

Los efectos en el Derecho español de la doctrina del business purpose y de la noción comunitaria de motivo económico válido

por Marta Villar Ezcurra

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario
Universidad San Pablo-CEU



1. INTRODUCCIÓN

Desde que España forma parte de las Comunidades Europeas, el ordenamiento jurídico interno ha tenido que incorporar el *acervo comunitario*, que resulta de las normas de Derecho originario y derivado y de la interpretación que de ellas hace el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Y parte de este acervo está constituido por el concepto de *motivo económico válido* que incorpora la cláusula antifraude de la Directiva 90/434/CEE, como presunción de *fraude o evasión fiscal*, posibilitando a los Estados miembros de la Unión Europea, negar la aplicación del régimen tributario previsto en la Directiva para las operaciones de fusión y reestructuración empresarial, en ausencia de motivo económico válido.

Se trata de una noción autónoma de Derecho comunitario, que ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades (en adelante, TJCE) en el caso *Leur-Bloem* (1), interpretación, que es por tanto, también, parte del acervo comunitario, incluso - como afirma el TJCE- si un Estado miembro decide incorporarla en su ordenamiento interno para situaciones de hecho sin elementos extranjeros, en otras palabras, en un contexto meramente nacional. Esta noción elegida por la Directiva, encuentra su precedente en la doctrina anglosajona del *business purpose*, como ha destacado el profesor PALAO TABOADA en un brillante y extenso trabajo (2).

(1) STJCE de 17 de julio de 1997, asunto C-28/95, Rec. p. 4161. Ha sido una de las sentencias que ha suscitado más comentarios *Vid.* entre otros, GERRIT BETLEM, *Common Market Law Review*, vol. 36, num. 1, february, 1999, pp. 165 y ss.; GÓMEZ VERDESOTO, Marta: "Concepto de fraude o evasión fiscal en relación con las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores. (A propósito de la STJCE de 17 de julio de 1997)", *Impuestos* 1999, I, pp. 1047 y ss.; HOENJET, F. "The Leur-Bloem judgement: the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger directive" *EC Tax Review*, 1997-4, pp. 206 y ss.; MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo, en la *Revista Española de Derecho Financiero*, 1998, pp. 483 y ss.; VILLAR EZCURRA, Marta: "La sentencia Leur-Bloem" del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y sus efectos en España", *Revista Peruana de Jurisprudencia* núm. 28, junio 2003, pp. LXXV a LXXXIX.

(2) *Vid.* PALAO TABOADA, Carlos: "Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de reorganizaciones empresariales", *Revista de Contabilidad y Tributación* núm. 235, octubre de 2002, pp. 63-110. *Vid.* igualmente la bibliografía y las referencias jurisprudenciales allí citadas, que hemos tenido en cuenta para el desarrollo de la doctrina del *business purpose*, así como sus comentarios a "la norma anti-elusión del Proyecto de la nueva Ley General Tributaria", *Revista de Contabilidad y Tributación* núm. 248, noviembre de 2003, pp. 71-96.

La incorporación de la cláusula antifraude de la Directiva en la Ley española del Impuesto sobre Sociedades (art. 110.2) ha suscitado numerosos interrogantes, y muy especialmente tras la redacción dada por la Ley 14/2000 (3), pues, -supuestamente con base en la sentencia *Leur-Bloem*- la ausencia de motivos económicos válidos no se configura como una presunción de inaplicación del régimen sino que se formula imperativamente con carácter automático (“no se aplicará”), y además se identifica “con la mera finalidad de obtener una ventaja fiscal”. El discutible Informe de la Dirección General de Tributos emitido el 30 de julio de 2002, expuso el criterio administrativo pero no permitió zanjar las vivas polémicas en torno a la relevancia del *motivo económico válido* en los expedientes de reestructuración empresarial.

Al margen de los problemas interpretativos y los probables excesos del legislador tributario español en términos de proporcionalidad y conformidad con la Directiva comunitaria, también se ha puesto de relieve en la doctrina, cómo del caso *Leur-Bloem*, pueden extraerse consecuencias de cara a la aplicación de otras cláusulas anti-abuso establecidas en la legislación interna española [art. 13.1.g) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes], así como en algunos de los Convenios de Doble Imposición concluidos por nuestro país (cláusulas de “limitación de beneficios” o “sujeción a tributación”) (4). Y es más, la nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre) ha

tenido en cuenta estos conceptos y precedentes de la jurisprudencia anglosajona al establecer la cláusula general anti-abuso bajo la discutible *rúbrica* “conflicto en la aplicación de la norma tributaria” (art. 15) que viene a sustituir a la norma general sobre el fraude de Ley (art. 24 de la Ley 230/1963) a partir del 1 de julio de 2004.

Así pues, no cabe duda que el *motivo económico válido* es una noción de importantes efectos expansivos en el Derecho Tributario general y convencional, pese a que su origen normativo se encuentra en un contexto muy concreto, como es el del régimen fiscal de determinadas operaciones de reestructuración empresarial previsto por la Directiva comunitaria de fusiones. Lo que no está tan claro es que de su mano, haya de abrirse la puerta a la doctrina del *business purpose* como fórmula general de interpretación de las normas anti-abuso.

2. LA DOCTRINA DEL BUSINESS PURPOSE Y SU ACOGIDA NORMATIVA

Quienes han comentado la Directiva de fusiones y en particular su cláusula anti-fraude coinciden unánimemente en afirmar su inspiración en la doctrina anglosajona del *business purpose* (finalidad de negocios), cuyo origen está en la jurisprudencia norteamericana, en concreto en el caso *Helvering v. Gregory* resuelto por el juez Learned Hand en 1934 con una argumentación próxima a la de la dogmática del fraude de ley en su concepción objetiva (5). Los hechos eran los siguientes: la Sra. Gregory, socia única de la sociedad A entre cuyos activos figuraban acciones de la sociedad B, pretendía adquirir las acciones de B para venderlas en su propio beneficio, lo que hubiera dado lugar a una renta gravable. En lugar de ello, se constituyó una sociedad C (mediante escisión) aportándose las acciones de B; a continuación, la sociedad C se disolvió y la Sra. Gregory recibía las acciones de B. Se trataba de un canje de acciones consecuencia de una operación de escisión que conseguía evitar la imposición a los dividendos, amparándose en que estaba inserta en un “plan de reorganización”.

(3) Según la redacción por Ley 14/2000 “no se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con una mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal”, redacción idéntica al art. 96.2 del actual Texto Refundido de la LIS. Según la redacción anterior en la Ley 43/1995 “cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el art. 97 de esta Ley, se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen establecido en el presente capítulo y se procederá por la Administración tributaria a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos”, redacción similar al art. 16.2 de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, salvo que este precepto terminaba diciendo que la regularización conllevaría sanciones e intereses de demora.

(4) Vid. CALDERÓN CARRERO, José Manuel y MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo, “Los principios resultantes de la jurisprudencia comunitaria en materia de impuesto sobre sociedades (II)” *Hacienda Canaria* núm. 4, vol. 1, junio 2003, y CAAMAÑO/CALDERÓN/MARTÍN: *Jurisprudencia Tributaria del TJCE 1996-1999*, vol. 2, pp. 422 y ss. Sobre los Convenios de Doble Imposición, vid. SERRANO ANTÓN, Fernando: “Las medidas anti-abuso en los Convenios para evitar la Doble Imposición Internacional”, en: *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*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid,

2002, pp. 79-108. Destaca como característica común de estas cláusulas el que “son aplicables sin necesidad de que se demuestre que en el caso particular existía la intención de utilizar indebidamente el convenio”, p. 84. Dejamos apuntado el tema, que excede del objeto del presente estudio y que, de otro lado, ha sido ya tratado extensamente, entre otros, por los autores citados en esta nota.

(5) PALAO TABOADA, Carlos, ob. cit., p. 75. En palabras del profesor DE CASTRO, en el fraude hay un mal uso del Derecho objetivo, utilizándose de modo torcido sus normas. Para admitir su existencia, hay que examinar la situación creada en el ordenamiento jurídico por el acto, cfr. *Derecho Civil de España, Parte General*, t. I, 3ª edición, IEP, Madrid, 1995, p. 605.

El motivo de eludir impuestos no fue considerado por el Tribunal relevante, sí lo fue, sin embargo el hecho de que se tratara de una operación carente de finalidad de negocios o societaria, “*un incidente efímero, extraño a su gestión*”. Se había llevado a cabo una actividad con arreglo a las características de una escisión, pero en realidad era “*una forma elaborada y tortuosa de transmisión disfrazada de reorganización societaria y nada más*”, tal y como posteriormente afirmó la sentencia del Tribunal Supremo, ratificando los criterios del Tribunal a quo. Así pues, lo determinante de este caso no fue el fin (*purpose*) de evitar el impuesto sino que la operación carecía de sentido de desconocerse el elemento fiscal (la razón por la cual, el *motive*).

Esta doctrina, propia de los países del “*common law*” que se manifiesta con fórmulas diversas o muy próximas (*step transaction* -doctrina de las operaciones complejas o con varios pasos- o *sham* -concepto amplio de simulación-) pasó luego al Derecho escrito y en la década de los ochenta cambió en Reino Unido la forma de razonar de los tribunales hasta el punto de bautizarse como “*nuevo realismo*”.

En palabras de PALAO TABOADA “*es una doctrina elaborada como instrumento contra la elusión fiscal (tax avoidance). En consecuencia, al igual que todas las doctrinas elaboradas con este fin, sin excepción, incluido el supuesto fraude a la ley, con el que tiene una directa relación, tiene como fundamento último el principio de que la aplicación de la ley tributaria tiene que basarse en la verdadera realidad de las operaciones o negocios realizados. En este sentido, los supuestos en los que la doctrina se aplica son aquellos en los que existe simulación (sham) o están muy próximos a ella. Dado que los tribunales de los países de common law son ajenos en esta materia a la figura del fraudus legis, no tienen la necesidad dogmática de deslindar conceptualmente ambas figuras. En todo caso, el propósito (purpose) no debe confundirse con los motivos; en particular, el motivo de reducir los impuestos es irrelevante, lo que cuenta es la ausencia de una finalidad que dé sentido a la operación. La distinción recuerda vivamente la doctrina de la causa de la dogmática continental. La doctrina se aplica restrictivamente en los casos de reorganizaciones societarias y en aquellos en los que se trata del reconocimiento de la personalidad jurídica*” (6).

En efecto, los peligros de esta doctrina -que puede subsumirse en el principio más general de prevalencia de la sustancia sobre la forma-, y su estrecha relación

con la interpretación económica de las normas, ha llevado a limitar su aplicación a los supuestos de simulación (7).

También ha ocurrido que cuando se ha incorporado a la norma legal, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos no ha exigido un alto nivel de *business purpose* sino que el umbral de legitimidad de las operaciones puede -en una interpretación literal de la norma- ser muy bajo. Así, sobre la base de la regulación de los *partnerships* se ha aceptado por los tribunales la supresión de una sociedad holding mediante la absorción de la participada por considerar los socios que crea ineficacias fiscales (8).

También -advirtiendo del peligro- se opinado, que todos los conceptos y desarrollos jurisprudenciales basados en el “*step transaction*” analysis, “*business purpose*” test, “*substance over form*” approach, “*Sham transaction*” doctrine o “*economic sham*” doctrine, llevan por lo común a la Administración tributaria norteamericana a invocarlos todos juntos, con el fin de hacer posible que, como jocosamente observa algún autor, los jueces puedan escoger en la “*cafetería de reglas o doctrinas anti-abuso*” (9).

Por ello, consideramos que no debe incorporarse sin más la doctrina del *business purpose* y el desarrollo que de la misma se ha seguido por los tribunales anglosajones como elemento interpretativo de la noción *motivo económico válido* del art. 110.2 de la LIS, sino que su interpretación y aplicación a los casos concretos ha de ajustarse exclusivamente a los términos permitidos por la Directiva de fusiones, en la interpretación que de ella dé el TJCE, por efecto de la uniformidad del Derecho comunitario subyacente a los principios de primacía y efecto directo de sus normas.

El hecho de que el art. 15 de la Ley 58/2003, General Tributaria entienda que “*existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite*

(7) Cfr. SPEAR, H.M.: “Corporate Business Purpose” In Reorganization”, *Tax Law Review*, vol. 3, 1947, p. 235.

(8) Cfr. NELSON, W.F.: “The limits of Literalism: The Effect of Substance Over Form, Clear Reflection and Business Purpose Considerations on the Proper Interpretation of Subchapter K”, *Taxes*, vol. 73, 1995, pp. 641 y ss. Vid. “Lessons From Tax Court on Business Purpose”, *Mercer capital’s Bizval.com* -Vol. 11, Num. 1, 1999.

(9) LÓPEZ TELLO, Jesús. “El conflicto en la aplicación de la norma tributaria”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, número 28 *La nueva Ley General Tributaria* (1), febrero 2004, pp. 55-56. La cita de tan gráfica expresión es de STRENG, William P. y YODER, Jowell, D. “Form and substance in tax law”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. LXXXVII a), p. 613) *vid. nota 4*. Este comportamiento de las autoridades fiscales resulta, en palabras de LÓPEZ TELLO, “tremendamente familiar. No parece haber nada nuevo bajo el sol” (p. 56).

(6) PALAO TABOADA, Carlos, ob. cit., p. 82. A esta conclusión llega tras el análisis de diversas sentencias.

total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las circunstancias siguientes: ... b) que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios” (10), supone la incorporación -reconocida- de una cláusula general anti-abuso basada en el *business purpose* con el consiguiente peligro de indefinición e inseguridad jurídica que provoca el abuso de conceptos jurídicos indeterminados, que en palabras del profesor PÉREZ DE AYALA pueden llegar al “*más censurable constructivismo jurídico*”, como conjunto de construcciones legales de “*fabricación de hechos*” que no se corresponden con ningún hecho natural, pese a lo cual han de aplicarse imperativamente (11).

La pretensión de introducir elementos que objetiven (12) la aplicación de una norma para luchar contra el fraude fiscal o el abuso en el empleo de las normas y formas jurídicas (13) ha ido en nuestra opinión, demasiado lejos (14), más allá incluso del desarrollo de la doctrina del *business purpose* en los

(10) No es objeto de este trabajo comentar este precepto, sin perjuicio de lo cual no podemos dejar de manifestar nuestra crítica, entre otras cosas, por la utilización -incluso excesiva- de conceptos jurídicos indeterminados y categorías extrañas a nuestra dogmática jurídica, tales como actos o negocios “notoriamente ... impropios” o “actos usuales”, al margen de su rúbrica, que constituye un importante defecto de técnica jurídica.

(11) Vid. PÉREZ DE AYALA y LÓPEZ DE AYALA, José Luis: “Los conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Tributario. Su transcendencia” *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* núm. 32, Madrid, 2002, p. 578.

(12) El carácter objetivo del nuevo precepto y la superación del “sesgo subjetivista” del art. 24 de la Ley General Tributaria ha sido aplaudido, entre otros, por SIMÓN ACOSTA, Eugenio (vid. “El abuso de la norma tributaria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 568, 6 de marzo de 2003, p. 3) y GARCÍA NOVOA, César (vid. “La posibilidad de imponer sanciones en los supuestos de fraude o abuso de la norma tributaria: el criticable contenido del art. 15.3 del anteproyecto de Ley General Tributaria”, *Quincena Fiscal* núm. 8, 2003, p. 13) aunque se ha relativizado por otros, vid. PALAO TABOADA, Carlos, “La norma anti-elusión ...”, ob. cit. pp. 76-78 y 87.

(13) Con un “juicio de efectos”, según LÓPEZ TELLO. A juicio de este autor, nuestro juicio de efectos tiene un fondo similar al criterio norteamericano del *business purpose test*, pero sus perfiles son distintos y quizás más precisos, pues “de un lado, se miran los efectos conseguidos y no las finalidades perseguidas, probablemente para no tener que afirmar éstas usando aquéllas como prueba indiciaria. De otro, se especifica que no basta con que exista una finalidad -efecto- distinta de la fiscal, en tanto dicha finalidad puede conseguirse con una forma jurídica que se reputa más adecuada”, ob. cit., p. 67.

(14) Coincidimos con el profesor PÉREZ DE AYALA, en su consideración de que en muchos preceptos “las normas tributarias que contienen ficciones y conceptos jurídicos indeterminados ni siquiera persiguen llegar a una solución justa, sino arbitran artificios legales que hagan más fácil y eficaz el ejercicio de las potestades recaudatorias de los entes públicos. Y desde ese punto de vista en el plano dogmático, no les sería aplicable una nota que la doctrina considera definitiva de tales conceptos: la de

países del *common law* que se ha autolimitado en los términos antes expuestos, pues el art. 15 de la Ley 58/2003, General Tributaria además de exigir en términos de licitud que los efectos jurídicos o económicos derivados de los actos o negocios sean relevantes, impone que han de ser distintos del *mero ahorro fiscal*. Y ello, sin perjuicio de reconocer que la Ley General tributaria está -tanto ahora como antes- muy en línea con las tendencias internacionales en materia de normas anti-abuso (15).

3. LOS “MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS”: UN CONCEPTO COMUNITARIO Y “COMUNITARIZADO”

El régimen especial del Impuesto sobre Sociedades para las operaciones de reestructuración empresarial es fruto de la transposición de la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (en adelante Directiva de fusiones) y la inaplicación de este régimen en el caso en que la operación realizada *tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal*, que prevé el art. 96.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS), hace uso de la cláusula anti-fraude contenida en la Directiva.

Según reiterada jurisprudencia comunitaria, cuando una norma nacional -como es el caso- hace referencia o acoge textualmente disposiciones de Derecho comunitario, la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario exige que sea competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el suministrar a los jueces nacionales la interpretación de las nociones nacidas en el Derecho comunitario, incluso cuando la situación jurídica se regule exclusivamente por el Derecho nacional. En otras palabras, tales nociones son “*comunitarias o comunitarizadas*” en la medida en que es el Derecho comunitario y el TJCE los que han de determinar su contenido (16). En este sentido, para interpretar correctamente la noción *motivo económico válido* resulta imprescindible acudir al contexto normativo en que se inserta -la Directiva- y a la interpretación del TJCE.

proporcionar una solución justa”. Quizás para evitar los problemas de justicia en la aplicación de tales normas se abre paso al recurso legal de soluciones arbitrales, pactadas o convencionales, pese a que tales soluciones “se compadecen mal con el carácter “*ex lege*” e indisponibles de las obligaciones tributarias”, ob. cit. pp. 578 y 579.

(15) Vid. ZIMMER, Frederik, “Form and substance in tax law”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, IFA, vol. LXXXVII a), Rotterdam, 2002, pp. 19-67.

(16) Jurisprudencia *Dzodzi*, STJCE de 18 de octubre de 1990, asunto C-297/88, Rep. 3783.

Pues bien, la noción *motivo económico válido* se contiene en la Directiva de fusiones, cuyos principales objetivos son eliminar los obstáculos fiscales a la adaptación de las empresas al mercado común, al aumento de su productividad y al reforzamiento de su posición en la competencia internacional; establecer unas normas fiscales neutras respecto a la competencia para las operaciones de fusión, escisión, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros y crear así en la Comunidad condiciones análogas a las de un mercado interior. Y tales objetivos se consiguen, exigiendo a los Estados miembros la incorporación de medidas que permitan el diferimiento de la tributación de las plusvalías derivadas de la enajenación de activos o acciones en relación con dichas operaciones, otorgándoles, al mismo tiempo, la posibilidad de recuperar el impuesto diferido con ocasión de la última enajenación de los activos por parte de la sociedad beneficiaria o con ocasión de la enajenación por los accionistas de las nuevas acciones recibidas como consecuencia de un canje de acciones.

Así, el Impuesto sobre Sociedades español plasma las ventajas fiscales -neutralidad fiscal- en este tipo de operaciones de reorganización empresarial con dos medidas: la no integración en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, que grava a las entidades transmitentes, de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de las operaciones (art. 84 del Texto Refundido de la LIS), y, la valoración de los bienes recibidos, a efectos fiscales, por el importe que tenían con anterioridad a la realización de la transmisión (art. 85 del Texto Refundido de la LIS). Se introduce el régimen de diferimiento hasta su realización efectiva de las plusvalías que las operaciones de reestructuración hagan aflorar.

La posibilidad de los Estados miembros de inaplicar los beneficios de la Directiva, se recoge *excepcionalmente* para el supuesto en que la operación amparada, tenga por objetivo el fraude o la evasión fiscal (art. 11). El que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos constituye una *presunción* de fraude o evasión fiscal.

Es importante advertir la diferencia de esta cláusula anti-abuso con la que se contiene en la Directiva matriz-filial (17) (del art. 1.2) que se remite a la legislación nacional de los Estados miembros al disponer que "*la presente Directiva no será obstáculo para la aplicación de las disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes o abusos*".

Así, la cláusula anti-abuso de la Directiva de fusiones, introduce nuevos conceptos jurídicos indeterminados y, además, pone de manifiesto las diferencias de terminología e incluso de culturas jurídicas de los distintos Estados miembros, al disponer que la ausencia de motivos económicos puede "*constituir una presunción*" de que la operación "*tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal*". Pero esta diferente terminología no debe invitar a pensar que los Estados miembros puedan disponer de facultad ilimitada para aplicar sus propias disposiciones internas en esta materia; por el contrario, el principio de uniformidad del Derecho comunitario obliga a respetar los límites deducidos de los términos y finalidad de la Directiva.

Como puede observarse del contexto de la Directiva de fusiones, la norma española de transposición en su actual redacción, no sólo plantea problemas de interpretación y de aplicación a las distintas operaciones de reorganización empresarial, sino también problemas de legalidad o de "*ajuste*" respecto al Derecho comunitario, pues según jurisprudencia reiterada no puede suponer un "*exceso*" o una "*desproporción*" en relación con el fin pretendido por la Directiva, so pena de generar una conducta de incumplimiento de Estado.

En nuestra opinión, el art. 96.2 del Texto Refundido de la LIS se excede respecto a la interpretación que el Tribunal de Justicia comunitario realiza de la cláusula anti-fraude de la Directiva en la sentencia *Leur-Bloem*, poniendo en entredicho la uniformidad del Derecho comunitario, por lo que su aplicación "*automática*" contravendría la Directiva comunitaria. Es necesario, por ello, una interpretación correctiva acorde con el Derecho Comunitario en los términos que a continuación exponemos.

4. LA SENTENCIA LEUR-BLOEM: AFIRMACIONES DE INTERÉS

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado sobre las cláusulas anti-abuso de las Directivas comunitarias, pero es en la sentencia dictada en el caso *Leur-Bloem* donde específicamente interpreta la noción *motivo económico válido* de la Directiva de fusiones. Se trata de una sentencia en respuesta de la cuestión prejudicial de interpretación que le plantea un Tribunal holandés a propósito de la cláusula anti-fraude contenida en la Directiva de fusiones [art. 11, a)].

Expongamos brevemente los hechos: la señora *Leur-Bloem*, única socia y directora de dos sociedades neerlandesas, tenía intención de adquirir la totalidad del capital de una tercera, mediante canje de acciones,

(17) Directiva 90/435/CEE, de 23 de julio de 1990, DO L 225, de 20 de agosto de 1990.

y creó una estructura societaria que permitía la compensación de pérdidas. Solicitada a la Administración la calificación de la operación como de “*fusión por canje de participaciones*”, y denegada su solicitud, recurre ante el órgano jurisdiccional interno quien plantea varias cuestiones prejudiciales al TJCE, que, en síntesis, son las siguientes:

– ¿Se pueden plantear al Tribunal de Justicia cuestiones de interpretación de las disposiciones y del ámbito de aplicación de una Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, aun cuando dicha Directiva no sea directamente aplicable a la situación concreta de que conoce el órgano jurisdiccional remitente, pero la intención del legislador nacional era tratar dicha situación de la misma forma que una situación a la que se refiere a la Directiva?

– ¿Es la operación descrita un canje de acciones en el sentido de la Directiva?

– ¿Constituye un motivo económico válido para el canje de acciones, en el sentido del art. 11 de la Directiva, el hecho de que dicho canje se efectúe para lograr una compensación horizontal de pérdidas entre las sociedades participantes en el marco de una entidad fiscal en el sentido del art. 13 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades neerlandés de 1969?

De la argumentación del Tribunal tienen especial interés, al objeto de nuestro estudio, las siguientes afirmaciones (18):

1ª) El régimen fiscal se aplica a todas las operaciones contempladas

“Se aplica indistintamente a todas las operaciones de fusión, de escisión, de aportación de activos y de canje de acciones, *abstracción hecha de sus motivos*, ya sean éstos financieros, económicos o puramente fiscales” (párrafo 36).

Obsérvese cómo el art. 96.2 del Texto Refundido de la LIS comienza diciendo: “*no se aplicará el régimen establecido*”, cuando la operación “*tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal*” con una pretensión de “*automatismo*” muy alejada de la afirmación del TJCE.

2ª) El concepto “*motivo económico válido*” es comunitario

“Cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en el Derecho comunitario, con objeto,

***especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones de nacionales propios o, como sucede en el procedimiento principal, de eventuales distorsiones de competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse*”** (párrafo 32).

“Una operación de fusión por canje de acciones que sólo persiguiera tal objetivo (ventaja puramente fiscal, como lo es la compensación de pérdidas) no puede constituir un motivo económico válido en el sentido de este artículo” (párrafo 47).

Así pues, la exclusiva finalidad de obtener una ventaja fiscal no es un motivo económico válido. La identificación que hace el art. 96.2 del Texto Refundido de la LIS entre finalidad “*ventaja fiscal*” y “*ausencia de motivo económico válido*”, pretende basarse en esta afirmación del Tribunal, aunque, en nuestra opinión, desconoce otras afirmaciones de la sentencia.

3ª) Es un indicio o presunción de fraude o evasión fiscal

La letra a) del apartado 1 del art. 11 precisa que, en el marco de esta reserva de competencia, **el Estado miembro puede constituir una presunción de fraude o de evasión fiscal cuando “una de las operaciones contempladas (...) no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación”** (párrafo 39).

“(...) Los Estados miembros pueden establecer que el hecho de que estas operaciones no se hayan efectuado por motivos económicos válidos constituye una presunción de fraude o de evasión fiscal” (párrafo 40).

Claramente, el Tribunal se refiere a la posibilidad de establecer presunciones de fraude por ausencia de motivos económicos válidos.

4ª) Requiere un análisis caso a caso

“No obstante, para comprobar si la operación contemplada persigue un objetivo de estas características, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de la misma. Es jurisprudencia reiterada que tal examen debe ser susceptible de control jurisdiccional” (párrafo 41).

(18) La negrita es nuestra.

Se rechaza así cualquier automatismo basado en criterios objetivos que no permitan un análisis global de todas las circunstancias determinantes de cada situación particular. Y este automatismo, no puede darse sobre la base de una norma pero tampoco en virtud de criterios administrativos, pues resultaría contrario a la Directiva comunitaria (19).

5ª) Los Estados deben aplicar el principio de proporcionalidad

“A falta de disposiciones comunitarias más precisas relativas a la aplicación de la presunción prevista en la letra a) del apartado 1 del art. 11, corresponde a los Estados miembros determinar, respetando el principio de proporcionalidad, las modalidades necesarias al objeto de aplicar esta disposición” (párrafo 43).

Así pues, los Estados miembros no pueden establecer presunciones de fraude u otras cláusulas, que no respeten el principio de proporcionalidad.

Estos argumentos llevan al TJCE a la siguiente conclusión:

“El art. 11 de la Directiva 90/434 debe interpretarse en el sentido de que, para comprobar si la operación contemplada tiene como objetivo principal, o como uno de sus principales objetivos, el fraude o la evasión fiscal, las autoridades nacionales competentes deben proceder, en cada caso, a un examen global de dicha operación. Tal examen debe ser susceptible de control jurisdiccional. Conforme a la letra a) del apartado 1 del art. 11 de la Directiva, los Estados miembros pueden establecer que el hecho de que la operación contemplada no se haya efectuado por motivos económicos válidos, constituye una presunción de fraude o de evasión fiscal. A ellos les corresponde determinar los procedimientos internos necesarios para tal fin, respetando el principio de proporcionalidad. No obstante, el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones fiscales”, basándose en criterios como que la empresa dominante explote por sí misma una empresa, que exista una integración duradera, desde el punto de vista financiero y económico, en una misma entidad, de la actividad empresarial de dos sociedades o el hecho de que una misma persona física, que era socia única y directora de las sociedades dominadas, pase a ser socia

(19) Según reiterada jurisprudencia del TJCE en materia de incumplimiento de Estado, existe incumplimiento no sólo como consecuencia de normas internas contrarias al Derecho comunitario, sino también como consecuencia de prácticas administrativas.

única y directora de la sociedad dominante, *“excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva 90/434”*, que consiste precisamente en establecer normas fiscales neutras respecto a la competencia y evitar que las operaciones contempladas se vean obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros”.

Finalmente, el Tribunal declara también que el **concepto de motivo económico válido** con arreglo al art. 11 de la Directiva *“debe interpretarse en el sentido más amplio de la búsqueda de una ventaja puramente fiscal, como la compensación horizontal de pérdidas”*.

Como ha puesto de relieve MARTÍN JIMÉNEZ, los efectos de esta decisión en el ordenamiento interno español son varios. De un lado, las disposiciones de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (arts. 97 a 110) deben interpretarse a la luz de la Directiva de fusiones, *incluso cuando en la operación sólo intervengan sociedades nacionales*. Así, si el legislador nacional utiliza categorías tributarias de Derecho comunitario para regular situaciones puramente internas (sin elemento de extranjería, utilizando la terminología de las sentencias del TJCE) queda vinculado a la interpretación del TJCE. Éste es un criterio reiterado en la jurisprudencia comunitaria (20) aunque no compartido por los Abogados Generales (21). No olvidemos que existe un interés manifiesto para el ordenamiento comunitario en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, toda disposición de Derecho comunitario reciba una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse (22).

Por otra parte, la cláusula anti-abuso del art. 110 de la LIS resultará de aplicación cuando la aplicación del régimen especial de fusiones se pretenda por motivos *exclusivamente* fiscales. No obstante, insistimos, de acuerdo con la sentencia *Leur-Bloem*, se trata de una presunción de fraude que no debería aplicarse *“ope legis”*.

(20) Vid. el repaso jurisprudencial que se realiza en las conclusiones del Abogado General el 17 de septiembre de 1996, donde cita asuntos *Tomasdüngerm, Dzodzi, Gmurzynska-Bscher, Tomates y Fulchiron, Federconsorzi, Kleinwot Benson* (apartados 23 y ss.).

(21) Vid. las conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas el 17 de septiembre de 1996, donde se manifiesta contrario, como, entre otros, los Abogados Generales Darmon, Manzini y Tesauro (apartados 28, 37 y 82).

(22) Apartados 36 y 37 de la sentencia *Dzodzi*. Sobre los efectos de esta jurisprudencia vid. D. SIMON, *Commentaire* num. 317, *Europe* núm. 10, octubre 1997, p. 16.

Pero finalmente, también sirve el criterio del TJCE para examinar la compatibilidad “de otras cláusulas anti-abuso como la del art. 46.1, f) de la LIS que incorpora la Directiva matriz-filial o las incluidas en algunos convenios para evitar la doble imposición” (23).

5. EL CRITERIO DEL INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS DE 30 DE JULIO DE 2002

El nuevo concepto de “*motivo económico válido*” y de “*mera ventaja fiscal*” ha encontrado su eco en la doctrina administrativa, según se deduce de las Resoluciones de la Dirección General de Tributos a las consultas formuladas por los contribuyentes.

Las respuestas de la Dirección General de Tributos a las consultas formuladas por los contribuyentes tienen en este tema carácter vinculante, lo que significa que la Agencia Estatal de la Administración Tributaria ha de seguir sus criterios a la hora de aplicar los tributos (24).

Sin embargo, en raras ocasiones, la Dirección General de Tributos ha sentado doctrina a propósito de los casos consultados, que pueden agruparse en torno a las siguientes operaciones:

– *Compensación de pérdidas* (bases imponibles positivas): Se trata del caso típico de finalidad fiscal en una operación de reestructuración, por lo que se decide la inaplicación del régimen especial (Resolución DGT de 19 de enero de 2001).

– *Escisión subjetiva*: Fruto de un cambio normativo en el art. 97.2 de la LIS se exige que las aportaciones a las nuevas sociedades sean de “*ramas de actividad*” para considerar que la operación resulta beneficiaria del régimen especial. Es interesante observar que las respuestas administrativas estudian las operaciones como “*concatenadas*” o “*vinculadas*” (doctrina anglosajona del *step transaction*) y atienden al resultado. Por ello, se ha afirmado que “*la operación planteada tiene como principal objetivo eludir la realización de los hechos imponibles que hubieran resultado de realizar la operación excluida del régimen especial*” y en

(23) Vid. MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo J., *Civitas Revista Española de Derecho Financiero* núm. 99, julio-septiembre de 1998, p. 486. Las referencias normativas deben tener en cuenta la nueva numeración del Texto Refundido de la LIS aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, especialmente *vid.* arts. 83 a 96 y art. 14.1, h) del Texto Refundido de la Ley del IRNR aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

(24) Con carácter general, la Ley 58/2003, General Tributaria, establece el efecto vinculante de la contestación a las consultas tributarias escritas (art. 89). Se prevé específicamente esta posibilidad en el ámbito de la LIS para éste y “*cualesquiera otros tributos*” (art. 96.2 *in fine* del T.R.LIS

consecuencia no se le aplica el régimen especial (Resolución DGT de 7 de mayo de 2001) o que no se trata de una escisión sino de una separación de socios que fiscalmente ha de regirse por el régimen general (Resolución DGT de 21 de mayo de 2002).

– *Generación contable de diferencias amortizables*: resulta de las diferencias entre el precio pagado y el valor teórico de las participaciones de la sociedad absorbente en la absorbida, pues las normas fiscales permiten amortizar contablemente las diferencias y el fondo de comercio con ciertos límites y condiciones. El criterio de la Dirección General de Tributos, por lo general, niega que exista “*motivo económico válido*” distinto del “*meramente fiscal*” (Resolución DGT de 4 de octubre de 2000) o considera que se trata de operaciones realizadas con fines de fraude o evasión fiscal (Resolución DGT de 18 de marzo de 1999 o 9 de marzo de 2000).

Posteriormente a las respuestas a las consultas tributarias extractadas, se emitió por la Dirección General de Tributos un Informe -30 de julio de 2002- recabando la doctrina de anteriores resoluciones, en contestación a una consulta promovida por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, recogiendo los criterios que a continuación extractamos:

1) La primera cuestión que se plantea es la posibilidad de una pérdida parcial del régimen especial de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Para el supuesto de una *pluralidad de operaciones se permite la inaplicación parcial a determinadas operaciones*, que dentro de un proceso de reestructuración o racionalización, tienen como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal. Pero, no puede interpretarse la inaplicación parcial del régimen sobre las partes en que se subdivide la operación, tanto si existe como si no la motivación defraudatoria parcialmente.

2) La segunda trata la carga de la prueba de la concurrencia de *motivo económico válido* y según la Dirección General de Tributos “*corresponde al contribuyente justificar la concurrencia de motivo económico válido y si no lo justifica, total o parcialmente, es evidente que la Inspección asumirá, total o parcialmente la carga de la prueba respecto a la no concurrencia de un motivo económico válido al proponer que se niegue al contribuyente una circunstancia que integra o condiciona el hecho imponible*”.

3) A propósito del “*objeto de examen*”, en el art. 110.2 de la LIS se plantea si ha de primar la *finalidad perseguida por la operación de reestructuración* o el *resultado práctico obtenido*. La Dirección General de Tributos opina que la finalidad de la norma es que exista un motivo económico válido, siendo el

resultado una circunstancia concurrente en la operación, un dato más. Además, si el proyecto empresarial es fallido, corresponde a la Inspección la carga de probar que no hubo motivo económico válido para proponer que se le niegue al contribuyente tal alegación.

4) La cuarta cuestión pone de manifiesto que la literalidad del entonces art. 110.2 de la LIS omite cualquier referencia a la palabra “presunción” (presente en la Directiva) y opta por la “inaplicación del régimen especial en caso de que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos. Para la Dirección General de Tributos, el régimen no se aplicará cuando exista una “mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal”, pues tal ventaja “no es en sí misma un motivo económico válido”.

5) Sobre la venta de activos subsiguientes a la operación, la Agencia Estatal de la Administración Tributaria pregunta si constituye un “indicio” de la finalidad fraudulenta de la operación, a lo que la Dirección General de Tributos contesta que en la legislación española “no constituye un mero indicio de su finalidad fraudulenta o evasiva”, a diferencia de lo que ocurre con la legislación holandesa, que limita a tres años la transmisión de activos a terceros.

En nuestra opinión, muchas de las afirmaciones de las resoluciones y del Informe de la Dirección General de Tributos son discutibles (25). Por ejemplo, el concepto de escisión subjetiva y su equiparación con la separación de socios es un criterio minoritario en la doctrina y está en contra de la práctica de la mayor parte de los registradores españoles que consideran que es una escisión desde todos los puntos de vista (26).

De otro lado, la referencia a la prueba de los motivos económicos válidos por parte del contribuyente, también es una cuestión que está sujeta a todo tipo de matizaciones, tanto por la pretensión de convertir la norma aplicable en una cláusula anti-fraude genérica en conflicto con la jurisprudencia

(25) Excede de esta colaboración el entrar en los detalles, aplaudiendo o rebatiendo cada una de las argumentaciones de los criterios extractados.

(26) Resolución de la DGRN de 10 de junio de 1994 (RJ 4915). Sobre el concepto de escisión en sentido amplio *vid.* STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2003 (JUR 2003/248554). Por su parte, la STSJ de Cataluña de 18 de febrero de 2000 (JT 2000/1189), opta por una interpretación no literal de las normas que incorporan las directivas comunitarias afirmando que hay que atender “fundamentalmente” al espíritu y finalidad de las normas (...) en relación con sus precedentes -incluida la normativa comunitaria adaptada de la que traen causa-” (FJ 5°).

comunitaria -y española (27)-, como porque parece obviar que en los casos en que, como es habitual, en los acuerdos adoptados se exponen las motivaciones empresariales de las reorganizaciones, no existe ninguna base legal para que la Administración quede liberada de la prueba en contrario sobre los motivos económicos válidos esgrimidos por el contribuyente (28).

A más de ello, debe advertirse la “cláusula de estilo” que se utiliza como cierre en muchas de las resoluciones de la Dirección General de Tributos, que califican las operaciones sobre las que se consulta como beneficiarias “a priori” del régimen especial, sin aportar la certeza que busca el contribuyente en la calificación y valoración administrativa de sus operaciones.

Sirva de ejemplo, la Resolución de 7 de noviembre de 2003 (núm. V0124-03): “los motivos que la consultante señala para llevar a cabo la operación de escisión, que las dos actividades inmobiliarias distintas que desarrollará en el futuro, la promoción y la mera inversión, sean gestionadas por sociedades diferentes, ya que serán distintas las necesidades de gestión, control y seguimiento, pueden ser calificados, a priori, como económicamente válidos, a los efectos de disfrutar del régimen especial contemplado en el capítulo VIII del título VIII de la LIS”. También se han considerado motivos válidos “a priori” los de la operación cuya finalidad es la mejora “de la eficacia, eliminando duplicidades y recursos ociosos existentes, suponiendo un importante ahorro económico y una racionalización de las actuales estructuras” (Resolución de 29 de octubre de 2002, V0119-03).

(27) Aunque los tribunales se han pronunciado en muy pocas ocasiones sobre la aplicación de esta cláusula, como pone de relieve el profesor PALAO, *ob. cit.*, p. 110, no es infrecuente que los tribunales analicen la existencia de *motivación económica válida*. Así, por ejemplo, la STSJ de Navarra, de 16 de abril de 2001 (JT 2001/360), que concluye afirmando la licitud de la operación en un caso sobre transmisión de bonos austriacos, afirma, analizando el elemento subjetivo del art. 24 de la LGT que las circunstancias “no determinan la ausencia de motivos económicos válidos, ni, por tanto, constituyen indicios concluyentes de intención elusiva ilícita alguna” por lo considera que las inversiones realizadas en bonos austriacos obedecen a “una motivación económica perfectamente válida, racional, lícita y legítima como es la de aprovecharse de la exención fiscal concedida por la República de Austria, en uso legítimo del poder tributario que le reconocía el Convenio de Doble Imposición de 20-12-199” (FJ 6°). En contra, STSJ Navarra, de 17 de junio de 2002 (JT 2002/1377); de 23 de enero de 2003 (JUR 2003/55207); de 25 de abril de 2003 (JUR 2003/166697).

(28) *Vid.* sobre los aspectos probatorios, MORILLO MÉNDEZ, Antonio “La prueba y su carga en el art. 110.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades”, *Carta Tributaria* núm. 3, 2003.

6. LA DOCTRINA CIENTÍFICA ESPAÑOLA

Los estudios doctrinales que en mayor o menor medida han abordado esta cuestión pueden reconducirse a dos posturas: la que entiende que la ausencia de "motivos económicos válidos" es un nuevo supuesto de exclusión del régimen que opera automáticamente -avalando el criterio administrativo- y la que subordina la aplicación de la cláusula anti-fraude contenida en la LIS al "régimen general del fraude de ley" contemplado en el art. 24 LGT.

Pueden citarse las opiniones de LÓPEZ TELLO (29) o SANZ GADEA (30), como emblemáticas de los defensores de la automaticidad de la cláusula. A juicio de LÓPEZ TELLO, la expresión "fraude o evasión fiscal" hace referencia a un concepto único y singular a los efectos del art. 110.2 de la LIS. Sin embargo, matiza que la presunción de fraude solo tiene sentido bajo un concepto de fraude o evasión fiscal equivalente a la pura minoración en el pago de impuestos, porque "será desproporcionado que, a partir sólo de la mera ausencia de motivos económicos válidos", pudiera deducirse una operación fiscal de finalidad ilícita y culpable. Y continúa advirtiendo que lo interesante de la sentencia *Leur-Bloem* está en que el Tribunal parece convencido de que "la finalidad de constituir un grupo consolidado fiscal interponiendo entre una persona física accionista único de dos sociedades mercantiles una sociedad de nueva creación, mediante un canje de valores, es una finalidad de fraude o evasión fiscal", conclusión que no comparte, pues ello "sería tanto como admitir que el régimen fiscal de los grupos de sociedades supone per se una menor tributación" (31).

Para SANZ GADEA, la expresión "fraude o evasión fiscal" coincide con infracción tributaria y fraude a la ley, en consonancia con el significado de los términos más precisos utilizados por las versiones en lengua inglesa o alemana de la Directiva y con el sentido general del art. 11.1.a) de la Directiva. Ante el segundo inciso del art. 110.2 de la LIS, opina que se trata de un supuesto autónomo de inaplicación del régimen fiscal de las

reorganizaciones empresariales en el que deben concurrir dos elementos: que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos y que se realice con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal. Si falla alguno de ellos, el régimen especial será aplicable. Basa su argumentación en la literalidad de la norma, su evolución parlamentaria (desaparece la construcción del supuesto como de presunción) y las diferencias entre la norma española y la Directiva.

Por el contrario, otros autores como PALAO TABOADA (32), GARCÍA PRATS (33), MENÉNDEZ GARCÍA (34) o DURÁN-SINDREU (35) postulan la tesis contraria, afirmando que el art. 110.2 de la LIS "no añade nada a lo dispuesto en las normas tributarias generales sobre recalificación de relaciones jurídicas y sanción de infracciones", normas a las que se considera que dicho precepto "opera implícitamente una innecesaria remisión" (MENÉNDEZ) y que, de ser la interpretación "autónoma", nos encontraríamos, sin duda, ante una extralimitación del legislador nacional (DURÁN).

Afirma el profesor PALAO TABOADA (36) que es "un supuesto especial de fraude dependiente del general. La inaplicación del régimen fiscal requiere también en este supuesto el objetivo del fraude o evasión; por consiguiente, la ausencia de motivos económicos válidos únicamente sería indicio de tal fraude o evasión, como prevé la Directiva". Se trata de una presunción que admite prueba en contrario, la conducente a demostrar, que a pesar de tal ausencia, o lo que es lo mismo, aunque la operación tenía tan sólo una finalidad fiscal, no obstante no tenía como objetivo principal el "fraude o la evasión fiscal". Destaca especialmente el precedente de doctrina americana del *business purpose*, para concluir que lo que cuenta, en definitiva, es la ausencia de una finalidad que de sentido a la operación (el *purpose*) y no los motivos entre los que puede estar el de reducir los impuestos.

En su opinión, en la medida en que se encuentre en la doctrina americana el origen de la noción de

(29) LÓPEZ TELLO, Jesús: "La cláusula antiabuso del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores", *Boletín del Ilre. Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 16, septiembre de 2000, p. 249 y ss.

(30) SANZ GADEA, Eduardo: "Novedades tributarias en materia de Impuesto sobre Sociedades (II)", *Revista de Contabilidad y Tributación* núm. 228, 2002, p. 99 y ss.

(31) Ob. cit., p. 267. Cita en el mismo sentido la opinión de WEBER, D.: "A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive", *EC Tax Review*, 1996, pp. 65-66.

(32) En la obra ya citada, donde se recoge la cita de otros autores y su argumentación.

(33) En el trabajo ya citado.

(34) MENÉNDEZ GARCÍA, G.: "Realización de operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria y canje de valores con fines de fraude o evasión fiscal": cláusula antiabuso comunitaria y art. 110.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades", *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, 2000, vol. II, p. 2173 y ss.

(35) DURÁN-SINDREU BUXADÉ, Antonio: "El art. 110.2 de la Ley 43/1995: análisis y propuesta de reforma", *Revista Técnica Tributaria* núm. 55, 2001, p. 21 y ss.

(36) Ob. cit., p. 63 y ss.

motivos económicos válidos de la Directiva 90/434 y de la norma española anti-abuso, y pueda utilizarse como elemento interpretativo, la doctrina del *business purpose* no presta mucho apoyo a una interpretación amplia de tal noción. Además, la actitud restrictiva respecto a la aplicación de las cláusulas anti-abuso, tiene su reflejo en la jurisprudencia comunitaria. El inciso segundo del art. 110.2 de la LIS -hoy art. 96.2- debe ser entendido como una presunción *iuris tantum* de la existencia de “*fraude o evasión fiscal*”. Este carácter de la presunción significa que, pese a la ausencia *prima facie* de motivos económicos válidos cabe demostrar que la operación no tiene como finalidad el fraude o la evasión. Esta posibilidad no está excluida por la sentencia *Leur-Bloem*, y se puede entender en el sentido de que la comprobación de la ausencia de motivos económicos válidos se identifica con la demostración del carácter fraudulento de la operación. Éste existe, aparte de en el improbable supuesto de que la operación constituya una infracción tributaria, cuando es simulada o se realiza en fraude de ley, es decir, cuando su causa es falsa o distinta de la que es propia de tal operación. Hay que tener aquí en cuenta, por un lado, la finalidad organizativa de las fusiones y escisiones, en cierto modo instrumental, y, por otro, la libertad de decisión que tiene que reconocerse al empresario.

Nos adherimos a estos planteamientos. En nuestra opinión, el argumento de mayor peso está en la importancia que la sentencia *Leur-Bloem*, concede al principio de *proporcionalidad* que no puede respetarse en el caso en que la cláusula anti-abuso sea -como se pretende con la norma española- automática, pues “*el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones (...) excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva*” (párrafo 44).

Por ello, sólo una interpretación “*correctiva*” del actual art. 96.2 del Texto Refundido de la LIS, en el sentido de aplicarse previa audiencia del interesado por el procedimiento especial (en la vía del expediente especial de fraude de ley del art. 24 LGT y por el procedimiento previsto en el art. 15.2 de la Ley 58/2003 en relación con el art. 159, a partir del 1 de julio de 2004) podría respetar el principio de proporcionalidad y la jurisprudencia comunitaria sobre las cláusulas anti-abuso de las normas internas, pues, siguiendo a GARCÍA PRATS, “*mediante la instrucción de dicho expediente especial, debería demostrarse el abuso de la norma comunitaria (norma de cobertura) -por inexistencia de motivos económicos válidos- con la única finalidad de defraudar la norma interna- consiguiendo un resultado contrario a la finalidad*

u objetivo de la norma mediante una reestructuración empresarial artificial” (37).

7. CONCLUSIONES

De la doctrina anglosajona del *business purpose* y de su recepción autónoma por el Derecho comunitario, no cabe deducir la conclusión de la inaplicación *ope legis* de las normas tributarias generales del régimen de fusiones, cuando en las decisiones tomadas para llevar a efecto operaciones de reestructuración empresarial se consideren las ventajas fiscales como circunstancia determinante.

Las razones meramente fiscales, en tanto no sean fraudulentas o abusivas no deben impedir la aplicación del régimen de diferimiento previsto en la Directiva de fusiones. Sólo si constituyen el objetivo exclusivo de la operación, son indicio de fraude o abuso.

Las normas internas de transposición de las cláusulas anti-abuso de las Directivas deben ser interpretadas como presunciones que admiten prueba en contrario. Lo contrario, pondría en peligro la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario e iría en contra del principio de proporcionalidad.

La incidencia del contenido interpretativo que se dé a la noción *motivos económicos válidos* afectará a la aplicación del nuevo precepto general anti-abuso - art. 15 de la Ley 58/2003 General Tributaria- y de otras cláusulas específicas de Derecho interno y convencional.

Puede que, como se ha dicho, el abuso del Derecho pueda tipificarse, pero no podrá nunca codificarse de manera exhaustiva con criterios objetivos que prescindan de valoraciones (38) y que la solución no esté tanto en una cuestión de conceptos sino de valores (39).

(37) Ob. cit., p. 202. El profesor GARCÍA PRATS. llega a una conclusión de enorme interés: “lo que aparece como una presunción en la Directiva, se convierte, por mor de la acción del TJCE, en un elemento negativo definidor del fraude o la evasión fiscal”, pues la existencia de motivos económicos válidos impide apreciar fraude o evasión fiscal. cfr. ob. cit., p. 200.

(38) Vid. Dimitris TRIANTAFYLLOU: “L’interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire”, *Cahiers de Droit Européen* 2002, núm. 5-6, p. 632.

(39) Vid. PALAO TABOADA, Carlos: “La norma anti-elusión...”, ob. cit., p. 84.