



Roj: **STS 3529/2026 - ECLI:ES:TS:2026:3529**

Id Cendoj: **28079130022026100289**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **20/07/2026**

Nº de Recurso: **6518/2023**

Nº de Resolución: **949/2026**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **MARIA DOLORES RIVERA FRADE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **TEAC, 05/04/2018,**
SAN 2583/2022,
AAAN 2463/2023,
ATS 2692/2025,
STS 3529/2026

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 949/2026

Fecha de sentencia: 20/07/2026

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6518/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/06/2026

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Dolores Rivera Frade

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCIÓN 4

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Antonio Naranjo Lemos

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 6518/2023

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Dolores Rivera Frade

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Antonio Naranjo Lemos

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 949/2026

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Francisco José Navarro Sanchís, presidente

D. Rafael Toledano Cantero

D. Isaac Merino Jara

D.ª Esperanza Córdoba Castroverde

D. Manuel Fernández-Lomana García

D. Miguel de los Santos Gandarillas Martos

D.ª María Dolores Rivera Frade

En Madrid, a 20 de julio de 2026.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Segunda por los/as Excmos./as. Sres./Sras. Magistrados/as que figuran indicados al margen, el recurso de casación número **6518/2023**, interpuesto por la procuradora D.ª Silvia Vázquez Senín, en representación de **DOÑA Caridad** contra la sentencia dictada el día 13 de abril de 2022 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso núm. 640/2018, cuyo complemento fue desestimado por auto de 7 de marzo de 2023.

Ha comparecido como parte recurrida, la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**, representada y asistida por la abogada del Estado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª María Dolores Rivera Frade.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Resolución recurrida en casación.

Este recurso de casación tiene por objeto la sentencia dictada el día 13 de abril de 2022 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso núm. 640/2018, cuyo complemento fue desestimado por auto de 7 de marzo de 2023.

La parte dispositiva de la sentencia recurrida es del siguiente tenor:

«DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo núm. 640/2018, interpuesto por la representación de DOÑA Caridad contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de fecha 5 de abril de 2.018, estimatoria parcial del recurso de alzada frente a la del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia de 25 de septiembre de 2014, en relación al Acuerdo desestimatorio del recurso de reposición contra la liquidación provisional dictada por el Inspector Regional de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en la Coruña, por el concepto tributario del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio 2.006; resolución que ahora confirmamos.

Sin efectuar especial imposición en cuanto a las costas causadas a ninguna de las partes».

SEGUNDO.-Preparación del recurso de casación.

1.Frente a la indicada sentencia, y frente al auto que denegó su complemento, la procuradora D.ª Silvia Vázquez Senín, en representación de D.ª Caridad presentó escrito de preparación de recurso de casación, en el que, tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificó como normas y principios infringidos, el principio de proporcionalidad (así como la jurisprudencia del TJUE que lo desarrolla) que sirve como límite a la cláusula antiabuso prevista en el art. 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE transpuesta en el artículo 96.2 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS); y los artículos 21 y 96.2 TRLIS.

2.La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación por medio de auto de 15 de septiembre de 2023, habiendo comparecido D.ª Caridad, representada por la procuradora D.ª Silvia Vázquez Senín, como parte recurrente, ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, dentro del plazo señalado en el artículo 89.5 LJCA. De igual modo lo ha hecho como parte recurrida la abogada del Estado en representación y defensa de la Administración General del Estado.

TERCERO.-Admisión del recurso de casación.

1.Mediante auto dictado el día 12 de marzo de 2025 por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, se admitió a trámite el recurso de casación, y consideró que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en:



«1.1. Determinar si en la cláusula antiabuso del art. 96.2 TRLIS está implícito un principio de proporcionalidad que permita una vez constatado que no concurren de los requisitos necesarios para la aplicación del régimen especial establecido en el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS aplicar el régimen general del impuesto sobre sociedades pero con modulaciones considerando que las ganancias patrimoniales derivadas de la aportación no dineraria realizada en la constitución de esa sociedad deban someterse a tributación por el concepto de IRPF gozando del beneficio de diferimiento que aquel régimen fiscal especial de diferimiento de Fusiones, Escisiones, Aportaciones y Canje de Valores prevé.

1.2. Para el caso de responder en sentido afirmativo a la primera cuestión, aclarar si el principio de proporcionalidad que delimita la cláusula antiabuso del art. 96.2 TRLIS exige que, una vez constatada la no concurrencia de los requisitos necesarios para la aplicación del régimen especial establecido en el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS la regularización de la Administración puede consistir en rechazar el beneficio del diferimiento haciendo tributar al contribuyente por las plusvalías latentes derivadas de la operación.

1.3. En caso de responder en sentido afirmativo a la segunda cuestión, determinar si la exención prevista en el art. 21 TRLIS para evitar la doble imposición sobre dividendos puede considerarse una ventaja fiscal».

2.E identificó como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación, además del principio de proporcionalidad, los artículos 21 y 96.2 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades; y el artículo 11 de la Directiva del Consejo de 23 de julio de 1990 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembro, de igual redacción que el artículo 15.1 a) de la Directiva 2009/133/CE de 19 de octubre de 2009 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro. Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

CUARTO.-Interposición del recurso de casación.

1.La procuradora D.^a Silvia Vázquez Senín, en representación de D.^a Caridad, interpuso recurso de casación, que observa los requisitos legales, y en el que, tras exponer los antecedentes relevantes al caso, los preceptos y la doctrina jurisprudencial que considera infringida, alega, en síntesis, que la tesis promovida por la Sala de instancia infringe el principio de proporcionalidad que sirve de límite a la cláusula antiabuso prevista en el art. 96.2 TRLIS, como transposición del art. 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE, así como la jurisprudencia del TJUE que lo configura y desarrolla. Cita doctrina del TJUE según la cual la normativa tendente a luchar contra las prácticas abusivas no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo; y alega a continuación, con cita de sentencias del TJUE (Sentencia de 17 de julio de 1997 (asunto C-28/95, *Leur-Bloem*), 10 de noviembre de 2011 (asunto C-126/10, *Foggia*), y su Sentencia de 8 de marzo de 2017 (asunto C-14/16, *Euro Park Service*), que el ámbito concreto de las operaciones de reestructuración y del régimen especial de la Directiva 90/434/CEE, el principio de proporcionalidad exige que, una vez acreditado que un contribuyente hizo uso de estas operaciones con el único objetivo de reducir o eludir su tributación, la regularización de la Administración deba, lógicamente, corregir esta desviación, pero afectando lo menos posible al objetivo primordial y último de la Directiva: evitar que la fiscalidad pueda constituir un obstáculo para la realización de estas operaciones. Destaca la Sentencia del TJUE de 29 de mayo de 2010 (asunto C-352/08, *Modehuis*), en cuanto al diferimiento de las plusvalías puestas de manifiesto con la operación, para concluir que el principio de proporcionalidad se encuentra implícito en el art. 11.1 a) de la Directiva (y también en el art. 96.2 TRLIS), de forma que cualquier regularización del régimen especial realizada al amparo de esta cláusula antiabuso se debe limitar a eliminar las ventajas fiscales pretendidas por el contribuyente con la operación de reestructuración, sin afectar (o, incluso, impedir) la consecución del objetivo principal de la Directiva. Considera que el art. 89.2 LIS es puramente aclaratorio de la normativa anterior relativa al régimen de neutralidad, y que de considerar esta Sala que, a diferencia del art. 11.1 a) de la Directiva, el art. 96.2 TRLIS no refleja el principio de proporcionalidad y que, en consecuencia, no es posible interpretar este precepto de acuerdo con dicho principio, en virtud del conocido "efecto directo de exclusión" (Sentencia del TJUE de 13 de julio de 1972, *Comisión c. Italia*, asunto C-48/71), procedería la inaplicación en estos casos de esta norma nacional, por resultar abiertamente contraria a la Directiva.

Considera, asimismo, y ahora en relación con la segunda cuestión planteada en el Auto de admisión, que ni el art. 11.1 a) de la Directiva, ni el art. 96.2 TRLIS, censuran la obtención de cualquier ventaja fiscal que resulte de la operación. Únicamente aquellas ventajas fiscales que se hayan obtenido o pretendido obtener mediante prácticas abusivas podrán determinar la inaplicación del régimen especial. Conectado con esto último, alega que la Administración identificó tres concretas ventajas fiscales que consideró obtenidas (o pretendidas) con abuso de derecho y cuya consecución habría motivado la operación: la bonificación en el IP, la reducción en

el ISD y la reducción de la tributación de los dividendos en el IRPF por aplicación de la deducción del art. 30 TRLIS. Entre esas tres ventajas fiscales no se encontraba el diferimiento de la tributación de las plusvalías latentes, que además considera que no encaja en el concepto de "ventaja fiscal" del art. 96.2 TRLIS, pues (i) la consecuencia del diferimiento es la neutralización fiscal respecto de la competencia, despejando los obstáculos fiscales impuestos por los Estados miembros a los contribuyentes, corrigiendo las irregularidades que se ponen de manifiesto con la operación; (ii) el diferimiento de la tributación de las plusvalías latentes no es más que un diferimiento, entendido como el aplazamiento de la carga tributaria asociada a unas plusvalías; (iii) no se puede apreciar el carácter abusivo del ahorro fiscal que implica.

Finalmente, en relación con la última de las cuestiones con interés casacional objetivo identificada por el Auto de admisión, considera, también en síntesis, que debe quedar sin respuesta pues la naturaleza jurídica de la exención prevista en el art. 21 TRLI no se suscitó durante la tramitación del procedimiento inspector, ni ante los órganos de revisión económico-administrativos, ni en sede judicial.

2. La pretensión que la parte recurrente deduce ante esta Sala es que se haga el siguiente pronunciamiento: *"en la cláusula antiabuso del art. 96.2 TRLIS [como transposición del art. 11.1 a) de la Directiva] se encuentra implícito el principio de proporcionalidad de las cláusulas antiabuso (ampliamente desarrollado por el TJUE) que determina que, una vez constatado que no concurren los requisitos necesarios para la aplicación del régimen de diferimiento, se deberá aplicar el régimen general del IS/IRPF, pero con modulaciones.*

En particular, estas modulaciones implican que la regularización deba consistir en la eliminación de las ventajas fiscales abusivas pretendidas, identificadas por la Administración como el motivo principal por el que se realizó la operación, y no en el rechazo automático del diferimiento de la tributación de las plusvalías latentes.

Y en línea con la respuesta ofrecida a la cuestión anterior, si se constata la no concurrencia de los requisitos necesarios para la aplicación del régimen especial, la regularización administrativa únicamente eliminará aquellas concretas ventajas fiscales que hayan sido identificadas como abusivas en relación con los tributos y periodos impositivos que fueron objeto de regularización, entre las que en ningún caso puede encontrarse el diferimiento de la tributación de las plusvalías latentes".

3. Sobre esta base, solicita que se dicte sentencia por la que se estime el recurso contencioso-administrativo 640/2018, acordando la nulidad radical de todos los actos administrativos confirmados por las resoluciones judiciales impugnadas (y, en particular, el Acuerdo de liquidación), así como la devolución de los ingresos indebidamente realizados a la recurrente por el concepto discutido, junto con los intereses de demora correspondientes.

QUINTO.-Oposición al recurso de casación.

1. La abogada del Estado, en la representación que le es propia, presentó escrito de oposición en el que alega, en síntesis, respecto de la primera cuestión de interés casacional, que la Directiva comunitaria dejaba en manos de los Estados miembros la posibilidad de negarse a aplicar total o parcialmente los beneficios que el régimen FEAC comporta. De ahí que, en un primer momento, el legislador español lo aplicó totalmente (artículo 96.2 TRLIS), para en un momento posterior (artículo 89.2 LIS) permitir su aplicación parcial. Por ello la Exposición de Motivos de la LIS destaca como una de sus novedades *«la inaplicación parcial del régimen y la circunscripción de las regularizaciones que pudieran efectuarse al ámbito de la ventaja fiscal obtenida en este tipo de operaciones»*. Lo que preveía el artículo 96.2 TRLIS, aplicable a este asunto *ratione temporis*, era precisamente la inaplicación total del régimen FEAC en caso de abusos de derecho. Cuando el Estado miembro ha optado por no aplicar totalmente el régimen FEAC en caso de abusos de derecho, ello no admite modulación alguna.

En lo que se refiere a la segunda cuestión de interés casacional, considera que la recurrente está confundiendo las ventajas fiscales identificadas con sus efectos y con el abuso que es objeto de corrección a través de la cláusula antiabuso; y que, en línea con la interpretación como la que efectúa el TEAC en las resoluciones de 2024 citadas en el auto de admisión, aunque la ventaja fiscal identificada sea la disponibilidad indirecta por la persona física de los beneficios generados por las sociedades operativas sin tributar (por aplicación del artículo 30 del TRLIS o del actual artículo 21 de la LIS), la corrección se centra en el abuso, entendiendo como tal la plusvalía diferida por la persona física en el momento en que se lleve a cabo la operación de reestructuración que se corresponde con la disponibilidad indirecta de beneficios de las operativas sin tributar a través de la entidad adquirente. Considera, asimismo que, si entendiéramos que el diferimiento nunca podría ser objeto de regularización, se vaciaría de contenido la cláusula antiabuso específica de la Directiva y su transposición en los artículos 96.2 TRLIS y 89 LIS en cuanto a uno de los dos efectos de la aplicación del régimen especial. De ser esto así, nunca resultaría posible la inaplicación total del régimen especial, pues uno de sus atributos sería, como señala el TEAC, un efecto fiscal blindado.

Y en cuanto a la última cuestión de interés casacional, sobre la consideración del artículo 21 TRLIS como ventaja fiscal, entiende que no debería quedar fuera del presente recurso de casación, si bien tendría que redirigirse el debate al artículo 30 TRLIS.

2. En base a todo ello, la abogacía del Estado sostiene que las cuestiones de interés casacional merecen la siguiente respuesta: 1) Al haber optado el legislador español en el artículo 96.2 TRLIS por la inaplicación total del régimen FEAC en caso de abuso del derecho no cabe modular dicha inaplicación total acudiendo al principio de proporcionalidad. 2) La consecuencia de la aplicación de la cláusula antiabuso prevista en su artículo 96.2 TRLIS (por haber apreciado que la operación acogida al régimen especial FEAC tenía como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal) es la que contempla de modo claro el precepto: *"no se aplicará el régimen"*, lo que sólo puede suponer la inaplicación total del régimen especial, debiendo acudir a las reglas generales del impuesto. 3) No resulta legalmente posible no aplicar el artículo 30 TRLIS, pues el mismo no depende de la aplicación o no del régimen especial de reestructuraciones.

Para terminar solicitando, que se dicte sentencia que desestime el recurso, y confirme la sentencia recurrida.

SEXTO.-Señalamiento para deliberación, votación y fallo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 92.6 de la LJCA, y considerando innecesaria la celebración de vista pública, mediante providencia de fecha 3 de julio de 2025 quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

Mediante providencia de fecha 22 de mayo de 2026 se designó magistrada ponente a la Excm. Sra. D.^a María Dolores Rivera Frade, y se señaló para la deliberación votación y fallo del presente recurso el día 23 de junio de 2026, fecha en la que comenzó la deliberación, continuando el día 14 de julio, último día en que, efectivamente, se deliberó, votó y falló, con el resultado que seguidamente se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Objeto del recurso de casación.

El objeto de este recurso de casación consiste, desde la perspectiva del interés casacional objetivo para formar jurisprudencia, en:

1.1. Determinar si en la cláusula antiabuso del art. 96.2 TRLIS está implícito un principio de proporcionalidad que permita una vez constatado que no concurren de los requisitos necesarios para la aplicación del régimen especial establecido en el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS aplicar el régimen general del impuesto sobre sociedades pero con modulaciones considerando que las ganancias patrimoniales derivadas de la aportación no dineraria realizada en la constitución de esa sociedad deban someterse a tributación por el concepto de IRPF gozando del beneficio de diferimiento que aquel régimen fiscal especial de diferimiento de Fusiones, Escisiones, Aportaciones y Canje de Valores prevé.

1.2. Para el caso de responder en sentido afirmativo a la primera cuestión, aclarar si el principio de proporcionalidad que delimita la cláusula antiabuso del art. 96.2 TRLIS exige que, una vez constatada la no concurrencia de los requisitos necesarios para la aplicación del régimen especial establecido en el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS la regularización de la Administración puede consistir en rechazar el beneficio del diferimiento haciendo tributar al contribuyente por las plusvalías latentes derivadas de la operación.

1.3. En caso de responder en sentido afirmativo a la segunda cuestión, determinar si la exención prevista en el art. 21 TRLIS para evitar la doble imposición sobre dividendos puede considerarse una ventaja fiscal.

SEGUNDO.-Hechos relevantes para la resolución del recurso.

Para responder a la cuestión de interés casacional conviene tener presente los hechos de los que da cuenta el FD 2º del auto de admisión, los cuales permiten delimitar el marco fáctico en el que se debe ofrecer una respuesta a la cuestión planteada.

1. Constitución de la sociedad Santo Mouro Inversiones Siglo XXI, S.L.

Los cónyuges D.^a Caridad y D. Pedro Francisco junto a sus dos hijas, D.^a Sabina y D.^a Gracia, constituyeron el 20 de diciembre de 2006 la sociedad SANTO MOURO INVERSIONES SIGLO XXI, S.L. (Santo Mouro, en adelante) mediante la aportación de acciones y participaciones por valor superior a los 52.000.000 € por parte de los esposos, más 3.000 € en efectivo de cada hija.

Dicha constitución se realizó justo después de promulgarse la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas y días antes de su entrada en vigor.

La sociedad Santo Mouro se acogió a los beneficios fiscales del régimen especial de diferimiento de Fusiones, Escisiones, Aportaciones y Canje de Valores (FEAC). En concreto, la sociedad se constituyó con un capital social de 52.882.652 €, dividido en 52.882.652 participaciones sociales de un euro de valor nominal que fue suscrito del siguiente modo, de acuerdo con la escritura pública de constitución:

- a) D.^a Caridad suscribió con carácter privativo 2.023.520 participaciones, a través de la aportación de 160.000 acciones de la sociedad DIRECCION000 . valoradas en 2.023.520,00 €.
- b) D.^a Caridad y su esposo D. Pedro Francisco suscriben 50.853.132 participaciones, aportando para ello 359.315 acciones de la sociedad BIPADOSA, SA valoradas en 49.211.782,00 €, y 359.315 participaciones de la sociedad BIPADOSA DISTRIBUCIÓN Y TRANSFORMACIÓN, SL valoradas en 1.641.350,00 €.
- c) D.^a Gracia y D.^a Sabina suscriben cada una 3.000 participaciones y aportan 3.000 € en efectivo, también cada una.

Dos días después de su constitución la sociedad Santo Mouro contrató con D.^a Gracia y D.^a Sabina la prestación de servicios profesionales remunerados con 950 €/mes más gastos, que son satisfechos en todo caso, con independencia de la existencia o no de inversiones por parte de Santo Mouro, y sin necesidad de intervenir en ningún tipo de contrato o negocio jurídico.

2º.- Autoliquidación por el concepto de IRPF.

Dentro del plazo reglamentario, la ahora recurrente presentó su autoliquidación del IRPF correspondiente al ejercicio 2006, de la que resultaba una cuota a ingresar de 117.670,92 €.

La Entidad Santo Mouro, que fue constituida el día 20 de diciembre de 2006, percibió el día 27 de diciembre de 2006, la cantidad de 821.939 € (retención 123.290,86 €), en concepto de dividendo extraordinario repartido por Bipadosa. Con anterioridad a ese reparto extraordinario, y a la constitución de Santo Mouro, D.^a Caridad había percibido en el ejercicio 2006 un importe de 123.290,86 € (retención 14.440,14 €) en concepto de dividendo ordinario de Bipadosa (acordado el 8 de junio de 2006), que incluyó en su declaración de IRPF.

Con la interposición de Santo Mouro, en el esquema de reparto del dividendo, ésta obtuvo la devolución íntegra de los 123.290,86 €, de la retención practicada, por aplicación de la deducción por doble imposición de dividendos en sede de la persona jurídica y la persona física tiene un ahorro fiscal de ese ejercicio de 189.046 €.

En el ejercicio 2007, el pago de dividendos de Bipadosa a Santo Mouro por importe de 1.463.880,07 €, sin retención, quedó sin tributación efectiva por aplicación de la deducción por doble imposición de dividendos. Si esos dividendos los hubiesen percibido directamente las personas físicas la tributación efectiva hubiese sido de 263.498 €.

No se consignó en dicha declaración ganancia patrimonial alguna que derivase de la aportación no dineraria realizada en la constitución de la sociedad Santo Mouro al considerar aplicable el régimen fiscal especial contemplado en el capítulo VIII Título VII del TRLIS, normativa vigente en el momento en el que se llevó a cabo la constitución de la mercantil.

3º.- Acuerdo de Liquidación.

El 22 de marzo de 2011 se notificó a la contribuyente el comienzo de las actuaciones inspectoras en relación con el IRPF correspondiente a los ejercicios 2006 y 2007.

El 4 de abril de 2012 el Inspector Regional de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en la Coruña dictó acuerdo de liquidación provisional por el concepto tributario del IRPF correspondiente al ejercicio 2006.

Dicho acuerdo concluyó que, de la comprobación tributaria efectuada en ese procedimiento y en los demás procedimientos de inspección conexos que habían sido incorporados al expediente y regularizados simultáneamente, la constitución en diciembre de 2006 por los cuatro miembros de la familia Caridad - Pedro Francisco de la sociedad Santo Mouro mediante la aportación no dineraria especial de acciones y participaciones sociales no cumplía los requisitos necesarios para acogerse a los beneficios fiscales del régimen FEAC.

Ese incumplimiento consistía en que: (i) no se cumplían la condición de la participación mínima del 5% en las sociedades de las que se aportan títulos; y (ii) no se cumplía el requisito fundamental de que la operación obedeciera a motivos económicos válidos.

En consecuencia, consideró que las plusvalías puestas de manifiesto en la operación debían someterse al IRPF en los aportantes sin gozar del beneficio de diferimiento que aquel régimen fiscal FEAC supone.

En el acuerdo de liquidación se indica que:

«[...] La constitución de la sociedad Santo Mouro Inversiones Siglo XXI SL se realiza justo después de promulgarse 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 y días antes de su entrada en vigor. Esta modificación en el Impuesto sobre Sociedades, entre otros cambios, vino a extinguir el régimen de las Sociedades Patrimoniales que, a las sociedades con las características de la que nos ocupa, las hacía tributar al tipo del 40% (que con las deducciones por doble imposición de IRPF aplicables quedaba en un 16% del dividendo íntegro); la extinción del régimen supone su tributación ordinaria que, al mantener la deducción por doble imposición de dividendos del 100% de la parte de cuota íntegra que generen, pasa a resultar nula tributación de tales rentas. La participación de las hijas del matrimonio en la constitución de la sociedad con una aportación en metálico de 3.000 € cada una solo tiene sentido en una intención de forzar la exención en I.s./Patrimonio de las participaciones en Santo Mouro de los padres (y de la bonificación en I.s./Sucesiones y Donaciones a un futuro, lejano éste pero expresamente mencionado en la motivación aportada al hablar allí del "relevo generacional"). Para ello se trata de atribuir a las hijas una retribución que cumpla los requisitos del artículo 4.Ocho.Dos de la Ley de I.s./Patrimonio, especialmente la de Gracia al indicar en su contrato las funciones de "Dirección administrativa y financiera, atendiendo particularmente al control de tesorería, coordinación con los proveedores de la sociedad." Como se puede deducir de las pruebas aportadas para justificar la realidad de esta función, se trata de un artificio documental: La sociedad no necesita de Dirección Administrativa o financiera añadida a la completa gestión que realiza Contanor y el Bufete Barrilero porque no tiene más objeto real que custodiar el patrimonio y ahí remansarlo; las facturas profesionales de las hijas no concretan la más mínima realidad de algún servicio -y menos aun continuado en los años-; las manifestaciones de éstas en sus comparecencias también revelan el vacío de esa supuesta actividad profesional; los documentos de terceros que apoyan la participación de Gracia en esa Dirección Financiera los certifican tres personas: *la propia Bufete Barrilero que dice tener con ella reuniones periódicas de asesoramiento jurídico; *la propia empresa que lleva la contabilidad, Contanor, que también tiene reuniones periódicas; *y un representante de la oficina del Banco Pastor en Freixeiro (Narón) que dice haber hecho con Gracia las actuaciones comerciales ofreciéndole productos de activo y pasivo. Aparte de la poca concreción de esos escritos, de las dos primeras solo hay que recordar que cobran honorarios de Santo Mouro y de la del banco solo hay que recordar que Gracia no tiene siquiera autorización a las cuentas bancarias de la sociedad. En el fondo, los verdaderos motivos de la operación son tres, todos ellos netamente fiscales:

1. Reducir la tributación de los dividendos percibidos de las participaciones aportadas (...)
2. Reducir la tributación en Impuesto sobre Patrimonio.
3. Reducir la tributación futura en I.s. Sucesiones y Donaciones».

Contra la mencionada resolución se interpuso recurso de reposición que fue desestimado por resolución de 15 de febrero de 2013.

4º.- Interposición de reclamación económico-administrativa.

Contra la desestimación del recurso de reposición D.^a Caridad interpuso reclamación económico-administrativa NUM000 ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia.

El 25 de septiembre de 2014 el Tribunal Regional dictó resolución por la que estimó parcialmente la reclamación anulando la liquidación practicada ordenando a la Inspección la práctica de una nueva liquidación en la que se considerara la privatividad de parte de las acciones aportadas por D.^a Sabina en la constitución de la Sociedad.

5º.- Interposición de recurso de alzada ordinario.

El 28 de noviembre de 2014, D.^a Caridad presentó recurso de alzada ordinario núm. 272/2015 ante el Tribunal Central.

El 5 de abril de 2018, el Tribunal Central dictó resolución por la que desestimó el recurso de alzada.

6º.- Interposición del recurso contencioso-administrativo.

D.^a Caridad interpuso recurso contencioso-administrativo contra la mencionada resolución, que se tramitó con el núm. 640/2018 ante la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

La *ratio decidendi* sobre la aplicación del principio de proporcionalidad se contiene en el FD Tercero *in fine* del auto de complemento de 7 de marzo de 2023, que es del siguiente tenor literal:

«En este mismo sentido, si la operación de aportación no estaba fundada en motivos económicos válidos y no podía legalmente someterse al régimen especial FEAC, se infiere que tendría la obtención de una ventaja

fiscal, fuese directa o meramente derivada del aplazamiento o diferimiento en la tributación; afirmando el TSJ de Galicia, lo que esta Sala ha asumido, que "Por ello, aunque se niegue en el escrito de demanda la motivación fiscal, esta debe inferirse de la ausencia de motivos económicos válidos pues se reduce la carga impositiva de los dividendos percibidos, la del Impuesto sobre el Patrimonio y en un futuro, el de sucesión y donaciones".

Y de esta manera, si como hemos dicho no existen motivos económicos válidos, no se compadece con ello la aplicación de aplicar parcialmente el principio de proporcionalidad, ya que la forma correcta de regularizar la ventaja que se pretende obtener es sometiendo la aportación al régimen general; sucediendo además que el principio de proporcionalidad se utiliza más bien como un argumento para tratar de justificar la ausencia de ventaja fiscal».

Añadiendo en el FD Undécimo *in fine* que:

«Por ello, aunque se niegue en el escrito de demanda la motivación fiscal, esta debe inferirse de la ausencia de motivos económicos válidos pues se reduce la carga impositiva de los dividendos percibidos, la del Impuesto sobre el Patrimonio y en un futuro, el de sucesiones y donaciones.

Por todo ello, debemos concluir que el régimen especial de FEAC no resulta aplicable a la sociedad actora».

La citada sentencia, y el auto que rechazó su complemento, constituyen el objeto del presente recurso de casación.

TERCERO.-Marco normativo.

1.Conforme a lo que se indica en el auto de admisión, la normativa que debe ser interpretada por esta Sala viene constituida, en primer lugar, por el artículo 21 del TRLIS «Exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español», según el cual:

«1. Estarán exentos los dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes en territorio español, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad no residente sea, al menos, del cinco por ciento.

La participación correspondiente se deberá poseer de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo. Para el cómputo del plazo se tendrá también en cuenta el período en que la participación haya sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades que reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades.

b) Que la entidad participada haya estado gravada por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten o en los que se participa.

A estos efectos, se tendrán en cuenta aquellos tributos extranjeros que hayan tenido por finalidad la imposición de la renta obtenida por la entidad participada, siquiera sea parcialmente, con independencia de que el objeto del tributo lo constituya la propia renta, los ingresos o cualquier otro elemento indicativo de aquélla.

Se considerará cumplido este requisito, cuando la entidad participada sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información.

En ningún caso se aplicará lo dispuesto en este artículo cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, excepto que resida en un Estado miembro de la Unión Europea y el sujeto pasivo acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades empresariales.

c) Que los beneficios que se reparten o en los que se participa procedan de la realización de actividades empresariales en el extranjero».

2.También será preciso interpretar el artículo 96.2 TRLIS, que señala:

«[...] 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 los términos previstos en los artículos 88 y 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, los interesados podrán formular consultas a la Administración tributaria sobre la aplicación y cumplimiento de este

requisito en operaciones concretas, cuya contestación tendrá carácter vinculante para la aplicación del régimen especial del presente capítulo en éste y cualesquiera otros tributos».

El texto del artículo 89.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), difiere de la regulación anterior al contemplar expresamente la posibilidad de que las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial. Este precepto dispone que:

«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».

3. Por último, el artículo 11 de la Directiva 90/434/CEE, del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembro, ya establecía desde el año 1990 la posibilidad de aplicación total o parcial del régimen FEAC al establecer que:

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

a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1 no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal;

b) tenga por resultado que una sociedad, que participe o no en la operación, ya no reúna las condiciones necesarias para la representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad según las modalidades aplicables antes de la operación en cuestión».

En igual sentido se pronuncia actualmente el artículo 15.1 a) de la Directiva 2009/133/CEE, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro, que reza de la siguiente manera:

«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;

b) tenga por resultado que una sociedad, que participe o no en la operación, ya no reúna las condiciones necesarias para la representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad según las modalidades aplicables antes de la operación en cuestión».

CUARTO.-El criterio de la Sala. Consideraciones preliminares.

1. En el análisis de las cuestiones que se someten a debate en esta casación hemos de partir de un dato que no resulta controvertido, la inexistencia de motivos económicos válidos de la operación objeto de regularización tributaria. El examen de la concurrencia de motivos económicos válidos en la constitución de la sociedad *holding* Santo Mouro, mediante aportaciones no dinerarias con acogimiento al Régimen Fiscal Especial FEAC previsto en el artículo 94 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), se ha realizado tanto en sede del Impuesto sobre Sociedades (IS), dando lugar a una sentencia desestimatoria dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Galicia de fecha 28 de octubre de 2015 (recurso núm. 15638/2014), como en sede del IRPF de la socia aquí recurrente (IRPF 2006), en la sentencia objeto del presente recurso de casación.



Ante la Sala de la Audiencia Nacional no prosperó la tesis que sostenía el TEAC según la cual, el análisis del cumplimiento de los requisitos para aplicar el régimen FEAC debía dilucidarse en sede del IS de Santo Mouro, de suerte que la actuación inspectora practicada a los socios debía ceñirse a determinar correctamente las ganancias patrimoniales generadas conforme al régimen general de las ganancias patrimoniales previsto en el art. 31 y ss. de la LIRPF. Es así como en ambas sentencias, la dictada por la Sala de Galicia, y la dictada por la Sala de la Audiencia Nacional, entraron a valorar si concurrían motivos económicos válidos en la operación, descartando la segunda de ellas la existencia de cosa juzgada en relación con la sentencia dictada por la Sala de Galicia. En apoyo de esta decisión la SAN razona que entre el presente proceso y el sustanciado ante la Sala gallega no concurre la triple identidad de sujetos, objetos y causa de pedir.

2.La inexistencia de cosa juzgada no ha impedido a la Audiencia Nacional llegar al mismo resultado desestimatorio del recurso contencioso-administrativo, en este caso, dirigido frente a la liquidación del IRPF 2006 de la socia, compartiendo aquel órgano judicial los fundamentos que sirvieron de soporte jurídico a la sentencia desestimatoria dictada por la Sala homónima del TSJ de Galicia.

La sentencia de la Sala de Galicia comienza precisando que:

«[l]a sociedad "Santo Mouro Inversiones Siglo XXI, S.L.", se constituye en fecha 20 de Diciembre de 2006, con aportaciones no dinerarias que se pueden agrupar en tres bloques: Uno principal (supone más del 93% de lo aportado) que son las acciones de la sociedad BIPADOSA que representan el 8,3% del capital de esta última y que, como tienen carácter ganancial para la inspección, no se cumpliría que cada aportante -cada cónyuge en este caso- participe en al menos un 5%. Un segundo bloque (supone el 3,1% de lo aportado) son las acciones de BIPADOSA DISTRIBUCIÓN Y TRANSFORMACIÓN las cuales, como provienen de una escisión de la anterior, participan de todos los extremos que afectan a las anteriores, tanto en cuanto a fechas de antigüedad, coparticipación de los esposos, como a insuficiencia de porcentaje. Un tercer bloque (supone el 3,8% de lo aportado) son las acciones de DIRECCION000 que representan un 6,67 % de su capital. Al contrario que las anteriores, este bloque se aportó como privativo de la esposa, con lo cual cumple el requisito del 5%».

Después de reconocer el carácter privativo (a favor de D.^a Caridad) de las acciones aportadas de las sociedades "Bipadosa" y de "Bipadosa Distribución y Transformación", la Sala de Galicia concluyó que el régimen especial FEAC no resultaba aplicable a la operación de reestructuración empresarial que había consistido en la creación de una sociedad *holding*(Santo Mouro) a través de aportaciones no dinerarias; concretamente, de la aportación de acciones en sociedades operativas (Bipadosa, Bipadosa Distribución y Transformación, y DIRECCION000), concluyendo la Sala de Galicia que el régimen especial FEAC no resultaba aplicable a esta operación al no perseguir un motivo económico válido.

«En definitiva,-finaliza la sentencia- desde la perspectiva analizada, carece de sentido la reestructuración accionarial realizada pues no se aportan todas las acciones del grupo familiar, sólo las de titularidad de doña Caridad , que además también tiene participaciones en otras sociedades que deja al margen, por lo que la unidad de criterio, gestión... ya estaba garantizada con su titularidad exclusiva; si se pretendía una "gestión unitaria" del patrimonio y una "optimización de los recursos financieros" generados por la propiedad no tiene sentido dejar fuera las participaciones en las siete instituciones de inversión colectiva de (...), ni su participación en Banco Pastor Banca Privada. Tampoco se entiende desde el prisma económico un relevo generacional sin asunción de mínimas funciones en las empresas troncales. Por ello, aunque se niegue en el escrito de demanda la motivación fiscal, esta debe inferirse de la ausencia de motivos económicos válidos pues se reduce la carga impositiva de los dividendos percibidos, la del Impuesto sobre el Patrimonio y en un futuro, el de sucesiones y donaciones».

De tal manera, el análisis de la existencia o no de motivos económicos válidos en la operación queda al margen de la presente casación.

3.El debate casacional debe de quedar circunscrito, como pide el auto de admisión, al análisis del principio de proporcionalidad que, según el parecer de la parte recurrente, debería de haberse aplicado en la regularización practicada, con las consecuencias que de ello dimanara. Y al análisis de si entre esas consecuencias tiene cabida la eliminación del diferimiento de las plusvalías latentes derivadas de la operación litigiosa.

En el procedimiento seguido ante la Sala de Galicia y, por tanto, en sede del IS, no se planteó la aplicación del principio de proporcionalidad. Sí lo ha hecho la socia aquí recurrente en sede de IRPF ante la Sala de la Audiencia Nacional. Al no obtener una respuesta explícita en la sentencia dictada por este órgano judicial, solicitó que se complementase en este extremo; solicitud que fue resuelta en el auto de 7 de marzo de 2023, según el cual la desestimación de los argumentos de defensa de la aplicación del principio de proporcionalidad podía inferirse del conjunto de los fundamentos jurídicos de la sentencia; para añadir lo siguiente:

«En este mismo sentido, si la operación de aportación no estaba fundada en motivos económicos válidos y no podía legalmente someterse al régimen especial FEAC, se infiere que tendría la obtención de una ventaja

fiscal, fuese directa o meramente derivada del aplazamiento o diferimiento en la tributación; afirmando el TSJ de Galicia, lo que esta Sala ha asumido, que "por ello, aunque se niegue en el escrito de demanda la motivación fiscal, esta debe inferirse de la ausencia de motivos económicos válidos pues se reduce la carga impositiva de los dividendos percibidos, la del Impuesto sobre el Patrimonio, y en un futuro, el de sucesión y donaciones".

Y de esta manera, si como hemos dicho no existen motivos económicos válidos, no se compadece con ello la aplicación de aplicar parcialmente el principio de proporcionalidad, ya que la forma correcta de regularizar la ventaja que se pretende obtener es sometiendo la aportación al régimen general; sucediendo además que el principio de proporcionalidad se utiliza más bien como un argumento para tratar de justificar la ausencia de ventaja fiscal».

4. Sobre esta base la parte actora invoca la aplicación del principio de proporcionalidad que, a su juicio, debería de haberse aplicado en la regularización practicada dando lugar únicamente, a la eliminación de las ventajas fiscales abusivas supuestamente pretendidas que fueron identificadas por la propia Administración en el acuerdo de liquidación, entre las que, también a su juicio, en ningún caso puede encontrarse el diferimiento de la tributación de las plusvalías latentes.

Esta es la verdadera pretensión ejercitada por la actora, cuya estimación conllevaría el reconocimiento a su favor del derecho a obtener la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas por tal concepto, junto con los correspondientes intereses de demora. Así lo solicita expresamente en el suplico del escrito de interposición del recurso de casación, cuya pretensión está encaminada a que se declare que la regularización del régimen diferimiento, en su caso, debió de limitarse única y exclusivamente a corregir las ventajas fiscales identificadas como abusivas por la Administración en el acuerdo liquidatorio.

En el apartado de esta sentencia destinado a reflejar los hechos relevantes (FD 2º) se deja constancia de que en la autoliquidación del IRPF 2006 la Sra. Caridad no consignó ganancia patrimonial alguna que derivase de las aportaciones no dinerarias realizadas en la constitución de la sociedad Santo Mouro, y que, con la interposición de esta sociedad, en el esquema de reparto del dividendo, esta obtuvo la devolución íntegra de los 123.290,86 € de la retención practicada, por aplicación de la deducción por doble imposición de dividendos en sede de la persona jurídica. Y la persona física obtuvo un ahorro fiscal en ese ejercicio de 189.046 €. En el ejercicio 2007, el pago de dividendos de Bipadosa a Santo Mouro por importe de 1.463.880,07 €, sin retención, quedó sin tributación efectiva por aplicación de la deducción por doble imposición de dividendos. Si estos dividendos los hubiese percibido directamente la persona física la tributación efectiva hubiese sido de 263.498 €.

Pero más allá de la realidad de estos datos, corresponde analizar si son suficientes para eliminar de manera total la aplicación del régimen especial FEAC, proyectado en el ámbito del IRPF de la socia; y en particular, si son suficientes para eliminar de forma automática el diferimiento de la tributación previsto en este régimen especial.

5. Los argumentos que sustentan la pretensión encaminada a la aplicación del principio de proporcionalidad se exponen y desarrollan en el escrito de interposición del recurso siguiendo un orden que nos permite agrupar tales argumentos de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se alega la vulneración del principio de proporcionalidad y de la jurisprudencia del TJUE que la desarrolla, con infracción del artículo 96.2 del TRLIS, y del artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434. 2. En segundo lugar, se alega que la aplicación de este principio implica que únicamente se eliminen las ventajas fiscalmente pretendidas de forma abusiva por el contribuyente. 3. En tercer lugar, la parte recurrente interesa que no se considere como ventaja fiscal abusiva el diferimiento de la tributación previsto en el régimen de FEAC, o al menos, que no se considere como una de las ventajas fiscalmente abusivas identificadas en el acto administrativo que practicó la regularización.

QUINTO.-Respuesta a la primera cuestión de interés casacional.

I. Sobre el principio de proporcionalidad y el artículo 96.2 TRLIS. Interpretación conforme con el Derecho de la Unión Europea.

1. La norma aquí aplicable *ratione temporis* es el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), sustituida por la vigente Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), que derogó todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en ella.

El artículo 96.2 TRLIS, establecía lo siguiente:

«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».



Nos encontramos ante una cláusula antiabuso que tiene su fundamento en la prohibición general del abuso del derecho, la cual, como ha señalado el TJUE en las sentencias de 26 de febrero de 2019 (recurso: C-116/16, ECLI:EU:C:2019:135, y Recurso: C-115/16, ECLI:EU:C:2019:134) «*constituye un principio general del Derecho de la Unión que se aplica independientemente de si los derechos y ventajas objeto de abuso encuentran su fundamento en los Tratados, en un reglamento o en una directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2017, Cussens y otros, C-251/16, EU:C:2017:881, apartados 30 y 31). 76 De ello se sigue que el principio general de prohibición de prácticas abusivas debe oponerse a una persona que invoca determinadas normas del Derecho de la Unión que establecen una ventaja si la aplicación que pretende de tales normas es incongruente con los objetivos para los que se adoptaron*».

Se trata de una cláusula antiabuso que, en palabras de la sentencia de esta Sala de 31 de marzo de 2021 (recurso 5886/2019, ECLI:ES:TS:2021:1258), opera como *lex specialis* directamente derivado del DUE; o, en palabras de la sentencia de esta Sala de 23 de noviembre de 2016 (recurso 3742/2015, ECLI:ES:TS:2016:5177) «*[n]o equivale al fraude de ley tributaria del artículo 24 de la Ley General Tributaria de 1963, entroncando más bien en nuestro derecho interno con el artículo 7.2 del Título Preliminar del Código Civil, que prohíbe el abuso del derecho y su ejercicio antisocial (figura diferenciada y distinta del fraude de ley que regula en su artículo 6.4), puesto que, como ha dicho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 10 de noviembre de 2011, Foggia, (asunto C-126/10, apartado 50), «el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, refleja el principio general del Derecho de la Unión según el cual está prohibido el abuso de derecho. 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 dicho Derecho». Al razonar así, el Tribunal de Justicia se apoyaba en los precedentes constituidos por las sentencias de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, apartado 24), 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (C-255/02, apartados 68 y 69), y 5 de julio de 2007 (45), Kofoed (C-321/05, apartado 38)]*».

2. Por tanto, la cláusula antiabuso del art. 96.2 TRLIS es aplicable, únicamente, cuando con la operación se persiga 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 (STJUE de 10 de noviembre de 2011, Asunto C-126/10. Caso *Foggia-SGPS contra Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*).

Pero ya podemos adelantar que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, sentencia de 16 de noviembre de 2022 (recurso 89/2018, ECLI:ES:TS:2022:4154), 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. Lo determinante viene a ser la finalidad elusiva o evasiva, no si concurre un motivo económico válido, puesto que este se configura como hecho base de una presunción cuya consecuencia es la finalidad fraudulenta prohibida, sin que la obtención de una ventaja fiscal pueda determinar, por sí, la suerte de la calificación de la operación. Obtener una ventaja fiscal cuando esta no es el objetivo principal de la operación, no la convierte, *per se*, en ilegítima, pues obtener una ventaja fiscal en modo alguno resulta incompatible con el régimen de neutralidad fiscal.

3. Así como el artículo 89 LIS, al regular la aplicación del régimen FEAC, en su apartado 2 establece -coincidentemente con lo que establecía el apartado 2, primer párrafo, del artículo 96.2 TRLIS-, que *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*, añade un último párrafo, del siguiente tenor: *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*».

Este añadido se introdujo en la LIS 2014, en cuyo preámbulo se apela a la necesidad de adaptar los regímenes especiales al Ordenamiento comunitario; Ordenamiento jurídico al que pertenece la Directiva 90/434/CEE, del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, del que vamos a transcribir de nuevo el artículo 11.1:

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

participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal ».

4. En este orden de cosas, conviene recordar la postura de las partes en este procedimiento. Mientras que la parte recurrente alega que el principio de proporcionalidad se encuentra implícito en el art. 11.1 a) de la Directiva 90/434 (y también en el art. 96.2 TRLIS), de forma que cualquier regularización del régimen especial realizada al amparo de esta cláusula antiabuso se debe limitar a eliminar las ventajas fiscales pretendidas por el contribuyente con la operación de reestructuración, sin afectar (o, incluso, impedir) la consecución del objetivo principal de la Directiva (i.e. evitar que la fiscalidad de estas operaciones pueda suponer un obstáculo a su realización), la abogada del Estado sostiene que de las citadas normas podemos extraer una primera conclusión, y es que la Directiva comunitaria dejaba en manos de los Estados miembros la posibilidad de negarse a aplicar total o parcialmente los beneficios que el régimen FEAC comporta. De ahí que, en un primer momento, el legislador español lo aplicó totalmente (artículo 96.2 TRLIS), para en un momento posterior (artículo 89.2 LIS) permitir su aplicación parcial.

5. Lo que está claro es que el art. 11.1 a) de la Directiva 90/434, así como el art. 96.2 TRLIS, y ahora el vigente art. 89.2 LIS, recogen una cláusula antiabuso que tiene por finalidad, como resulta del primer Considerando de la Directiva, establecer normas fiscales neutras respecto a la competencia con el fin de permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado común, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional. En el mismo Considerando la Directiva señala que las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros no deben verse obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros. El único supuesto en el que los Estados miembros pueden denegar la aplicación de la Directiva, según su artículo 11, y según su último Considerando (9º), se produce cuando la operación contemplada tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal (STJUE 17 de julio de 1997 *Leur-Bloem* ECLI:EU:C:1997:369 , apartado 45).

La sentencia de esta Sala de 16 de noviembre de 2022 (recurso 89/2018), destaca que el principal objetivo de la Directiva ha sido crear en la Comunidad condiciones análogas a las de un mercado interior, y garantizar así el establecimiento y el buen funcionamiento del mercado común, por lo que dichas operaciones no deben verse obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros.

6. En el presente caso no puede extrañarse que el art. 96.2 TRLIS se haya aplicado a operaciones puramente internas, pues así se hace desde que la Ley 29/1991 estableció un régimen tributario único para las operaciones realizadas entre entidades residentes en territorio español, y las que se realizan entre entidades residentes en diferentes Estados miembros de la Comunidad Económica Europea. Esta opción del legislador ha sido respaldada por el TJUE (sentencias de 17 de julio de 1997, *Leur-Bloem*, C-28/95 ; de 15 de enero de 2002, *Andersen og Jensen*, C-43/00 ; y de 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg*, C-352/08). La aplicación del mismo régimen jurídico a unas y a otras operaciones busca alcanzar el mismo objetivo, especialmente, evitar la aparición de discriminaciones en contra de los propios nacionales o de eventuales distorsiones de la competencia.

7. Dicho lo anterior, y adentrándonos en el núcleo del debate, la respuesta a las cuestiones de interés casacional, comenzando por la primera de ellas, debe de realizarse a la luz de la jurisprudencia comunitaria emanada del TJUE, máximo intérprete del Derecho de la Unión Europea (DUE), y órgano encargado de garantizar que el DUE se aplique e interprete de manera uniforme en todos los Estados miembros. El TJUE en la sentencia de 10 de noviembre de 2011 (recurso: C-126/10 *Foggia*) señala que, con arreglo al artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, los Estados miembros pueden negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de esta Directiva o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación -en aquel caso de canje de acciones- tenga, en particular, como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal (apartado 33); texto que vino a reproducir la sentencia de 8 de marzo de 2017 (*Euro Park Service*, C-14/16 , ECLI:EU:C:2017:177, apartados 22 a 24).

En la sentencia anterior, de 17 de julio de 1997, *Leur-Bloem*, C-28/95 (ECLI:EU:C:1997:369) el TJUE se pronunció en los siguientes términos:

«38 (...) procede señalar que la letra a) del apartado 1 del artículo 11 autoriza a los Estados miembros a no aplicar en todo o en parte las disposiciones de la Directiva, incluidas las ventajas fiscales a que se refiere el procedimiento principal, o a denegar el disfrute de las mismas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones tenga como objetivo principal o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal.

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 reestructuración 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 los 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».

8. Del contenido de las citadas sentencias la abogada del Estado extrae tres consecuencias: primera, que los Estados miembros pueden optar por no aplicar totalmente el régimen FEAC en caso de abusos de derecho; segunda, que esto es lo que ha hecho el legislador nacional en el artículo 96.2 TRLIS; y tercera, que, de ser así, la denegación del régimen FEAC no admite modulación alguna.

Sin embargo, ni de los pasajes de las sentencias del TJUE ni del texto del art. 96.2 TRLIS se pueden extraer tales consecuencias. Ninguna de las sentencias del TJUE que hemos citado resuelven litigios en los que suscite una posible aplicación parcial del régimen FEAC. En ellas se alude a otros principios o criterios que deben inspirar tanto la labor legislativa como la actuación de la Administración tributaria en esta materia, pues, por una parte, cuando la sentencia de 8 de marzo de 2017 (Asunto C-14/16, *Euro Park Service*), señala que el art. 11.1 de la Directiva no establece una norma antiabuso armonizada sino que habilita a los Estados miembros, respetando el principio de proporcionalidad, a establecer las normas precisas para evitar el fraude o la evasión fiscal en relación con las operaciones cubiertas por la Directiva 90/434, ya está condicionando ese cometido, obligando a los Estados miembros a respetar el principio cuya aplicación reclama la actora.

Por otra parte, cuando el TJUE en la sentencia de 20 de mayo de 2020 (*Modehuis*, C-352/08, ECLI: EU:C:2010:282) dice que el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, establece una excepción a las normas fiscales que recoge, que debe interpretarse de manera estricta y teniendo en cuenta su tenor, su finalidad y el contexto en el que se inscribe, está obligando a la Administración tributaria a aplicar estas normas descartando todo lo que suponga un obstáculo para conseguir esa finalidad, que se traduce, en definitiva, en la neutralidad fiscal.

9. Estas reglas y principios son los que deben de inspirar la labor hermenéutica del art. 96.2 TRLIS. El análisis de sus antecedentes ya nos proporciona datos que ayudan a su correcta interpretación.

El régimen FEAC estaba regulado originariamente en la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, derogada por la Ley 29/1991, de 16 de diciembre. Esta ley (Ley 29/1991), se promulgó para adaptar el régimen fiscal español de fusiones y escisiones a las directivas comunitarias, modificando sustancialmente el tratamiento de este tipo de operaciones. En su exposición de motivos, la ley destaca la relevancia fiscal de las operaciones económicas de concentración y reestructuración de empresas, así como el principio básico al que responde este régimen tributario: la neutralidad. El principio de neutralidad ha justificado la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 90/434. La ley 29/1991 aclara que su regulación no estimula la realización de las operaciones antedichas, pero tampoco las obstaculiza, porque su ejecución no origina carga tributaria alguna, ni otro beneficio fiscal que el consistente en el diferimiento de aquélla. De esta manera, la neutralidad se alcanzaba a través de dos técnicas tributarias: a) No integración en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, que grava a las entidades transmitentes, de los incrementos y disminuciones de patrimonio correspondientes a los bienes transmitidos. b) Las entidades adquirentes deben valorar los elementos recibidos, a efectos fiscales, por el importe que tenían con anterioridad a la realización de la transmisión.

El artículo 16.2 (aplicación del régimen fiscal), establecía lo siguiente:

«Cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo 1.º, se proba que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen tributario establecido en el presente Título y se procederá por la Administración a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos, con las correspondientes sanciones e intereses de demora».

Este texto pasó prácticamente al art. 110.2 de la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades. Pero fue modificado en el art. 96.2 TRLIS, que además comienza con un texto igual al del vigente art. 89.2 LIS, solo que este precepto añadió, como hemos visto, el siguiente párrafo: *«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».*

10. Con el párrafo 2º del art. 89.2 LIS el legislador contempla de forma expresa la posibilidad de que las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial, y la posibilidad de eliminar exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal.

En el preámbulo de la Ley se mencionan las principales novedades que introdujo esta norma, no solo en el régimen general de tributación sino también en los regímenes especiales, respecto de los cuales señala lo siguiente:

«5. Los regímenes especiales del Impuesto también son objeto de revisión general, como consecuencia de (i) la incorporación de un nuevo sistema para eliminar la doble imposición basado en el método de exención, (ii) la necesidad de adaptar los regímenes especiales al ordenamiento comunitario, y (iii) la necesidad de actualizar, modernizar y establecer una coherencia de toda la normativa del Impuesto sobre Sociedades».

11. Específicamente, en lo que se refiere al régimen especial aplicable a las operaciones de reestructuración, la ley introdujo cuatro novedades sustanciales, de las que aquí vamos a destacar dos: (i) la primera, que este régimen se configura expresamente como el régimen general aplicable a las operaciones de reestructuración, desapareciendo, por tanto, la opción para su aplicación, y estableciendo una obligación genérica de comunicación a la Administración tributaria de la realización de las operaciones que lo aplican; y (ii) la segunda, que se regula expresamente la inaplicación parcial del régimen y la circunscripción de las regularizaciones que pudieran efectuarse, al ámbito de la ventaja fiscal obtenida en este tipo de operaciones.

12. Las dificultades que surgen en la interpretación de los arts. 96.2 TRLIS y 86.2 LIS, no existirían o quedarían más atenuadas si el legislador hubiese sido más claro y preciso al regular este régimen fiscal, y en particular, la forma en la que se debe de llevar a cabo la regularización de estas operaciones, a falta de una armonización por el DUE de las normas que disciplinan este régimen.

Las dudas generadas en la interpretación de la normativa aplicable se deben, según la sentencia de esta Sala de 16 de noviembre de 2022, a las distintas versiones por las que han atravesado a lo largo del tiempo. Para despejarlas esta Sala se ha servido de la doctrina y de los criterios que se contienen en las sentencias del TJUE. Las dificultades interpretativas a las que aludimos no hubiesen sido tales, si el legislador hubiese cumplido las exigencias que derivan de la jurisprudencia del TJUE. En sus sentencias de 10 de marzo de 2009 (*Heinrich*, C-345/06, EU:C:2009:140, apartados 44 y 45), y de 15 de julio de 2010 (*Comisión/Reino Unido*, C-582/08, EU:C:2010:429, apartados 49 y 50), se ha pronunciado en el sentido de que *«para que el contribuyente pueda conocer con exactitud el alcance de los derechos y de las obligaciones que se derivan para él de la Directiva 90/434 y adoptar las medidas oportunas en consecuencia (véanse en este sentido las una resolución de la Administración tributaria que deniegue a ese contribuyente el beneficio de una ventaja fiscal con arreglo a dicha Directiva debe estar siempre motivada para que éste pueda verificar el carácter fundado de las razones que han hecho que la referida Administración no le conceda la ventaja prevista en esa Directiva y, en su caso, hacer valer su derecho ante los órganos jurisdiccionales competentes»*.

Un principio de seguridad jurídica que, según reiterada jurisprudencia, exige, por una parte, que las normas de Derecho sean claras y precisas y, por otra, que su aplicación sea previsible para los justiciables, en especial cuando puedan tener consecuencias desfavorables. En concreto, exige que una normativa permita a los interesados conocer con exactitud el alcance de las obligaciones que les impone y que estos puedan conocer sin ambigüedad sus derechos y obligaciones y adoptar las medidas oportunas en consecuencia (sentencia de 4 de octubre de 2024, *Lituania y otros*, C-541/20 a C-555/20, ECLI: EU:C:2024:818) objeto de cita en las más recientes, como la de 21 de mayo de 2026 (C-684/24 ECLI:EU:C:2026:410), o la de 18 de junio de 2026 (C-816/24 ECLI:EU:C:2026:509), entre otras.

13. Pues bien, en esta labor de exégesis de las normas antiabuso, con las dificultades que conlleva por las razones expuestas, es el momento de destacar la relevancia que adquiere el principio de proporcionalidad, que, como uno de los principios generales del Derecho tanto a nivel del derecho interno como del DUE, forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión; y que, por tanto, los Estados miembros deben respetar. El principio de proporcionalidad exige que los medios establecidos por una disposición sean adecuados para conseguir el objetivo perseguido y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo (STJUE de 7 de abril de 2022, *Avio Lucos*, C-176/20, ECLI:EU:C:2022:274, apartados 40 y 42).

El TJUE entendió implícito el principio de proporcionalidad en el artículo 11 de la Directiva, al señalar en la sentencia de 17 de julio de 1997 (C-28/95 *Leur-Bloem*) que, conforme a la letra a) del apartado 1 de este artículo, los Estados miembros pueden establecer que el hecho de que la operación contemplada no se haya efectuado por motivos válidos constituye una presunción de fraude o de evasión fiscal. A ellos les corresponde determinar los procedimientos internos necesarios para tal fin, pero respetando el principio de proporcionalidad. Si los Estados miembros están autorizados para adoptar medidas administrativas destinadas a combatir el fraude y la evasión fiscal, pudiendo restringir la aplicación del régimen FEAC a través de medidas legislativas de ámbito

nacional, estas medidas deben de respetar el principio de proporcionalidad. Un principio que, como hemos dicho, se entiende implícito en la Directiva 90/434, y es, por ello, el que debe de guiar la interpretación del art. 96.2 TRLIS, alcanzando una interpretación favorable a la inaplicación parcial del régimen FEAC bajo la vigencia de ese precepto.

14. Lo hasta ahora expuesto nos permite comprobar que la mención que hace el vigente art. 89.2 LIS a la posibilidad de inaplicar parcialmente el régimen FEAC -que la propia ley en su preámbulo traduce en regularizaciones que se deben practicar en el ámbito de la ventaja fiscal obtenida en este tipo de operaciones-, obedece al designio del legislador de reflejar expresamente en la ley lo que antes no había hecho, la adaptación de este régimen especial al ordenamiento comunitario. Esto, unido al empleo de la palabra *expresamente*, en una norma que respeta sustancialmente el texto de la anterior, denota que esa posibilidad ya era aplicable bajo la vigencia del TRLIS, aunque lo fuera a través de una interpretación conforme con el DUE y, en particular, con lo dispuesto en el artículo 11 de la Directiva 90/434.

15. Y es que, el principio de proporcionalidad no es el único que entra en juego en el análisis de esta cuestión. Ha de tenerse en cuenta otro principio básico y fundamental, el de primacía del DUE, que obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a interpretar, en la medida de lo posible, su Derecho interno de manera conforme con el Derecho de la Unión (sentencias de 6 de octubre de 2021, *Sumal*, C-882/19 , ECLI:EU:C:2021:800; de 12 de octubre de 2023, *Z*, C-326/22, ECLI:EU:C:2023:775; o la más reciente de 30 de enero de 2025 (C-511/23, ECLI:EU:C:2025:42). Este principio obliga al órgano jurisdiccional nacional a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la normativa comunitaria aplicable -en este caso la Directiva 90/434- para efectuar una interpretación del Derecho interno que permita conseguir el resultado perseguido por ella.

Como señala el TJUE en la sentencia de 24 de junio de 2019 (*Pop³awski* C-573/17 , ECLI:EU:C:2019:530) el principio de interpretación conforme es inherente al régimen de los Tratados, en la medida en que permite que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro garantice, en el ámbito de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión al resolver el litigio de que conozca (sentencia de 24 de junio de 2019, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530). En las sentencias de 4 de julio de 2006 (*Adeneler y otros*, C-212/04 , ECLI:EU:C:2006:443, apartado 110), y de 5 de junio de 2025 (*Nuratau*, C-349/24, ECLI:EU:C:2025:397, apartado 45), el TJUE ha declarado que *«el principio de interpretación del Derecho nacional de manera conforme con el Derecho de la Unión tiene determinados límites. Así, la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho interno tiene su límite en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional de que se trate»*; sentencias todas ellas objeto de cita en otras más recientes como la de 19 de mayo de 2026 (C-350/24, ECLI:EU:C:2026:407). O, como dice la STJUE de 5 de octubre de 2004 (*Pfeiffer y otros*, C-397/01 -ECLI:EU:C:2004:584), el órgano jurisdiccional nacional al aplicar las disposiciones del Derecho nacional destinadas especialmente a adaptarlo al DUE, debe interpretarlas, en la medida de lo posible, de manera que puedan recibir una aplicación conforme con los objetivos de la Directiva de que se trate.

La laguna que existe en el art. 96.2 LIS sobre la posibilidad de inaplicar parcialmente el régimen de FEAC no convierte a esta norma en contraria al DUE ni, por tanto, en una norma inaplicable si admite, como aquí sucede, una interpretación conforme con el Derecho comunitario, protegiendo los derechos que éste concede a los particulares (STJUE 21 de mayo de 1987, *Albako*, asunto 249/85, y STJUE 26 de septiembre de 2000, *Engelbrecht*, recurso: C-262/97). Todas estas consideraciones hacen innecesario el planteamiento de una cuestión prejudicial en los términos interesados por la parte recurrente de forma subsidiaria.

16. En definitiva, el art. 96.2 TRLIS debe interpretarse a la luz del principio de proporcionalidad, implícito en la Directiva 90/434. Si con el art. 96.2 el legislador, amparado por la Directiva comunitaria, ha querido adoptar medidas para luchar contra la evasión fiscal, una interpretación conforme con el DUE y compatible con el citado principio solo se puede conseguir admitiendo la inaplicación parcial del régimen especial FEAC, incluso bajo la vigencia del TRLIS.

La abogada del Estado, por remisión al criterio del TEAC en la resolución de 27 de mayo de 2024 (RG 3426/2021), que dice confirmado por el TJUE (citando la STJUE 8 de marzo de 2017) y por diversos pronunciamientos de tribunales de justicia nacionales, como la sentencia de esta Sala de 5 de mayo de 2012, defiende como única opción, la inaplicación total del régimen FEAC. Sin embargo, tales pronunciamientos no sirven para rechazar la inaplicación parcial demandada. En los asuntos resueltos en las resoluciones judiciales que cita la abogada del Estado no estaba concernido el principio de proporcionalidad, e incluso en alguno de ellos cuando tuvo lugar la regularización tributaria ni siquiera estaba vigente el TRLIS, sino la normativa anterior.

17. Asimismo, y al margen de la solución final a la que haya llegado la STS de 18 de noviembre de 2013 (RCA 654/2012, ECLI:ES:TS:2013:5619), no podemos pasar por alto el pronunciamiento que se recoge en su FD 5º,

cuando indica que *«nada impide, efectivamente, la inaplicación parcial del repetido régimen especial, ni en la letra ni en el espíritu de la Directiva. Aún más, lo impone la operatividad del principio de proporcionalidad, como subrayó el Tribunal de Justicia en la sentencia Leur- Bloem y admite la Dirección General de Tributos»*.

Esta última referencia nos conduce a su vez al informe 292-05-INF de la DGT acerca de la interpretación del art. 96.2 TRLIS. La DGT en este informe admite que el art. 96.2 TRLIS puede amparar la pérdida parcial del régimen especial FEAC, aun en casos en que la operación se haya realizado con la mera finalidad de obtener una ventaja fiscal.

18.No ha pasado inadvertido para esta Sala que el citado informe se ha emitido en un asunto de escisión total en el que existían varias entidades beneficiarias de la misma operación, perfectamente identificable e individualizable en una de las sociedades la existencia de fraude o evasión fiscal, o búsqueda de ventaja fiscal, sin que entonces se pudiera extender la inaplicación del régimen FEAC al resto de las entidades que pudieran resultar beneficiarias de la operación.

Pero a tal conclusión le precede un análisis e interpretación del art. 96.2 TRLIS, puesto en relación con el art. 11.1 de la Directiva 90/434, para concluir la DGT en el apartado 2 de su informe, que parece más acorde al principio de proporcionalidad a la hora de analizar todos los motivos existentes en la realización de una operación al objeto de aplicar la cláusula antiabuso. Y finaliza diciendo *«parece, por tanto, que se establece el mandato de la existencia de una proporcionalidad de los procedimientos y actuaciones que establezca cada Estado para proceder al análisis de la cláusula antiabuso»*. En resumen, centrada en el estudio del principio de proporcionalidad, la DGT admite la inaplicación parcial del régimen FEAC en interpretación del art. 96.2 TRLIS.

19.La posición del TEAC a propósito de este tema ha sido uniforme a la hora de considerar que en los casos en los que resulte aplicable *ratione temporis* el TRLIS, la consecuencia de la cláusula antiabuso del art. 96.2, es que *"no se aplicará el régimen"*, lo que a juicio de aquel órgano económico-administrativo supone la inaplicación total del régimen especial, debiendo la AEAT aplicar las reglas generales del impuesto.

Ahora bien, la posición del TEAC ha cambiado recientemente. En la resolución de 8 de mayo de 2026 (RG 2211/2024), admite la inaplicación parcial del régimen FEAC en los términos previstos en la sentencia dictada por el TSJ de Valencia en fecha 2 de septiembre de 2024 (recurso: 454/2023, ECLI:ES:TSJCV:2024:4301) *«en tanto el TS no siente jurisprudencia al respecto y en el caso concreto»*.

II. Sobre las consecuencias de la aplicación del principio de proporcionalidad. Eliminación de las ventajas fiscalmente pretendidas de forma abusiva por el contribuyente.

20.Lo expuesto en los anteriores apartados ya nos da una idea de las consecuencias que debe llevar aparejada la aplicación del principio de proporcionalidad. La comprobación de la inexistencia de motivos económicos válidos no determina, sin más, y necesariamente, el rechazo total del régimen FEAC, sino la eliminación de las ventajas fiscales pretendidas de forma abusiva por el contribuyente, que es a lo que conduce igualmente la aplicación de lo dispuesto en el art. 89.2 LIS. La propia DGT en la Resolución V0050-25, de 22 de enero, deduce de la lectura de estas normas que, si el objetivo principal perseguido con la operación de reestructuración fuese el fraude o la evasión fiscal, o dicho, en otros términos, fuese lograr una ventaja fiscal espuria o ilegítima, entraría en juego la cláusula contenida en el art. 89.2 de la LIS, y *procedería eliminar la referida ventaja fiscal ilegítima*.

Con anterioridad a esta resolución el TEAC, en las suyas de 22 de abril de 2024 (RG 6448/2022 y RG 6452/2022), y de 27 de mayo de 2024 (RG 6550/2022 y RG 6513/2022), venía admitiendo que cuando se haya declarado, en los términos y condiciones del art. 89.2 LIS, que una operación FEAC ha tenido como *"principal objetivo el fraude o la evasión fiscal"*, se deben eliminar *"exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal"* obtenida por la aplicación de dicho régimen que se muestren abusivos o irregulares. De esta manera la inaplicación parcial del régimen FEAC no puede quedar limitada al momento en el que se analizan los motivos que hay tras la realización de la operación para determinar si es aplicable la cláusula antiabuso. La inaplicación parcial también se proyecta sobre la eliminación de las ventajas fiscales que se pretenden obtener, y que, lógicamente, deben de estar identificadas en el acuerdo de liquidación.

Así lo ha entendido la DGT en la resolución V2214-23, de 27 de julio de 2023, al decir que *«[...] en el supuesto de que la Administración tributaria, en el curso de la realización de las correspondientes actuaciones de comprobación e investigación, tras el examen individual de la operación de reestructuración que nos ocupa, apreciase, en su caso, la persecución de una ventaja fiscal, procederá a eliminar esta última, todo ello sin perjuicio del régimen sancionador que pudiera corresponder. La identificación la ventaja fiscal perseguida es una cuestión de hecho, competencia de los órganos de comprobación de la AEAT, que requerirá, caso por caso, de un examen global de la operación de reestructuración de que se trate[...]*»

21. Por su parte, el TJUE en la sentencia de 10 de noviembre de 2011 (C-126/10 *Foggia*) admite que, con arreglo al artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, los Estados miembros pueden negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de esta Directiva o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación -en aquel caso de canje de acciones- tenga, en particular, como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal (apartado 33); texto que vino a reproducir la sentencia de 8 de marzo de 2017 (*Euro Park Service*, C-14/16, EU:C:2017:177, apartados 22 a 24).

22. Según lo que llevamos expuesto, podemos adelantar la respuesta a la primera parte de la primera pregunta que nos hace el auto de admisión. Y es que, en la cláusula antiabuso del art. 96.2 TRLIS está implícito un principio de proporcionalidad que permite la inaplicación parcial del régimen FEAC, incluso bajo la vigencia del TRLIS. La inaplicación parcial del régimen FEAC solo puede determinar la eliminación de las ventajas fiscalmente pretendidas de forma abusiva por el contribuyente, que deben de estar identificadas en el acuerdo de liquidación.

SEXTO.-El diferimiento de la tributación de las ganancias patrimoniales derivadas de las aportaciones no dinerarias. Sobre la posibilidad de ser eliminado según la consideración que merezca de ventaja fiscal abusiva.

1. Siguiendo un orden sistemático en la respuesta a las cuestiones de interés casacional, la consideración de que las ganancias patrimoniales derivadas de las aportaciones no dinerarias realizadas en la constitución de la sociedad *holding* deban someterse a tributación por el concepto de IRPF gozando o no del beneficio de diferimiento que prevé el régimen FEAC, debe analizarse conjuntamente con la respuesta a la siguiente cuestión de interés casacional que pregunta el auto de admisión, que consiste en aclarar si el principio de proporcionalidad que delimita la cláusula antiabuso del art. 96.2 TRLIS exige que, una vez constatada la no concurrencia de los requisitos necesarios para la aplicación del régimen FEAC, la regularización de la Administración puede consistir en rechazar el beneficio del diferimiento, haciendo tributar al contribuyente por las plusvalías latentes derivadas de la operación.

2. Siguiendo el orden expresado en el apartado 5 del FD 4º, corresponde analizar si el diferimiento de la tributación previsto en el régimen FEAC puede considerarse como una ventaja fiscal abusiva, y de ser así, si en el presente caso se trata o no de una de las ventajas fiscalmente abusivas identificadas en el acto administrativo por el que se practicó la regularización.

En el caso que nos ocupa, en la liquidación practicada (pág. 4, elementos de la regularización), después de indicar la AEAT que la operación de reestructuración no obedeció a motivos económicos válidos, se dice «*En consecuencia, las plusvalías puestas de manifiesto en la operación deben de someterse al IRPF en los aportantes sin gozar del beneficio de diferimiento que aquel régimen fiscal FEAC supone*»; lo que nos indica que la pérdida del diferimiento se aplicó de forma automática.

Bajo el apartado de conclusiones del análisis de los hechos (ap. 4.3.8, págs. 35 y 36) la AEAT concluye: «*En el fondo, los verdaderos motivos de la operación son tres, todos ellos netamente fiscales: 1. Reducir la tributación de los dividendos percibidos de las participaciones aportadas (...) 2. Reducir la tributación en Impuesto sobre Patrimonio. 3. Reducir la tributación futura en I. s. Sucesiones y Donaciones*».

Y en la pág. 48 (FD 5º) al analizar los motivos económicos válidos, se recoge la siguiente frase «*se ve que es una operación diseñada para reducir la carga impositiva de los dividendos percibidos, la del Impuesto sobre el Patrimonio y, a futuro, la del de Sucesiones y Donaciones*».

3. El rechazo del régimen FEAC determinó que la operación se sometiese al régimen general del IRPF en sede de la socia, eliminando el diferimiento de la tributación de la ganancia patrimonial que prevé el citado régimen, lo que provocó que la inspección tributaria integrase en la base imponible del IRPF la ganancia patrimonial resultante de las aportaciones efectuadas.

Esto último es lo que combate la actora. Por tanto, el centro de debate se sitúa ahora en cómo se debe de aplicar el principio de proporcionalidad en casos como el que es objeto de nuestro análisis, y en qué ha de consistir la regularización tributaria, con especial incidencia en si el diferimiento constituye una de esas ventajas fiscales que pueda ser eliminada. En definitiva, si la eliminación del régimen de diferimiento en que ha consistido la regularización a la socia, excede de la eliminación de las ventajas fiscales supuestamente pretendidas, afectando al objetivo principal de la Directiva 90/434.

4. Aunque el orden en el que la recurrente expone las razones con las que pretende que se mantenga el régimen de diferimiento aplicado con la operación, alegando que el diferimiento de la tributación de las plusvalías latentes no se encuentra entre las ventajas fiscales identificadas en el acuerdo liquidatorio, y que el diferimiento de la tributación de las plusvalías latentes no encaja en el concepto de "ventaja fiscal" del art. 96.2 TRLIS, ambas cuestiones pueden recibir un análisis conjunto.

La Sra. Caridad sostiene que del concepto de ventaja fiscal del art. 96.2 TRLIS parece desprenderse la existencia de una *"minoración de la carga tributaria derivada de la realización de una operación de reestructuración"*(consulta de la DGT V2887-15, entre otras), que equivale al interés financiero del Estado miembro que pretende salvaguardar la cláusula antiabuso (STJUE de 29 de mayo de 2010). A lo que añade, que su consecución no puede dejar inalterada (o neutralizada) la situación del contribuyente, sino que le debe comportar un beneficio a raíz de esa minoración. Bajo estas premisas, concluye que difícilmente se puede considerar el diferimiento como un "beneficio" fiscal otorgado por voluntad graciosa del legislador comunitario ni español (como sería, por ejemplo, una reducción o una bonificación para el fomento de determinadas actividades), pues la consecuencia del diferimiento es la neutralización fiscal respecto de la competencia, y con su consecución no se obtiene nada más allá que el mero equilibrio o neutralidad en el mercado.

5.La cuestión planteada en tales términos nos lleva a recordar que, según lo razonado por esta Sala en la sentencia de 23 de noviembre de 2016 (recurso: 3742/2015, ECLI:ES:TS:2016:5177), en este tipo de operaciones la persecución de una ventaja fiscal no conlleva sin más la ilicitud del comportamiento. *«Lo determinante es la artificiosidad y su verificación a los efectos de la habilitación de la reacción normativa contra dichos comportamientos abusivos. En definitiva, el concepto de abuso de derecho que aporta el Tribunal de Justicia exige sobre la base objetiva creada con las operaciones realizadas a dicho fin, tener como finalidad esencial obtener una ventaja fiscal que se pretende sea contraria al objetivo y finalidad de las normas aplicables»*.

Por su parte, el TJUE, en la sentencia de 8 de marzo de 2017, *Euro Park Service*(asunto C-14/16), nos dice que: *«para comprobar si la operación de que se trata persigue un objetivo de fraude o evasión fiscales, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de dicha operación, dado que el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones, sin tener en cuenta si se ha producido o no efectivamente el fraude o evasión fiscales iría en detrimento del objetivo perseguido por la referida Directiva »*.

Esto es lo que ha hecho la Sala de la Audiencia Nacional en la sentencia objeto del presente recurso, por remisión al análisis efectuado por la Sala de Galicia en sede del IS. La SAN, en sede de IRPF de la socia, llegó a la misma conclusión que la sentencia de la Sala de Galicia, por remisión a sus fundamentos de derecho. En ella no se aceptaron como motivos económicos válidos los aducidos por la recurrente, señalando *«(...) desde la perspectiva analizada, carece de sentido la reestructuración accionarial (...) Tampoco se entiende desde el prisma económicos (...). Por ello, aunque se niegue en el escrito de demanda la motivación fiscal, esta debe inferirse de la ausencia de motivos económicos válidos pues se reduce la carga impositiva de los dividendos percibidos, la del IP y en un futuro, el de sucesiones y donaciones»*.

6.En apartados anteriores se ha adelantado que en el análisis de las cuestiones que se someten a debate en esta casación hemos de partir de un dato que no resulta controvertido, la inexistencia de motivos económicos válidos de la operación objeto de regularización tributaria. Y que, la constitución de la sociedad *holding* Santo Mouro a través de aportaciones no dinerarias ha perseguido un objetivo de fraude o evasión fiscal. La sentencia recurrida en casación no identifica ventajas fiscales distintas de las relacionadas en la sentencia de la Sala de Galicia. En el auto que resolvió la solicitud de complemento se limita a decir que la forma correcta de regularizar la ventaja que se pretende obtener es sometiendo la aportación al régimen general; que, traducido a este caso, significa el rechazo del régimen especial FEAC, y con él, la eliminación del diferimiento de las plusvalías latentes. Sí se dice en el auto de complemento de la Audiencia Nacional, de 7 de marzo de 2023 que, si la operación de aportación no estaba fundada en motivos económicos válidos y no podía legalmente someterse al régimen especial FEAC, *se infiere que tendría la obtención de una ventaja fiscal, fuese directa o meramente derivada del aplazamiento o diferimiento en la tributación*.

Con ello, la Audiencia Nacional, partiendo de la inexistencia de motivos económicos válidos, anuda como consecuencia inmediata y automática el rechazo total del régimen FEAC, y con él, la pérdida del aplazamiento o diferimiento de la tributación de las plusvalías latentes derivadas de la operación al margen de que haya sido la ventaja fiscal buscada directa o indirectamente con la operación. Esta tesis, además de contradecir la doctrina que acoge esta Sala sobre la aplicación del principio de proporcionalidad, implicaría una eliminación automática y en todo caso del diferimiento de la tributación de las plusvalías latentes, lo que no se acomoda a la jurisprudencia comunitaria, ni al principio de neutralidad fiscal que pretende amparar el régimen FEAC.

7.El TEAC, en las resoluciones de 22 de abril de 2024 (RG 6448-2022 y RG 6452/2022) y de 27 de mayo de 2024 (RG 6550/2022 y RG 6513/2022), citadas en el auto de admisión, ha reconocido la plena aplicación y vigencia del principio de proporcionalidad en este tipo de supuestos. Venía admitiendo que se deben eliminar *"exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal"* obtenida por la aplicación de dicho régimen que se muestren abusivos o irregulares. Pero esta posibilidad (eliminación de la ventaja fiscal) la extiende al inicial diferimiento que proporcionó la aplicación del régimen cuando -dice- resulte necesario para la eficaz corrección

del abuso producido, ya que -sostiene el TEAC- ningún efecto fiscal puede ser inmune a las consecuencias de la acreditación de que se llegó a él de modo fraudulento o abusivo.

Para evitar una decisión que ampare el criterio del TEAC, la recurrente niega que el diferimiento sea una ventaja fiscal del art. 96.2 TRLIS. Niega la existencia de una *"minoración de la carga tributaria derivada de la realización de una operación de reestructuración"*, y niega la existencia de un beneficio fiscal para el contribuyente.

8. En efecto, el art. 96.2 TRLIS no emplea el término de beneficio fiscal o minoración de carga tributaria, sino el de ventaja fiscal. Y como dice el TJUE en la sentencia de 10 de noviembre de 2011 (C-126/10 *Foggia*) el régimen fiscal común establecido por la Directiva 90/434 *comprende diferentes ventajas fiscales*. Ahora bien, la Directiva en sus Considerandos cuarto y sexto, establece un régimen de diferimiento de la tributación de plusvalías correspondientes a los bienes aportados, que al evitar que la aportación de la actividad dé lugar por sí misma a una imposición, salvaguarda los intereses financieros del Estado de la sociedad transmitente al asegurar la tributación de estas plusvalías en el momento de su realización efectiva (sentencias de 5 de julio de 2007, *Kofoed*, C-321/05, y 20 de mayo de 2010, *Modehuis*, C-352/08).

9. El objetivo de la Directiva no es procurar una exención en la tributación, sino la neutralidad fiscal. O, como dice el TJUE en la sentencia de 20 de mayo de 2010 (*Modehuis*, C-352/08):

«39. Más concretamente, la Directiva 90/434 tiene por objeto eliminar los obstáculos fiscales para las reestructuraciones transfronterizas de sociedades al garantizar que los posibles aumentos de valor de las participaciones sociales no sean gravados antes de que sean llevados a cabo efectivamente (sentencias de 5 de julio de 2007, Kofoed, C-321/05, Rec. p. I-5795, apartado 32, y de 11 de diciembre de 2008, A.T., C-285/07, Rec. p. I-9329, apartado 28).

40. *A tal fin, la Directiva 90/434 dispone, en particular, en su artículo 4, que la fusión o escisión no implicará gravamen alguno sobre las plusvalías determinadas por la diferencia entre el valor real de los elementos de activo y de pasivo transferidos y su valor fiscal y, en su artículo 8, que la atribución, con motivo de una fusión, de una escisión o de un canje de acciones, de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante a un socio de la sociedad transmitente o dominada, a cambio de títulos representativos del capital social de esta última sociedad, no deberá ocasionar por sí misma la aplicación de un impuesto sobre la renta, los beneficios o las plusvalías de dicho socio».*

10. El diferimiento representa, en realidad, un aplazamiento de la carga tributaria asociada a las plusvalías. El régimen FEAC permite un diferimiento en la tributación de las rentas que se generan en el transmitente por la aportación de elementos patrimoniales (activos y pasivos) que, de otro modo, deberían tributar por la plusvalía o rendimientos que se materialicen con esa aportación (STS 1 de octubre de 2021, recurso: 3844/2019, ECLI:ES:TS:2021:3677). De este modo, el régimen FEAC se caracteriza por el diferimiento de tributación de rentas hasta el momento de la cesión de los activos, que por sí misma no se puede considerar como una ventaja fiscal que deba de eliminarse de forma automática si resulta que la operación de reestructuración no se apoya en motivos económicos válidos.

Hemos admitido la posibilidad de inaplicar parcialmente el régimen FEAC, con la consiguiente limitación dirigida a la Administración tributaria a la hora de practicar la regularización, de suerte que solo alcance a la ventaja fiscal abusiva que se pretenda obtener. Esta ventaja no se puede identificar necesariamente con el diferimiento de la tributación de las plusvalías latentes. El principio de neutralidad fiscal se consigue precisamente a través de la técnica del diferimiento del impuesto derivado de la transmisión de elementos patrimoniales en que ha consistido el objeto de la operación de reestructuración. Su eliminación automática significaría eliminar el régimen de neutralidad fiscal.

11. La sentencia de esta Sala de 31 de marzo de 2021 (Recurso: 5886/2019, ECLI:ES:TS:2021:1258) recuerda que la finalidad del régimen especial de la Directiva es la de no castigar, esto es, la de ser neutral, a fin de facilitar las operaciones de reestructuración empresarial, en tanto generadoras de plusvalías o ganancias que serían susceptibles de ser gravadas, que quedan así no gravadas en virtud del diferimiento. Y la sentencia de 1 de octubre de 2021 (recurso: 3844/2019 ECLI:ES:TS:2021:3677) contiene otro recordatorio, en este caso referido al diferimiento: *«conviene recordar que la característica principal de las normas del Capítulo VIII del Título VII del TRLIS 2004 será permitir un diferimiento en la tributación de las rentas que se generan en el transmitente por la aportación de elementos patrimoniales (activos y pasivos) que, de otro modo, deberían tributar por la plusvalía o rendimientos que se materialicen con esa aportación. Es, en definitiva, un aplazamiento de la tributación, un diferimiento de ésta a un momento posterior, que no una renuncia o exención».*

12. Es la propia DGT la que en su resolución V2214-23, de 27 de julio, ha admitido que la ventaja fiscal perseguida con la operación de reestructuración (y, por tanto, la única que se podría eliminar), es distinta del diferimiento en la tributación de las rentas generadas, inherente al propio régimen, señalando que:

«Por su parte, el Tribunal Supremo, en su Sentencia número 1503/2022, de 16 de noviembre de 2022, en su Fundamento Jurídico Quinto, 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, 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.

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 concurren 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».

13. Sin embargo, el TEAC en las resoluciones que cita el auto de admisión, y en la más reciente de 8 de mayo de 2026 (RG 2211/2024), sostiene que el análisis del régimen FEAC permite la eliminación del diferimiento. Sobre ello la parte recurrente alega que, en el presente caso, el diferimiento no se trata de una ventaja fiscal abusiva, identificada como tal por la inspección. Por su parte, lo que dice la abogada del Estado en el escrito de oposición al recurso es que la ventaja fiscal identificada ha sido la disponibilidad indirecta por la persona física de los beneficios generados por las sociedades operativas sin tributar (por aplicación del artículo 30 del TRLIS o del actual artículo 21 de la LIS). Considera que este abuso solo se puede corregir eliminando el diferimiento de las plusvalías latentes.

14. Lo que resulta indiscutible es que el diferimiento en la tributación de las plusvalías latentes es inherente al propio régimen FEAC, y como tal no puede ser entendido como una ventaja fiscal que deba ni pueda ser eliminada de forma automática. Así se desprende de la doctrina que se recoge en la STJUE de 20 de mayo de 2010 (ModehuisC-352/08, ECLI:EU:C:2010:282).

La ventaja fiscal no se puede identificar con el "no tributar" por una plusvalía que, de no haberse realizado la operación, habría sido objeto de tributación. Tal como ha razonado esta Sala en la sentencia de 16 de noviembre de 2022 (recurso: 89/2018):

«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; en el presente caso lo que se viene a reprochar es la simple obtención de la ventaja fiscal, en no haber tributado por las plusvalías, lo propio del régimen de diferimiento, considerando que el mismo fin se hubiera obtenido si en lugar de las escisiones se hubiera realizado la enajenación de las acciones, esto es, estamos en presencia de lo que hemos reconocido como economía de opción a la inversa, incurriendo la Administración, cuando a ella correspondía justificar el fraude mediante la prueba de la inexistencia de motivos económicos válidos, cuando a más inri reconoce abiertamente la reestructuración, en una petición de principio haciendo supuesto de la cuestión, en tanto que afirma que no siendo necesaria las escisiones para alcanzar el objetivo perseguido, sino que como era posible la enajenación de acciones y tributar por las plusvalías generadas, estamos ante un supuesto de elusión fiscal por no haberse realizado esta operación en lugar de las escisiones; nos dice el Sr. Abogado del Estado que "la transmisión de acciones, como hemos dicho, no requería de las escisiones que nos ocupan y que han determinado una clara elusión fiscal", pero 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».

15. El diferimiento, propio del régimen, sólo se podrá eliminar si representa el principal objetivo buscado al realizar la operación. En el presente caso, el diferimiento no es una ventaja fiscal identificada como abusiva por la inspección. En la liquidación se alude a la menor carga impositiva en la tributación de los dividendos, y se vincula a dos circunstancias, a la disponibilidad indirecta por la persona física de los beneficios generados por las sociedades operativas sin tributar (por aplicación del artículo 30 del TRLIS o del actual artículo 21 de

la LIS), y a la reforma del IRPF a través de la Ley 35/2006, pues la extinción del régimen de las Sociedades Patrimoniales implicaba que los socios, personas físicas, debían de tributar íntegramente por los dividendos repartidos por las sociedades operativas, sin ningún mecanismo que permitiera eliminar íntegramente la doble imposición.

Lo que la liquidación identifica como ventaja fiscal abusiva es la reducción de la carga impositiva de los dividendos percibidos, que se ha traducido en la aplicación de la exención del art. 30 TRLIS; pero no el diferimiento de las plusvalías latentes derivadas de la operación.

16. Es verdad que, en este caso, al igual que en los analizados en las resoluciones del TEAC de 2024 y en la del 2026 el socio, persona física, ha obtenido un ahorro fiscal en los ejercicios en los que la sociedad intermedia ha percibido dividendos repartidos por las sociedades operativas. Este ahorro fiscal se ha materializado con la no tributación de esos dividendos en IRPF si la socia hubiese tenido disponibilidad directa de ellos y no a través de una sociedad interpuesta. En los supuestos analizados en aquellas resoluciones como quiera que no se habían repartido todos los beneficios acumulados, sino solo en parte, el TEAC arbitró un sistema de corrección de los efectos abusivos de manera que la corrección se aplique a los efectos abusivos a medida que se vayan produciendo, esto es, haciéndolo en cada uno de los ejercicios en los que el socio haya obtenido de forma efectiva disponibilidad de los beneficios acumulados en la sociedad operativa antes de la aportación de sus acciones.

Ahora bien, al margen de que, además, este sistema de corrección no ha sido el aplicado por la Inspección tributaria en el caso de la recurrente, y que de su valoración es ajena a este debate casacional, lo que sí podemos decir es que en situaciones como la que es objeto de nuestro análisis, la corrección del abuso, tal como aparece identificado en el acuerdo liquidatorio, y por tanto, conectado a las ventajas fiscales abusivas identificadas en la liquidación, ni exige ni admite la eliminación del diferimiento de las plusvalías latentes, pues, como alega la actora, el diferimiento no se trata de una ventaja fiscal abusiva identificada como tal por la inspección.

17. El diferimiento, propio del régimen, sólo se podrá eliminar si representa el principal objetivo buscado al realizar la operación. En el acuerdo liquidatorio no se justifica que haya sido así, ni se justifica la forma en la que se ha materializado la regularización tributaria (con eliminación del diferimiento de las plusvalías latentes) acudiendo a la conexión -a la que alude la abogada del Estado-, de la renta diferida con los beneficios generados por las sociedades operativas y aun no repartidos en el momento de la aportación, y con los beneficios susceptibles de generarse en el futuro. Lo que dice la AEAT en la liquidación, después de indicar que la operación de reestructuración no obedeció a motivos económicos válidos, es *«En consecuencia, las plusvalías puestas de manifiesto en la operación deben de someterse al IRPF en los aportantes sin gozar del beneficio de diferimiento que aquel régimen fiscal FEAC supone»*; lo que nos indica, como hemos adelantado, que la pérdida del diferimiento se aplicó de forma automática.

En suma, la regularización de la Administración podrá consistir en eliminar el diferimiento, haciendo tributar al contribuyente por las plusvalías latentes derivadas de la operación, únicamente, si la Administración justifica, mediante una motivación reforzada, que el diferimiento constituye el principal objetivo buscado al realizar la operación. Esta motivación reforzada deberá comprender una identificación de los elementos de prueba que sean claramente indicativos de esa finalidad. Si la sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2017, C-14/16, *Euro Park Service*, consideró que corresponde a la Administración tributaria aportar una prueba, cuando menos indiciaria, del fraude o evasión fiscal en la que pueda apoyarse la inexistencia de motivos económicos válidos, sin que esta carga corresponda al contribuyente a los efectos de disfrutar del régimen de diferimiento, esta carga probatoria -que pesa sobre la Administración- debe de extenderse a la demostración de que el diferimiento de las plusvalías latentes ha constituido el principal objetivo buscado al realizar la operación que se sujetó al régimen FEAC. La protección de este régimen, que se configura como un régimen de aplicación general y no excepcional, justifica tales exigencias, con el objeto de salvaguardar el principio de neutralidad al que sirve.

18. Para finalizar, de la doctrina del TJUE, de la DGT y de la propia jurisprudencia de esta Sala se pueden extraer las siguientes consideraciones: (i) el régimen FEAC está conectado directamente con el principio de neutralidad fiscal; (ii) obtener una ventaja fiscal en modo alguno resulta incompatible con este principio ni con el régimen FEAC; (iii) lo que no ampara el principio de neutralidad son operaciones de reestructuración que tengan por objeto conseguir una ventaja fiscal abusiva; (iv) la ventaja fiscal, fuera de los casos en los que se presente como objetivo espurio, es legítima dentro de la economía de opción; (v) una ventaja fiscal, cuando no es el objetivo principal de la operación, no es por sí mismo ilegítima, y por tanto no puede ser eliminada; (vi) sólo se podrán eliminar las ventajas fiscalmente pretendidas de forma abusiva por el contribuyente, que aparezcan identificadas como tales en el acuerdo de liquidación; (vii) la obtención de una ventaja fiscal está ínsita en el régimen de diferimiento, al caracterizarse por su neutralidad fiscal; (viii) la no tributación por las plusvalías latentes es consecuencia del régimen de diferimiento; (ix) el diferimiento de las plusvalías latentes solo podrá

ser eliminado si su obtención ha sido el principal objetivo de la operación; (x) el diferimiento de las plusvalías latentes no podrá ser eliminado si son otros los objetivos (ventajas fiscales) que se pretenden conseguir con la operación; (xi) la eliminación del diferimiento, haciendo tributar al contribuyente por las plusvalías latentes derivadas de la operación, exige que la Administración justifique, mediante una motivación reforzada, que el diferimiento constituye el principal objetivo buscado al realizar la operación; (xii) esta motivación reforzada deberá comprender una identificación de los elementos de prueba que sean claramente indicativos de esa finalidad.

SÉPTIMO.-Sobre la última de las cuestiones con interés casacional objetivo identificada en el Auto de admisión. Sobre la exención para evitar la doble imposición de dividendos y plusvalías como ventaja fiscal abusiva susceptible de regularización en los términos del artículo 96.2 TRLIS.

1.La última de las cuestiones con interés casacional objetivo identificada en el auto de admisión consistiría en determinar si, una vez confirmado que la regularización por la que la Administración rechaza la aplicación del régimen de diferimiento solo puede consistir en la eliminación de las concretas ventajas fiscales pretendidas con abuso de derecho por el contribuyente (oportunamente establecidas en el Acuerdo de liquidación), la exención para evitar la doble imposición de dividendos y plusvalías del art. 21 TRLIS puede constituir una ventaja fiscal abusiva susceptible de regularización en los términos del art. 96.2 TRLIS.

2.Sobre esta cuestión la recurrente alega que la decisión que adopte ese Tribunal al resolver el recurso de casación no puede extenderse a unos extremos ajenos a los que se suscitaron durante la tramitación del procedimiento inspector, ante los órganos de revisión económico-administrativos y en sede judicial, como sería la atinente a la naturaleza jurídica de la exención prevista en el art. 21 TRLIS, que no fue objeto de debate en ninguna de aquellas fases del procedimiento y del proceso judicial (en la medida en que, entre otras cuestiones, la regularización se produjo en el ámbito del IRPF, no del IS al que se refiere el art. 21 TRLIS).

3.Con estas alegaciones la parte recurrente contradice su propia conducta, pues en el escrito de preparación del recurso de casación consideró, de acuerdo con lo establecido en el art. 89.2.f) de la LJCA, como cuestiones sobre las que existe interés casacional objetivo, las siguientes:

«A) Determinar si el principio de proporcionalidad que delimita la cláusula antiabuso del art. 96.2 TRLIS exige que, una vez constatada la no concurrencia de los requisitos necesarios para la aplicación del régimen especial establecido en el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS, la regularización de la Administración debe limitarse a eliminar los efectos de las ventajas fiscales pretendidas con la operación realizada, o si, por el contrario, puede consistir en rechazar el beneficio del diferimiento, haciendo tributar al contribuyente por las plusvalías latentes derivadas de la operación.

B) En caso de responder en sentido afirmativo a la primera cuestión, determinar si la exención prevista en el art. 21 TRLIS para evitar la doble imposición sobre dividendos, puede considerarse una ventaja fiscal».

Y respecto de esta última, trató de justificar el interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, argumentando lo siguiente *«desconocemos la existencia de pronunciamientos del Tribunal Supremo que analicen la posibilidad de considerar la exención para evitar la doble imposición prevista en el art. 21 TRLIS sobre los dividendos como una ventaja fiscal a efectos de la aplicación del régimen de neutralidad. Por tanto, es evidente que resulta necesario un pronunciamiento del Alto Tribunal por el que se aclare si esta interpretación es procedente y acorde con nuestro ordenamiento jurídico y con la finalidad de la propia exención».*

4.A propósito de esta cuestión la abogada del Estado no desmiente lo alegado por la actora, esto es, que se trata de un extremo ajeno a los suscitados durante la tramitación del procedimiento inspector, ante los órganos de revisión económico-administrativos y en sede judicial. Pero alega que esta tercera cuestión de interés casacional no debería quedar fuera del presente recurso de casación, si bien tendría que redirigirse el debate al artículo 30 TRLIS, no al artículo 21 TRLIS. Es aquél, y no éste, el que posibilita la materialización de la ventaja fiscal puesta de manifiesto en el acuerdo de liquidación, pues el artículo 21 TRLIS se refiere a la exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, y, sin embargo, en este caso todas las operaciones analizadas se realizaron entre empresas domiciliadas en España.

5.Pese a lo argumentado por la abogada del Estado y pese a la actitud contradictoria de la parte recurrente sobre este extremo, esta Sala no debe entrar a valorar si la exención para evitar la doble imposición de dividendos y plusvalías del art. 21 TRLIS (único precepto al que se refiere la recurrente, y el auto de admisión, y no al art. 30 TRLIS) puede constituir una ventaja fiscal abusiva susceptible de regularización en los términos del art. 96.2 TRLIS, pues, en efecto, implicaría adoptar un pronunciamiento sobre una cuestión que no fue tratada en la instancia. Lo contrario contravendría lo dispuesto en el art. 93.1 LJCA, según el cual la sentencia

que se dicte en el recurso de casación, deberá resolver *"las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, anulando la sentencia o auto recurrido, en todo o en parte, o confirmándolos"*, sin que sea posible dar una respuesta general y en abstracto a las cuestiones con interés casacional objetivo que no hayan formado parte de la *ratio decidendi* del pronunciamiento de instancia impugnado, *"puesto que viene indisolublemente unida a cada caso concreto objeto de análisis"* (sentencia de 13 de noviembre de 2023, dictada en el recurso 1876/2022, entre otras).

OCTAVO.-Doctrina jurisprudencial que se establece.

Como consecuencia de todo lo razonado en los anteriores fundamentos de derecho, la doctrina que se establece es la siguiente:

En la cláusula antiabuso del art. 96.2 TRLIS está implícito un principio de proporcionalidad que permite la inaplicación parcial del régimen FEAC, incluso bajo la vigencia del TRLIS. La inaplicación parcial del régimen FEAC solo puede determinar la eliminación de las ventajas fiscalmente pretendidas de forma abusiva por el contribuyente, que deben de estar identificadas en el acuerdo de liquidación.

La regularización de la Administración podrá consistir en eliminar el diferimiento de las ganancias patrimoniales derivadas de la aportación no dineraria realizada en la constitución de una sociedad *holding*, haciendo tributar al contribuyente por las plusvalías latentes derivadas de la operación, únicamente, si la Administración justifica, mediante una motivación reforzada, que el diferimiento constituye el principal objetivo buscado al realizar la operación. Esta motivación reforzada deberá comprender una identificación de los elementos de prueba que sean claramente indicativos de esa finalidad.

NOVENO.-Resolución de las pretensiones deducidas en el proceso.

Por consiguiente, como quiera que la sentencia de instancia no se ajusta a la doctrina que se establece, pues, en primer lugar, rechaza la inaplicación parcial del régimen FEAC, y a continuación, admite la eliminación automática del diferimiento de las plusvalías latentes derivadas de la operación, el recurso de casación ha de ser estimado, y la sentencia recurrida debe de ser casada.

Esta decisión conlleva a su vez la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la sentencia dictada el día 13 de abril de 2022 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso núm. 640/2018, cuyo complemento fue rechazado en el auto de 7 de marzo de 2023, debiendo anular los actos impugnados, pues la eliminación del régimen de diferimiento en que ha consistido la regularización a la socia aquí recurrente, excedió de la eliminación de las ventajas fiscales abusivas identificadas en el acuerdo de liquidación.

DÉCIMO.-Pronunciamiento sobre costas.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, al no haber mala fe o temeridad en ninguna de las partes, no procede declaración de condena al pago de las costas causadas en este recurso de casación. Respecto de las generadas en la instancia, cada parte abonará las suyas y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Primero. Fijar los criterios interpretativos expresados en el fundamento jurídico octavo de esta sentencia.

Segundo. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la procuradora D.^a Silvia Vázquez Senín, en representación de D.^a Caridad contra la sentencia dictada el día 13 de abril de 2022 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso núm. 640/2018, cuyo complemento fue rechazado en el auto de 7 de marzo de 2023; sentencia y auto que se casan y anulan.

Tercero. Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de D.^a Caridad contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de fecha 5 de abril de 2018, estimatoria parcial del recurso de alzada frente a la del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia de 25 de septiembre de 2014, en relación al Acuerdo desestimatorio del recurso de reposición contra la liquidación provisional dictada por el Inspector Regional de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en la Coruña, por el concepto tributario del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio 2006; resoluciones que anulamos, declarando el derecho de la recurrente a obtener la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas con motivo de la eliminación del régimen de diferimiento en que ha consistido la regularización practicada, junto con los correspondientes intereses de demora.

Cuarto. No hacer imposición de las costas procesales de esta casación, ni las causadas en la instancia.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ