

**R e v i s t a  
T é c n i c a  
T r i b u t a r i a**

**E S T U D I O S**

**LA MODIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO  
DEL ART. 110 DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE  
SOCIEDADES**

**César García Novoa**

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario*

*Universidad de Santiago de Compostela.*

*Miembro de la AEDAF.*

**SUMARIO**

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. LA LLAMADA "CLÁUSULAS ANTIABUSO"**
- 3. LA INTRODUCCIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE LA  
"CLÁUSULA ANTIABUSO" EN LAS OPERACIONES DE  
REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL**
- 4. LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL RÉGIMEN  
INTERNO DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO**
  - 4.1 Los conceptos de "fraude" o "evasión fiscal" del art. 11,1,α) de la Directiva*
  - 4.2 La presunción de fraude o evasión fiscal*
- 5. LA RECEPCIÓN DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO EN EL  
ORDENAMIENTO INTERNO**
- 6. LA REFORMA DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO POR LA LEY 14/2000, DE  
29 DE DICIEMBRE**
- 7. CONCLUSIONES**

## E S T U D I O S

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, introdujo a través de su art. 2, seis, una nueva redacción del art. 110, 2 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades ( LIS ).

Este precepto, incluido en el Capítulo VIII, del Título VIII destinado al régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores, disponía que si "como consecuencia de la comprobación administrativa" de una de estas operaciones de reestructuración empresarial que puede acogerse al régimen especial de diferimiento previsto en el citado Capítulo VIII, "se probara que la misma se realizó principalmente con fines de fraude o evasión fiscal", se perderá el derecho a aplicar ese régimen especial y se procederá por la Administración "a la regularización de la situación tributaria de los sujetos".

Este artículo 110, 2, que incluye la llamada "cláusula antiabuso" en materia de operaciones de reestructuración empresarial, ha experimentado, con eficacia del uno de enero de 2001, las siguientes novedades en su redacción. En primer lugar, se suprime la referencia a la comprobación administrativa, determinándose simplemente que el régimen especial de diferimiento contemplado en el Capítulo VIII, "no se aplicará" cuando la operación tenga como principal objetivo "el fraude o la evasión fiscal". Y en segundo lugar, se añade el siguiente inciso "...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 participen en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal".

El objeto de estas líneas es hacer una valoración de esta reforma, adelantando ya nuestra consideración negativa respecto a su contenido y a los efectos que de la misma se pueden derivar.

## 2. LA LLAMADA "CLÁUSULAS ANTIABUSO"

Como ya hemos dicho, la doctrina suele referirse al art. 110, 2 de la LIS como el precepto que regula la cláusula antiabuso en relación con el régimen especial de operaciones de reestructuración empresarial<sup>1</sup>. Las cláusulas antiabuso pueden definirse como instrumentos al servicio de las Administraciones tributarias que permiten a éstas reaccionar frente a lo que, con carácter general, podemos llamar el fraude o la elusión

---

<sup>1</sup> Entre otros autores, hablan del art. 110 como lugar donde se recoge la llamada "cláusula antiabuso", NVARRO EGEA, M., *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 240; MALVAREZ PASCUAL, L.-MARTÍN ZAMORA, M.P. *El Impuesto sobre Sociedades. Régimen General*, CEF, Madrid, 1998, pág. 751; BLESÁ BAGUENA, A.; CARBAJO VASCO, D.; CIUTAD CURA, I., *Todo sobre el Impuesto sobre Sociedades y su nuevo reglamento*, Ed. Praxis, Barcelona, 1997, pág. 418.

fiscal<sup>2</sup>. Tales cláusulas han surgido en el ámbito del Derecho Internacional Tributario, especialmente para evitar el abuso de convenio (*treaty shopping*)<sup>3</sup>.

Pero a lo que nos vamos a referir ahora es a las cláusulas que operan en el derecho interno de los distintos Estados. Cuando se refieren a los ordenamientos internos de los distintos Estados, las mismas pueden clasificarse en "cláusulas generales" y "cláusulas específicas". Las primeras constituyen el ejemplo más claro de instrumento contra la elusión fiscal y adoptan en el derecho comparado, diversas formas: potestad de declaración de actos y negocios en fraude de ley del art. 24 de la LGT en España, prohibición del abuso de la forma jurídica en Alemania ( parágrafo 42 de la Ordenanza Tributaria de 1977 ), "desconsideración de la personalidad jurídica" en Argentina, doctrina del *bussines purpose test* en Estados Unidos etc..<sup>4</sup>.

Estas cláusulas generales antielusivas presentan, por lo común, una configuración normativa abierta e indeterminada, y por ello han sido criticadas ya que frecuentemente se deslizan hacia el ámbito de la aplicación analógica del tributo<sup>5</sup>. El ejemplo arquetípico de las cláusulas generales son las *Generalklausel* del derecho germánico, y en concreto, el art. 42 de la Ordenanza Tributaria, que puede catalogarse como cláusula *anti-abuso de las formas*, dado el sistema anticausalista que preside el derecho privado alemán. En otras ocasiones (valga como ejemplo la cláusula introducida por la recientemente aprobada Ley General Antielisiva brasileña), bajo el concepto de cláusula antiabuso se esconde una auténtica potestad de la Administración para proceder a una interpretación económico de las leyes tributarias<sup>6</sup>. Una cláusula de este estilo no es inherente a todos los ordenamientos puesto que, por ejemplo, no existe en el derecho italiano, habiendo criticado FANTOZZI su posible introducción porque una cláusula de este tipo genera "una perdurante incerteza"<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> PISTONE, P., *Abuso del Diritto ed elusione fiscale*, Cedam, Padova, 1995, pág. 20.

<sup>3</sup> Aunque al respecto reconoce PISTONE, P., que el Modelo de Convenio OCDE no es por sí idóneo para consentir una configuración global del fenómeno del abuso de tratados internacionales, de los cuales el *treaty shopping* es sólo uno de ellos. Véase "L'abuso delle convenzioni internazional in materia fiscale", *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, coord. V. Uckmar, Cedam, Padova, 1999, pags. 492 y 492.

<sup>4</sup> UCKMAR, V., *International Tax Avoidance and Evasion*, General Report at the XXXVII IFA Congress, in *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. LXVIIIa, Kluwert, Deventer, 1983, pags. 15 y ss.

<sup>5</sup> RUIZ TOLEDANO, I., *El fraude de ley y otros supuestos de elusión fiscal*, Ciss, Valencia, 1998, pag. 98.

<sup>6</sup> Se trata de la Lei Anteelisiva, aprobada por "Lei Complementar" de 10 de enero de 2001. Para una crítica a la misma, véase NAVARRO COELHO, S.C., "Apreciação critica do Projeto de Lei Complementar de iniciativa do poder executivo federal que procura introduzir no Brasil a interpretação econômica do Direito Tributario ou, o que dá no mesmo, a chamada "norma geral antielisiva", *XX Jornadas Latino-Americanas di Direito Tributario*, Del Rey, Belo Horizonte, 2000, pags. 9 y ss.

<sup>7</sup> FANTOZZI, A., *Diritto Tributario*, I, UTET, Torino, 1991, pag. 119. Aunque, eso sí, el ordenamiento italiano está dotado de algunos preceptos específicos. Véase HERRERA MOLINA, P.M., "Nuevas perspectivas sobre el fraude de ley en materia tributaria", *Quincena Fiscal*, nº 12, 1999, pag. 10.

## E S T U D I O S

Por eso, se suelen proponer como contrapunto las llamadas "cláusulas particulares". Estas cláusulas particulares juegan, bien como complemento de las generales, a efectos de cerrar las posibles vías de elusión a las que no alcanzan las de carácter general<sup>8</sup>, bien como alternativa a las mismas. En este último caso, las cláusulas particulares o cláusulas *ad hoc* suelen plantear ciertas ventajas sobre las generales: así, como señala PISTONE, como consecuencia del alto grado de detalle presentado por su presupuesto son normalmente aplicables "sólo a la hipótesis elusiva planteada por el legislador". Aunque también tienen el riesgo de que cualquier mínimo cambio operado por la actuación del contribuyente, obliga al legislador a intervenir de nuevo, generalizando lo que podríamos llamar una técnica de acción-reacción, que supone una gran inestabilidad del ordenamiento<sup>9</sup>.

El "rol" de "cláusula general antiabuso" lo desempeña en nuestro ordenamiento jurídico, el art. 24 de la LGT estatal, que prevé, recordémoslo, el instituto del fraude de ley tributaria, consistente en la realización de hechos, actos o negocios con el propósito de eludir el pago del tributo, amparándose en el texto de normas dictadas con distinta finalidad, "siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible". Este precepto está supuestamente regulando en materia tributaria el instituto del fraude de ley, que para el ámbito civil, se define en el art 6, 4 del Código Civil, como "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él", con la consecuencia de que ello no impedirá la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir. Aunque a nuestro juicio, el fraude de ley previsto en el art. 24 LGT del Estado no puede equipararse al fraude de ley civil<sup>10</sup>. No es este el momento de valorar la potestad que el art. 24 de la LGT atribuye a la Administración para declarar los actos o negocios realizados por los particulares "en fraude de ley", y aplicar el tributo por analogía. La subsistencia de este precepto es puesta en tela de juicio: basta observar como en el Informe de la Comisión ministerial para la reforma de la LGT se plantea, como una de las propuestas tomadas en consideración, la supresión de la regulación del fraude de ley, ya que esta figura "parte de la idea de que este mecanismo no resulta, en principio y en general, aplicable a un ámbito como el tributario, que lejos de constituir un orden de prohibi-

---

<sup>8</sup> LOBO TORRES, R., *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributario*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro- Sao Paulo, 2000, pag. 149.

<sup>9</sup> PISTONE, P., *Abuso del Diritto ed elusione fiscale*, op. cit., pag. 16.

<sup>10</sup> El fraude de ley civil se explica por las propias características del ordenamiento privado, un sector del ordenamiento caracterizado por normas dispositivas y por la prevalencia de la autonomía de la voluntad, y en el que existiría un reducido núcleo de normas imperativas que no pueden eludirse al amparo de normas de cobertura. Pero como ya demostró FALCON Y TELLA, R ("El fraude a la ley tributaria como mecanismo para gravar determinadas economías de opción: límites a la utilización de esta figura", op. cit., pag. 59 ) este esquema no es aplicable al fraude tributario si lo que se pretende con él es evitar eludir el pago del tributo sin realizar el hecho imponible, porque no pagar cuando no se ha realizado el hecho imponible no es un "resultado prohibido por el ordenamiento". En efecto, el ordenamiento tributario impone la obligación de tributar cuando se ha realizado el hecho imponible, lo que implícitamente supone prohibir la conducta contraria; no ingresar cuando existe obligación de hacerlo, que es precisamente lo que se sanciona como infracción grave - art. 79, a) LGT.

ciones se articula en mandatos positivos de pagar una cantidad de dinero a todo el que realice un determinado hecho...”.

Tampoco es este el momento de reflexionar sobre si este supuesto “fraude de ley” no significa estar gravando auténticas economías de opción, o del valor que tiene el supuesto “ánimo de eludir el tributo”. Sólo señalar la colisión de las cláusulas generales con el derecho a la planificación fiscal, tema éste al que nos referiremos más adelante.

Junto a la cláusula general del art. 24 LGT, el art 110, 2 de la LIS supone el ejemplo más evidente de cláusula particular y sobre ella ha recaído la reforma que estamos analizando. Veremos como, frente a la nueva redacción dada al art. 110 de la LIS, se puede invocar el derecho a la planificación fiscal, que no queda muy bien parado tras esta reforma. Vamos a ver cuáles son los antecedentes de esta cláusula.

### 3. LA INTRODUCCIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE LA “CLÁUSULA ANTIABUSO” EN LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

La cláusula antiabuso en materia de operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores, se recoge, como ya dijimos, en el art. 110 de la LIS, que a su vez se encuentra en el Capítulo VIII, del Título VIII de la Ley 43/95 del IS, que incluye un régimen especial para estas operaciones. Este régimen, opcional para el contribuyente, es el llamado *régimen de diferimiento*, el cual, a grandes rasgos, significa que no se exigirán las plusvalías que se generen como consecuencia de la transmisión del patrimonio, bienes y derechos, ya que estos elementos patrimoniales conservarán el valor que tenían en la entidad transmitente. Como señala CAAMAÑO ANIDO, “las plusvalías no son objeto de ningún tipo de bonificación ni beneficio fiscal, como establecía la normativa anterior, sino que su gravamen se pospone hasta que, eventualmente, los títulos representativos de aquél sean enajenados”<sup>11</sup>

Este régimen de diferimiento se introduce en el art. 16, 2 de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades europeas, la cual viene a desarrollar en nuestro derecho interno la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores. La Ley 29/1991 incluye por primera vez lo que se ha dado en llamar una “cláusula antiabuso” para este tipo de operaciones. El art. 16, 2 de esta norma decía que “cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refie-

---

<sup>11</sup> CAAMAÑO ANIDO, M.A., “Comentarios al régimen jurídico de las operaciones de fusión empresarial y figuras afines”, Estudios sobre el Impuesto de Sociedades, Yebra-García Novoa-López Díaz, Ed. Comares, Granada, 1998, pag. 342.

## E S T U D I O S

re el art. 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 y se procederá por la Administración a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos, con las correspondientes sanciones e intereses de demora”.

La cláusula introducida por la Ley 29/1991, sería reproducida en la Ley 43/1995 del IS, incluyendo la denegación de la aplicación del régimen especial de diferimiento si, previa comprobación administrativa, “se probara que la misma se realizó principalmente con fines de fraude o evasión fiscal”. Pero con una importante novedad: se mantiene la facultad de la Administración de regularizar la situación tributaria de los sujetos, pero se suprime la posibilidad de imponer sanciones o exigir intereses de demora. La imposición de sanciones en este caso era criticada por la doctrina ( véase por ejemplo, DE LA HUCHA CELADOR<sup>12</sup> ), resultando además incompatible con su exclusión en los supuestos de declaración de fraude de ley, tal y como señala el art. 24,3 de la LGT, en redacción dada por Ley 25/1995, de 20 de julio. Más sorprendente resultaba la exclusión de los intereses de demora, los cuales son siempre exigibles en cualquier supuesto de regularización<sup>13</sup>, incluso, desde la reforma de la LGT por ley 10/1985, de 26 de abril, en los expedientes de rectificación sin sanción<sup>14</sup>.

Además, se determina que la pérdida del derecho a aplicar el régimen de diferimiento será consecuencia de la “comprobación administrativa”. Al margen de que a nuestro juicio esta *comprobación administrativa* deba ser una comprobación completa, incluyendo el análisis de los libros de contabilidad, y por tanto, una comprobación llevada a cabo por la Inspección y que dé lugar a una liquidación definitiva<sup>15</sup>, la mención a la comprobación ofrece, a nuestro juicio, otro dato de interés. En efecto, una de las novedades más importantes de la LIS, incorporada a partir de la Ley 29/1991, y como expresión máxima del principio de neutralidad en relación con las operaciones de reestructuración empresarial, era la automaticidad de los procesos de reestructuración y la desaparición de la amplia discrecionalidad reconocida a los órganos de la Administración en la concesión y determinación del *quantum* de las bonificaciones, que se derivaba de la Ley 76/1980 de 26 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Fusiones de Empresas<sup>16</sup>. El régimen posterior a la Ley 29/1991, significó excluir la intervención ad-

---

<sup>12</sup> Para DE LA HUCHA CELADOR, F., parece que “el legislador confundiera el fraude de ley y la infracción tributaria, cuando se trata de dos institutos jurídicos perfectamente diferenciables”, “El nuevo régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores: estudio de la Ley 29/1991, de 18 de diciembre”, CT, nº 62, 1992, pag. 63.

<sup>13</sup> LAORDEN, J.- ARQUES, J., *Comentarios al Impuesto sobre Sociedades*, Tomo II, Regímenes Especiales, Cuatrecasas Abogados, Madrid, 1998, pag. 1983.

<sup>14</sup> FALCON Y TELLA, R., *Retraso culpable e intereses de demora en materia tributaria*, Tecnos, Madrid, 1991, pag. 18.

<sup>15</sup> Véase sobre el tema JUAN LOZANO, A.M., *La Inspección de Hacienda ante la Constitución*, Marcial Pons, IEF, Madrid, 1993, pags. 96 a 99.

<sup>16</sup> NAVARRO EGEA, M., *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, op. cit., pag. 138.

ministrativa previa, lo que supuso implantar el control administrativo, a través de la comprobación, exclusivamente *a posteriori*. Intervención *a posteriori* que sirvió además para descartar la posibilidad de planteamiento previo a la Administración de una consulta<sup>17</sup>, situación que cambió a partir de la implantación por Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de un supuesto de consulta vinculante para cualquier cuestión relacionada con las operaciones de reorganización empresarial, y, a partir de la Ley de Acompañamiento para 2001, respecto al requisito concreto del “motivo económico válido”.

En cualquier caso, la aplicación de la cláusula antiabuso va a requerir, en los términos que veremos, que sea la Administración la que pruebe que la operación se realizó con fines de fraude o evasión fiscal y que esa finalidad *fraudulenta* fue el principal motivo por el que se realizó la operación.

#### 4. LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL RÉGIMEN INTERNO DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO

Como hemos dicho, la introducción de la cláusula antiabuso en las operaciones de fusión, escisión, aportaciones y canjes de valores, a través del art. 16, 2 de la Ley 29/1991, se hizo en transposición de la Directiva 90/434/CEE de régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones. Esta Directiva, y así lo señala su art. 1, disciplina un régimen jurídico que será aplicable exclusivamente a operaciones “relativas a sociedades de dos o más Estados miembros”. A lo que obliga la Directiva es aplicar el régimen de diferimiento a operaciones de reestructuración empresarial “comunitarias”, esto es, las que tengan lugar concurriendo lo que la sentencia *Werner* de 26 de enero de 1993 – As. 112/1990 – denominaba “elemento de extranjería”, que a aquí se traduciría en la presencia de sociedades domiciliadas en distintos Estados miembros. La Directiva no está pensando en las operaciones de reestructuración empresarial “puramente internas”, las cuales, podemos decir que no son “materia” de la Directiva<sup>18</sup>.

Lo que ha hecho la Ley 29/1991, y posteriormente la LIS, es una legítima opción legislativa: aplicar a las operaciones de reestructuración “interiores” el mismo régimen jurídico que a las operaciones *comunitarias* de fusión, escisión, aportación de activos o canje de valores. En casos como este, la sentencia *Leur-Bloem*, de 17 de julio de 1997 (As. 28/95), entiende que la regulación interna, cuando toma como modelo el régimen comunitario, es también materia objeto de cuestión prejudicial.

---

<sup>17</sup> LAORDEN, J.; ARQUES, J., *Comentarios al Impuesto sobre Sociedades*, op. cit., pag. 1981.

<sup>18</sup> Véase al respecto NAVARRO EGEA, M., “Régimen de Fusiones. La eficacia directa de la Directiva 90/434/CEE y su proyección en el Régimen Tributario Interno (Sentencia del TJCE, de 17 de julio 1997 (TJCE 1997, 156), *Leur Bloem*, 28/95, Rec. D I-4190), *Jurisprudencia Tributaria*, nº 18, 1999, pag. 20.

## E S T U D I O S

En situaciones como estas, en las que se discute un asunto puramente interno, pero en el que la legislación nacional aplicable se remite a normas comunitarias, los Abogados Generales que actuaban en diversas cuestiones planteadas ante el TJCE, venían sistemáticamente oponiéndose a la extensión a estos asuntos de la jurisdicción del TJCE y sobre todo, a la aplicación de la cuestión prejudicial. Recordemos que la cuestión prejudicial, prevista en el 177 del Tratado de la CEE ( art. 234, en la nueva redacción tras el Tratado de Amsterdam), tiene como finalidad garantizar la uniformidad en la interpretación del Derecho Comunitario.

Sin embargo, la postura del Tribunal de Luxemburgo, no fue coincidente con la opinión de estos Abogados Generales. Así en sentencias como la *Thömasdürger* ( As. 166/84 ), y, sobre todo, la *Dzodzi* de 18 de octubre de 1990, ( As. C-297/88 ), señala claramente que "...ni del tenor del art. 177 del Tratado 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 nacional de un Estado miembro se remita al contenido de esa disposición para determinar las normas aplicables a una situación puramente interna de ese Estado...". Con argumentos similares, y respecto a una cuestión tributaria, se pronunciaría la sentencia *Gmurzynska-Bscher*, de 8 de noviembre de 1990 ( As. C-231/89 Rec. I-4003 ).

La única salvedad en esta doctrina se pondría de manifiesto en la sentencia *Kleinwort Benson* ( As. 346/93, Rec. p I-615 )<sup>19</sup>, en la que el Tribunal de Justicia declaró que su doctrina en torno a una ley nacional que tomaba como modelo el Convenio de Bruselas no resultaría vinculante para el juez del Estado que había dictado esa ley nacional. Esta resolución se suele tomar como ejemplo de un cambio de postura jurisprudencial, pero hay quien piensa que ello no es así en la medida en que "el TJCE limitó los efectos de su sentencia al Convenio de Bruselas, sin extenderlas a las cuestiones prejudiciales..."<sup>20</sup>

Por tanto, la sentencia *Leur-Bloem*, consolida la aceptación de que el TJCE pueda entrar a valorar normas nacionales cuando la legislación interna haga una "absoluta e incondicional" remisión al Derecho Comunitario, afirmándose que en este caso habría una especie de "dejación de soberanía". El Estado miembro, al remitir su regulación al Derecho europeo, y atenerse, para resolver una situación interna a las soluciones aplicadas en Derecho Comunitario, estaría realizando una especie de "deferencia" a favor de los órganos comunitarios para interpretar su derecho interno<sup>21</sup>. Ello haría surgir, en

---

<sup>19</sup> Esta sentencia se dictó en el marco del Convenio de 27 de septiembre de 1969 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ( DO 1972, L 299, pag. 32 ).

<sup>20</sup> CAAMAÑO ANIDO, M.A.; CALDERON CARRERO, J.M.; MARTIN JIMENEZ, A.J.; *Jurisprudencia Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, t. II, Ed. La Ley, Madrid, 2001, pag. 417.

<sup>21</sup> HOENJET, F., "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*, nº 4, 1997, pag. 207.

palabras de la propia sentencia *Leur-Bloem*, un “interés comunitario manifiesto”, que aconsejaría que “las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse” ( apartado 32 ).

En el supuesto del art. 110, 2 de la LIS española, lo que hay es una regulación interna en la cual el Estado español se inspira en una solución dada por el Derecho Comunitario y somete a los nacionales al mismo trato que a los no residentes, por una simple cuestión de garantía y profundización en la libre competencia<sup>22</sup>. Pero en este caso debería prevalecer el carácter puramente interno de esta regulación frente a la posibilidad de intervención de los órganos comunitarios. En efecto, según NAVARRO EGEA, el TJCE en la sentencia *Leur-Bloem* estaría obviando que “tanto las normas que reproduzcan un modelo articulado por el Derecho comunitario para regular una situación que queda fuera de su ámbito de aplicación, como las que se separen del mismo constituyen, normalmente, normas internas y, como tales, su interpretación compete en exclusiva a los jueces y tribunales nacionales”<sup>23</sup>. Cuando los tribunales españoles tengan que resolver alguna cuestión relacionada con el régimen de diferimiento, referida a una operación de reestructuración empresarial de carácter interno y tengan que aplicar el régimen implantado por la LIS a semejanza del régimen que la Directiva 90/434/CEE le obliga a aplicar a las operaciones en las que intervengan sociedades de distintos Estados miembros, deberían indagar la jurisprudencia comunitaria, para disponer de una interpretación, pero no parece adecuada la procedencia de la cuestión prejudicial. No es ésta, sin embargo, la opinión del propio TJCE, expresada en la citada sentencia *Leur-Bloem*<sup>24</sup>.

Pues bien, la cláusula del art. 110, 2 de la LIS supone incorporar una previsión de la Directiva 90/434/CEE, que no es otra que su art. 11,1,a), según el cual un Estado miembro “podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los títulos II, III, y IV o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones...tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal”. A lo que se añade que “el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1 no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, **puede constituir una presunción** de que esta operación tiene co-

---

<sup>22</sup> CAAMAÑO ANIDO, M.A., “Comentarios al régimen jurídico de las operaciones de fusión empresarial...”, op.c it., pag. 336.

<sup>23</sup> NAVARRO EGEA, M., “Régimen de Fusiones. La eficacia directa de la Directiva 90/434/CEE y su proyección en el Régimen Tributario Interno...”, op. cit., pag. 33.

<sup>24</sup> A favor de la procedencia de la cuestión prejudicial CAAMAÑO ANIDO, M.A.; CALDERON CARRERO, J.M.; MARTIN JIMENEZ, A.J.; *Jurisprudencia Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, op. cit., pag. 418, sobre la base de evitar “divergencias de interpretación”.

## E S T U D I O S

mo principal objetivo o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal". Este art. 11,1,a) de la Directiva recoge lo que FISCHER denomina "cláusula europea antiabuso"<sup>25</sup>.

Respecto a la redacción de esta "cláusula europea" en el art. 11, 1, a) de la Directiva, conviene hacer algunas precisiones.

#### 4.1. Los conceptos de "fraude" o "evasión fiscal" del art. 11, 1, a) de la Directiva

En primer lugar, la versión española de la Directiva establece como presupuesto para denegar la aplicación del régimen especial, el "fraude o la evasión fiscal".

El término "fraude" puede significar, en nuestro ordenamiento jurídico, "fraude tributario", esto es, incumplimiento de la obligación de pago del tributo a partir de una obligación tributaria ya surgida. Así, afirma FERREIRO LAPATZA, que "en sentido estricto, fraude tributario es igual a no pago ilegal del tributo", que puede realizarse por medio de una infracción<sup>26</sup>. En el mismo sentido, ordenamientos de países con lenguas de origen latino utilizan vocablos equivalentes al castellano "fraude", con significados semejantes, es decir, como equivalente a "conducta defraudatoria", consistente en la violación de la norma. Así, en Italia el "*frode fiscale*"<sup>27</sup>, o en la literatura francesa, cuando se utiliza el concepto "*fraude fiscale*"<sup>28</sup>. En ambos casos el concepto equivale a "evasión fiscal", por lo que difícilmente puede ser este el sentido al que se refiere la Directiva cuando habla de "fraude" y lo contrapone, como disyuntiva, precisamente, a la "evasión fiscal".

En efecto, en la Directiva, el término *fraude* se contrapone a *evasión*, por lo que hay que entender por "fraude" todo aquel ahorro fiscal que no suponga propiamente evasión, es decir, defraudación a través del incumplimiento del pago del tributo una vez que surge la obligación de satisfacerlo. Y, a nuestro juicio, el concepto fraude que

<sup>25</sup> FISCHER, P., "L'esperienza tedesca", en *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, Giuffrè Editore, Milano, 1999, pag. 216.

<sup>26</sup> Añade FERREIRO LAPATZA, J.J., "pero el pago ilegal, es decir, contrario a lo que la Ley quiere, puede realizarse también sin incurrir en infracciones, por medio del fraude a la Ley tributaria"; *Curso de Derecho Financiero Español*, 13ª ed., Marcial Pons, Madrid, pag. 457.

<sup>27</sup> Por ejemplo, en el art. 4 de la Ley de 7 de agosto de 1982, n. 516, respecto al impuesto sobre la renta y sobre el valor añadido, se refiere al concepto de "*frode fiscale*"; Véase PISTONE, P., *Abuso del Diritto ed elusione fiscale*, op. cit., pag. 8. SANTAMARIA, B., *La frode fiscale*, Giuffrè Editore, Milano, 1992, pags. 2 y 3. GIORGETTI, A., *La Evasión Tributaria*, Depalma, Buenos Aires, 1967, pags. 4 y 5.

<sup>28</sup> CHEVALIER, J.P., "L'esperienza francese" en *L'elusione fiscale nell'Esperienza europea*, coord. Di Pietro, A., Giuffrè Editore, Milano, 1999, pags. 8 y 9. DIBOUT, P., "Le procédé de répression des abus de droit. Pratique et critique", *Droit Fiscal*, 1992, nº 45, pags. 1734 y ss. TUROT, J., "Réalisme fiscal, abus de droit et opposabilité à l'administration des actes juridiques (ou l'abus de droit trompant)", *Revue de Jurisprudence Fiscale*, 1989, núms. 8 y 9, pags. 459 a 463.

se desprende de la versión castellana de la Directiva 90/434/CEE, puede equivaler a "elusión" fiscal<sup>29</sup>.

Podemos entender por elusión aquel proceder que sin infringir el texto de la ley, procura el alivio tributario mediante la utilización de estructuras jurídicas atípicas o anómalas<sup>30</sup>, de ahí que también se le denomine "fraude mediante abuso de las formas"<sup>31</sup>. Y el concepto "elusión fiscal" se diferencia claramente de la *evasión*, en que esta última supondría una violación de la norma tributaria, como consecuencia del impago del tributo. Para GALLO, la elusión es una finalidad, perseguida por las partes que se puede lograr a través de diversos medios, consistente en la utilización de los negocios jurídicos por los particulares con una finalidad "fraudulenta y disimuladora"<sup>32</sup>.

Como finalidad que es, la elusión puede lograrse a través de múltiples vías, dependiendo de los distintos ordenamientos jurídico-tributarios<sup>33</sup>. Así, incluiríamos dentro de esta idea de "elusión" que es a lo que se refiere la Directiva al hablar de "fraude", lo que en Francia es el "abuso de derecho" (*abus de droit*)<sup>34</sup>, o lo que en Alemania es el abuso de las posibilidades de configuración jurídica (*Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten*),<sup>35</sup> frente a las cuales se dota a la Administración de una facultad de recalificación, recogida en el parágrafo 42 de la Ordenanza Tributaria.

En suma, la elusión fiscal se caracteriza por un rasgo negativo: su oposición anti-tética al término "evasión", que no es otra cosa que el incumplimiento ilícito de la obligación de pagar el tributo<sup>36</sup>. A partir de esta frontera convencionalmente trazada, la elusión incluiría todas las operaciones de "ahorro fiscal", denominadas con la más variada nomenclatura –negocio indirecta, fraude de ley, simulación...–.

<sup>29</sup> GALLO, F., "Elusione, risparmio d'imposta e frode alla legge", en *Studi in onore di Enrico Allorio*, Giuffrè Editore, milano, 1989, pag. 2052. Sobre el sentido del término "elusión", véase AMOROS, N., "La elusión y la evasión tributaria", RDFHP, nº 59, pag. 595.

<sup>30</sup> GIULIANI FONROUGE, C.M., *Derecho Financiero*, Vol. II, 5ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1993, pag. 681.

<sup>31</sup> VILLEGAS, H.B., *Curso de Finanzas, Derecho financiero y Tributario*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, pag. 387.

<sup>32</sup> GALLO, F., "Elusione, risparmio d'imposta e frode alla legge", op. cit., pag. 2068.

<sup>33</sup> El concepto de elusión, como señala CIPOLLINA, S., es relativo y se caracteriza por ir referido a un número indefinido de situaciones, *La legge civile e la legge fiscale, Il problema dell'elusione fiscale*, Cedam, Padova, 1992, pag. 125.

<sup>34</sup> Ese término iba a ser, después de la aprobación en 1981 del *Livre des procédures fiscales*. El abuso de derecho surge en Francia en la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del XX, y se generaliza después, con o sin expresión legislativa, en los diversos sistemas jurídicos de base continental. Su origen en Francia es netamente jurisprudencial, aunque la misma es consecuencia de la consagración en el Código de Napoleón, del formalismo legal. Es también consecuencia de un intento de flexibilizar el carácter absoluto de la protección de la propiedad en el Código francés. Véase RODRÍGUEZ ARIAS, L., *El abuso del derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, pag. 132.

<sup>35</sup> CREZELIUS, V.G., *Steuerrechtliche Rechtsanwendung und allgemeine Rechtsordnung*, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, Herne-Berlin, 1983, pag. 73.

<sup>36</sup> La "evasión" es definida por HERRERO MADARIAGA, J., como "la conducta del sujeto pasivo, activa u omisiva, que viola abiertamente una norma tributaria, evitando de tal forma el pago del tributo en su totalidad o en parte", "El fraude de ley como elusión ilícita de los tributos", *Civitas, REDF*, nº 10, 1976, pag. 323.

## E S T U D I O S

Por tanto, y a partir de estas premisas, el concepto “fraude” empleado en la Directiva abarcaría lo que se denomina, en el art. 24 de nuestra LGT, “fraude de ley” (“...hechos, actos o negocios jurídicos realizados con el propósito de eludir el pago del tributo, amparándose en el texto de normas dictadas con distinta finalidad, siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible”), pero a nuestro juicio también la “simulación” recogida en el art. 25 LGT.

La confusión surge a partir de la versión inglesa de la Directiva. La lengua inglesa es el idioma de referencia en numerosos textos jurídicos internacionales. Así, por ejemplo en el Modelo de Convenio OCDE, en el cual se hace mención, por ejemplo, a medidas para luchar contra la “*international tax avoidance and evasion*”<sup>37</sup>. Estos son los términos que se utilizan en la versión inglesa de la Directiva 90/434/CEE. Como señala LÓPEZ TELLO el término anglosajón de *tax avoidance*, que se traduce como “fraude” o “elusión fiscal” –lo que, por ejemplo, MENÉNDEZ GARCÍA, considera “técnicamente desafortunado”<sup>38</sup>–, se identifica con la obtención de “cualquier minoración en el pago de impuestos”<sup>39</sup>.

Y así, la traducción inglesa de la Directiva se refiere al *tax avoidance*, dándole un significado que podría equipararse a lo que en un sentido muy amplio es, en lengua española, la “elusión fiscal”. En la terminología de lengua inglesa los conceptos *tax avoidance* e *illegitimate tax avoidance*, se oponen a *tax evasion* y *tax fraud*. El término *tax evasion* es un vocablo con multitud de significados, pero que todos ellos abarcan el concepto de actividad ilegal de incumplimiento del tributo, generalmente de menor gravedad que el *tax fraud*<sup>40</sup>. Por el contrario, el concepto anglosajón *tax avoidance*, equivaldría en un sentido muy amplio a “elusión fiscal”, esto es, a la “obtención de una minoración en el pago de impuestos”, a través del abuso de las formas jurídicas o de las posibilidades de configuración. Para CALDERÓN CARRERO, *tax avoidance* viene a significar cualquier disminución de la carga fiscal empleando medios ilícitos, aunque este mismo autor señala que en la terminología anglosajona se utiliza el vocablo *illegitimate tax avoidance*, que incluiría aquellos supuestos en que de conductas donde el contri-

---

<sup>37</sup> Véase la versión *Model Tax Convention on Income and on Capital*, Condensed Version, junio, 1998, Introducción, parágrafo 48. También los cuatro estudios de la OCDE sobre *International Tax Avoidance and Evasion*, Paris, 1987, en especial página 48. Véase también *Tax Evasion- Tax Avoidance*, en *Cahiers de droit fiscal international*, vol. LXVIII.

<sup>38</sup> MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Realización de operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria y canje de valores, con fines de fraude o evasión fiscal”: cláusula antiabuso comunitaria y artículo 110, 2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades”, *Jurisprudencia Tributaria*, T. II, 2000, pag. 87. Por su parte, NAVARRO EGEA, M., entiende que “resulta polémico determinar el alcance que debe atribuirse al término “fraude” en esta ley”, *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, op. cit., pag. 241.

<sup>39</sup> LÓPEZ TELLO, J., “La cláusula antiabuso del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores”, *Los negocios anómalos ante el Derecho Tributario Español*, Boletín del Ilustre Colegio de abogados de Madrid, nº 16, septiembre, 2000, pag. 252.

<sup>40</sup> CALDERÓN CARRERO, J.M., “Aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal”, en *Temas de Derecho Penal Tributario* ( cord. García Novoa-López Díaz ), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pag. 196.

buyente cumple literalmente con la letra de la ley, pero se considera que actúa de forma abusiva porque el único propósito de su conducta o forma de conducir sus negocios es evitar o disminuir su carga fiscal<sup>41</sup>.

A partir de aquí se suscita la cuestión de si, habida cuenta que la Directiva menciona el *tax avoidance*, la misma está amparando como causa de denegación del régimen especial el mero hecho de que la finalidad de la operación de reorganización sea la búsqueda de un ahorro de impuestos y no lo que en nuestro ordenamiento entendemos como fraude de ley o simulación. Así para el citado LÓPEZ TELLO, de esta utilización del término *tax avoidance* en la versión inglesa de la Directiva se deduce que la norma comunitaria pretende ligar la denegación de la aplicación del régimen de diferimiento a aquellos casos en que concurra una finalidad de ahorro fiscal o de ventaja tributaria, que sería siempre calificable como "fraude o evasión"<sup>42</sup>. No es una opinión mayoritariamente asumida por la doctrina, incluso por la anglosajona que reduce considerablemente esta aparente amplitud del término *tax avoidance*, para equipararlo a lo que sería la elusión tributaria<sup>43</sup>.

A nuestro juicio, por tanto, el texto de la Directiva proclama como causas para denegar la aplicación del régimen especial, por un lado, el "fraude", entendido como "elusión fiscal", y por otro la "evasión", es decir, el fraude tributario o defraudación de tributos, esto es, el incumplimiento de la obligación tributaria.

Sobre el contenido de esta previsión de la Directiva se ha pronunciado la sentencia *Leur-Bloem* de 17 de julio de 1997. Señalemos que el caso enjuiciado por esta resolución del TJCE era la posible calificación como "fusión por canje de participaciones", y la consiguiente exención de las correspondientes plusvalías al amparo del art. 14, b 2, a) y b), de la Ley holandesa del Impuesto sobre la Renta de 1964, en una operación en la cual se pretendía constituir un Grupo de Sociedades mediante un canje de acciones a partir de una situación en la cual la misma persona física antes del canje era socio único y director de las sociedades dominadas y con posterioridad al canje se convierte en socio único y director de la sociedad dominante. La Administración fiscal holandesa negaba que esta operación pudiera ser calificada como canje y por tanto, pudiera beneficiarse del régimen de diferimiento, porque entendía que faltaba un requisito contemplado por la normativa holandesa interna: que la operación de fusión por canje de acciones constituya una integración duradera,

---

<sup>41</sup> CALDERÓN CARRERO, J.M., "Aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal", op. cit., pag. 195. Este autor se pronuncia también sobre los efectos perniciosos que se deducen de la inexistencia de un concepto uniforme de "fraude fiscal" en el concierto internacional.

<sup>42</sup> LÓPEZ TELLO, J., "La cláusula antiabuso del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores", op. cit., pags. 251 a 256.

<sup>43</sup> Radicalmente en contra se muestra HOENJET, F., "The Leur-Bloem judgment: The jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger Directive", op. cit., pag. 214.

## E S T U D I O S

desde el punto de vista económico y financiero. Requisito que la legislación holandesa había introducido al amparo del art. 11,1, a) de la Directiva<sup>44</sup>.

Para la sentencia en cuestión, la finalidad de constituir un grupo consolidado fiscal interponiendo entre una persona física, accionista único de dos sociedades mercantiles, una sociedad de nueva creación mediante un canje de valores, respondía prioritariamente a la finalidad compensar pérdidas, que sería una finalidad de fraude o evasión.

Al margen de la valoración que merezcan estas consideraciones vertidas en la sentencia, lo que el TJCE deja claro en esta resolución es que la eventual denegación de la aplicación del régimen especial de diferimiento debe hacerse después de un examen detallado de las circunstancias en cada caso concreto ( apartado 41 de la sentencia ) y a través de una potestad reglada, ejercitada con criterios de proporcionalidad. La apreciación de las circunstancias previstas en la Directiva, que legitiman a inaplicar el régimen especial, deben apreciarse, por tanto, de modo singular, a través de los cauces reglados fijados por el Derecho interno de cada Estado miembro, y respetando las exigencias de proporcionalidad<sup>45</sup>.

Para el TJCE, debe rechazarse de plano que al amparo de la cláusula antiabuso del art. 11, 1, a) de la Directiva 90/434/CEE, los Estados miembros introduzcan reglas generales de exclusión de la aplicación del régimen especial previsto para las operaciones de reestructuración empresarial. Así, la sentencia *Leur-Bloem* señala en su apartado 44 que "...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". Por eso, la afirmación vertida en la sentencia *Leur-Bloem*, acerca de que supone fraude la constitución de un grupo consolidado fiscal interponiendo entre una persona física accionista único de dos sociedades mercantiles, una sociedad de nueva creación mediante un canje de valores, debe entenderse como una solución para el caso concreto enjuiciado, donde se partía de la norma holandesa que entendía que habría fraude o evasión cuando la operación no diera lugar a una "integración económica duradera". No cabe admitir, como hace WEBER, que lo que está haciendo la sentencia es fijar una fórmula general, según la cual los grupos de sociedades responden prioritariamente a un objetivo de compensar pérdidas dentro del grupo, lo que permitiría hablar de una finalidad de

---

<sup>44</sup> GÓMEZ VERDESOTO, M., "Concepto comunitario de fraude o evasión fiscal en relación con las operaciones de fusión, escisión, aportaciones de activos, y canje de valores", Impuestos, I., 1999, pag. 1051.; CAA-MAÑO ANIDO, M.A.; CALDERÓN CARRERO, J.M.; MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.; *Jurisprudencia Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, op. cit., pag. 411.

<sup>45</sup> Las decisiones del TJCE sobre el principio de proporcionalidad lo articulan en tres elementos íntimamente unidos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; véase sentencias *Jeunehomme* de 14 de julio de 1988 – C-123/87 – y sentencia *Legros* de 16 de julio – As. C-163/90 -. BARNES, J., "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario", RAP, nº 135, 1994, pag. 495.

fraude o evasión, y, por tanto, se denegaría el régimen especial<sup>46</sup>. Si la sentencia *Leur-Bloem* deja claro que no caben cláusulas generales de exclusión de los beneficios de la Directiva, tales como la ausencia de integración duradera, que una misma persona física sea el socio único de las sociedades o que la sociedad dominante no ejerza actividad empresarial..., tampoco cabe deducir de su texto, sin caer en una manifiesta contradicción, que la búsqueda de un móvil exclusivamente fiscal, en el sentido más amplio del término – ejercicio de una opción fiscal, adaptación de la actividad empresarial para el disfrute de beneficios, ahorro lícito de impuestos... – constituya una circunstancia de la que, apriorísticamente, quepa deducir la exclusión del régimen de diferimiento.

El rechazo a aquellas fórmulas legales que priven con carácter general del régimen de diferimiento a determinadas categorías de operaciones, supone que la existencia de fraude o evasión deberá ser apreciada de acuerdo con la normativa interna, según los cauces procedimentales de cada Estado, o atendiendo al correspondiente convenio internacional<sup>47</sup>. Operaría aquí el principio de “autonomía procedimental nacional”, que viene a disponer que, a falta de normativa comunitaria, corresponde a los ordenamientos de los Estados nacionales designar los órganos y configurar los procedimientos pertinentes – por ejemplo, sentencia –*Peterbroeck*, de 14 de diciembre de 1995, (As. 312/93)–. Es abundante la jurisprudencia del TJCE que, aunque referida a cuestiones diferentes de la aquí tratada –muy prolífica, por ejemplo, respecto a la devolución de ingresos indebidos– señala claramente la necesidad de sujetar la eficacia del contenido de las Directivas a que concurran “los requisitos de fondo y forma fijados por las diferentes legislaciones nacionales” (sentencia *San Giorgio*, de 9 de noviembre de 1983 –As. C-199/83–, sentencia *BP Soupergaz* de 6 de julio de 1995 –As. C-62/93–....).

#### 4.2 La presunción de fraude o evasión fiscal

Para determinar la existencia de fraude o evasión la Directiva añade también que “el hecho de que una de las operaciones contempladas en el art. 1 no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos, el fraude o la evasión fiscal”.

<sup>46</sup> WEBER, D. “A closer look at the general antiabuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive”, *EC Tax Review*, 1996, pag. 65. Véase también FALCÓN Y TELLÁ, R., “La nueva redacción de la cláusula antiabuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2”, *Editorial Quinceña Fiscal*, nº 4, 2001, pag. 7.

<sup>47</sup> Sobre la apreciación de supuestos de *rule shopping*, o de *treaty shopping* como ejemplos de “abuso de convenio”, véase PISTONE, P., “L’abuso delle Convenzioni internazionali in materia fiscale”, en *Curso di Diritto Tributario Internazionale*, Cedam, Padova, 1999, pags. 492 y 493. Ya el Comité ONU de 1988 daba una definición según la cual el abuso de Tratado consiste en la aplicación de sus convenciones por sujetos que no habrían tenido derecho a obtener beneficio de los tratados. Así, en su párrafo 8 viene a decir que el abuso de tratado será “the use of tax treaties by persons the treaties were not designed to benefit, in order to derive benefits the treaties were not designed to give them”. Los principios relativos al uso impropio de los Tratados figuran también en el art. 1 del Comentario al Modelo OCDE de 1992.

## E S T U D I O S

Como se puede comprobar la Directiva prevé una presunción de “fraude o evasión fiscal”. Al decir que la ausencia de un “motivo económico válido” podrá constituir una presunción de fraude o evasión, lo que está queriendo decir la Directiva es que los Estados miembros, a la hora de proceder a la transposición en el ordenamiento interno de esta norma comunitaria o a la hora de regular situaciones internas de acuerdo con el Derecho Comunitario, estarán facultados para incluir o no en sus ordenamientos internos esta presunción<sup>48</sup>. Lo que establece la Directiva es una facultad, a ejercitar por los Estados miembros en fase de ejecución de la norma comunitaria, de introducir en su normativa interna, junto a las reglas generales de determinación de fraude ( disposiciones internas relativas al fraude de ley, simulación, abuso de las formas jurídicas, abuso de derecho ...) una presunción de “fraude o evasión”, sin que existan al respecto, como reconoce la sentencia *Leur-Bloem*, otras disposiciones más precisas, salvo una exigencia genérica de respeto al principio de proporcionalidad ( apartado 43 ).

Lo que se está permitiendo a los Estados es introducir una presunción legal, es decir, que las normas internas puedan derivar una consecuencia jurídica o “hecho presumido” a partir de un hecho base que debe estar contrastado<sup>49</sup>. Ese hecho base será la “ausencia de un motivo económico válido”. El hecho presumido será, bien el “fraude”, bien la “evasión”. Pero, teniendo en cuenta que la evasión equivale, como hemos dicho, a defraudación o incumplimiento de la obligación tributaria, es decir, a una conducta, en principio, sancionable, la cuestión que se plantearía aquí es si es posible que los Estados desarrollen en su ordenamiento interno una presunción de este tipo que puede colisionar con derechos fundamentales, como la presunción de inocencia. Al margen de la doctrina del TJCE relativa al juego que pueden dar los derechos fundamentales derivados de las Constituciones de los Estados miembros, como límite a la aplicación de normas comunitarias<sup>50</sup>, entendemos que cabría negar la introducción de esta presunción en el caso de la “evasión fiscal”, cuando la misma fuese constitutiva de sanciones o delitos fiscales. En el supuesto del ordenamiento español, la doctrina del Tribunal Constitucional es clara al señalar que entre las derivaciones fundamentales del principio de presunción de inocencia, consagrado en el art. 24 de la LGT se encuentra el requisito

---

<sup>48</sup> Véase esta interpretación en GÓMEZ VERDESOTO, M., “Concepto comunitario de fraude o evasión fiscal en relación con las operaciones de fusión, escisión, aportaciones de activos, y canje de valores”, op. cit., pag. 1052 y SANZ GADEA, E., “Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000”, *Revista de Estudios Financieros*, nº 215, 2001, pag. 103.

<sup>49</sup> ESEVERRI MARTÍNEZ, E., *Presunciones legales y Derecho Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pag. 9; NAVARRINE, S.C.- ASOREY, R.A., *Presunciones y ficciones en el Derecho Tributario*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2000, pag. 2.

<sup>50</sup> Con base en la tradicional doctrina solange del *Bundesverfassungsgericht* alemán se viene aceptando que no cabe invocar la protección de los derechos fundamentales como causa de inaplicación del derecho comunitario, y en especial, como causa de denegación para la transposición de Directivas, con base en que “el nivel de protección de los Derechos Fundamentales por la Comunidad no es inferior, en general, al que exigen las Constituciones de los Estados miembros ( Declaraciones Conjuntas del Parlamento, del Consejo y de la Comisión de 5 de abril de 1977, y de los Jefes de Estado y de Gobierno de 7 y 8 de abril de 1978 ). *Cuestiones Tributarias Prácticas*, CASADO-FALCÓN-LOZANO-SIMÓN, La Ley, Madrid, 1989, pag. 764.

de “una mínima actividad probatoria” de cargo (sentencia 31/1981, hasta la más reciente 87/2001, de 2 de abril), lo que supone prohibición de basar una medida sancionadora en una presunción legal acerca de la realidad de la conducta punible, o lo que es lo mismo, que la presunción de inocencia excluye la posibilidad de presunciones *iuris tantum* o *iuris et de iure*. La presunción prevista en el art. 11,1,a) de la Directiva no podrá referirse a la “evasión”, cuando ello comporte sanciones o penas<sup>51</sup>.

Será respecto al “fraude” entendido como *elusión* fiscal, donde opere preferentemente esta presunción. Y habrá que entender que la presunción legal que los Estados pueden introducir en sus respectivas legislaciones nacionales responderá a la configuración que esta categoría tenga en los distintos ordenamientos internos<sup>52</sup>. Y sobre todo, los Estados podrían definir esta presunción legal, como absoluta o *iuris et de iure*, o relativa o *iuris tantum*.

Existe algún sector doctrinal que interpreta la presunción que prevé la Directiva, como “absoluta”<sup>53</sup>. La base para afirmar que se trata de una presunción sin prueba en contra, radicaría, para quienes esto defienden, en que la búsqueda de una ventaja fiscal no es un motivo económico válido. Eso significa que, una vez introducida esta presunción en los ordenamientos de los Estados, y constatada la inexistencia de motivos económicos válidos –hecho-base– se aplicarían las consecuencias jurídicas –determinación de la concurrencia de fraude y consiguiente negativa a aplicar el régimen de diferimiento–. De esta manera, constatada la ausencia de estos motivos económicos válidos, resultaría excluido “*iuris et de iure*” el régimen de diferimiento. El contribuyente no tendría la posibilidad de prueba en contra, sencillamente, porque no podría argumentar que una operación se realizó por un móvil fiscal, y que el mismo no constituiría un motivo económico, y, por tanto, no serviría para desvirtuar la presunción. Sin embargo, una cosa es que al particular no se le tenga en cuenta la eventual acreditación de la búsqueda de un ahorro fiscal como “motivo económico válido”, y otra muy distinta que, fijada la ausencia de motivación económica, no se pueda probar que no hubo “fraude o evasión”.

A nuestro entender, se puede afirmar que la presunción prevista en la Directiva encaja mejor con una fórmula de presunción relativa o *iuris tantum*. Si debemos

---

<sup>51</sup> CARPI ABAD, M.V., “La presunción de inocencia y la ejecutividad de los actos sancionadores”, *RTT*, nº 22, 1993, pag. 22. Por su parte, ROZAS VALDÉS, J.A., señala que “los problemas que pudieran plantear las presunciones tributarias por cuanto al respeto de la denominada presunción de inocencia únicamente tienen cabida por cuanto a su aplicación en el ámbito penal y administrativo sancionador”, *Presunciones y figuras afines en el Impuesto sobre Sucesiones*, IEF-Marcial Pons, Madrid, 1993, pag. 48.

<sup>52</sup> Sobre el concepto y tipología de la presunción legal en el Derecho español véase FALCÓN Y TELLA, R., “Cuestiones normativas y cuestiones de prueba en el Derecho Tributario”, *CT*, nº 61, 1992, pag. 28. También ROZAS VALDES, J.A., *Presunciones y figuras afines en el Impuesto sobre Sucesiones*, op. cit., pags. 45 y 46.

<sup>53</sup> Véase el caso de RÄDLER, A.J., respecto a la versión alemana de la Directiva y el resto de doctrina que cita MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Realización de operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria y canje de valores...”, op. cit., pag. 91.

## E S T U D I O S

interpretar la Directiva a la luz de la doctrina de la sentencia *Leur-Bloem*, uno de sus argumentos básicos es que, para determinar la existencia de fraude no se apliquen reglas generales predeterminadas o *estandarizadas*, sino que se debe actuar “caso por caso”. Es evidente que ello se conseguirá mejor con una presunción que se limite a invertir la carga de la prueba, con la finalidad de que sea el contribuyente el que pueda probar que no concurre fraude. Por otro lado, el propio Derecho comunitario viene afirmando que, a través de disposiciones internas, no se pueden agravar las cláusulas antiabuso establecidas en la normativa comunitaria –sentencia Futura Participacions de 15 de mayo de 1997 ( As. 250/95-Rec. p. 2492 ).

A nuestro juicio, de la Directiva se deduce que la pretensión del legislador comunitario es permitir que lo Estados establezcan un mecanismo probatorio destinado a facilitar la labor de prueba acerca de haberse producido elusión fiscal a los solos efectos de poder denegar la aplicación del régimen especial de diferimiento. Ese mecanismo probatorio destinado a facilitar la prueba a la Administración coexistirá con los medios ordinarios de determinación de elusión fiscal, que también se podrán aplicar como causa de denegación de la aplicación del régimen especial, y que en el caso del ordenamiento español, serían el fraude de ley del art. 24 de la LGT y la simulación del art. 25. A nuestro entender, un Estado no podría introducir esta presunción, de manera tal que la misma funcionase, no como un mecanismo probatorio para determinar singularmente la existencia de elusión, sino como una disposición *estándar* que prive automáticamente del régimen especial a una categoría general de operaciones, posibilidad descartada por la sentencia *Leur-Bloem*<sup>54</sup>.

Como tal presunción legal, la prevista en el art. 11, 1, a) de la Directiva supondrá que el hecho base –ausencia de motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación– debe resultar acreditado, y será la Administración que lo invoca quien deba probarlo. Una vez que opere la presunción, corresponderá al particular acreditar que tal situación de fraude no concurre.

---

<sup>54</sup> Ni en unas condiciones menos garantistas para el particular que las que conducen a determinar la concurrencia de un supuesto de elusión fiscal por los cauces ordinarios previstos en el ordenamiento interno de ese Estado, porque ello significaría, cercenando la posibilidad de que el particular pudiese aportar prueba en contra, hacer menos efectivo el ejercicio del derecho a la aplicación del régimen especial de operaciones de reestructuración empresarial, a partir de una disposición de Derecho Comunitario. La configuración de la posibilidad de acogerse al régimen especial como un derecho, aparece desarrollado por MARCOS SANCHEZ, T., “Los beneficios fiscales de las operaciones de reestructuración empresarial y su incidencia en el ámbito de otros impuestos”, en *La fiscalidad de las operaciones de reestructuración empresarial*, AEDAF, Monografía nº 16, marzo 2001, pag. 88.

<sup>55</sup> MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Realización de operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria y canje de valores, con fines de fraude o evasión fiscal”, op. cit., pag. 88. En contra PISTONE, P. “Uguaglianza, discriminazione a rovescio e normativa antiabuso in ambito comunitario – nota a sentenza-”, *Diritto e Pratica Tributaria*, nº 4, 1998, III, pag. 614.

### Caso García Noya

El hecho-base contemplado en la Directiva es la ausencia de motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación. Entramos aquí en otra de las cuestiones más controvertidas del texto de la Directiva, como es la fijación de ese concepto de “ausencia de motivos económicos válidos”.

Esta mención a los “motivos económicos” ha servido para defender que la Directiva estaba “subjektivizando” el régimen ordinario del fraude<sup>55</sup>, o para afirmar que se estaba introduciendo, por influencia de los juristas de formación anglosajona, la regla del *good bussines purpose*<sup>56</sup>, es decir, la exigencia de una finalidad económica que justifique la fórmula elegida. Y si bien, a la hora de redactar la Directiva parece que ha pesado la influencia de una concepción subjetiva de la evasión –como dice PALAO TABOADA, la preferencia por una fórmula subjetiva u objetiva es una cuestión de tradición<sup>57</sup> – no creemos que esta sea una cuestión relevante a la hora de explicar la razón de que se hable de los “motivos económicos válidos”.

En el plano jurídico, la mención a los “motivos económicos válidos” significa la atribución de relevancia, fuera del campo estrictamente sancionador, a las motivaciones individuales a la hora de apreciar un comportamiento fraudulento. Incluso tomando como referencia el concepto civil de fraude en el Derecho Privado, y a pesar de las radicales diferencias que, a nuestro juicio existen entre el fraude de ley en materia tributaria y el fraude civil, lo característico del acto en fraude de ley es, como dice BETTI, la necesidad de remontarse a la causa y al interés concreto que bajo ella se ampara<sup>58</sup>. Concepto este de causa que no debe confundirse con el “motivo individual” de una de las partes. En concreto, DÍEZ-PICAZO entiende que el móvil o motivo es individual. La causa por el contrario, o es común en el negocio de dos o más partes, o aun siendo individual, ha sido dada a conocer a los destinatarios del negocio a fin de que sea aceptada por ellos con el negocio entero<sup>59</sup>. Y esa causa, y no los motivos, es lo que se ha tenido en cuenta para determinar la concurrencia de, por ejemplo, un negocio indirecto, instrumento habitual del fraude.

La relevancia de los móviles o motivos individuales, apreciados por la Administración, al margen de las exigencias de causa típica y como hecho base de una presunción, es la novedad del instituto que la Directiva prevé, y que los Estados pueden introducir en su ordena-

---

<sup>56</sup> PISTONE, P., *Abuso del Diritto ed elusione fiscale*, op. cit., pag. 40, señala que la teoría del *bussines purpose* surge a partir de la regla *substance over form*, y derivaría posteriormente en otras técnicas como el *step transaction doctrine*.

<sup>57</sup> PALAO TABOADA, C., “Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria”, Ponencia del Seminario Fernando Sáinz de Bujanda, ( inédita ), pag. 7.

<sup>58</sup> BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, op. cit., pag. 283.

<sup>59</sup> DÍEZ PICAZO, L., *El concepto de causa en el negocio jurídico*, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1993, pag. 32.

## E S T U D I O S

miento. La indagación de los motivos de la operación tendría que hacerse, naturalmente, a partir de hechos objetivos y en este sentido los distintos ordenamientos nacionales tienen un cierto margen para regular las circunstancias que se pueden apreciar para determinar la concurrencia del hecho base de esta presunción. Según la sentencia *Leur-Bloem*, sin embargo, no hay un dato determinante para entender que no concurren "motivos económicos válidos", sino que se ha de llegar al convencimiento que esos motivos no existen a través de la valoración conjunta de una serie de circunstancias. La propia sentencia enumera, a título de ejemplo, algunas circunstancias que no pueden, por sí solas, considerarse como determinantes de la ausencia de un motivo económico válido: a) que la sociedad dominante no ejerza por sí misma una actividad empresarial b) que quien antes del canje era director de las sociedades dominadas, se conviertan en director de la dominante c) que la única finalidad sea integrar la actividad empresarial. El convencimiento de que tales motivos válidos no concurren debe formarse a partir de un análisis conjunto de todas las situaciones presentes en el caso<sup>60</sup>.

La carencia como móvil de la operación, de un "motivo económico válido", entendido en un sentido amplio, será, como dijimos apreciada por la Administración tributaria, sobre quien recaerá la carga de la prueba. Pero es evidente que, a la hora de valorar la concurrencia del hecho base de la presunción, y antes de acogerse a la misma, la Administración debe dar audiencia a los sujetos intervinientes en la operación para que éstos puedan alegar que tales motivos económicos sí concurren. Y ello en fase de apreciación del hecho base, y, por tanto, antes de la aplicación de la presunción que, como hemos dicho, debe entenderse como relativa o *iuris tantum*.

A nuestro modo de ver, una interpretación sistemática y finalista del art. 11, 1, a), debe llevarnos a entender que los motivos económicos "válidos" que legitiman acogerse a las ventajas del diferimiento ( cuya validez no debe interpretarse en el sentido civil de validez del negocio ) deben estar directamente relacionados con los que justificaron la adopción de las medidas contendidas en la Directiva para facilitar las operaciones de reestructuración empresarial, y que aparecen expuestos en su preámbulo: "normas fiscales neutras respecto a la competencia, con el fin de permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado común, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el ámbito internacional".

Habrán motivaciones económicas válidas, que podrán ser alegadas por los particulares en fase de audiencia, y por tanto, no podrá presumirse fraude, en todos aquellos casos en que la operación, en mayor o menor medida, venga impulsada por una intención de adaptación a las exigencias de competitividad o aumento de productividad.

La gran cuestión es plantearse si la búsqueda de lo que, en sentido amplio podríamos llamar una "ventaja fiscal" ( equivalente a un ahorro fiscal ), puede considerarse

---

<sup>60</sup> GÓMEZ VERDESOTO, M., "Concepto comunitario...", op. cit., pag. 81.

un motivo económico válido. Parece evidente que la persecución de esa ventaja fiscal como único móvil de una operación de reestructuración no legitimaría la aplicación del régimen especial de diferimiento. Pero también es cierto que sería muy improbable detectar una operación respecto a la cual la Administración pudiese acreditar que la misma se realiza exclusivamente por motivaciones fiscales, pues tendría que tratarse de una operación sin trascendencia económica alguna, y de la que quepa deducir que sólo la búsqueda de un ahorro fiscal constituye su exclusiva motivación.

Lo más habitual será que la ventaja fiscal se persiga al mismo tiempo que la búsqueda de algún fin económico. En este supuesto entendemos que habría que diferenciar si la ventaja fiscal que se persigue es la inherente al régimen especial de diferimiento, es decir, la no tributación de las plusvalías derivadas de la fusión, escisión, canje de valores o aportación de activos. Si lo que se persigue es un resultado económico consistente en reorganizar o reestructurar una actividad empresarial, pero esa búsqueda se acompaña de la intención de ahorrar los impuestos que no se satisfacen como consecuencia del diferimiento, no se está haciendo otra cosa que responder a la intencionalidad de las normas, tanto comunitarias, como internas. Si el régimen especial establecido por estas normas, se inspira en motivaciones de neutralidad fiscal, lo que se está pretendiendo es que la tributación no influya en las condiciones de competencia<sup>61</sup>. Y si la mejora de la competitividad es una de las motivaciones económicas válidas, buscar esa mejora, entre otras cosas porque el régimen fiscal es neutral, es simplemente acogerse a las pretensiones de la norma<sup>62</sup>. Como dice FALCÓN Y TELLA, no tendría sentido entender que la cláusula antiabuso comunitaria se aplica cuando, aparentemente, se pretendan ahorrar unos impuestos que sólo surgen si la operación se lleva a cabo, y de los que la ley exime, precisamente, para no disuadir el que la operación se realice<sup>63</sup>.

En el caso que hemos expuesto, la búsqueda de la ventaja fiscal formaría parte de la motivación económica, si ésta existe realmente. Esto es, se buscaría reorganizar una actividad, además de por otros motivos económicos, por la inexistencia de carga fiscal inmediata.

Diferente sería el supuesto en que la ventaja fiscal sea un resultado indirecto de la operación, o lo que es lo mismo, que tal ventaja se refiera a tributos distintos a los que se desencadenan directamente como consecuencia de la operación. El ejemplo más claro sería la realización de la operación para compensar pérdidas, pero también podríamos mencionar otros supuestos en que la operación tienen como finalidad adecuar las

---

<sup>61</sup> SANZ SANZ, J.F., "Sobre el concepto de neutralidad fiscal", *Actualidad Fiscal*, 1991, I, pag. D-285.

<sup>62</sup> NAVARRO EGEA, M., *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, op. cit., pag. 141.

<sup>63</sup> Así lo señala FALCÓN Y TELLA, R., cuando afirma que "en todo caso, una cabal interpretación de la cláusula antiabuso debe conducir, claramente a entender que puede quedar excluido el régimen de diferimiento de impuestos únicamente cuando se busque ahorrar un tributo distinto de los que se devengarían como consecuencia de las propias operaciones de reorganización..", "La nueva redacción de la cláusula antiabuso...", op. cit., pag. 6.

## E S T U D I O S

dimensiones de las empresas a efectos de aplicar un régimen fiscal más beneficioso. Aunque veremos algunos ejemplos derivados del ordenamiento español, pensemos en canjes de valores que tienen como finalidad adquirir un porcentaje de participación para practicar una deducción por doble imposición o beneficiarse de un régimen de escisión a efectos de doble tributación internacional. O escisiones para aprovecharse de los regímenes ventajosos para entidades de reducida dimensión.

A este respecto hay que traer a colación una frase de la sentencia *Leur-Bloem*, que se suele invocar, a nuestro juicio, fuera de contexto, para “hacer decir” a la resolución del TJCE lo que ésta realmente no dice. Así, señala la sentencia en su apartado 47 que el concepto “motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal”, lo que supondría que “una operación fusión que solo persiguiera tal objetivo no puede constituir un motivo económico válido...”. A nuestro juicio, este inciso se está refiriendo a los casos en que sólo y exclusivamente se persiguiese una ventaja fiscal, es decir, casos en que la operación no pudiera ampararse en ninguna otra motivación económica con visos de razonabilidad. Supuestos que, como hemos dicho, son episódicos y casi *de laboratorio*. De lo contrario no se entendería que la sentencia afirme también que “el régimen de diferimiento 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” ( apartado 36 ). Y es que una operación absurda o inexistente, sólo guiada por razones fiscales, ni siquiera puede considerarse *sustancialmente* una operación de reestructuración empresarial. Si la operación tiene fundamento económico real y, por tanto, existe como tal operación, entendemos que la sentencia *Leur-Bloem*, está queriendo afirmar que la mera concurrencia, además, de un motivo de índole fiscal no debe suponer presumir la existencia de fraude para denegar la aplicación del régimen de diferimiento.

En suma, a nuestro modo de ver la regulación que hace el art. 11,1, a) de la Directiva en lo relativo a la presunción que los Estados miembros pueden introducir en sus ordenamientos, no se puede interpretar en el sentido de que “motivos económicos válidos” sean sólo la reestructuración o racionalización de las actividades de las sociedades que intervienen en la operación, ni de que se deba apreciar la concurrencia del hecho-base que legitima a inaplicar el régimen especial cuando simplemente se detecte una finalidad de búsqueda de una “ventaja fiscal”, si la operación tiene trascendencia económica real.

Pero, en cualquier caso, y esto es muy importante a los efectos de la regulación introducida en nuestro país tras la reciente reforma, la búsqueda de una ventaja fiscal como negación de un “motivo económico válido” sólo operará a partir de la recepción en los ordenamientos internos de la presunción prevista en el art. 11, 1, a) de la Directiva. La búsqueda de una ventaja fiscal no puede significar una causa autónoma de denegación del régimen especial.

## 5. LA RECEPCIÓN DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO EN EL ORDENAMIENTO INTERNO.

Como ya señalamos con anterioridad, la Ley 29/1991, a través de su art. 16, 2, introdujo la cláusula antiabuso que estamos tratando, señalando lo siguiente: “cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el art. 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...”. En la misma línea, la Ley 43/1995, reguladora del IS, incluyó esa misma cláusula en su art. 110, 2, ahora modificado por la Ley de Acompañamiento para el año 2001, vinculando la pérdida del régimen especial al hecho de que se probase que la operación se realizó “principalmente con fines de fraude o evasión fiscal”.

Por tanto, antes de la Ley de Acompañamiento para el año 2001, el ordenamiento español, a la hora de ejecutar la cláusula antiabuso prevista en el art. 11, 1, a) de la Directiva, se limitaba a recoger la primera de las dos menciones contenidas en este precepto; aquella según la cual no cabe aplicar el régimen especial de diferimiento cuando la operación se realiza “principalmente” con fines de fraude o evasión fiscal.

Ello significa, de acuerdo con la interpretación de la norma comunitaria que hemos propuesto, que para denegar la aplicación del régimen especial previsto Capítulo VIII, del Título VIII de la LIS, y de acuerdo con el principio de autonomía procedimental nacional, debería apreciarse la existencia de “fraude” o “evasión” fiscal, según la normativa interna de nuestro país.

El problema es que el legislador español, al ejecutar la Directiva y al extender la aplicación de las soluciones contenidas en la misma a las operaciones de reestructuración empresarial “internas”, esto es, aquellas en las que intervienen sociedades residentes en España, ha asumido literalmente la terminología contenida en la norma comunitaria. Así, se ha referido al “fraude o evasión fiscal”, recurriendo a estos conceptos vagos que, como vimos, no se corresponden con las técnicas previstas en nuestro ordenamiento en materia de negocios anómalos e ilícitos tributarios. Esta *vaguedad* conceptual en el uso de los términos por parte de la ley española, unido a que la versión en lengua inglesa de la Directiva utiliza el término *tax avoidance*, que como vimos, incluye cualquier tipo de “ahorro fiscal”, ha llevado a LÓPEZ TELLO a afirmar que “...la expresión *fraude o evasión fiscal* utilizada por el art. 110, 2 debe ser entendida como la obtención de una minoración en el pago de impuestos por comparación con la situación previa a la operación”<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> LÓPEZ TELLO, J., “La cláusula antiabuso del régimen especial de fusiones...”, op. cit., pag. 255.

## E S T U D I O S

Sin embargo, los vocablos “fraude o evasión” utilizados por la Directiva, teniendo en cuenta el significado de estos conceptos y sus equivalentes semánticos en el derecho comparado, deben entenderse como “elusión o evasión”, cuyas categorías paralelas en nuestro derecho interno son los conceptos de “fraude de ley, simulación o infracción tributaria”.

En contra de esta opinión pudiera militar el argumento de que no parece que se esté pensando en privar del beneficio del diferimiento cuando la operación de reestructuración empresarial dé lugar a “evasión”, traducida en una infracción grave del art. 79 de la LGT, esto es, cuando se incumpla la obligación de pago. Y ello, porque tal obligación no surge en la medida en que el régimen de diferimiento consiste, precisamente, en no exigir los tributos correspondientes a la operación. Sería una aporía afirmar que el beneficio de no satisfacer los tributos derivados de la operación se pierde si no se satisfacen los tributos. Pero, incluso, si fuese posible prever la denegación del régimen especial por incumplimiento de la obligación de pagar el tributo, cabría plantearse si ello no supondría una especie de “sanción accesorio”, no prevista expresamente en el ordenamiento y contraria al principio de tipicidad.

Esto no debe significar que, cuando el art. 110, 2 de la LIS se refiere a “fraude o evasión” esté pensando en cualquier ahorro o ventaja fiscal. En realidad se está utilizando la terminología de la Directiva para referirse a las situaciones de fraude de ley y simulación, que serán las que normalmente provocarán la denegación del régimen especial.

Así, en aquella situación en que la operación de reestructuración empresarial incurriese en un supuesto de simulación, en especial de simulación relativa, una de las consecuencias sería la inaplicación del régimen especial del Capítulo VIII del Título VIII de la LGT. Tal consecuencia tendría lugar cuando el negocio simulado y el disimulado fuesen, ambos, operaciones de reestructuración empresarial que pudieran beneficiarse del régimen de diferimiento –por ejemplo, el negocio simulado es una fusión cuando en realidad se encubre un canje de valores–. Pero también cuando el negocio aparente sea una operación de reestructuración que esté “escondiendo” un negocio de otro tipo –por ejemplo, una aportación de rama de actividad simulada, que encubra una compraventa, o una escisión parcial que encubre una separación de socios– que no conlleva el régimen especial. En este caso, tampoco se aplicará el régimen especial de diferimiento, pero a una consecuencia similar se llegaría por aplicación de las previsiones del art. 25 de la LGT, según el cual en la simulación se tendrá en cuenta el negocio realmente realizado por las partes, que será un negocio al que tal régimen especial no se aplica.

Por tanto, lo que podemos llamar “ámbito propio” de la previsión del art. 110 LIS, 2, serían las operaciones de fraude de ley, en el sentido del art. 24 de la LGT. Es decir, casos en los cuales la operación de reestructuración se utiliza para alcanzar unos resultados jurídicos y económicos que son propios de ella, pero que no se identifican con su causa o con la razón de ser típica del negocio, es decir, que no se identifican con la reestructuración o racionalización de una actividad. Es decir, los casos de negocio indirecto como instrumento de un fraude de ley en Derecho Tributario.

Y a nuestro juicio, la denegación de la aplicación del régimen especial exige la aplicación del instituto del fraude de ley en los términos en que se define en el art. 24 de la LGT, o, como dice FALCÓN Y TELLA, el procedimiento para la regularización será el art. 24 de la LGT<sup>65</sup>, con todo lo que ello conlleva: no sólo la ausencia de un procedimiento específico tras la derogación del RD 1919/1979, de 29 de junio por la Disposición Derogatoria Unica, del RD 803/1993, de 28 de mayo, sino la exclusión de sanciones y, sobre todo, la prueba del "propósito de eludir el pago del tributo".

Esta última puntualización es, a nuestro juicio, muy importante. Porque significa que, en tanto no se recoja en nuestro ordenamiento la presunción que prevé el art. 11,1, a) de la Directiva, sólo cabe entender que la negación de la aplicación del régimen especial es posible únicamente cuando la operación tenga como principal o uno de los principales objetivos "el fraude o la evasión". Si el legislador español opta por otorgar a las operaciones de reestructuración empresarial *internas* la misma solución que dispone para las *comunitarias*, deberá tener en cuenta la regulación de la Directiva que sólo permite denegar la aplicación del régimen especial en caso de fraude, apreciado, a nuestro juicio, según los procedimientos internos que existen para ello ( en nuestro país, art. 24 LGT ) y, por tanto, sólo cuando la Administración pruebe que la operación persigue eludir el pago del tributo al amparo de una norma de cobertura<sup>66</sup>.

Si la ley española no regula la presunción prevista en el art. 11, 1, a) de la Directiva, la ausencia de un motivo económico válido o la obtención de una ventaja fiscal sólo pueden ser aceptados como causa de exclusión del régimen especial en tanto un *quid pluris* de una conducta fraudulenta a la hora de perseguir ese objetivo de ahorro de impuestos<sup>67</sup>, como ocurre en Italia con relación al art. 10 de la ley 408 de 1990. Esto es, la ventaja fiscal debe obtenerse a través del uso abusivo y fraudulento del instrumento negocial.

Así pues, en tanto el legislador español no opte expresamente por la presunción, la determinación de que no concurren "motivos económicos válidos" no es suficiente para entender ánimo de defraudar, si éste no se prueba de acuerdo con las exigencias del art. 24 de la LGT.

Sin embargo, la posición de la DGT al respecto ha sido bastante ambigua, en el sentido de que en algunas de sus resoluciones ( por ejemplo, la de 17 y 28 de junio, 6 de octubre y 8 de noviembre de 1999 ), parece que se proclama que la mera ausencia de un motivo económico válido es causa de denegación del régimen especial. Y en ese sentido se ha pronunciado alguna sentencia: por ejemplo la del TSJ de Murcia, de 24 de

---

<sup>65</sup> FALCÓN Y TELLA, R., "La nueva redacción de la cláusula antiabuso...", op. cit., pag. 8.

<sup>66</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A., "Modificaciones en el Impuesto sobre Sociedades introducidas por normas aprobadas a lo largo del año 2000", *Fiscal Mes a Mes*, Ed. Francis Lefebvre, nº 61, marzo, 2001, pag. 33.

<sup>67</sup> Interpretación del art. 10 que, no obstante, GALLO, F., considera "excesivamente restrictiva", "Prime riflessione su alcune recenti norme antielusione", *Diritto e Pratica Tributaria*, Vol. LXIII, año 1992, Parte I, pag. 1779.

## E S T U D I O S

enero de 2000<sup>68</sup>. Esta doctrina de la DGT ha intentado extraer de la sentencia *Leur Bloem*, y de su tesis de la “búsqueda de una ventaja fiscal”, la idea de que la persecución de tal ventaja siempre da lugar a un fraude, eludiendo las exigencias de prueba del procedimiento de fraude de ley, e introduciendo una especie de “*bussines test purpose*”, no contemplada expresamente en nuestro ordenamiento.

En el fondo de esta teoría late la idea ya expuesta, y que en su momento defendió LÓPEZ TELLO, de que la Directiva cuando menciona el “fraude o evasión” como causa de denegación del régimen especial, lo que está haciendo es referirse a cualquier ventaja fiscal, que incluso puede entenderse en su sentido más amplio: como régimen diferente y más beneficioso que el que se hubiera disfrutado en caso de no haberse realizado la operación.

A nuestro juicio, la intención del legislador que se esconde tras la reforma operada en la Ley de Acompañamiento para 2001, es, precisamente la de llevar a la letra de la ley esta rechazable doctrina.

## 6. LA REFORMA DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO POR LA LEY 14/2000, DE 29 DE DICIEMBRE.

La Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificó a través de su art. 2, seis, la redacción del art. 110, 2 de la Ley 43/1995, del IS. Como consecuencia de esta reforma legal, además de la previsión de que el régimen especial no se aplicará cuando la operación tenga como principal objetivo “el fraude o la evasión fiscal”, se dice que “...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”.

Al decir, como señala la nueva redacción de este artículo, que el régimen de diferimiento no se aplicará *en particular* cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, lo que se está queriendo afirmar es que la reforma introduce una nueva causa de no aplicación del régimen especial, diferente a la que ya existía y que se basaba en la concurrencia de fraude o evasión<sup>69</sup>. Ciertamente es, como reconoce SANZ GADEA, que la expresión “en particular”, apunta a que estamos ante un supuesto especial, dependiente del general contenido en el primer inciso, “pero frente a este argumento está la propia literalidad de la norma que apunta más bien a un supuesto autónomo”<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> *Jurisprudencia Tributaria*, nº 45.

<sup>69</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A., “Modificaciones en el Impuesto sobre Sociedades introducidas por normas aprobadas a lo largo del año 2000”, op. cit., pag. 33.

<sup>70</sup> SANZ GADEA, E., “Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades...”, op. cit., pag. 107.

Recordemos que el art. 11, 1, a) de la Directiva contempla dos supuestos de denegación del régimen especial: el fraude o la evasión fiscal o la posibilidad de que los Estados desarrollen la ya citada presunción. Y así, algún autor señala que lo que ha hecho la reforma del art. 110, 2 de la Ley reguladora del IS es lo único que realmente podía hacer en el marco de la Directiva: introducir la presunción prevista en el art. 11, 1, a) de la norma comunitaria. Así, FALCON Y TELLA señala que “lo que hace la Ley de Acompañamiento es simplemente, introducir la presunción permitida por la Directiva”, añadiendo que “aunque no lo hace de una manera muy correcta técnicamente, una interpretación conforme a la Directiva debe llevar a la conclusión de que estamos ante una simple presunción *iuris tantum*”<sup>71</sup>.

Pero basta una lectura del texto del art. 110, 2 tras la reforma por Ley de Acompañamiento para 2001, y, en concreto, del inciso según el cual “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”, para inferir que no se está introduciendo ninguna presunción, y menos la presunción prevista por la Directiva. Del art. 11, 1, a) de la norma comunitaria se deduce que la presunción consiste en derivar la existencia del objetivo de fraude o evasión fiscal de un hecho base cierto que es la ausencia de motivación económica válida. La nueva redacción de la LIS, lo que hace es establecer que no hay motivo económico válido cuando se busque una “ventaja fiscal”.

Es evidente que la innovación introducida por la Ley de Acompañamiento supone una novedad sustancial, sobre todo en lo relativo a la función que cumple la búsqueda de una ventaja fiscal a la hora de llevar a cabo una operación de reestructuración empresarial. Si bien la Directiva no menciona, en su art. 11, 1, a) la cuestión de la ventaja fiscal, suele señalarse que, desde la perspectiva del Derecho Comunitario, la consecución de una ventaja fiscal no se considera motivo económico válido. Y ello se hace partiendo de lo manifestado por la sentencia *Leur-Bloem* en su apartado 47: **“motivos económicos válidos es un concepto más amplio que la mera búsqueda de una ventaja fiscal”**. Ello ha llevado a que un sector de la doctrina considerase que la ventaja fiscal no constituye un motivo económico válido<sup>72</sup>, cuando lo único que se deduce de la sentencia es que no habrá tal “motivo económico válido”, cuando se persiga **sólo** el objetivo de ahorro fiscal.

En efecto, afirmar que el requisito del motivo económico válido es más amplio que la búsqueda de una mera ventaja fiscal parece suponer que la exigencia de una motivación económica no se da por cumplida con la exclusiva búsqueda de un tratamiento fis-

---

<sup>71</sup> FALCÓN Y TELLA, R., “La nueva redacción de la cláusula antiabuso...”, op. cit., pag. 6.

<sup>72</sup> SANZ GADEA, E., “Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000”, op. cit., pag. 107; MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Realización de operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria y canje de valores...”, op. cit., pag. 90.

## E S T U D I O S

cal más beneficioso. Pero también puede significar, como señala FALCÓN Y TELLA, que la búsqueda de una ventaja fiscal no tiene porque ser una motivación distinta de la persecución de una razón económica válida<sup>73</sup>. Eso supondría que siempre que la operación persiguiese una finalidad económica válida y razonable, la obtención de una ventaja fiscal no impediría la aplicación del régimen especial.

Pero, además, aun cuando se entendiese que de la sentencia *Leur-Bloem* se deduce que la consecución de una ventaja fiscal no se considera un "motivo económico válido", ello sólo significaría, a nuestro juicio, que la mera búsqueda de un ahorro tributario no enerva el hecho base de la presunción<sup>74</sup>. La ventaja fiscal, si nos atenemos a la voluntad de la Directiva, no jugará fuera de la técnica de la presunción. Para negar la aplicación del régimen a partir de la búsqueda de una venta fiscal es necesario contemplar la presunción que prevé el art. 11, 1, a) de la Directiva, cosa que no ha hecho, a nuestro juicio, una disposición como el nuevo inciso del art. 110,2 de la LIS, que en modo alguno diseña una presunción.

Como dice SANZ GADEA, en esta nueva redacción del art. 110. 2 de la Ley reguladora del IS, "la consecución de una ventaja fiscal juega siempre en contra del contribuyente"<sup>75</sup>, pues supondría que no existen motivos económicos válidos, a partir de una irreal incompatibilidad que la ley apunta, entre la búsqueda de esa ventaja fiscal y "la reestructuración o racionalización" de las actividades de las entidades intervinientes en las operaciones. La nueva redacción del art. 110, 2 de la LIS está atribuyendo a la Administración tributaria una potestad libérrima de apreciar la inexistencia de una motivación económica y, por tanto, de denegar la aplicación del régimen especial en operaciones de reestructuración empresarial, a partir del momento en que se detecte la persecución de alguna ventaja fiscal distinta a las derivadas del régimen de diferimiento. Así, y a título de mero ejemplo, se estará facultando a rechazar la aplicación del régimen de diferimiento cuando se estimase que la finalidad de una fusión es compensar bases negativas pendientes, situación ésta muy habitual en la práctica, y que probablemente haya empujado al legislador a adoptar esa reprobable solución legal<sup>76</sup>. O cuan-

---

<sup>73</sup> FALCON Y TELLA, R., "La nueva redacción de la cláusula antiabuso...", op. cit., pag. 7.

<sup>74</sup> SANZ GADEA, E., "Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000", op. cit., pag. 107.

<sup>75</sup> SANZ GADEA, E., "Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000", op. cit., pag. 107.

<sup>76</sup> No cabe duda de que una de las razones de las múltiples limitaciones impuestas por la legislación al régimen especial es el miedo que se utilice como instrumento de fraude, y, sobre todo, que se utilice como vía para adquirir empresas como pérdidas a los solos efectos de compensar bases impositivas positivas. Para evitar esto se han propuesto varias medidas; prohibir la compensación de pérdidas, que era lo que hacía la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, que en su art. 11, 3 decía que "en ningún caso se entendería transmitido el derecho a la compensación de pérdidas". Posteriormente la Ley 43/1995 la admite, aunque tuvo que soportar críticas porque podía suponer abrir la puerta al fraude. Se propusieron limitaciones; así exigir que la sociedad con pérdidas fuese siempre la adquirente. O bien; que una sociedad en pérdidas antes de ser absorbida revalorice obligatoriamente para cubrir tales pérdidas. La Ley 43/1995, permite la comopensación, posibilidad que se otorga en los casos de fusión por

do, por ejemplo, una escisión de sociedades anónimas que no constituyen grupo y que pasan a ser independientes tiene como finalidad acogerse al régimen de entidades de reducida dimensión. O cuando un canje de valores tiene como finalidad alcanzar el porcentaje de participación del 5 por 100, para aplicar el porcentaje de deducción por doble imposición interna del 100 por 100, previsto en el art. 28 de la Ley 43/1995. O, en fin, cuando se procede a formalizar una fusión impropia para practicar la amortización de la diferencia de fusión.

En todos estos supuestos la solución legal que, a partir de ahora plantea la Ley reguladora del IS, consiste en permitir que la Administración pueda denegar la aplicación del régimen especial del Capítulo VIII del Título VIII de la Ley.

Y esta posibilidad debe, a nuestro juicio, rechazarse de plano. Y son varios los motivos que pueden esgrimirse como argumentos.

En primer lugar porque no es posible afirmar, sin haber habilitado la presunción prevista en la Directiva, que la mera intencionalidad de la búsqueda de un ahorro fiscal determina la aplicación de la cláusula antiabuso. La virtualidad de la búsqueda de una ventaja fiscal, tal y como se diseña en la normativa comunitaria y en su interpretación por el TJCE, sólo puede expresarse de dos maneras. O bien esa ventaja fiscal se busca a través de un negocio directo o artificio normativo que pudiera subsumirse en el fraude de ley. O bien, se establece la presunción, y entonces se entiende que la búsqueda de una ventaja fiscal no es un motivo económico válido. En este último caso, y dado que la presunción prevista en el art. 11, 1, a), de la Directiva, 90/434/CEE, debe reputarse relativa o *iuris tantum*, habrá que permitir al particular probar que, además de la búsqueda de esa ventaja fiscal, concurre algún motivo económico válido como la reestructuración o racionalización de la actividad.

Lo que quiere decir que no tiene cabida en la Directiva ni en el Derecho Comunitario una potestad destinada a denegar la aplicación del régimen especial a partir de la determinación unilateral por la Administración de que se está persiguiendo una ventaja fiscal.

Una reforma como la introducida por la Ley de Acompañamiento para el año 2001, puede colisionar con la jurisprudencia del TJCE sobre el tema. Porque, aunque en la sentencia *Leur-Bloem* se diga que el concepto "motivos económicos válidos" es más

---

el art. 104, 3 de la LIS, y que tiene sus limitaciones, sobre todo cuando la entidad adquirente tiene participación en la transmitente, en cuyo caso la base negativa susceptible de compensación se reduce en el importe de la diferencia positiva entre el valor de las aportaciones de los socios realizadas por cualquier título correspondiente a la participación poseída y el valor contable de dicha participación. Y ello, porque se entiende que la sociedad absorbente cuando tenía participación en la absorbida ya compensó las pérdidas vía provisiones. Vid., LAORDEN, J.- ARQUES, J., Comentarios al Impuesto sobre Sociedades, op. cit. pags. 1944 y 1945.

## E S T U D I O S

amplio que la mera búsqueda de una ventaja fiscal, afirmación que se suele sacar se contexto ( se está refiriendo a la presunción prevista en la Directiva y no significa otra cosa que la mera imposibilidad de enervar la presunción invocando una ventaja fiscal ), también se señala claramente en el apartado 36 de esta misma resolución del TJCE, que el régimen de diferimiento "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**".

Lo que está queriendo decir esta sentencia es que la búsqueda de un beneficio fiscal no es, por sí mismo, causa de denegación de la aplicación del régimen especial para operaciones de reestructuración empresarial. Y que esa mayor "amplitud" de los motivos económicos, frente a las ventajas fiscales, supone que se podrá denegar la aplicación del régimen especial cuando una operación tenga como único motivo la búsqueda de una ventaja fiscal, porque el particular, como consecuencia de la aplicación de la presunción, no sea capaz de probar que esa operación está guiada por alguna finalidad económica válida. Lo que, dicho sea de paso, difícilmente se dará salvo que estemos ante un negocio indirecto o un artificio reconducible a un fraude de ley.

Por tanto, a partir de esta interpretación, la única admisible desde la perspectiva del Derecho Comunitario, la existencia de motivos válidos puede abarcar la previsión de unas ventajas fiscales. Así, señala MARTIN QUERALT, que "la reestructuración societaria, que permite gozar de ventajas fiscales, constituye evidentemente un motivo económico válido"<sup>77</sup>. A nuestro modo de ver, si se demuestra que la operación está orientada por una justificación económica, es decir, si hay unos objetivos económicos y empresariales claros, no se puede negar la aplicación del régimen especial. Ello en la práctica lleva a entender que si hay motivos empresariales, y se puede constatar objetivamente que los hay, resulta secundario el que haya habido una intencionalidad fiscal, o que se llegue a la conclusión que sin las ventajas fiscales la operación no se hubiera efectuado. O lo que es lo mismo, no es lo mismo una operación "hecha" para obtener una ventaja fiscal, que una operación que se realiza para obtener un conjunto de ventajas entre las cuales el buen trato fiscal es una de ellas. Si la operación supone una verdadera innovación de estrategia económica y empresarial, que sirve a la empresa por ejemplo, para adaptarse a nuevas exigencias del mercado o para ganar en competitividad, el aprovechamiento lícito de ventajas fiscales que otorgue el ordenamiento, creemos que es perfectamente admisible.

Por el contrario, y frente a esta visión de la cláusula antiabuso que se deduce a nuestro juicio de las exigencias de Derecho Comunitario, la expresión introducida por la Ley de Acompañamiento para 2001, según la cual no se aplicará la operación cuando la misma tenga la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal, parece rescatar las

---

<sup>77</sup> MARTIN QUERALT, J., "El zurrón lleno", Editorial *Tribuna Fiscal*, nº, 124, 2001, pag. 6.

opiniones doctrinales, alguna de ellas ya expuestas, para las cuales el simple ahorro de un tributo daría lugar a la aplicación de la cláusula. Postura, en nuestra opinión, inadmisibles y respecto a la cual podemos intuir un implícito rechazo en la más reciente doctrina de la DGT. Así, las Resoluciones a Consultas Vinculantes de 17, 22 y 28 de junio de 1999, señalan claramente 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 LIS...". Y en ese mismo sentido otras resoluciones (reproducidas en *Normacef*, como la de 10 de abril de 2000).

Afirmar lo contrario sería tanto como defender un "nivel mínimo" de tributación para todo contribuyente, incompatible con la propia esencia del ordenamiento fiscal, en que la contribución depende de los hechos imposables que efectivamente se hayan realizado, y que pueden haber sido decididos libremente por el contribuyente, en función de unas facultades de "planificación fiscal"<sup>78</sup>. El pretender que de la búsqueda de una ventaja fiscal se desprenda la denegación del régimen especial constituye una interpretación de la Directiva que CAAMAÑO-CALDERÓN-MARTÍN JIMÉNEZ califican de "excesivamente rígida", puesto que la planificación fiscal, sin incurrir en negocios fraudulentos o infracciones tributarias es legítima, en los ordenamientos de los Estados miembros<sup>79</sup>.

Así el "derecho a la planificación fiscal" está arraigado en los ordenamientos fiscales de los Estados europeos, lo que ha llevado a afirmar a PISTONE que "la licitud del objetivo de la minimización de la carga tributaria está reconocida en línea de principio en casi todos los ordenamientos tributarios de los países industrializados, sean de *common law* o de *civil law*", y siempre que el contribuyente no incurra en violación directa o indirecta del ordenamiento tributario<sup>80</sup>. Así ya lo reconoció en Alemania la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* en sentencia de 3 de abril de 1959 ( *BverfGE* 9, p. 249 ), admitiendo el derecho a la planificación fiscal, como una consecuencia de la libertad de configuración –*Gestaltungsfreiheit*–. Y en nuestro país lo han afirmado tanto el propio Tribunal Constitucional en su s. 137/1996, de 31 de octubre ( FJ 2º ), que ha hablado del derecho de los sujetos a planificar su actividad empresarial "confiados en la legislación que se hallaba vigente", como la AN, en su sentencia de 3 de octubre de 1997, donde se habla de "legitimidad constitucional de la economía de opción", y tam-

---

<sup>78</sup> La inexistencia de este nivel mínimo de tributación, vendría expresada, en la doctrina alemana, por lo que, autores como BÜHLER/STRICKRODT o KRUSE han llamado "decisión primaria del legislador sobre el merecimiento del impuesto "...primären Entscheidung des Gesetzgebers über die Steuerwürdigkeit", BÜHLER/STRICKRODT, *Steuerrecht*, Bd. I, Allgemeines Steuerrecht, Betriebswirtschaftlicher Verlag Dr. Th. Gabler, Wiesbaden, 1960, pag. 658. KRUSE, H.W., *Derecho Tributario*, Parte General, trad. Yebra Martul-Ortega-Izquierdo, EDF, Madrid, 1978, pag. 98.

<sup>79</sup> CAAMAÑO ANIDO, M.A.- CALDERÓN CARRERO, J.M.- MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.; *Jurisprudencia Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, op. cit., pag.420.

<sup>80</sup> PISTONE, P., *Abuso del Diritto ed elusione fiscale*, op. cit., pags. 5 y 6.

## E S T U D I O S

bién el TEAC, que, en su resolución de 28 de febrero de 1996, reconoce expresamente, en su considerando 13º, que "...es legítima la búsqueda de fórmulas que, dentro de la ley tributaria, permitan acogerse a la opción que más convenga a sus intereses (los del sujeto pasivo)..."<sup>81</sup>.

Por tanto, una regulación de la cláusula antiabuso que trae causa del Derecho Comunitario, no puede desconocer que éste debe aplicarse conforme a los mecanismos jurídicos del Derecho interno de cada Estado con el único requisito de que se logren los fines previstos en la normativa comunitaria. Y en los ordenamientos internos de los Estados miembros, las posibilidades de planificación fiscal son reconocidas como parte integrante de la autonomía privada y de su libertad económica, por lo que no sería admisible que la cláusula antiabuso operase en contra de estos principios.

## 7. CONCLUSIONES

La reforma del art. 110, 2 de la Ley reguladora del IS a través de la Ley de Acompañamiento para 2001, constituye un intento de elevar la búsqueda o el mero aprovechamiento de una ventaja fiscal a la condición de causa de denegación de la aplicación del régimen especial del Capítulo VIII del Título VIII, de la Ley del IS, a través de considerar que en estos casos no concurre un "motivo económico válido". Probablemente ha sido la frecuencia con la que la Inspección se encontraba ante supuestos de utilización de las operaciones de reestructuración empresarial con fines de aprovechamiento de ventajas fiscales, y, sobre todo, de operaciones cuya finalidad es compensar pérdidas, lo que ha llevado a introducir esta potestad exorbitante en manos de la Administración. Potestad que no se contempla en el art. 11, 1, a) de la Directiva, el cual, recordémoslo, sólo prevé la denegación del régimen especial en los casos de "fraude o evasión" fiscal determinados a través de los medios de prueba ordinario, o por medio de una presunción que tome como hecho base la ausencia de "motivos económicos válidos".

Ante esta reforma de la LIS, son posibles dos reacciones. Podemos considerar que lo que ha hecho la reforma es introducir la "presunción de la Directiva", como por ejemplo, opina FALCON Y TELLA<sup>82</sup>, lo que sólo podría admitirse como un intento de interpretar esta nueva redacción del art. 110, 2 de la LIS en un sentido mucho menos perjudicial para la posición jurídica del contribuyente. Así, si la Administración invocase que la operación se efectuó con la finalidad primordial de buscar una ventaja fiscal, correspondería al particular acreditar la concurrencia de un "motivo económico válido", como la "reestructuración o racionalización" de las actividades económicas. Si, por ejemplo, la Administración alega que se ha intentado una "compensación de bases

---

<sup>81</sup> Véase, sobre el tema, FERREIRO LAPATZA, J.J., "Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal", *RTT*, nº 52, enero-marzo, 2001, pags. 52 y 53.

<sup>82</sup> FALCON Y TELLA, R., "La nueva redacción de la cláusula antiabuso...", op. cit., pag. 6.

imponibles negativas", se podría argumentar que la operación no se llevó a cabo para lograr esa compensación, porque, por ejemplo, la misma ha dado lugar a una verdadera actividad económica posterior al aprovechamiento de la ventaja fiscal.

Sin embargo, una segunda interpretación lleva a descartar que se haya pretendido introducir la presunción que la Directiva prevé. En primer lugar, por la evidencia de que una presunción de este tipo ha de regularse de forma expresa, cosa que no ha ocurrido con la reforma del art. 110, 2 de la LIS. Pero, sobre todo, porque esa presunción sí figuraba en el Proyecto de Ley, y desaparece en el texto que definitivamente se aprueba<sup>83</sup>. La intención del legislador era ir más allá de las posibilidades otorgadas por la Directiva. Y es que la presunción, tal y como la define la Directiva, supone que la falta de motivos económicos válidos sirve para presumir "*iuris tantum*", el fraude. Y para presumir esa falta de motivos económicos se tiene en cuenta, a partir de una jurisprudencia del TJCE interpretada de forma fragmentaria, la búsqueda de una ventaja fiscal. Como ha señalado SANZ GADEA, lo que ha hecho la nueva norma es "sobredimensionar" la búsqueda de una ventaja fiscal. Si lo que permite la Directiva es establecer una presunción, conforme a la cual la ausencia de motivos económicos válidos se configura como un hecho-base al que se anuda el hecho-consecuencia del fraude o la evasión fiscal y la ventaja fiscal, sólo juega el papel de no ser un "motivo económico válido", en nuestra normativa interna la ausencia de un motivo económico válido es causa directa de denegación de la aplicación del régimen especial<sup>84</sup>. Se trata de una insólita vía para rechazar la aplicación del régimen de diferimiento, sin necesidad de probar fraude o simulación.

La regla de neutralidad que preside el régimen jurídico de las operaciones de reestructuración empresarial está vinculada a principios esenciales del ordenamiento comunitario, por eso la Directiva sólo la excepciona en causas tasadas; esto es, cuando haya fraude, detectado según las normas internas del Estado miembro o a partir de la presunción del art. 11, 1, a) de la Directiva. La norma española contraviene la Directiva, al negar el régimen especial por la mera existencia de una ventaja fiscal. Puede incluso estar violando la libertad de establecimiento, o provocando discriminaciones por hacer más difícil la operatividad en España de determinadas sociedades residentes en otros Estados de la CE, si esta nueva potestad administrativa se aplicase de forma arbitraria.

Creemos que la reforma introducida por la Ley de Acompañamiento para 2001 es contraria a la normativa comunitaria. Se está violando el principio de primacía del De-

---

<sup>83</sup> Efectivamente, el Proyecto de Ley decía, en su art. 2º, 5, a la hora de modificar el art. 110 de la Ley reguladora del IS, y con evidente mayor respeto al contenido de la Directiva, que "...se presumirá que la operación tiene como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal cuando no se efectúe por motivos económicos válidos, como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la finalidad de conseguir una ventaja fiscal".

<sup>84</sup> SANZ GADEA, E., "Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades...", op. cit., pag. 107.

## E S T U D I O S

recho Comunitario, y, teniendo en cuenta la jurisprudencia sentada por la tantas veces citada sentencia Leur-Bloem, acerca de la competencia del TJCE para controlar las normas internas de los Estados miembros que se atienen a las soluciones establecidas por el Derecho Comunitario, el Tribunal de Luxemburgo podría declarar tal incompatibilidad previo planteamiento de la correspondiente cuestión prejudicial.

En tanto ello no ocurra, la nueva redacción del art. 110, 2 de la LIS otorga una potestad libérrima a la Administración sobre la base de un concepto (*finalidad de conseguir una ventaja fiscal*) excesivamente ambiguo, y que va a generar una enorme inseguridad jurídica.

Quizás por ello, y con la probable intención de buscar un imposible equilibrio introduciendo una garantía adicional a favor del contribuyente, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Acompañamiento para 2001, crea un nuevo supuesto de consulta vinculante. En concreto, señala la norma que, en los términos del art. 107 de la LGT, "los interesados podrán formular consultas a la Administración tributaria sobre la aplicación y cumplimiento de este requisito ( la concurrencia de un motivo económico válido ) en operaciones concretas, cuya contestación tendrá carácter vinculante para la aplicación del régimen especial del presente Capítulo en éste y cualesquiera otros tributos".

Lo que resulta curioso es que un nuevo supuesto de consulta vinculante, con pretensiones de afectar a todo los tributos del ordenamiento jurídico, se incluya en el texto de la LIS y no se introduzca mediante la adición de un nuevo apartado al artículo 107, 4, el cual, por cierto, ya menciona en su apartado f), y desde la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, la posibilidad de plantear consultas vinculantes respecto a cualquier cuestión referida a la "interpretación y aplicación" del régimen de operaciones de reorganización empresarial. La concurrencia o no de un "motivo económico válido" es, a nuestro juicio, una cuestión que se podría subsumir perfectamente en el art. 107, 4, f) de la LGT tal y como está actualmente redactado.

Por eso, a la implantación de este nuevo supuesto de consulta vinculante hay que buscarle un sentido adicional. Pensemos que a través de esta consulta vinculante, aquellos sujetos que pretendan concertar una fusión, escisión, canje de valores o aportación de activos, pueden dirigirse a la Administración para que ésta les diga si la operación que quieren realizar, en su conjunto o por las ventajas fiscales que se contemplan, está amparada en un motivo económico válido y por tanto, si le resulta o no aplicable el régimen de diferimiento. Y con la consecuencia de que la Administración queda vinculada por la respuesta. Más allá de las motivaciones de seguridad jurídica que inspiran la categoría general de la consulta vinculante, lo que está realmente introduciendo la Ley de Acompañamiento es un mecanismo voluntario de *intervención previa* de la Administración en las operaciones de reorganización empresarial.

En efecto, como ya señalamos el control de las operaciones de reorganización empresarial se viene haciendo a posteriori, a través de la comprobación administrativa, una

vez superado el régimen de intervención previa que contemplaba en la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de Fusiones.

Así, el art. 110, 2 de la LIS, señalaba, antes de la reforma que estamos comentando, que la determinación de que la operación se realizó con fines de fraude o evasión se haría "como consecuencia de la comprobación administrativa". La intervención administrativa era siempre posterior a la realización de la operación y la denegación del régimen de diferimiento sólo podría determinarse a partir de ese momento. Con anterioridad a la operación, los sujetos intervinientes sólo quedan obligados a la comunicación a la que se refiere el art. 110, 1º de la LIS. La comunicación que deben llevar a cabo las partes intervinientes en una operación de reorganización empresarial, para hacer partícipe a la Administración de que optan por la aplicación del régimen especial, es simplemente una mera comunicación, que no legitima a la Administración a vetar por motivos de fondo la operación. En todo caso, la comunicación ha de ser previa y además, anterior a la inscripción registral que es el momento en que la operación tiene efectos frente a terceros<sup>85</sup>.

La Ley de Acompañamiento para 2001 introduce esta consulta vinculante, al tiempo que ya no menciona la "comprobación". Es obvio que la denegación de la aplicación del régimen especial debe seguir teniendo lugar, en condiciones normales, después de la correspondiente comprobación, que, además, ha de ser una comprobación de la situación tributaria llevada a cabo por la Inspección. Pero, la reforma, a nuestro juicio, reintroduce un intervención previa de la Administración, aunque en este caso de forma voluntaria para el contribuyente.

La forma en que se plantea esta consulta vinculante sirve también para poner de manifiesto, una vez más, que es necesario defender la recurribilidad de este tipo de actos. En efecto, si el particular que pretende llevar a cabo una operación de reorganización empresarial que considera amparada en motivaciones válidas, plantea la correspondiente consulta y se encuentra con una respuesta en la que se le dice, **con carácter vinculante** para la Administración, que no es aplicable el régimen de diferimiento, el derecho a la tutela judicial efectiva impone, a nuestro modo de ver, que esta decisión administrativa sea recurrible.

Cierto es que contra la posibilidad de recurrir respuestas a consultas hay varios argumentos. Así, el texto del art 107, 7 de la LGT según el cual los obligados tributarios no podrán entablar recurso alguno contra la contestación a las consultas, sin perjuicio de hacerlo contra el acto o actos dictados de acuerdo con los criterios manifestados en

---

<sup>85</sup> Esta naturaleza de "mera comunicación" ha sido defendida reiteradamente por la DGT. Como ejemplo la Contestación a consulta de 14 de junio de 1993, referida a la Ley 29/1991. El desarrollo procedimental de esta comunicación se encuentra, como es sabido, en el art. 51 del Reglamento del Impuesto; la comunicación se hará a la Delegación de la AEAT de la sociedad dominante.

## E S T U D I O S

las mismas. Cabe puntualizar, sin embargo, que el art. 107, 7 se refiere a la no recurribilidad de las consultas recogidas en el propio precepto, y las consultas relativas al "motivo económico válido" están previstas, como dijimos, en el art. 110 de la LIS. Además, el TS, en sentencia de 10 de febrero de 2001<sup>86</sup>, ha rechazado, recientemente, la recurribilidad de las consultas con la endeble argumentación de que son "instrumentos de colaboración de la Administración con los contribuyentes". Y, además, existen autores que insisten en que no se debe admitir la recurribilidad de las consultas<sup>87</sup>.

Frente a ello nos encontramos, en el caso de estas consultas introducidas por la Ley de Acompañamiento para 2001, con un supuesto en que, ante la negativa de la Administración a la aplicación del régimen de diferimiento, expresada vía contestación a consulta, el particular sólo podría ejercer un derecho a la tutela "diferido" o "retrasado" al instante en que la Administración compruebe la operación. Ante una respuesta negativa, el particular tendría que formalizar la operación a los efectos de que la Administración reitere la inaplicación del régimen especial, y poder así plantear el correspondiente recurso. Frente a esta situación, conviene recordar las palabras de ZORNOZA PEREZ, para quien la admisión de la recurribilidad de la consulta vinculante equivale a evitar que se consolide, de modo absoluto, el juicio interpretativo de la Administración y supone un modo idóneo para satisfacer el principio de legalidad<sup>88</sup>.

Creemos que la posibilidad de recurrir es una innegable exigencia del principio de tutela judicial efectiva, puesto que, como dice VILLAVERDE GÓMEZ, "en la medida en que la Administración está vinculada al sentido de su previa contestación, la imposibilidad de un recurso autónomo sólo deriva en un retraso en el acceso a la tutela judicial efectiva, puesto que el consultante podrá atacar esa interpretación administrativa en un momento posterior, a través de sus actos de aplicación". A lo que añade: "retrasar el momento en que cabe recurrir la respuesta a la consulta sólo supone quitar efectos a este instituto"<sup>89</sup>. Afirmar esto respecto a la consulta prevista en el art. 110, 2 de la LIS es una buena vía para empezar a promover la recurribilidad de todas las consultas vinculantes, y para la modificación del art. 107, 7 de la LGT.

---

<sup>86</sup> *Impuestos*, nº 11, 2001.

<sup>87</sup> Así, entienden que no se deben recurrir las consultas, entre otros, MEXIA ALGAR, J., "Las consultas tributarias", *Estudios de Derecho Tributario*, vol. II, IEF, Madrid, 1979, pag. 1279; CARRERA RAYA, F.J., "Una opinión sobre las consultas tributarias", *Gaceta Fiscal*, nº 63, 1989, pag. 164 y FALCON Y TELLA, R., "Consultas vinculantes y jurisprudencia", *Quincena Fiscal*, nº 9, 1997, pag. 6.

<sup>88</sup> ZORNOZA PEREZ, J., "Significado y funciones de las consultas a la Administración en materia tributaria", *CT*, nº 50, 1984, pags. 226 y ss.

<sup>89</sup> VILLAVERDE GÓMEZ, B, "Propuestas para una reforma del régimen de las consultas tributarias", *REFHP*, nº 259, 2001.