

EL ARTÍCULO 89.2 DE LA LIS COMO PARADIGMA DE LA INSEGURIDAD JURÍDICA QUE RIGE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL: RTEAC DE 22 DE ABRIL DE 2024 (6448/2022 Y 6452/2022) Y 27 DE MAYO DE 2024 (6513/2022 Y 6550/2022)

Gloria Marín Benítez

*Abogada
(España)*

Resumen

El TEAC se pronuncia sobre la aplicación del artículo 89.2 de la LIS a la aportación no dineraria de participaciones en una sociedad activa a una *holding*. Negando en el caso la existencia de otra motivación que la de aplicar el artículo 21 de la LIS a los dividendos que en el futuro percibirá la *holding*, entiende que esa ventaja fiscal es abusiva en la parte que corresponde a las reservas de la sociedad activa generadas antes de la aportación. Afirma también, corrigiendo la doctrina de la DGT, que para la corrección del abuso se podrá denegar al socio el beneficio del diferimiento inherente al régimen de neutralidad fiscal haciendo tributar la parte de la ganancia que corresponda a esas reservas previas a medida que la holding vaya recibiendo los dividendos e introduciendo los ajustes correspondientes para evitar sobreimposición. Las resoluciones, que pretenden que la aplicación del precepto al caso sea respetuosa con el principio de proporcionalidad, introducen una enorme inseguridad sobre las consecuencias de aplicar la cláusula.

Palabras clave

Abuso, régimen de neutralidad fiscal, proporcionalidad, diferimiento, motivos económicos válidos, ventaja fiscal

Abstract

The Central Tax Tribunal has issued several rulings on the application of article 89.2 of the Spanish Corporate Income Tax («CIT») Law (which

transposed Article 15.1(a) of Directive 2009/133) to a contribution of shares from an active company to a holding company. It has held that there were no business reasons for the contribution other than being able to apply a tax advantage (the participation exemption under article 21 of the CIT Law to the dividends that the holding company would receive in the future, including earnings that the distributing company made before the contribution) and that, therefore, article 89.2 should apply. Also, contrary to what the General Directorate for Taxation has previously stated, the Central Tax Tribunal held that in order to remedy the situation, the deferral of taxation under regime of tax neutrality could be denied and the capital gains earned by the shareholders from the share contribution in the part corresponding to earnings made before the contribution, could be taxed when the dividends were distributed to the holding company, establishing any adjustments needed to avoid double taxation. This interpretation which tries to align the application of the article with the principle of proportionality, has created a great deal of uncertainty about the effects of article 89.2 of the CIT Law.

Keywords

Abuse, regime of tax neutrality, proportionality, deferral, business reasons, tax advantage.

Cómo citar: Marín Benítez, G. (2024). El artículo 89.2 de la LIS como paradigma de la inseguridad jurídica que rige las operaciones de reestructuración empresarial: RRTEAC de 22 de abril de 2024 (6448/2022 y 6452/2022) y 27 de mayo de 2024 (6513/2022 y 6550/2022). *Revista Técnica Tributaria*, (147), 271-279.

SUMARIO

1. Doctrina del tribunal
2. Supuesto de hecho
3. Fundamentos de derecho
4. Análisis

1. Doctrina del tribunal

En sus resoluciones de 22 de abril de 2024 (6448/2022 y 6452/2022) y 27 de mayo de 2024 (6513/2022 y 6550/2022), el Tribunal Económico-Administrativo Central concluye (i) que, en aplicación del artículo 89.2 de la LIS (Ley 27/2014), cuando una operación de reestructuración carece de motivos económicos válidos y está motivada principalmente por razones fiscales, ha de entenderse que ha tenido como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal; (ii) que, en tal caso, se deben eliminar exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal obtenida que se muestren abusivos o irregulares; (iii) que, cuando resulte necesario para la eficaz corrección del abuso, esa eliminación puede afectar al diferimiento propio del régimen; (iv) que esa corrección del abuso ha de hacerse respetando el principio de proporcionalidad, con la consiguiente imputación de la renta en el ejercicio en que se manifiestan los efectos del abuso.

Con estos criterios, rechazados los motivos económicos aducidos por el contribuyente para aportar la participación en una sociedad operativa a una *holding*, y confirmado el entendimiento inspector de que la operación estaba motivada principalmente por razones fiscales —en concreto, por el acceso de la *holding* interpuesta a la exención prevista en el artículo 21 de la LIS para los dividendos distribuidos por la operativa— y que esa ventaja fiscal es abusiva en la parte correspondiente a los beneficios generados antes de la reestructuración, el TEAC anula el acuerdo de liquidación porque entiende que la ganancia cuyo diferimiento es rechazado en aplicación del artículo 89.2 de la LIS debe ser imputada en la base del IRPF del contribuyente que realizó la aportación no dineraria a medida que obtiene la ventaja fiscal abusiva —esto es, a medida que la sociedad operativa va distribuyendo a la *holding* los beneficios antes de la operación— y no, como hizo la inspección, al ejercicio en que ésta se llevó a cabo.

2. Supuesto de hecho

En el caso abordado por estas cuatro resoluciones, dos hermanas (cada una propietaria del 47,50% de las participaciones de una misma sociedad, cabecera de un grupo de sociedades) deciden aportar sus participaciones a dos sociedades *holding*, cada una de ellas íntegramente participada por una hermana diferente.

Las resoluciones no cuestionan el cumplimiento de los requisitos objetivos, subjetivos y formales para aplicar el régimen, pero entienden que este debe ser denegado en aplicación de la cláusula antiabuso del artículo 89.2 de la LIS. El TEAC confirma la apreciación inspectora de que, en el caso concreto, no concurren los motivos económicos (simplificar la estructura, separar flujos financieros empresariales y familiares, centralizar la tesorería, económicos y financieros, potenciar la capacidad económica de la *holding* y preparar la sucesión familiar) alegados por el contribuyente.

3. Fundamentos de derecho

La posición administrativa toma como punto de partida la asunción inspectora de que procede la aplicación de la cláusula, por apreciar que la operación realizada por el contribuyente es constitutiva de fraude o abuso fiscal, cuando su finalidad es principal o exclusivamente fiscal, sin que concurran motivos económicos válidos.

Reafirmada la procedencia de aplicar la cláusula, las resoluciones critican la posición de la Dirección General de Tributos, que en su consulta n.º 2214-23, había afirmado (resaltados añadidos) que la aplicación del artículo 89.2 de la LIS debe llevar a eliminar «los efectos de la referida ventaja fiscal perseguida mediante la realización de la operación de reestructuración de que se trate, *distinta del diferimiento en la tributación de las rentas generadas, inherente al propio régimen*, cuando la operación se hubiere realizado con la mera finalidad de conseguir tal ventaja fiscal». Afirman las resoluciones que esa interpretación **(a)** es *contra legem*; **(b)** no se ajusta a lo dispuesto por las Directivas «que siempre han contemplado la posibilidad de la eliminación total de los efectos del régimen, lo que incluye, obviamente, el diferimiento al que se refieren los artículos 4 de ambas Directivas»; **(c)** es «asistemática, ajena a nuestro derecho común y, en concreto, al tributario, en el que ningún régimen tributario queda exento de pasar por el tamiz de las normas antiabuso»; **(d)** es también contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pues «ninguna sentencia del TJUE recoge una interpretación de la cláusula antiabuso (...) amparando la creación de ámbitos de impunidad para las reestructuraciones que puedan calificarse de artificiosas, es decir, para las que se haya podido determinar que buscan resultados abusivos»; y, **(e)** no encuentra sustento tampoco en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Para el Tribunal, «de la ventaja fiscal (minoración de la carga tributaria) obtenida por la aplicación del régimen (...) forma parte el que podría considerarse su efecto directo y primario, esto es, el diferimiento de la tributación que, sin él, habría recaído sobre la transmisión realizada», de forma que «cuando se haya acreditado que se dan las circunstancias para la aplicación de la cláusula antiabuso (...) deben eliminarse todos los efectos fiscales derivados de esa aplicación (indebida) que puedan concluirse como abusivos; todos ellos, pero sólo ellos».

Sobre esa declaración de principios afirma que el abuso en el caso estriba en «extender el paraguas de la sociedad *holding* a beneficios obtenidos por la sociedad operativa antes de que las acciones de esta perteneciesen a esa *holding*, es decir, obtenidos por la sociedad operativa que los reparte vía dividendos cuando aún pertenecían a la persona física». También afirma que la corrección de ese abuso debe hacerse (resaltados añadidos) «en cada uno de los ejercicios en los que el socio aportante obtiene o logra, *de forma efectiva*, la disponibilidad de los beneficios que estaban acumulados en la sociedad operativa antes de la aportación». Esa *disponibilidad de forma efectiva* por el contribuyente persona física de esos beneficios se logra, según las resoluciones, cuando la sociedad

operativa los distribuye en forma de dividendos a la *holding*, al menos cuando esta es una sociedad que no realiza actividad económica y que se encuentra participada y administrada por la persona física. Reconoce que este entendimiento prescinde «de la apariencia formal resultante de las decisiones y operaciones tomadas» y que, «especialmente, se prescinde de la titularidad de las acciones y, con ello, de quién percibe formalmente los dividendos», lo que obligará «a que se realicen los ajustes pertinentes para evitar que se generen sobreimposiciones».

4. Análisis

Las resoluciones del TEAC ponen de manifiesto la inseguridad jurídica que afecta al régimen fiscal de unas operaciones, las de reestructuración empresarial, que justamente están necesitadas de una especial certeza en su tratamiento fiscal por el enorme impacto que puede tener la denegación del régimen de diferimiento.

No hay certeza alguna en cuanto a si la cláusula resultará o no de aplicación, pues –al margen de que el carácter vinculante de las consultas de la Dirección General de Tributos parece estar, si se nos permite la expresión, de capa caída– de un tiempo a esta parte el centro directivo renuncia a pronunciarse sobre la concurrencia de motivos económicos válidos en las operaciones que se le plantean. Se justifica ese rechazo en la necesidad de valorar las circunstancias previas, concurrentes y posteriores a la operación y en el entendimiento de que se trata de una cuestión fáctica y no interpretativa. Sin embargo, esta justificación resulta a nuestro juicio insuficiente y cuestionable por no distinguir entre las circunstancias de hecho y las de derecho, ni entre un análisis *ex ante* y *ex post*. Esto es, la Dirección General de Tributos no solo rechaza pronunciarse sobre la concurrencia de los motivos aducidos (que como cuestión fáctica siempre podría ser objeto de comprobación), sino también sobre su validez (que al ser una cuestión jurídica es, o debería ser, capaz de valorarse con abstracción de las concretas circunstancias). Recordemos así que el Tribunal Supremo (STS, Sala 3.ª, Secc. 2.ª, de 16.03.2016, rec. 1815/2016, ECLI:ES:TS:2016:1365, FJ 3) ya apuntó que «en la concurrencia de «motivos económicos válidos» (...) han de tenerse en cuenta para su apreciación tanto elementos fácticos como otros de contenido jurídico (cfr. SSTs de 26.4.2012, rec. 126/2009, y 12.12.2013, rec. 5463/2011)», señalando acertadamente que, si bien el primero es probatorio y vedado a la casación, el segundo sí puede enjuiciarse: «respecto de los segundos, nos corresponde precisar si la finalidad señalada, premisa fáctica del razonamiento de la sentencia de instancia, es o no motivo económico válido». Por otro lado, la justificación administrativa adolece de una falta de empatía (si se nos permite la expresión) con el contribuyente que debe adoptar su decisión a partir de un análisis *ex ante* de las circunstancias pasadas, presentes y previstas. Este análisis *ex ante* de esas circunstancias sí podría ser –debería poder serlo– objeto de validación por las autoridades tributarias, que siempre podrán contrastar, cuando las circunstancias posteriores se separen de las previstas, a qué responde la divergencia y si quedaban o no fuera de la esfera de control del obligado tributario.

Tampoco hay certeza alguna sobre las consecuencias de aplicar la cláusula y esta última fuente de inseguridad jurídica ha venido a acrecentarse con estas resoluciones del TEAC comentadas: no se sabe si la aplicación de la cláusula llevará a la denegación de la ventaja fiscal pretendida –sea o no ilícita; se trate o no de una ventaja relacionada con los impuestos cubiertos por la Directiva– distinta al propio diferimiento intrínseco al régimen, como postulaba la Dirección General de Tributos en su consulta n.º V2214-23, o este último, como vienen entendiendo los órganos de inspección tributaria, y han venido a confirmar las resoluciones del TEAC con exigencia del tributo diferido, pero admitiendo la ventaja fiscal pretendida; no se sabe tampoco si, siendo el diferimiento la ventaja fiscal a corregir, esa corrección procede en el ejercicio en que se realiza la operación o, si prevalece la doctrina del TEAC en los tribunales de justicia, en los ejercicios en los que la ventaja fiscal perseguida se va materializando en lo que tiene de abusivo; no se sabe los ajustes que, si la doctrina del TEAC terminara por prevalecer, habría que realizar para evitar sobreimposiciones al contribuyente que no es dueño y señor los dividendos distribuidos a la *holding* pero al que se le somete a imposición como si lo fuera porque se entiende que tiene sobre ellos una capacidad de disposición efectiva; no se sabe qué sucede con esa imputación temporal si el contribuyente que realizó la aportación fallece; no se sabe –aunque nos tememos una respuesta negativa– si el transcurso de un largo período de tiempo hasta que esos efectos abusivos empiecen a manifestarse puede llevar a excluir la propia calificación de la operación como abusiva; tampoco sabemos –aunque pensamos que debería plantearse– si será objeto de matización la doctrina jurisprudencial que admite la recalificación de una operación realizada en ejercicios prescritos como fraudulenta, en la medida en que despliegue efectos en ejercicios no prescritos, cuando a la postre se trata de rechazar un diferimiento que se consideró como tal en el ejercicio en que se llevó a cabo la operación. Si sabemos también, aunque no contribuya precisamente a la seguridad jurídica, que nuestro Tribunal Supremo, modificando su doctrina tradicional (SSTS de 3.7.2012, rec. 3703/2009 ECLI:ES:TS:2012:4931; de 16.01.2014, rec. 390/2011, ECLI:ES:TS:2014:96; de 13.06.2014, rec. 848/2012, ECLI:ES:TS:2014:2669), entiende que la regularización de operaciones con aplicación de esta cláusula antiabuso puede poner de manifiesto la comisión de una infracción tributaria sancionable (STS de 31.03.2021, rec. 5886/2019, ECLI:ES:TS:2021:1258).

Son muchas dudas, demasiadas, para un régimen de cuya aplicación depende a menudo la propia supervivencia de una empresa.

Dicho esto, hay tres puntos en las resoluciones del TEAC que resultan a nuestro juicio especialmente preocupantes. Dos están muy asentados en la práctica forense, con lo que no podremos atribuir la responsabilidad de esa preocupación en exclusiva al TEAC; el tercero sí es exclusivo de las resoluciones comentadas.

El primer punto de preocupación se refiere al fundamento que se atribuye al régimen. Se dice en las resoluciones que la Directiva 2009/133/CE persigue «como objetivo fundamental, la neutralidad fiscal, esto es, evitar que la fiscalidad sea, bien un impedimento, bien un estímulo, para la toma de decisiones empresariales tendentes a la realización de operaciones de reestructuración,

reorganización o racionalización de actividades». Los considerandos de la Directiva, sin embargo, dejan claro que la finalidad del régimen común es la de establecer normas fiscales «neutras *respecto de la competencia*» (STJUE de 20.5.2010, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg*, apdo. 38); de evitar, por tanto, que las operaciones previstas en la Directiva y que se hacen para reforzar la posición competitiva de las empresas se vean «*obstaculizadas* por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros» (SSTJUE de 17.7.1997, asunto C-28/95, *Leur-Bloem*, apdo. 45, y *Modehuis A. Zwijnenburg*, cit., apdo. 38). Resulta preocupante, al menos a juicio de quien suscribe, que, sin amparo en las Directivas, se excluya la posibilidad de que la fiscalidad sea un factor de competitividad de las empresas que pueda lícitamente llevar a estas a realizar una operación de las previstas en la Directiva.

El segundo punto de preocupación se refiere al presupuesto de hecho de la cláusula. En su literalidad, al amparo del segundo inciso del artículo 89.2 de la LIS, la ausencia de motivos económicos válidos no constituye en nuestro ordenamiento (ni en nuestra práctica forense) el hecho base de una presunción *iuris tantum* de abuso de derecho —esto es, de una presunción de abuso frente a la que quepa una prueba en contrario no circunscrita a la acreditación de la inexistencia de su hecho base, sino una circunstancia que, unida a la presencia de una ventaja fiscal (aunque sea legítima y perfectamente alineada con la voluntad legislativa), lleva inexorablemente a apreciar que existe fraude o abuso. Este entendimiento ha llevado a que nuestra jurisprudencia lleve postulando desde antiguo un «concepto amplio de fraude o abuso» para el régimen fiscal común de las operaciones (v. gr., en SSTS, Sala 3.ª secc. 2.ª STS 07.04.2011, rec. 2281/2008, ECLI:ES:TS:2011:2739; de 22.12.2011, rec. 1723/2007 ECLI:ES:TS:9110/2011; y de 28.06.2012, rec. 1259/2009 ECLI:ES:TS:2012:5342). Resulta preocupante, a menos a juicio de quien suscribe, que la ausencia de motivos económicos válidos, existiendo una ventaja fiscal, se considere automáticamente equivalente a fraude o abuso de derecho, cuando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre prácticas abusivas (en todos los órdenes jurídicos) viene entendiendo desde *Emsland-Stärke* (STJCE 14.12.2000, C-110/99), que el abuso de derecho, también en el ámbito fiscal, exige la concurrencia de dos elementos: uno subjetivo y uno objetivo. El elemento subjetivo exige concluir, a partir de un conjunto de datos objetivos, que la *finalidad esencial* de las operaciones realizadas es la de obtener una ventaja fiscal; concretamente, la ventaja que ofrecen las normas cuya aplicación pretende el contribuyente. El elemento objetivo exige concluir que, a pesar de la aplicación formal de los requisitos establecidos en esas normas cuya aplicación pretende el contribuyente, la concesión de la ventaja fiscal que ofrecen esas normas resultaría *contraria al objetivo perseguido por ellas*. Resulta preocupante, en este sentido, que en nuestra práctica forense no se considere en absoluto necesario reflexionar sobre la ventaja fiscal que se dice que pretende el contribuyente al realizar la operación, sus requisitos de aplicación, y si el cumplimiento de esos requisitos se ha visto o no forzado en el caso. Resulta preocupante la ausencia de todo análisis del elemento objetivo del abuso en nuestra práctica forense sobre esta concreta cláusula antiabuso... y sobre todas las demás también.

El tercer punto de preocupación se refiere a la corrección que proponen las resoluciones del TEAC, haciendo tributar a los contribuyentes como si no hubieran realizado las operaciones que realizaron, aun siendo conscientes de que «se

prescinde de la titularidad de las acciones y, con ello, de quién percibe formalmente los dividendos», en palabras textuales del TEAC—. En el pasado, cuando los contribuyentes trataron de defender la aplicación del régimen argumentando que, realizada la operación de otro modo, también habrían tenido acceso a las ventajas fiscales que se consideraran abusivas por haberse accedido a ellas con una operación de reestructuración, el Tribunal Supremo dijo (STS, Sala 3.ª, secc. 2.ª, de 25.05.2012, rec. 3944/2010, ECLI:ES:TS:2012:4067, FJ 3, resaltados añadidos) que «en el ejercicio de su potestad de decidir sobre sus propios intereses, *la actuación realizada ha sido la que efectivamente se ha llevado a cabo y ha de ser ella enjuiciada y calificada*, pues ha sido la elegida libremente por los sujetos pasivos del tributo, sin que sean fáciles de concretar las condiciones fiscales y económicas que hubieran podido derivarse de unas conductas puramente hipotéticas y por eso inexistentes». Resulta preocupante que se postule una suerte de imposición contrafactual ajena a la realidad de los hechos realizados que sume a los contribuyentes en la inseguridad.

Habremos de confiar, aunque el camino que nos ha traído hasta aquí no sea precisamente halagüeño, en que esos motivos de preocupación vayan desapareciendo en el futuro.