

# LA ELIMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE OPTAR POR LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL DE REESTRUCTURACIONES

CARLOS GARCÍA-OLÍAS JIMÉNEZ  
Abogado\*

## La eliminación de la obligación de optar por la aplicación del régimen fiscal especial de reestructuraciones

Con la entrada en vigor el 1 de enero de 2015 de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, se elimina la necesidad de tener que optar y cumplir determinadas formalidades para poder aplicar el régimen fiscal especial de neutralidad en las operaciones de reestructuración. En el presente trabajo se analizan las razones de esta trascendente novedad y su regulación actual.

## The removal of the obligation to opt to apply the special tax regime for restructuring transactions

Since the entry into force on 1 January 2015 of the Corporate Income Tax Law 27/2014, it is possible to apply the special tax neutrality regime to restructuring transactions without having to opt for it expressly and comply with certain formalities. In this article we analyse the reasons for this important change and how it is currently regulated.

### PALABRAS CLAVE

Operaciones de reestructuración, Neutralidad fiscal, Directiva 90/434/CEE, Directiva 2009/133/CE, Comunicación a la Administración tributaria.

### KEY WORDS

Restructuring transactions, Tax neutrality, Directive 90/434/EEC, Directive 2009/133/EC, Notifying the tax authorities.

Fecha de recepción: 15-9-2018

Fecha de aceptación: 18-9-2018

## 1 · INTRODUCCIÓN

Durante más de dos décadas, la legislación española consideró el régimen de fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social como un régimen fiscal especial por el que se debía optar expresamente a través de determinadas formalidades.

Como consecuencia de pronunciamientos judiciales, tanto de nuestro Tribunal Supremo («TS») como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE»), contrarios a la existencia de formalidades que pudieran suponer un obstáculo a la aplicación de la neutralidad fiscal en las operaciones de reestructuración, la legislación española tuvo que ser modificada en varias ocasiones a fin de eliminar aquellas formalidades que suponían una traba innecesaria para la aplicación del régimen de neutralidad.

Finalmente, la actual Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades («Ley 27/2014 del IS»), ha eliminado definitivamente la que podríamos considerar la principal traba que existía para aplicar la neutralidad fiscal a las operaciones de reestructuración: la necesidad de tener

que optar expresamente por su aplicación a través de determinadas formalidades.

De esta forma, en la actualidad, la neutralidad fiscal se aplica de forma automática a las operaciones de reestructuración previstas en el capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014 del IS, y solo dejará de aplicarse en aquellos casos en los que el contribuyente manifieste expresamente que no desea su aplicación.

En este artículo examinaremos cómo ha ido evolucionando a lo largo del tiempo esta cuestión en las diferentes leyes que regulaban el régimen fiscal especial de reestructuraciones, así como los diferentes pronunciamientos judiciales que se fueron produciendo para, de esta forma, entender mejor el necesario y trascendente cambio que introduce la Ley 27/2014 del IS en aras de garantizar la neutralidad fiscal en las operaciones de reestructuración, evitando así las reglas formales que pudieran obstaculizar su aplicación.

## 2 · LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 90/434/CEE AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Como es sabido, la Directiva 90/44/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal

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

común a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (la «Directiva 90/434/CEE»)<sup>1</sup>, vino a establecer un régimen de neutralidad fiscal para las operaciones de reestructuración.

Esta medida se justificaba porque las operaciones de reestructuración entre sociedades de diferentes Estados miembros podían ser necesarias para crear en la Comunidad condiciones análogas a las de un mercado interior y garantizar así el buen funcionamiento del mercado común.

Además, la neutralidad fiscal de estas operaciones de reestructuración empresarial permitía que las empresas de la Unión Europea se adaptasen mejor al mercado interior, aumentasen su productividad y fuesen útiles para reforzar su competitividad en un mercado internacional.

Por lo tanto, dichas operaciones de reestructuración no podían verse obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones derivadas de disposiciones fiscales de los Estados miembros.

En este sentido, dado que el principal obstáculo con el que podía encontrarse una operación de reestructuración eran los costes fiscales que se producen en estas operaciones societarias, es por lo que la Directiva exigía que los Estados miembros eliminasen las penalizaciones de tipo fiscal. Es decir, que se estableciese una neutralidad fiscal.

Por otro lado, la Directiva 90/434/CEE no olvidaba los legítimos intereses de los Estados miembros a gravar las plusvalías que pudieran ponerse de manifiesto en las entidades transmitentes. De esta forma, el régimen de neutralidad fiscal se configura como un régimen de diferimiento de la tributación hasta la efectiva realización de las plusvalías correspondientes a los bienes transmitidos.

Finalmente, la Directiva 90/434/CEE preveía la facultad de los Estados miembros de rechazar los beneficios derivados de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal, exclusivamente, en aquellos casos en que la operación de reestructuración

tuviese como objetivo el fraude o la evasión fiscal.

La Directiva 90/434/CEE fue transpuesta por primera vez al ordenamiento español a través de la Ley de 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas (la «Ley 29/1991»).

Así, en un primer momento, la Ley 29/1991 vino a establecer en su art. 16.1 que, para poder disfrutar del régimen de neutralidad fiscal, era preciso comunicar al Ministerio de Economía y Hacienda («MEH»), con carácter previo, las operaciones de reestructuración que se querían llevar a cabo. Es decir, la aplicación del régimen de neutralidad fiscal en las operaciones de reestructuración se reguló inicialmente como un régimen opcional que debía ser comunicado al MEH. Por consiguiente, para poder evitar la penalización fiscal en una operación de reestructuración, era necesario que el contribuyente manifestase que deseaba que se le aplicase el régimen fiscal especial de reestructuraciones y que esta opción se comunicase al MEH con carácter previo a la realización de la operación societaria que se quería llevar a cabo. De no cumplirse con estas formalidades —opción y comunicación—, el régimen fiscal de neutralidad no resultaba aplicable de conformidad con lo previsto en la Ley 29/1991.

Pues bien, esa obligatoriedad de comunicación previa al MEH fue considerada por nuestro Tribunal Supremo como una formalidad que obstaculizaba la aplicación del régimen fiscal especial de reestructuraciones y, en consecuencia, era contraria a la Directiva 90/434/CEE.

El TS, en su sentencia de 16 de junio de 2010, en un caso en el que no se había producido la comunicación previa al MEH, decía en su fundamento de derecho segundo: «... resulta de claridad meridiana que el establecimiento de la comunicación al MEH constituye un obstáculo contrario a la Directiva 90/434, al restringir la normativa nacional un derecho incondicionalmente reconocido por la norma europea, pudiendo esta Sala desplazar la aplicación del derecho interno como expresamente lo ha señalado la doctrina del Tribunal de Justicia en reiteradas sentencias».

En su argumentación, el TS hacía referencia a la sentencia del TJUE, de 9 de julio de 2009, que, aunque referida a la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, consideró que la normativa española era contraria a la Directiva 69/335/CEE, del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los

<sup>1</sup> La Directiva 90/44/CEE fue modificada en diversas ocasiones y actualmente ha sido codificada a través de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizadas entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (la «Directiva 2009/133/CE»).

impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales («Directiva 69/335»).

Recuérdese que en aquel momento el artículo 45. I, B, 10 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre («la Ley del ITP y AJD»), establecía una exención a las operaciones de reestructuración por remisión a la Ley 29/1991, que, como hemos visto, exigía la opción y la comunicación al MEH para poder aplicar la neutralidad fiscal al régimen de reestructuraciones.

Por la claridad y rotundidad con que entonces ya se manifestaba el TJUE, resulta de interés reproducir los fundamentos de esta sentencia que también reproducía nuestro TS en la sentencia comentada:

«27 Hay que subrayar, en efecto, que la Directiva 69/335, con el fin de promover la libre circulación de capitales mediante la armonización y, en la medida de lo posible, la supresión gradual del derecho de aportación, dispuso la exención de dicho derecho de las operaciones incluidas en el ámbito de aplicación de su artículo 7, apartado 1, letra b). Tal exención es obligatoria e incondicional, y constituye para las sociedades interesadas un derecho cuyo ejercicio debe estar garantizado en el ámbito nacional de forma simple y sin ambigüedad.

28 Pues bien, enmarcar ese derecho en un régimen especial nacional y supeditar su ejercicio a una opción formal por dicho régimen puede suscitar en las sociedades interesadas una duda o ambigüedad en cuanto al origen del citado derecho y a las condiciones de su ejercicio y, por ese solo motivo, no puede considerarse conforme al sistema establecido por la Directiva 69/335. Además, la obligación de optar por ese régimen especial no constituye una mera formalidad, puesto que dicha opción debe comunicarse a las autoridades tributarias en la forma y en el plazo prescritos por la normativa nacional. Esta doble obligación de opción y de información como condición para el ejercicio de un derecho incondicionalmente reconocido por la Directiva 69/335 constituye un obstáculo contrario a ésta.

29 El régimen especial controvertido no puede justificarse por el objetivo de lucha contra el fraude y la evasión fiscales. En efecto, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como la Directiva 69/335 armoniza de manera exhaustiva los supuestos en los que los Estados miembros pueden exigir un impuesto sobre las aportaciones y dicha Directiva no contiene ninguna disposición explícita

que permita a los Estados miembros adoptar medidas generales para luchar contra la evasión fiscal, los Estados miembros únicamente pueden oponerse a la aplicación del Derecho comunitario en circunstancias especiales que constituyan una práctica abusiva o fraudulenta (sentencia de 7 de junio de 2007, Comisión/Grecia, C-178/05, Rec. p. I-4185, apartado 32).

30 Por consiguiente, como alega fundadamente la Comisión, tales medidas no pueden basarse en una sospecha general de fraude. Únicamente pueden adoptarse caso por caso, para hacer frente a montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica y realizados con el objetivo de eludir el impuesto normalmente exigible (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de noviembre de 2007, ING. AUER, C-251/06, Rec. p. I-9689, apartado 44). Se entiende que, en tales supuestos, la carga de la prueba del carácter fraudulento o artificial de la operación de que se trate recae sobre las autoridades nacionales.

31 Como quiera que el Reino de España no ha probado que su normativa tenga únicamente por objeto los montajes puramente artificiales en el sentido antes indicado, procede declarar que la primera imputación formulada por la Comisión es fundada en lo que se refiere a las operaciones incluidas en el ámbito del artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 69/335».

Como puede comprobarse, el apartado 28 de la sentencia del TJUE ya decía claramente que establecer esa doble obligación de opción y de información como condiciones necesarias para poder aplicar un derecho incondicionalmente reconocido por la Directiva 69/335 constituía un obstáculo contrario a ella.

Así, meses antes de que el TJUE dictara la referida sentencia, se aprobó la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria, en donde se procedió a modificar la Ley del ITP y AJD. En particular, se modificó el art. 19 de la Ley del ITP y AJD, que introdujo un apartado segundo que estableció la no sujeción al impuesto de las operaciones de reestructuración, así como los traslados de sede de dirección efectiva o del domicilio social de sociedades de un Estado miembro de la Unión Europea a otro. Es decir, se cambió el sistema de exención de las operaciones de reestructuración, con remisión a

la Ley 29/1991, por un sistema de no sujeción al impuesto<sup>2</sup>.

Posteriormente, la sentencia del TS de 13 de enero de 2011 también consideró que el requisito de la comunicación previa al MEH que exigía la Ley 29/1991 como condición para disfrutar del régimen de neutralidad fiscal era un obstáculo contrario a la Directiva 90/434/CEE, que prevé como único motivo para que los Estados miembros denieguen el disfrute de los beneficios contemplados en ella que la operación se realice con fines de fraude o evasión fiscal. En esta sentencia se hacía referencia a la anterior sentencia del TS, del 16 de junio de 2010, y a la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2009.

Sin embargo, estas sentencias se dictaron una vez que había quedado derogado el título I de la Ley 29/1991 relativo a fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores, con la aprobación de la Ley 43/1995, de 27 diciembre, del Impuesto sobre Sociedades («Ley 43/1995 del IS»), que pasó a incorporar a su texto el régimen fiscal especial de reestructuraciones con algunas modificaciones, como a continuación se verá.

### **3 · LA INCORPORACIÓN A LA LEY 43/1995 DEL IS DEL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL DE REESTRUCTURACIONES Y LA SENTENCIA DEL TS DE 14 DE MAYO DE 2012**

Con la aprobación de la Ley 43/1995 del IS se pasó a regular el régimen fiscal de las operaciones de reestructuración en la propia Ley del Impuesto sobre Sociedades. Esta nueva regulación incorporó inicialmente alguna pequeña modificación con respecto a la Ley 29/1991 en cuanto a las obligaciones formales que se requerían para aplicar la neutralidad fiscal.

Así, el nuevo art. 110.1 de la Ley 43/1995 del IS mantuvo que el régimen fiscal especial de reestruc-

turaciones se aplicaría en los casos en que así lo decidiera el sujeto pasivo y siempre que la opción se comunicase al MEH. Sin embargo, a partir de entonces, esta comunicación debía realizarse con carácter previo a la inscripción de la escritura pública en la que se formalizase la operación societaria de reestructuración, y no con anterioridad a realizarse la operación, tal y como sucedía con la Ley 29/1991.

Como puede advertirse, esta nueva regulación adolecía de los mismos defectos que la anterior Ley 29/1991, dado que mantenía la opción y la comunicación como requisitos necesarios para poder disfrutar de la neutralidad fiscal del régimen de reestructuraciones. La única diferencia entre ambas normas era el momento temporal en que debía producirse la comunicación al MEH: antes de realizarse la inscripción de la escritura pública, en lugar de antes de realizarse la operación.

Como era previsible, el TS confirmó en su sentencia de 14 de mayo de 2012 que la comunicación al MEH no tenía carácter constitutivo. Es decir, en línea con lo que ya había manifestado el TS en sus anteriores sentencias de 16 de junio de 2010 y de 13 de enero de 2011 —aunque referidas a la anterior Ley 29/1991—, el régimen de neutralidad fiscal era un derecho reconocido incondicionalmente por la Directiva 90/44/CEE y, por lo tanto, su aplicación no podía quedar condicionada al cumplimiento de obligaciones formales. En conclusión, la Ley 43/1995 del IS también resultaba contraria a la normativa comunitaria en este punto.

Sin embargo, la sentencia del TS de 14 de mayo de 2012 también abordó una cuestión que resultaba de especial interés para las autoridades fiscales. Si no era constitutiva la comunicación al MEH, ¿cómo podía la Agencia Tributaria española hacer el seguimiento de las operaciones de reestructuración que se habían acogido al régimen fiscal especial y, por tanto, cómo podía hacer el seguimiento de las plusvalías que habían quedado diferidas?

El supuesto examinado por el TS en la sentencia trataba de una ampliación de capital en la que se suscribieron participaciones, mediante la aportación de participaciones en otra entidad, y en donde en la escritura pública en la que se formalizó la ampliación de capital no se hizo mención alguna a la opción por el régimen fiscal especial de reestructuraciones, ni se comunicó al MEH el acogimiento a dicha opción. Sin embargo, sí quedó acreditado que en el libro de actas de la sociedad que amplió capital sí constaba la opción por el régimen fiscal especial.

<sup>2</sup> Téngase en cuenta que la sentencia del TS, de 18 de febrero de 2016, vendría a confirmar que la exención en favor de las aportaciones de capital realizadas en el marco de las operaciones de reestructuración, en el ámbito de los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, no establece cláusula antifraude alguna. Es decir, la posibilidad de que los Estados miembros nieguen la aplicación del régimen de neutralidad fiscal en el Impuesto sobre Sociedades a las operaciones de reestructuración cuando la operación tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal no impide la aplicación de la exención prevista en la Directiva 69/335/CEE y 85/303/CEE a las aportaciones de capital.

El TS aborda la cuestión, en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia, en el sentido de encontrar el necesario equilibrio entre la obligada aplicación del régimen de neutralidad fiscal que impone la Directiva 90/434/CEE a las operaciones de reestructuración, que debe «*ser respetado, acatado y no obstaculizado por los Estados miembros en el caso en que los sujetos pasivos opten por su aplicación*»<sup>3</sup>, y la necesidad de que esa operación sea «*manifestada o exteriorizada de alguna manera*» por obvias razones de seguridad en el tráfico jurídico.

En relación con cómo garantizar esa necesaria seguridad en el tráfico jurídico, el TS apunta en dos direcciones: a través de los mecanismos mediante los que la Hacienda Pública se relaciona con los contribuyentes o mediante la documentación que las exigencias mercantiles internas establezcan.

Sucedía que, al tiempo de dictarse esta sentencia, el art. 110.1 de la Ley 43/1995 del IS había sido modificado por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social («Ley 14/2000»), y que la nueva redacción del precepto establecía unas nuevas reglas para el ejercicio de la opción. En particular, ahora establecía que, a partir de entonces, la opción por el régimen fiscal especial debía constar en el correspondiente acuerdo social o, en su defecto, en la escritura pública.

Aunque la norma aplicable al caso era la redacción originaria del art. 110.1 de la Ley 43/1995 del IS, sin embargo, las reglas incorporadas por la Ley 14/2000 le resultaron de utilidad al TS para analizar el caso enjuiciado, pero sin llegar a entrar a valorar si estas nuevas reglas podían ser, o no, consideradas nuevamente un obstáculo contrario a la Directiva 94/44/CEE.

Así, dado que en el caso examinado había quedado acreditado el acogimiento al régimen fiscal especial en el acuerdo social incorporado al libro de actas de la sociedad y, teniendo en cuenta que la nueva redacción del art. 110.1 de la Ley 43/1995 del IS, dada por la Ley 14/2000, requería esta misma evidencia como requisito para aplicar el régimen fiscal especial, era evidente que aquel indicio tenía que ser suficiente para que la Agencia Tributaria pudiera hacer un adecuado seguimiento de la operación.

Por consiguiente, la sentencia del TS de 14 de mayo de 2012 venía a confirmar que, asegurado el control jurídico de la operación, el régimen de neutralidad fiscal debía ser aplicado, con independencia de que no se hubiese comunicado la operación al MEH —único requisito que se exigía en la redacción original del art. 110.1 de la Ley 43/1995 del IS, que era la norma aplicable al tiempo en que se realizó la operación—.

Sin embargo, al no entrar a valorar el TS las profusas reglas introducidas por la Ley 14/2000, seguía planteándose la duda de si estas reglas podían ser contrarias, nuevamente, a la norma comunitaria.

#### 4 · LAS REGLAS ESTABLECIDAS POR LA LEY 14/2000 PARA ACREDITAR LA OPCIÓN POR EL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL DE REESTRUCTURACIONES

El art. 110.1 de la Ley 43/1995 del IS, según redacción dada por la Ley 14/2000, mantenía el doble requisito de opción y de comunicación al MEH. Sin embargo, en relación con la opción establecía una serie de reglas sobre cómo debía ser formalizada esta opción y también señalaba quién debía realizarla. En particular, las reglas eran las siguientes:

a) En las operaciones de fusión o escisión, la opción debía incluirse en el proyecto y en los acuerdos sociales de fusión o escisión de las entidades transmitentes y adquirentes que tuvieran su residencia fiscal en España.

En las operaciones en las que ni la entidad transmitente ni la adquirente tuvieran su residencia fiscal en España, la opción debía ejercitarse por la entidad adquirente y debía constar en la escritura pública en la que se documentase la transmisión.

b) En las aportaciones no dinerarias, la opción debía ser ejercida por la entidad adquirente y debía constar en el correspondiente acuerdo social o, en su defecto, en la escritura pública en que se documentase el acto o contrato.

Si la entidad adquirente no tenía su residencia fiscal, o un establecimiento permanente, en España, la opción debía ser ejercida por la entidad transmitente.

c) Finalmente, en las operaciones de canje de valores, la opción debía ser ejercida por la entidad adquirente y tenía que constar en el correspondiente acuerdo social o, en su defecto, en la

<sup>3</sup> El TS sigue el fundamento del apartado 45 de la sentencia del TJUE, de 17 de julio de 1997, caso Leur-Bloem, Asunto C-28/95, repetido en el apartado 38 de la sentencia del TJUE, de 20 de mayo de 2010, caso Modehuis A. Zwijnenburg BV, Asunto C-352/08.

escritura pública en que se documentaba el acto o contrato. En las ofertas públicas de adquisición de acciones, la opción debía ser ejercida por el órgano social competente para promover la operación y debía constar en el folleto explicativo.

Tratándose de operaciones en las cuales ni la entidad adquirente de los valores ni la entidad participada cuyos valores se canjean fuesen residentes en España, el socio que transmitía dichos valores debía demostrar que a la entidad adquirente se le había aplicado el régimen de la Directiva 90/434/CEE.

Posteriormente, el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades («TRLIS»), mantuvo en su art. 96, hasta su derogación por la actual Ley 27/2014 del IS, una reglas similares a las que estableció la Ley 14/2000 con relación al ejercicio de la opción.

Una vez que el TS había considerado que la comunicación al MEH no era constitutiva del régimen fiscal especial de reestructuraciones, la cuestión que seguía latente era si las nuevas reglas que estableció la Ley 4/2000 para manifestar la opción por el régimen de neutralidad fiscal —y que mantuvo el TRLIS— debían considerarse constitutivas del régimen fiscal especial o si, por el contrario, debían ser consideradas como medios aceptados por la Agencia Tributaria para acreditar la opción por el régimen, pero sin descartarse la posibilidad de que la opción pudiera ser acreditada por otros medios.

Téngase en cuenta que existen múltiples formas por las que la Agencia Tributaria puede tener conocimiento de estas operaciones y asegurarse un tráfico jurídico seguro de las operaciones. A modo de ejemplo, se podría citar, en primer lugar, la propia declaración del Impuesto sobre Sociedades, al señalar la aplicación del régimen fiscal especial o al hacer los ajustes fiscales por esta razón a la hora de calcular la base imponible, o la información de las cuentas anuales. También en la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas la no inclusión de renta alguna será una evidencia de que los socios optaron por aplicar el régimen de neutralidad fiscal, o la declaración como operación no sujeta en el Impuesto sobre Operaciones Societarias.

También podría considerarse que en el supuesto de realizarse una actuación de comprobación e investigación por parte de la Agencia Tributaria, la mera

manifestación por el contribuyente de que una operación comprobada se acogió al régimen fiscal especial de reestructuraciones debería ser suficiente para mantener la neutralidad fiscal, pues, en principio, el régimen de neutralidad fiscal solo debería rechazarse cuando la operación hubiese tenido como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. Por tanto, descartado que la operación tuviese como objetivo el fraude o la evasión fiscal, la actuación de comprobación por parte de la Agencia Tributaria le permitiría tener garantizado el seguimiento de la operación, y de esta forma asegurar el tráfico jurídico.

Téngase en cuenta que el TJUE, en su sentencia de 18 de octubre de 2012, permite que los Estados miembros establezcan formalidades —como podía ser en aquel caso la solicitud de la aplicación del régimen—, pero siempre que «no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)». En aquel caso el TJUE hace recaer en el órgano jurisdiccional la comprobación de si las formalidades requeridas eran suficientemente precisas, claras y previsibles para que los sujetos pasivos conociesen sus derechos y pudiesen beneficiarse de las ventajas fiscales de la Directiva.

En definitiva, seguía sin estar plenamente resuelto si era preciso cumplir las reglas del art. 110.1 del TRLIS para poder aplicar el régimen fiscal especial de reestructuraciones o, si esas reglas podían considerarse como un obstáculo para poder disfrutar de los derechos conferidos por la Directiva. En tal caso, en aquellos supuestos en los que la Administración tributaria pudiera garantizarse en el futuro un tráfico jurídico seguro debía aplicarse imperativamente el régimen de neutralidad fiscal, siempre que la operación no hubiese tenido como finalidad el fraude o la evasión fiscal.

La Audiencia Nacional («AN») se inclina por esta última tesis. En su sentencia de 15 de febrero de 2017, abordó esta cuestión desde la perspectiva de examinar si existe, o no, una manifestación inequívoca de que el contribuyente quiso optar por la aplicación del régimen de neutralidad fiscal, más allá de si la opción se llevó a cabo en la forma en que expresamente exigía la normativa del IS.

En el caso examinado por la AN se produjo un canje de valores entre dos entidades no residentes. Dado que el art. 96.1 del TRLIS establecía que la opción por el régimen fiscal especial debía realizarse por el socio residente —mediante la consigna-

ción en la correspondiente casilla del IRPF, tal y como preceptuaba el art. 43.3 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades («RIS»)<sup>4</sup>— la AN comienza por analizar si se cumplió con esta formalidad exigida por el RIS.

Una vez que la AN comprueba que el socio no había marcado la casilla correspondiente en su declaración del IRPF, y a pesar de que no había declarado renta alguna por la operación de canje de valores —indicio este que, a mi juicio, podría haberse considerado como concluyente del acogimiento al régimen fiscal especial—, la AN analiza otros hechos que pudieran acreditar el ejercicio de la opción.

En su fundamento de derecho octavo dice la AN: *«Pero tampoco cabe descartar que otros hechos pudieran desvelar de manera inequívoca que el sujeto pasivo realizó una opción que no guarde fidelidad con el estado -marcado o en blanco- de la casilla correspondiente a la opción por el régimen de diferimiento. Dicho de otro modo, en principio la opción tomada se manifiesta o pone en conocimiento de la Administración a través del marcado de la casilla, y ello ha de prevalecer salvo que por otros medios se acredite de modo inequívoco que la declaración no se corresponde con la opción. La cuestión se desplaza por ello a la identificación del tipo de datos o hechos que puedan ser considerados como inequívocos de la opción tomada».*

Los hechos analizados por la AN fueron dos: el primero, la mención expresa que se hacía en el acuerdo de aportación de acciones a que la operación se realizaba en el marco de la Directiva 90/434/CEE; el segundo, la forma como se habían incorporado al Impuesto sobre el Patrimonio («IP») las acciones recibidas en el canje de valores

En relación al primero de los hechos —la mención en el acuerdo de aportación de acciones a que la operación se realizaba en el marco de la Directiva 90/434/CEE—, la AN considera que esta mención no prueba que el socio residente hubiese optado por el régimen de neutralidad.

No comparto la valoración de los hechos realizada por la AN. Si la operación se acogió expresamente a la Directiva 90/434/CEE y el socio residente no integró renta alguna en su declaración del IRPF, a mi juicio era evidente que sí se optó por la aplicación del régimen. Por otro lado, si la operación no

se había realizado con un ánimo defraudatorio, considero que debería haber prevalecido el mandato de la Directiva 90/434/CEE que exige la neutralidad fiscal en las operaciones de reestructuración, dado que una vez comprobada la operación por parte de la Agencia Tributaria la seguridad en el tráfico jurídico ya quedaba plenamente asegurada.

El segundo hecho que analizaba la AN era la incorporación a la declaración del IP de las acciones recibidas en el canje de valores. Dice la sentencia en su fundamento de derecho noveno: *«Si las acciones recibidas a cambio de las aportadas se incluyen entre el patrimonio declarado por el sujeto pasivo y no se declara incremento de patrimonio en el impuesto sobre la renta de las personas físicas, cabría cuestionarse si el sujeto pasivo se habría acogido así al régimen especial de diferimiento».*

En el supuesto examinado resultó que el socio declaró de forma incorrecta las acciones recibidas, de tal forma que la AN se vio obligada a concluir en los siguientes términos: *«La equivocidad con la que se incorporaron los referidos datos a la declaración de patrimonio impide enervar el dato prevalente de que el sujeto pasivo no marcó la casilla expresiva de la opción por el tan reiterado régimen de diferimiento».*

La sentencia de la AN es de enorme interés por dos razones. En primer lugar, la AN admite que el acogimiento al régimen fiscal especial puede acreditarse por otros medios distintos de las reglas que se establecen en el TRLIS, siempre que la Administración pueda tener conocimiento de ello, como podía ser, en este caso, a través de la declaración del IP, si se hubiese declarado correctamente.

Al acudir la AN al examen de otros medios de prueba distintos de las reglas establecidas en el TRLIS para optar por el acogimiento al régimen fiscal especial, se podría inferir que las reglas establecidas en el TRLIS son, a juicio de la AN —aunque expresamente no lo dice—, un obstáculo en la aplicación del régimen de neutralidad fiscal de la Directiva 90/434/CEE, pues de lo contrario habría bastado con comprobar que aquellas reglas no se habían cumplido.

En segundo lugar, la sentencia de la AN es un buen ejemplo de las distorsiones que provocaba la anterior regulación del régimen de opción y comunicación al MEH, ya que la aplicación de un derecho incondicionalmente garantizado por la Directiva 90/434/CEE podía verse cercenado por la valoración de los hechos que hiciese la Agencia Tributaria o los Tribunales de un acto subjetivo como es optar,

<sup>4</sup> Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

cuando la operación no tenía como objetivo el fraude o la evasión fiscal.

Si a lo anterior le añadimos que resulta incongruente, por sí mismo, no optar por el régimen de neutralidad fiscal si esto implica costes fiscales, es evidente que el incumplimiento de unas formalidades no debería conllevar la inaplicación del régimen de neutralidad si por otros medios puede acreditarse la voluntad de optar.

En definitiva, y siguiendo la línea apuntada por la AN, considero que el régimen de neutralidad fiscal debía aplicarse con carácter general a las operaciones de reestructuración, salvo que se hubiesen realizado por motivos de fraude o evasión fiscal, debiendo la Administración tributaria asegurarse el control del tráfico jurídico. Es decir, una vez asegurado el control del tráfico jurídico, identificando fechas de adquisición y valor fiscal de los activos, el régimen de neutralidad fiscal no debería ser rechazado.

Por las razones expuestas considero muy acertado el actual sistema de aplicación automática del régimen fiscal especial de reestructuraciones introducido por la Ley 27/2014 del IS, que sustituye al anterior procedimiento de opción, dado que evitará discusiones innecesarias en cuanto a cuáles son los medios considerados idóneos para que la Administración tributaria se asegure el tráfico jurídico de las operaciones.

## **5 · LA REGULACIÓN EN LA ACTUAL LEY 27/2014 DEL IS DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL DE REESTRUCTURACIONES**

El actual art. 89 de la Ley 27/2014 del IS establece que se entenderá que el régimen fiscal especial de neutralidad se aplicará a las operaciones de reestructuración, salvo que expresamente se indique lo contrario a través de la comunicación a la Administración tributaria.

Es decir, la actual Ley 27/2014 del IS cambia radicalmente el procedimiento para aplicar el régimen fiscal especial de reestructuraciones que venía aplicándose desde la Ley 29/1991. Deja de ser un régimen opcional y pasa a ser un régimen que se aplicará automáticamente, salvo que se renuncie expresamente a él.

Considero que de esta forma sí se da, por fin, cumplimiento a lo dispuesto en la actual Directiva 2009/133/CE. La neutralidad fiscal en las operaciones de reestructuración es un derecho incondicional del que disfrutaban los contribuyentes y al que solo se puede renunciar de forma voluntaria.

La actual regulación mantiene la obligación de comunicar la operación a la Administración tributaria, dado que es el medio idóneo y más práctico del que dispone ésta para hacer un seguimiento del tráfico jurídico, pero su no comunicación no impide que se aplique el régimen fiscal especial.

No obstante, la no presentación de la comunicación en plazo constituye una infracción grave sancionable con multa de 10.000 euros por cada operación por la que hubiese de suministrarse información.

En relación con la entidad que debe realizar la comunicación, la Ley 27/2014 del IS establece que debe ser la entidad adquirente, salvo que esta no sea residente, en cuyo caso dicha comunicación la realizará la entidad transmitente. En las operaciones en las que ni la entidad adquirente ni la transmitente son residentes en España, la comunicación deben realizarla los socios.

Entiendo que, dado que la Ley identifica al sujeto que debe realizar la comunicación, éste sería el único infractor posible en caso de incumplirse la formalidad de realizar la comunicación a la Administración tributaria.

Además, resulta coherente que la norma hable de «entidad obligada a realizar la comunicación» y no de entidad que ejerce la opción, como sucedía en el TRLIS. La opción por el régimen fiscal es algo que decide cada entidad interviniente y no era una facultad que le asistía a una sola de las entidades, que a su vez obligaba a las demás. De hecho, una entidad podía acogerse al régimen fiscal especial, y otra no.

Por consiguiente, mi valoración del cambio legislativo es muy positiva. Considero que la nueva regulación se ajusta plenamente al espíritu de la Directiva 2009/133/CEE y evitará litigios como los comentados en este artículo, cuyo origen estaba en cuestiones de índole formal y no en supuestos de fraude o evasión fiscal que son los que quedan fuera del régimen fiscal especial.