribuyente es libre de compensar una ganancia patrimonial obtenida en la transmisión de unas determinadas acciones con la pérdida de idéntica naturaleza producida por la transmisión de otras acciones. Pero si lo que el contribuyente hace es realizar una pérdida latente de determinados valores recomprándolos inmediatamente después compensándose ésta con la ganancia obtenida en la transmisión de otras acciones, parece lógico que el legislador incluya una norma antielusoria al objeto de evitar un uso indebido de la misma.

Y nótese bien, que nadie cuestiona la veracidad o no de las transmisiones realizadas, sino la finalidad que se persigue con estas.

Lo que subyace en tales casos es el uso indebido de la norma.

En efecto; siendo pues correcto el negocio jurídico realizado, en nuestro caso, la transmisión de unas determinadas acciones, puede no serlo la finalidad que con el mismo se persigue, sin que por tal motivo el resultado obtenido, la obtención de una pér-

dida patrimonial, sea relevante por sí mismo sino en cuanto éste se conecta con el resultado realmente conseguido, conexión que, según sean las circunstancias que concurren, permite presumir que se realizó aquél con la única finalidad de obtener una determinada ventaja fiscal.

Lo hasta aquí comentado tiene en nuestra opinión íntima relación con el tema que nos ocupa, pues la minoración de impuestos puede ser, precisamente, el objetivo económico perseguido en una determinada operación.

Baste recordar, de nuevo, que siendo el Impuesto sobre Sociedades un coste más para la empresa, la obligación de todo empresario es la de maximizar su rentabilidad minimizando el riesgo y, para ello, debe actuar respecto a todos los costes que le permitan conseguir tal objetivo.

A nadie se le escapa que en ocasiones determinadas decisiones económicas pueden adoptarse según cual sea la legislación fiscal aplicable, por ejemplo, iniciar un plan de formación del personal consecuencia de la deducción prevista en el la ley del Impuesto sobre Sociedades, incentivar el uso de las nuevas tecnologías consecuencia de lo previsto en esta última u optar por un renting en lugar de un arrendamiento financiero.

La empresa que actúa así ¿lo hace con el objetivo de abusar de la norma?

Está claro que no; pero claro es también que según cual sea la legislación fiscal ésta puede incidir de forma importante en la toma de cualquier decisión o estrategia empresarial.

¿Es una ventaja fiscal el régimen de empresas de reducida dimensión?. Creo, sinceramente, que no. Es una normativa con la que se pretende fomentar un determinado tejido empresarial dada la importancia que éste tiene en nuestra economía.

Otra cosa es que pretendan beneficiarse de dicho régimen determinadas empresas para las que no estaba aquél concebido mediante la utilización de determinados negocios jurídicos que conllevan a un uso indebido, no de dicho negocio, sino de la finalidad intrínseca al citado régimen.

En este contexto, podríamos también preguntarnos si la reorganización de grupos con el único objeto de optar por el régimen de tributación consolidada tiene como finalidad una minoración abusiva de impuestos.

Resulta obvio, también, que la respuesta debe ser nuevamente negativa, y no sólo porque éste, como cualquier otro régimen especial, está expresamente previsto en la ley, sino, también, porque la empresa es libre de organizarse o reestructurarse como desee.

Pensemos, además, que el propio régimen parte de la base de la existencia de una “*unidad*” de empresa en la que carece de sentido la consideración “*individualizada*” de las sociedades integrantes en el grupo.

Pero es más, el propio régimen contiene ya sus propias cautelas.

En efecto, el art. 81.4 de la ley del Impuesto sobre Sociedades establece que no pueden formar parte de los grupos de sociedades las entidades en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que gocen de exención por este impuesto.
- b) Que al cierre del período impositivo se encuentren en situación de suspensión de pagos o quiebra, o incursas en la situación patrimonial prevista en el número 4.º del apartado 1 del artículo 260 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aun cuando no tuvieran la forma de sociedades anónimas, a menos que con anterioridad a la conclusión del ejercicio en el que se aprueban las cuentas anuales esta última situación hubiese sido superada.
- c) Las sociedades dependientes que estén sujetas al Impuesto sobre Sociedades a un tipo de gravamen diferente al de la sociedad dominante.
- d) Las sociedades dependientes cuya participación se alcance a través de otra sociedad que no reúna los requisitos establecidos para formar parte del grupo de sociedades, en particular:
 - Que esté participada, directa o indirecta, al menos, en un 90 por 100 de su capital social el primer día del período impositivo en que sea de aplicación este régimen de tributación.
 - Que dicha participación se haya ostentado de modo ininterrumpido al menos con un año de antelación al día citado en la letra anterior y se mantenga también durante todo el período impositivo.
 - Que no reúna los requisitos para ser considerada como dominante.
 - Que no esté sometida al régimen de transparencia fiscal.

La pregunta es clara: ¿es motivo económico válido la creación de un “*grupo*” de sociedades con el único objetivo de poderse acoger en su día al régimen especial de tributación consolidada?

A nuestro juicio, la respuesta debe ser necesariamente afirmativa.

Nos explicamos.

Si una única sociedad, propietaria de sus inmuebles, con una política de reinversión de los beneficios obtenidos, con el único objetivo de diversificar su riesgo

patrimonial y “ubicar” adecuadamente sus activos, decide escindirse totalmente en dos sociedades, una propietaria de aquéllos, y, otra, donde efectivamente se desarrolla la actividad, realizando simultáneamente un canje de valores mediante la creación de una sociedad holding y acogiéndose posteriormente al régimen de tributación consolidada ¿qué razón hay para que aquélla no pueda acogerse al régimen especial?.

Aunque pequeña sea la dimensión de la empresa, su estructura organizativa ha cambiado; es, incluso, hasta más razonable, tanto jurídica como tributaria y patrimonialmente hablando, y, seguramente, no habrá ningún “ahorro” posterior de impuestos.

En ningún caso puede entenderse que por no haberse producido cambio alguno y ser más “beneficiosa” la tributación consolidada estamos ante una ventaja fiscal de las del art. 110.2.

No en vano, el régimen de tributación consolidada no es un beneficio fiscal sino un régimen tributario previsto en la ley que sin producir ahorro alguno racionaliza las operaciones intergrupo al tratarlas, a efectos fiscales, como una unidad.

Sería sin duda un error que en tales casos se entendiera no aplicable el régimen especial del Capítulo VIII del Título VIII.

La propia estructura de “grupo” tiene, además, un sustrato netamente económico y empresarial que no requiere de mayor justificación.

¿Puede la Administración cuestionarlo? Creemos que no.

Cosa distinta sería, tal vez, que una determinada sociedad con bases imponibles negativas cuyo plazo de compensación finaliza y que ha cesado recientemente su actividad creara una estructura de grupo para compensar aquéllas con bases imponibles positivas de otra sociedad y que, de no hacerse así, difícilmente podrían compensarse, como también podría cuestionarse la creación de un “grupo” o de cualquiera de las operaciones descritas para “beneficiarse” de lo dispuesto en el régimen de tributación consolidada que, de no acogerse al mismo, y por las circunstancias que concurren en el supuesto de que se trate, difícilmente podría acceder a dicho “beneficio”.

Pero en cualquier caso, y como con acierto observa López Tello⁶⁵, “*lo que ya no es tan obvio es que el régimen de los grupos consolidados fiscales responda única o principalmente a una finalidad de fraude o evasión fiscal ya que “ello sería tanto como*

⁶⁵ LOPEZ TELLO, Jesús. Ob. Cit. Pág. 267.

admitir que el régimen fiscal de los grupos de sociedades supone per sé una menor tributación” lo que, a su juicio, es un error.

Precisamente por ello, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia *Leur-Bloem*, afirma no sin razón, aunque hierra en sus conclusiones, que el concepto de motivo económico válido con arreglo al artículo 11 de la Directiva 90/434 debe interpretarse en el sentido de que es más amplio que la búsqueda de una ventaja puramente fiscal.

No sin acierto precisa al respecto Falcón y Tella que *“el concepto de motivos económicos válidos es más amplio, pero no distinto, que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal”*⁶⁶.

Coincidimos pues plenamente con quienes piensan que *“el ahorro de impuestos es uno más de los motivos lícitos que influyen en las decisiones de todos los contribuyentes”* no siendo pues *“condenable”* la motivación fiscal por sí misma⁶⁷.

Llegados a este punto conviene precisar la afirmación de Hoenjet en el sentido de que *“en ausencia de los económicamente válidos, sólo pueden ser motivos fiscales distintos a la evasión o fraude”*.

No se trata de que en ausencia de motivos económicos válidos haya de acudirse a otros motivos, como los fiscales, cuando con éstos no se pretenda el fraude o la evasión fiscal, sino que tales motivos son uno más de entre los incluidos en la expresión *“motivos económicos válidos”*.

Matiz, éste, que, como ya hemos visto, está implícito en la argumentación de Weber en el sentido de que el uso de una figura que ofrece la ley debe ser, *per sé*, un motivo económico válido. Esto es, ofreciendo la ley una opción al contribuyente, nada le prohíbe hacer una elección favorable, mientras no contravenga la finalidad de la ley.

Señala así con acierto Menéndez García⁶⁸ que *“en ocasiones, esas operaciones se pueden llevar a cabo con la finalidad primordial de aprovecharse de determinadas ventajas fiscales expresamente previstas en nuestro ordenamiento en relación con la propia operación o en relación con la estructura societaria creada como consecuencia de la misma, sin incurrir en el artificio característico del fraude de ley tributario”*.

⁶⁶ FALCON Y TELLA, Ramón. La nueva redacción de la cláusula antiabuso ... Ob. Cit. Pág. 7.

⁶⁷ Equipo de Dirección de Jurisprudencia Tributaria en el comentario de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de octubre de 1997. Jurisprudencia Tributaria Aranzadi, núm. 20. Febrero 1998 (Presentación) Pág. 12.

⁶⁸ MENÉNDEZ GARCÍA, Gerardo. Ob. Cit. Págs. 98 y 99.

Es tal vez Sánchez Olivan⁶⁹, quien con mayor exactitud se pronuncia al respecto al afirmar que *“toda operación de las contempladas por la Ley es legítima (...), y también será legítima su utilización como cauce para el aprovechamiento de ventajas fiscales a las que se tenga un derecho regularmente ganado, a ninguno de cuyos supuestos puede aplicarse la condición de fraudulentos. Sólo montajes burdos, difícilmente viables jurídicamente, podrían infringir en forma clara la Ley”*.

4.3 El nuevo art. 110.2 de la Ley 43/1995

Llegados a este punto, estamos ya en condiciones de analizar adecuadamente el art. 110.2 de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades que en su actual redacción establece, como sabemos, 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 citado artículo incorpora pues desde su entrada en vigor la presunción del art. 11.1 a) de la Directiva con no obstante algunas diferencias importantes.

Mientras que la Directiva comunitaria establece que *“el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1º 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”*, el art. 110.2 señala que *“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”*, siendo precisamente esta última expresión, *“ventaja fiscal”*, la que debe ser objeto de una adecuada interpretación.

Pues bien; lo que se deduce de una lectura literal de este último es que probada que la única finalidad de la operación es la de conseguir una ventaja fiscal se entenderá probada la inexistencia de motivos económicos válidos y, por ende, la finalidad de fraude o evasión fiscal.

En tal sentido, la expresión *“ventaja fiscal”* tan sólo puede entenderse en conexión con la finalidad que con carácter general se pretende evitar, a saber, el fraude o la evasión fiscal.

⁶⁹ SÁNCHEZ OLIVAN, José. La fusión y la escisión de sociedades. Aportación de activos y canje de valores. Cesión global del activo y del pasivo. Estudio económico, jurídico, fiscal y contable. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid 1998. Pág. 475.

Lo cierto es que en cualquier caso la única presunción que los Estados miembros pueden incluir en su normativa es la de que en ausencia de motivos económicos válidos se presumirá que el único o principal objetivo de la operación es el fraude o la evasión fiscal.

Por tal motivo, el supuesto “*en particular*” que el art. 110.2 recoge no puede ser ni independiente ni más amplio que el previsto con carácter general, supuesto éste del que aquél es tan sólo una concreción o enumeración singular o puntual.

No en vano, la expresión con la que se inicia el segundo inciso, “*en particular*”, es en nuestra opinión indicativa de que nos encontramos ante un supuesto en concreto en el que lo que se pretende es, en todo caso, la inaplicación del régimen especial en los supuestos de fraude o evasión fiscal.

En tal sentido, el hecho de que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal ha de subordinarse o relacionarse necesaria y directamente con la finalidad principal de evitar el fraude o evasión fiscal.

Dicho de otra forma; la mera obtención de una ventaja fiscal ha de entenderse que lo es con él ánimo o finalidad de fraude o evasión fiscal.

Si así se entiende, la ventaja fiscal a que se refiere el art. 110 de la ley no se refiere a otra cosa que a los supuestos de ventaja fiscal obtenida en fraude de ley.

La presunción así recogida en la ley libera tan sólo a la Administración de tener que probar la finalidad de fraude o evasión fiscal ya que ésta se entenderá probada cuando se pruebe, a su vez, la ausencia de motivos económicos válidos.

Las consecuencias jurídicas que de ello se derivan, y como ya hemos apuntado, son bien distintas.

En definitiva, la interpretación que debe hacerse debe serlo, necesariamente, en el contexto de la norma que le da cobertura, esto es, la Directiva 90/434/CEE.

Sin embargo, apunta Sanz Gadea⁷⁰ que “*el supuesto especial da pie a ser interpretado de manera autónoma e independiente respecto del supuesto general, con lo que acabaría convirtiéndose en un supuesto con sustantividad propia aislado del que hemos denominado supuesto general*” razón por la que existen dos posibles interpretaciones, una, la de entender dicho supuesto como autónomo y, por tanto, de inaplicación del régimen especial, y, otra, como un supuesto especial dependiente del general.

⁷⁰ SANZ GADEA, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 105.

En cuanto supuesto autónomo, el mismo se presentaría si, a juicio de Sanz Gadea⁷¹, concurren dos elementos caracterizadores de la voluntad negocial que da vida a la operación de fusión o asimilada:

a) No está fundada en motivos económicos válidos como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que intervienen en la operación.

b) Está fundada en la finalidad de conseguir una nueva ventaja fiscal.

En dicho supuesto, subraya con acierto dicho autor, que *“ambos elementos caracterizadores deben concurrir”* por cuanto *“la operación puede ser incompatible desde el punto de vista económico, pero si no persigue obtener una ventaja fiscal no existirá causa de inaplicación del régimen”* así como *“la operación puede perseguir una ventaja fiscal, pero, al mismo tiempo, implicar una reestructuración o racionalización desde el punto de vista económico, en cuyo caso tampoco existirá causa de inaplicación”*⁷².

En cualquier caso, el quid de la cuestión, como muy bien advierte Sanz Gadea, es qué se entiende por ventaja fiscal, cuestión que con no menos ingenio resuelve afirmando que la *“respuesta depende de la naturaleza de la relación en que se halle el segundo inciso del artículo 110.2 en relación con el primero”* ya que *“si la relación es de autonomía por ventaja fiscal podemos entender todo régimen o situación tributaria más beneficiosa que la general, pero si es de especialidad, por ventaja fiscal solamente podemos entender el resultado pretendido de una operación en fraude de ley”*⁷³.

Coincidimos con Sanz Gadea que en el contexto de la Directiva la única interpretación posible es la de que estamos ante un supuesto especial dependiente del general, en cuyo caso *“el segundo inciso del artículo 110.2 describiría un supuesto de hecho, integrados por los dos elementos caracterizadores de la voluntad negocial (...), cuya presencia determinaría que la operación realizada tiene como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal”*⁷⁴, interpretación ésta en la que *“parece claro que la ventaja fiscal del artículo 110.2 de la Ley 43/1995 es la ventaja fiscal del artículo 24 de la Ley General Tributaria”*⁷⁵.

En efecto; tanto la expresión *“motivos económicos válidos”* como la de *“ventaja fiscal”* deben ubicarse, no sólo en el contexto de la Directiva comunitaria, que no es otro que el evitar que dichas operaciones se realicen con finalidad de fraude o evasión fiscal, sino, también, en el de las cláusulas antiabuso que, como su propio nombre indica, pretenden evitar el *“abuso”* en la utilización de las normas en las que aquéllas se incluyen.

⁷¹ SANZ GADEA, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 106.

⁷² SANZ GADEA, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 106.

⁷³ SANZ GADEA, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 106.

⁷⁴ SANZ GADEA, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 106.

⁷⁵ SANZ GADEA, Eduardo. Ob. Cit. Págs. 106 y 107.

Se dirá, no sin razón, que dada la naturaleza económica de las operaciones a que nos referimos, carece de sentido la aplicación del régimen fiscal especial cuando su única finalidad sea la de obtener una ventaja fiscal, afirmación que tan solo tendría sentido si en el concepto de motivo económico válido no incluimos el ahorro lícito de impuestos y, por ende, el ahorro ni “artificial” ni “abusivo”, y si se considera que el concepto de ventaja fiscal nada tiene que ver con el de fraude o evasión fiscal.

Por su parte, de entender por ventaja fiscal toda minoración de impuestos, sea o no lícita, estaríamos no sólo estableciendo una cláusula “cuasi” objetiva sino haciendo una interpretación restrictiva y desproporcionada de la cláusula antiabuso del art. 11. 1 a) de la Directiva contraviniendo, pues, la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo.

No obstante, y en opinión de Sanz Gadea⁷⁶, a pesar de que la expresión “*en particular*” con la que se abre el segundo inciso del art. 110 “*apunta a que estamos ante un supuesto de hecho especial dependiente del general contenido en el primer inciso*”, la “*propia literalidad de la norma apunta más bien hacia un supuesto autónomo*”, interpretación ésta que a su juicio se refuerza con el devenir parlamentario de la norma en el que en lugar de la presunción inicialmente recogida en el proyecto de ley aparece en su lugar “*un supuesto de inaplicación del régimen fiscal, cuya relación de dependencia del supuesto contenido en el primer inciso sólo puede mantenerse si la expresión ‘ventaja fiscal’ es el resultado de una operación realizada en fraude a la ley tributaria*”⁷⁷.

A pesar de que en nuestra opinión ésta, y no otra, es la correcta interpretación que del precepto en cuestión debe hacerse, en opinión de Sanz Gadea, y ahí creemos que radica su error, o, tal vez, su fundado temor, es que a su juicio la “*interpretación autonomista gana fuerza si comparamos el segundo inciso del artículo 110.2 de la Ley 43/1995 con el segundo inciso del artículo 11.1 a) de la Directiva 434/1990*”⁷⁸.

En tal sentido, y según aquél, mientras “*en el texto comunitario la ausencia de motivos económicos válidos se configura como un hecho base al que se anuda, vía presunción, el hecho-consecuencia, y la ventaja fiscal, ausente del texto comunitario, solamente juega un papel a partir de la elaboración jurisprudencial del Tribunal de Justicia en el sentido de no constituir un motivo económico válido*”⁷⁹, en “*el texto patrio los motivos económicos válidos no fundamentan una presunción, y la ventaja fiscal, presente en el mismo, juega un papel esencial*”⁸⁰, resaltando a su vez aquél la importante diferencia que el concepto de ventaja fiscal tiene en uno y otro precepto ya que si bien “*en el precepto comunitario la consecución de una ventaja fiscal no se considera un moti-*

⁷⁶ SANZ GADEA, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 107.

⁷⁷ SANZ GADEA, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 107.

⁷⁸ SANZ GADEA, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 107.

⁷⁹ SANZ GADEA, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 107.

⁸⁰ SANZ GADEA, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 107.

vo económico válido, de manera tal que no enerva el hecho base de la presunción, y así la consecución de una ventaja fiscal es un hecho que no juega a favor del contribuyente, pero tampoco en su contra”, en “la norma patria la consecución de una ventaja fiscal juega siempre en contra del contribuyente, si bien no determinará automáticamente la inaplicación del régimen fiscal en la medida en que la operación se hubiese efectuado por motivos económicos válidos”(PP 75 Pag 107).

Cierto. Sin embargo, en esa comparación, es donde creemos radica el error, ya que la interpretación del art. 110.2 no puede hacerse en “comparación con la dicción literal del art. 11.1.a) sino en el “contexto” de este último.

En tal sentido, la interpretación del art. 110.2 debe necesariamente hacerse en el contexto de la Directiva que, como ha ya señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia *Leur-Bloem*, y eso en lo importante, “*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*”.

A pesar de ello, y supuesto de que la interpretación autónoma del segundo inciso del primer párrafo del artículo 110.2 sea la correcta, “*se ha producido un cambio significativo en relación con la regulación precedente*”⁸¹ ya que en esta “*la regulación precedente la inaplicación del régimen del Capítulo VIII del Título VIII únicamente se producía cuando la Administración Tributaria probase que la operación se ha realizado con fines de fraude o evasión fiscal, en tanto que en la vigente, la inaplicación se produce, además, cuando la operación depara una ventaja fiscal y no concurren motivos económicos válidos, como son la reestructuración o racionalización de las actividades de la entidad*”⁸².

Así las cosas, “*la nueva redacción del artículo 110.2 de la Ley 43/1995, admite una interpretación según la cual determinará la aplicación del régimen previsto en el Capítulo VIII del Título VIII, en los siguientes supuestos:*

a) Cuando la operación tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal, entendiéndose por tales los supuestos de violación frontal del ordenamiento tributario y también los de fraude a la ley tributaria y ocultación del hecho imponible mediante simulación.

b) Cuando la operación tenga la finalidad de conseguir una mera ventaja fiscal, entendiéndose por tal el disfrute de un régimen diferente y más beneficioso del que se hubiera disfrutado caso de no realizarse la operación y, además, no concurren motivos económicos válidos como pueden ser la reestructuración o racionalización de las actividades”⁸³.

⁸¹ SANZ GADEA, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 107.

⁸² SANZ GADEA, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 107.

⁸³ SANZ GADEA, Eduardo. Ob. Cit. Págs. 107 y 108.

Así las cosas se pregunta no sin razón Sanz Gadea dónde está el mal de que “en ocasiones” haya podido ser utilizado el Capítulo VIII del Título VIII “para obtener una tributación menor que la hasta entonces soportada por las entidades intervinientes (...), ¿en un régimen que difiere la tributación de unas plusvalías que desde un punto de vista económico-contable no pueden realmente entenderse obtenidas por la operación de fusión o asimiladas, o en un sistema tributario recientemente construido al margen del principio de neutralidad y que por ello creó situaciones de ventaja fiscal?”⁸⁴

Concluye en fin Sanz Gadea afirmando que la nueva redacción del artículo 110.2 “ha venido a poner el dedo en la llaga, porque interpretado en su más profunda significación se advierte que no solo trata de evitar que las operaciones del Capítulo VIII del Título VIII sean cauce o instrumento del fraude o la evasión fiscal, objetivo este que ya la norma anterior cubría suficientemente, sino, además, garantizar que los contribuyentes utilicen exclusivamente el referido régimen por motivos económicos válidos, y no para lograr una estructura patrimonial, financiera o de forma jurídica que les permita minorar su carga tributaria en relación con la que soportaban con anterioridad a la realización de la operación”⁸⁵.

De la interpretación autónoma lo correcto, nos encontramos, sin duda, ante una extralimitación del legislador nacional.

Así las cosas, la principal incógnita a resolver, tanto por la doctrina administrativa como por la científica y por nuestros Tribunales de Justicia, es la de si por ventaja fiscal y, por ende, por fraude o evasión fiscal, ha de entenderse incluido el ahorro lícito de impuestos.

Si por ventaja fiscal entendemos toda minoración de la carga tributaria, con relación a una situación inmediatamente anterior, estaríamos excluyendo en tales casos la aplicación del régimen especial a todo supuesto de ahorro fiscal siempre que, obviamente, tan sólo éste sea el objetivo a conseguir.

Si por ventaja fiscal no se incluye el ahorro lícito de impuestos, estaríamos tan sólo excluyendo la aplicación del citado régimen a los supuestos de fraude de ley o, según cuál sea el alcance que quiera dársele, a los de simulación e infracción tributaria.

5. A TÍTULO DE *LEGE FERENDA*

La nueva redacción del art. 110.2 de la Ley 43/1995 introduce un mayor grado de inseguridad jurídica con relación a la aplicación o no del régimen especial del Capítulo VIII del Título VIII de esta última.

⁸⁴ SANZ GADEA, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 108.

⁸⁵ SANZ GADEA, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 108.

Si bien es cierto que la interpretación que de aquél debe hacerse no puede ser otra que la que se deduce del art. 11.1.a) de la Directiva 90/434/CEE, tanto si la presunción recogida en nuestro ordenamiento se interpreta como un supuesto autónomo o independiente, la alusión indeterminada a “*ventajas fiscales*” introduce un innecesario elemento de inseguridad jurídica.

En tal sentido, la posibilidad de formular consultas vinculantes no soluciona el problema que la nueva redacción plantea.

En cualquier caso, el dinamismo de nuestra realidad empresarial requiere que tales consultas sean evacuadas no tan sólo en el plazo lo más breve posible sino, lo que es más importante, con certeza y precisión, sin remisión, en modo alguno, a la posterior comprobación administrativa.

Como resumen, y a título de *lege ferenda*, sería conveniente:

Primero.- Que se concrete que la mera búsqueda de una ventaja fiscal “lícita” no presupone la inaplicación del régimen especial a que nos estamos refiriendo.

Segundo.- Que la presunción del segundo inciso del art. 110.2 es necesariamente dependiente del presupuesto de hecho base, esto es, de la finalidad de fraude o evasión fiscal.

Tercero.- Que por fraude o evasión fiscal se está haciendo referencia al fraude de ley del art. 24 de la Ley General Tributaria.

Cuarto.- Que las consultas vinculantes que puedan plantearse se resuelvan en un plazo máximo de tres meses con aplicación, en su caso, del silencio administrativo positivo, dando siempre y en todo caso una respuesta concreta y precisa sin remisión a la posterior comprobación administrativa, excepción hecha, claro está, de la mera comprobación de los hechos expuestos en aquélla, solicitando en su caso del contribuyente cuantas aclaraciones y/o datos fueran necesarios para su correcta evacuación.

