TEAC

Criterio 1 de 2 de la resolución: 00/05240/2022/00/00

Resolución **00/05240/2022/00/00** · 24 de junio de 2025

CALIFICACIÓN	Doctrina
ÓRGANO	TEAC
Nº RESOLUCIÓN	00/05240/2022/00/00
FECHA	24 de junio de 2025

Asunto: IRPF. Ganancias patrimoniales. Aportación no dineraria (AND) a una sociedad “holding”, por persona física, de acciones de una sociedad dedicada al comercio electrónico, acogida al régimen FEAC. Aplicación de la cláusula antiabuso de dicho régimen por considerar que su objetivo único o principal es aplicar a los beneficios procedentes de las acciones aportada la exención del artículo 21 de la LIS, evitando de forma abusiva la aplicación del IRPF. Identificación de la ventaja fiscal que debe eliminarse. Posible consideración como tal de la parte de la valoración de las acciones aportadas que refleja la expectativa de rentabilidad futura del negocio, medida aplicando a los beneficios ya conocidos de ejercicios anteriores un multiplicador específico para empresas dedicada al comercio electrónico.

Normativa aplicable

- Ley 35/2006 Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas IRPF 37.1.d)
- Ley 27/2014 Impuesto sobre Sociedades 21
- Ley 27/2014 art. 89.2

Conceptos: Aportaciones no dinerarias · Beneficios fiscales · Cláusula antiabuso · Diferimiento · Ganancias y pérdidas patrimoniales/Incrementos y disminuciones de patrimonio · Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas IRPF · Persona física · Régimen fiscal de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores RFE

Tribunal Económico-Administrativo Central
SALA PRIMERA

FECHA: 24 de junio de 2025
PROCEDIMIENTO: 00-05240-2022
CONCEPTO: IMPUESTO RENTA PERSONAS FÍSICAS. IRPF
NATURALEZA: RECLAMACION UNICA INSTANCIA GENERAL
RECLAMANTE: **Axy** - NIF ...
DOMICILIO: ... - España

En Madrid , se ha constituido el Tribunal como arriba se indica, para resolver en única instancia la reclamación de referencia, tramitada por procedimiento general.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

El día 21/06/2022 tuvo entrada en este Tribunal la presente reclamación económico administrativa, interpuesta el 17/06/2022 contra el acuerdo de liquidación A28...3 ,dictado por la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de Madrid de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) por el IRPF 2016, siendo la cuantía de la reclamación 429.662,91 euros.

SEGUNDO.- Las actuaciones de comprobación e investigación con el obligado tributario se iniciaron por la Dependencia de Regional de Inspección de Madrid mediante comunicación de inicio notificada en fecha 02/12/2020, cuyo objeto era la comprobación del IRPF del ejercicio 2016, con alcance parcial, limitándose a la comprobación de "*la renta generada por las aportaciones no dinerarias realizadas en 2016 en operación de constitución de la sociedad **TW** (...), quedando, por tanto, excluida de dicha actuación la comprobación de los restantes elementos de la obligación tributaria, así como las magnitudes procedentes de ejercicios anteriores que tengan incidencia en la liquidación que resulte de la actuación parcial, en relación con el siguiente concepto y periodo: IRPF 2016*"

El ... /2016, mediante escritura pública, se constituye la sociedad **TW** por los cónyuges **Bts** y **Axy** (reclamante) , siendo suscritas sus participaciones al 50% por cada uno de los cónyuges, mediante la aportación de 1510 participaciones cada uno (valoradas en 1.***.*** euros, las 1510 participaciones) de la entidad **XZ** y 1500 euros en metálico cada uno, acogiéndose al régimen especial del Impuesto sobre Sociedades, contemplado en el Título VII, Capítulo VII artículos 76 y siguientes de la Ley 27/2014 de 27 de noviembre del Impuesto sobre Sociedades (LIS), en adelante RFEAC o régimen FEAC. Consta en el expediente que **XZ** SL no había repartido dividendos desde su constitución en 2007 hasta el año 2017, siendo el reparto de dividendos producido en dicho ejercicio y posteriores el siguiente:

- -2017:434.000,00
- -2018: 40.000,00
- -2019: 440.000,00
- -2020: 660.000,00

El reparto de estos dividendos de **XZ** a **TW** se beneficia de la exención del artículo 21 LIS.

El acuerdo de liquidación, en síntesis, considera que no procede la aplicación del régimen FEAC a la aportación no dineraria realizada por el reclamante de las acciones de la sociedad **XZ** en la constitución de la entidad **TW** ya que en la operación analizada no ha existido motivo económico válido, sino que la misma ha tenido como finalidad obtener las siguientes ventajas fiscales:

- el diferimiento de la tributación de las ganancias de patrimonio puestas de manifiesto por la transmisión de los elementos patrimoniales objeto de la aportación no dineraria

- la exención de la tributación de los dividendos repartidos por **XZ** al amparo del artículo 21 LIS, ya que mientras que en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas los dividendos tributan en la base imponible del ahorro; en el Impuesto sobre Sociedades sin embargo , estos mismos dividendos se benefician de una exención en la cuota del 100%.

Por tanto, concluye la inspección que, al no resultar aplicable el régimen especial FEAC, la ganancia patrimonial resultante de la aportación no dineraria de acciones de la sociedad **XZ** en la constitución de la entidad **TW** debe tributar según las normas establecidas en el artículo 37.1.d) de la LIRPF, imputando en el 2016 la totalidad de la GP obtenida, de manera que se aumenta en 1.561.990,00 euros la base imponible del ahorro del IRPF del ejercicio 2016.

TERCERO.-

Disconforme con el acuerdo de liquidación referenciado anteriormente, el reclamante interpuso contra la liquidación derivada del acta de disconformidad reclamación económico-administrativa ante este TEAC.

En síntesis alega el interesado su disconformidad con la no aplicación del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores (FEAC), considerando que la operación sí responde a motivos económicos válidos y que no existe ventaja fiscal abusiva, que se han cumplido todos los requisitos fomales y materiales establecidos para la aplicación del RFEAC y que la actuación de la inspección es incoherente y vulnera el principio de seguridad jurídica.

CUARTO.-

La sociedad **TW** también fue objeto de un procedimiento inspector en relación con el IS 2016 , que culminó en la correspondiente liquidación en la que se le denegaba la aplicación del régimen FEAC (cuota 0) a la operación aquí analizada. El acta de la sociedad consta en el expediente de la persona física, habiéndose tramitado como acta en disconformidad y quedando acreditado que la comprobación de los requisitos de aplicación del RFEAC se ha realizado en sede de la sociedad. La liquidación resultante de dicho acta no consta recurrida en las bases de datos a las que tiene acceso este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), así como en el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA), aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo. No concurre ninguna de las causas de inadmisibilidad previstas en el artículo 239.4 de la LGT.

SEGUNDO.- Este Tribunal debe pronunciarse respecto a lo siguiente:

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), así como en el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA), aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo. No concurre ninguna de las causas de inadmisibilidad previstas en el artículo 239.4 de la LGT y se cumplen, en especial, los requisitos de cuantía previstos en la Disposición Adicional decimocuarta de la LGT y el artículo 36 del RGRVA.

SEGUNDO.- Este Tribunal debe pronunciarse sobre lo siguiente:

La conformidad a derecho de la resolución del TEAR objeto del presente recurso. En concreto, se trata de determinar:

-si la aportación no dineraria de participaciones sociales de **XZ** a la entidad **TW** SL, realizada por el obligado tributario, puede acogerse al Régimen FEAC, o si, por el contrario, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 89.2 LIS según el cual:

> *"2. No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.*
>
> *Las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal."*

TERCERO.- HECHOS y REGULARIZACIÓN DE LA INSPECCIÓN

De los hechos que constan en el expediente administrativo interesa destacar, para la resolución de este recurso, los siguientes:

El … /2016, mediante escritura pública, se constituye la sociedad **TW** por los cónyuges **Bts** y **Axy** (reclamante), siendo suscritas sus participaciones al 50% por cada uno de los cónyuges, mediante la aportación de 1510 participaciones cada uno de la entidad **XZ** y 1500 euros en metálico cada uno, acogiéndose al régimen FEAC. Sin embargo, no consta la presentación por **TW** de escrito dirigido a la Administración tributaria comunicando la aplicación del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores en el plazo de 3 meses de conformidad con lo señalado en el artículo 89 de la LIS.

Los **motivos económicos** de la operación señalados por el reclamante a lo largo del procedimiento inspector son los que se explicitan en las páginas 71 y 72 de la liquidación, en síntesis :

- - Optimizar los recursos financieros y optimizar la capacidad de gestión de los recursos, generados por las compañías del Grupo empresarial
- -Optimizar los recursos generados en el Grupo empresarial con los que se financiarían, en todo o parte, los nuevos proyectos que acometería el núcleo familiar
- -Planificar el futuro relevo generacional y posibilitar la entrada en el accionariado de posibles socios en el negocio o en otros negocios
- -Racionalizar la gestión del Grupo motivando una mayor eficacia organizativa del Grupo
- -Centralizar la planificación y la toma de decisiones

DATOS DE LA SOCIEDAD OPERATIVA CUYAS ACCIONES SE APORTAN EN LA AND

- La entidad **XZ** es una sociedad operativa dedicada al "COMERCIO … DE TODO TIPO DE (...). LA ORGANIZACION, ... Y COMERCIALIZACION DE ACTIVIDADES DEPORTIVAS (...)." que, antes de la AND, estaba participada al 50% por el reclamante y al 50 % por su cónyuge, siendo administrador único de la sociedad desde su constitución **Axy**. La sociedad cuenta con más de ... trabajadores, entre los que se encuentran el reclamante y su cónyuge.

En 2016 y tras la operación de APORTACIÓN NO DINERARIA en la constitución de la sociedad, **TW**, S.L, la entidad **XZ** se convierte en sociedad unipersonal, participada en un 100% por la primera.

El capital de la sociedad **XZ** es de 3020 euros desde su constitución, y consta en el expediente (pág 8 acuerdo de liquidación) como el importe de la prima de emisión y reservas ha ido aumentando desde su constitución hasta situarse en el año 2015 en 3**.***,** euros y en 2016 en 7**.***,** euros. Así mismo consta que en el año 2015 **XZ**

tuvo un resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias de 3**.***,** euros. Los resultados de los distintos ejercicios y el histórico de dotación a reservas y reparto de dividendos desde su constitución hasta el año 2019 se encuentran en las paginas 7 y ss del acuerdo de liquidación.

-Consta en el expediente que **XZ** SL no había repartido dividendos desde su constitución en 2007 hasta el año 2017, siendo el reparto de dividendos producido en dicho ejercicio y posteriores el siguiente:

- -2017:434.000,00
- -2018: 40.000,00
- -2019: 440.000,00
- -2020: 660.000,00

El reparto de estos dividendos de **XZ** a **TW** se beneficia de la exención del artículo 21 LIS. En este sentido, las declaraciones de IS de **TW** recogen la percepción de los dividendos anteriormente señalados , aplicándose la exención del 21 LIS. Así, la cuenta de PyG de **TW** registra como "ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio en empresas del grupo y asociadas" y en la partida "Exención sobre dividendos y rentas derivadas de transmisión de valores entidades residentes y no residentes (art.21 LIS)", los siguientes importes:

- -2017:434.000,00
- -2018: 40.000,00
- -2019: 440.000,00

El acuerdo de liquidación hace constar que "Los 660.000 euros que **XZ** SL consigna con cargo al ejercicio 2019, no se perciben por **TW** hasta 2020."

DATOS DE LA SOCIEDAD DE NUEVA CREACIÓN BENEFICIARIA DE LA AND DE LA QUE SON TITULARES LOS CÓNYUGES AL 50%

- La sociedad **TW** se constituye el … /2016, mediante escritura pública, estando participada en un 50 % por el reclamante y un 50 % por su cónyuge. Ambos figuran como administradores solidarios de la entidad. Cada uno suscribió 1.565.000 participaciones sociales del capital social de la compañía (aportando 1510 participaciones de la sociedad **XZ** valoradas en 1.***.*** euros, y 1500 euros en efectivo). Dado que la sociedad XZ tenía en circulación 3.020 participaciones, la aportación realizada fue del 100%

Su actividad principal de acuerdo con el registro mercantil es el señalado en la página 11 del acuerdo de liquidación, en síntesis, la adquisición, cesión, (...) y explotación en cualquier forma legal de bienes inmuebles rústicos y urbanos y las actividades de las sociedades holding; y se encuentra dada de alta en el epígrafe 842 del IAE referido a servicios financieros y contables.

El domicilio social de **TW** es el de la residecia habitual de los socios en el momento de constitución de la sociedad, si bien en 2019 se traslada a una nave industrial en MUNICIPIO_1, que es aquella donde realiza su actividad **XZ**, siendo esta última sociedad arrendataria de **TW**.

En 2016 la sociedad TW cuenta con dos empleados: Su socia **Bts**, con una retribución de 2*.***,** euros, y la que, según las indagaciones de la inspección se trata de la empleada del hogar del matrimonio, con una retribución de 9.***,** euros y una jornada de lunes a domingo. En los extractos de la cuenta de perdidas y ganancias de las sociedad **TW** que aparecen en la liquidación de la inspección, se observa como el importe de los gastos de personal es creciente en los años siguientes (no constando en la liquidación cambio alguno en las personas empleadas), hasta sobrepasar los 100.000 euros en 2019.

OTROS HECHOS RELEVANTES Y CONCLUSIONES DE LA INSPECCIÓN

Con posterioridad a las AND, en el año 2016, **TW** declara realizar las siguientes inversiones :

- Adquisición a **JK**, por 220.000 euros, de nave industrial sita en la Calle (… ...) de MUNICIPIO_1 (...). Nave número .... - Arrendada a **XZ**, S.L.U. desde el ... de 2016.

- Adquisición a dos personas físicas, por 1.550.000 euros, de Vivienda Unifamiliar número ..., en la Calle …, MUNICIPIO_1 (...). - En proceso de licencia para reforma y posterior arrendamiento a D. **Axy** y Dña. **Bts** desde ... de 2018.

En las actuaciones inspectoras, en relación con los inmuebles anteriores, únicamente se aporta el contrato de arrendamiento relativo a la nave industrial. Los ingresos de dicho arrendamiento constituyen los únicos ingresos de **TW** SL en nombre y representación de la entidad **XZ**, destinándose la nave, de acuerdo con lo estipulado en el

contrato, a almacén de distribución, estipulándose una renta de 48.000,00 euros anuales, a razón de 4.000,00 euros mensuales.

La vivienda unifamiliar es adquirida parcialmente (1.140.000) con un préstamo hipotecario obtenido por **TW**, siendo fiadores los cónyuges y la sociedad **XZ**, con garantia hipotecaria.

Señala la inspección que:

> *"En síntesis, puede concluirse que de la contestación del obligado tributario y el análisis de la única cuenta corriente de la que resulta titular la sociedad **TW** se desprende que tras la constitución de la sociedad se producen las siguientes adquisiciones, siendo estas las operaciones sustancialmente relevantes tras la constitución de la sociedad :*
>
> *- Finca situada en (...) -Vivienda unifamiliar que años después pasa a ser la residencia habitual del matrimonio*
>
> *- Nave de la calle ....*
>
> *Dichas adquisiciones son financiadas en parte con el préstamo bancario obtenido de BANCO_1 (1.140.000), así como con cantidades ingresadas por los socios en concepto de préstamos y por la línea de crédito formalizada con la propia sociedad **XZ** (...)."*

La inspección realizó una investigación en relación con los ingresos y gastos de la sociedad llegando a las siguientes conclusiones:

> *"Del análisis de los gastos de explotación declarados, tal y como consta en la declaración del Impuesto sobre Sociedades presentada por el obligado tributario en el ejercicio 2016 se desprende los siguiente:*
>
> *Los gastos de personal se refieren a la socia y administradora de la sociedad y el segundo perceptor ha quedado demostrado que se trata de la empleada del hogar del matrimonio (socios de **TW** SL) y suponen el 63% de los gastos de explotación de la sociedad, y el resto hasta un 94%, son gastos personales de los socios (seguros de vida) y gastos relativos a inmueble no arrendado ni afecto a explotación económica alguna (vivienda unifamiliar sita en ...)*
>
> *En cuanto a los ingresos, solamente constan los derivados del contrato del alquiler de la Nave industrial situada en la calle ... formalizado con **XZ** SLU."*

En síntesis, la Inspección concluye que una vez analizada globalmente la mencionada operación de aportación no dineraria en función de las circunstancias concretas -anteriores, coetáneas y posteriores- que concurren en el presente caso, no procede la aplicación a la misma del régimen FEAC, en base a la cláusula antiabuso prevista en el artículo 89.2 LIS, en tanto que la misma no se efectuó por motivos económicos válidos sino con la mera finalidad de conseguir las siguientes ventajas fiscales.

- el diferimiento de la tributación de las ganancias de patrimonio puestas de manifiesto por la transmisión de los elementos patrimoniales objeto de la aportación no dineraria

- la exención de la tributación de los dividendos repartidos por **XZ** al amparo del artículo 21 LIS, ya que mientras que en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas los dividendos tributan en la base imponible del ahorro; en el Impuesto sobre Sociedades sin embargo , estos mismos dividendos se benefician de una exención del 100%.

Por tanto, concluye la inspección que, al no resultar aplicable el régimen especial FEAC, la ganancia patrimonial resultante de la aportación no dineraria de acciones de la sociedad **XZ** en la constitución de la entidad **TW** debe tributar según las normas establecidas en el artículo 37.1.d) de la LIRPF, imputando en el 2016 la totalidad de la GP obtenida, de manera que se aumenta en 1.561.990,00 euros la base imponible del ahorro del IRPF del ejercicio 2016, en cada uno de los cónyuges.

El cálculo de dicha ganancia patrimonial se determina como la diferencia entre su precio de adquisición para cada uno de los cónyuges y su valor a efectos de la aportación no dineraria, arrojando un resultado de 1.561.990,00 euros.

Para determinar el valor de mercado de las participaciones de **XZ** a efectos de la AND, consta en el expediente de la sociedad, en la documentación aportada tras la comunicación de inicio de actuaciones que se aporta Informe de valoración de las participaciones de **XZ**. En dicho informe de valoración se explica, en su apartado II, la mecánica valorativa señalando que el procedimiento de valoración ha sido el siguiente:

- - Cálculo del EBITDA bruto medio del último ejercicio cerrado
- {C}{C}{C}{C}{C}{C}{C}- Realización de ajustes al EBITDA en función de los ingresos y gastos no afectos al desarrollo de la actividad , para determinar el EBITDA neto.

- - Aplicación del coeficiente multiplicador medio utilizado en transacciones del sector del comercio electrónico
- {C}{C}{C}{C}{C}{C}{C}- Determinación del valor neto de la posición financiera neta (PFN) de la mercantil.
- - En su caso determinación del valor neto del inmovilizado material e inmaterial.

En el apartado VIII se refleja la VALORACIÓN DE LA SOCIEDAD, calculada de la siguiente forma:

EBITDA BRUTO: 187.712,86

Ajustes: 109.830,00

EBITDA NETO: 297.542,86

Multiplicador: 7,37

EBITDA FINAL: 2.192.890,88

POSICIÓN FINANCIERA NETA: -43.601,70

VALORACION ACTIVOS: 973.425,67

VALORACION: 3.122.714,85

Concluye el informe:

> *"Por lo que en base a estos datos, podemos concluir que la sociedad tiene un valor de mercado a efectos de posibles actuaciones de venta de TRES MILLONES CIENTO VEINTISIETE MIL EUROS (3.127.000,00 euros), y , a los efectos oportunos se emite el presente informe en Madrid, a 12 de enero de 2016.*
>
> *Todo ello salvo mejor opinion, fundada en derecho."*

La inspección no cuestiona este valor de mercado indicando:

> *"Por lo que de acuerdo con el Informe anterior el obligado tributario manifiesta que la aportación no dineraria, supone un valor de mercado de la sociedad a efectos de venta de 3.127.000 (50%)."*

Así, la ganancia patrimonial para cada uno de los cónyuges sería el resultado de : valor a efectos de la aportación no dineraria - precio de adquisición = (50%x 3.127.000) - 1.510,00= 1.561.990,00

CUARTO.- **ALEGACIONES DEL RECLAMANTE 1. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS DE APLICACIÓN DEL RFEAC**

En primer lugar alega el reclamante que, por su parte, se ha producido el íntegro cumplimiento de todos los requisitos formales y materiales establecidos para la aplicación del Régimen Especial de Neutralidad Fiscal (Régimen FEAC), en el artículo 89.2 de la Ley 27/2014, de 5 de marzo, del Impuesto sobre Sociedades. Señala el reclamante que la propia inspección señala en el acta que se cumplen los requisitos formales y materiales aplicación del régimen.

En este sentido, cabe señalar que lo que se ha reconocido por parte de la Inspección es el cumplimiento *a priori* de los requisitos exigidos en el artículo 87 de la LIS para poder aplicar a la operación de aportación no dineraria de participaciones sociales de la entidad **XZ** SL por parte de los cónyuges reclamantes para la constitución de la sociedad TW SL el régimen FEAC. Al haberse constatado que la aportación no dineraria analizada cumplía los requisitos exigidos en dicho artículo 87 de la LIS, cabía la posibilidad de aplicar el RFEAC realizando la comunicación correspondiente a la AEAT.

No es cierto, en contra de lo alegado, que en el acta incoada, y en el acuerdo de liquidación la Inspección reconozca que se ha producido el "*cumplimiento íntegro de los requisitos formales y materiales establecidos en el artículo 89 de la ley del impuesto*" pues es evidente que se ha constatado precisamente que se produce la situación prevista en el artículo 89.2 LIS ("*la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, (...) sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal...;")*, y en base a dicho incumplimiento (incumplimiento del requisito de tener motivos económicos válidos y no efectuar la operación con la finalidad de conseguir una ventaja fiscal) se ha determinado la inaplicación del régimen FEAC.

Así, ante la inexistencia de MEV y la existencia de ventaja fiscal abusiva, la aplicación del RFEAC decae (total o parcialmente, como explicaremos posteriormente).

Además, puesto que el reclamante alega el cumplimiento de todos los requisitos formales y materiales de aplicación del régimen, no puede dejar de observar este TEAC como consta en el expediente el incumplimiento del deber de comunicación a la AEAT por parte de la sociedad beneficiara de la AND de haberse acogido al RFEAC. Si bien este incumplimiento no determina la inaplicación del RFEAC, ante una alegación tan contundente, no se puede dejar de señalar este incumplimiento formal .

Así, el artículo 48 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades establece que la realización de las operaciones reguladas en el capítulo VII del título VII de la Ley del Impuesto deberá ser objeto de comunicación a la Administración tributaria, que será efectuada por la entidad adquirente de las operaciones, pero en el caso que nos ocupa no consta la presentación por **TW** de escrito dirigido a la Administración tributaria comunicando la aplicación del Régimen Especial FEAC aunque sí conste presentado el escrito por los socios **Bts** (ASIENTO REGISTRAL: RGE_1 (10-05-2016)) y **Axy** (ASIENTO REGISTRAL: RGE_2 (10-05-2016)).

Por todo ello, se desestiman las alegaciones del reclamante en relación con el íntegro cumplimiento de los requisitos para la aplicación del régimen.

QUINTO.- ALEGACIONES DEL RECLAMANTE 2: ALEGACIONES EN RELACION CON LOS MEV y LA VENTAJA FISCAL

Continúa el reclamante solicitando la anulación de la liquidación, por considerar que existieron MEV para la operación y que no existió una ventaja fiscal abusiva, defendiendo la aplicación del régimen especial FEAC en base, en síntesis, a las siguientes alegaciones:

A) En primer lugar, alega el reclamante errónea interpretación de los elementos fácticos, temporales y económicos, que configuran la errónea argumentación sobre el incumplimiento de la justificación de los motivos económicos válidos realizada por la Inspección, y que la llevan a manifestar que la operación se ha realizado con el objetivo del fraude o evasión fiscal. En síntesis reitera el reclamante los motivos económicos que le llevaron a hacer la AND, indicando, adicionalmente que el objetivo de reestructurar su patrimonio empresarial y familiar y salvaguardar los activos no fue el único motivo sino que también ambos cónyuges querían diversificar las inversiones que realizaban, como fue la inversión en mercados organizados de monedas virtuales y criptomonedas.

En concreto, en relación con los MEV señala el reclamante que:

1. Gracias a la racionalización y diversificación de actividades realizada se ha logrado un crecimiento continuado de la actividad económica, tanto a nivel nacional como internacional, aumentando la producción y capacidad de comercialización hasta en cinco veces con respecto al ejercicio en que se realizó la reestructuración.

2. En relación con la mejora de la eficiencia empresarial, limitación de riesgo y protección del patrimonio inmobiliario, señala el reclamante que la sociedad tiene un elevado ratio de riesgo de actividad, al ser un producto que no es de primera necesidad de venta a un heterogéneo consumidor final, lo que según los propios indicadores de la Unión Europea de la Agenda 2030, colocan su actividad entre las de más alto ratio de riesgo de la UE.

Es por ello, que para diversificar la inversión familiar y proteger el patrimonio que se pueda generar producto de la inversión inmobiliaria (vinculada o no a la actividad de **XZ**), se decide racionalizar y diferenciar la parte de inversión familiar, de la actividad económica principal propiamente dicha, dicho sea de paso, este motivo es el esencial a la hora de realizar la reestructuración, toda vez que permite limitar el riesgo, limitar la responsabilidad, separar jurídicamente ambas actividades y proteger el patrimonio familiar. Cita diversas sentencias.

3. Inexistencia de beneficios fiscales o mejora e incremento de la capacidad económica de los aportantes.

Factor Temporal.

Manifiesta que en el ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2015, que es el ejercicio cerrado a la fecha de realizarse la aportación y el que se ha tomado en cuenta a efectos de valoración, la sociedad obtuvo un beneficio después de impuestos de 108.000 euros; entiende que es importante esta apreciación, toda vez que la sociedad **XZ** SLU a la fecha de realizarse la aportación, tenía un importante potencial, pero no unas enormes cantidades de reservas no distribuidas, como da a entender la Inspección en su planteamiento; es más, la sociedad no comienza a distribuir dividendos hasta el ... de 2017, fecha en que distribuye por primera vez dividendos, dividendos distribuidos con cargo al resultado del ejercicio 2016, es decir, beneficio neto después de impuestos generado siempre con posterioridad a la fecha en que se realizó la aportación no dineraria, que fue efectuada el 16 de febrero de 2016.

Es decir, señala el reclamante que el argumento de la Inspección cae por su propio peso, ya que la sociedad solo ha distribuido beneficios con cargo a resultados generados con posterioridad a la aportación, y no de beneficios generados con anterioridad a la realización de la operación, como quiere dar a entender en su manifestación.

Es importante, según el reclamante, que se aprecie correctamente el íter tempori de la operación, en parte gracias a la racionalización de recursos y a la reestructuración mercantil de la sociedad, se consiguen unos mejores resultados de la sociedad a partir de 2017, y que después de su tributación en el Impuesto de Sociedades de **XZ** SLU, se decida aprobar la distribución como dividendos al socio, casi un año y medio después de realizar la operación, para proteger los beneficios y que sean invertidos conforme a su objeto y actividad económica, normalmente en bienes muebles o inmuebles, solo puede ser considerado como un motivo económico valido y no como un beneficio fiscal.

Factor Económico.

Este apartado, viene simplemente a manifestar que en la constitución de la sociedad **TW**, no solo se aportaron las participaciones de **XZ**, sino que para el inicio de la actividad y la adquisición de los dos primeros bienes inmuebles que fueron objeto de inversión, los socios como personas físicas tuvieron que realizar aportaciones en forma de préstamo mercantil de SEISCIENTOS MIL EUROS (600.000 euros), según contrato de préstamo de ... de 2016, que obra aportado en el expediente.

Dicho contrato de préstamo, sigue vigente en la actualidad y está siendo objeto de amortización paulatinamente durante los últimos ejercicios; es decir, que los socios finalistas en cabecera de la sociedad, no han sido beneficiarios finales de ningún tipo de dividendo o cantidad dineraria, ni receptores de fondos de la sociedad, sino que han tenido que realizar aportaciones dinerarias con cargo a sus ahorros y patrimonio personal, para financiar el inicio de la actividad económica de la sociedad.

Igualmente, y de acuerdo con el principio de capacidad económica, debe quedar constancia de que la operación de aportación no dineraria, implica una revalorización teórica de acuerdo al valor de mercado de la sociedad cuyas participaciones se aportan, en cumplimiento de la normativa fiscal y contable, pero en ningún caso tiene una repercusión económica en forma de mayor dinero en efectivo o generación de capacidad económica para el aportante, que sigue siendo titular de las mismas participaciones de **XZ**, SLU, pero a través de la titularidad de las participaciones de **TW** S.L. según establece el propio artículo 18 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en materia de valoración de las operaciones vinculadas.

La aplicación de la exención contenida en el artículo 21 de la Ley y el Principio de la Libertad de Empresa.

Por último en este apartado, discrepa el reclamante con la interpretación de la Inspección Tributaria con respecto a la aplicación del artículo 21 LIS, ya que tal y como, según él, se ha demostrado, los dividendos cuya exención se practica han sido generados siempre con carácter posterior a un año y medio de la fecha de aportación, y no lo han sido nunca con cargo a reservas no distribuidas de ejercicios anteriores a esa fecha

Según el reclamante, la administración tributaria no se puede permitir realizar una interpretación tan restrictiva y teledirigida para forzar al contribuyente a tributar sobre conceptos económicos inexistentes y no generados, basándose en interpretaciones torticeras, banales y fuera de lugar, que atentan contra la libertad de empresa y la más elemental seguridad jurídica, aprobadas en el artículo 38 de la Constitución y el artículo 16 del Tratado Fundacional de Unión Europea.

B) En segundo lugar, alega el reclamante la falta de coherencia interpretativa y de fondo jurídico de la jurisprudencia aportada por la Inspección, que vulnera gravemente el principio de seguridad jurídica, perjudicando gravemente los intereses del reclamante. En esta alegación, el reclamante, en síntesis, se remite a diversas consultas vinculantes de la DGT y sentencias judiciales que, en los concretos casos para los que se ponuncian, avalan como motivos económicos válidos algunos de los señalados por el reclamante.

SEXTO.- NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA APLICABLE

Conforme al artículo 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre (en adelante, LIRPF), son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos.

El artículo 37.1.d) de la LIRPF contiene una regla específica de valoración aplicable a las ganancias y pérdidas patrimoniales puestas de manifiesto con ocasión de una aportación no dineraria a sociedades:

> *"d) De las aportaciones no dinerarias a sociedades, la ganancia o pérdida se determinará por la diferencia entre el valor de adquisición de los bienes o derechos aportados y la cantidad mayor de las siguientes:*
>
> *Primera.-El valor nominal de las acciones o participaciones sociales recibidas por la aportación o, en su caso, la parte correspondiente del mismo. A este valor se añadirá el importe de las primas de emisión.*
>
> *Segunda.-El valor de cotización de los títulos recibidos en el día en que se formalice la aportación o el inmediato anterior.*
>
> *Tercera.-El valor de mercado del bien o derecho aportado.*
>
> *El valor de transmisión así calculado se tendrá en cuenta para determinar el valor de adquisición de los títulos recibidos como consecuencia de la aportación no dineraria."*

Si bien, conforme al artículo 37.3 de la LIRPF, dicha norma específica de valoración se entenderá sin perjuicio de lo establecido en el capítulo VIII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, es decir, de la regulación del régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores (en adelante,

régimen FEAC).

El régimen FEAC, regulado en el ejercicio objeto de comprobación en los artículos 76-89 LIS, es fruto de la transposición de la Directiva 2009/133/CE, cuyo antecedente es la Directiva 90/434/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones.

El régimen pretende garantizar la neutralidad fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial. Persigue como objetivo fundamental evitar que las implicaciones fiscales que pudieran derivarse del régimen general del Impuesto resulten un impedimento para la toma de decisiones empresariales tendentes a la reestructuración, reorganización o racionalización de actividades. Dicho propósito de neutralidad fiscal se materializa, esencialmente, en el diferimiento en la tributación de las rentas generadas en la transmisión de los elementos patrimoniales objeto de las operaciones.

La incorporación de este régimen fiscal en nuestro derecho es fruto de la trasposición de la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, "relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros".

La propia Directiva comienza por sintetizar sus objetivos, medios y límites (énfasis añadido):

> *"Considerando que (...)* ***dichas operaciones no deben verse obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros****; que, por consiguiente, es importante* ***establecer para dichas operaciones unas normas fiscales neutras*** *respecto de la competencia,* ***con el fin de permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado común, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional;****(...)*
>
> *(...)el régimen fiscal común debe* ***evitar una imposición con ocasión de una fusión, de una escisión, de una aportación de activos o de un canje de acciones,*** *al tiempo que salvaguarde los intereses financieros del Estado de la sociedad transmitente o dominada;(...)*
>
> *Considerando que* ***el régimen de diferimiento, hasta su realización efectiva, de la tributación de plusvalías correspondientes a los bienes aportados,*** *aplicado a los de dichos bienes destinados al citado establecimiento permanente, permite evitar la tributación de las plusvalías correspondientes, al tiempo que se garantiza su gravamen ulterior por parte del Estado de la sociedad transmitente en el momento de su realización;*
>
> *Considerando que conviene prever la facultad de los Estados miembros de* ***rechazar el beneficio de la aplicación de la presente Directiva*** *cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal"*

Fue introducida por **la Ley 29/1991,** de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, cuya Exposicion de Motivos sigue siendo clarificadora (énfasis añadido):

> *"A través de estos negocios jurídicos se realizan habitualmente importantes* ***operaciones económicas de concentración y reestructuración de empresas;*** *de ahí su relevancia fiscal.*
>
> *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.***
>
> *Este régimen tributario responde a un* ***principio básico: La neutralidad.*** *La regulación contenida en* ***la presente norma no estimula la realización de las operaciones antedichas, pero tampoco las obstaculiza,*** *porque su ejecución no origina carga tributaria alguna, ni otro beneficio fiscal que el consistente en el diferimiento de aquélla.*
>
> *La neutralidad se alcanza a través de dos técnicas tributarias:*
>
> *a) No integración en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, que grava a las entidades transmitentes, de los incrementos y disminuciones de patrimonio correspondientes a los bienes transmitidos.*
>
> *b) Las entidades adquirentes deben valorar los elementos recibidos, a efectos fiscales, por el importe que tenían con anterioridad a la realización de la transmisión.*

> *Técnicas similares se utilizan respecto de los socios de las entidades transmitentes, ya que éstos no están obligados a integrar en su base imponible los incrementos y disminuciones de patrimonio que se produzcan con ocasión del canje de valores, pero los recibidos se valoran, a efectos fiscales, por el valor de adquisición de los entregados."*

La Directiva 2009/133/CE, del Consejo, de 19 de octubre de 2009, sustituyó a la anterior con, en lo que aquí interesará, análogo contenido.

De lo anterior resulta que estamos ante un régimen fiscal pensado para ser aplicado a "*operaciones económicas de concentración y reestructuración de empresas*", con una finalidad clara: "*permitir que las empresas aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional.*"

El contenido fiscal del régimen (evitar que dichas operaciones se vean *"obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros*") se resume en evitar la tributación que, sin él, se produciría al aplicar las reglas generales a las plusvalías que se pondrán de manifiesto en las transmisiones de activos o acciones ralizadas. Se consigue creando un "(...) r*égimen de diferimiento, hasta su realización efectiva, de la tributación de plusvalías correspondientes a los bienes aportados*", aplicable tanto por sociedades como por socios participantes.

Pero las Directivas también se preocupan por evitar el acceso al diferimiento que ofrece de modo fraudulento, al prever, para estos casos, "*la facultad de los Estados miembros de rechazar el beneficio de la aplicación de la presente Directiva"*

En desarrollo de esta premisa, el artículo 11.1 letra a) de la Directiva 90/434/CEE (posteriormente artículo 15.1 a) de la Directiva 2009/133/CE) contiene la siguiente cláusula antiabuso:

> *"Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones los títulos II, III y IV, o a retirar total o pacialmente el beneficio de las mismas, cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones*
>
> *a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que alguna de las operaciones contempladas en el artículo 1 no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; (...)"*

Esta cláusula antiabuso, reflejo del principio general del Derecho de la Unión que prohíbe el abuso del derecho, se incorporó a nuestro derecho a través de la La Ley 14/2000, de 29 de diciembre, que modificó la redacción del art. 110 de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades, siendo incorporada como artículo 96.2 al TRLIS, y sustituida por la posteriormente redactada por el artículo **89.2 de la LIS**, **de acuerdo con el cual:**

> *"2.* ***No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal.*** *En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.*
>
> ***Las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal****."*

De estas premisas normativas se extraen diversas conclusiones:

1. En primer lugar, se observa cómo la finalidad económico -empresarial de la operación de reestructuración ha de estar presente en las operaciones que se acogen al RFEAC.

A) Así, por una parte, se observa cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) pondera la finalidad de la operación a la hora de aplicar la cláusula antiabuso.

En diversas STJUE, en primer lugar el TJUE realiza un análisis objetivo del tipo de operaciones que pueden acogerse a FEAC, señalando:

> *"la letra d) del artículo 2 y del sistema general de la Directiva se deduce que el régimen fiscal común establecido en ella, que comprende diferentes ventajas fiscales, se aplica indistintamente a todas las operaciones de fusión, de escisión, de aportación de activos y de canje de acciones, abstracción hecha de sus motivos, ya sean éstos*

> *financieros, económicos o puramente fiscales " (sentencia de 17 de julio de 1997, Leur-Bloem, C-28/95, apartado 36; de 5 de julio de 2007, Kofoed, C-321/05, apartado 30; de 20 de mayo de 2010, Modehuis A. Zwijnenburg, C-352/08, apartado 41; Foggia, C 126/10, apartado 31; etc.)*

y, a continuación, el TJUE analiza un análisis subjetivo en sede de la aplicación de la clausula antiabuso de la *letra a) del apartado 1 del artículo 11 de la Directiva,* señalando que (el énfasis es de este TEAC) **:**

> ***"Los motivos de la operación proyectada vuelven a tener importancia al hacer uso de la facultad conferida a los Estados miembros por el artículo 11, apartado 1, de dicha Directiva, de no conceder el beneficio de las disposiciones de dicha Directiva (sentencia Modehuis A. Zwijnenburg, antes citada, apartado 42)." (****Foggia, C 126/10, apartado 32)*

Así, en la valoración de dichos motivos en sede de la aplicación de la cláusula antiabuso, señala la jurisprudencia europea que (el énfasis es de este TEAC):

> *"Del tenor y de los objetivos del artículo 11 así como los de la Directiva se deduce que **el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal**. Por consiguiente, u**na operación de fusión por canje de acciones que sólo persiguiera tal objetivo no puede constituir un motivo económico válido en el sentido de este artículo." (**Leur-Bloem, C-28/95, apartado 47;Foggia, C 126/10, apartado 34)*
>
> *"En consecuencia, puede constituir un motivo económico válido una operación de fusión basada en varios objetivos, **entre los que pueden también figurar consideraciones de naturaleza fiscal, a condición no obstante de que éstas últimas no sean preponderantes en el marco de la operación proyectada.(** Foggia, C 126/10, apartado 35)*
>
> *(...)*
>
> *Pues bien, **si se admite sistemáticamente que el ahorro de los costes estructurales resultantes de la reducción de los gastos administrativos y de gestión constituye un motivo económico válido, sin tener en cuenta los otros objetivos de la operación proyectada, y más en particular las ventajas fiscales, la regla enunciada en el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 se vería privada completamente de su finalidad**, que consiste en salvaguardar los intereses financieros de los Estados miembros al establecer, con arreglo al noveno considerando de dicha Directiva, la facultad de estos últimos de denegar la aplicación de las disposiciones previstas por la Directiva en caso de fraude o de evasión fiscal". (Foggia, C 126/10, apartado 49)*
>
> *"De este modo, el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, refleja el principio general del Derecho comunitario según el cual el abuso de derecho está prohibido. **Los justiciables no pueden invocar las normas del Derecho comunitario de manera abusiva o fraudulenta. La aplicación de estas normas no puede extenderse hasta llegar a cubrir prácticas abusivas, esto es, operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho comunitario** (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de marzo de 1999, Centros, C-212/97, Rec. p. I¿1459, apartado 24; de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros, C-255/02, Rec. p. I-1609, apartados 68 y 69; de 6 de abril de 2006, Agip Petroli, C-456/04, Rec. p. I-3395, apartados 19 y 20, y de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, Rec. p. I-7995, apartado 35)." (KOFOED C- 321/05, apartado 38, Foggia C 126/10, apartado 50)*

Posteriormente, encontramos otros pronunciamientos que sientan los principios a tener en cuenta a la hora de interpretar una cláusula antiabuso al amparo del derecho comunitario, como en la **STJUE de 26 de febrero de 2019 en los asuntos acumulados C-115/16, N Luxembourg 1, C-118/16 X Denmark A/S, C-119/16, C Danmark I, y C-299/16 Z Denmark ApS,** en la que, al analizar el posible abuso de derecho a apreciar cuando se está analizando la aplicablidad del Régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, según la Directiva 2003/49/CE, en la que se señala (el énfasis es de este TEAC):

> *"124 p**ara probar la existencia de una práctica abusiva es necesario que concurran, por un lado, una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, pese a haberse respetado formalmente las condiciones establecidas en la normativa de la Unión, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa y, por otro lado, un elemento subjetivo consistente en la voluntad de obtener un*

> ***beneficio resultante de la normativa de la Unión mediante la creación artificiosa de las condiciones exigidas para su obtención*** *(sentencias de 14 de diciembre de 2000, Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695, apartados 52 y 53, y de 12 de marzo de 2014, O. y B., C-456/12, EU:C:2014:135, apartado 58).*
>
> *125 De este modo,* ***el examen del conjunto de los hechos es lo que permitirá verificar si concurren los elementos constitutivos de una práctica abusiva, y especialmente si los operadores económicos han efectuado operaciones puramente formales o artificiales, carentes de toda justificación económica y comercial, con el objetivo esencial de obtener una ventaja indebida*** *(véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de junio de 2013, Newey, C-653/11, EU:C:2013:409, apartados 47 a 49; de 13 de marzo de 2014, SICES y otros, C-155/13, EU:C:2014:145, apartado 33, y de 14 de abril de 2016, Cervati y Malvi, C-131/14, EU:C:2016:255, apartado 47)"*

B) Por otra parte, esta finalidad económico- empresarial en la aplicación del régimen está en todo momento presente en nuestra jurisprudencia y doctrina administrativa. Sobre ello ha tenido ocasión de pronunciarse el **Tribunal Supremo** en diversas sentencias, pudiendo citarse, al respecto, la de **23 de noviembre de 2016 (recurso 3742/2015)** (el énfasis es de este TEAC)**:**

> *<<Como ha quedado expuesto, lo prohibido, lo que impide la aplicación del régimen especial de diferimiento no es más que se persiga como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal, nada más, y simple y llanamente para despejar posibles incógnitas de la concurrencia o no de dicho objetivo con la intensidad requerida, se establece la presunción vista, que no concurran motivos económicos válidos, integrando este concepto no sólo con que el objetivo no sea la racionalización y reestructuración de las actividades empresariales, sino que como se desprende de su tenor literal, "tales como", aparte de los citados, que quizás pudieran ser los más comunes,* ***caben otros objetivos empresariales que integran dicho concepto jurídico indeterminado, siempre que estos, como se ha dicho por la jurisprudencia, se conecte con la finalidad y objetivos del régimen especial de diferimiento, esto es, hacer posible la continuidad y desarrollo de la actividad empresarial****>>.*

En esos mismos términos se expresa, por ejemplo, la STS 463/2021, de 31/03/2021.

En este mismo sentido se ha ido pronunciando la Dirección General de Tributos (DGT) en sus distintas consultas, hasta la reciente **CV0050-25, de 22/01/2025**, que, tras reproducir el artículo 89.2 LIS señala (el resaltado es de este TEAC):

> *"Este precepto recoge de forma expresa la razón de ser del régimen de las fusiones, escisiones,aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea, que no essino asegurar que la fiscalidad no sea ni un freno ni un estímulo en las tomas de decisiones de lasempresas sobre operaciones de reorganización empresarial.*
>
> *Sin embargo, cuando el objetivo principal que se persiga con la operación de reestructuración seael fraude o la evasión fiscal, no resultará de aplicación el régimen fiscal regulado en el Capítulo VIIdel Título VII de la LIS, en los términos previstos en el párrafo segundo del artículo 89.2 de la LIS.*
>
> *En este punto, cabe traer a colación la sentencia* ***número 2508/2016, de 23 de noviembre de 2016,del*** *Tribunal Supremo cuyo FJ Segundo señala que*

> *"(...;) no se aplicará el régimen de diferimiento cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones tengacomo principal objetivo el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones contempladas no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, 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. Ahora bien,* ***pueden existir otros motivos económicos válidos,que no sean la reestructuración o racionalización de las actividades de las sociedades, pues como en otras ocasiones ha dicho este Tribunal Supremo, «Con tal que el negocio aspire, razonablemente, a la consecución de un objetivo empresarial, de la índole que fuere, debe decaerla idea de que, en los términos legales, "...la operación realizada tenga como principal objetivo elfraude o la evasión fiscal...."****.*

> *Por tanto, los motivos económicos válidos no constituyen un requisito sine qua non para la aplicación del régimen fiscal de reestructuración, sino que su ausencia puede constituir unapresunción de que la operación*

> *puede haberse realizado con el objetivo principal de fraude oevasión fiscal.*
>
> *Continua el Alto Tribunal, en su sentencia de 23 de noviembre de 2016, señalando que*

> *"...;lo prohibido, lo que impide la aplicación del régimen especial de diferimiento no es más que se persiga como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal, nada más, y simple y llanamente para despejar posibles incógnitas de la concurrencia o no de dicho objetivo con la intensidad requerida, seestablece la presunción vista, que no concurran motivos económicos válidos, integrando este concepto no sólo con que el objetivo no sea la racionalización y reestructuración de las actividades empresariales, sino que como se desprende de su tenor literal, " tales como", aparte de los citados,que quizás pudieran ser los más comunes, caben otros objetivos empresariales que integran dicho concepto jurídico indeterminado, siempre que estos, como se ha dicho por la jurisprudencia, se conecten con la finalidad y objetivos del régimen especial de diferimiento, esto es, hacer posible la continuidad y desarrollo de la actividad empresarial.".*

> *A mayor abundamiento, e**l Tribunal Supremo en su sentencia nº 1503/2022, de 16 de noviembre de 2022**, ha señalado:*

> *"La obtención de una ventaja fiscal está ínsita en el propio régimen de diferimiento puesto que se caracteriza por su neutralidad fiscal, de suerte que el componente fiscal ni sea disuasorio ni incentivador al efecto, se trata de propiciar reestructuraciones mediante la neutralidad fiscal; **la ventaja fiscal prohibida es la que se convierte en el objetivo y finalidad de la operación y no motivos económicos o empresariales, razones estas que lo justifica**. La ventaja fiscal, fuera de los casos en los que se presente como objetivo espurio, es legítima dentro de la economía de opción (...;)".*

> *En definitiva, si el objetivo principal perseguido con la operación de reestructuración fuese el fraude o la evasión fiscal, o dicho, en otros términos, fuese lograr una ventaja fiscal espuria o ilegítima,entraría en juego la cláusula contenida en el artículo 89.2 de la LIS y procedería eliminar la referida ventaja fiscal ilegítima."*

Así, la jurisprudencia admite, a efectos de validar el acogimiento al Régimen FEAC de este tipo de operaciones, la concurrencia de motivos distintos a la mera reorganización empresarial e, incluso, ha admitido la concurrencia de motivos fiscales sin que ello determine la inaplicación del Régimen FEAC siempre y cuando tales motivos fiscales sean secundarios y no preponderantes respecto del primero. Así, **la Audiencia Nacional en Sentencia de 2 de junio de 2016 (recurso n.º: 289/2013)** tiene dicho:

> *"nada impide que, legítimamente, se pueda perseguir en la escisión, a la vez, un doble objetivo: (...) Por tanto, excluida la existencia de una absoluta incompatibilidad conceptual entre ambos objetivos y, siendo clara la concurrencia del segundo de ellos, debemos comprobar si el primero, esto es, el de la reorganización empresarial, era realmente el objetivo principalmente perseguido".*

Con más claridad, si cabe, el Tribunal Supremo, ha señalado en su **Sentencia de 12 de noviembre de 2012 (recurso de casación n.º: 4299/2010)** que (el énfasis es de este TEAC):

> *"**Deben examinarse pues, caso por caso, cuáles son los objetivos designios perseguidos por la operación para determinar si los fiscales son los preponderantes**, puesto que sólo si se llega a esa convicción podrá concluirse que la fusión apalancada no se realizó por motivos económicos válidos". En idéntico sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 10/11/2011 (asunto C-126/10) ha resuelto que "puede constituir un motivo económico válido una operación de fusión basada en varios objetivos, entre los que pueden también figurar consideraciones de naturaleza fiscal, a condición no obstante de que éstas últimas no sean preponderantes en el marco de la operación proyectada".*

Por tanto, apreciada, al analizar una operación de este tipo, que existen "motivos económicos" pero también una motivación fiscal que podría considerarse, abusiva o fraudulenta, procedería comparar ambos para determinar cuál es el prioritario y sólo en el caso de que se concluya que esta última es la principal o la preponderante, acudir al mecanismo de regularización previsto en el artículo 89.2 de la LIS, procediendo a la eliminación de esta última, puesto que por ello se podría afirmar que el objetivo o la finalidad principal de la operación era el fraude o la evasión fiscal (es decir, que lo que se pretendía, al realizarla, esencialmente, era acceder a una ventaja fiscal que de no haberse llevado a cabo la operación no sería "accesible").

2. En relación con el examen de las circunstancias y la carga de la prueba hay que tener en cuenta diversos extremos:

El TJUE ha establecido como criterio jurisprudencial en diferentes sentencias que, para comprobar si la operación de que se trata tiene como objetivo principal, o como uno de sus principales objetivos, el fraude o la evasión fiscal, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un **examen global de dicha operación.** En particular, en la **Sentencia de 17 de julio de 1997 (asunto C-28/95),** expresó lo siguiente (el énfasis es de este TEAC):

> *"39 La letra a) del apartado 1 del artículo 11 precisa que, en el marco de esta reserva de competencia, el Estado miembro puede constituir una presunción de fraude o de evasión fiscal c**uando «una de las operaciones contempladas [...] no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la restructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación».***
>
> *40 Por tanto, de las letras d) y h) del artículo 2 así como de la letra a) del apartado 1 del artículo 11 se deduce que los Estados miembros deben conceder las ventajas fiscales previstas por la Directiva a las operaciones de intercambio de acciones a que se refiere la letra d) del artículo 2 de la Directiva, a menos que estas operaciones tengan como objetivo principal, o como uno de sus principales objetivos, el fraude o la evasión fiscal. A este respecto, los Estados miembros pueden establecer que el hecho de que estas operaciones no se hayan efectuado por motivos económicos válidos constituye una presunción de fraude o de evasión fiscal.*
>
> *41 ...para comprobar si la operación contemplada persigue un objetivo de estas características, **las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de la misma.** Es jurisprudencia reiterada que tal examen debe ser susceptible de control jurisdiccional (véase, en este sentido, la sentencia de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. 1-1663, apartado 40)."*

En este mismo sentido se pronuncia el **TJUE en la Sentencia de 8 de marzo de 2017 (C-14/16, Euro Park)**, en la que concluye:

> *"56 Pues bien, en la medida en que la normativa controvertida en el asunto principal exige de forma sistemática e incondicional, para conceder el beneficio de la tributación diferida de las plusvalías en virtud de la Directiva 90/434, que el contribuyente acredite que la operación en cuestión está justificada por un motivo económico y que no tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscales, sin que la Administración tributaria esté obligada a aportar al menos un principio de prueba de la falta de motivos económicos válidos o de indicios de fraude o evasión fiscales, esta normativa establece una presunción general de fraude o evasión fiscales."*

Nuestra jurisprudencia interna viene apoyándose, al estudiar esta cuestión, en los criterios del TJUE. En este sentido en la **Sentencia de 23 de noviembre de 2016 (recurso 3742/2015),** el Tribunal Supremo resume su doctrina jurisprudencial sobre el régimen especial de diferimiento de la siguiente forma (el énfasis es de este TEAC):

> *"SEGUNDO.- Sobre el régimen especial de diferimiento: doctrina jurisprudencial.*
>
> *(...)*
>
> *Como se comprueba la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pivota sobre la idea del abuso de derecho, cuyo elemento identificador básico es el de la artificiosidad, estructurada no tanto sobre la conducta impropia del obligado tributario, sino por la obtención de un resultado económico. El abuso de derecho se convierte en principio inherente al ordenamiento de la Unión Europea, disponiendo de mecanismos de reacción, Sentencia Emsland-Starke caso C-110/99 .*
>
> *Ahora bien, **para el Tribunal de Justicia no todo rodeo para evitar la aplicación de un determinado régimen jurídico resulta ilegítimo, sino sólo el que resulta abusivo, lo que obliga a analizar caso por caso** (sentencia 9 de marzo de 1999 Centros, C-212/97), teniendo la consideración de abusiva aquella situación en la que se crean artificialmente las condiciones necesarias para la obtención de la ventaja (sentencia de 11 de octubrede 1977, Cremer, 125/76). En ámbitos no armonizados, como el del impuesto sobre sociedades, el Tribunal de Justicia ha añadido la idea de montaje puramente artificial carente de realidad económica, formulándose un concepto europeo de "montajes puramente artificiales", que pretende servir de elemento verificador del abuso y de la legítima reacción para controlarlo y corregirlo; **no basta, pues, que se persiga obtener ventajas fiscales, sino que deben ser, además, resultados de montajes artificiales carentes de realidad económica** (sentencia de13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-523/04).*
>
> *(...)*

> *El mandato procedente del Derecho Europeo se traduce en la perdida del régimen de neutralidad fiscal cuando lo que se persigue con estas operaciones es la elusión o la evasión fiscal; y al efecto establece la presunción de que esta es la finalidad cuando no se realice por motivos económicos válidos, y en nuestras normas positivas establece a título de ejemplo, entre los posibles, la reestructuración o la racionalización de la entidades que participan en la operación, como se desprende de la expresión "tales como" . En este sentido ya se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Noviembre de 2012 , rec. cas 4299/10, «Se ha de recordar, en fin, que una operación de reestructuración basada en diversos objetivos, entre ellos los de naturaleza fiscal, pueden haberse realizado por motivos económicos válidos si estos últimos no son los preponderantes. En ese análisis no puede actuarse aplicando criterios generales predeterminados, privando automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones, sin tener en cuenta si se ha producido o no efectivamentela evasión o el fraude fiscal; debe procederse caso por caso al estudio global de la operación (apartados 35y 37 de la mencionada sentencia Foggia).*
>
> *Deben examinarse pues, caso por caso, cuáles son los objetivos designios perseguidos por la operación para determinar si los fiscales son los preponderantes, puesto que sólo si se llega a esa convicción podrá concluirse que la fusión apalancada no se realizó por motivos económicos válidos».*

Y por ello decíamos en la sentencia de sentencia de 15 de abril de 2013, rec. cas 3010/11 , FJ 6º, que «no se trata de determinar si concurría alguna causa licita o cierta en el negocio de la escisión, sino de examinar, pura y llanamente, si, pese a ello, la operación tenía como designio único o principal la obtención de una ventaja fiscal.Y en esta tesitura, le era dable a la Administración comprobar que tal fue el objetivo, pues así lo autorizaban las normas citadas, pudiendo a tal fin acudir perfectamente a la prueba de presunciones del artículo 118.2 de la Ley General Tributaria de 1963 , reproducido en términos casi idénticos en el artículo 108.2 de la Ley homónimade 2003, infiriendo aquella finalidad, en una interpretación teleológica del artículo 110.2 de la Ley 43/1995 , por la inexistencia de motivos económicos validos en la operación efectuada, y desplazando así la carga de acreditar la concurrencia de tales motivos al obligado tributario. No le incumbía a la Administración probar, como dice la recurrente, la existencia de un negocio ilícito o falso, sino que el principal objetivo era la obtención de un beneficio fiscal, por la ausencia de otra explicación económica válida. Este es el sentido del precepto. La Inspección de los Tributos podía justificar, como hizo, la inaplicación del régimen de neutralidad fiscal habida cuenta de la inexistencia de motivos económicos válidos en la misma». Todo ello nos lleva a la conclusión de que lo que le incumbe a la Administración es constatar que el objetivo principal perseguido era la obtención de una ventaja fiscal, como así lo poníamos de manifiesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013, rec. cas. 1668/2011 , «(...)la Administración ha constatado, como le incumbía, que el objetivo principal era obtener una ventaja fiscal, conclusión a la que llega tras comprobar la ausencia de esos motivos mediante el uso de la presunción iuris tantum que autoriza el artículo 110.2 de la Ley 43/1995 , que, como ya hemos apuntado, traslada nuestro ordenamiento interno el artículo 11 de la Directiva 90/434/CEE , lo que no es lo mismo», esto es se presume dicha finalidad prohibida por la inexistencia de motivos económicos válidos."

En la Sentencia de 16 de marzo de 2016 (recurso cas. 1815/2014), el Tribunal Supremo concluye que la Administración puede utilizar, para justificar la inaplicación del régimen especial, la prueba de presunciones, de manera que puede resultar acreditada la realización de la operación "principalmente por fines de fraude o evasión fiscal", cuando no existan motivos económicos en la misma. Y, en tal caso, incumbiría a la sociedad que pretende acogerse al régimen especial desvirtuar la improcedencia de la conclusión presumida:

> *"L**a carga de la prueba** ha de entenderse distribuida entre la sociedad que pretende acogerse al régimen especial de fusiones, acreditando los hechos constitutivo del derecho que pretende hacer valer (artículo 105.1 LGT), y la Administración, en cuanto ha de acreditar una circunstancia, como la falta de "motivo económico válido" que opone como obstáculo a la aplicación de dicho régimen, sin ignorar, a los efectos de configurar el debido reparto de dicha carga, las dificultades probatorias inherentes a la condición de hecho negativo que tiene la referida ausencia.*
>
> *Por consiguiente, de una parte, no basta con ampararse en afirmaciones no contrastadas y, de otra, como ha señalado reiterada jurisprudencia de esta Sala, la Administración puede utilizar, para justificar la inaplicación del régimen de neutralidad fiscal, la prueba de presunciones, de manera que puede resultar acreditada la realización de la operación "principalmente por fines de fraude o evasión fiscal", habida cuenta de la inexistencia de motivos económicos en la misma. Y, en tal caso, incumbiría a la sociedad que pretende acogerse al régimen especial de fusiones desvirtuar la improcedencia de la conclusión presumida por no concurrir los requisitos exigidos para tal prueba o desvirtuar su resultado mediante la utilización de otros medios de prueba (Cfr. SSTS de 28 de junio de 2013 , rec. de cas. 1186/2011 y 4 de julio de 2014, rec. de cas. 725/2012)".*

Finalmente, en **la Sentencia de 16 de noviembre de 2022 (recurso 89/2018)** concluye lo siguiente (el énfasis es de este TEAC):

> ***"En definitiva, el que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades participantes, puede constituir una presunción de que la operación tiene como objetivo principal el fraude o evasión fiscal, esto es, conseguir una ventaja fiscal indebida, pero lo determinante viene a ser la finalidad elusiva o evasiva, no en sí concurre un motivo económico válido, puesto que este se configura como hecho base de una presunción cuya consecuencia es la finalidad fraudulenta prohibida**, ... Conforme se deriva de los términos del citado artículo de la Directiva, se contiene una presunción, rebatible, de fraude o evasión fiscal, basada en el hecho de que la operación no se hubiere efectuado por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades. Los motivos económicos válidos van a servir para comprobar que no se persigue la evasión o fraude fiscal. En esta línea se ha desarrollado la doctrina jurisprudencial, sentencias de 16 de marzo de 2016, rec. cas. 1815/2014 ó de 4 de julio de 2014, rec. cas.725/2012.*
>
> *(...)*
>
> *De la sentencia del TJUE de 10 de noviembre de 2011, Asunto C-126/10. Caso Foggia-SGPS ..., cabe extraer otra serie de conclusiones. Así sólo será aplicable la cláusula antiabuso cuando se persiga con la operación el fraude o la evasión fiscal, presumiéndose esta finalidad cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos y cuando se pruebe que la operación tiene como único objetivo obtener una ventaja fiscal. Se insiste en la sentencia que **el examen ha de hacerse caso por caso, sin que la exclusión del régimen de diferimiento no puede basarse en meras presunciones, ni tampoco en que el obligado tributario no haya probado motivos económicos válidos; siendo necesario el examen global de la operación, y no basarse en elementos aislados**".*

Y, al objeto de llegar a dicha conclusión, debe realizarse, en todo caso, un análisis global de la operación, sin aislarla ni descotextualizarla - según el TS, **se han de valorar no sólo las circunstancias pasadas y coetáneas a la operación, sino también las posteriores** - y sin que que pueda promoverse, a este respecto, la conocida, y denominada por el TS, como "economía de opción inversa" en el sentido de considerar, por la Administración, únicamente operación válida o no abusiva aquélla con mayor carga fiscal. En este sentido señala la sentencia del TS anterior de 16 de noviembre de 2022 (recurso 89/2018) que:

> *"... hemos de traer a colación la doctrina de este Tribunal que reconoce la corrección jurídica de la economía de opción, de suerte que resulta legítimo que los contribuyentes organicen sus operaciones de manera que puedan aplicar la fiscalidad más ventajosa posible. Al respecto no está de más recordar entre otros los pronunciamientos plasmados en las sentencias de 14 de octubre de 2015, dictada en un supuesto de operaciones concatenadas, o de 30 de enero de 2014, en la que se acentuó la legitimidad de la economía de opción como ejercicio de las libertades fundamentales de forma que los contribuyentes puedan elegir organizar sus operaciones de la forma más ventajosa fiscalmente posible.*
>
> *También se ha rechazado por este Tribunal la que vino a denominarse economía de opción inversa, esto es, que sólo es legítima aquella opción, entre las posibles, que se decanta por la mayor carga fiscal, de suerte que cabe identificar el fraude cuando no se favorece la mayor recaudación."*

3. E**n aplicación directa de esta cláusula antiabuso la Administración puede determinar la inaplicación del régimen especial en el seno del procedimiento de inspección tributaria, sin necesidad de acudir a las figuras antiabusivas genéricas previstas en la Ley General Tributaria, concretamente en sus artículos 13, 15 y 16 de la LGT, esto es, calificación, conflicto en aplicación de la norma tributaria y simulación.** La autonomía de esta claúsula antiabuso está plena y unánimemente afirmada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pudiendo destacarse las **Sentencias de 16 de febrero de 2015 (recurso 647/2013) y la de 31 de de marzo de 2021 (recurso cas. 5886/2019)**, disponiendo esta última (el énfasis es de este TEAC):

> *"La apreciación de la ausencia de un motivo económico válido en el negocio jurídico celebrado, excluyente de la aplicación del régimen especial relativo a las fusiones, escisiones, etc., regulado en el Capítulo VIII del Título VII del Texto refundido, aplicable por razones temporales al caso, debidamente motivada y sometida al control judicial, hace innecesaria la tramitación del expediente de conflicto en la aplicación de la norma, ya que se trata de una cláusula antiabuso particular que opera como **lex specialis,** directamente derivado del Derecho de la Unión Europea.*
>
> *Ello no significa la imposibilidad de que pueda tramitarse y resolverse el procedimiento del artículo 15 LGT, cuando los hechos y circunstancias así lo impongan."*

SÉPTIMO- CONCLUSIONES DE ESTE TEAC EN RELACIÓN CON LOS MOTIVOS ECONÓMICOS Y LA VENTAJA FISCAL

Procede, por tanto, examinar si, en la operación objeto de la regularización sometida a la revisión de este TEAC podían apreciarse, o no, tales "motivos económicos válidos" para a continuación, en función de lo que se concluya, extraer las conclusiones que procedan.

A) **El reclamante**, en sus alegaciones , señala que existen **motivos económicos** válidos, reiterando los expuestos a la inspección (Optimizar los recursos financieros y optimizar la capacidad de gestión de los recursos, generados por las compañías del grupo empresarial, optimizar los recursos generados en el grupo empresarial con los que se financiarían, en todo o parte, los nuevos proyectos que acometería el núcleo familiar, planificar el futuro relevo generacional y posibilitar la entrada en el accionariado de posibles socios en el negocio o en otros negocios, racionalizar la gestión del grupo motivando una mayor eficacia organizativa y centralizar la planificación y la toma de decisiones).

En sus alegaciones, en concreto, señala el reclamante que el objetivo de reestructurar su patrimonio empresarial y familiar y salvaguardar los activos no fue el único motivo sino que también ambos cónyuges querían diversificar las inversiones que realizaban, como fue la inversión en mercados organizados de monedas virtuales y criptomonedas. En concerto, en relación con los MEV señala el reclamante que:

1.Gracias a la racionalización y diversificación de actividades realizada se ha logrado un crecimiento continuado de la actividad económica, tanto a nivel nacional como internacional, aumentando la producción y capacidad de comercialización hasta en cinco veces con respecto al ejercicio en que se realizó la reestructuración.

Respecto de la mejora de la situación financiera y generación de beneficios con posterioridad a la AND, este TEAC ha podido verificar que nada se dice sobre el cambio/ventaja conseguida que explique esa mejora. Es decir, **no se acredita de qué manera dicha AND ha contribuido a una mayor generación de beneficios por parte de XZ, sino que el reclamante se limita a constatar que dicha circunstancia se ha producido y se atribuye el efecto de generación de beneficios a la AND, sin que exista una conexión real entre ambas circunstancias**.

Así, no se constata desde una perspectiva ex ante ni por lo verificado a posteriori que la recepción de acciones de **XZ** en la consitución de **TW** suponga una ventaja económica para el objeto social de esta última, o de la primera, la resultante de una reorganización de los medios materiales y personales que sirven a tal objeto, no habiéndose alterado tampoco la mayoría social o la gerencia de la entidad. De esta manera, tal y como señaló la inspección (el resaltado es de este TEAC):

> *"El obligado tributario considera que la Inspección a la hora de analizar los motivos económicos de la operación acogida al régimen FEAC yerra en tres puntos que se pasan a analizar:*
>
> *1.- **Racionalización, diversificación y crecimiento de ambas sociedades mercantiles desde la reestructuración**. Al respecto cabe contestar lo siguiente:*
>
> *Con la aportación de las acciones de **XZ no se separan ni racionalizan las actividades** de **XZ** y **TW** como se alega. **Tampoco queda acreditado y se desconoce en qué medida con dicha aportación las entidades han podido tener un mejor acceso y más barato a la financiación.** En el caso **TW** ya se analizado su financiación en 2016, nos remitimos en este punto a lo anteriormente expuesto (en 2016 dicha financiación procede de préstamos de los socios o de **XZ**, este último a modo de anticipo de dividendos y un préstamo hipotecario destinado a la compra del chalet vivienda unifamiliar que en años posteriores será la residencia habitual de sus socios. Resulta evidente que el préstamo a los socios de 600.000 euros podrá ser devuelto por **TW** con fondos procedentes de los dividendos percibidos por dicha entidad de XZ, esto es, dividendos exentos de tributación).*
>
> *N**o se explica ni se entiende la incidencia de la aportación no dineraria sobre la actividad de comercialización de ... por internet de XZ, cuya gestión y toma de decisiones no se ha visto alterada en modo alguno tras la constitución de TW. El crecimiento de XZ** -(sociedad que tras unos primeros años de consolidación en el mercado estaba en fase expansiva de crecimiento en su actividad y sus resultados, como admite el obligado tributario)- **en nada se ve alterado por la aportación no dineraria.***
>
> *Respecto a **TW**, como queda probado en el procedimiento y analizando las circunstancias coetáneas y posteriores a la operación, sus ingresos proceden del arrendamiento de dos inmuebles a **XZ** (en 2016 sólo un almacén), siendo su principal fuente de ingresos (exentos de tributación) los dividendos obtenidos de **XZ**"*

Ninguna de las supuestas ventajas económicas aducidas el obligado tributario ante la inspección tiene consistencia necesaria para resultar asumible, sino que, a juicio de este TEAC se trata de un discurso teórico genérico, aplicable a multitud de supuestos, que no particulariza ni las estrategias o proyectos de inversión de los que se trata, y que , por lo demás, se refieren a aspectos que inciden en la esfera personal de los reclamantes (los cónyuges) y en la mejora de las condiciones fiscales de la tenencia de las acciones por los socios.

En palabras del TSJ de Valencia en la **STSJ Comunidad Valenciana 634/2024, de 2 de septiembre de 2024**, en un caso análogo de aportación de acciones de una empresa familiar a una sociedad holding:

> *"Por lo que se refiere a las razones de eficacia, el texto transcrito contiene un discurso teórico genérico, que resultaría de aplicación para la explicación de los motivos económicos de multitud de supuestos, no particulariza de modo concreto las actividades que van a ser objeto de reorganización, ni de que estrategias o proyectos de inversión se trata. (...)*
>
> *Toda la operativa se explica, en definitiva, en la mejora de las condiciones fiscales de la tenencia de las acciones por el socio y no en la mejora de las condiciones de la actividad de la actora, ni de la holding, lo que conduce a "presumir" que las operaciones se llevaron a cabo un objetivo principal de evasión fiscal al no llevarse a cabo por "motivos económicos válidos" a los efectos de que les resultara de aplicación el régimen FEAC."*

Estamos, por lo tanto, ante un movimiento de acciones y participaciones sociales que no ha tenido una traducción o un reflejo empresarial en la prestación de bienes o servicios ; no se atisba que con la operación haya variado la gestión administrativa, económica y técnica; como tampoco ha supuesto una verdadera reestructuración del entramado empresarial de las sociedades implicadas.

2. En relación con la mejora de la eficiencia empresarial, limitación de riesgo y protección del patrimonio inmobiliario, señala el reclamante que la sociedad tiene un elevado ratio de riesgo de actividad, al ser un producto que no es de primera necesidad de venta a un heterogéneo consumidor final, lo que según los propios indicadores de la Unión Europea de la Agenda 2030, colocan su actividad entre las de más alto ratio de riesgo de la UE.

Es por ello, que, según el reclamante, para diversificar la inversión familiar y proteger el patrimonio que se pueda generar producto de la inversión inmobiliaria (vinculada o no a la actividad de **XZ**), se decide racionalizar y diferenciar la parte de inversión familiar, de la actividad económica principal propiamente dicha, dicho sea de paso, este motivo es el esencial a la hora de realizar la reestructuración, toda vez que permite limitar el riesgo, limitar la responsabilidad, separar jurídicamente ambas actividades y proteger el patrimonio familiar.

En relación con este motivo, ya señaló la inspección que

2.- Mejora de la eficiencia empresarial, limitación del riesgo y protección del patrimonio inmobiliario.

Sobre este punto procede contestar lo siguiente:

El obligado tributario alude al elevado riesgo de la actividad desarrollada por XZ, pero no queda acreditado que dicho riesgo se vea alterado por el hecho de que la titularidad de su capital pase de las dos personas físicas directamente a una entidad (TW).

Respecto a la protección del patrimonio familiar, cabe reiterar que los motivos económicos válidos a los que se refiere la norma (artículo 89.2 LIS), deben observarse desde la perspectiva de las sociedades en las que se realizaron las operaciones de fusión, escisión, canje de valores o aportaciones no dinerarias, y no desde la perspectiva de los socios. La operación debe redundar en beneficio de las sociedades, no del socio aportante.

Como anteriormente se explicó, el régimen se crea, y se mantiene, para ser aplicado a reorganizaciones o reestructuraciones empresariales, eliminando la tributación inherente a toda transmisión que *"aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad",* no para modificar la tributación que los socios asumirán cuando se les repartan los beneficios obtenidos por dicha actividad.

No puede dejar este TEAC de hacer referencia a que, con carácter general, estamos ante un régimen fiscal que se justifica para evitar trabas fiscales a operaciones de reestructuración de actividades económicas, de modo que las motivos que persigan han de redundar en beneficio de la actividad económica transmitida, de su continuidad y desarrollo, de modo que deberán normalmente apreciarse en la sociedad adquirente, y no exclusivamente en beneficio de los socios. En este sentido, l**a resolución del TEAC nº .../2016,** de fecha ../../2019, confirmada por **la Audiencia Nacional en la SAN de 5 de julio de 2023, num. rec 909/2019,** en un caso de estructura de doble holding, indicaba que (la negrita es de este TEAC):

> *"Lejos de invocar un único motivo económico válido, el interesado alega la concurrencia de varios de aquellos motivos para sostener la procedencia de aplicar aquel régimen fiscal especial.*
>
> ***Al respecto del análisis de la eventual concurrencia de los motivos económicos válidos a los que se refiere la norma, huelga advertir que tales motivos económicos deben observarse desde la perspectiva de la sociedades en las que se realizan aquellas operaciones** de fusión, escisión, canje de valores o aportaciones no dinerarias, y no desde la perspectiva de los socios. Aquellas finalidades que integran los motivos económicos válidos que habilitan la aplicación del régimen especial, deben versar sobre la reorganización o reestructuración empresarial, sobre la mejora o racionalización de la actividad económica de las mercantiles en cuestión, **no sobre aspectos o circunstancias de la esfera particular de los accionistas, sin trascendencia o incidencia en la reorganización empresarial antes referida.** En este sentido la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, refiriéndose a un supuesto de escisión recoge en su sentencia de 19 de mayo de 2011 (recurso 317/2008), que:*
>
> *"lo que no es admisible es que la escisión tenga por única finalidad el reparto de un patrimonio común, y que ese designio, que es lícito, se efectúe con coste fiscal nulo, pues no hay en esa operación propósito o finalidad organizativa alguna para la sociedad".*

La **SAN de 5 de julio de 2023, num. rec 909/2019**, que confirma la resolución del TEAC anterior,señala que (el resaltado es de este TEAC):

> *" Por otra parte en el ámbito comunitario, la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990 sobre régimen fiscal común aplicable a fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones entre sociedades de los estados miembros, transpuesta por la ley española, establece como límites para su aplicación el fraude, la evasión fiscal y el abuso de derecho y corresponde a la Administración la carga de la prueba de la utilizado ventaja fiscal mediante un montaje económico artificial según la jurisprudencia del TJUE, expresada entre otras, en la sentencia de 26/10/2016, asunto C-14/2016 . Pues bien, en este caso la Inspección reconoce y es correcto que la entidad ... SL como holding del grupo empresarial se acogiera al beneficio fiscal discutido puesto que su constitución con las aportaciones no dinerarias de sus participadas contribuía a una mejor gestión administrativa, económica y técnica de la actividad empresarial y además permitía de manera racional el restructuración del entramado empresarial entre los miembros de la familia e incluso no se opondría la constitución posterior de sociedades.*
>
> ***Pero para ello sería necesario que invirtieran los fondos obtenidos en activos de la empresa, pues el beneficio fiscal que se reclama tiene como objetivo favorecer la reestructuración de las actividades empresariales pero no los intereses particulares de los socios, personas físicas, de las mercantiles implicadas mediante el repartote tales fondos con una finalidad fiscal.***
>
> *En este sentido, tanto la Sección Segunda del Tribunal Supremo como las consultas vinculantes de la DGT,admiten la restructuración empresarial en el seno de la familia incluso mediante la creación de sociedades patrimoniales como motivo económico valido pero no el mero reparto del patrimonio empresarial entre los socios personas físicas con una finalidad fiscal.*
>
> *En todas las consultas vinculantes que invoca la recurrente en su demanda V2618-13, V1427-07,V0058-13, V2019-08, V1769-08, V1249-12, V0023-09 y V2632-19 **concurren motivos económicos válidos de reestructuración empresarial, algunos en el seno de grupos empresariales familiares con relevo generacional ycon creación de sociedades holding y sociedades patrimoniales personales, más en ninguno de ellos se produce la disposición de fondos de procedencia empresarial para fines particulares de los socios personas físicas vinculados a la obtención de una ventaja fiscal.***
>
> *El Tribunal Supremo por su parte, en las sentencias que alega la parte actora en su demanda:*
>
> *-En la de 26/11/2016, recurso de casación 3742/2015, señala que se propicia la reestructuración empresarial mediante la neutralidad fiscal y si se persigue como fin único o principal la obtención de una ventaja fiscal no es aplicable el régimen especial.*
>
> *-En la sentencia de 17/03/2016, recurso de casación 2581/2014 , en un supuesto de escisión de ramas de actividad, expresa que no se trata de incentivar la reestructuración empresarial sino de no obstaculizarla mediante el régimen de diferimiento.*
>
> *-Y en la sentencia de 4/12/2017, recurso de casación 2670/2016 , en un supuesto de escisión, la reorganización empresarial, la incorporación de la segunda generación al negocio familiar, la separación de riesgos y las necesidades financieras considera que son motivos económicos válidos.*

En ninguna de estas sentencias se legitima la ventaja fiscal ni la disponibilidad de fondos empresariales parafines particulares.

La recurrente sostiene que todas las operaciones deben contemplarse en su conjunto y que la finalidad económica de la aportación no dineraria de las participaciones de ... fue la restructuración empresarial en el seno de la familia, mantener la participación mayoritaria de la madre y favorecer el acceso ordenado y en condiciones de igualdad a la empresa de la nueva generación sin injerencias ajenas aunque obtuviera también una ventaja fiscal lo que no es incompatible.

*Sin embargo, aunque la sociedad actora se encontraba dada de alta en el epígrafe del IAE 849.9 de "otros servicios independientes ncop" n***o se acredita que llevase a cabo una actividad económica concreta ni que el dinero obtenido de su participación en la sociedad holding lo invirtiera en activos afectos a la actividad empresarial del grupo o si quiera a la de la sociedad** *sino en intereses particulares de su socio único con fines fiscales y así resulta llamativo la financiación del inmueble de 313m2 en la urbanización (...) a disposición de aquel y de su familia.*

La constitución de las sociedades patrimoniales o si se quiere la interposición de sociedades entre las personas físicas, padres e hijos, y el holding empresarial familiar, el préstamo y su cancelación y la sustitución de la línea de crédito, la distribución de reservas, los dividendos y su compensación con la deuda, no tuvieron una motivación económica valida vinculada a la unificación y restructuración familiar del holding o la restructuración del patrimonio empresarial familiar ni siquiera para atender a los requerimientos de financiación en el ámbito empresarial de las sociedades patrimoniales creadas sino que se orientaron al traspaso de fondos, que antes estuvieron afectos a la actividad empresarial, para satisfacer las necesidades particulares de los socios y que estos obtuvieran ventajas fiscales mediante un artificio económico así orientad*o.***

Tiene razón la Inspección cuando afirma que la sociedad interpuesta no contribuyó a la gestión y dirección de las sociedades del grupo para su unificación y reestructuración económica y no sirvió para alterar el Consejo dela sociedad holding ni para que los herederos participasen en condiciones de igualdad en el control del grupo empresarial y que los padres y luego la madre conservasen el control de este último.

La parte recurrente dice que es desproporcionada la decisión de la AEAT en función de la cuota regularizada en el IRPF al socio persona física. Esta cuestión es indiferente pues no se ha acreditado motivo económico valido de restructuración empresarial familiar; fueron distribuidos dividendos por importe superior a 5.000.000 de euros a coste final cero euros y mediante la interposición de las sociedades patrimoniales, incluida la mercantil actora,y la metodología que siguió podría continuar la participación en los fondos del holding y repartir el patrimonio empresarial acogiéndose a beneficios fiscales improcedentes.

*L***a recurrente alude también a que los dividendos los percibiría la sociedad y no los socios pero no puede olvidarse que se trata de una mercantil sin actividad económica empresarial acreditada y con un socio persona física único.**

Los informes periciales aportados tampoco acreditan el motivo económico valido, pues no en absoluto han desvirtuado la realidad del traspaso de los fondos de procedencia empresarial a las sociedades patrimoniales de las personas físicas que se benefician fiscalmente y no han acreditado al menos en el caso de la entidad ... un destino empresarial o una inversión en activos afectos a la actividad empresarial.» En el presente caso debe llegarse a la misma conclusión teniendo en cuenta que, al igual que en las referidas sentencias, no ha quedado justificado motivo económico válido por la pretendida reestructuración del patrimonio familiar, la operación cuestionada de aportación no dineraria que conllevó la interposición de sociedades entre las personas físicas, padres e hijos, y el holding empresarial familiar, el préstamo,su sustitución por una la línea de crédito y la distribución de dividendos para compensar la deuda, notuvieron una motivación económica valida vinculada a la unificación y restructuración familiar del holding ola restructuración del patrimonio empresarial familiar, ni tan siquiera para atender a los requerimientos de financiación en el ámbito empresarial de las sociedades patrimoniales creadas. La cuestión no es que el socio mantenga la misma participación a través de la sociedad personal instrumental, sino que a través de tales operaciones se llevó a cabo un traspaso de fondos, que estaban afectos a la actividad empresarial, para satisfacer las necesidades particulares de los socios y que éstos obtuvieran ventajas fiscales mediante tal artificio económico.

Por otra parte, ***no puede considerarse que exista la contradicción que se pretende en la demanda en los razonamientos de la resolución del TEAC, pues una cosa es analizar si existe o no concreto motivo válido en la aportación no dineraria de participaciones de ... SL a la mercantil ... SL y otra cuestión diferente es determinar si con el conjunto de las operaciones lo que se pretende fundamental o***

> ***exclusivamente es un ahorro fiscal para los socios,*** *lo que requiere un análisis diferenciado, como así se efectúa en la liquidación, en la que no sólo se analiza esa operación de manera aislada, sino su relevancia dentro del grupo a los efectos de determinar si existía o no motivo económico válido."*

Así, la **SAN de 5 de julio de 2023, num. rec 909/2019**, concluye que el hecho de que pueda existir, en alguna medida, algún motivo económico en la operación no hace que este sera prevalente, o significativo, si se constata que la nueva titular de los dividendos repartidos por las sociedades operativas NO reintegra esos fondos recibidos, de procedencia empresarial, en actividades empresariales, sino que lo destina a fines particulares de los socios personas físicas. Pues bien, eso es lo que exactamente ha ocurrido aquí, ya que **la sociedad TW destina los fondos recibidos a sufragar las inversiones y gastos del patrimonio familiar, sin tener ninguna actividad económica subyacente real:**

- La adquisición de la nave industrial por parte de **TW** que destina al arrendamiento de **XZ** se produce con anterioridad al reparto de dividendos, de forma inmediatamente posterior a la AND realizada, por lo que no se puede argumentar que los dividendos repartidos se destinen a la reinversión en una actividad económica, ni siquiera parcialmente. Además, en cualquier caso , la nave adquirida se destina a ser arrendada a la sociedad operativa (**XZ**), lo cual, por sí mismo, no puede calificarse como la realización de una actividad económica. Así, la única actividad por la que **TW** percibe ingresos es este arrendamiento, pero, **no atisba este TEAC el motivo por el cual es necesario interponer una sociedad para arrendar una nave a la sociedad operativa, cuando dicha nave podía haber sido adquirida y arrendada igualmente por los socio**s. Además, en cualquier caso, el importe relativo de la inversión en la nave industrial es prácticamente ocho veces menor que el relacionado con el de la vivienda de los reclamantes.

- **La misma afirmación se ha de realizar en relación con la inversión en criptoactivos:** no es necesaria la interposición de una sociedad para realizar inversiones en criptoactivos, y, aunque la creación de una sociedad para realizar estas inversiones en sí mismo no es ilícito, si es ilícito mediante la interposición de una sociedad, beneficiarse de un régimen pensado para la neutralidad, obteniendo ventajas fiscales abusivas.

- La sociedad **TW** adquiere la vivienda ... de los reclamantes (y en este sentido es irrelevante que la sociedad percibiera inicialmente fondos de los mismos).

- Adicionalmente, queda acreditado en el expediente como el 94% de los gastos de la sociedad se destinan a lo que se pueden considerar fines particulares de las personas físicas (retribución de la mujer, y la empleada del hogar de los cónyuges, seguro de vida, gastos de la casa en la que viven los cónyuges, etc).

B) **La inspección** considera que no se ha acreditado motivo económico válido sino que la operación realizada ha tenido como principal objetivo **la obtención de una ventaja fiscal,** ya que tras la operación se ha conseguido diferir la ganancia patrimonial asociada a la aportación no dineraria y los dividendos repartidos de **XZ** a **TW** SL están exentos por el 21 LIS. Señala la inspección:

> *"Resulta evidente que tras unos primeros años de andadura, la entidad **XZ** ya se había consolidado en el mercado y como reconocen sus socios en las alegaciones al acta "tenía un importante potencial". **Su perspectiva de crecimiento económico, tanto del volumen de actividad como en sus beneficios no albergaban dudas**, circunstancias a considerar en el análisis de los motivos económicos de la operación de reestructuración.*
>
> ***En el presente caso interesa subrayar, que con la citada operación de constitución de TW, se establece por los socios personas físicas un mecanismo financiero permanente que permite la distribución de reservas y va a seguir permitiendo en ejercicios posteriores dicha distribución de reservas** de **XZ** a través de **TW** (en la que ostentan las personas físicas analizadas la íntegra propiedad, además de ser administradores únicos), **a coste fiscal nulo.***
>
> *(...)*
>
> ***antes de la operación de aportación no dineraria tanto el obligado tributario Axy como su cónyuge eran titulares de la totalidad de las participaciones sociales de la sociedad XZ SL (al 50% cada uno de ellos). Tras la operación analizada la situación sigue siendo la misma de forma que ambos tienen la misma participación en la nueva sociedad TW SL. El mero cambio de la titularidad de las participaciones de XZ SL que pasa de las personas físicas a la nueva sociedad no supone mejora en el control de dichas participaciones ni se ha modificado las circunstancias anteriores con respecto a la situación posterior.** Por el contrario, con esta operación pretendían conseguir no solo el diferimiento de la tributación de la ganancia de patrimonio puesta de manifiesto por la transmisión de los elementos patrimoniales*

> *objeto de la aportación no dineraria como ventaja fiscal, sino que además se pretendía conseguir otra ventaja fiscal como es que los dividendos percibidos por las participaciones sociales transmitidas a **TW** SL quedaran exentas de tributación como se ha puesto de manifiesto."*

El TS, en la **Sentencia de 25 de mayo de 2012 (recurso de casación n.º 3944/2009), en un caso en el que la operación RFEAC no supuso una reorganización ni reestructuración efectiva de las actividades, y se obtuvo una ventaja fiscal análoga, señaló:**

> *"Sin embargo, analizadas en conjunto las diversas operaciones realizadas, de las que hay acreditación en el expediente administrativos, entiende la Sala que **no puede apreciarse la concurrencia de motivo económico válido en la aportación no dineraria realizada** por los Sres, ... y ... de sus respectivas participaciones sociales en ..., SL, en las sociedades por cada uno de ellos constituidas meses antes. Y ello **habida cuenta de que con la referida operación la sociedad ... no vio modificada ni su actividad productiva ni su organización estructural, sino que lo que se produce es un cambio en la titularidad de las participaciones sociales, que pasa de ser detentada por las mencionadas personas físicas a pertenecer a las nuevas sociedades, las cuales reciben los beneficios económicos devengados por** ...; **cada una de las sociedades**, ahora recurrentes, **constituidas por las personas físicas socios** de ... emprende una serie de inversiones en el sector inmobiliario ajenas a lo que constituía y siguió constituyendo el objeto social y la actividad industrial de ..., realizando, asimismo, inversiones financieras. **De tal manera que las nuevas sociedades no continúan en ninguna rama de actividad que viniese realizando anteriormente ..., y tampoco su constitución supone la reestructuración empresarial de esta sociedad**, ...*
>
> *En consecuencia, en lo que afecta a la sociedad ..., **el hecho de que las participaciones sociales** que en ella tenían los Sres. ... y ... **pasasen a ser titularidad de las sociedades holding no supuso reorganización ninguna ni reestructuración empresarial ni, desde luego, supuso la segregación de rama de actividad, como tampoco evitó una eventual dispersión de negocios**, sino que, por el contrario, **lo que se hizo fue separar en dos sociedades distintas las participaciones de las dos personas físicas** titulares de ..., **recibiendo cada una de ellas los dividendos de esta sociedad no directamente sino a través de su respectiva sociedad intermedia, realizando los negocios inmobiliarios que estimaron oportuno e inversiones financieras**. Lo que, en definitiva, **se ha producido es un reparto de dividendos a los socios solapado por el traspaso a unas sociedades, con un menor coste fiscal**, mientras que para los socios, personas físicas, el reparto de beneficios estaría exento de coste fiscal de no proceder al reparto de dividendos antes de transcurrido un año desde la aportación no dineraria, por aplicación del régimen especial postulado y de la doble imposición intersocietaria, regulada en el art. 28 LIS.*
>
> *Por todo ello, comparte la Sala el criterio de la Administración, en el sentido de que, de conformidad con lo establecido en el artículo 110.2 de la LIS , no resulta de aplicación a dicha operación el régimen establecido en el Capítulo VIII del Título VIII de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades".*

A este respecto alega el reclamante, en síntesis, que la sociedad solo ha distribuido beneficios con cargo a resultados generados con posterioridad a la aportación, y no de beneficios generados con anterioridad a la realización de la operación, y que, por lo tanto, la exención del 21 LIS se ha aplicado a los beneficios generados con posterioridad a la AND, y no a los anteriores; que los socios finalistas en cabecera de la sociedad, no han sido beneficiarios finales de ningún tipo de dividendo o cantidad dineraria, ni receptores de fondos de la sociedad, sino que han tenido que realizar aportaciones dinerarias con cargo a sus ahorros y patrimonio personal, para financiar el inicio de la actividad económica de la sociedad.

En relación con estas alegaciones es necesario señalar que **sí existían reservas y beneficios no distribuidos en la sociedad XZ en el momento de la aportación no dineraria de las acciones a la sociedad TW, tal y como recoge la inspección en las páginas 7 y ss del acuerdo de liquidación,** donde se muestran extractos de los balances y cuenta de PyG. Si bien, observa este TEAC que es cierto que la mayor generación de beneficios se produce en los años 2016 y ss, después de la AND realizada. Esta circunstancia incidirá en la determinación de la ganancia patrimonial máxima que puede ser liquidada al reclamante, que coincidirá, en este caso, con las reservas y beneficios distribuibles generados por la sociedad XZ con anterioridad a la AND, teniendo en cuenta, como se explicará en profundidad más adelante que en las **Resoluciones de este TEAC de 12 de diciembre de 2024 (RG 6543-2024 y RG 5937-2024)** se argumenta cómo desde el punto de vista mercantil, resultado del ejercicio y reservas disponibles y beneficios de ejercicios anteriores pertenecen a la misma masa mercantil de "beneficio distribuible", y,

por lo tanto, **cuando se reparte beneficio con posterioridad a la AND, hasta el importe de los beneficios distribuibles existentes en la sociedad cuyas acciones se aportan en el momento de la AND, se ha de entender que el beneficio repartido es, en primer lugar, el correspondiente a dichas reservas.**

Así, dado que existen reservas y beneficios distribuibles de cuantía no despreciable con anterioridad a la AND, y dichas reservas y beneficios son objeto de distribución en forma de dividendo de **XZ** a **TW** en los años posteriores a la AND beneficiándose de la exención del artículo 21 LIS, cuando de haberse repartido dividendos con anterioridad a la AND, hubieran tributado en la base imponible del ahorro de las personas físicas, podemos observar cómo queda materializada una ventaja fiscal que se considera abusiva. Esta circunstancia unida a las anteriores (la existencia de **TW** no incide realmente en la actividad de **XZ**) permite afirmar que no existieron motivos económicos válidos y que la operación se realizó con la finalidad preponderante de obtener una ventaja fiscal. El hecho de que no se haya repartido dividendos a los socios confirma esta última afirmación, puesto, que, al no repartirse dividendos a los socios, éstos nunca llegan a tributar en su IRPF por los dividendos repartidos por **XZ**. No les es necesario a los cónyuges repartirse estos dividendos para disfrutar de ellos, puesto que entre ambos controlan la sociedad **TW** y toman decisiones de inversión que podían haber realizado como personas físicas, con la contrapartida, claro está, de asumir una mayor tributación. Así, TW compra la vivienda ... de los reclamantes (y en este sentido es irrelevante que la sociedad percibiera inicialmente fondos de los mismos), paga sus seguros de vida, su empleada del hogar, etc. Es un ejemplo claro de disposición de los fondos y dividendos percibidos de la sociedad **XZ**.

Así, **coincide este TEAC con la valoración efectuada por la Inspección, y es que sobre ninguno de los motivos económicos citados por el recurrente se explica ni acredita que tenga una una entidad suficiente como para poder compararse con la intensidad de la ventaja fiscal obtenida, de modo que puede afirmarse que esta última era el verdadero objetivo perseguido, lo que le convierte en abusivo.**

Por último, en relación con la alegación del reclamante que señala que las interpretaciones de la inspección son " torticeras, banales y fuera de lugar que atenten contra la libertad de empresa y la más elemental seguridad jurídica", observa este TEAC cómo la liquidación se encuentra debidamente fundamentada, analizando las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores y constatando que la aportación no dineraria de las participaciones de la sociedad **XZ** SL por parte del obligado tributario y su cónyuge se ha instrumentalizado persiguiendo como finalidad principal la consecución de una mejor situación fiscal de mayor peso o importancia que cualquier otra motivación económica como la supuesta restructuración económica o la mejora en la eficiencia empresarial, limitación del riesgo o la responsabilidad protegiendo el patrimonio familiar. No entra dentro de la libertad de empresa el objetivo de la elusión fiscal, y no atenta la actuación de la inspección contra la seguridad jurídica en tanto que observa en el procedimiento seguido escrupulosamente la ley, jurisprudencia y doctrina vigente al tiempo de dictarse la liquidación. Que en otros casos concretos, motivos como los alegados por el reclamante se hayan considerado válidos, responde a las circunstancias concretas de dichos casos, en los que no se observa el elemento abusivo que se observa en el presente, tal y como viene a señalar la **SAN de 5 de julio de 2023, num. rec 909/2019**, reproducida anteriormente.

A la vista de lo expuesto en los antecedentes anteriores, **este TEAC comparte las conclusiones alcanzadas por la Inspección en la liquidación y en la resolución del recurso de reposición.** Esto es, que, analizada globalmente la aportación no dineraria en función de las circunstancias concretas -anteriores, coetáneas y posteriores- concurrentes, se debe concluir que la misma no obedeció a motivos económicos válidos, sino que, según todos los indicios puestos de manifiesto por la inspección, **la operación tuvo como principal objetivo lograr una ventaja fiscal abusiva.**

Por lo tanto, este TEAC concluye que la realización de la aportación no dineraria no respondió a motivos económicos válidos, sino que perseguía fundamentalmente la obtención de una ventaja fiscal, y confirma la inaplicación del RFEAC en virtud del artículo 89.2 LIS.

Por último, una vez constatada la existencia de ventaja fiscal abusiva y la inexistencia de motivos económicos válidos para la realización de la operación, procede examinar cómo se ha inaplicar el régimen FEAC de acuerdo con la reciente doctrina de este TEAC, teniendo en cuenta que el art 89.2 LIS permite la inaplicación parcial del régimen FEAC, lo cual se realizará en los siguientes fundamentos jurídicos.

OCTAVO.- INAPLICACION PARCIAL DEL REGIMEN FEAC.

No puede este TEAC dejar de aludir a las las Resoluciones de 27 de mayo de 2024 (RG 6513/2022 y RG6550/2022) que resuelven un supuesto de aportación no dineraria a una sociedad holding, determinando que el dividendo por el 21 LIS seguirá exento, y que la inaplicación parcial del régimen consistirá en ir imputando la ganancia patrimonial puesta de manifiesto en la aportación no dineraria a medida que se va consumando la ventaja fiscal (distribución de dividendos de la operativa a la holding , en el caso analizado por el TEAC). Las resoluciones referidas se han pronunciado en relación con el artículo 89.2 LIS, rechazando que el diferimiento de la tributación de las rentas que se

pondrían de manifiesto si a la operación en cuestión le fuese de aplicación el régimen general y no el régimen FEAC regulado en la LIS, se deba admitir siempre, incluso aunque se haya acreditado debidamente que la operación en cuestión llevada a cabo tenía como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. Es decir, se rechaza que estemos ante, en palabras del TEAC,

> *"un efecto fiscal "blindado", inmune y no susceptible de ser eliminado en una operación de reestructuración que haya pretendido acogerse al Régimen FEAC a pesar de que, fruto de una actuación de comprobación, se acreditase que se trata de una operación que, pese a su aspecto formal, no cumple las finalidades económicas, reorganizativas o de reestructuración empresarial que, como hemos ya señalado en esta Resolución, fundamentan o explican la existencia del Régimen FEAC, sino que su finalidad era esencial o principalmente fraudulenta."*

Manifiesta así este TEAC en dichas resoluciones de 27 de mayo de 2024, adoptando enteramente dichas manifestaciones para la presente resolución, que (el resaltado es el original):

> *"Es claro, ya lo hemos visto, q**ue la nueva versión de la cláusula antiabuso** a la que nos estamos refiriendo, recogida en la LIS, en el artículo 89.2 LIS, **introdujo,** como novedad con respecto a la anteriormente vigente (la del artículo 96.2 TRLIS), **la posibilidad de determinar una inaplicación parcial del Régimen FEAC, pero en modo alguno cabe concluir que no permita una eliminación total de los efectos vinculados a su aplicación si las circunstancias del caso así lo ameritan**, llegando, también al referido diferimiento de la tributación de las rentas producido al realizarse la operación, siempre que ello sea necesario para eliminar las consecuencias del abuso que se haya acreditado. Dicha posibilidad estaba contemplada en el artículo 96.2 TRLIS y sigue contemplada y admitida en el artículo 89.2 LIS, es indudable.*

La referida resolución describe cual debe ser, en la generalidad de los casos, el modo de aplicar lo dispuesto en el artículo 89.2 de la LIS (el resaltado es nuestro, para la presente resolución):

> *"Por todo lo expuesto, a modo de corolario, a juicio de este TEAC, cuando se haya acreditado que se dan las circunstancias para la aplicación de la clausula antiabuso del artículo 89.2 LIS, el criterio a seguir para delimitar los efectos de la aplicación del Régimen FEAC que deben eliminarse es el que resulta del objetivo de dicha cláusula, tal y como ha sido perfilada por el TJUE: buscar evitar los resultados fiscales abusivos o irregulares pretendidos con una torcida aplicación del régimen. **Es decir, deben eliminarse todos los efectos fiscales derivados de esa aplicación (indebida) que puedan concluirse como abusivos; todos ellos, pero sólo ellos.***
>
> *Para eso es claro que **deben haberse identificado cuáles son esos "efectos abusivos"**, señalando cuál es la norma fiscal defraudada, para eliminar "exclusivamente" los efectos de esa ventaja fiscal que, irregularmente, se pretendió disfrutar, como indica el segundo párrafo del artículo 89.2 LIS, la ventaja fiscal prohibida de la que habla el TS en su STS de noviembre de 2022.*
>
> *Y es claro, según este TEAC, que **esa eliminación**, en su caso, **puede alcanza**r también, (...), a**l diferimiento de la tributación de las rentas puestas de manifiesto con ocasión de la operación realizada, lo que implicaría, en un caso como el que ha sido aquí sometido a revisión, el gravámen, total o parcial, de las plusvalías latentes en la entidad cuyas participaciones fueron objeto de aportación de la operación mercantil realizada, aunque aquel constituya el efecto fiscal directo y básico del Régimen FEAC al que había pretendido acogerse la operación**, siempre y cuando ello sea necesario pare evitar, eficazmente, la irregularidad o el daño pretendido, el abuso, ya que ese es el objetivo claro de la claúsula del artículo 89.2 LIS.*
>
> *Sólo bajo esa interpretación, huyendo de posiciones de máximos que excluyan siempre, o que no excluyan nunca, ese diferimiento de la tributación de las rentas (las que puedan derivar de las plusvalías tácitas), se cumplirían las llamadas del TJUE a una aplicación eficaz de las claúsulas antiabuso en general y de la específica del Régimen FEAC en particular, si bien adaptándose a la realidad de cada caso, analizado éste en todos sus perfiles y teniendo en cuenta la debida proporcionalidad con el abuso que se debe corregir.*
>
> *(...)*
>
> ***Este razonamiento nos lleva a adelantar ya que, en estos casos (y, particularmente, en el que estamos revisando) habrá que modular, desde luego, como se hace al aplicar las figuras referidas, el importe de la corrección a realizar en el marco de la regularización, de modo que aquella no sea ni mayor ni menor que la ventaja abusivamente lograda, que es la que se debe eliminar exclusivamente, lo que, entre otras cuestiones, obligará a determinar con precisión el ejercicio en el que se se ubican***

> ***temporalmente estos ajustes a realizar, que pueden ser el mismo en el que se realizó la operación o cualquier otro de los siguientes en los que se pueda identificar que se ha materializado aquella ventaja fiscal prohibida.***
>
> ***Analizaremos, a continuación, cómo, así interpretado, incide, en nuestro caso, la aplicación de la cláusula antiabuso del artículo 89.2 de la LIS."***

El **TSJ de la Comunidad Valenciana en su sentencia STSJCV nº634/24** se ha pronunciado en relación con la inaplicación parcial del régimen FEAC, y las Resoluciones del TEAC a las que se ha hecho referencia, confirmando que el diferimiento puede ser objeto de regularización y la forma de interpretar de este TEAC la cláusula antiabuso del art 89.2 LIS (el resaltado es nuestro):

> *"Sin embargo hemos de tener en cuenta que el criterio de la referida consulta ha sido modificado por Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 22 de abril de 2024 (6452/2022), que razona artículo 89.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, deben corregirse todos los efectos fiscales abusivos, lo que puede incluir, en su caso, el diferimiento en la tributación de las rentas puestas de manifiesto con ocasión de la operación realizada. Pero también delimita la forma de realizar la regularización en las aportaciones no dinerarias realizadas por personas físicas en las que se identifica la ventaja fiscal abusivamente obtenida con la futura exención de los dividendos distribuidos. La resolución del TEAC resuelve la reclamación económico administrativa interpuesta contra un acuerdo de liquidación del IRPF dictado en aplicación de la cláusula antiabuso contenida en el artículo 89.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades a un contribuyente, persona física, que realizó una operación de aportación no dineraria de las participaciones de una sociedad operativa con beneficios acumulados no distribuidos a una sociedad holding familiar de reciente creación, el criterio sentado resulta de aplicación dado que, el TEAC entiende que la diferencia de trato en sede de persona física y persona jurídica que se otorga a los dividendos repartidos por la sociedad operativa puede constituir una ventaja fiscal abusiva, siempre que pueda acreditarse que el acceso a esa diferencia de trato, a esa ventaja fiscal, fue la finalidad principal de la operación .*
>
> *Con ello matiza el criterio de la consulta n.º V2214-23, de 27 de julio de 2023 en cuanto a que la ventaja fiscal susceptible de eliminación no podía consistir en el "diferimiento en la tributación de las rentas generadas" inherente al propio régimen de diferimiento y señala que el artículo 89.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, al permitir la inaplicación total del régimen, permite eliminar el diferimiento propio del régimen si están dentro de la ventaja fiscal abusiva buscada al realizar la operación.*
>
> ***En definitiva, el TEAC,no comparte la posición adoptada por la DGT en interpretación de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2022 en cuanto al alcance material de la regularización, por lo que el análisis del régimen FEAC permite también la eliminación del diferimiento, pero para ello es necesario que la Administración objetive la consumación del fraude**.*
>
> *En definitiva el TEAC resuelve, **con criterio que comparte esa Sala**, que cuando se haya declarado, en los términos y condiciones del art. 89.2 de la Ley 27/1992, que una operación FEAC ha tenido como "principal objetivo el fraude o la evasión fiscal", se deben eliminar "exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal" obtenida por la aplicación de dicho régimen que se muestren abusivos o irregulares y esa eliminación también "puede" afectar al inicial diferimiento que proporcionó la aplicación del régimen, cuando resulte necesario para la eficaz corrección del abuso producido, ya que **ningún efecto fiscal puede ser inmune a las consecuencias de la acreditación de que se llegó a él de modo fraudulento o abusivo.***
>
> *(...)*
>
> *En definitiva, a tenor del criterio expuesto cuando la inaplicación del régimen afecte a la renta diferida, impone que los ajustes a realizar no deben ser ni mayores ni menores que la ventaja abusivamente lograda, siendo en consecuencia lo relevante determinar en qué ejercicio fiscal procede imputar las correcciones efectuadas, por lo que no es ajustado a derecho gravar en el ejercicio en el que se produjo la aportación no dineraria la totalidad de los beneficios que el socio de la operativa tenía pendientes de recibir de ésta, tal como en el caso de autos concluye la Inspección pues ello va más allá de lo que puede considerarse como la corrección de la ventaja abusiva lograda; así se le estaría gravando por beneficios de la operativa de los que aún no ha dispuesto, por plusvalías tácitas no realizadas.*
>
> *Por tanto aplicando al caso de autos el criterio de la precitada resolución del TEAC aplicación de la cláusula antiabuso del artículo 89.2 de la LIS impone imputar el ajuste a realizar, esto es, la corrección de sus efectos abusivos, a medida que éstos se van produciendo, lo que, en este caso, implica hacerlo en cada uno de los ejercicios en los que el socio aportante obtiene, de forma efectiva e indirecta, la disponibilidad de los beneficios*

> *que estaban acumulados en la sociedad operativa antes de la aportación, la disponibilidad de esos beneficios, en el caso de autos son parte del importe de la renta diferida con ocasión de la aportación aplicando el régimen FEAC.*
>
> *Por lo que estimamos el motivo alegado respecto a la retirada parcial del régimen FEAC. En definitiva, la norma antiabuso del régimen de neutralidad requiere de un examen global de la operación, sin que la falta de justificación de motivos económicos válidos pueda activarla automáticamente y por tanto procede modular en los términos expuestos el importe total de las correcciones a realizar lo que implica también tener en cuenta un enfoque temporal en la regularización.* ***En definitiva, el ajuste a realizar, esto es, la corrección de los efectos abusivos debe hacerse a medida que estos se van produciendo, lo que implica hacerlo, en operaciones como la litigiosa, en cada uno de los ejercicios en los que el socio aportante obtiene o logra, de forma efectiva, la disponibilidad de los beneficios que estaban acumulados en la sociedad operativa antes de la aportación no dineraria."***

En definitiva, en relación con la inaplicación del RFEAC, cabe concluir que la ventaja fiscal considerada abusiva consiste, en el caso analizado, en que las personas físicas aportantes conseguirán disponer de los beneficios distribuibles generados por la sociedad operativa con anterioridad a la AND, evitando la tributación en el IRPF gracias a la interposición de la sociedad receptora de la AND y la exención del 21 LIS que esta proporciona.

El instrumento que permite este resultado abusivo es el diferimiento que ofrece el RFEAC, de modo que la eliminación de esta (en estos casos) herramienta que permite alcanzar un resultado abusivo,es, a juicio de este TEC, la consecuencia a la que conduce la aplicación de la cláusula del artículo 89.2 LIS, eliminación que la nueva redacción del precepto obliga a que sea sólo la necesaria para evitar el fraude que se pretende impedir.

A lo expuesto se debe añadir que las resoluciones citadas **no fijan una definición general del "*fraude o la evasión fiscal*"** que, según la letra del artículo 89.2 de la LIS, demanda la inaplicación del RFEAC, sino que se limitan a afirmar que ha existido en el caso que analiza, a la vista de los hechos y las circunstancias que resultan del expediente.

En las resoluciones de 27 de mayo de 2024, el TEAC establece las pautas para la regularización en caso de inaplicación parcial del régimen FEAC. Señala (el resaltado es el original):

En esta misma Resolución ya hemos concluido que, en este caso, ***la Inspección****, en el acuerdo de liquidación,* ***sí ha identificado de forma suficiente cuál es el resultado fiscal que, fruto de la operación realizada por la persona física aquí reclamante ha considerado abusivo y cuya detección es, junto con la razonada respuesta a la inexistencia de "motivos económicos válidos" significativos que la explicasen, el núcleo de la argumentación para concluir la aplicabilidad de la cláusula antiabuso del artículo 89.2 LIS. Se trata de la falta de tributación por los dividendos que****, después de la aportación no dineraria, a la holding* ***LM*** *SL, de los títulos de* ***XZ-JK****,* ***ha repartido ésta a aquella sociedad holding creada****.*

Se considera, así, y ya se ha dicho que se comparte por este TEAC, que la finalidad principal de la operación fue evitar que los beneficios que la sociedad operativa, ***XZ-JK****, ya había acumulado, durante varios ejercicios, cuando sus acciones pertenecían a la persona física, aquí reclamante, tributasen en su IRPF al ser percibidos por ésta, en este caso vía dividendos, lo que se trata de lograr a través de la interposición de una sociedad holding que, cuando esos beneficios se repartan, puede aprovechar la exención prevista en la legislación del IS, artículo 21 LIS.*

Dicho de otro modo, se pretendió, y ahí estriba el abuso perseguido, extender el paraguas de la sociedad holding a beneficios obtenidos por la sociedad operativa antes de que las acciones de esta perteneciesen a esa holding, es decir, obtenidos por la sociedad operativa que los reparte vía dividendos cuando aun pertenecían a la persona física. No se cuestiona, obviamente, el efecto de la estructura creada sobre los beneficios que la operativa pueda generar en el futuro, pero sí para amparar beneficios generados antes de implementarla, de modo análogo a cómo el acceso a la consolidación fiscal no permite la compensación horizontal de pérdidas generadas antes del acceso a dicho régimen.

En este punto debemos indicar que compartimos uno de los enfoque de la cuestión que nos ocupa que realiza el escrito de alegaciones del reclamante a este TEAC, cuando expone (páginas 23 y 24):

> *<< El criterio de la DGT es claro: para determinar o no la existencia de una ventaja fiscal a los efectos del artículo 89.2 de la LIS, se debe considerar si dicha ventaja era posible en la situación de partida y con independencia de la aplicación del régimen de neutralidad.*
>
> *La "ventaja fiscal" supone una menor tributación de la que se hubiera producido de no haber llevado a cabo la operación. .En el caso objeto de comprobación, lo que se podría considerar ventaja fiscal es solo no tributar por una plusvalía que, de no haberse realizado la operación de restructuración, habría sido objeto de tributación>>.*

De esa comparativa entre los efectos fiscales que se han obtenido, o planificado obtener, y los que se hubieran producido de no haber llevado a cabo una operación de este tipo, resulta claro, a juicio de este TEAC, que es abusiva la utilización del régimen FEAC para buscar la sustitución artificial de estos dos escenarios fiscales.

***Antes de la creación de la holding** - la que recibe las participaciones de la operativa que le permitirán, posteriormente, percibir los dividendos que ésta reparta - cuando la reclamante obtenga la disponibilidad de los beneficios que se acumulan en sede de su sociedad operativa (bien a través del reparto por esta de dividendos, o bien mediante la enajenación de sus acciones) tributará por ellos en su IRPF.*

***Tras la aportación de acciones de su operativa a la sociedad holding** ha conseguido evitar ese "escenario fiscal", de modo que cuando la persona física obtenga la disponibilidad de los beneficios de dicha operativa (a través de su sociedad interpuesta, disponibilidad indirecta pero real y efectiva) no asumirá gravamen alguno, al poder aplicar la exención del artículo 21 de la LIS.*

Identificado el abuso, y decidido que no debe prosperar, debemos encontrar el modo de corregirlo aplicando el mandato del 89.2 de la LIS que, a diferencia de la norma anterior opta, dentro del marco del artículo 15.1 de la Directiva 2009/133/CE (que prevé que un Estado miembro pueda "negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los artículos 4 a 14 o a retirar total o parcialmente el beneficio de las misma") por dar entrada a la posiblidad de la inaplicación parcial del régimen, de modo que se eliminen "exclusivamente" algunos de sus efectos, la que se denomina ventaja fiscal.

Para alcanzar una conclusión, en este caso, debemos volver, siquiera sintéticamente, a lo sucedido. La persona física, aquí reclamante, aportó, a su holding, las acciones de su sociedad operativa cuando esta acumulaban una muy importante cifra de beneficios, de ejercicios anteriores, sin repartir. Y, con posterioridad a la aportación, esa sociedad operativa comenzó a repartir esos beneficios acumulados (dividendos entregados a la holding, que era ya la poseedora de los títulos a los que correspondían), si bien no se han repartido todos esos beneficios acumulados, sino sólo una parte. En el acuerdo se recogen los importes repartidos en 2018 y 2019, por ejemplo.

Bien podemos decir que el abuso normativo que, genéricamente, hemos descrito antes - lograr disponer de unos beneficios sociales, vía dividendos, sin tributar por ellos - ha quedo plenamente preparado, sentadas todas sus bases fácticas, al materializar la aportación de los títulos a la sociedad holding, pero es un hecho que, al tiempo de dictarse la liquidación, ese efecto abusivo tan sólo se había consumado parcialmente, pudiendo concluirse que la reclamante, la persona física que tenía los títulos de la sociedad operativa cuando ésta generó todos los beneficios susceptibles de ser distribuidos, ha logrado obtener la disponibilidad de éstos pero sólo de una parte (ya hemos señalado que se trata de una disponibilidad indirecta, pero indudablemente real y efectiva), de manera que debemos concluir que sólo por esa parte ha eludido la tributación (del IRPF) que hubiera correspondido sin la interposición de la holding (de no haber aportado los títulos a esta entidad esos dividendos repartidos por la sociedad operativa en los ejercicios siguientes a la operación se hubieran percibido por la persona física, la cual hubiera debido tributar por ellos en el momento correspondiente).

Por lo tanto, el fraude o la evasión fiscal, aunque pueda considerarse ya preparado, tan sólo se ha producido o materializado efectivamente de un modo parcial; aunque es cierto que se puede ir completando su consumación a medida que la operativa siga repartiendo esos beneficios, los acumulados antes de la operación y no distribuidos al tiempo de realizarla, a la sociedad holding interpuesta por la reclamante.

De lo que venimos exponiendo resulta una conclusión clara. El texto del artículo 89.2 de la LIS nos lleva a modificar el tratamiento de este tipo de operaciones que se venía haciendo por la Inspección de los Tributos, y aceptándose por este TEAC y por la jurisprudencia. ***Se debe modular, desde luego, el importe total de las correcciones a realizar, de manera que los ajustes a realizar no sean ni mayores ni menores que la ventaja abusivamente lograda de modo efectivo que se haya identificado.***

Y también, para conseguir ese objetivo cuantitativo, será relevante determinar en qué ejercicio fiscal procede imputar las correcciones o ajustes que se deban realizar.

Por lo que hace al importe del abuso a corregir, es claro, en nuestro caso, que gravar, en el ejercicio en el que se produjo la aportación no dineraria, la totalidad de los beneficios que el socio de la operativa tenía pendientes de recibir de ésta va más allá de lo que puede considerarse como la corrección de la ventaja abusiva lograda; así se le estaría gravando por beneficios de la operativa de los que aún no ha dispuesto, por plusvalías tácitas no realizadas. En otras palabras, se estaría gravando un fraude no consumado, solamente preparado o planificado. Esa consumación podría no llegar a producirse si, por ejemplo, la evolución de la actividad de la operativa es negativa, y esos beneficios acumulados susceptibles de ser distribuidos se ven compensados con pérdidas de ejercicios siguientes.

***Fijándonos, por otro lado, en el ejercicio en el que ubicar la corrección o el ajuste a realizar**, si la única rectificación del posible del abuso se produce en el ejercicio en el que se realizó la operación, en este caso, la aportación no dineraria, podrían quedar sin corregir todos los movimientos a través de los que el reclamante consiguiese, en ejercicios posteriores, la disponibilidad de los beneficios de la operativa que le correspondían en el momento de realizar la operación, es decir, al interponer, entre él y la sociedad operativa, la sociedad holding, por sus distintas vías (por ejemplo, reparto de dividendos de la operativa a la holding, venta de las acciones de la operativa por la holding que no se vea afectada por las limitaciones a la exención del artículo 21.4 LIS, o cualquier otra a través de la que se realice la plusvalía tácita inicialmente diferida). En todo caso, obviamente, se deberán tener en cuenta las circunstancias futuras que puedan haberse superpuesto a las aquí tenidas en cuenta.*

*La solución que, a juicio de este TEAC, mejor encaja para lograr una adecuada aplicación de la claúsula antiabuso del 89.2 de la LIS en casos como el que nos ocupa pasa, una vez declarado que la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal, por imputar el ajuste a realizar, esto es, **la corrección de sus efectos abusivos, a medida que estos se van produciendo, lo que, en este caso, implica hacerlo en cada uno de los ejercicios en los que el socio aportante obtiene o logra, de forma efectiva, la disponibilidad de los beneficios que estaban acumulados en la sociedad operativa antes de la aportación de sus acciones en la entidad operativa a aquélla**.*

Se trata de una solución, sin duda, más compleja que la sencilla, pero insatisfactoria como se ha expuesto, imputación temporal única del ajuste a realizar en el ejercicio en que se realiza la operación mercantil, ya que, en este caso, o bien se grava un abuso aun no materializado, si se regulariza toda la plusvalía tácita existente en ese momento, o bien quedará abuso a producirse en el futuro sin corregir, si la regularización se limita a las disponibilidades ya obtenidas, a través de la holding, en el momento de la comprobación. Nos acerca, como anticipamos, al esquema del antiguo fraude de ley, o del actual conflicto en la aplicación de la norma tributaria del artículo 15 de la LGT, en los que el elemento clave es que, tras la declaración del fraude de ley o del conflicto, referida al ejercicio en el que se produjeron los hechos o negocios que merecen tal calificación, se sucedan las regularizaciones de los ejercicios siguientes que resulten necesarias para eliminar, en esos, los efectos concretos que se producen derivados del abuso normativo declarado, es decir, corrigiendo el abuso, mediante ajustes, a medida que aquel se va produciendo.

No se le oculta a este TEAC que, de esta forma, se está fijando una secuencia para la tributación a exigir al sujeto pasivo, en este caso, la persona física, en su IRPF, que exige prescindir de la apariencia formal resultante de las decisiones y operaciones tomadas por aquella (especialmente, se prescinde de la titularidad de las acciones y, con ello, de quién percibe formalmente los dividendos) imputándole una plusvalía en ejercicios en los que, formalmente, no la ha tenido, lo que exigirá, indudablemente, que se realicen los ajustes pertinentes para que no se generen sobreimposiciones, en particular las previstas en el artículo 88 de la LIS, solucionando problemas semejantes a los que son comunes a los esquemas normativos que dan prioridad al fondo sobre la forma para evitar que prosperen esquemas que, a través de construcciones artificiales, han pretendido forzar las costuras de la normas generales.

En el caso que nos ocupa, por ser concretos, las correcciones del abuso a practicar, como hemos señalado, a medida que se produzca aquel, esto es, tal y como hemos visto, a medida de que el socio, persona física, vaya logrando, de forma indirecta a través de la holding, la disposición de los beneficios de la entidad operativa (recordemos, los acumulados en esta durante el tiempo de tenencia de sus títulos por la persona física hasta el momento en que se aportaron a la holding) deben venir de la aplicación de lo dispuesto en el artículo del 37.1.d) de la LIRPF, aplicado, en coordinación con el artículo 14.2 d) de la LIRPF (operaciones a plazos) a medida que vaya obteniendo, a través de la holding, la disponibilidad de esos beneficios que, en realidad, representan la parte del valor de transmisión de su aportación que no se tuvo en cuenta en el momento de la aportación por la aplicación del Régimen FEAC que, de este modo, en atención a que ha sido declarado abusivamente obtenido, se debe inaplicar parcialmente.

No puede prosperar, por tanto, la liquidación realizada por Inspección, porque, pese a que sí llega a identificar, como abuso efectivo obtenido fruto de la operación realizada el importe de los dividendos repartidos, después de ésta, por la sociedad operativa a la sociedad holding (tiene en cuenta, descontándolo, el importe que, a su vez, la holding repartió a la persona física ya que, este sí, tributó en su IRPF), finalmente, sin embargo, ha sometido a gravámen, liquidando el IRPF de 2017, la totalidad de los beneficios acumulados en la operativa en el momento de realizar la aportación dineraria, considerando, sin matiz alguno, las reglas de cálculo del artículo 37.1.d) de la LIRPF.

Como dijimos, no se cuestiona el pleno efecto de la estructura creada sobre los beneficios que la operativa pueda generar en el futuro, de modo que lo que venimos describiendo afectará sólo a los beneficios previos a la aportación a la holding.

Como hemos expuesto, del expediente resulta que, en dicho ejercicio, no se materializó ningún reparto de dividendos de la operativa a la holding, ni ninguna otra vía por la que se hicieran llegar, a la persona física aportante, poseedora de los títulos de la operativa hasta que los aportó a la holding, estos beneficios de la sociedad operativa a los que nos

estamos reiteradamente refiriendo, por lo que, en dicho ejercicio, ningún efecto del abuso detectado se ha producido, no habiéndose eludido, en ese momento, ningún gravamen que, sin acometer la operación en cuestión, se hubiese producido.

Debe aclararse, aun siendo reiterativos con lo ya expuesto, que no se rechaza la liquidación por el hecho de que haya eliminado el inicial diferimiento que proporciona la aplicación del régimen de reestructuración empresarial, lo que a juicio de este TEAC, volvemos a afirmar, no está vedado a la clausula antiabuso del 89.2 de la LIS cuando ello resulte necesario para la eficaz corrección del abuso producido, sino porque, en este caso, esa eliminación dispuesta por la Inspección, y plasmada en el acuerdo liquidatorio impugnado, no se ajusta ni al importe de la elusión fiscal efectivamente producida, ni se ha imputado al ejercicio en el que se ha producido.

Por lo tanto, procede estimar parcialmente las alegaciones de la reclamante."

Como ya hemos dicho, la inaplicación del régimen FEAC debe estar orientada a la eliminación de abuso identificado, lo que en casos como el presente se conseguirá corrigiendo el efecto propio del régimen, el diferimiento de la plusvalía puesta de manifiesto al hacer la AND, ya que es herramienta imprescindible para planificar el fraude buscado. Peró sólo en la medida necesaria.

La inaplicación total de los efectos del RFEAC hubiese supuesto la liquidación de la ganancia patrimonial que, sin él, procedería, en este caso la que se mide con las reglas del artículo 37.1.d) de la LIRPF. La inaplicación parcial también *"deben venir de la aplicación de lo dispuesto en el artículo del 37.1.d) de la LIRPF,"* como se decía en la Resolución citada, de modo que se materializará en **un ajuste, un recálculo, de la magnitud tributaria a la que afectó el régimen: la ganancia patrimonial producida por la aportación no dineraria de las acciones.**

Se liquidará, por tanto, en este caso, una ganancia de patrimonio, solo la correspondiente a la parte de aquella que se haya considerado diferida para buscar un efecto abusivo (en aque caso la correspondiente a las reservas ya existentes en las sociedades cuyas acciones se aportan pendientes de ser repartidas).

Y, de esta plusvalía abusivamente diferida, tan sólo por la parte que, identificadas según se ha descrito, se debe entender, según también se ha descrito, que ya se ha materializado, o realizado, al obtener el socio aportante su disponibilidad (aunque sea indirecta, a través de la sociedad holding o interpuesta), lo que supone materialización o consumación del abuso declarado.

El diferimiento inicial de la plusvalía se mantiene si no se consuma el abuso identificado (obtención de la disponibilidad de los beneficios previos de la operativa), y se elimina a medida que, en el mismo ejercicio de la operación, o en otros futuros, se produzca dicha materialización, solución esta, repartir la tributación derivada de una única alteración patrimonial en varios ejercicios que no es extraña en nuestro ordenamiento, al estar prevista en el artículo 14.2.d) de la LIRPF para las operaciones a plazo, como recuerdan las resoluciones citadas al explicar y motivar la interpretación de la claúsula antiabuso que realizan.

El régimen FEAC no deja de aplicarse, sólo se corrigen sus efectos. Esta consideración es relevante para, como después aludiremos, poder utilizar, y ajustar, los ajustes de valoración previstos en la normativa del RFEAC para evitar que la inaplicación parcial impuesta por las regularización generen situaciones de desimposición o sobreimposición.

En Resoluciones posteriores se ha completado la identificación de otros beneficios identificables en la operativa antes de la AND para cuya disposición sin tributar IRPF puede haberse abordado el RFEAC de modo que, en ausencia de motivos económicos válidos más relevantes, activarán la aplicación de la clausula del artículo 89.2 LIS.

Así, l**a resolución de este TEAC de 19/11/2024 (RG 8869/2021),** en criterio aun no reiterado, analizó una AND de acciones de una sociedad con inmuebles con **plusvalías tácitas** que la evolución del mercado inmobiliario hacía evidentes y que se consideraron **de inminente materialización,** produciéndose, en el caso concreto, la inaplicación del régimen FEAC por considerar que su objetivo único o principal es evitar que el futuro reparto de los recursos obtenidos con la materialización de dichas plusvalías tácitas tributen en el IRPF al ser repartidos a los socios, buscando la exención del artículo 21 de la LIS. Señala el citado criterio que:

> *"La aplicación de lo dispuesto en el artículo 89.2 de la LIS nos lleva a eliminar "exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal" abusivos o fraudulentos producidos, pero debiendo eliminar todos ellos.*
>
> *Para ello, habrá que atender tanto al importe del abuso como al periodo en el que se produce.*
>
> *Se va más allá del precepto si la eliminación del régimen FEAC supone gravar, en el ejercicio de la aportación, todas las plusvalías latentes en los títulos aportados (en este caso por la tenencia de inmuebles con importantes plusvalías tácitas), ya que si aun no se han repartido los beneficios generados por la sociedad operativa, el aportante aun no dispuso de ellos.*

> *Pero no se corrige todo el abuso si sólo se regulariza el ejercicio de la aportación, al no poder incluir en él los efectos del abuso aun no materializados.*
>
> *La solución más ajustada a la finalidad del artículo 89.2 de la LIS obliga a que, una vez declarado que la aportación no dineraria tuvo como "principal objetivo el fraude o la evasión fiscal", se regularicen sus efectos abusivos en el ejercicio en el que estos se produzcan.*
>
> *En el caso planteado, los efectos abusivos se materializan en el ejercicio en el que la persona física aportante obtenga, a través de la "holding", la disponibilidad de los recursos generados por la realización de las plusvalías tácitas, ya existentes en el momento de realizar la aportación, que fueron repartidos a dicha "holding", teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias producidas hasta ese momento."*

De **las Resoluciones del TEAC de 12 de diciembre de 2024 (RG 6543-2024 y RG 5937-2024)**, por las que se resuelven los recursos contra la ejecución interpuestos contra las RTEAC de 27de mayo 2024 citadas, se desprende que si los beneficios no distribuidos que tenía la sociedad cuyas acciones se aportan proceden de una **entidad de ulterior nivel, participada directa o indirectamente,** se podría alcanzar la misma conclusión ya vista, a afirmarse que *"habían de tenerse en cuenta tanto los existentes en XZ-JK SL como los acumulados por las sociedades de las que ésta era socia única en el momento de la aportación (XZ SLU, XZ SLU (...;), que a su vez era socia única de otras, y XZ-DF SL (...;)".*

Por otro lado, es necesario hacer referencia a que las citadas **Resoluciones del TEAC de 12 de diciembre de 2024 (RG 6543-2024 y RG 5937-2024)**, introducen, con categoría de doctrina al ser criterio reiterado, algunos matices a tener en cuenta, en concreto que:

A) Criterio 1: "*Una vez declarado que la finalidad principal de una operación FEAC era evitar la tributación en el IRPF del socio aportante de los beneficios repartibles acumulados bajo las acciones aportadas (interponiendo en su lugar una sociedad que aplicará la exención del artículo 21 de la LIS),* ***la efectiva aplicación del artículo 89.2 de la LIS exige interpretar que los beneficios repartidos después de dicha operación*** *(obtenidos ya por una sociedad que aplicará la exención del artículo 21 de la LIS)* ***son consumación*** *o materialización* ***del fraude o abuso declarado, de modo que, por su importe, se pone fin al inicial diferimiento de la tributación de la plusvalía generada por la aportación no dineraria."***

El citado criterio supone que **cuando se reparte beneficio con posterioridad a la AND, hasta el importe de las reservas disponibles y beneficios existentes en la sociedad cuyas acciones se aportan en el momento de la AND, se ha de entender que el beneficio repartido es, en primer lugar, el correspondiente a dichas reservas y beneficios, atendiendo a una interpretación finalista del artículo 89.2 LIS, clausula antiabuso autónoma, no vinculada por otros criterios establecidos a otros efectos en distintos preceptos legales.**

Se sustenta, como argumento básico, en una interpretación finalista del 89.2:

> "*Y de la citada interpretación del artículo 89.2 de la LIS también deriva, a juicio del acuerdo de ejecución, y de este TEAC, que los resultados previos a la operación acogida a FEAC - la aportación de los títulos de XZ por la Sra. xy a su holding - se deben entender distribuidos antes que los obtenidos, por dicha operativa XZ-JK, con posterioridad a dicha operación, sin que la mera identificación de reservas distintas a efectos de su reparto por la entidad operativa pueda llevarnos a entender que no se ha materializado el abuso. La disponibilidad de los beneficios anteriores, en atención al carácter fungibles de estos, a la que después nos referiremos, se ha obtenido en el momento del reparto de los dividendos por XZ a la holding.*
>
> *La interpretación contraria supondría que la eliminación del fraude que pretende el artículo 89.2 de la LIS se viese frustrada, de modo que el diferimiento "a voluntad", sine die, de la tributación en el IRPF de los beneficios acumulados en las acciones aportadas en el momento de hacer la AND que se pretendió evitar, se siga produciendo. Sería dejar "al albur de la voluntad de quienes han diseñado y participado en el abuso, la neutralización o desactivación de las consecuencias de su regularización", como afirma el acuerdo de ejecución."*

Esta interpretación finalista se complementa acudiendo a otros criterios hemenéuticos, que se sintetizan en que:

> *"No se aprecian razones jurídicas (mercantiles o contables) ni económicas, que justifiquen la razón o interés por los que se elige repartir el beneficio más reciente y no los anteriores. Por ello, a los efectos fiscales que nos ocupan, pasar por dicha elección sólo supondría dejar al albur de la voluntad de quienes han diseñado y participado en el abuso, la neutralización o desactivación de las consecuencias de su regularización"*

B) Criterio 2: ***"Los repartos de dividendos realizados en ejercicios posteriores*** *a los comprobados a través de los cuales las personas físicas aportantes obtengan la disponibilidad, aun indirecta, de las plusvalías tácitas inicialmente diferidas por la aplicación del régimen FEAC,* ***pondrán fin a dicho diferimiento****, tributando como ganancia patrimonial en el socio aportante, al ser considerados materialización o consumación del abuso en su día declarado,* ***si se dan condiciones análogas a las que llevaron a la calificación como fraudulenta de la operación FEAC, y que permitan confirmar dicha apreciación, entre las que, por ejemplo, se encuentra el destino que se haya dado por la entidad holding a esos fondos recibidos, en años futuros, por el reparto de dividendos que acuerde la sociedad operativa. "***

C) Criterio 3: "*La lógica del régimen FEAC* *y sus preceptos, que siguen siendo aplicables al caso al haber sido sólo parcialmente corregidos los efectos de dicho régimen, obligan a coordinar el importe de la plusvalía diferida por el socio aportante con el valor fiscal de adquisición de las acciones recibidas. Con el diferimiento inicial pleno el valor de adquisición de las acciones recibidas coincide con el valor fiscal de adquisición de las acciones aportadas. A medida que tribute la plusvalía diferida el valor de las participaciones recibidas irá aumentándose. "

Este criterio deriva de la aplicación de las reglas de valoración del régimen FEAC, en el que se permanece, y su necesario ajuste para evitar que la inaplicación parcial impuesta por las regularización generen situaciones de desimposición o sobreimposición.

Así, la inicial aplicación **por el socio aportante** del régimen especial supuso la ausencia total de tributación, difieriendo la plusvalía que, sin él, hubiese debido tributar. Ese diferimiento tenía reflejo en el valor fiscal de las acciones de la sociedad holding recibidas que, según el art 87.1.c) LIS, en conexión con el 79 LIS se valoran por el mismo valor que tenían las aportadas, de modo que una futura enajenación hiciese tributar dicha plusvalía.

Cuando esa inaplicación parcial se traduzca, una vez producida la consumación del abuso, en efectiva tributación en el socio aportante por el recálculo de la plusvalía inicialmente diferida, el valor fiscal de las acciones de la sociedad holding que ha recibido dicho socio debe seguir reflejando el importe de la plusvalía que permanece diferida, por lo que debe aumentarse en el importe de dicha plusvalía por el que acaba de tributar y cuyo diferimiento ha terminado, para evitar una futura y nueva tributación, que estaría duplicada.

En este punto, y aun no siendo propiamente objeto de esta resolución (que sólo afecta directamente a las liquidaciones practicadas a los socios aportantes), se debe dejar constancia de que el mismo principio ha de cumplirse en la valoración de las acciones recibidas por la sociedad. Por ello, tras la inaplicación parcial con tributación parcial de la renta inicialmente diferida, su valor fiscal de adquisición debe ser el adecuado para que sigan reflejando el importe de la renta que permanece diferida, lo obligará a revisar dicha valoración fiscal.

Esto ya se apuntaba en las resolución de este TEAC con RG **6550/2022, de 27 de mayo** que, al final de la resolución, señala:

> *"Dado que, conforme a lo expuesto, en sede de la socia, este TEAC ha concluido que el régimen especial de diferimiento no resultaba aplicable, parcialmente, a la operación realizada y que, por ello, la ganancia patrimonial obtenida por aquélla debe ser sometida a tributación a medida que se vaya consumando, en los términos expuesto en nuestra resolución transcrita, integrando su importe en las bases imponibles de tal socia en los ejercicios correspondientes (a medida que vaya disponiendo de los dividendos correspondientes a los beneficios acumulados en la operativa XZ-JK hasta el momento de la aportación), habiendo dispuesto la anulación de la liquidación girada a esta socia por su IRPF de 2017, en los mismos términos ha de anularse la liquidación aquí impugnada.*
>
> ***Así, a medida que vaya corrigiéndose el régimen de diferimiento en sede de la socia procederá ir rectificando, en sede de la sociedad holding aquí reclamante, el valor fiscal de los títulos de XZ-JK recibidos como consecuencia de la aportación no dineraria aquí analizada."***

No obstante, la solución no puede ser, como erróneamente apuntamos en la Resolución de 19/11/2024, RG 8869/2021, en el Fundamento jurídico DÉCIMO que:

> *"A medida que se inaplica parcialmente el régimen FEAC, se irá haciendo tributar al socio por la parte de la plusvalía abusivamente diferida (al obtener el socio la disponibilidad de los dividendos repartidos), en este caso en el ejercicio 2016, por los dividendos repartidos por* ***QR*** *a* ***XZ****. Con la inaplicación parcial del RFEAC, el valor por el que ya tributó el socio se incorpora al valor de adquisición de la sociedad."*

Para cumplir la ratio expuesta (que tras la inaplicación parcial su valor fiscal de adquisición sea el adecuado para que sigan reflejando el importe de la renta que permanece diferida), debe tenerse en cuenta que, en este caso, la consumación del abuso que ha puesto fin al diferimiento procede del reparto de dividendos de la sociedad participada

(el valor del activo neto y el valor razonable) y, con él, el del valor de las acciones que de ella tiene la sociedad holding, disminución de su valor que ya evita cualquier tributación futura que supusiese una doble tributación de la renta inicialmente diferida. Por lo tanto, por un lado, no resulta necesario incrementar el valor de adquisición fiscal de las participaciones que la sociedad holding tiene en la operativa y, por otro, si se produjese tal aumento se generaría una desimposición futura, en la holding, en una futura transmisión de las participaciones de la sociedad operativa, al reflejar, la combinación de su valor real y el de adquisición fiscal, una diferencia inferior a la de la plusvalía que aun permanece diferida.

NOVENO.- APLICACIÓN AL PRESENTE CASO.

Pues bien, teniendo en cuenta la doctrina anterior y los matices introducidos, a continuación se van a particularizar sus efectos para el caso que presenta esta resolución:

- 1. Identificación de la ventaja fiscal abusiva:

A igual que en las Resoluciones de 27 de mayo de 2024, se ha identificado en este caso de forma suficiente la ventaja fiscal abusiva, tal y como se ha expuesto en los fundamentos anteriores.

En el presente caso, los efectos abusivos que han de ser identificados como ventaja fiscal abusiva no consistirán simplemente en el diferimiento de la renta por la propia aplicación del RFEAC, fruto de la aplicación de la presunción de ausencia de MEV, sino, como la Inspección ha identificado, en que la persona física, aquí reclamante, aportó, a **TW** SL (que sería equivalente a la sociedad holding de las resoluciones del TEAC citadas), las acciones de la sociedad **XZ** (que sería equivalente a la sociedad denominada operativa en las resoluciones citadas) c**uando la sociedad disponía de reservas voluntarias y beneficios distribuibles generadas con anterioridad a la AND.** Con posterioridad a la aportación, **XZ** reparte ese beneficio a TW SL en forma de dividendo.

Así, la inspección ha considerado que el abuso se manifiesta en el posterior reparto de dividendos de **XZ** a **TW** SL, que, de haber permanecido las acciones en la propiedad de la socia y reclamante hubieran tributado en el IRPF de la persona física, mientras que, tras la aportación de las acciones, se ve beneficiada de la exención del 21LIS.

Ni la Inspección ha explicitado, ni este TEAC considera, que, en este caso, se den las circunstancias que permitan considerar que al realizar la AND los reclamantes estuviesen buscando otros efectos fraudulentos o abusivos, como podría haber sido la canalización a la exención del artículo 21 de la LIS de otros ingresos por los que, sin la operación FEAC, hubiesen podido tributar en algún momento los contribuyentes en su IRPF.

No se ha identificado ningún activo, ni material ni inmaterial (como podría ser un fondo de comercio), con plusvalía tácitas que sean de inmediata y previsible realización en el momento de hace la AND (como sí ocurrió en el caso de la resolución de este TEAC de 19/11/2024 (RG 8869/2021).

No puede considerarse, en el presente caso, como efecto abusivo, en las condiciones del presente caso, la colocación bajo el paraguas de la entidad holding de los futuros beneficios que se puedan obtener con el ejercicio del negocio aportado a la sociedad holding**.** Aunque esta expectativa de rentabilidad futura del negocio haya formado parte de la valoración de las acciones aportadas realizada por los propios contribuyentes (según el informe de valoración ya citado, que utilizó un multiplicador de los beneficios ya conocidos de ejercicios anteriores específico para empresas que operan en el comercio electrónico), debe tenerse en cuenta que:

-No se ha producido ninguna enajenación posterior del negocio en condiciones en las que hubiese podido acreditarse que fue la elusión de la tributación que ella podía suponer (por el gravamen del fondo de comercio que afloraría en ella) elemento decisivo para abordar la operación FEAC realizada. Caso distinto sería si la sociedad **TW** hubiera procedido a la venta de las participaciones de **XZ**, beneficiándose de la exención del 21LIS, y la inspección hubiera identificado la realización de esta plusvalía como núcleo de la elusión fiscal proyectada con la AND, por tratarse de una plusvalía ligada a un activo inmaterial de inminente materialización en el momento de la AND.

- Ese cálculo de futuro beneficio es, en el caso presente, al hacer la AND, tan solo una mera expectativa, lo que impide considerar que es abusivo que al hacer la AND no se tribute por ella.

- Si la expectativa se cumpliese, y los beneficios esperados llegasen en el futuro, esos beneficios se quedarían, inicialmente, en la sociedad operativa cuyas acciones se aportan. No se dan, tampoco, las razones para entender que, según venimos exponiendo, se pueda entender consumada la ventaja fiscal abusiva.

- Si la sociedad operativa repartiese esos beneficios en el futuro a la holding, tampoco estaríamos (a los efectos que nos ocupan) en una situación paralela a la del reparto de las reservas disponibles ya existentes antes de realizar la AND. Cómo se indicó en las resoluciones de mayo de 2024 citadas :

> *"Dicho de otro modo, se pretendió, y ahí estriba el abuso perseguido, extender el paraguas de la sociedad holding a beneficios obtenidos por la sociedad operativa antes de que las acciones de esta perteneciesen a esa holding, es decir, obtenidos por la sociedad operativa que los reparte vía dividendos cuando aun pertenecían a la persona física. No se cuestiona, obviamente, el efecto de la estructura creada sobre los beneficios que la operativa pueda generar en el futuro, pero sí para amparar beneficios generados antes de implementarla, de modo análogo a cómo el acceso a la consolidación fiscal no permite la compensación horizontal de pérdidas generadas antes del acceso a dicho régimen."*

- 2. Distinción entre preparación y consumación del abuso normativo en el caso concreto:

En el presente caso, y, de acuerdo con la doctrina expuesta, este TEAC advierte que el abuso normativo ha quedado plenamente preparado con la AND realizada, y ha sido consumado al tiempo de dictarse liquidación, con la obtención de la disponibilidad indirecta (aunque real y efectiva) de los dividendos repartidos en 2017 y ss por **XZ** a **TW** SL procedentes de reservas que se habían generado durante el tiempo de tenencia de los títulos de **XZ** por parte de la persona física.

Como se ha señalado anteriormente, las resoluciones de 12 de diciembre de 2024 (RG 6543-2024 y RG 5937-2024), establecieron como criterio, a estos efectos, realizando una **interpretación finalista** del artículo 89.2 LIS, tendente a regularizar la contingencia fiscal producida , sin dejar al albur de la voluntad de quienes han diseñado y participado en el abuso, la neutralización o desactivación de las consecuencias de su regularización, en síntesis, que cuando se reparte beneficio con posterioridad a la AND, hasta el importe de las reservas disponibles y beneficios existentes en la sociedad cuyas acciones se aportan en el momento de la AND, se ha de entender que el beneficio repartido es, en primer lugar, el correspondiente a dichas reservas y beneficios.

En este sentido, conviene señalar que este TEAC es consciente de los distintos preceptos mercantiles y tributarios que, a otros efectos distintos de la aplicación de la cláusula antiabuso del artículo 89 LIS, establecen distintos criterios de reparto de reservas, beneficios, primas de emisión etc, llegando a distintas soluciones. Sin embargo, la aplicación de esta cláusula antiabuso autónoma del artículo 89.2 LIS, nos lleva a un escenario en el que para que sea eficaz, es necesario atender a una interpretación finalista de la misma, tendente a que la regularización del abuso tenga efectos fiscales en el momento de su consumación, cuya consecuencia práctica ineludible es, a estos efectos, entender que el beneficio repartido es, en primer lugar, el correspondiente a las reservas y beneficios acumulados preexistentes a la AND realizada.

La interpretación que se considera más adecuada al mantenimiento de una eficacia mínima del precepto aplicado, parte de la consideración de que ha sido identificada una masa dentro del beneficio distribuible que está sometida a una contingencia fiscal: le ha sido aplicado un diferimiento de forma indebida puesto que se ha identificado que el objetivo de la aplicación del régimen era en realidad la elusión fiscal, la comisión de un abuso. En el momento en que se verifique que se ha consumado el abuso, se debe eliminar, evitando perpetuar la irregularidad.

Esta necesaria interpretación para, insistimos, preservar la eficacia de la cláusula antiabuso, se refuerza ante la inexistencia de finalidades u objetivos económicos o jurídicos que se vean desatendidos con esta solución (más allá, obviamente, de la lógica del abuso buscado -el que se quiere impedir-, que pretenderá retrasar lo más posible la tributación) y que hubieran podido motivar la designación de qué reservas se dicen repartir que hicieron las partes. Dicho de otro modo, esta designación no parece responder más que a la intención de preservar el diferimiento que ya se ha calificado como abusivo, de modo que no pueden surtir ese efecto.

Por último, es necesario indicar que en las resoluciones de 12 de diciembre de 2024, se señalaba,en síntesis que tras un primer juicio global en el que se ha verificado que la operación FEAC es abusiva, para verificar si existe consumación del fraude preparado, se deberá atender a si se mantienen las circunstancias que permitieron declarar dicho fraude. En este caso la consumación se produjo en los ejercicios inmediatamente posteriores a la AND, y ha sido comprobada por la inspección en su totalidad. Ningún destino dado a los fondos puede considerarse como "empresarial", por lo que se considera que el abuso es consumado con el reparto de dividendos de la operativa a la holding, sin modulación alguna en su importe, más allá del límite impuesto por los propios beneficios distribuibles existentes en el momento de la AND realizada.

-3. Conclusiones respecto de la liquidación de la inspección:

No puede prosperar, por tanto, la liquidación realizada por Inspección, porque, pese a que sí llega a identificar, como abuso efectivo obtenido fruto de la operación realizada el importe de los dividendos repartidos, después de ésta, por **XZ** a la sociedad **TW** SL procedente de beneficios distribuibles generados por la primera con anterioridad a la AND , finalmente, sin embargo, ha sometido a gravámen, liquidando el IRPF de 2016, la totalidad de la ganancia patrimonial puesta de manifiesto en el momento de realizar la aportación dineraria, considerando, sin matiz alguno, las reglas de cálculo del artículo 37.1.d) de la LIRPF.

La liquidación resulta, en este caso, desproporcionada, tanto porque en 2016 no se ve materializada la ventaja fiscal abusiva, cuestión en la que profundizamos posteriormente, como por el hecho de que la ganancia patrimonial sometida a gravamen deriva de un valor de transmisión que no refleja unas plusvalías de inminente realización identificadas por la inspección y ligadas a activos concretos de la entidad, como ocurría en el caso de la resolución de este TEAC de 19/11/2024 (RG 8869/2021), sino de un valor de transmisión calculado teniendo en cuenta un multiplicador de empresas del mercado de comercio electrónico, que no refleja las plusvalías identificadas existentes en la empresa con anterioridad a la AND y de inminente realización (ya sea en forma de reservas, activo material, intangible, o cualquier otro) que puedan dar lugar a un dividendo exento cuyo reparto pueda considerarse una ventaja fiscal abusiva, sino un valor de venta a terceros que incorpora expectativas de mercado. No es esa plusvalía la que se pretende someter a gravamen en este caso concreto como consecuencia de la aplicación de la claúsula antiabuso, sino únicamente la que deriva de los beneficios distribuibles existentes en el momento de la aportación no dineraria, que hubieran tributado en sede de la persona física de haber sido objeto de reparto durante el tiempo de tenencia de la participación, y que se reparten con posterioridad a la realización de dicha AND, exentos de tributación por el art 21. Este es el abuso identificado por la inspección, y el importe máximo regularizable.

Como hemos expuesto, del expediente resulta que, en el ejercicio 2016, no existió un reparto de dividendos procedente de reservas o beneficios distribuibles generados con anterioridad a la AND de **XZ** a **TW** SL, por lo que, en dicho ejercicio, no se ha producido consumación del abuso, y , por lo tanto, no se puede regularizar cantidad alguna. Será en los años siguientes donde tendrá efecto cuantitativo la liquidación, en relación con el abuso que efectivamente ha quedado materializado y con el límite de las reservas y beneficios distribuibles que determinan la plusvalía generada hasta el momento de la AND.

En este sentido, conviene reiterar que, tal y como señalan las resoluciones de este TEAC 12 de diciembre de 2024 (RG 6543-2024 y RG 5937-2024), y como ya ha sido explicado a la hora de contestar a las alegaciones de los reclamantes en sede del análisis de la existencia de MEV, se considera que el beneficio repartido en los años 2017 y ss, proviene, en primer lugar, de los beneficios distribuibles generados con anterioridad a la AND, y, una vez repartidos dichos beneficios, se considerará que se empiezan a repartir los generados con posterioridad.

No se cuestiona el pleno efecto de la estructura creada sobre los beneficios y plusvalías que **XZ** pueda generar en el futuro, de modo que lo que venimos describiendo afectará sólo a las plusvalías previas a la aportación a **TW** SL.

Por lo tanto, procede estimar parcialmente el recurso del reclamante, anulando la liquidación de 2016 en lo que a la operación FEAC se refiere. En relación con el abuso consumado en ejercicios posteriores, la Administración Tributaria podrá aplicar lo dispuesto en el artículo 68.9 LGT, relativo a las obligaciones tributarias conexas. En este caso, se deberá atender a las conclusiones alcanzadas en las Resoluciones del TEAC de 12 de diciembre de 2024 (RG 6543-2024 y RG 5937-2024), por las que se resuelven los recursos contra la ejecución interpuestos contra las RTEAC de 27de mayo 2024 citadas.

DÉCIMO. RESUMEN

- Se confirma la declaración que, en aplicación del 89.2 LIS, formuló la Inspección sobre la operación que revisó, esto es, que aquella tuvo como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal, por lo que, en aplicación de lo previsto en dicho precepto se debe proceder, en el presente caso, a disponer la inaplicación total o parcial del mismo (en este caso, según lo expuesto, parcial).

- Que esa declaración sirve de base para corregir la consumación del abuso normativo producida en cualquier ejercicio posterior a 2016, por la realización de las plusvalías que, procediendo de beneficios distribuibles existentes en el momento de la AND, incorporaban las acciones de **XZ** cuando fueron aportadas a **TW** SL, por cualquier medio por el que haya obtenido la disponibilidad de dichos beneficios, teniendo en cuenta, en todo caso, las circunstancias adicionales que puedan haberse producido.

- Se anula, por lo tanto, la liquidación practicada por el IRPF del ejercicio 2016, en relación con la inaplicación del régimen FEAC, ya que en dicho ejercicio no se han producido los efectos del abuso que se pretende corregir, por lo que en ese ejercicio no es procedente hacer ningún ajuste en aplicación del artículo 89.2 LIS.

Por lo expuesto

Este Tribunal Económico-Administrativo acuerda ESTIMAR EN PARTE la reclamación en los términos señalados en la presente resolución.

Fuente original: https://serviciostelematicosext.hacienda.gob.es/TEAC/DYCTEA/criterio.aspx?id=00%2F05240%2F2022%2F00%2F0%2F1