

NÚMERO 48

2023

ISSN:1575-720-X

RJUAM

# REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD  
AUTÓNOMA  
DE MADRID





# Revista Jurídica

Universidad Autónoma de Madrid

N.º 48

2023-II

*Director:* D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)

*Subdirector:* D. Diego Díez Palacios (Derecho romano - UAM)

*Secretario académico:* D. Carlos Castells Somoza (Derecho civil - UAM)

*Secretaria económica:* Dña. María García Casas (Derecho internacional público - UAM)

*Responsable de difusión y medios digitales:* Dña. Margarita Sánchez González (Derecho Civil - UAM)

*Consejo de redacción:*

- D. Javier Antón Merino (Ciencia política y Relaciones Internacionales - Universidad de Burgos)
- Dña. Mar Antonino de la Cámara (Derecho constitucional - UAM)
- D. Víctor Bethencourt Rodríguez (Derecho administrativo - Universitat de València)
- D. Carlos Cabrera Carretero (Derecho financiero y tributario - UAM)
- D. Carlos Castells Somoza (Derecho civil - UAM)
- Dña. María Camila Correa Flórez (Derecho penal - Universidad del Rosario)
- D. Jaime Coulbois Bernardo (Ciencia política y Relaciones Internacionales - UAM)
- D. Diego Díez Palacios (Derecho romano - UAM)
- Dña. Ester Farnós Amorós (Derecho civil - Universitat Pompeu Fabra)
- D. Javier Fernández-Lasquetty Martín (Derecho civil - UAM)
- Dña. Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM)
- D. David Gallego Arribas (Derecho penal - UAM)
- D. Gabriel Ángel García Benito (Historia del Derecho - UAM)
- Dña. María García Casas (Derecho internacional público - UAM)
- Dña. Diana Rosa Latova Santamaría (Filosofía del Derecho - UAM)
- Dña. Mariona Llobet Angli (Derecho penal - Universitat Pompeu Fabra)
- D. Pedro Luis López Herraiz (Historia del Derecho - Universidad de Salamanca)
- D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)
- Dña. Elena Martínez-Moya Ruiz (Derecho mercantil - UAM)
- Dña. Vanessa Menéndez Montero (Derecho internacional público - UAM)
- D. Aitor Navarro Ibarrola (Derecho financiero y tributario - Universidad Carlos III de Madrid)
- Dña. Claudia de Partearroyo Francés (Derecho constitucional - UAM)
- Dña. Alexia Pato (Derecho internacional privado - Universität Bonn)
- D. Daniel Pérez Fernández (Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)
- Dña. Matilde Rey Aramendia (Filosofía del Derecho - UAM)
- D. Javier Roncero Núñez (Derecho romano - UAM)
- D. Antonio Ismael Ruiz Arranz (Derecho civil - Universität Münster)
- D. Víctor Sánchez del Olmo (Derecho del trabajo y de la Seguridad Social - UAM)
- Dña. Margarita Sánchez González (Derecho civil - UAM)
- Dña. Laura Sanjurjo Ríos (Derecho procesal - UAM)
- Dña. Alejandra Soto García (Ciencia Política y Relaciones Internacionales - Universidad de París I Panteón-Sorbona)
- Dña. Ana Belén Valverde Cano (Derecho penal - UAM)
- Dña. Isué Natalia Vargas Brand (Derecho civil - Universidad Sergio Arboleda)

*Consejo asesor:*

- D. Juan Arrieta Martínez de Pisón (Decano de la Facultad de Derecho - UAM)
- D. Ignacio Molina Álvarez de Cienfuegos (Director del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)
- Dña. Pilar Pérez Álvarez (Directora del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico - UAM)
- Dña. Félix Alberto Vega Borrego (Director del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica - UAM)
- D. Carlos Espósito Massici (Catedrático de Derecho internacional público - UAM)
- D. Antonio Fernández de Buján y Fernández (Catedrático de Derecho romano - UAM; y Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España)
- D. Martín Hevia (Profesor de la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina; y Presidente de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho Sui Iuris)

**Dykinson**

**ISSN: 1575-720-X**

La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid fue creada en 1999 con el fin de fomentar la discusión científica en la comunidad académica de los ámbitos del Derecho y la Ciencia Política y de la Administración. En ella se publican, con una periodicidad semestral, artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas relativos a estas áreas de investigación. La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid se encuentra indexada en las bases de datos científicas más relevantes. Actualmente, es una de las publicaciones jurídicas y politológicas con vocación generalista de mayor impacto en España.

Asimismo, entre las diversas actividades que lleva a cabo para la difusión y promoción de la investigación, la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid organiza anualmente unas Jornadas sobre temas de actualidad, así como un Premio para Jóvenes Investigadores, con el fin de fomentar el acercamiento de los estudiantes a la investigación científica y a la presentación de ponencias en congresos científicos.

Con el fin de ayudar a un mayor intercambio global de conocimiento, la RJUAM ofrece un acceso libre y abierto a su contenido transcurrido un año a partir de la publicación del número en formato impreso. Puede encontrarse más información sobre la RJUAM en el Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid ([www.revistas.uam.es](http://www.revistas.uam.es)).

Colaboran:

  
Universidad Autónoma  
de Madrid  
Fundación General  
de la Universidad  
Autónoma de Madrid

  
Dykinson, S. L.

Portada: Marta Conde Diéguez  
Logotipo: Marta Conde Diéguez

© RJUAM, Madrid

Facultad de Derecho. Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid.

**e-mail: [revista.juridica@uam.es](mailto:revista.juridica@uam.es)**

<http://www.uam.es/rjuam>

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid.

Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)

<http://www.dykinson.es>      <http://www.dykinson.com>

ISSN: 1575-720-X

Depósito Legal: M-39772-1999

Maquetación: [german.balaguer@gmail.com](mailto:german.balaguer@gmail.com)

La *RJUAM* no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los trabajos publicados.

# Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid

Índice n.º 48 (2023-II)  
<https://doi.org/10.15366/rjuam2023.48>

## LECCIÓN

Jean MEYER «Los ladridos de la OTAN a las puertas de Rusia» .....9

## ARTÍCULOS

Sara NACARINO MORENO «Discapacidad física y mental en Roma y su solución jurídica: la *cura furiosi*» .....45

Selena TIERNO BARRIOS «La mediación como instrumento de acceso a la justicia de menores y víctimas de violencia de género: reflexiones a la luz de la agenda 2030 y las reglas de Brasilia» .....61

Celia GÓMEZ GARRIDO «Prisión permanente revisable: constitucionalidad declarada, inconstitucionalidad manifiesta» .....87

Juan Pedro DÍAZ SENÉS «La adopción abierta, una nueva perspectiva sobre la adopción: causas de su implantación y régimen jurídico» .....105

Miguel BREY RODRÍGUEZ-TEMBLEQUE «El Derecho de transformación. límites y obra derivada» .....125

Enrique MUÑOZ LERMA «Algunos aspectos controvertidos del régimen fiscal de neutralidad en el canje de valores» .....153

ESTADÍSTICAS .....169

NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES .....171



# ALGUNOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DEL RÉGIMEN FISCAL DE NEUTRALIDAD EN EL CANJE DE VALORES\*

## SOME ISSUES ON THE SPECIAL TAX REGIME FOR EXCHANGES OF SHARES

ENRIQUE MUÑOZ LERMA\*\*

**Resumen:** La regulación e interpretación del régimen fiscal especial de neutralidad, en las operaciones de canje de valores, ha generado tradicionalmente en España un debate jurídico en torno a su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea. En este trabajo se analizan dos de esos aspectos controvertidos en el ámbito de la fiscalidad directa, en particular, aquellos vinculados con el ámbito subjetivo de la norma y con sus disposiciones antiabuso.

**Palabras clave:** Canje de valores, Unión Europea, Directiva de fusiones.

**Abstract:** In Spain, the special tax neutrality regime for exchanges of shares has generated a legal debate on its compatibility with European Union law. This paper analyzes two of these controversial aspects in the field of direct taxation, in particular, regarding the personal scope of the norm and its antiavoidance provisions.

**Keywords:** Exchange of shares, European Union, Merger Directive.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. ALGUNOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS; 1. Compatibilidad del ámbito subjetivo del artículo 80.1.a) LIS con la normativa europea; 2. La cláusula antiabuso del régimen especial de reestructuraciones; III. CONCLUSIONES; IV. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

En la práctica, es común que se lleven a cabo operaciones de reestructuración societaria<sup>1</sup>, ya que pueden favorecer el desarrollo económico y reforzar la posición de competi-

\* <https://doi.org/10.15366/rjuam2023.48.006>

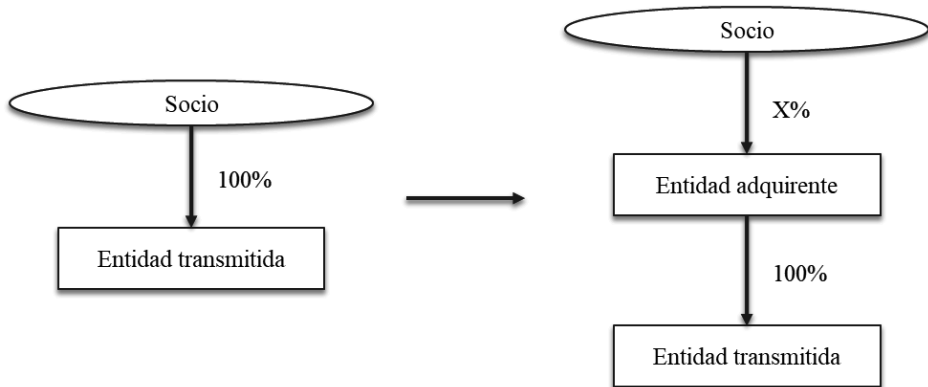
Fecha de recepción: 24 de febrero de 2023.

Fecha de aceptación: 19 de abril de 2023.

\*\* Doctorando en Derecho. Universidad de Sevilla. Correo electrónico: munoz.lerma.je@gmail.com

<sup>1</sup> En este sentido, cabe citar los datos incluidos en la estadística por partidas del impuesto sobre sociedades de la AEAT, en la que se advierte que, en el ejercicio 2019, se difirieron unas rentas por importe total de 1.361.615.744 euros. Disponible en: <<https://sede.agenciatributaria.gob.es/AEAT/>

tividad de las entidades y grupos. Entre esas operaciones de reestructuración se identifica el canje de valores<sup>2</sup>, operación mediante la cual un socio, ya sea persona física o jurídica, aporta valores de una entidad a otra compañía, a cambio de acciones o participaciones de esta última, beneficiaria de la aportación. Estos valores normalmente se caracterizan por tener la misma naturaleza<sup>3</sup>. Así pues, se puede concluir que, en una operación de canje de valores, se identifican tres sujetos fundamentales: un socio que transmite valores a cambio de otros (en adelante, el «Socio»), la entidad cuyos valores transmite el Socio (en adelante, la «Entidad transmitida») y la entidad que adquiere los valores del Socio (en adelante, la «Entidad adquirente»), entregando en contraprestación sus propios valores. A continuación, se ejemplifica una operación de canje de valores:



El papel de Socio en el canje de valores puede ser desempeñado tanto por personas físicas como por entidades de cualquier dimensión, por lo que, el conocimiento de las distintas casuísticas y consecuencias tributarias que derivan de esta transacción se identifica con una materia útil para un gran público.

Por lo que se refiere a la tributación de la operación, si se aplica el régimen fiscal general a una operación de canje de valores, la imposición directa de la operación para el Socio será similar a aquella que corresponda a una entrega o transmisión de valores. Sin embargo, resulta común en la práctica que el contribuyente pretenda diferir la renta que derive de la operación, de manera que la fiscalidad no sea un impedimento para esta reorganización. Para ello, se regula el Régimen fiscal especial (en adelante, el «Régimen fiscal especial de reestructuraciones») recogido en el Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, «LIS») y con implicaciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, «IRPF») y en el Impuesto

Contenidos Comunes/La\_Agencia\_Tributaria/Estadisticas/Publicaciones/sites/sociedadest2/2019/jrbikf3bd2aa790627fdb232cde2821a09932a605b680d.html>. [Consultado el 17/09/2022].

<sup>2</sup> Mercantilmente, la operación de canje de valores no se desarrolla en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

<sup>3</sup> GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ, B. *et al.*, *Guía Impuesto sobre Sociedades*, 2ª ed., Valencia (CISS), 2008, p. 340.



sobre la Renta de los no Residentes (en adelante, «IRNR»). A efectos de la aplicación de este régimen fiscal especial, se requiere que, con motivo de la ejecución del canje de valores, la Entidad adquirente pase a ostentar la mayoría de los derechos de voto de la Entidad transmitida o, disponiendo ya de esa mayoría con carácter previo, incremente su participación<sup>4</sup>.

## II. ALGUNOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS

La regulación española del canje de valores a efectos del Régimen fiscal especial de reestructuraciones y su interpretación han ocasionado, en la práctica, determinados debates jurídicos respecto a su compatibilidad con la normativa europea. Igualmente, se han planteado cuestiones en torno a otros aspectos de ese régimen fiscal que afectan a la totalidad de las operaciones de reestructuración, como puede ser la regulación e interpretación de su cláusula antiabuso.

### 1. Compatibilidad del ámbito subjetivo del artículo 80.1.a) LIS con la normativa europea

En cuanto a la regulación específica del canje de valores incluida en el artículo 80 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, «LIS»), una de las cuestiones que se ha planteado en la práctica es la compatibilidad de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009 (en adelante, la «Directiva de fusiones»), de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de capitales<sup>5</sup> establecidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, «TFUE»), con el hecho de que el legislador español exija, cuando el Socio no resida en la Unión Europea, que la Entidad adquirente sea residente en España<sup>6</sup>. Inicialmente, la Dirección General de Tributos (en adelante, «DGT<sup>7</sup>») optó por un enfoque estricto de análisis del requisito, de manera que si la participación aportada por los socios no residentes en la Unión Europea

---

<sup>4</sup> A efectos del Régimen fiscal especial de reestructuraciones de la LIS, el canje de valores se define como «una operación por la cual una entidad adquiere una participación en el capital social de otra que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto en ella o, si ya dispone de dicha mayoría, adquirir una mayor participación, mediante la atribución a los socios, a cambio de sus valores, de otros representativos del capital social de la primera entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad».

<sup>5</sup> Ambas libertades son fruto del mercado único europeo.

<sup>6</sup> Ver artículo 80.1.a) de la LIS.

<sup>7</sup> Ver respuestas de la DGT a consultas V1617-08, de 31 de julio, V0370-04, de 3 de diciembre y V0078-01, de 27 de diciembre. De este extremo, llama la atención el hecho de que, si los socios residentes en la Unión Europea ejecutasen una operación de canje de valores independiente y posterior a la ejecutada por los socios extranjeros, aquella cumpliría los requisitos para aplicar el Régimen fiscal especial de reestructuraciones, como así indican GRACIA ESPINAR, E. y HERNÁNDEZ GALANTE, J., «Crítica a la consulta de la DGT V1617-08. El concepto de canje de valores cuando intervienen socios extracomunitarios» en GÓMEZ-BARREDA, R.

determinaba, por sí misma, la ejecución de un canje de valores (la participación aportada por estos socios no residentes permitía a la Entidad adquirente alcanzar el control sobre la Entidad transmitida), el requisito de que la Entidad adquirente fuera residente en España se extendía al resto de socios residentes en un Estado miembro, incluyendo España.

Por lo que se refiere a la compatibilidad de la norma española con la Directiva de fusiones, se debe partir del hecho de que el legislador español, a través de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, traspuso al ordenamiento interno la Directiva 90/434/CEE (de la que deriva la actual Directiva de fusiones). Así, conforme a la voluntad de ese legislador, el régimen tributario aplicable a las operaciones de reestructuración entre participantes que residan en distintos Estados miembros pasaba a extenderse a las operaciones de reestructuración internas<sup>8</sup>.

Considerando esa trasposición, se debe señalar que, tanto la previa Directiva 90/434/CEE como la Directiva de fusiones, establecen determinados requisitos de residencia fiscal respecto a la Entidad transmitida y la Entidad adquirente, requisitos que no necesariamente afectan al Socio<sup>9</sup>. A su vez, se indica que el artículo 2 de ambas directivas no define el concepto de Socio, ni recoge aspectos que estos deban cumplir de cara a aplicar el régimen fiscal que en ella se regula. Así pues, se puede concluir que, ni la vigente Directiva de fusiones ni la derogada Directiva 90/434/CEE exigen una determinada residencia fiscal para el Socio. A la vista de lo apuntado, la normativa española podría establecer requisitos adicionales o suplementarios frente a la Directiva de fusiones, pese a la voluntad del legislador español de trasponer el régimen europeo al ámbito nacional, lo que podría contradecir la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, el «TJUE») recogida, por ejemplo, en la sentencia de 11 de diciembre de 2008<sup>10</sup>.

En cuanto a las libertades fundamentales reguladas en el TFUE, a continuación, se valora si la normativa española podría estar vulnerando el derecho de establecimiento y a la libre circulación de capitales.

---

(coord.), *Anuario Fiscal 2009. Los casos más relevantes en 2008 de los grandes despachos*. Madrid (Cuatrecasas, Gonçalves Pereira), 2009, pp. 151 y 152.

<sup>8</sup> Como se indica en la exposición de motivos de la Ley 29/1991: «Si bien la norma comunitaria únicamente versa sobre aquellas operaciones que se realicen entre entidades residentes en diferentes Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, los principios tributarios sobre los que está construida son igualmente válidos para regular las operaciones realizadas entre entidades residentes en territorio español. Por este motivo, se establece un régimen tributario único para unas y otras».

<sup>9</sup> CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., «La directiva de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros» en *Derecho tributario de la Unión Europea*, Madrid (CISS), 2019, pp. 302 y 303.

<sup>10</sup> Asunto C-285/2007, A.T. En esta sentencia el TJUE establece: «26. En primer lugar, procede constatar que el texto, imperativo y claro, del artículo 8, apartados 1 y 2, de la Directiva 90/434 no deja entrever de ninguna manera la voluntad del legislador comunitario de dejar a los Estados miembros un margen en la adaptación de su Derecho interno que les permita someter la neutralidad fiscal prevista en favor de los socios de la sociedad dependiente a requisitos suplementarios».

La libre circulación de personas presenta una manifestación específica en el ámbito empresarial, al reconocerse la libertad de establecimiento dentro de la Unión en el artículo 49 del TFUE. Esta libertad, junto con la libre prestación de servicios, pretendería asegurar la movilidad de empresas y de profesionales dentro de la Unión Europea<sup>11</sup>, prohibiendo cualquier restricción respecto a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro<sup>12</sup>. Es decir, los residentes en un Estado miembro son libres de decidir abandonar ese Estado y establecerse en otro Estado miembro, sin que la fiscalidad del primero o del segundo puedan restringir esta decisión<sup>13</sup>. En lo que afecta a la libre circulación de capitales, esta se regula en los artículos 63 a 66 del TFUE y pretende eliminar cualquier restricción a los movimientos de capitales entre los Estados miembros, así como entre Estados miembros y terceros países, con determinadas excepciones<sup>14</sup>. Es decir, busca que los Estados miembros no establezcan medidas que puedan impedir o disuadir a los no residentes a realizar inversiones en un Estado miembro, o a los residentes de un Estado miembro a hacerlo en otros Estados de la Unión Europea<sup>15</sup>.

Por lo que se refiere a la relación del derecho de establecimiento con la libre circulación de capitales, el TJUE<sup>16</sup> habría establecido que, aun cuando en un supuesto concreto puedan verse afectadas ambas libertades, el respeto de la primera de las señaladas se valorará en los casos en los que una normativa nacional se aplique a participaciones que permitan al socio ejercer un poder de influencia efectivo en las decisiones de esa sociedad y en la elección de sus actividades. Por su parte, el respeto a la libre circulación de capitales deberá considerarse en los supuestos en los que dicha participación no confiera dicho poder de influencia efectiva, es decir, supuestos en los que se adquieren participaciones con el único objetivo de realizar una inversión de capital, sin que el socio pretenda influir en la gestión y en el control de la empresa<sup>17</sup>. Para valorar este extremo en el ámbito intracomunitario, se consideraría tanto la normativa nacional, de cara a confirmar si está dirigida a participaciones de control o que permiten ejercer una influencia decisiva, como las circunstancias de hecho<sup>18</sup>. Sin embargo, en aquellos casos en los que concurren residentes fiscales en terceros

---

<sup>11</sup> Fichas temáticas sobre la Unión Europea. La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. Disponible en: <<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/40/la-libertad-de-establecimiento-y-la-libre-prestacion-de-servicios>>. [Consultado el 14/09/2022].

<sup>12</sup> Ver artículo 49 del TFUE.

<sup>13</sup> HELMINEN, M., *EU tax law: direct taxation*, Amsterdam (IBFD) 2022, versión en línea, apartado 2.2.5.1. *Relevance and scope of application*.

<sup>14</sup> Fichas temáticas sobre la Unión Europea. La libre circulación de capitales. Disponible en: <<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/39/la-libre-circulacion-de-capitales>>. [Consultado el 14/09/2022].

<sup>15</sup> Ver párrafo 31 de la sentencia de 16 de junio de 2022 del TJUE (asunto C-572/2020, *ACC Silicones*).

<sup>16</sup> Entre otras, sentencia de 16 de febrero de 2023 (asunto C-707/20, *Gallaher Limited*), sentencia de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-87/2013, *X*) y sentencia de 21 de noviembre de 2002 (asunto C-436/2000, *X Y*).

<sup>17</sup> Ver apartado 45 de la sentencia del TJUE de 7 de abril de 2022 (asunto C-342/2020, *A SCPJ*).

<sup>18</sup> CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.), *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, cit., p. 946.

Estados, el TJUE<sup>19</sup> habría interpretado que, para valorar la concurrencia de ese poder de influencia, únicamente se debería considerar el objetivo de la normativa<sup>20</sup>. A su vez, según la postura del mismo Tribunal, si una normativa nacional solo tuviese por objeto regular las relaciones que se produzcan dentro de un grupo societario, dicha normativa afectaría a la libertad de establecimiento<sup>21</sup>.

Por otro lado, el TJUE<sup>22</sup> ha señalado que, cuando la normativa nacional no se aplique con exclusividad a situaciones en las que se aprecie ese poder de influencia, es decir, cuando afecte a cualquier socio con independencia de que su participación le otorgue ese poder, cabría la posibilidad de invocar la aplicación del derecho a la libre circulación de capitales<sup>23</sup>. Sin perjuicio de esta última posibilidad, para evitar que los operadores económicos que no puedan beneficiarse de la libertad de establecimiento, por ejemplo, al residir en terceros Estados, extraigan provecho de la interpretación de la libre circulación de capitales, se debe confirmar, en estos casos, que la normativa en cuestión no establezca requisitos de acceso al mercado de una sociedad de un Estado miembro en un tercer país, o de una sociedad de un tercer país en un Estado miembro<sup>24</sup>.

Indicado lo anterior, se exponen las posibles restricciones a las libertades fundamentales que la normativa española, así como la interpretación de ella inicialmente planteada por la DGT, podrían producir:

- Desde el punto de vista del socio residente en España, se podría identificar una restricción a la libertad de establecimiento, en particular, si se le impidiese aplicar el Régimen fiscal de reestructuraciones al concurrir en la operación, de forma minoritaria, con un Socio no residente en un Estado miembro, a menos que la Entidad adquirente resida en España<sup>25</sup>. Ello quedaría subordinado a que el Socio español, pese a no contar con la mayoría de los derechos de voto de la Entidad transmitida, tuviese capacidad de influir en la localización

<sup>19</sup> Ver apartado 90 de la sentencia de 13 de noviembre de 2012 (asunto C-35/2011, *Test Claimants in the FII Group Litigation*) y apartado 25 de la sentencia de 10 de abril de 2014, (asunto C-190/2012, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*).

<sup>20</sup> CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.), *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea* 2015, 1ª ed., CISS, p. 948.

<sup>21</sup> Ver apartado 58 de la sentencia de 16 de febrero de 2023 (asunto C-707/20, *Gallagher Limited*).

<sup>22</sup> Ver apartado 35 de la sentencia de 24 de noviembre de 2016 (asunto C-464/2014, *SECIL*) y apartado 39 de la sentencia de 11 de septiembre de 2014 (asunto C-47/2012, *Kronos*).

<sup>23</sup> DOURADO, A.P. y WATTEL, P., «Third States and External Tax Relations», en *European Tax Law. Seventh Edition*, vol. I, Holanda (Wolters Kluwer), 2018, p. 199.

<sup>24</sup> Ver apartados 42 y 43 de la sentencia de 24 de noviembre de 2016 (asunto C-464/2014, *SECIL*) y apartados 53 y 54 de la sentencia de 11 Sep. 2014 (asunto C-47/2012, *Kronos*).

<sup>25</sup> El TJUE, entre otras, en su sentencia de 1 de octubre de 2009 (asunto C-247/2008, *Gaz de France - Berliner Investissement SA*), ha considerado que las disposiciones que se refieren a la libertad de establecimiento impedirían que un Estado miembro obstaculice el establecimiento en de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación en otro Estado miembro (ver párrafo 55 de la sentencia).

de la Entidad adquirente<sup>26</sup>. En este caso, al exigirse que la Entidad adquirente sea residente fiscal en España, la normativa española estaría restringiendo la decisión del Socio residente en España de establecerse en un Estado miembro de la Unión Europea, distinto a España.

El hecho de que la Entidad adquirente deba ser española también podría suponer una restricción a la libre circulación de capitales. Así, el Socio español podría ver limitado su derecho a participar en la reestructuración de forma fiscalmente neutra, si la Entidad adquirente es residente en un Estado miembro de la Unión Europea, distinto a España<sup>27</sup>.

- Desde el punto de vista del socio no residente en un Estado miembro, se podría advertir una restricción a la libre circulación de capitales. Si la transmisión realizada por un Socio residente en el extranjero estuviera sujeta en España, para aplicar el Régimen fiscal especial de reestructuraciones, la normativa española le exigiría que su inversión se realizase en una entidad residente en España, restringiéndose la posibilidad de que se hiciese en una entidad residente en otro Estado miembro. Es decir, la normativa española estaría penalizando un movimiento de capital, por parte de un Socio extranjero, a otro Estado miembro.

En torno a la posible vulneración de los derechos y libertades establecidos en el TFUE de las anteriores restricciones, se advierte que la Comisión Europea<sup>28</sup> emitió un dictamen motivado, con número de referencia 2008/4083. En este dictamen, manifestó al Gobierno de España su disconformidad con esta regulación, al entender que era incompatible con la Directiva de fusiones, así como con la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales. En concreto, la Comisión entendía que podía disuadir a las sociedades a ejercer su derecho a dichas libertades, al igual que por el hecho de que los socios, en el contexto de una operación de canje de valores, podían llegar a recibir un trato peor si la entidad adquirente se identificase como residente en un Estado miembro distinto a España<sup>29</sup>. Tras este dictamen, la DGT<sup>30</sup> alteró su postura, al entender que, si se consideraba el principio de no discriminación del artículo 49 del TFUE<sup>31</sup> (libertad de establecimiento), el cumplimiento de los requisitos del actual artículo 80.1.a) de la LIS se debía confirmar considerando a todos los socios participantes en la reestructuración, aunque únicamente parte de ellos fuesen residentes en la Unión Europea. Así pues, pese a que participasen en la operación socios no residentes en la Unión Europea cuya aportación, por sí misma, permitiese cumplir la definición de canje de valores del artículo 76.5 de la LIS, con su nueva interpretación, la DGT avaló la aplica-

---

<sup>26</sup> CALDERÓN CARRERO, J.M.: «Canjes de valores internacionales y derecho comunitario europeo», *Anuario da Facultade de Dereito da Univesidade da Coruña*, núm. 12, 2008, pp. 144 y 145.

<sup>27</sup> CALDERÓN CARRERO, J.M.: «Canjes de valores internacionales y derecho comunitario europeo», cit., p. 143.

<sup>28</sup> Ver nota de prensa de la Comisión Europea, de fecha 25 de junio de 2009. Disponible en: <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP\\_09\\_1019](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_09_1019)>. [Consultado el 14/09/2022].

<sup>29</sup> CHECA GÓZALEZ, C., «Nuevo Régimen fiscal del canje de valores», *Quincena Fiscal*, núm. 15, 2010, p. 3.

<sup>30</sup> Ver respuestas de la DGT a las consultas V2427-15, de 30 de julio, V2426-15, de 30 de julio y V1226-10, de 2 de junio.

<sup>31</sup> Antiguo artículo 43 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

ción del Régimen fiscal especial de reestructuraciones a los socios españoles que también concurrían en la operación, pese a que la Entidad adquirente fuese residente fiscal en un Estado miembro de la Unión Europea distinto a España. Este extremo pudo ser la causa de la conclusión del procedimiento iniciado por la Comisión Europea en 2011<sup>32</sup>. Por su parte, el legislador español no modificó ni suprimió el requisito. Simplemente, con la entrada en vigor de la LIS en el año 2015, eliminó la consecuencia de que, ante un incumplimiento de los requisitos actualmente regulados en el artículo 80.1 de la LIS, el canje de valores, en su totalidad, no pudiera acogerse al Régimen fiscal especial de reestructuraciones, adaptando así la regulación de ese régimen a la segunda interpretación de la DGT<sup>33</sup>.

A raíz de esta nueva interpretación, se puede concluir que la posible restricción de las libertades apuntadas, desde el punto de vista del Socio residente en España, quedaría solventada. Sin embargo, el requisito de que la Entidad adquirente sea residente en España en los supuestos en los que el Socio no resida en la Unión Europea permanece vigente en el artículo 80.1.a) de la LIS<sup>34</sup>. Por tanto, se podría valorar el planteamiento de una restricción de la libre circulación de capitales desde el punto de vista del ese Socio residente en el extranjero, pues la normativa española podría estar perjudicando la transmisión de valores en favor de una entidad residente en otro Estado miembro. A continuación, se analiza si dicha restricción pudiera suponer una vulneración de la libre circulación de capitales.

Teniendo en cuenta la postura del TJUE ya expuesta en cuanto a la relación del derecho de establecimiento con la libre circulación de capitales, se podría concluir que, en una operación de canje de valores, se debería valorar, exclusivamente, la primera de ellas. Como se ha expuesto, el derecho de establecimiento no afecta a sujetos residentes en el extranjero por lo que, en ese caso, la restricción de la normativa española no vulneraría lo dispuesto en el TFUE. El fundamento de esta conclusión se identificaría con la exigencia establecida por la normativa de que, en todo caso, en un canje de valores, la Entidad adquirente ostente el control de la entidad transmitida tras la ejecución de la operación. Este extremo habría sido confirmado por el propio Tribunal europeo<sup>35</sup> pues, ante una operación de canje de valores en la que participaban sujetos no residentes en un Estado miembro, optó por valorar exclu-

---

<sup>32</sup> Llama la atención que este procedimiento se cerrase, según un anuncio de la Comisión Europea de 27 de enero de 2011, después de que, presuntamente, se modificase la legislación española. Ver noticia publicada por Laura Pakarinen (IBFD). Disponible en: <[https://research.ibfd.org/#/doc?url=/data/tns/docs/html/tns\\_2011-02-02\\_e2\\_3.html](https://research.ibfd.org/#/doc?url=/data/tns/docs/html/tns_2011-02-02_e2_3.html)>. [Consultado el 02/09/2022].

<sup>33</sup> MENÉNDEZ GARCÍA, G., «Impuesto sobre Sociedades. Regímenes especiales: Análisis de las modificaciones introducidas en la normativa reguladora del impuesto sobre sociedades en relación con el régimen especial de las operaciones de reestructuración empresarial» en *La nueva tributación tras la reforma fiscal*, Madrid (CISS), 2016, p. 603.

<sup>34</sup> De hecho, la propia DGT, poco después de cambiar su criterio a través de la respuesta a la consulta V1226-10, de 2 de junio, ya citada, confirmó que una operación de canje de valores ejecutada por un Socio extranjero en favor de una entidad residente de la Unión Europea no podía acogerse al Régimen fiscal especial de reestructuraciones (ver respuesta a consulta V1417-12, de 29 de junio).

<sup>35</sup> Apartados 17 a 20 de la sentencia de 19 de julio de 2012 (asunto C-48/2011, *A Oy*).

sivamente el derecho a establecimiento y no la libre circulación de capitales. La anterior postura del TJUE podría partir de un enfoque objetivo de la operación.

Sin embargo, aunque en la práctica la cuestión parece superada a raíz de la postura del TJUE antes mencionada, cabría plantear también la posibilidad de realizar un análisis a través de un enfoque subjetivo, en el que no se asumiese que la Entidad adquirente es siempre el operador económico principal en estas operaciones<sup>36</sup>. Así, podría llegar a demostrarse que una determinada operación de canje de valores se ejecuta, únicamente, por el interés del Socio en invertir o adquirir una participación, mayoritaria o minoritaria, en la Entidad adquirente, en lugar de por interés de esta última en obtener un control en otra sociedad o, en su caso, incrementar su participación. Ello podría llevar a justificar que predominase la perspectiva del Socio frente a la de la Entidad adquirente, más aún cuando el primero es el sujeto que tributaría a raíz del canje de valores y el que tiene la decisión de invertir en otra entidad a través de su aportación no dineraria<sup>37</sup>. A su vez, el Socio se podría identificar como un sujeto que actúa en la operación de manera independiente y por su propio interés, lo que podría conllevar la valoración del respeto al ejercicio de las libertades fundamentales desde su punto de vista, en cualquier caso.

Considerando lo apuntado en el anterior párrafo, se podría proponer una visión alternativa a la del TJUE, como ya ha ocurrido en la práctica<sup>38</sup>. En este sentido, se debe advertir que, en España, la ejecución de un canje de valores a efectos del Régimen fiscal especial de reestructuraciones no requiere que el Socio, tras la operación de reestructuración, ostente un control de la Entidad adquirente. Por tanto, podría ocurrir que la inversión realizada por el Socio no otorgase poder de influencia en la Entidad adquirente. Es decir, por ejemplo, a cambio de la transmisión a la Entidad adquirente de una participación que otorgase la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad, el Socio podría adquirir una participación minoritaria que no le otorgase poder de influencia alguno.

Con ello, en una operación de canje de valores se podrían encontrar argumentos para tratar de defender la valoración de la libertad de circulación, desde el punto de vista del Socio no residente<sup>39</sup>. En este escenario, se podría llegar a concluir que la normativa española restringiría el hecho de que un Socio residente en el extranjero invirtiese en una Entidad

---

<sup>36</sup> GORDILLO FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, I., «Applying the Merger Directive beyond its scope in third-country scenarios: an alternative approach to A Oy (case C-48/11) - Part 1», *European Taxation 2013*, vol. 53, p. 5.

<sup>37</sup> GORDILLO FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, I.: «Applying the Merger Directive beyond its scope in third-country scenarios: an alternative approach to A Oy (case C-48/11) - Part 1», cit. p. 6.

<sup>38</sup> Ver, por ejemplo, parte I y parte II del artículo de GORDILLO FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, I.: «Applying the Merger Directive beyond its scope in third-country scenarios: an alternative approach to A Oy (case C-48/11)», cit.

<sup>39</sup> CALDERÓN CARRERO, J.M.: «Canjes de valores internacionales y derecho comunitario europeo», cit. p. 148.

adquirente de otro Estado miembro, debiéndose valorar la coherencia de esa restricción al amparo de las posibilidades que otorgan los artículos 64 y 65 del TFUE<sup>40</sup>.

Si, en su caso, se concluyese que el hecho de que la normativa española exija que la Entidad adquirente sea residente en España cuando el Socio sea residente en un tercer Estado, resultaría contrario al TFUE, ello podría resolverse si se admitiese que la Entidad adquirente fuese residente en un Estado miembro. Para lograr esto último, habría que modificar el contenido del artículo 80.1 de la LIS, suprimiendo la exigencia de que «*los valores recibidos sean representativos del capital social de una entidad residente en España*» cuando el Socio que realiza el canje de valores resida en un tercer Estado.

## 2. La cláusula antiabuso del Régimen especial de reestructuraciones

Otro de los aspectos controvertidos en la práctica ha sido la interpretación de la cláusula antiabuso del Régimen fiscal especial de reestructuraciones, actualmente regulada en el artículo 89.2 de la LIS. Como se indicaba en el anterior apartado, la intención del legislador español fue extender la aplicación del régimen fiscal especial regulado en la Directiva 90/434/CEE a las operaciones internas. Sin embargo, la redacción de la cláusula antiabuso española no ha seguido el literal del acto legislativo europeo. Esta circunstancia podría cobrar especial importancia en la actualidad, en relación con las operaciones de canje de valores ejecutadas por personas físicas, con motivo de la Resolución de 26 de enero de 2022, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2022<sup>41</sup>. Atendiendo al contenido de estas directrices, la Administración podría inspeccionar, durante el ejercicio, muchas de esas operaciones y regularizarlas mediante la aplicación de la cláusula antiabuso<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> En particular, este artículo permite a los Estados miembros «*aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital*».

<sup>41</sup> En esta resolución se expone: «*En definitiva, la mera interposición de personas jurídicas con el fin primordial de servir como instrumento para canalizar rentas de personas físicas cuya tributación se ve reducida de modo irregular por la actual diferencia de tipos impositivos seguirá siendo objeto de seguimiento general, sin perjuicio de atender a otras irregularidades como la indebida incorporación a los resultados de la actividad de gastos personales de los socios no relacionados con ésta o la inclusión entre el patrimonio societario de bienes y derechos no afectos a actividades económicas, sino más bien, destinados al uso particular o personal de los socios. Asimismo, esta comprobación se extenderá a la interposición de personas jurídicas para remansar rentas pendientes de distribuir por parte de sociedades operativas, alcanzando dicha comprobación a la posible aplicación indebida del régimen FEAC con ocasión de las aportaciones no dinerarias de participaciones que se hayan podido efectuar*».

<sup>42</sup> Recientemente, se ha dado competencias a los órganos de gestión tributaria para la comprobación de los regímenes tributarios especiales, con efectos a partir del 1 de enero de 2023. Ver modificación del artículo 117.1.c) de la Ley General Tributaria introducida por el Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio. Previamente el Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de marzo de 2021 (Rec. 3688/2019), había confirmado que «*las actuaciones que se sigan para comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos para la aplicación de*



Si se atiende a la redacción del artículo 89.2 de la LIS, para aplicar la cláusula antiabuso española se exige apreciar que la operación de reestructuración tenga, como principal objetivo, el fraude o la evasión fiscal. Este extremo supondría la necesidad de apreciar un elemento objetivo, identificado con la comisión del fraude o evasión, y un elemento subjetivo, entendido como que el principal objetivo de la operación de reestructuración sea la comisión de ese fraude o evasión<sup>43</sup>. A su vez, el propio artículo 89.2 de la LIS hace una referencia a operaciones en las que se identifique una ausencia de motivos económicos válidos, unida a la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal. Pese a que la norma conecta los anteriores extremos que conforman la cláusula antiabuso con la mención «*[e]n particular*», lo que, a priori, podría llevar a concluir que la parte final de la redacción se identifica con un supuesto concreto de aquellos casos en los que «*la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal*», en la práctica se han observado interpretaciones que consideran la ausencia de motivos válidos y la persecución de una ventaja fiscal como un supuesto autónomo de aplicación de la cláusula antiabuso.

Respecto a esta interpretación autónoma del contenido final del artículo 89.2 de la LIS, cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2012<sup>44</sup>, en la que ese Tribunal ha sido suficientemente explícito, al considerar que la cláusula antiabuso contenida en la LIS, además de negar la aplicación del Régimen fiscal especial de reestructuraciones en aquellos supuestos en los que la operación tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal, establecería otra causa autónoma e independiente, identificada con la ausencia de motivos económicos válidos y la búsqueda de una ventaja fiscal y que, por tanto, resultaría de aplicación aunque la operación de reestructuración no tenga ese objetivo de fraude o evasión<sup>45</sup>.

En el supuesto de que se admitiese la desvinculación de la aplicación de la cláusula antiabuso establecida en el artículo 89.2 de la LIS con la existencia de fraude o evasión fiscal, se podría concluir que dicha cláusula tendría un carácter objetivo, pues no consideraría la intención del sujeto pasivo, sino la simple ausencia de motivos económicos unida a la obtención de una ventaja fiscal. A su vez, si se entendiese que los efectos de la aplicación del propio Régimen fiscal especial de reestructuraciones, entre los que se puede encontrar el propio diferimiento, constituyen una ventaja fiscal por sí mismos, la simple ausencia de

---

*regímenes tributarios especiales (...) han de ser actuaciones inspectoras y seguirse, necesariamente, por los órganos competentes, a través del procedimiento inspector».*

<sup>43</sup> CALVO VERGEZ, J., «Fusiones y escisiones en el Impuesto sobre Sociedades: cuestiones conflictivas», *Carta tributaria*, núm. 18, 2011, p. 14.

<sup>44</sup> Rec. 3777/2008.

<sup>45</sup> Dicha interpretación se realiza sobre la redacción del artículo 110.2 de la Ley 43/1995, dada por la Ley 14/2000. Esta postura también se reproduce en las sentencias del mismo Tribunal, de fecha 24 de enero de 2013 (Rec. 1847/2010), de fecha 6 de junio de 2013 (Rec. 2218/2011), de fecha 14 de octubre de 2015 (Rec. 3392/2013) y de fecha de 26 de septiembre de 2018 (Rec. 3572/2015). Igualmente, este criterio habría sido asumido por la DGT, a través del Informe de la Dirección General de Tributos de 5 de febrero de 2002, confeccionado a solicitud de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Publicado en la revista *Quincena Fiscal*, núm. 10, octubre 2002, p. 38.

motivos económicos válidos podría justificar la regularización del Régimen fiscal especial de reestructuraciones.

La anterior interpretación podría contradecir el literal de la Directiva de fusiones. En particular, atendiendo al texto del artículo 15 de esta última Directiva<sup>46</sup>, se puede concluir la necesidad de apreciar, en cualquier caso, la existencia de fraude o evasión fiscal como principal objetivo de la operación, o al menos como uno de los principales. A su vez, en dicho precepto de la Directiva, la ausencia de motivos económicos válidos simplemente se configuraría como una presunción de fraude o evasión que puede ser enervada, pero no como un extremo que permitiese a un Estado miembro, de manera automática, regularizar la aplicación del régimen fiscal que regula<sup>47</sup>.

Por otro lado, se señala que el TJUE<sup>48</sup> ha concluido que la cláusula antiabuso de la Directiva de fusiones permite a los Estados miembros establecer una presunción de fraude o de evasión fiscales cuando la operación de reestructuración no se efectúe por motivos económicos válidos, sin embargo, el propio Tribunal europeo<sup>49</sup> expresó que, al transponer la cláusula antiabuso de la Directiva de fusiones, los Estados miembros no tienen la posibilidad de recurrir a una presunción general de fraude o evasión fiscal, por lo que, de cara a concluir si una operación persigue este objetivo, esos Estados no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, debiendo proceder, en cada caso concreto, a realizar un examen global de dicha operación. En particular, entendió que el hecho de establecer normas de alcance general que priven automáticamente del régimen especial a determinadas categorías de operaciones, sin tener en cuenta si se ha producido efectivamente un fraude o evasión fiscal, iría en contra del objetivo perseguido por la Directiva de fusiones.

Teniendo en cuenta lo señalado, cabe resaltar que el propio Tribunal Supremo, en otras sentencias, parece haber interpretado la ausencia de motivos económicos válidos simplemente como un indicio o presunción de fraude o evasión. Así, en su sentencia de fecha 23 de noviembre de 2016 (Rec. 3742/2015), establece que el mandato del Derecho Europeo se identifica con la pérdida del Régimen fiscal especial de reestructuraciones cuando se persiga el fraude o la evasión y, para ello, se establece una presunción de tal objetivo ante

---

<sup>46</sup> En concreto, el artículo 15 de la Directiva de fusiones establece la posibilidad a los Estados miembros de negar la aplicación del régimen fiscal, total o parcialmente, cuando la operación «*tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que las operaciones no se efectúen 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; (...)*».

<sup>47</sup> ROMERO DE LA VEGA, A. y SALTO GUGLIERI, J., «Ventaja fiscal e Inaplicación Parcial en el Régimen Especial de Fusiones», *Carta Tributaria*, núm. 26, 2017, p. 3.

<sup>48</sup> Apartado 23 de la sentencia del TJUE de fecha 8 de marzo de 2017 (asunto C-14/2016, *Euro Park Service*) y apartado 39 de la sentencia de fecha 17 de julio de 1997 (asunto C-28/95, *Leur-Bloem*).

<sup>49</sup> Apartados 54 y 55 de la sentencia del TJUE de fecha 8 de marzo de 2017 (asunto C-14/2016, *Euro Park Service*), apartados 41 y 44 de la sentencia de fecha 17 de julio de 1997 (asunto C-28/95, *Leur-Bloem*) y apartado 37 de la sentencia de 10 de noviembre de 2011 (asunto C-126/2010, *Foggia*).

la ausencia de motivos económicos válidos, ejemplificándose como tales la reestructuración o la racionalización de las entidades que participan en la operación. De hecho, en una sentencia con fecha dos meses posterior a la marzo de 2012<sup>50</sup> a la que se ha hecho mención, el Tribunal interpretó que aunque en un supuesto se produzca una ausencia de motivos económicos válidos, se debía demostrar la finalidad de fraude o evasión fiscal, criticando, precisamente, que tanto la Administración tributaria como la Audiencia Nacional, hubiesen entendido la ausencia de motivos económicos válidos como un supuesto de aplicación de la cláusula antiabuso que no requiere la valoración de la existencia de fraude o evasión fiscal.

A pesar de las contradicciones señaladas, en opinión de Sanz Gadea<sup>51</sup>, la jurisprudencia española más sólida asocia la ausencia de motivos económicos válidos a la existencia de fraude o evasión fiscal, mediante la técnica de presunciones, lo que descartaría esa objetivación de la cláusula antiabuso del Régimen fiscal especial de reestructuraciones que apuntábamos. Sin embargo, recientemente, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 31 de marzo de 2021 (Rec. 5886/2019) parece haber retomado la teoría de que, la ausencia de motivos económicos válidos posibilitaría, por sí misma, la regularización del Régimen fiscal especial de reestructuraciones, lo que podría ocasionar una inseguridad jurídica al contribuyente.

### III. CONCLUSIONES

La trasposición de la Directiva de fusiones a la normativa española y su interpretación han originado un debate jurídico en torno a su adecuación, así como respecto a la posible vulneración de determinadas libertades fundamentales reguladas en el Derecho primario de la Unión Europea.

En particular, respecto a la regulación específica del canje de valores y, en particular, sobre la exigencia, actualmente regulada en el artículo 80.1.a) de la LIS, de que la Entidad adquirente sea residente en España cuando el Socio no es residente en un Estado miembro, se podría llegar a plantear una posible vulneración de la libre circulación de capitales, desde la perspectiva de ese Socio. Este posible planteamiento de esa vulneración podría evitarse si se aceptase que la Entidad adquirente fuera residente en un Estado miembro.

Por lo que se refiere a la cláusula antiabuso establecida en el artículo 89.2 de la LIS y aplicable a efectos del Régimen fiscal especial de reestructuraciones, se ha interpretado en distintas ocasiones, entre otros, por el Tribunal Supremo, que la ausencia de motivos

---

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2012 (Rec. 3944/2009). Esta sentencia se cita en las de propio Tribunal de fecha 3 de julio de 2012 (Rec. 4851/2009), 24 de septiembre de 2012 (Rec. 1595/2009), 14 de septiembre de 2012 (Rec. 5080/2009) y 18 de octubre de 2012 (Rec. 3448/2011).

<sup>51</sup> SANZ GADEA, E., «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo respecto del régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial», *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 1, 2022, p. 21.

económicos válidos, unida a la obtención de una ventaja fiscal, sería suficiente para su aplicación, con independencia de la voluntad perseguida por el contribuyente al ejecutar una reestructuración. Este extremo podría provocar la objetivación de la cláusula antiabuso. A su vez, dicha interpretación contradeciría el literal de la cláusula regulada en la Directiva de fusiones, que otorgaría a los Estados miembros la capacidad de regularizar el régimen fiscal que esa Directiva establece siempre que la reestructuración tenga como principal objetivo, o como uno de los principales, el fraude o la evasión fiscal. Sin embargo, se destaca que existen otros pronunciamientos del Tribunal Supremo alineados con esta última postura, alternados en el tiempo con los primeros, lo que podría generar una inseguridad jurídica para los contribuyentes.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., «La directiva de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros» en: *Derecho tributario de la Unión Europea*, Madrid (CISS), 2019.
- CALDERÓN CARRERO, J.M., «Canjes de valores internacionales y derecho comunitario europeo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 12, 2008, pp. 144-148.
- CALVO VERGEZ, J., «Fusiones y escisiones en el Impuesto sobre Sociedades: cuestiones conflictivas», *Carta tributaria*, núm. 18, 2011.
- CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.), *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, Valencia (CISS), 2015.
- CHECA GÓNZALEZ, C., «Nuevo Régimen fiscal del canje de valores», *Quincena Fiscal*, núm. 15, 2010.
- DOURADO, A.P. y WATTEL, P.: «Third States and External Tax Relations» en *European Tax Law*. Seventh Edition, volume I, Holanda (Wolters Kluwer), 2018
- GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ, B. *Et al.*, *Guía Impuesto sobre Sociedades*, 2ª ed., Valencia (CISS), 2008.
- GORDILLO FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, I., «Applying the Merger Directive beyond its scope in third-country scenarios: an alternative approach to A Oy (case C-48/11) », *European Taxation 2013*, part 1.
- GORDILLO FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, I.: «Applying the Merger Directive beyond its scope in third-country scenarios: an alternative approach to A Oy (case C-48/11) », *European Taxation 2013*, part 2.

- GRACIA ESPINAR, E. Y HERNÁNDEZ GALANTE, J., «Crítica a la consulta de la DGT V1617-08. El concepto de canje de valores cuando intervienen socios extracomunitarios» en: GÓMEZ-BARREDA, R. (coord.), *Anuario Fiscal 2009. Los casos más relevantes en 2008 de los grandes despachos*, Madrid (Cuatrecasas, Gonçalves Pereira), 2009.
- HELMINEN, M., *EU tax law: direct taxation*, Amsterdam (IBFD), 2022.
- MENÉNDEZ GARCÍA, G., «Impuesto sobre Sociedades. Regímenes especiales: Análisis de las modificaciones introducidas en la normativa reguladora del impuesto sobre sociedades en relación con el régimen especial de las operaciones de reestructuración empresarial», *La nueva tributación tras la reforma fiscal*, Madrid (CISS), 2016.
- ROMERO DE LA VEGA, A. Y SALTO GUGLIERI, J., «Ventaja fiscal e Inaplicación Parcial en el Régimen Especial de Fusiones», *Carta Tributaria*, núm. 26, 2017.
- SANZ GADEA, E., «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo respecto del régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial», *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 1, 2022.