ISSN 1825-9871

Università degli Studi di Napoli Federico II

INNOVAZIONE E DIRITTO

QUARTERLY REVIEW OF TAX AND ECONOMIC LAW

2

2018

Las oportunidades del sistema tributario español a la luz de la Directiva europea de fusiones

di Francisco Jesús Martínez Jiménez
Doctorando en la Universidad de Jaén

ABSTRACT

This work aims to highlight the opportunities arising from the transposition of the Mergers Directive in Spanish legislation, in those operations of non-monetary contributions or in a branch of activity whose purpose is to optimize the tax burden of the taxpayer, determining the mentioned opportunities for the option economy for those taxpayers of the IRPF or the IRNR, by considering the limits for the correct applicability, that is, analyzing the valid objective and subjective reasons. Finally, we will study the possible conflict with the Freedoms of the European Union, analyzing the jurisprudence of the TJUE regarding the matter.

RESUMEN

Este trabajo tiene como finalidad poner de manifiesto las oportunidades que surgen de la trasposición de la Directiva de fusiones en la normativa española, en aquellas operaciones de aportaciones no dinerarias o de rama de actividad que tenga como objetivo la optimización de la carga tributaria del contribuyente, determinando las referidas oportunidades de economía de opción para aquellos contribuyentes del IRPF o del IRNR, mediante la consideración de los límites para su correcta aplicabilidad, es decir, analizando los motivos objetivos y subjetivos válidos. Por último, estudiaremos el posible conflicto con las Libertades de la Unión Europea, analizando la jurisprudencia del TJUE en lo referente al asunto.

SUMARIO: 1. La transposición de la directiva de fusiones en la normativa española – 1.1. La singularidad en la normativa española – 1.2. Encaje del régimen especial dentro de la directiva y las libertades comunitarias – 2. Las medidas anti-abuso comunitarias y nacionales – 3. Conclusiones

1. La transposición de la directiva de fusiones en la normativa española

Debemos empezar este trabajo, señalando la particularidad del sistema fiscal español en referencia a la Directiva de fusiones, ya que, la legislación española contempla la posibilidad de acogerse a esta Directiva, a aquellos contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, facilitando una nueva herramienta de economía de opción, para los contribuyentes residentes en la Unión Europea. Para ello, hay que tener

Innovazione e Diritto

claro que la Directiva 90/434/CEE[1] y su modificación posterior mediante la Directiva 2009/133/CE, que en la normativa interna española se configura como un régimen fiscal especial[2] tras su trasposición, tiene como finalidad el establecimiento de normas fiscales neutras que fomenten la competencia, al fin de que las empresas puedan adaptarse a las exigencias del mercado común, aumentando su productividad, mediante el refuerzo de su presencia en los mercados donde opera, tanto nacionales como internacionales. Todo ello, teniendo en cuenta que toda operación societaria o de reestructuración empresarial debe partir de unos requisitos mínimos, es decir, deben de existir unos motivos, ya sean financieros, de mejora de la eficiencia, económicos o puramente fiscales, que justifiquen que tal operación pueda verse beneficiada de la eliminación de obstáculos fiscales. A nuestro entender, la mera existencia de "motivos económicos válidos"[3] operará *de facto,* ya que se presume como un requisito necesario que facilite la aplicación de la Directiva de fusiones, es decir, debe de haber una compatibilidad de razones que justifiquen la operación con la finalidad de la Directiva, haciendo que tales motivos, basados en una correcta documentación, hagan valer la neutralidad fiscal. Analizando la Directiva de Fusiones, concretamente el art. 15[4] permite a los Estados miembros la posibilidad de negar a los contribuyentes el aplicarse, total o parcialmente, o retirar el régimen fiscal cuando las operaciones de reestructuración no se efectúen con unos

[1] En adelante, Directiva de fusiones.
[2] Véase, el capítulo VII (art. 76 al 89), de la Ley27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS).
[3] Según recoge la Directiva y el análisis que realiza la doctrina, tanto española como italiana, los "motivos económicos válidos" son aquellos motivos económicos que justifiquen la correcta aplicación de la Directiva y, por ende, del régimen especial de cada Estado miembro, entrando a valorar motivos objetivos y justificativos. Aunque nuestro punto de vista sobre estos motivos, se basa en que no se puede acotar la aplicabilidad, de dicho régimen, a la mera existencia de motivos objetivos, sino plantear la necesidad de establecer motivos que puedan justificar de forma objetiva y otros, de más difícil calificación, subjetivos que permitan, de alguna manera, identificar las intenciones del contribuyente.
[4] Véase, art. 15 de la Directiva 2009/133/CE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro, que viene a modificar la Directiva 90/434/CEE. En esta Directiva, concretamente, se establece que se podrá negar la aplicación de tal régimen, en el caso, de que no se cumplieran unos "motivos económicos válidos".

Innovazione e Diritto

motivos válidos.[5] Debemos tener claro, que el acogerse al régimen establecido en dicha Directiva supone una neutralidad en el coste fiscal, es decir, no se puede entender como un beneficio fiscal, ya que cuando hablamos de una carga fiscal neutra la diferenciamos del beneficio fiscal puesto que supone un diferimiento de las obligaciones tributaras mientras que el beneficio supone, a nuestro entender, un ahorro permanente de las cargas tributaras. Del mismo modo, debemos poner de manifiesto que el principal motivo del resultado de su aplicación de esta Directiva será que debe ser una medida sin efectos fiscales para las entidades que se acojan a ella. Dicho de otro modo, aquellas sociedades que realicen operaciones societarias o de reestructuración para obtener una racionalización – con el objetivo de mejorar su competitividad o ganar en economías de escala – de los costes derivados de la actividad económica, es cuando su coste fiscal deberá de ser neutro.

Por lo anteriormente expuesto, se deduce que la aplicabilidad de esta Directiva sobre una operación, estará condicionada a que se establezcan unos motivos económicos válidos, definidos en base a una documentación, presumiendo que ante una inexistencia de tales motivos, existiría una evasión o elusión fiscal de forma automática. Aunque debemos señalar, que en todo caso, se deberá de analizar cada operación en concreto, partiendo de una presunción de inocencia por parte del contribuyente, y siendo la autoridad fiscal del Estado miembro en concreto, quien determine que la transacción, y en base a unas pruebas específicas, pueda considerarla como "artificiosa" y que sólo se ha llevado a cabo por razones puramente de evasión o elusión fiscal. Señalamos este aspecto, y en

[5] Sobre esta cuestión, la doctrina ha manifestado que ante la ausencia de estos motivos económicos válidos, que se pueden entender como organizativos o que garanticen la salvaguarda del patrimonio de los contribuyentes frente a una responsabilidad patrimonial, entre otros, se vincula a una presunción con el fraude o la evasión fiscal, generando así una inseguridad jurídica. Es decir, esta inseguridad nace de la imposibilidad de deslindar los motivos económicos válidos de la elusión fiscal. Véase, para ampliar esta cuestión, los trabajos de DURÁN-SINDREU BUXANDE, A.: "Los motivos económicos válidos como técnica contra la elusión fiscal: economía de opción, autonomía de la voluntad y causa en los negocios", *Aranzadi*, 2007, págs. 117. y ss.; SOTO LÓPEZ, D.: "La cláusula antiabuso del régimen fiscal de reestructuraciones", *Crónica Tributaria*, núm. 157, 2015, págs. 181-201; LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "Las normas generales del Derecho Internacional ante el objetivo de combatir la evasión fiscal", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, nº 2, 2016, págs. 258-277.

Innovazione e Diritto

base a lo que señala el TJUE, puesto que la artificiosidad a la que hacemos referencia, se genera mediante el denominado "*directive shopping*" o el uso abusivo de las directivas, es decir, que una determinada entidad jurídica lleve a cabo una operación societaria con el único propósito de aprovecharse de los beneficios que se establecen en una Directiva, beneficios que no podrían haber sido aplicados sin que la operación no fuera de manera artificiosa, y por tanto, hubieran quedado fuera de su alcance.[6] Por lo anterior, vemos que a simple vista se limita la aplicabilidad de la Directiva a la existencia de unos motivos económicos válidos, a nuestro entender, supone establecer una presunción de culpabilidad al contribuyente, creando una condición legal que obvia que uno de los mayores motivos válidos para todo contribuyente – y concretamente para todo actor económico que quiera mejorar su competitividad mediante el ahorro de costes – es el reducir la carga fiscal, sin que ello suponga un comportamiento de evasión o fraude fiscal. Es decir, en nuestra opinión, es que los contribuyentes deben tener, entre sus motivos, el mejorar su carga fiscal y adaptarla a su capacidad económica en base a los fines de la Directiva, ya que esto puede entenderse como una limitación a las Libertades de la Unión Europea.[7] Explicando esto, vemos que se limita la neutralidad fiscal de la Directiva, al entender que se necesite de la existencia de un motivo económico válido como una condición sine qua non para poder acogerse a los beneficios de la Directiva, por lo que estaríamos acotando los Principios y Libertades Comunitarias. Este acotamiento, al cual nos referimos, nace de que toda operación o transacción que se realice no debe de estar motivada por aspectos económicos, o que deriven en mejoras económicas, como elemento más objetivo para ver la necesidad de dicha operación, ya que, podemos entender, y

[6] Véase, en este sentido, las Sentencias del TJUE de 9 de marzo de 1999, Centros, Asunto C-212/97; de 21 de febrero de 2006, Halifax, Asunto C-255/02; de 6 de abril de 2006, Agip Petroli, Asunto C-456/04 y de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, Asunto C-196/04.

[7] Podemos entender que la Libertad, quizás, más afectada sea la Libertad de Establecimiento, puesto que limitará el poder aprovecharse de adquisiciones de competidoras, realizar una estructuración societaria acorde con su intereses o, incluso, limitar la economía de opción del contribuyente, al intentar este contribuyente no podrá aprovechar la Directiva, ya que, supondría que existiría artificiosidad al obtener un beneficio fiscal.

Innovazione e Diritto

quizás se deba considerar como un motivo económico válido, el poder generar un estructura societaria con el único fin de obtener un ahorro en el coste fiscal, y, en consecuencia, una mejora de la situación económica o financiera del contribuyente, al acogerse a la Directiva. Es decir, desde nuestro punto de vista, toda operación deberá partir de unos motivos objetivos, véase como tales, los económicos – racionalización de la estructura administrativa, crecimiento inorgánico, mejora de la competitividad, creación de valor para los socios accionistas, minorar la carga fiscal, etc.;[8] y de otros motivos, en este caso, subjetivos, aquellos que determinen la conducta real de la operación.[9] Ante esta situación volvemos a poner de manifiesto que, aparte de motivos económicos válidos desde un punto de vista objetivo, deben de existir otros motivos subjetivos[10] que ayuden a la Administración a identificar si hubiese o no elusión o

[8] A modo de ejemplo de lo expresado, se puede citar como racionalización organizativa el reducir el número de sociedades dependientes, escindir en entidades jurídicas independientes las unidades de negocio de una entidad o radicar los servicios centrales en una única jurisdicción.Otro ejemplo puede ser la compra de una empresa competidora, aunque puede darse la circunstancia que se realice una fusión posterior por el ahorro fiscal, mediante la amortización del fondo de comercio económico que nace de la operación, estableciendo así un crecimiento inorgánico, creando valor para los "*stakeholders*", aunque el principal motivo sea minorar la carga fiscal.

[9] Explicando esto, y sirviéndose el ejemplo de la operación de compra-venta de la empresa competidora anterior, las conductas evasivas o elusivas de los contribuyentes pueden ser detectadas. Concretamente, en aquellos casos donde una operación de fusión lo único que genere sean duplicidades o no de entrada a nuevos mercados y, por tanto, solo genere ahorro de costes mediante la minoración de la carga fiscal por la amortización del fondo de comercio económico o por el aprovechamiento de bases imponibles negativas de la otra empresa. Ante esta situación, podremos decir que estaremos ante un caso concreto de una conducta de abuso de Directiva, concepto, también defendido desde la doctrina italiana, por RUSSO, P. en su obra "Brevi note in tema di disposizioni antielusive", *Rassegna Tributaria*, núm. 1/1999, pág. 74. Aunque, sí solo hubiéramos tenido en cuenta los motivos económicos válidos, es decir, fundamentar la operación en el ahorro de costes y no entrando en los aspectos subjetivos de la operación, estaría justificada, ya que, dicha operación mejora la competitividad de la empresa resultante de la fusión al ser de mayor tamaño y crea valor para todas los "*stakeholders*" de alrededor de la entidad, y en consecuencia, se reconocen créditos fiscales que permiten al contribuyente un ahorro fiscal, que de forma objetiva le pertenece. Por lo anterior, debemos decir que se necesita examinar las operaciones más allá de los motivos objetivos, es decir, hacer un enfoque tanto objetivo como subjetivo de la operación para determinar la licitud de la misma y permitir operaciones en base a una correcta creación de valor o una real mejora de la competitividad.

[10] Este planteamiento al cual hacemos referencia, nace de la interpretación que hace el TJUE, donde ante una justificación, por parte de la Administración, sobre que ciertos comportamientos de determinados contribuyentes en generar montajes societarios puramente artificiales y carentes de sentido económico, con el único fin de obtener un ahorro fiscal, se necesitará demostrar que tal montaje, parte de un elemento subjetivo consistente en obtener un beneficio fiscal, basado en elementos objetivos. Véase, en este sentido la Sentencia del TJUE, de 21 de febrero de 2006, Halifax, Asunto C-255/02.

Innovazione e Diritto

fraude fiscal. Ya que, por ejemplo, la mera existencia de una estructura societaria mediante jurisdicciones más ventajosas que la jurisdicción de origen no puede considerarse como una estructura artificiosa, es más, y remarcamos al TJUE donde reconoce que "el sujeto pasivo tiene derecho a elegir la estructura de su actividad de modo que limite su deuda fiscal",[11] entendiendo que la jurisprudencia comunitaria avala y recomienda al contribuyente a buscar una eficiencia en su carga fiscal, y desde el punto de vista del caso que nos ocupa, el crear una operación empresarial que dé lugar a una estructura societaria que mejore el coste fiscal estaría avalada por la jurisprudencia comunitaria.

No obstante, ante la afirmación anterior, debemos tener presente que toda Directiva contempla limitaciones, en forma de "medidas anti-abuso", para salvaguardar los fines de la misma y establecer la barrera jurídica entre lo licito y lo ilícito, aplicándose en base al principio de proporcionalidad.[12] Este principio nace de la necesidad de establecer medidas que eliminen toda conducta evasiva o elusiva de forma proporcional, es decir, aquellas normas que quieren evitar una conducta contraria a los fines de las Directivas no pueden ser excesivamente restrictivas, que en definitiva, limiten alcanzar el objetivo perseguido en cada Directiva.[13] Es por ello, y haciendo referencia al TFUE,[14] que debemos remarcar la obligación que tiene cada Estado miembro en trasponer a su ordenamiento la Directiva, incluyendo aquellas normas que garantizan la plena eficacia de la misma – también nos referimos, en la trasposición Directiva de fusiones, a las normas propias sobre la neutralidad fiscal en operaciones de fusiones, escisiones o

[11] En este sentido volvemos a hacer referencia a la sentencia del TJUE, de 21 de febrero de 2006, Halifax, Asunto C-255/02.

[12] El principio de proporcionalidad regula el ejercicio de las competencias de la Unión Europea. Su finalidad es establecer las acciones de las instituciones de la UE dentro de unos límites específicos. En virtud de esta norma, la acción de la UE debe limitarse a lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. En otras palabras, el contenido y la forma de la acción deben guardar proporción con la finalidad que se persigue.

[13] Véase GARCÍA NOVOA, C.: "Los instrumentos jurídicos para la armonización y uniformidad fiscal comunitaria y su incidencia en el ordenamiento interno español", *Noticias de la Unión Europea*, nº 115, 1994, pág. 33.

[14] El principio de proporcionalidad está consagrado en el artículo 5 del Tratado Fundacional de la Unión Europea (TFUE). Los criterios para aplicarlo se recogen en el protocolo (Nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad anexo a los Tratados.

Innovazione e Diritto

cualquier operación de reestructuración empresarial, de aquellas normas en forma de medidas anti-abuso de otras Directivas – dentro de los objetivos de la propia Directiva.[15] El motivo de una correcta transposición, se basa en establecer una garantía a la seguridad jurídica para todo contribuyente, es decir, establecer unos criterios jurídicos uniformes en todos los Estados miembro. Este motivo intenta evitar, que ante el caso de que determinadas normas nacionales, ya sean en forma de extensión de una norma de las incluidas en la transposición o que nazcan de la propia potestad tributaria de cada Estado, no sean lo suficientemente claras para que todos aquellos sujetos pasivos puedan conocer la extensión de sus derechos y obligaciones, es decir, se necesita una correcta adaptación de la Directiva en el ordenamiento interno de cada Estado miembro, para evitar una conducta confiscatoria o discriminatoria por parte de este Estado o para prevenir esos comportamientos contarios al deber de contribuir con los gastos públicos por parte de los sujetos pasivos.[16] Explicando lo anterior, el ordenamiento interno de cada Estado miembro debe interpretar, en la transposición de la Directiva, y en la medida de lo posible respetando su potestad tributaria, la finalidad de la misma, con el objetivo de obtener el fin contemplado en ella.[17] Aunque debemos manifestar que tal obligación de interpretar y respetar la Directiva no puede dar herramientas a las Administraciones tributarias que le posibiliten actuaciones confiscatorias o deberes extras para los contribuyentes, para poder determinar o agravar la responsabilidad penal de quienes contravengan sus disposiciones.[18]

[15] Véase, las Sentencias del TJUE de 10 de marzo de 2005, Comisión/Alemania, Asunto C-531/03 y de 16 de junio de 2005, Comisión/Italia, Asunto C-456/03, donde el propio Tribunal recuerda a los Estados miembro su deber de trasponer y no limitar el alcance de las Directivas.

[16] Véase, en este sentido, las Sentencias del TJUE de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò/X, Asunto C-14/86; de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen, Asunto C-80/86; de 26 de septiembre de 1996, Arcaro, Asunto C-168/95, y de 3 de mayo de 2005, Berlusconi y otros, Asuntos C-387/02, C-391/02 y C-403/02.

[17] Véase, la Sentencia del TJUE de 5 de julio de 2007, Hans Markus Kofoed vs Skatteministeriet, Asunto C-315/05.

[18] En este sentido son bastante claras las sentencias del TJUE, ya citadas antes, la Kolpinghuis Nijmegen y la de Arcaro. Como otras medidas para prevenir el fraude fiscal, podemos señalar, la colaboración en facilitar información entre Estados. Este deber de colaboración tiene su límite como medida anti-abuso; en este sentido, *vid.* LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "Alcance del deber general de colaboración entre Estados en la lucha contra el fraude fiscal", *Revista española de Derecho financiero*, Nº 174, 2017, págs. 53-79.

Innovazione e Diritto

Con la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, se procedió a incorporar al ordenamiento español las normas contenidas en la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones. Desde esta primera transposición y las siguientes modificaciones que ha sufrido la Directiva de fusiones y el ordenamiento interno español – en relación al Impuesto sobre Sociedades, y en concreto el régimen fiscal especial para este tipo de operaciones, que actualmente se encuentra regulado en el capítulo VII (art. 76 al 89), de la Ley27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.[19] El legislador español, a través del citado régimen especial, ha pretendido que toda operación societaria o de reestructuración, tanto nacional como a nivel comunitario, tenga una carga fiscal neutra y, para ello, se establecieron una serie de condicionantes presentes en la Ley del Impuesto sobre Sociedades vigente. Dentro de esta transposición, se establece una condición, de la que ya hemos hablado antes, que es la incorporación de la cláusula de la Directiva, que permite denegar la aplicación del régimen fiscal especial en aquellos supuestos en los que una determinada operación no pudiera justificar suficientes "motivos económicos válidos", más allá de ser una razón puramente fiscal o de aprovechamiento de un beneficio fiscal. Debemos de admitir, que se establece la misma problemática que en la Directiva, ya que, en el ordenamiento español tampoco define, de forma clara y concisa, qué se debe considerar como motivo económico válido, pues si mencionamos literalmente lo que la norma interna enuncia como tal, vemos que los motivos económicos válidos serán *la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación*. Volvemos a ver, que desde la propia Directiva y su trasposición a la normativa española, se exija que las razones que impulsen a realizar una determinada operación deban ser de índole objetiva, excluyendo el motivo subjetivo y, dejando como no válido el motivo fiscal[20] es decir, por puro

[19] LIS, en adelante.

[20] La expresión empleada, de que un motivo objetivo, dentro de los motivos económicos válidos, no puede ser fiscal, creemos que no es del todo correcto, es decir, haciendo una interpretación de la finalidad de la directiva, donde se pretende eliminar cualquier obstáculo fiscal a las operaciones societarias supone, en resumidas cuentas, otorgar a los contribuyentes una herramienta fiscal para

Innovazione e Diritto

motivo de racionalización organizativa.[21] Por tanto, dicha razón se fundamenta en un concepto jurídico indeterminado que deberá ser precisado en cada supuesto en concreto.

1.1. La singularidad en la normativa española

Con la trasposición de la Directiva de fusiones en la normativa española, el legislador español, y dentro de su potestad tributaria, introduce un supuesto especial en el art. 87[22] del capítulo VII de la LIS, para aquellas operaciones donde se realicen "aportaciones no dinerarias" o "aportaciones de rama de actividad" por parte de un contribuyente que esté sujeto al Impuesto sobre Sociedades u otros impuestos. Siendo, el supuesto especial, el contemplar la posibilidad de acogerse al régimen especial de fusiones a aquel contribuyente sujeto al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre la Renta de no Residentes,[23] con el condicionante básico de que utilicen las normas de contabilidad con arreglo al Código de Comercio o la legislación vigente, estableciendo un supuesto de economía de opción, donde permitirá a dichos sujetos pasivos acogerse a la neutralidad fiscal contemplada en la Directiva. Haciendo un análisis del citado artículo, los condicionantes para acogerse al régimen especial de fusiones serán

llevar a cabo dicha operación, mediante la aplicación de la neutralidad fiscal, por lo tanto, vemos que en toda operación deberá contemplar, entre sus motivos, el motivo fiscal, ya que, esto supone una necesidad impuesta por la Directiva, al necesitar eliminar tal obstáculo que facilite la operación, desde un punto de vista económico. Ante esto, plantear una operación empresarial sin tener en cuenta la materia tributaria, da motivos a que la propia existencia de la Directiva no tenga sentido, por ello, hablamos de que deben existir motivos subjetivos, que no sean solo beneficiarse de los efectos neutro de las Directiva sino que forme parte de la motivación objetiva, siendo el fondo de la operación, los motivos subjetivos, *la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación*, que se contempla en la Ley española.

[21] Debemos entender como una racionalización organizativa, aquellas actuaciones que realicen los contribuyentes donde se consigan unos ahorros de costes en materia tributaria a razón de una operación societaria que tenga como objetivo, por ejemplo, y entre otros, la protección jurídica del patrimonio de las entidades o de la entidad jurídica frente a terceros, mediante una aportación no dineraria o una aportación de rama de actividad.

[22] Véase, el artículo 87 de la LIS, en su apartado primero, en aquellos casos de aportaciones no dinerarias y, en el apartado segundo, para aquellos casos de aportaciones de rama de actividad.

[23] Téngase en cuenta de que hablamos de residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea. Sobre los criterios de sujeción a una jurisdicción tributaria, vid. LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "El papel de la residencia, no residencia, nacionalidad, extranjería en la configuración de las actuales figuras tributarias", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.9, Nº 1, 2017, págs. 236-264.

Innovazione e Diritto

lo que se enumeran en las letras del primer apartado del art. 87, concretamente en la letra a) establece que para que un sujeto pasivo[24] pueda crear una entidad donde haga el aporte no dinerario o de la rama de actividad, y por tanto, pueda acogerse al de diferimiento del pago de su impuesto mediante la aplicación de este régimen fiscal, debe ser esta nueva entidad beneficiaria residente en territorio español. En la letra b) se establece que el socio resultante, de la nueva sociedad beneficiaria, tendrá que ostentar una titularidad de, al menos, un 5% del capital social de la misma. Y es en la letra c) donde se observa, concretamente la singularidad que hacíamos referencia acerca de esta norma, en lo referente a la aplicabilidad de este régimen, ya que, observamos que es un precepto articulado en una ley para entidades jurídicas, puede acogerse las personas físicas, es decir, aquel contribuyente, que sea o no residente español – siempre que sea residente de otro estado de la UE – podrá acogerse al diferimiento de la carga fiscal de su impuesto – hablamos del IRPF o el IRNR – que grave la renta originada de la transmisión, siempre y cuando, las aportaciones no dinerarias de elementos patrimoniales las realice a una sociedad española – que será la sociedad beneficiaria y deberá tener su residencia fiscal en España – y ostente una participación, igual o superior, al 5% de los fondos propios – capital social – siendo estos elementos patrimoniales, aportados a la sociedad, de titularidad, de al menos un año de anterioridad, del socio o socios y que la actividad económica a realizar por esta sociedad sea cualquiera otra distinta a una actividad que gestione, únicamente, un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Por último, en la letra d) se establece como una cláusula de escape para aquellas sociedades beneficiarias que realicen una actividad que gestione un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Para ello, deberán cumplir con el requisito de actividad económica y excluirse de la definición de entidad patrimonial, precepto contemplado en el art. 5[25] de la LIS.

[24] Hacemos una ampliación de la conceptualización que hace el propio artículo, que habla de sociedades y no de sujetos pasivos, ya que, entendemos que es un precepto contemplado para aquellos contribuyentes de los impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas o del impuesto sobre la Renta de los No Residentes, además de para los sujetos al Impuesto de Sociedades, y que con este concepto de sociedades, no se obtiene una clarificación jurídica clara.

[25] Véase, el artículo 5 de la LIS, donde se establece el concepto, tanto de "actividad económica"

Innovazione e Diritto

Por lo anterior, debemos poner de manifiesto que esta normativa genera una oportunidad fiscal para aquellos contribuyentes de los impuestos a la renta de las personas físicas, generando un comportamiento en el contribuyente con la intención de crear una situación fiscal que le garantice un coste tributario más bajo, es decir, empleará una planificación fiscal, que consistirá en establecer una estrategia económica, mediante elementos que construyan o faciliten una situación, fiscalmente hablando, más eficiente, o lo que viene siendo, en establecer alternativas jurídicas posibles y legales, que minimicen al máximo posible la carga tributaria de este contribuyente, entre otros motivos. Aunque también podemos hablar de "economía de opción",[26] en vez de planificación, no deja de ser una optimización fiscal que se lleva a cabo en negocios individuales, mediante una estructuración de complejas operaciones societarias, afectando a las actividades de un contribuyente o un conjunto de contribuyentes con relaciones jurídicas, establecidas previamente. En cualquier caso, la planificación fiscal, o esa economía de opción utilizada por los contribuyentes, se ha convertido en un

como de "entidad patrimonial". Haciendo una interpretación del primer precepto, se entenderá como actividad económica, aquella estructuración empresarial, con un soporte suficiente para producir o distribuir bienes, o bien prestar servicios a terceros – en tal sentido, es de necesario cumplimiento para las entidades de un grupo, en los supuestos de operaciones intragrupo se consideren licitas –. Aunque, debemos advertir que para la actividad de arrendamiento de inmuebles, además, necesitará contar con un recurso humano específico, con contrato laboral y a jornada completa. La interpretación que hacemos de la segunda, entidad patrimonial, será aquella que no realiza las actividades anteriormente descritas, y/o su activo contable estará formado por valores o elementos patrimoniales – valores, podemos hablar de acciones (participaciones, en caso de sociedades limitadas), bonos u obligaciones (hay más ejemplos de valores), y de elementos patrimoniales, resumiendo aquellas inversiones inmobiliarias o cuando hablamos de elementos del activo no corriente – estableciéndose excepciones, a que dichos valores o elementos no estén afectos a la actividad empresarial objeto de dicha entidad, que por tanto, hará excluirse del encaje de una entidad patrimonial.

[26] Desde la perspectiva de Derecho interno español, se basa en el principio de autonomía de voluntad, contemplado en el artículo 1255 del Código Civil, precepto que permite a los ciudadanos elegir entre aquellos negocios que consideren más convenientes para sus intereses, por los mayores beneficios económicos que obtendrán.Por lo que, desde el punto de vista de la actividad empresarial, ciertas decisiones operacionales tendrán repercusiones en materia tributaria, como señalada en la obra de PONT CLEMENTE, J.F.: *La economía de opción*, Marcial Pons, Madrid. 2006, pág. 129. Aunque no podemos olvidar señalar, acerca de la idoneidad de la economía de opción, las palabras de FERREIRO LAPATZA, J.J., que "*la opción, pues, por un negocio, acto, contrato u operación económica válido, lícito y real es jurídicamente intachable, aunque se haya elegido, en comparación con otros, por su resultado equivalente y su menor o nula carga fiscal*" en su obra "Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal" *Quincena Fiscal*, núm. 8, 2001, pág. 10.

Innovazione Diritto

elemento esencial de las conductas reactivas a la normativa fiscal por parte de los sujetos pasivos, como función en la gestión de las rentas que generan riqueza en los mismos o de las rentas que nacen de sus relaciones con otros sujetos,[27] vinculados o no vinculados a él, es decir, se trata de una parte importante en la estrategia empresarial global, ya que esta situación genera distintos comportamientos, y todos ellos, dirigidos a crear relaciones y situaciones jurídicas con el fin de optimizar el coste fiscal. También debemos poner de manifiesto, que desde el ámbito europeo, esta economía de opción, o como nosotros lo vemos, como una herramienta que tienen los sujetos para estructurar sus actividades empresariales, aprovechando estas economías, de forma expresa o tácita, existentes en los ordenamientos tributarios de los Estados miembros, con el fin de conseguir este ahorro fiscal.[28]

En el caso en el que nos encontramos, este ahorro en la carga tributaria o ahorro fiscal va a depender de la posibilidad de acogerse al diferimiento del devengo de los distintos impuestos en las rentas de los sujetos, es decir, aquellas rentas que nacen de la transmisión de elementos patrimoniales hacia una sociedad beneficiaria y cuyo resultado será el diferimiento del pago de sus obligaciones tributarias en el IRPF o IRNR hasta la extinción de la sociedad.[29] Adicionalmente, debemos advertir que se origina una reducción de los gastos fiscales indirectos –

[27] Sobre los aspectos determinantes para determinar una renta, téngase en cuenta los elementos estructurales del hecho imponible, en este sentido, véase la obra de LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "La Structura del pressupposto d´imposta di fronte alle moderne realtà impositive", *Diritto e Practica Tributaria*, Vol. 8, Nº 5, 2016, págs. 1801-1837.

[28] En este sentido mencionamos aquí, las conclusiones alcanzadas por la Abogada General, Sra. KOKOTT, J., en el Asunto C-352/08, de la sentencia del TJUE, de 20 de mayo de 2010, Modehuis A. Zwijnenburg, donde señala que "no son pocas las ocasiones en las que, para ejecutar un proyecto empresarial legítimo, se dispone de toda una serie de posibilidades de configuración lícitas, de las que algunas pueden ser fiscalmente más favorables que otras". Y concluye diciendo que "la mera circunstancia de que, para ejecutar un proyecto empresarial legítimo, un sujeto pasivo elija, de entre varias posibilidades jurídicamente lícitas, la que le resulta fiscalmente más favorable, no fundamenta por sí sola la imputación de evasión fiscal en el sentido del artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434".

[29] Debemos poner de manifiesto, que según señala el Anexo de la Directiva de fusiones, el ámbito subjetivo de aplicación, en el caso de España, será a las sociedades anónimas, a las sociedades comanditarias por acciones, a las sociedades de responsabilidad limitada, y a las entidades de Derecho público que operen en régimen de Derecho privado.

Innovazione e Diritto

véase el ahorro en el IVA, ITP, AJD, ISD e IOS,[30] aunque se conecta con la necesidad de cumplir con nuevos deberes de información y jurídicos que justifiquen el excluirse del pago de la deuda tributaria. Por lo que, partiendo de esta normativa, lo que origina es que, todo contribuyente residente o no residente fiscal – residente fiscal en la UE – pueda tomar diferentes estrategias para conseguir un diferimiento del pago del impuesto correspondiente a una determinada operación o inversión, dentro de un marco jurídico que establece seguridad jurídica a dicha operación. Por tanto, estaremos ante una situación jurídicamente estable, ya que, desde el punto de vista de seguridad jurídica, la motivación – tanto jurídica como económica – será admitida válidamente por la Administración tributaria. Todo ello, no limita que dicha operación se mueva en un territorio con distintas fronteras, por un lado, el conseguir una optimización fiscal mediante unas conductas lícitas y legítimas que

[30] En este sentido, hay claros ejemplos de que determinadas operaciones acogidas al régimen especial de fusiones se pueden ver anuladas por la imposición indirecta, podemos ver a modo de ejemplo, la consulta vinculante V3940-15, de 9 de diciembre de 2015, donde un grupo familiar, presenta el caso de aportar a una nueva sociedad las participaciones que ostenta en otras sociedades, mediante una ampliación de capital no dineraria, donde esta sociedad tendrá como actividad la dirección y gestión de estas participaciones. También, en la misma consulta, los socios presentan el caso de que la operación tiene una intencionalidad futura, puesto que los progenitores, posteriormente pretenden donar las participaciones a sus hijos. Con la operación descrita, vemos una neutralidad fiscal, mediante un diferimiento en el pago, al igual que vemos una reducción en el coste del ISD (Impuesto de Sucesiones y Donaciones) acompañada de una exención en las ganancias en el IRPF para las rentas futuras que obtengan los hijos. La respuesta del órgano consultivo, es denegarle la neutralidad de la operación, aplicando el art. 89.2 de la LIS (artículo que recoge la cláusula anti-abuso del régimen especial) suponiendo que la operación que da lugar al acogimiento del régimen especial, tiene un carácter instrumental, es decir, lo que se pretende es una reducción en el coste en los tributos ISD e IRPF, y no tanto, en la tributación del IS. Nuestra opinión, en este sentido, es contraria, ya que los efectos de la cláusula anti-abuso en limitar la ventaja fiscal, que aprovechen los contribuyentes, será en la operación sujeta en el régimen especial, es decir, el alcance de la cláusula anti-abuso será hasta la operación donde se aplique el régimen especial, no pudiendo argumentar un "*directive shopping*" por hechos imponibles no contemplados en la Directiva de fusiones, véase en este sentido, las obras de SOTO LÓPEZ, D.: "La cláusula antiabuso del régimen fiscal de reestructuraciones", *Crónica Tributaria*, núm. 157, 2015, págs. 181-201 y de CALDERÓN CARRERO, J.M.: "Una vuelta de tuerca a la interpretación de la cláusula antiabuso de la "Directiva de Fusiones" ¿hacia motivos económicos válidos de alto voltaje?", *Revista de Estudios Financieros. Contabilidad y Tributación*, núm. 347, 2012, págs. 5-40, hecho que también reconoce la propia Dirección General de Tributos, en la contestación de la consulta vinculante, en base a la jurisprudencia comunitaria, comenta que la cláusula anti-abuso "*solo puede utilizarse para aquellos supuestos en los que la ventaja fiscal en un impuesto afectado por la propia Directiva, y no para distintos de los anteriores, como es el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*". Por lo que, este mecanismo de reacción contra una conducta contraria al fin de la Directiva no da lugar, ya que, desde el punto de vista de la imposición en sociedades se da "*la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación*".

Innovazione e Diritto

generen un ahorro fiscal al realizar la operación societaria y, por otro lado, estarán el resto de conductas – elusión fiscal, o abuso de la legislación, o fraude de ley – cuyo rasgo común radica en ser formalmente *secundum legem*, pero en la substancia *contra legem*; esto es, son ilícitas por ir en contra de la intención de la ley pero sin ser ilegítimas en su significado propio puesto que no suponen una violación de ninguna prohibición legal, es decir, no llegan a ser evasión fiscal.

Ante lo expuesto, debemos poner de manifiesto que una mejora de la carga fiscal, tanto en el ámbito de la fiscalidad directa como en la indirecta, en los casos de contribuyentes, sociedades o de grupos de sociedades, la jurisprudencia comunitaria ha planteado nuevos niveles de interpretación, presentando una jurisprudencia de elevado nivel comprensión, generando nuevos y grandes problemas complejos, ya que, intentan establecer una diferenciación entre las conductas licitas y legitimas admitidas en la economía de opción y el resto de conductas.[31] Adicionalmente, remarcamos que dicha actividad jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo, intenta influir, de manera diferente, estableciendo limites en la utilización de determinadas estructuras u operaciones, favoreciendo, quizás de forma indirecta e intencionadamente, algunas prácticas que son más aceptadas en el marco internacional, o por el contrario, prácticas que se convierten en menos ventajosas.

En nuestro análisis de las oportunidades fiscales que genera esta normativa tributaria española, no podemos ver las implicaciones con el resto de jurisdicciones de la UE, es decir, debemos poner de manifiesto que esta normativa puede generar una "competencia fiscal" entre jurisdicciones, o dicho de otro modo, entendemos que el legislador español ha preferido llevar a cabo una política fiscal creando un condicionante demasiado fuerte que influye, o puede influir, en las decisiones de localización o las estrategias a seguir por parte de los futuros socios o de sus actuales socios de una sociedad beneficiaria.[32] Esta competencia puede

[31] Sobre la problemática planteada, véase, para ampliar la complejidad tributaria en el Derecho comunitario, la obra de LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "Lagunas en el Derecho Tributario de la Unión Europea", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Nº 2, págs. 375-407.

[32] En este sentido, acerca de los límites de la soberanía tributaria de cada Estado, *vid.* LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "Recorrido transnacional de la soberanía tributaria", *Cuadernos de Derecho*

Innovazione e Diritto

llegar a alterar el equilibrio tributario de los factores productivos, mediante la atracción fiscal de rentas, por parte del Estado español, desde otro Estado miembro a cambio de un diferimiento de la tributación, condicionado a la extinción jurídica de la sociedad – esto puede suponer que mediante nuevas operaciones societarias se vaya manteniendo, perpetuamente, el diferimiento tributario –. Por lo que, se puede generar unos efectos perjudiciales, desde puntos de vista cuantitativos y cualitativos. Explicando ello, desde el punto de vista cuantitativo, se podrá reflejar de forma monetaria la cantidad recaudación perdida por el resto de Estados miembros. Y desde el segundo punto de vista, podremos estar ante la creación o posibilidad de crear, una desigualdad entre sistemas tributarios que entre sí, se ven afectados y por ende, obligados a recaudar de fuentes inmóviles – rentas inmobiliarias y/o pequeñas empresas – o de rentas del trabajo, para equilibrar sus gastos públicos.[33] Lo que queremos decir, es que con la "competencia fiscal" entre distintas jurisdicciones, lo que se pretende es atraer rentas foráneas al ofertar un régimen fiscal pensado para personas jurídicas sujetas al impuesto de sociedades, pero ya no sobre tipos impositivos más bajos sino en la aplicación de un régimen fiscal, que facilita un ahorro fiscal, injustificado, que incluso en la propia Directiva no queda del todo claro que se puedan acoger otros sujetos pasivos diferentes a las personas jurídicas, y por el contra la normativa española va a pretender una neutralidad fiscal en aquellas rentas sujetas a gravamen en el IRPF o en el IRNR, y que, por tanto, podrán disfrutar de un diferimiento del coste tributario. Por ello debemos ir hacia una "simplificación" y una mayor "transparencia" en la determinación de cómo aplicar dicho régimen. Con respecto a la primera, nos referimos, a reducir los procedimientos de comprobación y recaudación del impuesto, y mejorar la rapidez y certeza en la solución de los litigios. Mientras que con la segunda, queremos hacer ver que se necesita optimizar la estructura del tributo y aplicación del régimen.

Transnacional, Vol. 10, núm. 1, 2018, págs. 306-330.

[33] RIXEN, Th.: "Tax competition and inequality. The case for global tax governance", *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Institutions*, 17 (4), 2011, págs 442, dónde se sostiene que la competencia fiscal mina la integridad y los principios distributivos de los sistemas tributarios locales y agrava la desigualdad entre países en desarrollo y desarrollados.

Innovazione e Diritto

Ante lo expuesto anteriormente, vemos que el legislador español ha creado unas oportunidades tributarias para aquellos residentes de la Unión Europea, obteniendo un crédito fiscal mediante el diferimiento de la carga tributaria. Ya que este supuesto pretende posibilitar que contribuyentes que realizan actividades empresariales bajo la forma de empresario autónomo, puedan crear situaciones jurídicas que faciliten la entrada de nuevos socios, de crear una limitación legal al patrimonio de dicho empresario o de organizar sus negocios de la forma que él mejor entienda, sin tener limitaciones fiscales para hacerlo. Es decir, el legislador español, con este caso particular, quiere facilitar a aquellos empresarios autónomos puedan transformar sus negocios, con el objetivo de estar bajo el instrumento jurídico de una sociedad, y por tanto, bajo la aplicación de las leyes de sociedades, limitando así la responsabilidad patrimonial del empresario, estableciendo un diferimiento de la carga tributaria en la transformación de empresario autónomo a sociedad de capital, es decir, no habrá un coste fiscal inmediato.

1.2. Encaje del régimen especial dentro de la directiva y las libertades comunitarias

Como ya hemos señalado anteriormente, los contribuyentes dentro de los límites de su autonomía de la voluntad en relación a sus negocios, deberán justificar o en la medida que se pueda recabar la mayor documentación posible, en qué casos tiene una intención de realizar una operación societaria que no altere la normalidad jurídica o la realidad de la operación, sino que tenga como finalidad generar un ahorro fiscal. Desde nuestro punto de vista, la existencia de un régimen fiscal en el IS, en el cual se puedan acoger sujetos pasivos del IRPF o del IRNR, supone utilizar un instituto al límite de los fines para los cuales está institucionalmente destinado – en el caso en el que nos ocupa, una operación de ampliación de capital no dineraria–.[34] Por lo anterior, debemos remarcar, que llegados a este punto, es donde cobra importancia los fines de la Directiva de

[34] DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 369.

Innovazione e Diritto

fusiones y el encaje de caso particular español con las Libertades Comunitarias, planteando razonamientos que ayuden a determinar la admisión de aplicación del régimen especial, y por tanto, resulte de aplicación dentro del Derecho Comunitario.

Basándonos en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, en cualquier operación societaria que se contemple en este régimen, se necesitará contemplar que dicha operación responde de un fin amparado por una Libertad de la Unión Europea. Es decir, se necesita justificar que para ser objeto de la neutralidad fiscal, se configura por una Libertad Europea.[35] A nuestro entender, la Libertad que configura el objeto de la neutralidad fiscal, en las operaciones de reestructuración, es el Principio de Libertad de Establecimiento, para ello nos basamos en lo dispuesto en el Derecho Comunitario, además de interpretar la literalidad de la disposición, debemos tener en cuenta el contexto y los objetivos perseguidos por la Directiva de fusiones, por ello, hablamos del encaje que debe tener este régimen fiscal con los fines de propia Directiva y con las Libertades Comunitarias.[36] Ante lo expuesto, se podrá decir que una norma tributaria nacional contiene disposiciones que facilitan situaciones de abuso de Directiva, o pueden generar comportamientos en el contribuyente, que no se ajusten a los cubiertos por los objetivos que se esperan obtener, por parte de la norma comunitaria. Explicando lo anterior, en el caso de aportaciones no dinerarias o de rama de actividad, se intenta que el ordenamiento tributario no genere una limitación en la toma de decisiones sobre la estructuración de una operación que pretende intervenir de forma continuada en el mercado. El caso contrario, siendo una operación no cubierta por el fin de la Directiva, se legitima al ordenamiento nacional, en el supuesto de que esta operación suponga un paso intermedio en la realización de otro tipo de operaciones, y con ello verse beneficiados por la neutralidad fiscal que facilita la Directiva, que se establezca una limitación en forma de medida anti-abuso al

[35] Véase, en este sentido la sentencia, ya citada anteriormente, del TJUE, de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, Asunto C-196/04.

[36] Véase, acerca de que se debe interpretar el contexto y los objetivos acerca de una disposición de Derecho Comunitario, las sentencias del TJUE, de 17 de noviembre de 1983, Merck, Asunto C-292/82; de 7 de junio de 2005, VEMW y otros, Asunto C-17/03; de 7 de junio de 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Comisión, Asunto C-76/06.

Innovazione e Diritto

régimen especial.[37] Desde nuestro punto de vista, entendemos que cualquier comportamiento por parte de un sujeto pasivo, tendrá que justificarse objetivamente, es decir, todo sujeto que demuestre unas intenciones de continuar con su actividad económica, no se le puede restringir la aplicación de la Directiva, en base a la Libertad de Establecimiento.

Para justificar lo anterior, nos basamos en los planteamientos realizados por el propio Tribunal de Luxemburgo, que en relación a la aplicabilidad de los regímenes especiales contemplados por la Directiva en los distintos ordenamientos tributarios y su encaje con la Libertad de Establecimiento, ha ido justificando determinadas medidas nacionales que luchan contra comportamientos cuyo único fin es la creación de operaciones puramente artificiales y carentes de realidad económica,[38] o mejor dicho con el fin de obtener un beneficio fiscal. Si volvemos a pensar en una limitación en los casos de aportación no dineraria o de rama de actividad, y su encaje con las Libertades de la UE o con los fines de la Directiva, "el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional".[39]

Debemos poner de manifiesto, que como criterio secundario, para identificar la

[37] Señalan los autores WETEL, P. y TERRA, B., que hay determinados Estados miembro que han establecido en sus normas internas, una limitación temporal, la cual limita el efecto de la neutralidad fiscal de la Directiva en operaciones de reestructuración, para eliminar que dichas operaciones sean meros pasos intermedios para futuras operaciones de venta de activos, permutas u otras operaciones que, fiscalmente, le salen más beneficiosa al acogerse a la Directiva previamente. Véase, en este sentido, su obra: *European Tax Law*, Kluwer, 2008, p. 550. A nuestro entender, esta limitación temporal a realizar otras operaciones, es decir, condicionar temporalmente el efecto del régimen especial, está acorde con Libertad de Establecimiento, puesto que, en definitiva, permite a todo contribuyente comunitario poder establecerse, de forma estable y continuada, mediante la forma jurídica que desea en otro Estado diferente al suyo de origen, y que, además, no encuentre ninguna limitación fiscal para ello. Véase, para mayor información, la sentencia del TJUE, de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, Asunto C-55/94.

[38] Como ya hemos señalado anteriormente, y en base a la jurisprudencia del TJUE, para hablar de una operación puramente artificial y carente de sentido económico, se exige un elemento subjetivo que muestre la intencionalidad por parte del contribuyente de obtener un beneficio fiscal por la operación, y que ello nazca de un criterio objetivo. Volvemos a referenciar, la sentencia del TJUE, de 21 de febrero de 2006, asunto Halifax, ya citada.

[39] Volvemos a citar, la sentencia del TJUE, de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, Asunto C-196/04.

Innovazione e Diritto

intencionalidad del contribuyente, tendremos en cuenta la sustancia económica o la realidad económica, en contra de los motivos económicos válidos, ya que el efecto de una medida anti-abuso puede afectar a aquellas operaciones societarias que tenga una realidad económica, es decir, aquellos contribuyentes que realicen una actividad y tengan una sustancia económica real, careciendo de un motivo económico válido en sus operaciones societarias, puede plantear problemas en el ámbito comunitario, y por tanto, se necesitará ver un elemento subjetivo,[40] en todos los casos, siendo un hecho que demuestra una intencionalidad raciona,[41] es decir, con la existencia de una realidad económica se demostrará que una reestructuración o cualquier operación societaria, no tendrá como único fin el obtener la neutralidad contemplada en la Directiva de fusiones, y por tanto, no podrá ser limitado la aplicabilidad del régimen en base a un elemento objetivo, es decir, no cabe una limitación en la aplicación del régimen ante una falta de un motivo económico válido, sí en cambio el comportamiento del contribuyente se ampara en el ejercicio de la Libertad de Establecimiento.[42] Por lo expuesto, y como señala el profesor PALAO TABOADA, existirá un intencionalidad de aprovecharse de un beneficio fiscal, por parte del contribuyente cuando proceda a "elegir formas o negocios jurídicos insólitos, es decir, no correspondientes a los hechos o relaciones económicas que se pretende conseguir".[43] Por tanto, las Libertades Comunitarias y el fin de la Directiva tendrán que ser la base por la cual el ordenamiento reaccionará frente a una conducta intencionada del contribuyente en obtener el diferimiento tributario de la Directiva, pero en el caso de que dicha intencionalidad del contribuyente sea otra, tendrá que prevalecer la aplicación del régimen, en base al negocio desarrollado, teniendo en cuenta tanto los motivos económicos válidos como la sustancia económica. Y desde un punto de vista del

[40] Es decir, se deberá demostrar la existencia de una realidad económica.

[41] Véase, en este sentido, CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: "Acerca de la necesidad de reconfigurar la política española en materia de cláusulas antiabuso y fiscalidad directa: las consecuencias derivadas de los casos *Cadbury Schweppes* y *Test claimants in the thin cap group*", *JT*, núm. 2, 2007, pág. 35.

[42] RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la Ley Tributaria a Examen*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 166.

[43] PALAO TABOADA, C.: "El fraude a la Ley en Derecho Tributario", *RDFHP*, núm. 63, 1966, pág. 689.

Innovazione e Diritto

Derecho en su conjunto, vemos que un ordenamiento tributario es un mandato imperativo, es decir, es él que debe de dar una respuesta ante casos donde se produce una desobediencia jurídica por parte de un contribuyente, que se le ha exigido contribuir.[44] O dicho de otro modo, cada ordenamiento debe establecer, salvaguardar y procurar un orden social que mantenga los ingresos públicos.[45] Lo anterior ha sido defendido por nuestro Tribunal Constitucional, señalando que "se produciría una distribución injusta de la carga fiscal" si "lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o menos posibilidades de defraudar".[46] En resumen, todo régimen amparado por la Directiva de fusiones debe estar a su vez amparado por las Libertades Comunitarias y, posteriormente, que cumpla el objetivo básico del Derecho Financiero y Tributario,[47] dentro de cada ordenamiento tributario interno, y ante estas afirmaciones no cabe duda que el régimen espacial español de aportación no dineraria o de rama de actividad está avalada por la Libertad de Establecimiento.

2. Las medidas anti-abuso comunitarias y nacionales

Anteriormente hemos señalado, que el régimen especial español contempla oportunidades fiscales que pueden ser utilizadas por los contribuyentes europeos, pero como toda norma que otorga un ahorro fiscal, debe establecer unos límites para que no suponga una laguna legal y, por ende, que los contribuyentes obtengan un ahorro fiscal injustificado. Para ello, volvemos a hacer un análisis del art. 15 de la Directiva de fusiones, donde tal precepto, posibilita a los Estados miembros, como ya hemos señalado anteriormente, la capacidad, en supuestos excepcionales y/o especiales, de no permitir la aplicación total o parcial de la neutralidad fiscal que se contempla en la Directiva. La cuestión siguiente es que

[44] HELLER, H.: *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, 1987, pág. 204.
[45] FERREIRO LAPATZA, J.J.: *Curso de Derecho Financiero español. Instituciones*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 543.
[46] Véase, en este sentido, las sentencias del TC 76/1990, de 26 de abril; 214/1994, de 14 de julio; 50/1995, de 23 de febrero; 164/1995, de 13 de noviembre, o la 46/2000, de 17 de febrero.
[47] Sobre este asunto, *vid.* LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "Spunti ricostruttivi del Diritto Internazionale Tributario", *Diritto e Practica Tributaria*, Vol. 8, Nº 2, 2016, págs. 433-464.

Innovazione e Diritto

adicionalmente, y en base a este precepto, también se facultará a los Estados el poder retirar el diferimiento del tributo contemplado en la Directiva una vez se haya aplicada, siempre y cuando se observe que el fin último ha sido obtener una reducción en la carga tributaria, mediante el fraude o la evasión fiscal. Como hemos venido anunciando, las Administraciones tributarias no podrán limitar de manera genérica tal régimen mediante criterios generales, es decir, deberán examinar, caso por caso, la idoneidad de la aplicación de dicho régimen especial. En base a lo anterior, es necesario exponer, ante un análisis de las medidas anti-abuso, tanto comunitarias como nacionales, lo expuesto por el TJUE, acerca de los motivos económicos válidos, donde dice que "el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal".[48]

Debemos poner de manifiesto, que tanto en el ámbito europeo como a nivel nacional, fue necesario contemplar las medidas anti-abuso, como una cláusula general en el Derecho comunitario y como cláusulas especificas en los ordenamientos nacionales. En definitiva, se consideran las principales herramientas[49] de reacción para corregir las conductas impropias del contribuyente. Siguiendo con el citado análisis, la cláusula contemplada en la Directiva de fusiones, establece una serie de requisitos, necesarios, para que surta los efectos contemplados en el artículo 15 de dicha Directiva.[50] Estableciendo en primer lugar, la condición de que exista un elemento subjetivo que pueda escenificar las intenciones del contribuyente, en obtener un ahorro en la carga tributaria. Como segundo requisito, que dicho elemento subjetivo sea el principal

[48] Véase, en este sentido, el TJUE, sentencia de 17 de julio de 1997, Leur-Bloem, Asunto C-28/95.

[49] No solo podemos encontrar cláusulas anti-abuso en la Directiva de fusiones, podemos señalar el artículo 5 de la Directiva 2003/49/CE, relativa al abono de intereses y cánones. De igual modo, existen otras herramientas de reacción contra el fraude o la evasión, como la conceptualización del "beneficiario efectivo" contemplado en la Directiva 2003/48/CE, sobre fiscalidad del ahorro. Estas herramientas, tienen el objeto de salvaguardar el deber de contribuir de todos los contribuyentes de la UE. En este sentido, *vid.* LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "Las normas generales del Derecho Internacional ante el objetivo de combatir la evasión fiscal", *op. cit.* pág. *4*.

[50] En este sentido, señalamos lo expuesto en la obra de GARCÍA PRATS, A.: "Las medidas anti-abuso y el Derecho comunitario" dentro del libro con VV.AA. *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, IEF, Madrid, 2002, pág. 196. Que establece los requisitos necesarios para la aplicación de la cláusula anti-abuso, que para el autor son tres requisitos, a los que hemos sumado un cuarto requisito adicional.

Innovazione e Diritto

objetivo o uno de los principales a conseguir por el contribuyente. En tercer lugar, se debe constatar que no existen unos motivos económicos válidos que eliminen el elemento subjetivo. Y como último requisito, es observar si existe sustancia económica o realidad económica para para justificar la falta de requisitos anteriores. En definitiva, debemos tener claro que limitar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal de la Directiva, mediante la utilización de una medida anti-abuso, de esta última, debe basarse en los fines de la Directiva y respetar las Libertades de la UE.

Como venimos señalando en páginas anteriores, toda normativa interna debe ser interpretada bajo los principios de Derecho comunitario, incluida la española. Esta primera afirmación está motivada para explicar las bases de la normas anti-abuso nacionales, es decir, toda norma nacional no puede limitar la aplicación del régimen contemplado en la Directiva, por ejemplo, un ordenamiento nacional no puede obviar la existencia de motivos económicos válidos, como justificación para denegar la aplicación del régimen. En resumen, la normativa nacional no puede prevalecer sobre la comunitaria, aunque exista una motivación fiscal sobre la operación.[51] Explicando lo anterior, en cualquier operación recogida en este régimen donde concurra una motivación real y válida será perfectamente legítima, aunque suponga un ahorro fiscal, debiéndose realizar un examen de la operación, partiendo de la imposibilidad de denegar la aplicación de la neutralidad fiscal, cuando concurre este motivo fiscal con otros motivos económicos o empresariales. Es decir, debe entenderse que la finalidad del Directiva es el permitir una estabilidad empresarial para continuar con el ejercicio actividad económica, facilitando para ello el acogerse a una situación fiscal consistente en obtener un ahorro de la carga tributaria mediante diferimiento del impuesto hasta la extinción de la situación jurídica que se haya generado tras la operación.

La normativa fiscal española no define claramente cómo debe de aplicarse el régimen especial de fusiones, es decir, determina en que supuestos se puede llevar

[51] FALCÓN Y TELLA, R.: "La nueva redacción de la cláusula anti-abuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS", *QF*, núm. 2, 2001, pág. 7.

Innovazione e Diritto

a cabo y en base a unos motivos económicos válidos, siempre que estos no fuesen fundamentos fiscales.[52] Por lo que, en paralelo de normativa comunitaria, se plantea la exigencia de que las razones que impulsen a realizar una determinada operación societaria deban ser en base a unas justificaciones jurídicas, económicas u organizativas y no de índole fiscal, por tanto, se fundamenta en un concepto jurídico indeterminado que, como ya hemos comentado anteriormente, provocara que se tenga que estudiar cada motivo en cada supuesto para validar la operación societaria. Por lo anterior, la normativa española establece en el art. 89. 2 de la LIS, la medida anti-abuso nacional, para limitar el régimen cuando el objetivo principal de la operación sea obtener un beneficio fiscal, mediante el fraude o la evasión fiscal. Adicionalmente, nos llama la atención la interpretación de que la carga de la prueba, que se extrae del precepto señalado, donde pasa de ser una cuestión que debe probar la Administración Tributaria, como consecuencia de sus actuaciones de comprobación, al sujeto pasivo, quien será el que deba probar que la operación llevada a cabo queda justificada con unos motivos económicos válidos.

Llegados a este punto, con el presente trabajo pretendemos enfatizar en la necesidad de analizar desde puntos de vista distintos a los económicos, los motivos que llevan a realizar una "operación de aportación no dineraria o de rama de actividad" por parte de un sujeto pasivo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes, mencionando brevemente qué argumentos se están considerando como motivos suficientes para la aplicación del régimen especial y cuáles no por parte de la Administración tributaria española. En este sentido, el argumento más utilizado para acogerse a las operaciones de aportación no dineraria o de rama de actividad, son las reorganizaciones de empresas familiares, que tienen como finalidad el planificar y estructurar la sucesión, evitando en la medida de lo posible las luchas internas.[53]

[52] Desde nuestro punto de vista, supone ir en contra de las pautas o la legislación en negativo que ha ido desarrollando el TJUE, de tal forma que el legislador español sigue obviando que deben de existir motivos objetivos y subjetivos para el correcto análisis de una operación y poder valorar su idoneidad.

[53] Dicho argumento, parte de la tesis tradicional que el ordenamiento tributario español ha

Innovazione e Diritto

Explicando lo anterior, esta reorganización del entramado societario familiar puede tener una doble intencionalidad: una, muy clara, que se continúe con la actividad empresarial; y otra, en dar entradas a familiares o socios externos, o incluso intentar mantener la gobernabilidad de la sociedad.[54] Otra justificación, que se puede entender como un motivo económico válido es la centralización de la toma de decisiones de la empresa.[55] Esta centralización, se fundamenta en los casos donde existen diversas empresas que comparten una matriz o tienen una estructura empresarial muy dispersa, siendo la justificación la concentración en una única sociedad los departamentos de administración y servicios centrales, mejorando así la capacidad comercial. Se establece como un elemento objetivo que constituye un motivo válido. Visto desde otro punto de vista, se puede entender que sería lógico crear una sociedad que aglutine las actividades de varias sociedades pequeñas, generando una apariencia de una sociedad fuerte, sin riesgos pasados y con una salud financiera mejor, que facilitara la concesión de financiación. Del mismo modo, la creación de nuevas unidades empresariales o unirse a otras sociedades puede partir de intentar separar los riesgos o especializar unidades independientes de negocio, dotándoles de capacidad jurídica propia, para conseguir con la estructura más adecuada su objeto social. La ultima justificación que podemos encontrar en las operaciones de aportación no dineraria o de rama de actividad es la de llevar a cabo una reducción de la estructura empresarial o alcanzar el cumplimiento de obligaciones tributarias, es decir, crear nuevas

concedido a la transmisión de sociedades entre familiares, vía sucesión o donación, véase los incentivos fiscales contemplados en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

[54] Véase, en este sentido la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos, de 4 de agosto de 2011 (V1931-11), que muestra la justificación ante un motivo económico válido, parte de que "*el objetivo final de conseguir la perdurabilidad del negocio en el tiempo*" debe "*optimizar y mejorar la gestión, los recursos y eliminar la duplicidad de prestaciones de servicios recíprocos entre las sociedades; optimizar los recursos generados de una forma conjunta por la explotación económica hacia nuevos proyectos de inversión; y facilitar la continuidad de la explotación económica para el caso de futuras reestructuraciones de capital entre los socios, especialmente en el supuesto de la sucesión futura de las participaciones de los cónyuges a sus herederos naturales*"

[55] Véase, la explicación de la DGT, en la consulta vinculante de 24 de junio de 2011 (V1630-11), donde la finalidad es "*simplificar la estructura, eliminando niveles societarios intermedios innecesarios y buscar un ahorro de costes administrativos y de gestión eliminando duplicidades innecesarias*".

Innovazione e Diritto

sociedades con la finalidad de reorganizar las explotaciones empresariales y conservar únicamente valores de la sociedad, obteniendo una rentabilidad.

Pero, ¿la ausencia de motivos económicos válidos supone la existencia de fraude? En este sentido, creemos que puede existir el caso de que se den motivos económicos válidos y, a la vez, una finalidad evasiva o fraudulenta, no obstante, en sentido contrario, es decir, cuando no existan motivos económicos válidos, sí podremos argumentar que existe una conducta de fraude o de evasión, y por tanto, será de aplicación el art. 89.2, reaccionando con una medida anti-abuso. Aunque, desde nuestro punto de vista, en todo caso se deberá probar la conducta fraudulenta. De este modo, se observará si existe un elemento subjetivo que identifique la conducta del contribuyente y, ante una ausencia motivacional, deberá de tenerse en cuenta la sustancia económica, puesto que, si el contribuyente cumple con su deber de contribuir, es prueba suficiente de que sus hechos no son constitutivos de fraude o evasión fiscal.[56] No obstante, nuestro legislador mantiene la tesis de presunción absoluta que establece el art. 15 de la Directiva,[57] de tal modo que si no se demuestra unos motivos económicos válidos, se entiende suficientemente probado que la operación tiene como finalidad una conducta *contra legem*. Pero parte de la doctrina española, considera que esta interpretación tiene "una delimitación del ámbito de aplicación del régimen especial más acorde con el fundamento de los beneficios fiscales previstos, que radica en fomentar la competitividad y flexibilidad de las empresas y no en incentivar estrategias de planificación fiscal".[58] Otra parte de la doctrina, señala que con esta interpretación

[56] Véase, la distinta doctrina que avala tal tesis, como DURÁN SINDREU-BUXADE, A.: "El artículo 110.2 de la Ley 43/1995: análisis y propuesta de reforma"; GARCÍA NOVOA, C.: *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 384-385; SANZ GADEA, E.: "Medidas antielusión fiscal"*, Documentos de Trabajo*, núm. 8, IEF, Madrid, 2009, págs. 244-245. Basándonos en este último autor, identificado el concepto de "*operación*" como "*cualquier negocio realizado, en ejercicio de una opción fiscal, que produce un resultado económico favorable*".

[57] En este sentido, véase el informe de la Dirección General de Tributos de 5 de febrero de 2002, que establece que para *"interpretarse que el supuesto que desarrolla el segundo párrafo se refiere a la inaplicación de régimen, el cual, además de no aplicarse cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal no se aplicará cuando no existan motivos económicos válidos sino la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal, entendida como más favorable que el régimen general"*, informe publicado en la revista *Quincena Fiscal,* núm. 10, octubre 2002.

[58] MENÉNDEZ GARCÍA, G.: *Fiscalidad de la Escisión de Sociedades Anónimas*, Thompson-Aranzadi,

Innovazione e Diritto

– al hilo con la doctrina italiana[59] – del legislador español, en este sentido pretende eliminar todas "las posibles vías de elusión" de forma genérica en vez "de modo particularizado a lo largo del articulado, comprendiendo todas las actuaciones elusivas".[60]

Por lo anterior, vemos que existe un problema interpretativo originado por la trasposición de los conceptos internacionales en el ordenamiento tributario español. Esto supone que el ordenamiento español carece de una conceptualización de evasión fiscal y elusión fiscal, ya que son términos utilizados y desarrollados por la doctrina internacional. Es decir, observamos que el legislador español se ha limitado a introducir en el artículo 89.2 de la LIS los términos fraude y evasión fiscal con el objetivo de advertir que ante estos supuestos no procederá la aplicación del régimen especial de fusiones contemplado en los artículos 76 y siguientes que, como ya hemos avanzado anteriormente, permite una neutralidad fiscal en las operaciones societarias mediante un diferimiento del pago de las obligaciones tributarias que nacen de una plusvalía o de una renta. Todo ello nos lleva a interpretar el precepto del art. 89.2 de la LIS para encajarlo en la normativa interna española, es decir, desde nuestro punto de vista creemos que estos conceptos contenidos en la norma anti-abuso, no difieren del concepto contemplado en el art. 15 de la Ley General Tributaria española, cuando hablamos de fraude de ley, que supone, en el ordenamiento español, una operación que pretender evitar la obligación de abonar los impuestos, con un carácter abusivo, instrumentalizado a través de una herramienta jurídica artificial y cuyo resultado es obtener un ahorro fiscal, hecho imposible mediante un negocio usual. A modo de dar una conceptualización a los términos "evasión" y "elusión", podemos señalar al profesor GARCÍA NOVOA, que dice que "el abuso al que se refiere la normativa comunitaria es un exponente claro de elusión fiscal. Y elusión, se opone

Cizur Menor, 2006, pág. 271.

59 PISTONE, P.: "Uguaglianza, discriminazione a rovescio e normativa antiabuso in ambito comunitario", *Diritto e Pratica Tributaria*, núm. 4/1998, III, págs. 610 y 611.

60 NAVARRO EGEA, M.: *Fiscalidad de la reestructuración empresarial. La fusión y la escisión*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 243.

Innovazione e Diritto

frontalmente a la economía de opción".[61] O dicho de otro modo, desde el punto de vista del ordenamiento español, el fraude de ley, supone "un negocio real, querido por las partes, y donde la realidad y la apariencia jurídica coinciden".[62] Lo que observamos, es que en el fraude de ley no existe una finalidad de evitar la obligación tributaria, sino que es un elemento artificial utilizado de manera objetiva en el mundo jurídico, es decir, tendremos que observar que el motivo de evitar la obligación tributaria nace de un elemento subjetivo y externo al negocio jurídico, no siendo relevante el carácter elusivo sino la existencia de alguna otra justificación de realizar de tal forma dicho negocio. De igual modo, podemos entender que la creación de una estructura societaria sofisticada, puede dar a entender que pretende eludir o evadir la responsabilidad tributaria, si el fin objetivo se puede conseguir mediante una estructuración más sencilla. Creemos, que tal circunstancia recogida en el art. 15 de la Ley General Tributaria, origina que el ordenamiento tributario español, tienda a preferir la existencia de un motivo económico válido frente a justificar una operación de reestructuración empresarial o societaria mediante un elemento subjetivo, es decir, teniendo en cuenta la sustancia económica más que un elemento objetivo. Dicho de otro modo, en el art. 89.2 de la LIS, se establece una interpretación de la norma anti-abuso comunitaria, en base a la ordenación del sistema tributario español, es decir, se ha procurado ir hacia una búsqueda de la lógica del sistema tributario, dando encaje al concepto de fraude de ley, frente a el carácter de norma antielusiva[63] que pretende la Directiva.

Por lo anterior, vemos que no es tan claro valorar cuando se tiene unas finalidades evasivas o elusivas en las operaciones de reestructuración que pretendan obtener un ahorro del coste fiscal. Sobre todo, en aquellas operaciones

[61] GARCÍA NOVOA, C.: *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 384-385.

[62] PALAO TABOADA, C.: "Notas a la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial dela Ley General Tributaria (II)", *RCT-EF*, núm. 155, 1996, pág. 14.

[63] Volvemos a señalar al profesor GARCÍA NOVOA, que argumenta que el art. 89.2 debe de interpretarse en base al precepto contemplado en el artículo 108 de la LGT y no en base al precepto del artículo 15 LGT. Véase, la obra ya citada de GARCÍA NOVOA, C.: *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 384-385.

Innovazione e Diritto

donde se dan una concatenación de distintos negocios, donde la operación de aportación no dineraria o de rama de actividad, supone un paso intermedio en la consecución de ese ahorro fiscal. Siendo la Administración, quien debe valorar sí el régimen fiscal aplicado procede o no, examinando tanto los motivos objetivos como los subjetivos, es decir, se tendrá que valorar objetivamente que la consecución de un negocio jurídico no puede lograrse sin la operación empresarial previa, donde estaremos en una situación donde una operación societaria sirve de instrumento para alcanzar el fin de un negocio menos gravoso. Dicho de otro modo, si la operación societaria no supone generar un negocio que se perpetué y genere una actividad empresarial, estaremos ante un supuesto donde la única finalidad es la de evitar la obligación tributaria, siempre y cuando, estemos ante una operación societaria que suponga una fase intermedia del conjunto de negocios realizados. Claro está, que puede suceder que negocios concatenados persigan generar una operación ajustada a los fines de la Directiva y de la normativa interna y, en consecuencia, se debe aplicar el régimen especial contemplado para este tipo de operaciones.[64]

Debemos señalar, desde nuestro punto de vista, que la Administración tributaria española necesita observar los resultados económicos alcanzados por los contribuyentes, para ver sí han sido alcanzados mediante instrumentos jurídicos distintos a los normales, es decir, deberá abstraerse de manera que pueda observar que el negocio celebrado, en condiciones normales, genera una finalidad distinta, y mediante la articulación del negocio se ha conseguido un resultado menos gravoso. En este sentido, nuestra opinión es que se podrá observar la finalidad del negocio celebrado por los efectos derivados del negocio, justificando así, de manera objetiva y subjetiva, la instrumentalización jurídica escogida y, por tanto, la finalidad de la operación.[65]

[64] En base al principio de proporcionalidad, se va a exigir que no se aplique el diferimiento de la obligación tributaria en la parte del negocio o negocios que se han realizado con una finalidad elusiva. Véase, en este sentido, la obra de SANZ GADEA, E.: "Medidas antielusión fiscal", *Documentos de Trabajo*, núm. 8, IEF, Madrid, 2009, págs. 246.

[65] Véase, SÁENZ DE OLAZAGOITIA DÍAZ DE CERIO, J.: "Efectos tributarios de las operaciones de reestructuración en los grupos de sociedades que tributan en régimen consolidado", *Justicia*

Innovazione e Diritto

3. Conclusiones

En el análisis planteado, vemos que el legislador español tras la transposición de las disposiciones del Derecho comunitario en su ordenamiento interno, ha generado un resultado que propicia nuevos hechos de aplicación del régimen especial de la Directiva de fusiones. También manifestamos que la normativa española sigue obviando la necesidad de valorar el elemento subjetivo de cada operación para identificar la idoneidad de dicha operación. En resumen, el régimen especial para operaciones societarias o de reestructuración empresarial español, facilita unas oportunidades tributarias al conseguir un ahorro de factura fiscal mediante la utilización de economías de opción, permitiendo un diferimiento de la tributación a las plusvalías generadas a los sujetos pasivos de los impuestos IRPF e IRNR. Otro aspecto a señalar, es que tanto el ordenamiento tributario español como el Derecho comunitario no se manifiesta que ante la ausencia de motivos económicos válidos se presuma una conducta de fraude o evasión, es decir, no enuncia expresamente que tengan que existir tales motivos para aplicar el régimen. A lo que ha añadido el ordenamiento español el establecimiento de la obligación de la carga de la prueba en el contribuyente, hecho que manifestamos en el trabajo que debe ser una justificación de la Administración tributaria, a través de motivos económicos válidos y elementos subjetivos, el demostrar que se ha creado una estructura societaria puramente artificial y carente de sustancia económica. Ante esta circunstancia la Administración dispone de la herramienta a su alcance de los mecanismos de intercambio de información entre Estados.

En definitiva vemos que el caso particular español encaja con los principios y libertades comunitarias, permitiendo el disfrute de la neutralidad fiscal a sujetos pasivos de los impuestos IRPF y del IRNR, para eliminar cualquier obstáculo fiscal que limite el desarrollo empresarial dentro del mercado único europeo. Dicho de otro modo, vemos que el ordenamiento español reacciona ante una conducta del contribuyente que pretende generar un ahorro fiscal, en base a los fines de la Directiva y con los límites de las libertades comunitarias, permitiendo que

Tributaria, núm. 22, marzo 1999, pág. 21 y 22.

Innovazione e Diritto

prevalezca la aplicación del régimen, por la existencia de motivos económicos válidos y de sustancia económica. Es decir, la normativa española establece, la aplicación de la norma anti-abuso, ante una operación articulada inadecuadamente, desde un punto de vista objetivo, y por esa inadecuación se provoque una menor tributación, es decir, y al igual que la jurisprudencia comunitaria, se establece una diferenciación entre ventaja o beneficio fiscal y ahorro fiscal. Estableciendo una diferenciación conceptual en situaciones de ausencia de tributación, total o parcial, cuando hablamos de ventaja fiscal. En caso contrario, hablaremos de diferimiento de la tributación cuando estemos ante el ahorro fiscal. Y en conclusión, la normativa española solo limitará la aplicación del régimen especial ante situaciones que generen casos de fraude de ley tributaria, es decir, ante situaciones de planificación fiscal lícita no se contempla su gravamen sin la existencia de una finalidad fraudulenta, ya que, supondría limitar una operación lícita, válida, consensuada por las partes, celebrada bajo el principio de autonomía de la voluntad y sin alteración de las formas jurídicas, al no permitirse aplicar el diferimiento fiscal por la existencia de una alternativa válida pero que, fiscalmente es más gravosa, y por tanto, contraria a los intereses del contribuyente.

Innovazione e Diritto