TEAC

Criterio 1 de 2 de la resolución: 00/06550/2022/00/00

Resolución **00/06550/2022/00/00** · 27 de mayo de 2024

CALIFICACIÓN	Doctrina
ÓRGANO	TEAC
Nº RESOLUCIÓN	00/06550/2022/00/00
FECHA	27 de mayo de 2024

Asunto: Impuesto sobre Sociedades Inaplicación del régimen FEAC por considerar aplicable la cláusula antiabuso del artículo 89.2 de la LIS. Criterio para delimitar qué efectos de la ventaja fiscal se debe eliminar.

Normativa aplicable

- Ley 27/2014 Impuesto sobre Sociedades 89.2

Conceptos: Cláusula antiabuso · Diferimiento · Efectos · Fraude · Impuesto sobre sociedades · Régimen fiscal de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores RFE

Tribunal Económico-Administrativo Central
SALA PRIMERA

FECHA: 27 de mayo de 2024
PROCEDIMIENTO: 00-06550-2022
CONCEPTO: IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. I.SDES.
NATURALEZA: RECLAMACION UNICA INSTANCIA GENERAL
RECLAMANTE: **LM**. S.L.U. - NIF ...
REPRESENTANTE: **Dmv**... - 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.

Se ha visto la presente reclamación económico - administrativa interpuesta por Don **Dmv**, D.N.I. ..., actuando en nombre y representación de la entidad **LM**, S.L, con N.I.F. ..., contra el acuerdo de liquidación dictado el 29 de junio de 2022 por el Inspector Regional de la Delegación Especial de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) de Galicia relativo al Impuesto sobre Sociedades (IS) de los ejercicios 2017 y 2018, referencia: A23 ...74

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 3 de agosto de 2022 tuvo entrada en este Tribunal la presente reclamación, interpuesta en fecha 28 de julio de 2022 por la mercantil **LM** SLU (en adelante **LM**) contra el Acuerdo de liquidación indicado en el encabezamiento.

Se describen a continuación los hitos mas importantes del expediente.

SEGUNDO.- Con fecha de 8 de junio de 2021 se iniciaron por la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de Galicia de la AEAT actuaciones de comprobación e investigación de alcance parcial seguidas frente a la reclamante por el concepto tributario de IS de los periodos 2017 y 2018, limitadas a la comprobación de las operaciones FEAC derivadas de las participaciones en la entidad **XZ-JK** SL (...).

Resulta relevante indicar que de manera coordinada a las presentes actuaciones se siguió procedimiento inspector cerca de la socia única de la entidad, D.ª **Bxy**, en orden a comprobar las consecuencias fiscales asociadas a la aportación no dineraria efectuada por ésta a **LM** SL de las participaciones de **XZ-JK** SL (...).

Las actuaciones referidas al IS de la entidad finalizaron con la notificación, el 1 de julio de 2022, del acuerdo de liquidación con referencia A23 ...74 de fecha 29 de junio de 2022.

TERCERO.- La sociedad **LM** SL se había constituido el ... de 2016 con un capital social de 136.000 euros, mediante la aportación por D.ª **Bxy** de 1.500 participaciones de la entidad mercantil **QR** SL y 1.000 participaciones de la entidad **NP** SL, valoradas conjuntamente todas ellas en 36.000 euros, y 100.000 euros en metálico.

CUARTO.- En fecha 26 de diciembre de 2016 D.ª **Bxy** presentó una consulta ante la Dirección General de Tributos en la que expuso que era era propietaria de una serie de participaciones en el capital social de diversas entidades y que planeaba realizar una aportación de dichas acciones o participaciones a una entidad holding, en la que ostentaría el 100% del capital social, recibiendo a cambio nuevas participaciones de dicha sociedad. En concreto, se solicitaba el criterio del Centro Directivo (la DGT) sobre si dicha operación sería susceptible de acogerse al Régimen Fiscal Especial del Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS), régimen fiscal especial 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, en adelante Régimen FEAC, y, en particular, se preguntaba sobre si podía apreciarse en ella la concurrencia de motivos económicos válidos.

En el propio escrito de consulta la interesada describía como motivos económicos asociados a la operación los siguientes:

- Separación del patrimonio personal propio de la consultante de la gestión de sociedades operativas, limitando posibles responsabilidades patrimoniales, en la medida en que la sociedad holding asumirá la gestión de las sociedades participadas, con los medios humanos y materiales propios necesarios para la óptima gestión de las sociedades participadas;
- Simplificar la estructura empresarial de la consultante, de manera que la visión de su patrimonio sea más clara y sencilla al ostentar el 100% del capital de una sociedad holding que gestionará las participaciones más significativas que la consultante posee en otras sociedades de actividades de diversa naturaleza;
- Centralizar en una única sociedad la toma de decisiones en la gestión de participaciones, al objeto de racionalizar la estructura del patrimonio empresarial, simplificando su gestión y ganando eficiencia y capacidad de organización;
- Centralizar en una única sociedad las inversiones empresariales de la consultante, actuando dicha sociedad como vehículo para acometer nuevas inversiones de la consultante;
- Canalizar en dicha sociedad los beneficios repartidos por las sociedades beneficiarias para destinarlas a financiar nuevas inversiones;
- Centralizar la tesorería;
- Potenciar la capacidad financiera de la sociedad holding;
- Facilitar la implementación de protocolos familiares de una forma sencilla y eficaz de cara a la sucesión hereditaria.

Con arreglo a la contestación evacuada por la Dirección General de Tributos, con número de referencia CV0039-17, señala dicho órgano que:

> *"(...) En el escrito de consulta se indica que la operación proyectada se realiza con la finalidad de reforzar la sociedad Holding simplificando la estructura empresarial de la consultante mediante la unificación de la gestión, centralizando en una única sociedad la planificación y toma de decisiones, centralizando la tesorería, los beneficios repartidos por las sociedades participadas y la realización de nuevas inversiones, permitiendo potenciar la capacidad financiera de la sociedad holding que ofrecerá una imagen más fuerte y solvente con protocolos familiares de cara a la sucesión familiar. Estos motivos se pueden considerar económicamente válidos a los efectos del artículo 89.2 de la LIS en relación con la realización de la operación planteada.*
>
> *La presente contestación se realiza conforme a la información proporcionada por el consultante, sin tener en cuenta otras circunstancias no mencionadas, que pudieran tener relevancia en la determinación del propósito principal de la operación proyectada, de tal modo que podría alterar el juicio de la misma, lo que podrá ser objeto de comprobación administrativa a la vista de las circunstancias previas, simultáneas y posteriores concurrentes en la operación realizada".*

QUINTO.- La regularización practicada en sede de la entidad reclamante, así como la de su socia, trae causa del aumento de capital social de la entidad **LM** SL elevada a público en fecha ... de 2017 ante el notario D. ..., bajo el número ... de su protocolo.

Con arreglo a la misma (expositivo segundo), D.ª **Bxy** era dueña de 32.483 participaciones de la entidad **XZ-JK** SL (en adelante, **XZ-JK**), valoradas en 25.687.970,00 euros; en su condición de socia única de **LM** acude a la operación de aumento del capital social acometida por ésta, aportando (aportación no dineraria) las participaciones sociales señaladas de **XZ-JK**. Como contraprestación, la aportante recibió 2.568.797 nuevas participaciones sociales de **LM** SL, de 10 euros valor nominal.

La escritura indica que la aportación no dineraria que dio lugar al aumento del capital se acogería al Régimen FEAC (o régimen de diferimiento). De hecho, consta que **LM** SL presentó, ante la Delegación de Ourense de la Delegación Especial en Galicia de la AEAT la comunicación de acogimiento de dicha operación a ese régimen, señalando que se reunían o cumplían los requisitos establecidos para ello en la LIS.

La sociedad **XZ-JK** SL, cuyas participaciones fueron aportadas en el marco de esa operación, es la matriz de un grupo formado por diferentes sociedades que integran el grupo empresarial **XZ**.

SEXTO.- Del contenido de las actas, informe de disconformidad y acuerdo de liquidación, que aquí se dan por reproducidos, la Inspección concluye que no procede la aplicación, a esa operación, del régimen FEAC en aplicación de lo dispuesto en el artículo 89.2 de la LIS. A juicio de dicho órgano no concurrían, en ella, motivos económicos válidos (dice que no se había verificado la concurrencia, en particular, de los expuestos por la obligada en la consulta que se había remitido a la DGT), enfatizándose que la aplicación del régimen fiscal de diferimiento o FEAC requiere que la operación tenga como motivo principal uno de carácter económicoempresarial y no que se haya tratado de un mecanismo tendente a obtener, meramente, ventajas fiscales

A modo de resumen la Inspección considera que las razones económicas o de gestión invocadas no se ven modificadas por la creación de sociedades interpuestas por las dos hermanas que participaban en el capital de la sociedad **XZ-JK** - **LM** en el caso de D.ª **Bxy**-, sin que pueda advertirse incidencia alguna en la organización y desarrollo de la sociedad **XZ-JK**.

Así, la representación de la entidad **XZ-JK** sigue correspondiendo a las dos hermanas **xy**, quienes ostentan la condición de administradoras en la entidad hasta 2020, en tanto que a partir de dicho momento se designa como administradoras a las entidades **TW** SL (la sociedad holding de Dª. **Axy**, hermana de la aquí interesada) y **LM** SL , si bien ambas hermanas seguían figurando como representantes.

Esas sociedades interpuestas, a las que se aportaron las participaciones en **XZ-JK**, no contaban, a juicio de la Inspección, con actividad económica real al margen de la derivada de la posesión y gestión de la cartera de participaciones sociales, articulándose como meras entidades de tenencia de valores mobiliarios, sin contar con apenas medios personales para prestar servicios de apoyo a la gestión, de lo que se colige que la gestión ordinaria de la entidad **XZ-JK**, y del grupo empresarial **XZ**, no había experimentado variación o mejora sustancial alguna. De este modo, y para el caso del expediente que aquí nos ocupa, la Inspección concluye que la creación e interposición de **LM** SL entre la persona física aquí interesada y la sociedad **XZ-JK** no ha supuesto cambio operativo, sin que se haya conducido a ningún tipo de reorganización, de segmentación o diferenciación de áreas de negocio o reestructuración de la actividad.

Asimismo, tampoco ha concurrido la incorporación de nuevas generaciones ni la canalización de los dividendos percibidos en nuevas inversiones empresariales.

Por todo ello, no advirtiendo la concurrencia de un motivo económico válido como amparo de la operación de canje de valores descrita, considera la Inspección que la única conclusión plausible es que esas aportaciones (las efectuadas por las hermanas **xy** a favor de **TW** y de **LM** SL, respectivamente) sirvieron como instrumentos para que, en la posición de socios de la entidad **XZ-JK**, pasasen a colocarse, en lugar de dos personas físicas, dos sociedades unipersonales (cuya titularidad era de las hermanas que anteriormente eran las socias de **XZ-JK**), articulándose las sociedades interpuestas como cauce para proceder a la retribución de fondos propios en la esfera patrimonial de cada una de ellas sin asumir el coste fiscal correspondiente, al ser de aplicación, a las nuevas socias de **XZ-JK**, la exención por doble imposición del artículo 21 de la LIS.

También se recoge en el acuerdo que **XZ-JK** había procedido, tras las aportaciones de sus participaciones a **TW** y a **LM** SL por las hermanas **xy**, al reparto de dividendos; en concreto, acordó distribuir 4.752.499 euros con cargo a los beneficios de 2017, y 7.500.576,48 euros con cargo a los beneficios de 2019, habiendo percibido **LM** SL ingresos derivados de su participación en dicha sociedad por importes de: 2.257.437,03 euros en 2018 y 3.562.735,44 euros en 2019 con derecho a la exención de tributación, lo que, según el acuerdo, no acontecería de haber sido percibidos por la persona física.

A modo de conclusión indica el órgano inspector que:

> *"El acogimiento al régimen (de diferimiento de la tributación), aparte del cumplimiento de otros requisitos, exige que la operación se realice por motivos económicos válidos. La inspección entiende, por todo lo expuesto, que no se ha producido, en forma alguna, la reestructuración o la racionalización de las actividades de las personas que participan en la operación ni concurre ningún otro motivo económico valido suficiente. Sí se ha producido, sin embargo, una ventaja fiscal evidente al remansar unos dividendos, que gozan de exención, en la sociedad interpuesta de nueva creación. Esa es la única ventaja evidente que ha producido la aportación no dineraria. No hay mejora de la gestión, ni reestructuración de actividades, ni reorganización del grupo social, ni cambio de responsables de la gestión y dirección, ni incorporación de nuevos socios."*

En base a todo ello se determina la inaplicación del régimen fiscal especial conforme a lo dispuesto en el primer párrafo del art. 89.2 de la LIS, lo que lleva a concluir que , a tenor de lo dispuesto en el artículo 78 de la LIS, las 32.483 participaciones de **XZ-JK** recibidas por la interesada en la ampliación de capital acordada, a la que acudió Dª. **Bxy** aportándolas, han de valorarse fiscalmente con arreglo a lo dispuesto en el artículo 17 de la LIS, siendo esta valoración 25.687.970 euros, sin que ello de lugar a ajustes en la base imponible del IS de los ejercicios comprobados.

SÉPTIMO.- Disconforme con el acuerdo de liquidación la interesada interpuso el 28 de julio de 2022 ante este Tribunal la presente reclamación económico-administrativa, solicitando la anulación de dicho acto, considerando de aplicación del régimen especial FEAC a la operación de aportación no dineraria en base, en síntesis, a las siguientes alegaciones:

- Incorrecta interpretación por la Inspección del régimen de neutralidad fiscal
- Acreditación de motivo económico válido
- Inexistencia de ventaja fiscal de la operaciones
- Obligación de aplicar la consulta vinculante planteada por la obligada tributaria con carácter previo a la operaciones
- Improcedencia de la fundamentación jurídica del acuerdo de liquidación

Como alegaciones complementarias y supletorias invoca a su favor la consulta de la Dirección General de Tributos n.º V2214-23, de la que infiere que la AEAT debería, en su caso, haber regularizado los efectos de la supuesta ventaja fiscal perseguida.

Resulta de interés indicar que la presente reclamación se resuelve conjuntamente en esta Sala junto con la RG: 00-06513-2022, interpuesta por D.ª **Bxy**, contra el acuerdo liquidatorio dictado a su cargo, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que tiene el mismo fundamento que el que es objeto de revisión en el presente expediente

Asimismo, dado que otra socia de la entidad **XZ-JK**, **Dª. Axy**, realizó idéntica operación, sirva señalar que por este TEAC, en Sala de 22 de abril de 2024, se han resuelto, igualmente, las reclamaciones tramitadas con RG: 00-06448-2022 - interpuesta por **TW** SL en cuanto a la lidación girada a su cargo por su IRPF de 2017, acuerdo sustancialmente idéntico al que es objeto de revisión en el presente expediente - y con RG: 00-06452-2022 - la interpuesta por D.ª **Axy** socia dueña de **TW**, contra la liquidación girada a su cargo por su IRPF de 207 idéntica, en ese caso, a la girada a cargo de Dª. **Bxy**, socia única de la entidad aquí reclamante.

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:

Determinar la conformidad a derecho del acuerdo de liquidación objeto de la presente reclamación económico-administrativa dando respuesta a las alegaciones formuladas por la reclamante frente a la misma

En realidad, sobre todo ello nos hemos pronunciado en la Resolución que adoptamos en el mismo día de la fecha, para resolver la reclamación, tramitada por este TEAC con RG 6513/2022, que corresponde a la impugnación, deducida por Dª. **Bxy**, contra la liquidación girada a su cargo, por el IRPF de 2017, sustentada en los mismos fundamentos que la de la liquidación del IS a cargo de **LM** SL a la que se refiere el presente expediente.

Conviene, por ello, reproducir, a continuación, cómo hemos resuelto la controversia, adoptando la resolución que se transcribe a continuación:

SEGUNDO.- ...

A modo de síntesis, son dos las cuestiones controvertidas:

*- en primer lugar, si la operación de ampliación de capital de la entidad **LM** SL realizada por su socia única, y aquí reclamante, mediante la aportación no dineraria de 32.483 participaciones de **XZ-JK** (47,50% de su capital) puede acogerse al régimen especial previsto en el capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante LIS), que vamos a denominar en adelante Régimen FEAC, o si, por el contrario, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 89.2 de la 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.*
>
> *- y en segundo lugar, y sólo para el caso de concluir que procede, como ha concluido la Inspección de los Tributos, la aplicación del artículo 89.2 de la LIS, la adecuación de la regularización practicada, teniendo que ese mismo precepto, en su párrafo siguiente y último, recoge:*
>
> *"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.- Tal y como acaba de indicarse el primero de los aspectos a valorar es si la operación de ampliación de capital de la entidad **LM** SL materializada con la aportación no dineraria de 32.483 participaciones representativas del capital de la sociedad **XZ-JK** (el 47,50% de su capital) realizada por su socia única, D.ª **Bxy**, cumple los requisitos para acogerse al Régimen FEAC previsto en el capítulo VII del título VII de la LIS.*
>
> *El Régimen FEAC actualmente vigente en nuestro ordenamiento jurídico es fruto de la trasposición de la Directiva 90/434/CEE, sustituida por la Directiva 2009/133/CE, del Consejo, de 19 de octubre de 2009, que regula el régimen fiscal de las modificaciones estructurales, persiguiendo, como objetivo fundamental, la neutralidad fiscal, esto es, evitar que la fiscalidad sea, bien un impedimento, bien un estímulo, para la toma de decisiones empresariales tendentes a la realización de operaciones de reestructuración, reorganización o racionalización de actividades.*
>
> *Dicho propósito de neutralidad fiscal se materializa, esencialmente, con la eliminación del coste fiscal asociado a la ejecución de este tipo de operaciones de reestructuración, mediante el diferimiento de las plusvalías resultantes de la transmisión de los elementos consecuencia de las mismas.*
>
> *La aplicación del régimen FEAC a resultas de las aportaciones no dinerarias figura prevista en el artículo 87.1 de la LIS con arreglo al cual:*
>
> *<<1. El régimen previsto en el presente capítulo se aplicará, a opción del contribuyente de este Impuesto, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, a las aportaciones no dinerarias en las que concurran los siguientes requisitos:*
>
> *a) Que la entidad que recibe la aportación sea residente en territorio español o realice actividades en este por medio de un establecimiento permanente al que se afecten los bienes aportados.*
>
> *b) Que una vez realizada la aportación, el contribuyente aportante de este Impuesto, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, participe en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en, al menos, el 5 por ciento.*
>
> *c) Que, en el caso de aportación de acciones o participaciones sociales por contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes sin establecimiento permanente en territorio español, se tendrán que cumplir además de los requisitos señalados en las letras a) y b), los siguientes:*
>
> *1.º Que a la entidad de cuyo capital social sean representativos no le sean de aplicación el régimen especial de agrupaciones de interés económico, españolas o europeas, y de uniones temporales de empresas, previstos en esta Ley, ni tenga como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario en los términos previstos en el artículo 4.ocho.dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.*
>
> *2.º Que representen una participación de, al menos, un 5 por ciento de los fondos propios de la entidad.*

> *3.º Que se posean de manera ininterrumpida por el aportante durante el año anterior a la fecha del documento público en que se formalice la aportación.*
>
> *d) Que, en el caso de aportación de elementos patrimoniales distintos de los mencionados en la letra c) por contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que sean residentes en Estados miembros de la Unión Europea, dichos elementos estén afectos a actividades económicas cuya contabilidad se lleve con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio o legislación equivalente>>.*

La aplicación del Régimen FEAC a una operación societaria de reestructuración, como puede ser la que aquí se somete a revisión, regularizada en el acuerdo impugnado, exige, por tanto, el cumplimiento de una serie de requisitos que pueden concretarse en objetivo (operaciones que pueden acogerse al régimen), subjetivo y formales, supeditados todos ellos, no obstante, a que la operación en cuestión no se califique de fraudulenta o abusiva.

En el caso sometido a valoración por este TEAC, la Inspección no pone en duda el cumplimiento de los requisitos anteriores; simplemente entiende que procede inaplicar el régimen a la misma habida cuenta que la aplicación de éste a una operación concreta, como la que es aquí objeto de análisis, requiere, como condición esencial, que aquélla tenga, como objetivo principal o esencial, uno de carácter económico-empresarial, esto es, que la misma no se realice con la finalidad exclusiva o primordial de obtener una ventaja fiscal, porque, en ese caso, ha de entrar en juego la cláusula recogida en artículo 89.2 de la LIS, con arreglo al 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.>>*

Así, puede afirmarse que este régimen tributario especial cuenta con su propio mecanismo antiabuso, que permite que se pueda regularizar (determinar la inaplicación del régimen) en aquellas operaciones de reestructuración que, aunque objetivamente cumplen las condiciones para acogerse al mismo, no procede que lo hagan porque realmente no se realizan por un "motivo económico válido" teniendo una esencial motivación de índole fiscal que puede calificarse de abusiva, y que no se lograría de no acometer la operación; se trata, en síntesis, esta cláusula, de una norma que pretende evitar actuaciones realizadas en abuso del derecho, encontrando, por tanto, su fundamento en la jurisprudencia, tanto del TS como, especialmente, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el abuso del derecho que, en síntesis, sustenta esa figura, la del abuso del derecho, siendo un concepto nuclear en la lucha contra el fraude fiscal, sobre el principio (europeo) de que no se pueden invocar normas legales vigentes de manera fraudulenta o abusiva, siendo algo que, en cada caso, debe interpretarse, por las autoridades nacionales y por sus órganos jurisdiccionales, en el sentido de que cuando se produzca tal práctica fraudulenta o abusiva, deben denegarse al contribuyente las consecuencias que se derivarían de aplicar esas normas; en concreto, atendiendo a la cuestión que nos ocupa, cuando pueda determinarse que se ha realizado una operación de reestructuración con una finalidad abusiva debe rechazarse su acogimiento al Régimen FEAC al que, en principio, sí podría haber accedido por reunir los requisitos objetivos fijados en las normas.

Es decir, en el ámbito del Régimen FEAC esta exclusión se puede hacer acudiendo directamente a lo que señala el referido artículo 89.2 LIS sin necesidad de recurrir a las figuras "antielusivas" genéricas previstas para evitar abusos y fraudes en la Ley General Tributaria, concretamente en sus artículos 13, 15 y 16 -esto es, la calificación, conflicto en aplicación de la norma tributaria y simulación-. Esta idea ha sido reiteradamente amparada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pudiendo destacarse, entre otras muchas, las sentencias del Alto Tribunal de 16 de febrero de 2015 (número de recurso 647/2013) y la de 31 de de marzo de 2021 (recurso de casación número 5886/2019), disponiendo esta última:

> *<<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.>>*

Son dos, por tanto, los aspectos esenciales del Régimen FEAC: por un lado, el principio de neutralidad en que se inspira, en virtud del cual se configura con el objeto de eliminar los "obstáculos tributarios" que pueden surgir en una operación de reestructuración económica, dificultándola, y, por otro lado, la posible restricción de su aplicación, a pesar de darse las condiciones objetivas para ello, cuando el objetivo principal que se persiga al realizar la operación que pueda considerarse como fraudulento o elusivo.

*Y como vamos a desarrollar a lo largo de la presente resolución, esta última noción es la clave en este caso: si la operación que se analiza - la operación por la que Dª. **Bxy** aportó a **LM** SL, en el marco de la ampliación de capital acordada por ésta, los títulos que poseía de **XZ-JK**, aportación no dineraria - se realizó, como ha concluido la Inspección, con una finalidad esencial defraudatoria o de evasión o si, por el contrario, como viene defendiendo la entidad estaba justificada en lo que pueden considerarse "motivos económicos válidos", siguiendo los términos del artículo 89.2 LIS.*

CUARTO.- A la hora de analizar ese precepto (y su aplicabilidad a la operación objeto de análisis), debemos partir, como ya hemos señalado, de que con él se incluye, en nuestro ordenamiento interno, de forma casi literal, la cláusula antiabuso específica para el régimen fiscal especial previsto para las operaciones de reestructuración empresarial establecida a nivel comunitario, contenida en el artículo 15.1 a) de la Directiva 2009/133/CE - cuyo antecedente es el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 - que dispone:

> *"1. Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los artículos 4 a 14 o a retirar total o parcialmente el beneficio de las mismas cuando una de las operaciones contempladas en el artículo 1:*
>
> *a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal;*
>
> *..."*

De la lectura de la cláusula europea se deduce, con facilidad, que el requisito esencial para que opere esta claúsula antifraude específica prevista para el Régimen FEAC, permitiendo la negación a la aplicación del Régimen a una operación de reestructuración es que el objetivo único o, cuanto menos, el principal de esa reorganización empresarial sea el fraude o la evasión fiscal. Si bien, es cierto que del propio artículo 15.1.a) de la Directiva 2009/133/CEE resulta que la ausencia de lo que se denominan "motivos económicos válidos" que expliquen la operación puede constituir una presunción de que ésta ha tenido, como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales, el fraude o la evasión.

Conviene tener presente, eso sí, que las normas comunitarias no han establecido una norma antiabuso armonizada; ahora bien, ello tampoco significa que el legislador doméstico pueda delinear, a su libre arbitrio, su contenido. Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), una vez ha afirmado que esta cláusula antiabuso refleja el principio general del Derecho Comunitario según el cual ha de prohibirse el abuso de derecho, ha establecido, ya en la Sentencia Leuer-Bloem (Leur-Bloem, C-28/1995, sentencia de 17 de julio de 1997), la imposibilidad del establecimiento de una norma de alcance general que pudiera privar automáticamente de la ventaja fiscal a determinados tipos de operaciones, pues ello excedería de lo "necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva. Lo mismo sucedería si una norma de este tipo incluyera una mera posibilidad de excepción cuya aplicación por parte de la autoridad administrativa fuera facultativa".

Dicho de otro modo, la norma antiabuso específica para excluir la aplicación del Régimen FEAC, a adoptar por los Estaods Miembros, no debía construirse en base a criterios generales predeterminados que descalificaran, a priori, ciertas operaciones, sino que, por el contrario, debía partir y dar relevancia al análisis específico de los hechos y circunstancias acaecidos en relación con la operación a analizar. Así, el TJUE ha establecido, como criterio jurisprudencial, que el examen de la operación, cuyo acogimiento al Régimen FEAC se discute, debe ser global para determinar si concurre, o no, en ella un "motivo económico válido" que justifique dicho acogimiento. En particular, en la ya citada sentencia de 17 de julio de 1997, en el Asunto C-28/95, se señala:

> *<<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 cuando «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).*
>
> *...>>*

Asimismo, en la STJUE de 5 de julio de 2007 en el Asunto C-321/05 Kofoed, el TJUE expresó lo siguiente:

> *<<37 Con arreglo al artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, los Estados miembros podrán, con carácter excepcional y en casos especiales, negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de esta Directiva o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación (...) tenga, en particular, como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal (...)*
>
> *38 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) >>*

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:

> *<<124 para 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)>>.*

Asimismo, en la Sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2017 (asunto C-14/16, Euro Park) se realizan una serie de pronunciamientos sobre la prueba, y su carga, en orden a la aplicación de la norma antiabuso propia del régimen que estamos analizando, pudiendo concluir que, de ello, se deriva que corresponde a la Administración Tributaria aportar

prueba, cuando menos indiciaria, del objetivo de fraude o evasión fiscal que persigue la operación objeto de análisis (que quedaría, por ello, excluída de poder acogerse al régimen), para lo cual, eso sí, puede apoyarse en la inexistencia de motivos económicos válidos. Señala, en concreto, el TJUE en esa Sentencia:

> *<<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.*
>
> *57 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede declarar que el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la adopción de una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal>>.*

Nuestra jurisprudencia interna viene apoyándose, al estudiar esta cuestión, en los criterios del TJUE. Así, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2022 (recurso n.º: 89/2018) señala:

> *"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".*

En esta sentencia el Tribunal Supremo analizaba un caso peculiar, en el que se regularizó una operación de reestructuración realizada por una filial española pese a que la Inspección aceptó que se insertaba en el marco de una "reestructuración internacional" del grupo (sueco) al que pertenecía, circunstancia que no fue debidamente valorada, a juicio del TS, lo que le llevó a contestar la cuestión de interés casacional negando que, en un caso así, se pudiera activar la claúsula antiabuso, apreciando fraude o elusión fiscal, dado que se había valorado la operación de la filial española prescindiendo del "carácter instrumental de la misma para alcanzar el objetivo en el que se inserta, esto es, la reestructuración del grupo".

Ese mal uso de la cláusula le lleva al TS a recordar 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."*

En síntesis, el Alto Tribunal mantiene su línea jurisprudencial, destacando la importancia de realizar un análisis global de la operación, sirviendo la apreciación de "motivos económicos válidos" para comprobar que no se perseguía la evasión o el fraude fiscal y enfatizando que no se puede rechazar la aplicación del régimen a una operación si no existe, en ella, una intención de fraude o de evasión fiscal (podemos citar sentencias como la de 16 de marzo de 2016, Rec. 1815/2014, la de 4 de julio de 2014, Rec. 725/2012 o la de 23 de noviembre de 2016, Rec. 3742/2015).

A modo de resumen de lo expuesto, lo determinante, por tanto, para que entre en juego la cláusula (del 89.2 LIS) y, en virtud de la misma, se niegue la aplicación del Régimen FEAC a una operación que, sin embargo, aparentemente, reuniría los requisitos exigidos para acogerse al mismo es que se pueda afirmar que la finalidad elusiva fue la única o la preponderante a la hora de llevarla a cabo, siendo ello algo que corresponde acreditar a la Administración, en el marco de un procedimiento de comprobación / inspección. No obstante lo anterior, y es relevante, conviene reseñar que, a este respecto, dentro del diseño propio mecanismo antifraude se concreta que la inexistencia de "motivos económicos válidos" que amparen o justifiquen la operación puede dar lugar a que se considere que ésta se ha realizado con esa finalidad elusiva o de fraude, sin perjuicio de que corresponda a la Administración identificar, con la mayor precisión posible, dicha finalidad fraudulenta.

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.

Llegados a este punto, se considera conveniente hacer una mención al principio procesal de carga de la prueba, contenido, en materia tributaria, en el artículo 105 de la LGT, y sobre, en un expediente como este, su adecuada distribución entre la sociedad que pretender acogerse al régimen de diferimiento y la Administración. Señala el Tribunal Supremo (sentencia de 16 de marzo de 2016, recurso de casación n.º: 1815/2014) al analizar esta cuestión y su aplicación al Régimen FEAC (régimen de diferimiento) que :

> *"La 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)".*

QUINTO.- La ausencia, a la hora de analizar una operación de reestructuración, de lo que venimos denominando "motivos económicos válidos" determinará la improcedencia de acogerla a la aplicación del Régimen FEAC siempre que la Administración pueda identificar que el objetivo principal o esencial de la operación es el fraude, esto es, que, con ella, se ha pretendido obtener, de forma abusiva, una ventaja fiscal.

Sobre la noción de lo que se considera "motivo económico válido" a estos efectos ha de partir de la Sentencia Leuer-Bloem (Leur-Bloem, C-28/1995, sentencia de 17 de julio de 1997), que afirmó:

> *"47 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, una 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".*

con lo que (el TJUE) remarca que lo que se debe evitar (y para eso entra en juego la cláusula antiabuso) es permitir la aplicación del régimen a una operación se efectúa con el propósito, único o esencial, de conseguir unas concretas ventajas tributarias que no serían accesibles de no realizarla (y que, por ello, han de considerarse abusivas).

Igualmente, 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), que admite que se trata de un concepto jurídico indeterminado:

> *<<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 definitiva, la apreciación de la concurrencia, o no, de "motivos económicos válidos" que justifiquen o expliquen una operación de este tipo que puede acogerse al Régimen FEAC es, por tanto, una cuestión de hecho que, como ya hemos anticipado, corresponde ser acreditada, o desvirtuada, normalmente, en el marco del respectivo procedimiento administrativo de comprobación tributaria; es cierto que, de los múltiples pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales al respecto cabe citar, a título meramente ejemplificativo como motivos económicos válidos loables que permiten la aplicación del régimen algunos tales como la racionalización de la estructura del grupo en función de las distintas actividades desarrolladas o la separación de actividades con distinto perfil de riesgo, período de maduración y rentabilidad; la racionalización en la toma de decisiones de forma específica para cada actividad; o la búsqueda de mecanismos tendentes a facilitar el relevo generacional y la supervivencia de la empresa familiar. Desde la perspectiva opuesta, con carácter general, se ha afirmado en otros pronunciamientos, tanto administrativos como judiciales, que no conforman "motivos económicos válidos" aquellos que no llevan implícitos un propósito o finalidad organizativa, tales como el reparto de un patrimonio común con coste fiscal nulo o aquellas operaciones en las que el fin perseguido sea, meramente, la transmisión a terceros de una parte del patrimonio empresarial sin soportar tributación.

Es cierto, tal y como se ha apuntado, que 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:

> *<<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>>.*

El propio TJUE, en Sentencia de 10 de noviembre de 2011 (asunto C-126/10, Foggia) ha remarcado que:

> *<<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 estas 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").

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.

*SEXTO.- Se trata, en concreto, de una aportación no dineraria de acciones de la sociedad **XZ-JK** realizada por una persona física, aquí reclamante, a una sociedad holding familiar constituida apenas un año antes de que se realizase. En principio, dicha alteración patrimonial, efectiva en sede de la persona física aportante, que recibió a cambio valores de la holding señalada, conllevaría una variación en el valor de su patrimonio, el de la persona física, siendo su calificación, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la de ganancia o pérdida patrimonial (artículo 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de los no Residentes y sobre el Patrimonio, en adelante LIRPF). El importe de la ganancia o pérdida patrimonial sería la diferencia entre los respectivos valores de adquisición y de transmisión, conforme a los artículos 34 a 37 de la misma Ley.*

No obstante, si se determinase que era procedente acoger dicha operación al Régimen FEAC, no se producirían tales efectos fiscales, entrando en juego el diferimiento de la tributación, que es un efecto, posiblemente el esencial, derivado de aquél.

*El cambio en el accionariado de la sociedad operativa **XZ-JK**, entidad que, al tiempo de la aportación, contaba con una elevada cifra de reservas generadas por los beneficios, de varios años anteriores, no distribuidos, determina un diferente régimen tributario para los dividendos que aquella reparta a sus socios. En el caso de las personas físicas, los dividendos percibidos son calificados como rendimientos de capital mobiliario que tributan, en el IRPF, en la base imponible del ahorro, en tanto que, si los perceptores son personas jurídicas, el artículo 21.1 de la LIS prevé su exención, eso sí, bajo determinados requisitos, como que el porcentaje de participación sea de al menos un 5%.*

Esta diferencia de trato en el régimen de los dividendos atendiendo al tipo de socio, sujeto pasivo del IRPF o sujeto pasivo del IS, de una sociedad, puede evidenciar un efecto fiscal que, en su caso, podría identificarse como una "ventaja fiscal" surgida como consecuencia de una operación acogida al Régimen FEAC, entendiendo, como tal ventaja, una situación que resulta más favorable, en términos fiscales, que la que resultaría de no haberse realizado la operación. Otra cosa es que pueda concluirse que se trata de una "ventaja fiscal abusiva", tal y como la hemos referido en FUNDAMENTOS DE DERECHO anteriores, para lo cual será necesario poder acreditar que aquélla, su obtención, fue el objetivo (principal) que se persiguió a la hora de realizar la operación que se llevó a cabo en cuyo caso, al entrar en juego la cláusula del artículo 89.2 LIS procedería su eliminación en los términos previstos en dicho artículo.

Procede, por tanto, entrar a analizar si, efectivamente, era procedente negar, a esa operación, descrita en los ANTECEDENTES DE HECHO, bla aplicación del Régimen FEAC, como concluyó la Inspección (y discute la reclamante).

Para ello, tal y como hemos señalado, dando por cumplidos los requisitos objetivos a que está condicionado dicho régimen - cuestión que ha quedado fuera de toda controversia - lo procedente es determinar si, efectivamente, como ha entendido la AEAT, era de aplicación la cláusula del 89.2 LIS cuya premisa esencial es que la operación en cuestión persiguiese, como objetivo principal, el fraude o la evasión fiscal, cuestión que, también ha quedado claro, corresponde acreditar al órgano administrativo competente tras un examen global de lo sucedido.

A este respecto, recordemos, conviene señalar que, en el caso que se logre concluir que la operación no estaba justificada ni explicada por "motivos económicos válidos", el órgano administrativo podía apoyarse, para sustentar su decisión de inaplicar el Régemn FEAC, en la presunción de que, efectivamente, aquella se llevó a cabo con un objetivo esencialmente de fraude o evasión, sin perjuicio de que ésta es una presunción que admite prueba en contrario.

Sirva anticipar que, en este caso, esta cuestión de la concurrencia, o no, de "motivos económicos válidos" que justificasen la operación es especialmente trascendente en este caso, puesto que, ante las razones alegadas por la parte obligada, la Inspección realiza un profuso análisis de las circunstancias concurrentes antes y después de la operación (la aportación no dineraria) al objeto de desvirtuar los motivos económicos invocados, que han sido, en esta sede, reiterados.

*En opinión de la reclamante, la aportación no dineraria en cuestión ha consolidado la condición de **LM** SL como su vehículo inversor, permitiendo la potenciación de la capacidad económica mediante la canalización, en una única sociedad, de las nuevas inversiones y de los beneficios repartidos por las sociedades operativas ya participadas, permitiendo una centralización de la tesorería, y facilitando el acceso a una mayor fuente de recursos externos e internos, al tiempo que ha supuesto una simplificación de la estructura empresarial y una vía para facilitar la sucesión generacional, motivos que entiende han quedado, todos ellos, plenamente acreditados en el marco de las actuaciones, siendo "válidos" a los efectos de la aplicación del régimen de diferimiento.*

Vamos a analizarlos con un poco más de detalle.

1º) Así, en primer lugar, aduce la reclamante que uno de los motivos de la operación es el de simplificar la estructura empresarial, de modo que permitiese una visión de su patrimonio de forma más sencilla y clara, centralizando en una sociedad cabecera la planificación y la toma de decisiones, simplificando así su gestión y ganando eficiencia, al tiempo que se lograba una separación entre los recursos financieros de la sociedad con respecto a los de índole personal de la persona física.

*Para acreditar este motivo afirma que como consecuencia de la aportación no dineraria de las acciones de la sociedad **XZ-JK** SL se producen los siguientes efectos:*

- *Una simplificación de la estructura empresarial.*
- *Racionalización de las gestiones o traspasos a realizar para el ejercicio de la actividad económica a través de **LM** SL.*
- *Una mayor implicación en la gestión de las participadas, sirviendo como ejemplo el nombramiento de **LM** SL como miembro de consejo de administración de **XZ-JK** SL.*

La interesada expone que esta nueva estructura consiguió la racionalización y una mejor gestión de los recursos, centralizando la toma de decisiones en una única sociedad, reduciendo, con ello, los costes de tiempo, dedicación y recursos a la hora de abordar las tareas directivas.

*Debe precisarse que, en cuanto a la estructura empresarial antes de la operación de aportación de valores de **XZ-JK** SL:*

*- D.ª **Bxy** poseía directamente el 47,5% de su capital, además de poseer el 25% de **GH** SL y el 25% de **QR** SL.*

*- La entidad **LM** SL se constituyó con fecha de ...16, solo un año antes de la operación cuestionada, y en dicho momento D.ª **Bxy**, como socia única, además de 100.000 euros, aportó las participaciones de las que era titular en **QR**, S.L y **NP**, S.L (que posteriormente pasará a denominarse **GH**, S.L).*

*La aportación no dineraria que estamos analizando se elevó a publico el ... 2017, resultando de ella que, entre la persona física y **XZ-JK**, se "interpusiese" **LM** SL, como entidad holding, poseyendo su socia y administradora única D.ª **Bxy** el 100% de su capital. La entidad **LM** SL pasa, en consecuencia, a tener las participaciones que, hasta la fecha, eran titularidad de D.ª **Bxy**, esto es, el 47% de **XZ-JK** SL, el 25% de **GH** SL y el 25% de **QR** SL.*

En relación a la simplificación de la estructura patrimonial alegada, el Acuerdo de liquidación ya establecía que no se apreciaba la misma:

> *<<Por lo que aquí interesa, la estructura empresarial tras la aportación tan solo difiere por la interposición de la entidad **LM**, nada más: la visión del patrimonio es igualmente sencilla y clara; la aportación no ha dotado de mayor entidad a **LM**, ni ha provocado una simplificación o ha hecho que tenga un control más efectivo; y lo que antes pertenecía a la obligada, le sigue perteneciendo igualmente de manera indirecta bajo la titularidad de la sociedad constituida>>.*

*Y es que, efectivamente, con la operación lo que se ha producido ha sido la interposición de una entidad de reciente creación, **LM** SL, entre la persona física tenedora de las participaciones sociales y las entidades a las que corresponden éstas. Por tanto, se ha introducido una entidad holding, que pertenece al 100% a la persona física, D.ª **Bxy**, y que, según resulta del acuerdo liquidatorio, carece de medios materiales y humanos para realizar una gestión patrimonial; ello, a juicio de este TEAC, no supone una simplificación de la estructura sino, por el contrario, una ampliación infructuosa de la misma: la persona física, reclamante, sigue participando en la gestión de **XZ-JK** y, a partir de ahora, además, debe asumir la gestión (por sencilla que sea) de **LM** SL.*

*Aun así manifiesta la reclamante que a través de **LM** SL se simplifican las gestiones, la toma de decisiones o los traspasos a realizar para el ejercicio de la actividad económica. Sin embargo, este TEAC comparte con la Inspección la conclusión de que poco aporta a la actividad económica de **XZ-JK**, y del Grupo **XZ** en su conducto, la incorporación*

*a su estructura empresarial de **LM** SL, ya que la toma de decisiones le sigue correspondiendo, sin duda, a D.ª **Bxy** ahora como administradora y socia única de la holding. Tampoco parece que **LM** SL tenga una actividad económica distinta de la mera gestión patrimonial que ya realizaba D.ª **Bxy** directamente como persona física.*

Entiende este Tribunal que la simplificación de gestiones o en la toma de las decisiones empresariales que ampararían un "motivo económico válido" a los efectos que aquí interesan debería implicar, en su caso, al menos, una reducción significativa de los costes incurridos por el grupo, algo que tampoco ha quedado acreditado por la contribuyente y, además, no parece verosímil ya que surge una estructura societaria adicional que mantener.

*En cuanto a la simplificación en la gestión patrimonial de D.ª **Bxy**,es algo que tampoco ha quedado convenientemente acreditado, ya que esa tarea, tal y como argumenta el órgano liquidador, le sigue correspondiendo y perteneciendo a la persona física, no estando dotada la entidad interpuesta, a la que aparentemente le correspondería asumir dicha gestión, de otros medios materiales o humanos que le permitiesen asumirla, ofreciendo una mejora o al menos una simplificación en dicha gestión patrimonial. Y es que la tenencia de las participaciones de las sociedades operativas, como era **XZ**, que antes ostentaba la persona física, ahora por una persona jurídica, que, a su vez, pertenece íntegramente a aquella persona física, no parece que aporte ninguna mejora o simplificación en los trámites o gestiones en comparación con lo que, hasta ese momento, tenia que realizar directamente la persona física.*

*También aduce la reclamante que, fruto de la operación, se produjo una mayor implicación en la gestión de las sociedades participadas, sirviendo como ejemplo el nombramiento de **LM** SL como miembro de consejo de administración de **XZ-JK**. Sin embargo, antes de la creación de **LM** SL ya figuraba D.ª **Bxy** en el consejo de administración, y con posterioridad al nombramiento de **LM** SL como miembro de este consejo, tampoco se advierte una variación de la situación, puesto que es D.ª **Bxy** la persona física representante de **LM** SL en el mismo consejo. Esto es, es cierto que, formalmente, se produjo un cambio en la composición del consejo de administración de **XZ-JK**, pero, sin embargo, en la práctica, ha seguido siendo Doña **Bxy** , ahora a través de su holding, quien ha seguido formando parte de ese consejo de administración de **XZ-JK**.*

*Todas estas alegaciones ya fueron contestadas por la Inspección en el acuerdo de liquidación, en el que se recogen unas conclusiones que comparte plenamente este TEAC; incluso, ha acreditado la Inspección que las retribuciones que percibía D.ª **Bxy** por sus labores como consejera de **XZ-JK** no variaron, que únicamente varió quien las pagaba. Razona el acuerdo de liquidación que:*

> *<<(...) Así, la obligada sigue participando en la planificación y en la toma de decisiones de **XZ-JK**, primero como administradora y, a partir de 2020, a través de **LM**, al haber sido nombrada esta entidad miembro del consejo de administración. Este hecho es destacado como argumento para sostener la simplificación, puesto que se señala que, con este nombramiento, **LM** se está involucrado en la gestión de sus sociedades participadas. Y aunque formalmente esto es así, debe recordarse que el 100% de **LM** pertenece a **Bxy**, que no ha dejado en ningún momento de participar en la gestión de **XZ-JK**, ya sea de una manera directa o a través de su entidad holding, como representante de ésta.*
>
> *En relación con esta cuestión, el escrito presentado el 25/10/2021 antes de la firma del acta dedica un amplio apartado a sostener que la condición de la obligada como representante persona física designada por el administrador persona jurídica le dota de una mejor posición, en cuanto al régimen de responsabilidad, que cuando era administradora directa. Explica su postura aludiendo a determinadas situaciones, cuando menos, delicadas para una sociedad: responsabilidad por daños causados por actos contrarios a la ley, responsabilidad por deudas sociales tras la concurrencia de causa de disolución y responsabilidad en un escenario concursal. Estas consideraciones, que no han sido reiteradas en las alegaciones posteriores al acta, fueron objeto de cumplida respuesta en el informe de disconformidad que acompaña al acta incoada, al que el presente acuerdo se remite. No obstante, interesa resaltar, por su claridad, lo señalado por el actuario en la página 27 del informe: "Sorprende la argumentación esgrimida en cuanto que apoya su alegato en la supuesta prevención de las consecuencias negativas de una conducta que aventura a priori como culpable, como si ello no dependiera exclusivamente del cumplimiento de las obligaciones mercantiles antes descritas por el administrador persona jurídica y su representante persona física designada para el ejercicio de las funciones propias de su cargo".*
>
> *Pero, además, esta operación tampoco ha ocasionado cambio alguno en las retribuciones de la obligada. En efecto, de sus declaraciones de IRPF correspondientes a los períodos 2016, 2017 y 2018, que constan en el expediente, se deduce que en los ejercicios citados ha percibido retribuciones dinerarias por importe de 175.720 euros en 2016 y 174.720 euros en 2017 y 2018. Es decir, tanto antes, como después de la constitución de **LM**, e igualmente tras la aportación no dineraria, sus retribuciones dinerarias no han variado, salvo en 1.000 euros. Tan solo ha variado la entidad pagadora, que desde septiembre de 2017 es **LM**, como se deduce de la contabilidad aportada."*

2º) Como segundo motivo económico se refiere la reclamante a la separación de flujos financieros empresariales y familiares.

*Indica la interesada que la simplificación de la estructura empresarial contribuye a que "D.ª **Bxy** disponga de un flujo de recursos independientes de otros flujos de origen familiar" y "desliga el patrimonio familiar del entorno empresarial, dejando el referido patrimonio familiar para aquéllas hipotéticas inversiones en activos de uso familiar corriente". A estos efectos sostiene que la aportación permite a **LM** SL financiarse mediante los dividendos percibidos de **XZ-JK** sin que sea preciso que la persona física realice ampliaciones de capital de forma recurrente, al tiempo que permite desligar el patrimonio familiar del entorno empresarial*

*Este argumento, que se centra en la mejora de la financiación de **LM** SL, pretende, a juicio de este TEAC, desligar la creación de la sociedad holding de la posterior aportación a ella de las acciones de la entidad operativa, **XZ-JK**, trasladando la idea de que la aportación no dineraria que aquí se analiza no se tuvo en cuenta en el momento en que, por razones autónomas, se creó la holding, intentando hacer ver que la aportación no dineraria se decidió un año después como una vía para mejorar la financiación de la holding.*

*Sin embargo, no parece verosímil este planteamiento, habida cuenta la enorme desproporción existente entre el valor, los beneficios acumulados, y el volumen de actividad de la sociedad **XZ-JK** y el de las otras sociedades cuyas acciones se aportan a la holding al constituirla. Según consta en el expediente, cuando se creó la holding, **LM** SL, se le aportaron acciones que tenían un valor de 36.000 euros, mientras que los títulos de **XZ-JK**, aportados apenas un año después, superan los 26 millones, correspondiendo la práctica totalidad (más de 25 millones de euros) a beneficios de ejercicios anteriores sin repartir.*

*Es claro, a juicio de este TEAC, que la creación de la holding, en este caso, se explica por la intención de modificar la gestión de las acciones de **XZ-JK** (principalmente,como luego se verá, de modificar la tributación cuando se obtenga la disponibilidad de los beneficios ya acumulados en ella) y no al contrario. En cualquier caso, si se entrase en el enfoque del reclamante, habría que atender a la naturaleza de las inversiones materializadas por **LM** SL (en su mayoría fueron participaciones en fondos de inversión), lo que nos llevaría a concluir que, en este caso, dado que la tipología de las inversiones en que se materializaron los recursos obtenidos, con los dividendos percibidos, no es apreciable una especial finalidad empresarial que permita concluir que el propósito de la aportación fuese lograr materializar una separación entre el patrimonio empresarial y el familiar, tal y como lo alega la reclamante.*

*Asimismo, cabe indicar que, tal y como resulta del expediente, tras la aportación, la entidad **LM** SL ha seguido sufragando gastos personales de la socia, los cuales figuran contabilizados en la cuenta 551 de la entidad, lo que difícilmente marida con la separación de flujos financieros a la que apela la reclamante como uno de los motivos que justifican la operación, sin que a ello obste la ulterior compensación con los dividendos que se reparten.*

*3º) Alega que de esta manera se canaliza en una única sociedad las nuevas inversiones así como los beneficios repartidos por las sociedades ya participadas centralizando de esta forma la tesorería. En el escrito de alegaciones la reclamante insiste en el hecho de que se produce un incremento exponencial tanto de los ingresos -hasta superar los 4 millones de euros así como un incremento del flujo de tesorería, habiendo ingresado entre los ejercicios 2018 a 2020 fondos por importe superior a 8 millones de euros- como de las inversiones (Acciones…, Aciones...Acciones …,capitalización préstamos **GH**, Acciones ...Acciones ..., Acciones ..., Acciones ..., Acciones ..., Acciones ...).*

Tal y como hemos expuesto al analizar el argumento anterior, también aquí el contribuyente pretende tergiversar el que, según resulta del expediente, a juicio del TEAC, es la verdera secuencia, y motivación, de los acontecimientos: es la creación de la holding la que se explica por la intención de aportar a ella las acciones de la sociedad operativa y no siendo, como se nos pretende trasladar, la necesidad de mejorar la estructura financiera de la holding la razón de la aportación. Toda la operativa se explica para mejorar las condiciones fiscales de la tenencia de acciones por el socio y no para mejorar las condiciones de la actividad de sus sociedades, ni de la holding ni, desde luego, de la entidad operativa a la que, en absoluto, afecta lo realizado.

*Respecto a esta alegación, no cabe negar que exista un incremento de tesorería en sede de **LM** SL, motivado fundamentalmente por el hecho de que se trata de una entidad de reciente creación y, en todo caso, por la percepción de dividendos procedentes de la entidad **XZ-JK**, sin que la sociedad **LM** SL, como ya se ha señalado, desarrollara ni desarrolle una nueva actividad económica ni genere ingresos propios derivados de dicho ejercicio.*

*Sobre este aspecto, procede remitirnos a lo recogido en el acuerdo de liquidación, en el que, tras la inclusión de un gráfico en el que se evidencia la importancia en términos relativos de los ingresos por dividendos percibidos por **LM** SL con respecto del total de ingresos, se razona:*

> *<<Y es que, atendiendo a la procedencia de los ingresos, cabe distinguir:*
>
> *- Ingresos por dividendos que, como es obvio, se empezaron a percibir tras la aportación no dineraria.*

> *- Ingresos derivados de la facturación a la entidad **XZ-JK**. Los ingresos comienzan a percibirse en el mes de septiembre de 2017, coincidiendo en el tiempo con el abono de salarios a la obligada.*
>
> *- Otros ingresos financieros, cuya cuantía tiene carácter residual.*
>
> *Por consiguiente, omitiendo los dividendos, los ingresos obtenidos por **LM** con posterioridad a la aportación no dineraria proceden de la entidad vinculada **XZ-JK** y no han experimentado crecimientos significativos. Y es este escenario el que ha de tenerse en cuenta, salvo que lo que se pretenda señalar sea que la percepción de dividendos fue, precisamente, el motivo de la operación, en cuyo caso entraría también en juego la fiscalidad, como veremos más adelante.>>*

*En el escrito de alegaciones, la obligada hace mención a gráficos referidos a las inversiones materializadas, más de 4.174.582 euros en 2020, centrando la explicación en la ampliación de capital operada en sede de la entidad **GH** SL, destinada a la adquisición de inmuebles que han estado arrendados.*

*Por la vertiente de las inversiones, resulta evidente que al tratarse **LM** SL de una entidad de reciente creación, el crecimiento exponencial de sus inversiones es una cuestión no discutida unido a la percepción de los dividendos distribuidos por **XZ-JK**. Conforme al acuerdo de liquidación:*

> *<<(...) Sin embargo, debe señalarse que, más allá de ese traslado formal de la esfera de la persona física a la de su entidad holding, la operación no ha supuesto modificaciones relevantes en el funcionamiento del grupo, la participación de la obligada en la toma de decisiones, su control sobre el mismo e incluso sus propias retribuciones.*
>
> *(...)*
>
> *En definitiva, es evidente que sin la aportación no dineraria de las participaciones de **XZ-JK**, la entidad **LM** no hubiera obtenido los dividendos repartidos por aquélla y no se hubiesen adquirido los activos financieros señalados. Pero más allá de esta obviedad derivada del traspaso de titularidad de tales participaciones, no cabe concluir que ello constituyese un motivo económico válido para efectuar la aportación, sino que es más bien su consecuencia. La relación de causalidad entre acceso a recursos-realización de inversiones también existiría en el ámbito personal de la obligada de no haberse realizado la operación, por lo que -insistimos-, siendo todo ello lícito, no puede hacerse valer como motivo económico que permita excluir la cláusula del art.89.2 de la LIS>>.*

*De este modo, comparte este Tribunal que el hecho de que la actividad inversora anteriormente residenciada en la persona física pase a ostentarse en sede de **LM** SL como consecuencia de la aportación, no conforma un "motivo económico válido" a los efectos que aquí interesan, en este caso, dado que tales inversiones, efectuadas por **LM** SL, no se encuentran afectas a una actividad económica, que es la razón empresarial que ha de guiar e inspirar una reestructuración o reordenación empresarial para las que está previsto el Régimen FEAC.*

*4º) En cuarto lugar se refiere a la potenciación de la capacidad económica de la sociedad holding, mediante el acceso a mejores líneas de financiación y ofreciendo una imagen más fuerte y solvente. A ese respecto, se enfatiza que, tras la operación, **LM** SL pudo acceder a un préstamo por importe de 1.000.000 otorgado por **BANCO_1** que hubiera sido inalcanzable con anterioridad, al margen de resaltar la obtención de dividendos por importe superior a 5.000.000 euros.*

Como en los supuestos anteriores, vuelve el contribuyente a tratar de confundir el objetivo de sus operaciones: no se aportaron las acciones para mejorar, en ningún sentido, a la holding sino que se creó la holding para mejorar el régimen fiscal de tenencia de las acciones de la operativa por el socio.

*Asimismo, este TEAC aprecia un cierto "desenfoque" de la entidad a la hora de argumentar la validez, desde el punto de vista económico, y para acogerla al Régimen FEAC, de la operación. Y es que, para ello, resulta irrelevante que **LM** SL, la holding, pudiese acceder a estas vías de financiación, una vez realizada la operación, si, antes de ella, la persona física también podría haber accedido a ellas en los mismos términos. Es decir, no se trata de justificar que la operación mejoró el funcionamiento de la holding, sino que se trata de argumentar, y conseguir que se admita, que la operación mejoró la actividad, que hasta ese momento, venía desarrollando la aportante.*

*En la misma línea que la alegación anterior, es claro que la concentración, en **LM** SL, la sociedad holding, de los dividendos repartidos por las sociedades operativas no varía respecto de lo que hubiera obtenido Doña **Bxy** de no haberse realizado la operación, aportando ésta sus títulos en aquellas a **LM** SL, salvo, eso sí, en el ahorro fiscal que supone el cambio, al no tributar éstos en sede de la persona jurídica, y que, es verdad, permitiría que ésta tuviera un mayor importe de dinero disponible, tesorería, siendo ello únicamente debido al ahorro fiscal y no a una actividad desarrollada por la entidad que, como ya se ha señalado, no existía. Esto es, efectivamente, tras la operación de aportación de títulos a **LM** SL, hay ésta tiene una mayor capacidad económica de la que tenía antes, pero eso no ha*

*tenido consecuencia alguna ni ha variado la actividad que antes realizaba Doña **Bxy** respecto de la que realiza después la holding, que se limita a la recepción de los dividendos, que igualmente se hubieran repartido por las entidades, e invertir la tesorería recibida de los mismos.*

*Asimismo, se argumenta que la operación de aportación de participaciones no altera la política de reparto de dividendos de **XZ-JK**. Ahora bien, dicho argumento, utilizado para contrarrestar la finalidad fiscal de la operación admite una lectura diferente, como es una continuidad en la capacidad económica de las personas físicas dueñas del Grupo **XZ** (las dos hermanas **xy**), si bien pasando de residenciarse en una persona física a una persona jurídica la titularidad de las distintas entidades, y de sus dividendos, con un ahorro fiscal evidente.*

*De esta forma, la sociedad constituida, indudablemente, con vocación de concentrar la totalidad de las participaciones que poseía D.ª **Bxy** en entidades operativas del Grupo, destina la mayor parte de sus ingresos que, a su vez, procedían esencialmente de los dividendos distribuidos por una de ellas, **XZ-JK**, a invertir en activos financieros, algo que ya hacía anteriormente la persona física, por lo que no se aprecia una variación significativa en la actividad respecto a la desempeñada por Doña **Bxy** con carácter previo a acometer la aportación no dineraria.*

*En cuanto a la capacidad de financiación externa, alega la reclamante que el 21 de marzo de 2018 **LM** SL suscribió un contrato de préstamo de 1.000.000 euros con la entidad **BANCO_1**, y que habría una relación directa entre la aportación de las participaciones y la consecución de ese préstamo, ya que sin la aportación de las participaciones, en ningún caso, **LM** SL hubiera podido optar al mismo.*

*También reconoce en este apartado la reclamante que la principal fuente de renta de **LM** SL son los dividendos de las participaciones aportadas:*

> *<<Tras la ampliación de capital por aportación no dineraria, **LM** recibe de forma directa los dividendos repartidos por **XZ-JK**, siendo estos ingresos financieros la principal fuente de renta desde el ejercicio 2018 en adelante>>*

Por otro lado, a efectos de acreditar dicha actividad inversora, señala la reclamante en su escrito:

> *<<Asimismo, la posibilidad de acceder a mayores recursos tanto de fuente interna como de fuente externa ha posibilitado el incremento de la actividad inversora. Dicho aspecto queda reflejado en el apartado de inversiones financieras a largo plazo recogido en el activo de **LM** en las cuentas anuales de los ejercicios 2017 y siguientes*
>
> *(...)*
>
> *Desde la aportación no dineraria, el importe de las inversiones ha crecido exponencialmente. Nótese que el valor de las inversiones acumuladas (excluida la participación de **XZ**) ha pasado de 36.000 euros a 5.510.877,92 euros, lo que implica un incremento del 15.307,99%>>*

*Sin embargo dichas inversiones se refieren a la adquisición de las propias participaciones que ya poseía D.ª **Bxy** ,de forma que no ha cambiado la situación económica realmente, salvo el cambio del tenedor persona física al tenedor holding, con la única ventaja de que la recepción de los dividendos queda exenta de tributación en **LM** SL.*

*En definitiva, la entidad **LM** SL fue directamente constituida para ser la tenedora de las participaciones de Doña **Bxy**, por lo que es claro que nada mas constituirse, y sin patrimonio alguno, no podría haber accedido a ningún préstamo; más bien al contrario, una de las claras finalidades de dicha constitución era ser la perceptora de los dividendos a distribuir por las entidades operativas del grupo, sin que se pueda comparar un antes y un después en el acceso a préstamos de fuente externa, ya que directamente se constituyó y se aportaron las participaciones.*

Esta alegación también fue contestada por la Oficina Técnica en el acuerdo de liquidación, cuyas conclusiones compartirnos plenamente:

> *<<La obligada señala que, además del acceso a dividendos o fondos de fuente interna como se denominan en las alegaciones, la aportación no dineraria ha permitido un mayor acceso a fondos de fuente externa. Se refiere, con ello, al contrato de préstamo de un millón de euros suscrito el 21 de marzo de 2018 con **BANCO_1**.*
>
> *Así, afirma que existe una relación directa entre la concesión del préstamo y la aportación no dineraria puesto que, antes de ésta, **LM** carecía de activo suficiente para responder a la deuda, por lo que no hubiera podido acceder a este recurso. Añade que la proximidad temporal -tres meses- entre ambas operaciones también acredita la relación entre ambas.*
>
> *De nuevo la obligada parte de la comparación entre la situación existente antes y después de la aportación, comparando el activo de **LM** en esos dos concretos momentos, que ilustra también con un gráfico. De esta forma plantea un escenario en el que afirma que "ninguna entidad financiera concedería un préstamo a una sociedad*

por cuantía superior a la de su activo". (página 18)

*Sin embargo, debemos nuevamente señalar que esta comparación parte de una premisa equivocada, puesto que la aportación no dineraria estaba ya prevista en el momento de la constitución de **LM**. Por lo tanto, resulta irrelevante conocer el activo de la entidad antes de la operación, puesto que lo relevante es conocer si antes de la constitución de **LM** se pudo o no acceder a esa financiación externa. Y es evidente que la situación patrimonial de la obligada permitiría ese acceso a la financiación. Pero es que incluso comparando esos dos momentos previo y posterior a la aportación, como hacen las alegaciones, llegaríamos a la misma conclusión; de ahí que, a pesar de los reproches, sea correcto lo señalado por el actuario en el informe cuando indica que "en nada tendría que afectar a las negociaciones con terceros (especialmente con las entidades financieras) la operación de aportación no dineraria, pues antes y después de la operación el grupo y, en última instancia, su dueña, Doña **Bxy**, está en condiciones de ofrecer idénticas garantías a dichos terceros, pues la operación lo único que ha cambiado es el tenedor, persona física, de una parte de las participaciones en **XZ-JK** SL".*

5º) Por último, establece también como motivo económico valido el elaborar protocolos de cara a una sucesión familiar, habiendo procedido al nombramiento de cargo tutelar y otorgamiento de testamento.

No obstante lo expuesto y afirmado, no se razona por la reclamante qué incidencia puede tener tal pretensión en la organización empresarial, en la gestión del Grupo, razón por la cual no puede identificarse dicha finalidad particular con un "motivo económico válido" de los que alude la norma.

No se aprecia que la creación de una sociedad para canalizar las participaciones de un único socio suponga reorganización o reestructuración empresarial alguna, ni suponga tampoco la racionalización de la actividad económica del Grupo.

En este mismo sentido contestaba la Oficina Técnica en el acuerdo de liquidación:

*<<Sostienen las alegaciones que, de no haberse aportado las participaciones a **LM**, cada uno de los dos hijos de la obligada heredaría el 23,75% de **XZ-JK** (47,50% entre dos), pero como consecuencia de la aportación, heredarán de forma conjunta el 47,50%. Y añaden que la obligada otorgó testamento en el que acuerda legar la plena propiedad de sus participaciones en **LM** por partes iguales a sus dos hijos.*

*No acaba de entender esta Dependencia las diferencias que se plantean, ni tampoco que se genere en el presente caso el señalado problema de dilución de las participaciones. Los hijos heredarán el mismo porcentaje de participación con o sin aportación, lo único diferente es que en el primero de los casos participarán de forma indirecta en **XZ-JK**, porque lo harán a través de **LM**.*

En cualquier caso, la finalidad aludida puede ser perfectamente válida y lícita desde el ámbito estrictamente personal y privado de la obligada, pero si no va acompañada de otras finalidades empresariales que puedan ser consideradas como motivos económicos válidos, no determina por sí sola la inaplicación de la cláusula del art. 89.2 de la LIS. Y así lo señala el TEAC en su Resolución de 8 de octubre de 2019 (00/01397/2016) al indicar:

<< (...) 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 las 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.»

Añadiendo más adelante que:

<<Que un accionista u otro ostente la mayoría del accionariado es cuestión, de entrada, estrictamente privada, ajena a la actividad u organización empresarial. Para que una operación mercantil a través de la cual se pretende asegurar en un futuro una determinada composición del accionariado tenga cabida en las operaciones de reorganización empresarial que habilitan aquel régimen fiscal especial, resulta imprescindible que ello tenga una traslación directa en la actividad empresarial, en la organización empresarial, más allá de un mero cambio en el accionariado (...)>>

Y en el presente caso, la finalidad de planificación de la sucesión generacional que se alega no tiene esa traslación directa en la actividad empresarial del grupo, ni tampoco se acompaña -como ya hemos analizado de motivos económicos que puedan considerarse válidos para acreditar la aplicación del régimen especial.>>

Y es que, efectivamente, en este caso la planificación de la sucesión familiar no tiene en este caso traslación directa en la actividad empresarial del grupo o en la mejora de la misma.

En definitiva, parece claro que los "motivos económicos válidos" que, en su caso, de concurrir, impedirían o dificultarían que se pudiera afirmar que la operación se hizo persiguiendo un objetivo esencial de fraude fiscal, deben versar sobre y/o estar estrecha o directamente relacionados con la reorganización o reestructuración empresarial, explicitando una mejora o racionalización de la actividad económica de las entidades en cuestión, no refiriéndose a aspectos o circunstancias más propios de la esfera particular de los accionistas de estas.

*En el caso en cuestión, en síntesis, este TEAC comparte con la Inspección que la creación de **LM** SL no supuso ninguna mejora de la actividad de las entidades operativas cuyas participaciones se entregan a aquella, particularmente de **XZ-JK**, así como tampoco, ni siquiera, de la gestión que realizaba la Sra. **Bxy** de esas participaciones que aporta a **LM** SL, no teniendo incidencia tampoco en la toma de decisiones de esas entidades operativas, ya que la labor, en ellas - y, particularmente, en **XZ-JK** - como consejera / administradora seguía correspondiendo a la Sra. **xy**, ya que, a pesar de que formalmente fue **LM** SL la que pasó a formar parte de sus consejos de administración, seguía siendo D.ª **Bxy** quien acudía y actuaba en los mismos, a partir de la operación como representante de aquella (en vez de hacerlo directamente en su nombre).*

En este sentido concluía también la Oficina Técnica en el acuerdo de liquidación impugnado:

> *<<Como conclusión a todo lo señalado en este apartado, cabe indicar que la constitución de la entidad **LM** y las aportaciones no dinerarias efectuadas son perfectamente lícitas y responden a decisiones de la obligada tomadas en virtud de su autonomía de voluntad. Pero de la valoración global de las circunstancias concurrentes, anteriores y posteriores, se concluye que ninguno de los motivos económicos alegados tiene la relevancia necesaria como para ser considerados válidos a efectos de la inaplicación del art. 89.2 de la LIS.*
>
> *Efectivamente **LM** es el vehículo inversor de la obligada, pero no en el sentido alegado y pretendido por ésta, sino tan solo porque la titularidad de las inversiones se ha trasladado desde la persona física a su entidad holding. Además, las inversiones efectuadas se limitan a las puramente financieras derivadas del remanente de liquidez que supone el reparto de dividendos y el resto de adquisiciones derivan de otras relaciones con entidades en las que participaba ya mucho antes de la operación. No existe tampoco la simplificación empresarial alegada: la relación entre la obligada y **XZ-JK** es igual de simple antes que después de la aportación, y la toma de decisiones en **XZ-JK** no se ha visto modificada, salvo en el plano estrictamente formal>>.*

*En conclusión a todo lo expuesto en este FUNDAMENTO DE DERECHO, desde una perspectiva ex ante y conforme a lo verificado con posterioridad a la operación de reestructuración consistente en la aportación de las participaciones de la entidad **XZ-JK** a la holding **LM** SL, no se consideran acreditados unos "motivos económicos válidos" suficientes, a estos efectos, para explicar la operación objeto de la controversia, toda vez que lo que ha sucedido es que, fruto de la aportación no dineraria, únicamente se ha interpuesto una sociedad entre la persona física y otras entidades operativas, esencialmente en nuestro caso **XZ-JK**, sin que aquella entidad interpuesta aporte ninguna actividad económica adicional para el grupo y destinando la mayor parte de los fondos percibidos procedentes de los dividendos repartidos por **XZ-JK** en activos no afectos a fines empresariales.*

En consecuencia, desvirtuados los "motivos económicos" alegados por la interesada, cabe concluir lo que resulta del artículo 89.2 LIS: la no concurrencia de "motivos económicos válidos" que expliquen o justifiquen el objetivo de la operación realizada aptos, a los efectos que aquí nos interesan, unida a la identificación por la Inspección de la motivación fiscal que sí la daría cumplida explicación, permite presumir (en los términos en los que lo hace al jurisprudencia) que la operación que se llevó a cabo tuvo como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal, lo que implica que pueda negarse la aplicación del Régimen FEAC de acuerdo con el artículo 89.2 LIS, sin perjuicio, claro está, de que pueda el reclamante acreditar que, pese a ello, no hay ventajas fiscales abusivamente perseguidas que deban eliminarse.

SÉPTIMO.- En opinión de la reclamante no se aprecia ningún tipo de ventaja fiscal "abusiva" en la operación analizada. A tal efecto, enfatiza que, cuanto menos, la Inspección no ha motivado las ventajas fiscales hipotéticamente perseguidas con la operación que podrían considerarse susceptibles de ser eliminadas en caso de mantener la improcedencia del Régimen FEAC, achacando dicha omisión a que, en realidad, no existiría ninguna, incidiendo en que no puede considerarse como tal el mero diferimiento, esto es, la no tributación de las plusvalías o rentas que se pondrían de manifiesto si la operación se acogiese al régimen general del artículo 17 LIS, señalando que, precisamente, el régimen es, por esencia, garante de la neutralidad fiscal de las operaciones que quedan bajo el mismo.

No obstante, este TEAC, con los matices que se harán, no comparte este planteamiento deducido por la reclamante, considerando que la Inspección sí ha identificado la ventaja fiscal indebida perseguida con la aportación no dineraria que se llevó a cabo.

Recoge, expresamente, el acuerdo liquidatorio, como cita de la propuesta de regularización recogida en el acta incoada a la reclamante:

> *<<En cuanto a que la finalidad de la operación es conseguir una ventaja fiscal, resulta necesario señalar que la percepción de dividendos ofrece distinta tributación según la cualidad del perceptor de los mismos. Así, si quien los percibe es una persona jurídica, si ésta reúne los requisitos previstos por la norma, los mismos quedarían exentos de tributación (artículo 21 LIS, a partir de la vigencia de dicha norma) o bien con derecho a la deducción en la cuota del 100% de la misma (con anterioridad a la vigencia de dicha ley), mientras que si el perceptor es una persona física, los mismos se someten a tributación conforme a la normativa del impuesto sobre la renta de las personas físicas, integrándose los mismos dentro de la base imponible del ahorro. Por ello, parece indiscutible que dicha cuestión es absolutamente relevante, constituyendo, sin duda, un motivo más que notable para cualquier persona física la interposición de una entidad que evite así la efectiva tributación de los dividendos percibidos.*
>
> *Debe notarse que inmediatamente, tras la constitución de la entidad **LM** SL por el obligado tributario, la misma percibe notables dividendos (2.257.437,03 euros en 2017; 3.562.735,44 euros en 2019) con derecho a la exención de tributación de los mismos, lo que no acontecería de haber sido percibidos por dicho obligado, persona física.>>*

A mayor abundamiento, dedica todo un apartado al análisis de esta motivación fiscal que se aprecia en la situación planteada, páginas 70 a 76 de dicho documento, destacándose de ello, a modo de resumen, los siguientes aspectos:

*- La Inspección recoge un cuadro de los dividendos distribuidos por la entidad **XZ-JK** desde 2008 hasta 2019, constatando que una vez realizada la operación de reestructuración que nos ocupa, en 2017 y 2019 se ha repartido dividendos por importes de 4.752.499,00 euros y 7.500.576 euros, respectivamente.*

*- El reparto de dividendos en los periodos señalados viene precedido de 4 años sin que la sociedad **XZ-JK** hubiera procedido a su distribución.*

*- Dichos importes se corresponden con los apuntes contables e ingresos de la entidad **LM** SL, entidad que según apunta la Inspección únicamente motivado por las propias actuaciones inspectoras acuerda una vez acontecido la puesta de manifiesto la distribución de dividendos en favor de su socia, si bien en cuantía significativamente inferior a los percibidos por la entidad interpuesta, y mediante la compensación de las cantidades adeudas por la socia.*

Señala el acuerdo de liquidación:

> *<<De esta forma, en menos de dos años se han percibido por **LM** un total de 5.829.172,47 euros exentos de tributación en virtud del art. 21 de la LIS que, en caso de haber sido percibidos por la persona física, se hubieran tenido que integrar en la base del ahorro tributando a un tipo del 23%.*
>
> *El ahorro señalado constituye una poderosa razón de carácter fiscal que permite verificar el importante peso que esta motivación pudo tener frente al resto de motivos económicos alegados que, como ya se ha señalado, no tienen la relevancia necesaria para ser considerados válidos a efectos de la aplicación del régimen especial."*

- Con respecto a las alegaciones de la obligada referidas al mantenimiento de sus participaciones, y de que la finalidad de la operación no era evitar la plusvalía, es corroborado por la Inspección, quien comparte con la obligada que ésta no era la finalidad, sin que, no obstante, se hubiera hecho mención a ello.

*- En relación a la supuesta finalidad inversora de la entidad **LM** SL, la Inspección se remite a lo ya expuesto a la hora de desvirtuar los motivos económicos aducidos, centrándose en la concreta actividad inversora materializada en la sociedad interpuesta.*

*Señala la Inspección que a efectos del análisis de la ventaja fiscal "debe cuestionarse en este caso la utilización que se ha dado a esos dividendos percibidos de **XZ-JK** en sede de **LM** por cuanto que se han utilizado para realizar inversiones que, por sus características, no diferirían de las efectuadas de haberse percibido directamente los dividendos en sede de la persona física, tal y como se ha señalado en el apartado anterior de estos fundamentos".*

- Acaba concluyendo el órgano liquidador que:

> *<< (...) Lo relevante es comparar el importe de los dividendos que se hubiesen percibido de no haberse efectuado la operación, con los percibidos tras ésta. Y esta comparación arroja una diferencia de cinco millones de euros, que tras el cambio de titularidad pasaron a tributar conforme al Impuesto sobre Sociedades con la exención del art. 21 de la LIS, como resulta de los siguientes datos:*

	SIN APORTACIÓN	CON APORTACIÓN
2018	2.257.437,03	
2019	3.562.773,83	
2020		800.000
TOTAL	5.820.210,86	800.000

> *En definitiva, atendiendo a las circunstancias anteriores, simultáneas y posteriores a la realización de la operación, se concluye que la motivación fiscal adquiere una especial relevancia frente al resto de motivos económicos alegados, por lo que resulta de aplicación el art. 89.2 de la LIS."*

*Al respecto, reiteramos, nada alega ni opone la reclamante, reconduciendo la finalidad elusiva a unos términos diferentes de los expuestos por el órgano inspector que conforman el beneficio fiscal en que se apoya, evidenciado que la motivación esencial o preponderante de la aportación no dineraria de las participaciones de **XZ-JK** se concretó en buscar la distribución de sus reservas y el reparto de sus dividendos con una menor carga fiscal que la que resultaría si se hubiese mantenido la titularidad de aquellas en las personas físicas que las detentaban; al haberse aportado a las entidades interpuestas constituidas por cada una de las dos hermanas que eran las socias de **XZ-JK** se ha logrado que la carga fiscal correspondiente a los dividendos distribuidos desde entonces, que en menos de dos años ha ascendido a un importe superior a 12.000.000 de euros, haya resultado notoriamente inferior a la que hubiera correspondido si los títulos (de **XZ-JK**) se hubiesen mantenido en manos de las personas físicas.*

OCTAVO.- Sin perjuicio de lo que ya se ha ido avanzando en fundamentos previos, a modo de resumen:

- *Coincide este Tribunal con la Inspección en que la aportación no dineraria no ha contribuido a la racionalización ni reestructuración de la sociedad **XZ-JK**, sin que se aprecie, como consecuencia de ella, ningún tipo de mejora estructural o racionalización de la actividad ni de su gestión y, sin que la política de dividendos haya cambiado con ocasión de los fines manifestados por la reclamante para la constitución de **LM** SL y para la aportación de las acciones de **XZ-JK** a esa entidad.*
- *Comparte este Tribunal que los motivos aducidos con respecto a la potenciación de la capacidad económica de la sociedad holding ciertamente carecen de relevancia, al no disponer ésta de medios materiales y humanos y actividad económica propia, y provenir la mayor parte de los ingresos de los dividendos distribuidos por **XZ-JK**.*
- *En la nueva entidad creada, **LM** SL, la actividad no difiere de lo que venía haciendo D.ª **Bxy** como persona física, esto es, la gestión de sus participaciones y realizar inversiones financieras con la tesorería obtenida, sin que se pueda observar ninguna mejoría de la actividad, salvo que la única ventaja que se puede comprobar es que los dividendos que antes recibía Doña **Bxy** en su condición de socia persona física pasan a no tributar al pertenecer ahora a una persona jurídica y beneficiarse de la exención por doble imposición de dividendos prevista en la LIS.*
- *Al margen de desvirtuar los motivos económicos aducidos, lo que ya implica que pueda presumirse que la operación tuvo una finalidad de fraude, la Inspección realiza un análisis de la ventaja fiscal experimentada con la aportación de capital en los términos ya transcritos -"una diferencia de cuatro millones de euros, que tras el cambio de titularidad pasaron a tributar conforme al Impuesto sobre Sociedades con la exención del art. 21 de la LIS"-.*

*Por tanto, ni desde una perspectiva ex ante, ni por lo verificado a posteriori, queda acreditada que la aportación de acciones de **XZ-JK** a **LM** SL, que es la operación de reestructuración cuyo acogimiento al Régimen FEAC es la cuestión objeto de controversia, haya variado la gestión administrativa, económica y técnica de aquella ni del grupo, como tampoco ha supuesto una verdadera y efectiva reestructuración del entramado empresarial de las sociedades implicadas.*

Las inversiones realizadas por la entidad holding después de la operación se materializaron, esencialmente, según dispone el acuerdo liquidatorio en acciones y fondos de inversión. En consecuencia, no cabe aceptar como "motivo económico válido" de la operación, a efectos de su acogimiento al Régimen FEAC, la mera afirmación de que ha existido una materialización de inversiones en sede de la entidad interpuestan sin un análisis de su contenido.

*En el caso sometido a valoración, a juicio de este Tribunal, la argumentación desplegada por la Inspección no sólo desvirtúa los motivos económicos afirmados por la entidad como explicativos de la operación sino que, y lo que es más relevante, logra identificar una clara ventaja fiscal consecuencia de la operación que no existiría si no se hubiese llevado ésta a cabo, situándola en el reparto de dividendos por parte de **XZ-JK**, la entidad cuyos títulos aporta la persona física a **LM** SL, señalando, además, que el haberse materializado ese importe, esencialmente, en activos no afectos a una actividad económica es una evidencia más de la finalidad meramente fiscal de la operación, puesto que las inversiones no empresariales realizadas por la holding con los dividendos obtenidos de la operativa no diferirían de las que a título personal hubiera realizado la persona física de no haber mediado la aportación, evitando, sin embargo, la tributación que le hubiera correspondido de percibir ella, directamente, los dividendos.*

Análogas conclusiones se han alcanzado en expedientes similares sometidos a la revisión tanto de este TEAC como de la jurisdicción contencioso - administrativa.

Así, la Sala de lo contencioso Administrativo del Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse sobre un supuesto similar al aquí planteado en su Sentencia de 25 de mayo de 2012 (recurso de casación n.º 3944/2009), mencionándose en el acuerdo de liquidación. Cierto es que las motivaciones que se invocan o manifiestan por los interesados en aquel y en el presente caso resultan distintas, pero lo trascendente es que los hechos y circunstancias acreditados que concurren en ambos casos si plantean importantes similitudes, confluyentes en la constitución de entidades mercantiles interpuestas para instrumentar la participación de las personas físicas en otra entidad operativa, y posterior distribución de dividendos de ésa.

De inicio, la Sala hace suyos las argumentaciones de la sentencia impugnada, al afirmar que ésta "acomete la sólida argumentación que le lleva a considerar directamente probado que no mediaba en lo actuado por las recurrentes motivo económico alguno válido que no fuese la mera evasión fiscal" y señala:

> *"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, Darío y Tarsila de sus respectivas participaciones sociales en LMH, SL, en las sociedades por cada uno de ellos constituidas meses antes. Y ello habida cuenta de que con la referida operación la sociedad LMH 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 LMH; cada una de las sociedades, ahora recurrentes, constituidas por las personas físicas socios de LMH 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 LMH, realizando, asimismo, inversiones financieras. De tal manera que las nuevas sociedades no continúan en ninguna rama de actividad que viniese realizando anteriormente LMH, y tampoco su constitución supone la reestructuración empresarial de esta sociedad, ...*
>
> *En consecuencia, en lo que afecta a la sociedad Lo Monaco Hogar, el hecho de que las participaciones sociales que en ella tenían los Sres. Darío y Tarsila 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 Lo Monaco Hogar, 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" (el subrayado se incorpora en la presente resolución)."*

Más recientemente, cabe referirnos a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2023 (recurso número 909/2019), en la que se transcriben parcialmente los argumentos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con ocasión de la revisión de una liquidación de IRPF de 2010, basada en una fundamentación muy similar a la que sirvió de base para practicar la regularización que es objeto, aquí, de revisión (el énfasis es nuestro):

> *"(...) 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 orientado.*
>
> *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 de la 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.*
>
> *La 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 Brinde Amour un destino empresarial o una inversión en activos afectos a la actividad empresarial.»*

Pues bien, en el supuesto aquí enjuiciado habrá de llegarse a la misma conclusión, teniendo en cuenta que, al igual que en las referidas sentencias, no ha quedado justificada la concurrencia de un motivo económico válido por la pretendida reestructuración del patrimonio familiar; esto es, la operación cuestionada de aportación nodineraria que conllevó la interposición de sociedades entre las personas físicas, padres e hijos, y el holding empresarial familiar, el préstamo, su sustitución por una línea de crédito y la distribución de dividendos para compensar 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 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 quea 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 entre los razonamientos de la resolución del TEAC, pues una cosa es analizar si existe o no un concreto motivo válido en la aportación no dineraria de participaciones de Placansider SL a la mercantil Portcandel 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.

Es importante destacar que, en esos antecedentes transcritos, al concluir que las operaciones en cuestión no se realizaron por "motivos económicos válidos", e identificando una finalidad abusiva al realizaras, se confirmó, asimismo, la regularización practicada negando su acogimiento al Régimen FEAC en base a la cláusula antiabuso aplicable "ratione temporis", recogida en el artículo 96.2 del RD Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) que disponía:

> *<<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>>.*

En este caso, y a ello nos vamos a referir más adelante, es de aplicación la claúsula recogida en el ya reiteradamente citado artículo 89.2 LIS que si bien la define en términos idénticos, introduce un importante matiz cuando añade, como novedad, que:

> *<<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>>.*

Esta novedad legislativa, introducida en nuestro ordenamiento jurídico a través de la LIS, es de gran relevancia a la hora de analizar este tipo de expedientes puesto que señala que cuando se haya determinado la inaplicación del Régimen FEAC a una operación, porque se haya acreditado que la finalidad de ésta era abusiva o que buscaba esencialmente el fraude, dicha inaplicación será total o parcial ya que han de eliminarse, exclusivamente, los efectos de la ventaja fiscal buscada de forma fraudulenta o elusiva.

NOVENO.- Sin perjuicio de que este Tribunal comparta la apreciación de las pruebas realizada por el órgano inspector, y sus conclusiones al respecto, esto es, la preponderancia de los motivos fiscales de la operación frente a los económicos aducidos por la interesada, circunstancias que, como hemos visto, habilitan a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 89.2 de la LIS, debemos atender a lo que sostiene la entidad sobre que los motivos expuestos han sido avalados como "válidos" a estos efectos (la aplicación del Régimen FEAC) por la Dirección General de Tributos, lo que determina el carácter vinculante y determinante de la misma.

En concreto, señala en el escrito de alegaciones que:

> *<<La DGT, con fecha 2 de octubre de 2017, resolvió la Consulta Vinculante planteada por Dª **Bxy**, confirmando a la consultante el cumplimiento de los requisitos exigibles para el acogimiento al régimen de diferimiento, ratificando, además, que los motivos económicos expuestos por la consultante se debían considerar válidos a efectos del acogimiento al régimen expuesto, en los siguientes términos:*
>
> *"En el escrito de consulta se indica que la operación proyectada se realiza con la finalidad de reforzar la sociedad Holding simplificando la estructura empresarial de la consultante mediante la unificación de la gestión, centralizando en una única sociedad la planificación y toma de decisiones, centralizando la tesorería, los beneficios repartidos por las sociedades participadas y la realización de nuevas inversiones, permitiendo potenciar la capacidad financiera de la sociedad holding que ofrecerá una imagen más fuerte y solvente con protocolos familiares de cara a la sucesión familiar. Estos motivos se pueden considerar económicamente válidos a los efectos del artículo 89.2 de la LIS en relación con la realización de la operación planteada."*
>
> *Una vez elevada a público la ampliación de capital, **LM**, en cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 48 del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, comunicó a la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante "AEAT") el acogimiento de dicha operación al régimen de diferimiento>>*

La interesada considera que el contenido de la contestación a la consulta planteada ha de resultar vinculante para la AEAT, que no debe apartarse de la calificación jurídica de los hechos contenidos en la misma tal y como establece el artículo 89.1 de la LGT.

Sirva señalar que la contestación a la consulta si bien establecía, como señala la reclamante, que de acuerdo con los hechos planteados "Estos motivos se pueden considerar económicamente válidos a los efectos del artículo 89.2 de la LIS en relación con la realización de la operación planteada.", también continua señalando la DGT:

> *<<Por el contrario cuando la causa que motiva la realización de dichas operaciones es meramente fiscal, esto es, su finalidad es conseguir una ventaja fiscal al margen de cualquier razón económica diferente, no es de aplicación el régimen especial.>>*

Y además se concluye en la citada contestación de la DGT V2447-17, la negrita es nuestra, que:

> *<<La presente contestación se realiza conforme a la información proporcionada por el consultante, sin tener en cuenta otras circunstancias no mencionadas, que pudieran tener relevancia en la determinación del propósito principal de la operación proyectada, de tal modo que podría alterar el juicio de la misma, lo que podrá ser*

> *objeto de comprobación administrativa a la vista de la totalidad de las circunstancias previas, simultáneas y posteriores concurrentes en la operación realizada>>*

Es decir, contrariamente a lo que defiende la reclamante, la DGT no afirma de manera rotunda y sin posibilidad de prueba en contrario que la operación cumpliera con responder a "motivos económicos validos", vinculando con ese criterio a la AEAT en aplicación del artículo 89.1 LGT. Lejos de lo alegado, señala que de los datos aportados en la conducta, "parece inferirse" que es así, que tendría tal condición y que, por ello, podría acceder al Régimen FEAC o de diferimiento de la LIS, pero también se remarca que se trata de una cuestión de hecho que corresponderá acreditar llegado el caso y que no tiene en cuenta sino los datos que son descritos en el planteamiento de la consulta. Datos que, por ejemplo, y así lo destaca este TEAC, omiten el reparto de cuantiosos dividendos en favor de la entidad interpuesta.

Y eso es, precisamente, lo que se ha producido: teniendo en cuenta que la entidad ha pretendido la aplicación del régimen; la Inspección de los Tributos, en el curso de las actuaciones inspectoras, le ha pedido justificar la realidad de los "motivos económicos válidos distintos del ahorro fiscal" que explicaron la operación que se llevó a cabo, habiéndose determinado, en una conclusión que ha quedado avalada por este TEAC según lo expuesto en la presente resolución, que no existían tales "motivos económicos validos", y sin que quepa aceptar que la contestación de la DGT a la consulta antes citada obligue a admitir lo contrario (determinando que se ha acreditado la concurrencia de tales motivos).

DÉCIMO.- Dedicaremos este fundamento a dar contestación a otras alegaciones de diversa índole realizadas por la interesada las cuales, si bien pueden tratarse, en ocasiones, de reiteraciones de lo ya expuesto, se considera oportuno aclarar por este TEAC.

La reclamante alude, como premisa de su planteamiento, a lo que considera una correcta interpretación de este régimen fiscal, defendiendo que, a la hora de valorar si procede o no su aplicación a una concreta operación de reestructuración, ha de partirse de que se trata del régimen general a considerar a la hora de analizar la tributación de las operaciones societarias o de reestructuración mercantil, como es la que se llevó a cabo en este caso. Esto es, dice la entidad que no puede ser tratado, como ha hecho la Inspección, a su juicio, en su caso, como un régimen excepcional a la hora de valorar la procedencia de que una operación se acoja al mismo.

Más allá de lo hasta ahora señalado, la reclamante hace referencia al artículo 14 de la LGT, que establece la prohibición de la analogía en el ámbito tributario, sosteniendo que la Inspección, al dictar la regularización expuesta, ha realizado, de forma indebida, una interpretación restrictiva de este régimen especial.

En el escrito de alegaciones hace mención de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2019 (recurso de casación n.º: 3774/2017), conforme a la cual las normas tributarias:

> *<<...no admiten la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de las exenciones y demás incentivos fiscales, pero tampoco la imposición de requisitos no contemplados en la norma".*

(...)

La interpretación restrictiva o, más precisamente, estricta, que, en principio, debe hacerse de las normas que establecen beneficios o incentivos fiscales, no puede dar un resultado contrario a la lógica, a la letra de la ley o, en general, a los criterios hermenéuticos recogidos en los apartados 1 y 2 del artículo 12 LGT . En particular, es claro que no cabe exigir para el disfrute de la exención que examinamos requisitos que no prevé el precepto que la establece>>.

A continuación, la reclamante se refiere al carácter excepcional de la aplicación de la cláusula antielusión del artículo 89.2 de la LIS, manifestando que:

> *<<En virtud del precepto transcrito, se inaplicará total o parcialmente el régimen de diferimiento sólo excepcionalmente y en los casos particulares descritos en la cláusula.*
>
> *Por consiguiente, dicho artículo, como disposición que establece una excepción a la regla general de diferimiento de la tributación, debe interpretarse de manera estricta.*
>
> *(...)*
>
> *1.2.2 La necesaria aplicación excepcional de la cláusula antielusión ha sido reconocida por la jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2015 (recurso de casación 3392/2013), tras compartir el rechazo de la Audiencia Nacional a la que califican como "posición maximalista" o "excesos interpretativos" que, primero la Inspección y, luego, el Tribunal Económico-Administrativo, habían efectuado de dicha cláusula4 - sobre la que luego volveremos-, afirma lo siguiente:*

"Frente a tales excesos interpretativos, que sitúan el manejo de una cláusula antifraude que, por su propia naturaleza, debería ser excepcional, la parte recurrente ha razonado ampliamente, en su demanda, acerca de los motivos económicos determinantes de la escisión parcial efectuada">>.

En relación a lo expuesto es necesario aclarar que la Inspección, y así también lo comparte este órgano, no ha cuestionado, en ningún caso, el cumplimiento de los requisitos del artículo 87 de la LIS, ni que éste no sea el régimen general a aplicar siempre, claro está, que se cumplan los restantes requisitos que señala la normativa para hacerlo. De hecho, en la Exposición de Motivos de la LIS se recoge que:

<<En primer lugar, este régimen se configura expresamente como el régimen general aplicable a las operaciones de reestructuración, desapareciendo, por tanto, la opción para su aplicación, y estableciéndose una obligación genérica de comunicación a la Administración tributaria de la realización de operaciones que aplican el mismo>>

No obstante ello, en este caso, la controversia que se plantea se centra en determinar si es de aplicación, en el caso, a la operación descrita, la "cláusula antiabuso" recogida en el antedicho artículo 89.2 de la LIS y que, efectivamente, recoge una excepción para la aplicación de este régimen de diferimiento a operaciones que, en principio, podrían acogerse a él al cumplir con los requisitos y definiciones a que aquel queda condicionado.

Es decir, en este caso, al contrario de lo que sostiene la entidad reclamante, no se aprecia que la Inspección haya realizado una interpretación restrictiva de un beneficio fiscal que pueda considerarse contraria a la lógica o a la propia letra de la ley; lo que ha hecho, precisamente, la Inspección es aplicar, siguiendo su criterio, un precepto legal, el artículo 89.2 LIS, determinando, en base a él, y a su juicio, que la operación sujeta a análisis no podía acogerse al Régimen FEAC, por lo que debe desestimarse esta alegación de la reclamante.

*DÉCIMO PRIMERO.- También alega la reclamante la improcedencia de la fundamentación jurídica recogida en el acuerdo de liquidación. Señala textualmente que: <<El Acuerdo de Liquidación no cuestiona que concurran los motivos económicos que la DGT consideró válidos, sino que, a su juicio, dicha motivación no le parece válida, no por insatisfacción de lo expuesto en la consulta, sino porque esa simplificación estructural, potenciación económica o planificación generacional no era necesaria puesto que ya disponía de ella la persona física aportante, es decir, D.ª **Bxy**>>.*

*Se trata, sin embargo, de una afirmación que, cuanto menos, ha de ser matizada, ya que, contrariamente a lo que sostiene la entidad, la Inspección sí ha cuestionado y analizado todos y cada uno de los motivos planteados por la entidad como "motivos económicos válidos" de la operación, de la misma forma que ha llevado a cabo un análisis de la operación en su conjunto, teniendo en cuenta "el antes y el después" de la misma, estudiando la existencia, o no, de consecuencias en forma de ventajas para la actividad económica de las entidades y participantes, siendo particularmente relevante que también se han analizado, como hemos visto ya, las consecuencias fiscales derivadas del canje, identificando así la que se ha tenido como una "ventaja fiscal" prohibida a efectos de plantear la regularización correspondiente a la exclusión del Régimen FEAC, siendo esa la referida a la fiscalidad de los dividendos repartidos, tras la operación, por **XZ-JK**; de todo ello, y así se recoge en el acuerdo, la Inspección ha concluido, acertadamente a juicio de este TEAC, que la operación no supuso ninguna mejora ni para D.ª **Bxy** ni para **XZ-JK** en su actividad, salvo el logro de la menor tributación de los dividendos que se distribuyen por esta última.*

Continua el escrito de alegaciones recogiendo que:

*<<Esto es, la insatisfacción de la mayoría de los motivos económicos válidos por parte de la Administración es denegada puesto que, a juicio de la Administración, la aportación no dineraria no resultaba de interés para D.ª **Bxy** puesto que ya disponía de la capacidad económica a título particular. Sin embargo, la valoración del cumplimiento de los motivos económicos válidos desde la esfera particular de la persona física aportante es expresamente rechazada a la hora de analizar si la sucesión generacional es un motivo económico válido para acoger la operación al régimen especial, incidiendo en que dicha cuestión únicamente afecta a la persona física aportante (D.ª **Bxy**) y no a la entidad que ha visto ampliado su capital (**LM**).>>*

Resulta conveniente aclarar que, en contra de lo alegado, la capacidad económica que la persona física tuviera, a título particular, no conforma el pivote sobre el que la Inspección sustenta el rechazo a considerar como tales los motivos económicos aducidos; ese fundamento se sitúa en la ausencia de las razones de tipo reorganizativo invocadas, siendo éstas las esenciales a la hora de analizar si estamos ante una verdadera y efectiva operación de reestructuración empresarial, que son aquellas para las que está previsto el Régimen FEAC. Es más, los motivos fiscales que de ordinario pueden concurrir en este tipo de operaciones (sería lógico pensar en el ahorro fiscal asociado a la distribución de las reservas generadas en sociedades operativas con resultados positivos cuando aquella se hace en favor de otras entidades sujetos pasivos del IS con derecho a la exención) podrían no ser, por sí mismos, determinantes de apreciar una intención esencialmente elusiva en la operación dado que

pueden coincidir con otras explicaciones, puramente estructurales o reorganizativas, que fuesen más relevantes para justificar la operación y que permitirían el acogimiento, de aquella, al Régimen FEAC; incluso, en este punto, un aspecto clave para apreciar, en este tipo de operaciones en los que se constata un ahorro fiscal en cuanto a la distribución de los dividendos, la concurrencia de "motivos económicos válidos" radicaría en la reinversión de éstos, es decir, en la vuelta al circuito empresarial o económico de los dividendos residenciados en sede de la entidad interpuesta. Dicho de otro modo, que no acaben, de una u otra forma, revirtiendo en beneficio directo de la persona física aportante, sirviendo a sus necesidades personales, porque, en ese caso, sería evidente que se habría obtenido una "ventaja fiscal " a través de una conducta o actividad fraudulenta lo que la convertiría en "abusiva" en los términos expuestos.

*A continuación manifiesta la interesada, nuevamente, que estamos ante una restructuración patrimonial que es, en sí misma, un motivo económico valido, ya que profesionaliza la actividad que venía realizando D.ª **Bxy** a través de una entidad profesional dedicada a ello:*

*<<Sin ánimo de ser reiterativos, el régimen fiscal de diferimiento pretende evitar que la fiscalidad sea, bien un impedimento, bien un estímulo, para la toma de las decisiones empresariales tendentes a la realización de operaciones de reestructuración, reorganización o racionalización de las actividades económicas. En el presente supuesto, existe una clara voluntad de reestructuración de la actividad inversora inicialmente desarrollada por D.ª **Axy**, queriendo profesionalizarla de forma que la misma sea realizada por una entidad profesional en lugar de por medio de la persona física. Teniendo en consideración este ánimo de reestructuración, ánimo de carácter absolutamente económico y no fiscal, la imposición de una carga tributaria tremendamente elevada a la operación (recordemos que la cuota de la regularización practicada a D. **Bxy** Domínguez como consecuencia de la denegación del régimen especial de diferimiento, alcanza los 5.884.700,66 euros) desaconsejaría su realización, y no solo eso, obligaría a la persona física a realizar su actividad inversora siempre a título personal y no de forma profesionalizada mediante una sociedad de capital. Es decir, se le estaría imponiendo a la persona física la forma en la que debe realizar su actividad inversora. Es entonces cuando se vulnera la economía de opción.*

La economía de opción puede ser definida como la libertad o facultad que tienen los contribuyentes de elegir el comportamiento y ahorro fiscal más conveniente y barato, previsto en una norma tributaria sin incurrir en actividades ilícitas. Así, la economía de opción se produce cuando la norma tributaria permite distintas posibilidades u opciones, y el contribuyente elige aquella que según su situación particular le resulta menos gravosa fiscalmente.

(...)

"Adicionalmente, no se ha de olvidar que las operaciones de reestructuración persiguen modificar la estructura societaria, provocando con ello el traslado de responsabilidades, capacidad financiera, estructura organizativa, etc>>

Si bien es cierto que tanto las personas físicas como las personas jurídicas gozan de total libertad a la hora de planificar sus operaciones, siempre que lo hagan de acuerdo con la normativa vigente, siendo perfectamente legítimo elegir la opción que les resulte más favorable fiscalmente, la aplicación del Régimen FEAC en su plenitud -régimen especial que permite el diferimiento de unas rentas o unas ganancias puestas de manifiesto con una alteración patrimonial y que deberían someterse a gravámen si a la operación no le resultase de aplicación el Régimen FEAC - exige que la elección del contribuyente por realizar una concreta operación responda o se explique por motivos que no sean puramente un ahorro fiscal que pueda calificarse de "abusivo" por haberse logrado a través de una operación que, por concluirse realizada en abuso de derecho, ha de tenerse como "fraudulenta" a estos efectos, que es lo que ha sido acreditado por la Inspección en este caso a nuestro juicio.

DÉCIMO SEGUNDO.- Termina aludiendo la reclamante que realizar una actividad económica por medio de una entidad es ya un motivo económico valido por si mismo:

<<Por último, deben resaltarse un error en el que incurre constantemente el Acuerdo de liquidación recurrido. Dicho error consiste en negar, de forma tácita, que el ejercicio de la actividad inversora a través de una entidad, en lugar de hacerlo a título individual la persona física, es un motivo económico válido per se. Así se desprende de la contestación de la DGT a la Consulta Vinculante 2451-20, de 16 de julio, en el que el consultante pretende realizar una operación idéntica a la regularizada, mediante una aportación no dineraria de sus participaciones en cierta entidad a otra compañía que actuaría como vehículo a través del cual acometer las inversiones del consultante."

(...)

> *En consecuencia, el hecho de que D.ª **Bxy** pretendiese realizar su actividad de inversión por medio de una entidad ya de por sí debería considerarse como un motivo económico válido en aras de aplicar el régimen especial de diferimiento a la aportación no dineraria controvertida.>>*

En el presente supuesto, aunque la obligada ha tratado de justificar que se pretendía reestructurar su actividad, como persona física, y que detrás de ello existe un motivo económico valido para aplicar el régimen de diferimiento, de acuerdo a todo lo expuesto ha quedado acreditado que no fue así, que la entidad a la que se aportaron los títulos carecía de medios suficientes para ejercer la actividad (de gestión de las participaciones que se le aportaron) más allá de la propia persona física aportante, que era su propietaria al 100%, por lo que era procedente concluir que la operación no se explicaba por "motivos económicos válidos". Esa ausencia, debidamente acreditada, lleva a que pueda presumirse que la operación se realizó con la finalidad de obtener una ventaja fiscal distinta del mero diferimiento la cual, habiendo quedado suficientemente acreditada, es además la ventaja fiscal prohibida que ha de regularizarse.

*Y es que, efectivamente, la operación de aportación de participaciones efectuada fue una operación lícita pero, como se ha reiterado a lo largo de esta resolución, es innegable que, en sí misma, no aportó ninguna ventaja, desde un punto de vista económico o empresarial, ni a la actividad realizada por D.ª **Bxy** ni a la realizada por **XZ-JK** SL, ni siquiera para **LM** SL.*

Por todo lo expuesto se desestima, también, esta alegación.

*DÉCIMO TERCERO.- Una vez hemos concluido que, en este caso, ha quedado acreditada por la Inspección la finalidad abusiva de la operación llevada a cabo por la reclamante, materializando la aportación no dineraria de los títulos de **XZ-JK** a su holding **LM** SL, y con ello, la aplicabilidad de la cláusula establecida en el 89.2 LIS que determina su exclusión del Régimen FEAC, procede abordar la segunda de las cuestiones esenciales que, dijimos, se planteaban en el expediente, esto es, analizar si la regularización dictada, consecuentemente, por la Inspección ha sido procedente, teniendo en cuenta que es esencial, en ese sentido, lo que señala el párrafo 2º de ese artículo 89.2 LIS:*

> *"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."*

Siguiendo lo hecho por la Inspección en este caso, debemos señalar que ésta, tras entender que la operación referida - la aportación no dineraria realizada por la reclamante - debía quedar excluida del Régimen FEAC, practica la regularización, por el IRPF de aquélla, calculando la ganancia patrimonial, que imputa a 2017, que se generaría por la aportación no dineraria aplicando las reglas generales de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (en adelante LIRPF), conforme a los artículos 33 y siguientes; en concreto, lo hace acudiendo a la norma específica de valoración contenida en la letra d) del artículo 37.1 de dicho texto, con arreglo a la cual:

> *"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."*

*De ese modo, excluyendo la aplicación del Régimen FEAC y sometiendo la operación al régimen general, resultaría, para la aportante, una ganancia patrimonial que debe partir de la totalidad del valor de mercado de las aciones de **XZ-JK** SL aportadas (a **LM** SL), de modo que se somete a gravámen la totalidad de la plusvalías latentes que incorporaban esos valores, en el momento de la aportación.*

Ya hemos indicado, en un anterior FUNDAMENTO DE DERECHO, que operaciones similares a esta, que se regularizaron en términos sustancialmente idénticos, han sido, en diversas ocasiones, confirmadas al ser sometidas a revisión tanto por este TEAC - podemos citar, por ejemplo, la Resolución de 8 de octubre de 2019 (00/01397/2016) - como por los órganos jurisdiccionales. No obstante, también indicamos allí que en aquellos casos era de aplicación la

versión de la clásula antiabuso específica del Régimen FEAC prevista en el artículo 96.2 del ya derogado TRLIS, en la que no se incluía el párrafo citado que sí se recoge en el artículo 89.2 la LIS, de modo que una eliminación completa de los efectos del régimen fiscal, en todas sus consecuencias, tenía pleno acomodo a la legislación aplicable.

Pero es cierto que ese 2º párrafo del artículo 89.2 LIS fue una importante novedad que introdujo el legislador al dar entrada en nuestro ordenamiento jurídico a la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS de 27 de noviembre de 2014), que de hecho se destacó en la propia Exposición de Motivos de ésta cuando se remarcó que "el régimen especial aplicable a las operaciones de reestructuración presenta cuatro novedades sustanciales (...;) finalmente, se regula expresamente la inaplicación parcial del régimen y la circunscripción de las regularizaciones que pudieran efectuarse al ámbito de lha ventaja fiscal obtenida en este tipo de operaciones".

Por tanto, entiende este TEAC que debe plantearse la incidencia en este caso, y en todos los que se sucedan en base a la aplicación de esta clásula antiabuso del artículo 89.2 LIS, de esa previsión legal, por la que se admite que la inaplicación del Régimen FEAC puede ser "total o parcial", disponiendo la eliminación de la ventaja fiscal.

Para ello, analizaremos, en primer lugar, en el presente FUNDAMENTO DE DERECHO, las pautas generales a seguir en la interpretación de ese párrafo segundo del artículo 89.2 LIS, para abordar, después, la aplicación que del mismo, a juicio de este TEAC, habría de hacerse en el presente caso.

*A lo largo de las actuaciones de comprobación y también en esta sede, la obligada ha venido sosteniendo que, con amparo en el artículo 89.2 LIS, no debían someterse a gravámen todas las pusvalías latentes existentes, en la sociedad operativa (**XZ-JK**) en el momento de producirse su aportación a la holding (**LM** SL) ya que, se afirma:*

> *"El párrafo novedoso al que acabamos de hacer alusión acaba con toda posible controversia acerca de si la inaplicación del régimen fiscal de diferimiento conllevaba necesariamente la aplicación del régimen general y, por tanto, la supresión del diferimiento fiscal que pudiera ser inherente al mismo (haciendo tributar las plusvalías latentes existentes en el momento de la operación). Con la nueva redacción es evidente que la regularización solo puede suprimir la ventaja fiscal perseguida, resultando que el mero diferimiento, por sí mismo, sin ninguna circunstancia adicional no puede constituir una ventaja fiscal a los efectos de la cláusula antielusión sino la esencia y espíritu del régimen de neutralidad, tal y como se acreditará más adelante." (Énfasis en el original),*
>
> *Y apoya su argumentación, ya lo hizo ante la Inspección, en una serie de consultas de la DGT en las que, si bien referidas a otro tipo de operaciones de reestructuración, dicho centro directivo, se afirma, limita los efectos de la aplicación del artículo 89.2 de la LIS a ventajas fiscales distintas al diferimiento inherente al régimen fiscal aplicado, bien sean "el diferimiento de la tributación únicamente respecto a las participaciones que vayan a ser transmitidas" (CV 1328-16, de 31 de marzo) o "en el aprovechamiento de las bases imponibles negativas que posee la entidad consultante" (CV2887-15, CV 2890-15, de 6 de octubre). Se recoge, por ejemplo, en esa CV 2890-15, de 6 de octubre (el subrayado es del reclamante en su escrito de alegaciones):*
>
> *<<Por tanto puede ocurrir que durante el procedimiento de comprobación de la operación realizada, la Administración determine que la ventaja fiscal (en este caso la posibilidad de compensar bases imponibles negativas cuya compensación estaba dificultada con carácter previo a la fusión) es preponderante en relación con el ahorro de costes, la simplificación de la estructura o los otros motivos alegados al margen del fiscal que pudiera derivarse de la operación.*
>
> *Dándose dichas circunstancias, procedería aplicar el segundo párrafo del artículo 89.2 de la LIS. Este párrafo es novedoso respecto a la redacción que el artículo 96.2 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, en períodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2015. Así, mientras el artículo 96.2 del TRLIS establecía como consecuencia la no aplicación del régimen fiscal especial, el artículo 89.2 de la LIS circunscribe el resultado de la comprobación administrativa a la eliminación de las ventajas fiscales obtenidas.*
>
> *En este sentido, la ventaja fiscal, entendida como una minoración de la carga tributaria derivada de la realización de una operación de reestructuración, debe resultar consecuencia de la aplicación del diferimiento fiscal.*
>
> *De conformidad con lo anterior, en el caso de que la Administración tributaria, tras la realización de unas actuaciones de comprobación e investigación considerase insuficientes los motivos económicos válidos esgrimidos por la entidad consultante, siendo preponderante la ventaja fiscal, la inaplicación del régimen fiscal especial se limitaría a eliminar los efectos de la ventaja fiscal, que en este caso concreto se entienden localizados en el aprovechamiento de las bases imponibles negativas que posee la entidad consultante que se compensan con las rentas derivadas de la actividad económica que realiza la entidad Y, todo ello sin perjuicio del régimen sancionador que pudiera corresponder>>.*

Las referidas contestaciones de la DGT a Consultas Vinculantes que se le plantearon analizan casos diferentes al aquí señalado y no recogen, a juicio de este TEAC, un criterio general, vinculante, sobre que el mero diferimiento, por sí mismo, no pueda formar parte de la ventaja fiscal a eliminar en virtud de la cláusula antielusión del artículo 89.2 LIS. Ya hemos señalado, a lo largo de la presente resolución, que ha de hacerse un análisis individualizado de cada operación realizada, estudiando las concretas circunstancias de su realización, para valorar si estamos ante una operación que pueda calificarse de abusiva y, llegado el supuesto, para identificar, de forma específica, en cada caso, la ventaja fiscal perseguida que, lógicamente, será específica y propia, dependiendo de la operación en cuestión.

En cualquier caso, no cabe, a juicio de este TEAC, interpretar que de estas consultas de la DGT haya de inferirse, como parece colegir el reclamante, que diferimiento propio de la aplicación del régimen FEAC no pueda formar parte de la ventaja fiscal a eliminar en aplicación de la cláusula antielusión del 89.2 de la LIS. Bien al contrario, en todas las consultas citadas la DGT nos recuerda que "(...) la ventaja fiscal, entendida como una minoración de la carga tributaria derivada de la realización de una operación de reestructuración, debe resultar consecuencia de la aplicación del diferimiento fiscal".

Por tanto, parece claro que no olvida la DGT que de la ventaja fiscal (minoración de la carga tributaria) obtenida por la aplicación del regímen especial de las operaciones de reestructuración forma parte el que podría considerarse su efecto directo y primario, esto es, el diferimiento de la tributación que, sin él, habría recaido sobre la transmisión realizada. Lo que sí hace la DGT es interpretar hasta dónde, en los casos que analiza, debía llegar la inaplicación parcial de dicho régimen. Pero, en absoluto, descarta que si la eliminación del abuso o fraude detectado así lo demandase, la aplicación del artículo 89.2 de la LIS pueda incluir la eliminación de todas las consecuencias del mismo, incluido el diferimiento del que parte la completa ventaja (menos tributación) obtenida.

Es cierto que, en este punto, ante este TEAC, la entidad ha presentado un escrito de alegaciones complementarias en el que alude, de forma específica, a una más reciente contestación dada por la DGT. Se trata, en concreto, de lo recogido en la contestación a la Consulta Vinculante V2214-23, dada por el centro directivo el 27 de julio de 2023. Enfatiza la entidad que, esta sí, se refiere a un supuesto análogo al que es aquí objeto de estudio: se consultaba a la DGT acerca del tratamiento fiscal a una aportación no dineraria, realizada por una persona física, de las participaciones de una sociedad que había ido acumulando beneficios en ejercicios anteriores a la aportación,no distribuidos, siendo, por tanto, unas participaciones que incorporaban unas importantes plusvalías tácitas.

En esa consulta se planteaban, en concreto, las siguientes cuestiones:

> *<<En primer lugar, sobre el concepto de ventaja fiscal, se pregunta si tiene la consideración de ventaja fiscal aquella mejora en la posición tributaria que conlleva la realización de la operación respecto de la situación previa a su realización, debiendo compararse la situación tributaria previa a la realización de la operación y la posterior. Alternativamente, si por el contrario, el concepto de ventaja fiscal incluye también la eliminación de la propia tributación que se produciría por la realización de la operación acogida.*
>
> *En segundo lugar, y aplicando dichas cuestiones al caso concreto, se consulta si en caso de que la aportación fuese objeto de comprobación por la Administración tributaria y a resultas de dicha comprobación se determinase la inaplicación del régimen fiscal especial del Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014, la Administración tributaria debería liquidar a la consultante solamente el importe de los dividendos distribuidos por A (los beneficios no distribuidos acumulados antes de la aportación) o si, por el contrario, también se deberían hacer tributar las plusvalías tácitas de las participaciones de A aportadas."*

Conforme a la contestación emitida por dicho centro directivo (el destacado es añadido):

> *"(....)*
>
> *Así, en el curso de unas actuaciones de comprobación e investigación tributaria, sólo podrá regularizarse la ventaja fiscal perseguida cuando haya quedado acreditado que la operación realizada tuviera como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal, tal y como dispone el primer inciso del artículo 89.2 de la Ley 27/2014, debiendo eliminarse, en consecuencia, los efectos de la referida ventaja fiscal perseguida mediante la realización de la operación de reestructuración de que se trate, distinta del diferimiento en la tributación de las rentas generadas, inherente al propio régimen, cuando la operación se hubiere realizado con la mera finalidad de conseguir tal ventaja fiscal".*

Partiendo de esta contestación el reclamante afirma, ante este TEAC, que:

> *<< De acuerdo con la doctrina de la DGT, lo que la AEAT debería haber, en su caso, haber regularizado son los efectos de la supuesta ventaja fiscal perseguida, "distinta del diferimiento en la tributación de las rentas generadas, inherente al propio régimen" (transcribiendo la consulta de la DGT) si el motivo principal de la*

> *operación hubiese sido el fraude o la evasión fiscal (el cual, insistimos, no es el caso)>>.*

De la contestación dada por la DGT a la Consulta referida parece deducirse, y desde luego así lo hace la parte reclamante, que bajo su criterio, al delimitar el alcance de la cláusula antiabuso del artículo 89.2 LIS en cuanto a la determinación de la ventaja fiscal que, en su caso, sería susceptible de eliminarse, habría que diferenciar, la que sería el diferimiento en la tributación de las rentas generadas, inherente al propio régimen, que no podría ser nunca eliminada, y otra, u otras, que sería la que la propia DGT denomina ventaja fiscal perseguida o prohibida, distinta del propio diferimiento, siendo ésta la única que podría eliminarse, en aplicación de la clásula del artículo 89.2 LIS, si se acredita, como hay que hacer siempre para que entre en juego aquélla, la finalidad fraudulenta o abusiva de la operación.

Es decir, la DGT parece afirmar que una parte del resultado fiscal de la aplicación del Régimen FEAC previsto para las reestructuraciones empresariales (el que podría considerarse su efecto directo o primario, esto es, el diferimiento dede 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 debe 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.

Dicho de otro modo, bajo ese criterio, nos encontraríamos con 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.

Conviene adelantar que este TEAC no comparte esta interpretación del artículo 89.2 LIS, puesto que supondría que la cláusula antiabuso específica para el Régimen FEAC recogida en nuestro ordenamiento jurídico no podría nunca, en ningún caso, eliminar todos los efectos fiscales derivados de la aplicación de dicho Régimen aunque se haya podido concluir que la operación buscaba únicamente un fraude fiscal. Es claro, ya lo hemos visto, que 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.

Vamos a exponer, con mayor detalle, las razones por las que este TEAC entiende necesario apartarse de esa interpretación de la citada consulta de la DGT:

a) La interpretación que la parte reclamante hace de la Consulta de la DGT no encuentra fácil acomodo en la letra del artículo 89.2 de la LIS, que afirma que cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal "No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo (...)", siendo el diferimiento del artículo 77 de la LIS el principal elemento que se configura en aplicación del mismo a una operación; pero es que, además, el precepto también continua recogiendo la posibilidad de que "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".

Es claro, y así lo admite este TEAC, que, conforme al citado precepto, no debe eliminarse, de forma generalizada, el efecto del diferimiento de la tributación de las rentas puestas de manifiesto con ocasión de una operación para la que se determina la improcedencia de acogerse al Régimen FEAC, esto es, que no se eliminará si ello no es preciso para corregir el abuso buscado, con aquella, y proscrito por la cláusula, pero también es claro que tampoco puede afirmarse que tal efecto goce de inmunidad siempre y en todo caso.

b) Por otro lado, se trata de un criterio o de una interpretación que no se ajustaría al marco de las Directivas Comunitarias que configuran la esencia del Régimen FEAC y, particularmente, la cláusula antiabuso específica del mismo (artículo 11 de la Directiva del Consejo, de 23 de julio de 1990, y artículo 15.1 de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009) que siempre han contemplado la posibilidad de la eliminación total de los efectos fiscales del régimen, lo que incluye, obviamente, el diferimiento al que se refieren los artículos 4 de ambas Directivas.

Y es que tanto el referido artículo 11 de la Directiva de 23 de julio de 1990, que señalaba que "Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los títulos II, III y IV o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones: a) tenga como

principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal...", como el artículo 15 de la Directiva de 19 de octubre de 2009, que señala que "Un Estado miembro podrá 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 cuando una de las operaciones contempladas en el articulo 1" son claros y diáfanos, afirmando que es posible la retirada total del beneficio del Régimen FEAC a cualesquiera operaciones de fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones, si las circunstancias así lo exigen, lo que necesariamente ha de incluir el mero diferimiento. Este TEAC no ve otra interpretación posible a esas disposiciones comunitarias, traspuestas a nuestro ordenamiento en el reiteradamente referido artículo 89.2 LIS.

c) Se trataría, también, de una interpretación asistemática, ajena a nuestro derecho común y, en concreto, al tributario, en el que ningún régimen fiscal aplicado queda exento de pasar por el tamiz de las normas antiabuso.

Esto es, apartada de las reglas generales que se han seguido siempre y tradicionalmente a la hora de interpretar las figuras antiabuso recogidas, con carácter general, en nuestro ordenamiento tributario, a las que hemos hecho referencia al inicio de la resolución (las figuras de la calificación, del conflicto en la aplicación de las normas, y de la simulación, admitidas, respectivamente, en los artículos 13, 15 y 16 LGT), a las que se sujeta todo régimen fiscal.

Igualmente, sería una interpretación ajena a la propia evolución del derecho comunitario, particularmente en cuanto al tratamiento a dar a las operaciones de reorganización o de reestructuración empresarial, que siempre ha buscado hacer compatibles sus principios fundacionales, la pretensión de eliminar las barreras de toda índole (territoriales, económicas, jurídicas e incluso fiscales) a la actividad económica, con la lucha contra las prácticas fiscales abusivas. Sirva, en ese sentido, citar la DIRECTIVA (UE) 2016/1164 DEL CONSEJO de 12 de julio de 2016 por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, en la que se destacan como principios generales considerados para su adopción (el destacado es nuestro):

> *<<(1) Las prioridades políticas actuales en materia de fiscalidad internacional ponen de relieve la necesidad de garantizar el pago del impuesto allí donde se generen los beneficios y el valor. Así pues, es imprescindible restablecer la confianza en la equidad de los sistemas fiscales y permitir a los gobiernos ejercer de forma eficaz su potestad tributaria...*
>
> *(...) Para el buen funcionamiento del mercado interior es esencial que, como mínimo, los Estados miembros cumplan los compromisos que han adquirido en virtud del proyecto BEPS y, más en general, que adopten medidas destinadas a desalentar las prácticas de elusión fiscal y garantizar una fiscalidad justa y eficaz en la Unión, de manera suficientemente coherente y coordinada. ..*
>
> *(3) Es necesario establecer normas que refuercen el nivel medio de protección contra la planificación fiscal abusiva en el mercado interior. Dado que esas normas tendrían que incorporarse a veintiocho sistemas nacionales distintos del impuesto sobre sociedades, deben quedar circunscritas a nociones de carácter general, y su aplicación debe dejarse en manos de los Estados miembros, pues son ellos quienes se hallan mejor situados para configurar los elementos específicos de las mismas, de la forma que mejor se adapte a sus sistemas del impuesto sobre sociedades. Este objetivo podría lograrse mediante el establecimiento de un nivel mínimo de protección frente a las prácticas de elusión fiscal en los sistemas nacionales del impuesto sobre sociedades en toda la Unión. ...*
>
> *d) Ninguna sentencia del TJUE recoge una interpretación de la cláusula antiabuso, a la que nos estamos refiriendo, amparando la creación de ámbitos de impunidad para las reestructuraciones que puedan calificarse de artificiosas, es decir, para las que se haya podido determinar que buscan resultados abusivos.*
>
> *Al contrario, el TJUE ha valado expresamente que es posible la eliminación total de los efectos al señalar (STJUE, (Sala Primera), de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, Euro Park Service, sucesora legal de la SCI Cairnbulg Nanteuil, ya aludida en la presente resolución):*
>
> *"Asimismo, el Tribunal de Justicia ha precisado que, en virtud del artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, los Estados miembros pueden negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de esta Directiva o retirar el beneficio de las mismas sólo excepcionalmente y en casos particulares (sentencia de 20 de mayo de 2010, Modehuis A. Zwijnenburg, C-352/08, EU:C:2010:282, apartado 45 y jurisprudencia citada)".*
>
> *El TJUE ha venido perfilando los requisitos de la claúsula antiabuso, tanto de su diseño y aplicación, que deben evitar generalizaciones y automatismos, adaptándose a las circunstancias (a todas) de cada caso, como de sus efectos que han de ser proporcionados al abuso perseguido.*
>
> *Al hilo de ello, es claro para este TEAC que esa exigencia de proporcionalidad no supone dejar fuera de los efectos de la clásula antiabuso, ab initio y de modo definitivo, una parte (que, de hecho, suele ser además la más relevante) de los efectos fiscales buscados con la operación (y alcanzados si se le aplica el Régimen FEAC) aunque se haya acreditado que también derivan del abuso cometido. Eso será, indudablemente, la tarea que*

corresponda a la Administración, identificar que el diferimiento está dentro de la finalidad abusiva con la que se ha acometido la operación, pero si lo hace adecuadamente, no puede negarse que pueda eliminarse vía regularización.

e) Y tampoco sería, según entiende este TEAC, una interpretación avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La DGT, en la señalada CV2214-23, de 27 de julio, se apoya en lo que se estableció en la STS número 1503/2022, de 16 de noviembre de 2022 (recurso n.º: 89/2018), a la que ya se ha hecho referencia en esta Resolución, para afirmar que cuando la operación se hubiere realizado con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal deben eliminarse sus efectos (los de la referida ventaja fiscal perseguida mediante la realización de la operación de reestructuración de que se trate) la cual debe ser distinta del diferimiento en la tributación de las rentas generadas, inherente al propio régimen.

Sin embargo, este TEAC entiende que no es eso lo que dice el TS en esa Sentencia, no pudiéndose concluir de ese pronunciamiento que el diferimiento en la tributación de las rentas generadas con una operación no pueda ser nunca eliminada en aplicación de la cláusula antiabuso. Lo podrá ser si se determina que esa ha sido la ventaja fiscal abusiva buscada al realizar la operación (aunque es cierto que, como ya hemos indicado, que es un efecto, propio del régimen, que no debe eliminarse con carácter general siempre y en todo caso, sino sólo cuando en él se identifique el fraude buscado con la operación).

Dice el TS en esa STS:

<<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 los términos antes explicados; (...) una cosa es que no fueran necesarias las escisiones al efecto, y otra muy distinta que la operación tuviera como designio único o principal la obtención de una ventaja fiscal, pues a dicha conclusión sólo cabe llegar razonablemente, si se analiza en exclusividad dicha operación y se prescinde del carácter instrumental de la misma para alcanzar el objetivo en el que se inserta, esto es, la reestructuración del grupo, que ya se dijo no fue ponderado por la Administración. Todo lo cual ha de llevarnos a estimar este motivo opuesto por la recurrente>>.

La DGT considera, en su contestación a la CV 2214-23, que, con ello, el TS "ha señalado que la obtención de una ventaja fiscal está ínsita en el propio régimen de diferimiento, puesto que se caracteriza por su neutralidad fiscal", algo que se comparte, pero luego prosigue la DGT afirmando, con apoyo en esa STS, que "siendo la ventaja fiscal prohibida, distinta del propio diferimiento fiscal, la que se convierte en el objetivo y finalidad de la operación, más allá de otros motivos económicos". Pero no encuentra este TEAC esa afirmación en el texto de la STS.

El TS reconoce que hay un efecto propio o directo del Régimen FEAC, que es el diferimiento (lo que llama ventaja fiscal ínsita), pero luego dice que la ventaja fiscal prohibida, que existirá o se apreciará en las operaciones en las que se haya acreditado que tenían una finalidad abusiva o de fraude, susceptible de ser regularizada, es, precisamente, esa que se convierte en el objetivo y finalidad esencial de la operación, sin que de ello resulte que se rechace, por el Alto Tribunal, de forma directa y absoluta, en todo caso, que esa, el diferimiento, pueda ser tal ventaja fiscal abusiva susceptible de ser, una vez identificada como tal, la eliminada en aplicación de la cláusula antiabuso, llegando a admitir que la ventaja fiscal, cualquiera que se busque al pretender acoger una operación al Régimen FEAC, es decir, la ínsita o cualquier otra, puede presentarse como un "objetivo espurio" y no como algo legítimo dentro de la economía de opción, dando, con ello, plena legitimación a que aquélla, sea cual sea, sea eliminada en el marco de una regularización tributaria a practicar de acuerdo con el artículo 89.2 LIS actualmente vigente.

En definitiva, la STS número 1503/2022, de 16 de noviembre de 2022, no dice, como señala la DGT, que la ventaja fiscal prohibida, que lo es porque se convierte en el objetivo y finalidad de la operación, siempre tenga que ser una "distinta del propio diferimiento fiscal", ni es una afirmación que proceda extraer de la interpretación de la misma, a juicio de este TEAC.

Es cierto que el TS, en ese fallo, dice que buscar una ventaja fiscal es legítimo dentro de la economía de opción, pero también señala que lo es "fuera de los casos en los que se presente como objetivo espurio", esto es, falso o fingido, lo que nos lleva a considerar que cuando la ventaja fiscal buscada (que, como decimos, puede ser el mero diferimiento de la tributación de las rentas puestas de manifiesto con ocasión de la operación que pretende acogerse al Régimen FEAC o cualquier otra que pudiera identificarse, asociada a aquella) se presente

como un objetivo que pueda calificarse de espurio (falso, fingido, fraudulento) debe considerarse una ventaja ilegítima que puede y debe, indudablemente, ser eliminada mediante la regularización derivada de considerar inaplicable el Régimen FEAC.

Tampoco puede considerarse como argumento para afirmar que el diferimiento no puede ser la ventaja abusiva a eliminar, en aplicación de la cláusula antiabuso, lo que a continuación señala la DGT cuando afirma que:

<<En idéntico sentido, el propio Tribunal Supremo, en su Sentencia número 463/2021, de 31 de marzo de 2021, señaló 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, 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 conecten con la finalidad y objetivos del régimen especial de diferimiento, esto es, hacer posible la continuidad y desarrollo de la actividad empresarial>>.

Ninguna alusión hay en esa cita del TS que incluye la DGT en su contestación a que el diferimiento de la tributación de las rentas que se hubiesen puesto de manifiesto con una operación de reestructuración empresarial, de no haberse acogido al Régimen FEAC, sea una ventaja fiscal que nunca, en ningún caso, pueda tenerse como la ventaja abusiva que se busca con la operación y que, por ello, pueda ser eliminada en aplicación de la cláusula del artículo 89.2 LIS. 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 alcanzar también, a diferencia de lo que podría deducirse de la CV 2214-23 de la DGT, al 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.

Se trata, en definitiva, de apreciar que la configuración de la cláusula antiabuso específica para el Régimen FEAC que hace el artículo 89.2 de la LIS responde al esquema tradicional del antiguo "fraude de ley", o del actual "conflicto en la aplicación de la norma tributaria" del artículo 15 de la LGT, si bien, en este caso, con las especialidades que derivan de su texto, especialmente de índole probatoria, y de ser declarada su aplicabilidad en el mismo el acuerdo de liquidación que pone fin a un procedimiento de inspección tributaria. Por ello es razonable que el traslado a liquidaciones concretas de los efectos del juicio negativo realizado sobre la operación FEAC realizada siga pautas análogas a las que se prevén en el artículo 15.3 de la LGT.

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.

*DÉCIMO CUARTO.- 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, corrigendo 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.

- 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 posteriores a 2017, por la realización de las plusvalías tácitas que, por sus beneficios acumulados, incorporaban las acciones de **XZ-JK** cuando fueron aportadas a **LM** 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 en él.*
>
> *- Se anula, por tanto, la liquidación practicada por el IRPF del ejercicio 2017, 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.

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 medidas 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.

> 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%2F06550%2F2022%2F00%2F0%2F1