

LA CLÁUSULA ANTIABUSO DEL RÉGIMEN FISCAL DE FUSIONES TRAS LA SENTENCIA DEL TJCE DE 20 DE MAYO DE 2010, MODEHUIS A. ZWIJNENBURG BV

JESÚS LÓPEZ TELLO

Abogado (*)

La cláusula antiabuso del Régimen Fiscal de Fusiones tras la sentencia del TJCE de 20 de mayo de 2010, Modehuis A. Zwijenburg BV

La sentencia del TJCE de 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijenburg BV*, declara que el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434/CEE —que establece que los Estados miembros podrán retirar las ventajas del régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones cuando la operación tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal— debe interpretarse en el sentido de que dichas ventajas no pueden denegarse al sujeto pasivo que proyecta, mediante un montaje jurídico que incluye una fusión de empresas, evitar el pago de un impuesto sobre transmisiones, dado que este impuesto no está incluido en el ámbito de aplicación de la citada Directiva. Puesto que el objetivo de fraude o evasión fiscal identificado en las sentencias más representativas en la materia del TJCE y de los tribunales españoles tiene que ver con impuestos no incluidos en el ámbito de aplicación de Directiva 90/434/CEE, el caso *Zwijenburg* puede suponer un importante cambio en la dogmática y la práctica de aplicación de dicha cláusula antiabuso y, en consecuencia, de sus adaptaciones en el Derecho nacional de los Estados miembros, como es el artículo 96.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades español.

The antiabuse clause of the EU common system of taxation applicable to mergers after Judgment of the ECJ of 20 May 2010, Modehuis A. Zwijenburg BV

Judgment of the European Court of Justice of 20 May 2010, *Modehuis A. Zwijenburg BV*, establishes that Article 11(1)(a) of Council Directive 90/434/EEC —by virtue of which a Member State may refuse to apply or withdraw the benefit of the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares, where it appears that the operation has as its principal objective, or as one of its principal objectives, tax evasion or tax avoidance— is to be interpreted as meaning that the favourable arrangements which that directive introduces may not be withheld from a taxpayer who has sought, by way of a legal stratagem involving a company merger, to avoid the levying of a transfer tax, where that tax does not come within the scope of application of that directive. Provided that the particular objectives of tax evasion or tax avoidance identified in representative ECJ and Spanish case law are connected with taxes that do not fall within the scope of application of Directive 90/434/EEC, the *Zwijenburg* case may entail significant changes in the application of the aforementioned antiabuse clause.

1 · LA SENTENCIA DEL TJCE DE 20 DE MAYO DE 2010, MODEHUIS A. ZWIJNENBURG BV

1.1 · Antecedentes de hecho y cuestión prejudicial

(i) Un sociedad de los Países Bajos (*Modehuis A. Zwijenburg BV*, en adelante, «*Zwijenburg*») explotaba un negocio de moda en dos locales, uno de su propiedad y otro arrendado. El local arrendado era a su vez propiedad de una sociedad dedicada exclusivamente a la administración de bienes inmuebles («*Beheer*»), cuyos socios eran los padres del accionista de *Zwijenburg*.

(ii) «Con objeto de concluir una transmisión progresiva de la empresa de padre a hijo ya iniciada en diciembre de 1990» —dice la sentencia— *Zwijenburg* aportó el negocio de moda y el inmueble de su propiedad a *Beheer*, a cambio de acciones

de ésta. Conforme al artículo 14, apartado 1, de la Ley holandesa de 1969 relativa al impuesto de sociedades, esta «fusión de empresas» estaba exenta de impuestos¹.

(iii) En una fase posterior, *Zwijenburg* debía adquirir las demás acciones de *Beheer*. En este sentido, el impuesto sobre transmisiones holandés gravaba las adquisiciones de acciones de sociedades cuyos activos consistan principalmente en bienes inmuebles sitos en los Países Bajos², pero dichas

¹ «1. El sujeto pasivo que ceda la totalidad o una parte autónoma de su empresa (cedente) a otra entidad que ya es sujeto pasivo o adquiere esta condición por razón de la cesión (cesionario) contra la emisión de acciones del cesionario (fusión de empresas) no podrá computar los beneficios obtenidos por la cesión o con ocasión de ésta [...]. Si no se computan los beneficios, el cesionario se subroga en la posición del cedente respecto a todos los elementos patrimoniales adquiridos en el marco de la fusión de empresas».

² El artículo 4 de la Ley holandesa de 1970 relativa al impuesto sobre transmisiones precisa:

«Por «bienes» en el sentido del artículo 2, se entiende, en particular (bienes inmuebles ficticios):

(*) Del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid).

adquisiciones se declaran exentas «en caso de fusión, de escisión y de reorganización interna»³.

(iv) Zwijnenburg solicitó a la administración tributaria holandesa que confirmase que la fusión de empresas proyectada entre Zwijnenburg y Beheer y la posterior adquisición de acciones de Beheer por Zwijnenburg podían realizarse libres de impuestos, y en particular sin tener que abonar el impuesto sobre transmisiones.

(v) La administración tributaria holandesa denegó dicha confirmación, lo que fue el punto de partida de un litigio que terminó en un recurso de casación ante el Tribunal Supremo holandés (*Hoge Raad der Nederlanden*).

(vi) El Tribunal Supremo holandés dedujo que uno de los objetivos principales de la fusión de empresas controvertida era evitar el devengo del impuesto sobre transmisiones a cargo de Zwijnenburg que se habría producido si el inmueble propiedad de Beheer hubiera sido adquirido por aquélla o si se le hubieran cedido las acciones de Beheer.

(vi) Por otra parte, aún entendiendo que el artículo 14.4 de la Ley holandesa del impuesto de sociedades⁴ reproduce la cláusula antiabuso prevista en el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, lo que permite aplicar esta última a situaciones puramente internas, el Tribunal Supremo holandés constata, no obstante, que el impuesto sobre transmisiones no forma parte de los impues-

tos cuya recaudación debe evitarse con arreglo a esta Directiva.

(viii) En estas circunstancias el Tribunal Supremo holandés decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 [...] en el sentido de que cabe denegar al sujeto pasivo las ventajas reguladas en dicha Directiva en el supuesto de que un conjunto de actos jurídicos tenga por objeto evitar el devengo de un impuesto distinto de aquéllos a los que se refieren las ventajas que establece dicha Directiva?»

1.2 · Razonamiento y decisión del TJCE

1.2.1 · Observaciones preliminares

El Tribunal de Justicia empieza su razonamiento con unas observaciones preliminares de particular interés desde una perspectiva española, pues serían desde luego de aplicación en un hipotético caso en el que se estuviera solventando ante el TJCE una discusión relativa a nuestro artículo 96.2 LIS en el marco de una operación nacional sin puntos de conexión con la Unión Europea.

En este sentido, el Tribunal comienza señalando que ha quedado acreditado que el litigio versa sobre una disposición de Derecho holandés que se aplica en un contexto puramente nacional, pero que el órgano jurisdiccional remitente ha indicado que el legislador neerlandés, al adaptar el Derecho interno a lo dispuesto en la Directiva 90/434, decidió aplicar el tratamiento fiscal previsto por esta Directiva también a situaciones puramente internas, de forma que las reestructuraciones nacionales y transfronterizas quedarán sometidas al mismo régimen fiscal.

Recuerda a continuación su propia jurisprudencia, según la cual⁵, cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en el Derecho de la Unión Europea, existe un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos

a. las acciones en entidades cuyo capital esté dividido en acciones y cuyos activos, en el momento de la adquisición o en cualquier momento del año anterior a la adquisición, consistan o hayan consistido principalmente en bienes inmuebles sitos en los Países Bajos, siempre que estos bienes inmuebles, considerados en conjunto, sirvan o hayan servido, total o principalmente, para la adquisición, la cesión o la explotación de estos bienes inmuebles; [...]».

3 El artículo 15, apartado 1, letra h), de la Ley holandesa del impuesto sobre transmisiones establece:

«1. Estarán exentas de impuesto en las condiciones que se establezcan mediante decreto del Gobierno, la adquisición [...]».

h. en caso de fusión, de escisión y de reorganización interna [...]».

4 «4. Sin perjuicio de lo establecido en los apartados 1 y 2, el beneficio se computará en el supuesto de que la fusión de empresas tenga fundamentalmente el objeto de eludir o diferir la tributación. Salvo prueba en contrario, se considera que la fusión de empresas tiene por objeto eludir o diferir la tributación cuando no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades del cedente y del cesionario. Si en los tres años siguientes a la cesión se ceden directa o indirectamente, total o parcialmente las acciones del cedente o del cesionario a una entidad no vinculada al cedente o al cesionario, se considerará que no existen motivos económicos válidos, salvo prueba en contrario».

5 Sentencias de 17 de julio de 1997, Leur-Bloem, C-28/95, apartado 32, y de 15 de enero de 2002, Andersen og Jensen, C-43/00, apartado 18.

tomados del Derecho de la Unión reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse.

Y advierte seguidamente el TJCE que, aunque corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar el alcance exacto de esa remisión al Derecho de la Unión, en el caso de autos el Tribunal Supremo holandés ya se ha pronunciado en tal sentido, concluyendo entonces que de las consideraciones anteriores se desprende que el Tribunal de Justicia es competente para interpretar las disposiciones de la Directiva 90/434 aunque éstas no rijan directamente la situación controvertida en el asunto, por lo que procede responder las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

Como hemos señalado más arriba, estas observaciones preliminares son de especial interés desde una perspectiva española.

En efecto, la condición a que el TJCE se refiere para habilitar su competencia para interpretar las disposiciones de la Directiva 90/434 en el contexto de un asunto puramente nacional se da sin duda en el caso español, pues una mirada a las exposiciones de motivos y al contenido de nuestras sucesivas leyes en la materia permite concluir sin esfuerzo que el legislador español trasladó directamente las soluciones de la Directiva 90/434 al régimen fiscal especial interno de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores, quedando sometidas las operaciones nacionales y transfronterizas al mismo régimen fiscal.

Una cuestión particular muy interesante a este respecto —aunque en el Derecho español la respuesta, a nuestro juicio, no varíe— es la que se plantea en la sentencia del TJCE de 5 julio de 2007, caso *Kofoed*.

Se trata del ámbito de aplicación de la cláusula antiabuso de la Directiva 90/434 —artículo 11, apartado 1, letra a)— cuando no existe trasunto de la misma en el Derecho nacional.

Los hechos de *Kofoed* consisten, en síntesis, en un canje de valores en cuya virtud dos personas físicas —una de las cuales era el Sr. Kofoed—, propietarias a partes iguales de dos sociedades, una danesa y otra irlandesa, crearon un grupo vertical de sociedades con la sociedad irlandesa de sociedad dominante y la danesa de dependiente. Así, mediante el canje de valores la sociedad irlandesa adquirió todas las participaciones sociales de la danesa, entregando a cambio a los socios de esta última

acciones propias de nueva emisión. Una vez creado el grupo de sociedades, la sociedad danesa dependiente repartió un dividendo a su matriz irlandesa y dos días después la sociedad irlandesa acordó a su vez repartir un dividendo mediante el cual los fondos recibidos de la filial danesa llegaron a los socios personas físicas.

La administración tributaria danesa denegó, en el ámbito del impuesto sobre la renta del Sr. Kofoed, la exención aplicable al canje de las participaciones sociales de la sociedad danesa por acciones de la sociedad irlandesa, alegando que el reparto de dividendos formaba parte de la operación de canje de acciones, de modo que se sobrepasaba el límite máximo del 10 % del valor nominal de los títulos canjeados, previsto en la Directiva 90/434 para una posible compensación en dinero⁶. El TJCE considera que no existe indicio alguno en los autos que pruebe que el dividendo formaba parte integrante de la contraprestación que la sociedad irlandesa debía pagar por la adquisición de las participaciones sociales de la sociedad danesa, lo cual sería el requisito necesario para poder calificarlo de «contraprestación en dinero» a efectos del artículo 2, letra d), de la Directiva 90/434, y concluye que el canje de valores que se debate está comprendido en el artículo 8, apartado 1⁷, de la Directiva 90/434.

Pero la sentencia *Kofoed* no acaba ahí. El Gobierno danés y el órgano jurisdiccional remitente habían subrayado en reiteradas ocasiones que el canje de participaciones litigioso se llevó a cabo sin razón económica alguna y con el único fin de ahorrar impuestos, lo que hizo que el Tribunal de Justicia se planteara si, a falta de una disposición nacional específica de adaptación del Derecho danés al artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434,

⁶ La letra d) del artículo 2 de la Directiva 90/434 define el canje de acciones del modo siguiente:

«La operación por la cual una sociedad adquiere una participación en el capital social de otra sociedad que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto de dicha sociedad, mediante la atribución a los socios de la otra sociedad, a cambio de sus títulos, de títulos representativos del capital social de la primera sociedad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad».

⁷ «1. La atribución, con motivo de una fusión, de una escisión o de un canje de acciones, de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante a un socio de la sociedad transmitente o dominada, a cambio de títulos representativos del capital social de esta última sociedad, no deberá ocasionar por sí misma la aplicación de un impuesto sobre la renta, los beneficios o las plusvalías de dicho socio».

este precepto podía aplicarse, en cualquier caso, al litigio.

El TJCE responde negativamente a esta concreta cuestión, pero lo hace al tiempo que abre la puerta a que la cláusula antiabuso de la Directiva 90/434 pueda considerarse parte integrante de las disposiciones o principios generales nacionales de prohibición del abuso del Derecho en materia fiscal.

En efecto, tras señalar que es cierto que el requisito de interpretación del Derecho nacional conforme a las directivas comunitarias no puede llevar a que una Directiva cree, por sí misma e independientemente de una Ley interna de adaptación, obligaciones para los particulares, el TJCE recuerda que se admite, no obstante, que el Estado pueda invocar frente a los particulares una interpretación conforme del Derecho nacional; y concluye que es competencia del órgano jurisdiccional remitente examinar si existe en el Derecho nacional una disposición o un principio general según el cual el abuso de derecho esté prohibido u otras disposiciones sobre el fraude o la evasión fiscal que puedan interpretarse de conformidad con el artículo 11, apartado 1, letra a) de la Directiva 90/434 y, por ello, justificar el gravamen de la operación debatida.

De este modo, *Kofoed* supone, a nuestro juicio, una puerta abierta a la aplicación prácticamente directa de la cláusula antiabuso de la Directiva 90/434 por aquellos Estados miembros que no cuenten con una cláusula similar *ad hoc* de ley nacional, con tal de que en su Derecho interno exista una disposición o un principio general de prohibición del abuso del derecho en materia fiscal que pueda interpretarse de conformidad con aquélla.

No es, como ya adelantamos, el caso español, donde el artículo 96.2 LIS es una reproducción casi literal del artículo 11, apartado 1, letra a) de la Directiva 90/434. Pero si el artículo 96.2 LIS no existiera, bien podría considerarse el artículo 15⁸ de

la Ley 58/2003, General Tributaria («LGT») como el principio general de prohibición del abuso del derecho en materia fiscal susceptible de ser interpretado de conformidad con la cláusula antiabuso de la Directiva 90/434. Aquí observamos un punto de conexión entre el artículo 96.2 LIS y el artículo 15 LGT, conexión puesta igualmente de manifiesto por la jurisprudencia de la Audiencia Nacional en los términos que más adelante veremos.

1.2.2 · Sobre la cuestión prejudicial

Volviendo a *Zwijnenburg*, el TJCE aborda la discusión sobre la cuestión prejudicial recordando los términos de ésta: el órgano jurisdiccional nacional pregunta si el artículo 11, apartado 1, letra a) de la Directiva 90/434 debe interpretarse en el sentido de que las ventajas que regula pueden denegarse al sujeto pasivo que proyecta, mediante un montaje jurídico que incluye una fusión de empresas, evitar el pago de un impuesto sobre transmisiones, aunque la Directiva no se refiera a dicho impuesto.

A continuación, el Tribunal hace una declaración —el apartado 37 de la sentencia— cuyos términos avisan de cuál va a ser su decisión. Dice el Tribunal:

«De los autos se desprende que, a falta de disposición nacional expresa que permita a las autoridades tributarias neerlandesas denegar la ventaja de la exención del impuesto sobre transmisiones en caso de fusión de empresas cuando consta que la elusión de dicho impuesto constituye el motivo esencial del sujeto pasivo para proceder a la fusión, éstas pretenden aplicar el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 con el fin de recaudar el impuesto de sociedades en compensación del impuesto sobre transmisiones eludido».

La que será respuesta negativa del TJCE a tal pretensión se construye sobre un triple eje:

(i) En virtud del artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, los Estados miembros pueden negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de esta Directiva o a retirar el beneficio de las mismas sólo excepcionalmente y en casos particu-

⁸ «Artículo 15. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria. 1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite 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 siguientes circunstancias:

a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.

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 o negocios usuales o propios.

2. [...]

3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, [...].»

lares. Por consiguiente, dicho artículo, como disposición que establece una excepción, debe interpretarse de manera estricta.

(ii) En el estado actual del Derecho de la Unión Europea, la materia de los impuestos directos no está incluida, como tal, en su ámbito de competencia. En particular, la Directiva 90/434 no implica una completa armonización de los impuestos y tributos que pueden devengarse con ocasión de una fusión o de una operación similar entre sociedades de Estados miembros diferentes. Al establecer normas fiscales neutras desde el punto de vista de la competencia, esta Directiva se limita a eliminar algunas desventajas fiscales que afectan a la reestructuración transfronteriza de empresas. De ello se desprende que los únicos impuestos que pueden acogerse a las ventajas establecidas por la Directiva 90/434 y, consiguientemente, entrar en el ámbito de aplicación de la excepción prevista por su artículo 11, apartado 1, letra a) son los expresamente contemplados por ella.

(iii) En estas circunstancias, las ventajas establecidas por la Directiva 90/434 no pueden denegarse invocando su artículo 11, apartado 1, letra a), para compensar el no pago de un impuesto recaudado con ocasión de la adquisición de un inmueble sito en el Estado miembro de que se trate, cuya base impositiva y tipo difieren necesariamente de los aplicables a las fusiones y a las demás operaciones de reorganización de sociedades. Aplicar otro criterio, dice el Tribunal, no sólo comprometería la interpretación uniforme y coherente de la Directiva 90/434, sino que también iría más allá de lo necesario para salvaguardar los intereses financieros del Estado miembro afectado. Si el principal objetivo de la operación de fusión es eludir un impuesto sobre transmisiones, el interés financiero del Estado miembro de que se trate se limita precisamente al cobro de ese impuesto sobre transmisiones y, por tanto, no está incluido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

Así las cosas, el TJCE declara que el artículo 11, apartado 1, letra a) de la Directiva 90/434 debe interpretarse en el sentido de que las ventajas que establece no pueden denegarse al sujeto pasivo que proyecta, mediante un montaje jurídico que incluye una fusión de empresas, evitar el pago de un impuesto como el controvertido en el procedimiento principal, en concreto, un impuesto sobre transmisiones, dado que este impuesto no está incluido en el ámbito de aplicación de la citada Directiva.

2 · ZWIJENBURG Y EL ARTÍCULO 96.2 LIS

Aunque con frecuencia parece olvidarse, perdidos todos en el *totum revolutum* de la ausencia o presencia de motivos económicos, el abuso ante el que reacciona el artículo 96.2 LIS —reproduciendo el artículo 11, apartado 1, letra a) de la Directiva 90/434—, consiste en que la operación de que se trate tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal.

En efecto, el artículo 96.2 LIS dice que

«2. No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. [...]»,

y el artículo 11, apartado 1, letra a) de la Directiva 90/434 que

«1 Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los títulos II, III y IV o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones:

a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; [...]».

El que luego diga la Directiva que la circunstancia de que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal —o por la ley española que, «en particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal»— no puede desvirtuar el hecho de que el concepto capital y de partida de la cláusula es y sigue siendo el de fraude o evasión fiscal.

En efecto, la ausencia de motivos económicos válidos se introduce por la Directiva como hecho base de una presunción cuyo hecho consecuencia es, precisamente, que la operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal.

Por su parte, el artículo 96.2 LIS utiliza la ausencia de motivos económicos válidos como concepto

negativo anterior al que la conjunción adversativa «sino» —perfectamente utilizada aquí, hay que decir— contraponen el concepto positivo de que la operación se efectúa con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal. Y en este contexto, ventaja fiscal y fraude o evasión fiscal son la misma cosa. De manera que el artículo 96.2 LIS empieza y termina, incluso literalmente, con el concepto de fraude o evasión fiscal.

Hace algunos años, cuando la cláusula antiabuso del régimen fiscal especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores estaba en el artículo 110.2 LIS y no incluía ninguna mención a la ausencia de motivos económicos válidos ni a su contrapunto de búsqueda de una pura ventaja fiscal⁹, sostuvimos que fraude o evasión fiscal significaba a estos efectos cualquier tipo de minoración en el pago de impuestos que se produjera como consecuencia de la operación de reestructuración de que se trate.

No vemos inconveniente entonces en adherirnos a la posición actual de la jurisprudencia de la Audiencia Nacional¹⁰, según la cual:

«... considera la Sala que, habida cuenta de que el concepto de fraude o evasión fiscal no se encuentra definido de forma expresa en la normativa tributaria, habrá que acudir a criterios interpretativos válidos, debiendo entender como tal, lo previsto en el art. 15 de la LGT 58/2003, que se refiere al «conflicto en la aplicación de la norma tributaria», supuesto que concurre cuando se evite 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 siguientes circunstancias: a) que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido; 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 o negocios usuales o propios»¹¹.

Esto es, la dimensión cuantitativa del fraude o la evasión fiscal del artículo 96.2 LIS consiste en evi-

tar total o parcialmente la realización del hecho imponible o minorar la base o la deuda tributaria. La pregunta es ¿de qué impuestos? Y es aquí donde *Zwijnenburg* entra en juego.

2.1 · Los impuestos cuya minoración constituye el fraude o evasión fiscal a que se refiere el artículo 96.2 LIS

Vaya por delante que los impuestos cuya minoración —en su caso hasta cero por haberse evitado la realización del hecho imponible— constituye el fraude o la evasión fiscal a que se refiere el artículo 96.2 LIS no pueden ser otros que los mismos a los que se refiere el artículo 11, apartado 1, letra a) de la Directiva 90/434.

Recuérdese en este sentido la observación preliminar de *Zwijnenburg*, comentada más arriba, en cuya virtud y con cita de su propia jurisprudencia, el TJCE reitera que cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en el Derecho de la Unión Europea, existe un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse. Y parece fuera de toda duda que el concepto «fraude o evasión fiscal» del artículo 96.2 LIS ha sido tomado del artículo 11, apartado 1, letra a) de la Directiva 90/434.

Situados así en el ámbito de la Directiva 90/434, *Zwijnenburg* es claro en cuanto a los impuestos que están y no están en ese ámbito.

Así, en el apartado 50 de *Zwijnenburg* el TJCE afirma rotundamente que

«los únicos impuestos que pueden acogerse a las ventajas establecidas por la Directiva 90/434 y, consiguientemente, entrar en el ámbito de aplicación de la excepción prevista por el artículo 11, apartado 1, letra a), de la misma son los expresamente contemplados por ella».

Antes —apartado 47— el Tribunal ya había precisado que el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 se circunscribe a la materia de fusiones y demás operaciones de reorganización de sociedades y se aplica únicamente a los impuestos devengados con ocasión de estas operaciones; lo que después —apartados 51 y 52— remacha

⁹ Menciones introducidas por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre.

¹⁰ Véanse, por ejemplo, las SAN de de 7 de mayo de 2007 (Sección 2.^a), 5 de marzo de 2008 (Sección 4.^a) y 26 de abril de 2010 (Sección 7.^a).

¹¹ Apartado 4.2 del Fundamento de Derecho SEXTO de la SAN (Sección 4.^a) de 5 de marzo de 2008, citando la SAN (Sección 2.^a) de 7 de mayo de 2007.

diciendo: (i) en positivo, que la Directiva 90/434 se refiere a los impuestos que gravan las sociedades y a los adeudados por los socios, y (ii) en negativo, que no existe indicio alguno en dicha Directiva que permita afirmar que ésta quiso extender las ventajas a otros impuestos, como el controvertido en el asunto, que constituye un impuesto recaudado con ocasión de la adquisición de un inmueble sito en el Estado miembro de que se trate.

La inequívoca exclusión de los impuestos distintos de los expresamente contemplados en la Directiva 90/434 del ámbito de aplicación de su artículo 11, apartado 1, letra a) —y por tanto del artículo 96.2 LIS—, va a tener sin duda importantes efectos en la práctica tributaria de nuestro país. Recuérdese en este sentido que la sentencia española precursora en la discusión sobre la cláusula antiabuso del régimen fiscal especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores —entonces el artículo 16.2 de la Ley 29/1991— se dictó precisamente en un litigio planteado respecto del Impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana («IIVTNU»)¹².

Pues bien, tras *Zwijnenburg* parece evidente que las distintas Administraciones fiscales españolas no podrán acudir al artículo 96.2 LIS para fundamentar liquidaciones tributarias por el Impuesto sobre el Valor Añadido («IVA»), el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados («ITP y AJD») o el IIVTNU.

2.1.1. Los impuestos expresamente contemplados en la Directiva 90/434

En cuanto a los impuestos expresamente contemplados en la Directiva 90/434—que según *Zwijnenburg* son los únicos que pueden entrar en el ámbito de aplicación de la excepción prevista en su artículo 11, apartado 1, letra a)—, pueden ser relacionados de la siguiente forma:

(i) En caso de fusión o escisión, el gravamen sobre las plusvalías determinadas por la diferencia entre el valor real de los elementos de activo y de pasivo transferidos y su valor fiscal (artículo 4.1 Directiva 90/434).

Lo que en el Derecho español nos lleva al Impuesto sobre Sociedades que gravaría a la sociedad absorbida o escindida; en particular, al artículo 15 LIS, apartados 2.d) y 3, a cuyo tenor:

«2. Se valorarán por su valor normal de mercado los siguientes elementos patrimoniales:

[...]

d) Los transmitidos en virtud de fusión, absorción y escisión total o parcial».

«3. En los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable».

(ii) Cuando la sociedad beneficiaria posea una participación en el capital de la sociedad transmitente, no podrá aplicarse ningún gravamen sobre la plusvalía obtenida por la sociedad beneficiaria con motivo de la anulación de su participación (artículo 7.1 Directiva 90/434).

También en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades, se trata del caso en que la sociedad absorbente tenga una participación previa a la fusión en el capital de la absorbida. Con motivo de la fusión, esa participación se anula —desaparece con la extinción de la sociedad absorbida— contra la recepción por la absorbente de la parte correspondiente del patrimonio de la absorbida. En el extremo, si la absorbida es una sociedad íntegramente participada por al absorbente, toda la plusvalía de los socios de la absorbida se agota en la anulación de la participación previa a fusión de la absorbente en la absorbida contra la recepción del patrimonio íntegro de la sociedad absorbida. En este sentido, es un caso particular de plusvalía obtenida por un socio de la absorbida con ocasión de la fusión, pero como ese socio es precisamente la sociedad absorbente, la plusvalía no deriva del canje de acciones de la absorbida por acciones de la absorbente, sino de la permuta de acciones de la absorbida por patrimonio de la absorbida. Seguimos entonces en el ámbito del apartado 3 —ahora el segundo párrafo— del artículo 15 LIS, en relación aquí con la letra e) de su apartado 2 anterior, según los cuales:

«2. Se valorarán por su valor normal de mercado los siguientes elementos patrimoniales:

[...]

e) Los adquiridos por permuta».

«3. [...]

¹² Se trata de la sentencia del TSJ de la Rioja de 17 de mayo de 1997, RJ 1997, 750.

En los supuestos previstos en los párrafos e) y f) las entidades integrarán en la base imponible la diferencia entre el valor normal del mercado de los elementos adquiridos y el valor contable de los entregados».

(iii) La atribución, con motivo de una fusión, de una escisión o de un canje de acciones, de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante a un socio de la sociedad transmitente o dominada, a cambio de títulos representativos del capital social de esta última sociedad, no deberá ocasionar por sí misma la aplicación de un impuesto sobre la renta, los beneficios o las plusvalías de dicho socio (artículo 8.1 Directiva 90/434).

Son éstas las plusvalías —incrementos de patrimonio en nuestra terminología impositiva tradicional— generadas en los socios de la sociedad absorbente, escindida o cuyo control se toma mediante un canje de valores, como consecuencia del canje de participaciones sociales ínsito en la fusión, la escisión o el canje de valores. Plusvalías que se gravan en el Derecho español por el Impuesto sobre Sociedades o por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas («IRPF»), según el socio sea una entidad sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades o una persona física, o, si el socio no es residente en territorio español, por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes («IRnR»). Los preceptos de referencia aquí son: (i) de nuevo el artículo 15.3 LIS (2.º párrafo), en cuanto al Impuesto sobre Sociedades, (ii) el artículo 37.1.h de la Ley del IRPF¹³, y (iii) el artículo 13.1.i.1 de la Ley del IRnR¹⁴.

(iv) El artículo 4 de la Directiva —citado en el apartado (i) anterior— se aplicará a las aportaciones de activos (artículo 9 Directiva 90/434). Se trata entonces del gravamen de la plusvalía generada en

la sociedad aportante de una o más ramas de su actividad, por la diferencia entre el valor real de los elementos de activo y de pasivo aportados y su valor fiscal.

Gravamen también regulado en el artículo 15.3 LIS en relación con la letra b) del apartado 2 anterior del mismo artículo:

«2. Se valorarán por su valor normal de mercado los siguientes elementos patrimoniales:

[...]

b) Los aportados a entidades y los valores recibidos en contraprestación».

«3. En los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable».

(v) Cuando entre los bienes aportados con motivo de una fusión, de una escisión o de una aportación de activos figure un establecimiento permanente de la sociedad transmitente situado en un Estado miembro distinto del de dicha sociedad, este último renunciará a los derechos de imposición sobre dicho establecimiento permanente (artículo 10.1 Directiva 90/434). Caso particular recogido en nuestro Derecho en el artículo 84.1.d LIS¹⁵.

Es cierto que la Directiva 90/434 contiene otras referencias o consecuencias tributarias. Así:

— Los Estados miembros subordinarán la aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 —del artículo 4— a la condición de que la sociedad beneficiaria calcule las nuevas amortizaciones y las plusvalías o minusvalías relativas a los elementos de activo y de pasivo transferidos en las mismas condicio-

13 Ley 35/2006, de 28 de noviembre.

«1. Cuando la alteración en el valor del patrimonio proceda: [...]

h. De la permuta de bienes o derechos, incluido el canje de valores, la ganancia o pérdida patrimonial se determinará por la diferencia entre el valor de adquisición del bien o derecho que se cede y el mayor de los dos siguientes:

— El valor de mercado del bien o derecho entregado.

— El valor de mercado del bien o derecho que se recibe a cambio».

14 Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

«1. Se consideran rentas obtenidas en territorio español las siguientes: [...]

i. Las ganancias patrimoniales:

1. Cuando se deriven de valores emitidos por personas o entidades residentes en territorio español».

15 «1. No se integrarán en la base imponible las siguientes rentas derivadas de las operaciones a que se refiere el artículo anterior: [...]

d. Las que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español, de establecimientos permanentes situados en el territorio de Estados miembros de la Unión Europea, a favor de entidades que residan en ellos, revistan una de las formas enumeradas en el anexo de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, 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 Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro, y estén sujetas y no exentas a alguno de los tributos mencionados en su artículo 3».

nes en que lo habrían realizado la o las sociedades transmitentes si no se hubiera llevado a cabo la fusión o la escisión (artículo 4.2 Directiva 90/434).

- Cuando, con arreglo a la legislación del Estado miembro de la sociedad transmitente, la sociedad beneficiaria pueda calcular las nuevas amortizaciones y las plusvalías o minusvalías relativas a los elementos de activo y de pasivo transferidos en condiciones distintas de las previstas en el apartado 2, el apartado 1 no se aplicará a los elementos de activo y de pasivo para los que la sociedad beneficiaria haya hecho uso de dicha facultad (artículo 4.3 Directiva 90/434).
- Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las provisiones o reservas regularmente constituidas con exención parcial o total del impuesto por la sociedad transmitente, a excepción de las procedentes de establecimientos permanentes en el extranjero, sean asumidas, en las mismas condiciones de exención del impuesto, por los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria situados en el Estado miembro de la sociedad transmitente, en cuyo caso la sociedad beneficiaria asumirá los derechos y obligaciones de la sociedad transmitente (artículo 5 Directiva 90/434).
- En la medida en que los Estados miembros apliquen, cuando las operaciones a que hace referencia el artículo 1 se efectúen entre sociedades del Estado de la sociedad transmitente, disposiciones que permitan que la sociedad beneficiaria asuma las pérdidas de la sociedad transmitente aún no amortizadas desde el punto de vista fiscal, los Estados miembros ampliarán la aplicación de dichas disposiciones a la asunción, por parte de los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria situados en su territorio, de las pérdidas de la sociedad transmitente aún no amortizadas desde el punto de vista fiscal (artículo 6 Directiva 90/434).
- Los Estados miembros subordinarán la aplicación del apartado 1 —del artículo 8— a la condición de que el socio no atribuya a los títulos recibidos a cambio un valor fiscal más elevado que el que tuvieren los títulos cambiados inmediatamente antes de la fusión, la escisión o el canje de acciones. La aplicación de dicho apartado 1 no impedirá

a los Estados miembros gravar el beneficio resultante de la ulterior cesión de los títulos recibidos de la misma forma en que se habría gravado el beneficio resultante de la cesión de los títulos antes de la atribución (artículo 8.2 Directiva 90/434).

- Los apartados 1, 2 y 3 —del artículo 8— no obstarán para tomar en consideración, en la imposición del socio, la compensación en dinero que, en su caso, se le haya atribuido con motivo de la fusión, de la escisión o del canje de acciones (artículo 8.4 Directiva 90/434).
- En el caso particular de aportación de un establecimiento permanente del artículo 10 de la Directiva, el Estado de la sociedad transmitente podrá reintegrar en los beneficios imposables de dicha sociedad las pérdidas anteriores del establecimiento permanente que se hayan deducido, en su caso, del beneficio imponible de la sociedad en dicho Estado y que no se hayan compensado. El Estado en el que esté situado el establecimiento permanente y el Estado de la sociedad beneficiaria aplicarán a dicha aportación las disposiciones de la presente Directiva como si el primer Estado fuera el de la sociedad transmitente (artículo 10.1 Directiva 90/434).

Ahora bien, ninguna de estas referencias y consecuencias puede considerarse en puridad *«impuestos devengados con ocasión de estas operaciones»*, como exige *Zwijenburg* en su apartado 47, los cuales son los relacionados más arriba en los párrafos (i) a (v) a teriores.

2.2 · La perplejidad que parece derivar de *wijnenburg*

Así las cosas, la rotunda declaración del TJCE de que los únicos impuestos que pueden acogerse a las ventajas establecidas por la Directiva 90/434 y, consiguientemente, entrar en el ámbito de aplicación de la excepción prevista por su artículo 11, apartado 1, letra a), son los expresamente contemplados por ella, nos devuelve al centro de un círculo vicioso del que confesamos no saber salir.

Ese círculo vicioso, ya formulado por nosotros hace algunos años, es el siguiente: la menor tributación perseguida —el principal objetivo de fraude o evasión fiscal o la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal— no puede consistir en buscar la no tributación de las plusvalías nacidas precisamente como consecuencia de las operaciones de fusión,

escisión, aportación o canje de valores; y ello porque carece de sentido que la finalidad de una operación sea evitar unos impuestos que sólo se desencadenan si tal operación se lleva cabo, de modo que si la operación no se hubiera realizado, tales impuestos nunca habrían existido.

En fin, habrá que esperar a futuros pronunciamientos del TJCE donde se discuta la aplicación de la cláusula antiabuso de la Directiva 90/434 en relación con impuestos más cercanos a los expresamente contemplados en ella que un impuesto sobre transmisiones de bienes inmuebles, como se ha discutido en *Zwijnenburg*, para ver si el Tribunal de Justicia matiza su completa y precisa afirmación de que el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva «se circunscribe claramente a la materia de fusiones de sociedades y de las demás operaciones de reorganización de sociedades y se aplica únicamente a los impuestos devengados con ocasión de estas operaciones».

Es de observar en este sentido, y con ello terminaremos este trabajo, que las ventajas fiscales perseguidas por los contribuyentes que pueden atisbarse en la sentencias más representativas en la materia del TJCE y de nuestros propios tribunales, tienen que ver con impuestos no devengados con ocasión de la operación de fusión, escisión, aportación o canje de valores sometida a debate, de modo que, según *Zwijnenburg*, no procedería la aplicación de la cláusula antiabuso de la Directiva 90/434 ni, obviamente, de su trasunto nacional el artículo 96.2 LIS. En efecto:

(i) En *Leur-Bloem* (sentencia del TJCE de 17 de julio de 1997, C-28/95) la ventaja fiscal obtenida fue la compensación horizontal de pérdidas entre dos sociedades «hermanas» después de crear un grupo consolidado mediante un canje de valores en cuya virtud tales sociedades «hermanas» pasaron a depender de una matriz común. Ventaja desde luego no ocasionada por el canje, sino nacida en su caso *a posteriori* como consecuencia del régimen del Derecho nacional holandés que permite la compensación de pérdidas entre sociedades que forman parte del mismo grupo de consolidación fiscal, régimen desde luego completamente extramuros del ámbito de la Directiva 90/434.

(ii) En *Kofoed* (sentencia del TJCE de 5 de julio de 2007, C-321/05), aunque no se diga expresamente, lo que se dice es suficiente para entender que el abuso que las autoridades danesas pretenden combatir está en la tributación de los dividendos pagados al Sr. Kofoed después del canje de valores en el que se formó un grupo vertical de sociedades con

una sociedad irlandesa como matriz de una sociedad danesa. Es de suponer que los dividendos pagados a un residente danés por una sociedad irlandesa se sujetan en Dinamarca, si se pagan a través de la cadena Dinamarca-Irlanda-Dinamarca, a un régimen tributario más favorable que si los hubiera pagado directamente una sociedad danesa. De nuevo hablamos de un impuesto, el que graba los dividendos pagados por sociedades a personas físicas, que claramente no está en el ámbito de la Directiva 90/434.

(iii) En la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2007 (JUR 2007\192414), ese Tribunal concluye que se trató de una complicada operación articulada con la única finalidad de obtener un beneficio fiscal, consistente en que los beneficios futuros de la sociedad resultante de una fusión por absorción se reduzcan en (i) el importe de los intereses del préstamo bancario obtenido por la sociedad absorbente para adquirir el 100% del capital de la absorbida con carácter previo a la fusión—esto es, se trató de una fusión subsiguiente a una compra apalancada (*forward merger LBO* en terminología anglosajona)—, y (ii) la amortización fiscal del fondo de comercio de fusión. Efectos impositivos ambos posteriores a la fusión y derivados de la regulación doméstica española y, claro, carentes por completo de mención en la Directiva 90/434.

(iv) Finalmente, en la reciente sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2010 (La Ley 38244/2010), la Audiencia hace suya la posición de la Inspección de Hacienda de que las operaciones societarias sometidas a escrutinio (fusión impropia de cuatro sociedades y posterior escisión total sin respetar la equivalencia subjetiva residenciando a los socios personas físicas en la sociedad cuya transmisión posterior va a generar las mayores plusvalías), no se explican sino desde un análisis de las ventajas fiscales obtenidas, ya que, ubicando las acciones de la sociedad resultante de la escisión que va a ser objeto de transmisión posterior en los socios personas físicas, se permite la aplicación de los coeficientes de abatimiento del IRPF y, por tanto, dice la Inspección, se evita la tributación de las plusvalías obtenidas. En fin, que la ventaja fiscal perseguida estuvo en la aplicación, en una venta posterior a las operaciones controvertidas, de unos coeficientes de abatimiento de plusvalías puramente domésticos previstos con carácter general para el impuesto nacional sobre la renta de las personas físicas. Nada que ver, ciertamente, con los impuestos expresamente contemplados en la Directiva 90/434.