



REAF

revista de
información fiscal

Nº 348

Diciembre 2011

Revista de Economistas Asesores Fiscales

feliz navidad y año 2012

bon nadal i any 2012

bo nadal e ano 2012

eguberri eta 2012.
Urte zoriontsuak opa dizkizu

economistas

Consejo General

REAF · economistas asesores fiscales



Un cuento fiscal

Érase una vez un país que en la década de los 80 se incorporó a la Comunidad Europea y a consecuencia de ello, comenzó a adaptar su legislación a los Reglamentos y Directivas de la misma.

En ese país hacía muchos años que existía una ley específica que establecía un régimen fiscal favorable para las reestructuraciones de sociedades (fusiones, escisiones y canjes de acciones). Esta ley era totalmente intervencionista, ya que requería el requisito de autorización previa de la operación por parte de la Hacienda Pública.

Pero hete aquí que al entrar en la CEE esta situación debía cambiar, pues de todos es sabido que las leyes europeas no han sido nunca intervencionistas.

Así las cosas, allá por 1990 la CEE aprobó una Directiva de régimen fiscal favorable para las reestructuraciones de sociedades, a fin de facilitar este tipo de operaciones, permitiendo que existiera un diferimiento en el pago de los impuestos, pero estableciendo una cláusula antifraude para el caso de que las operaciones tuvieran como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal. Dicha cláusula comunitaria expresamente establecía una presunción, de manera que si la operación no se efectuaba por “motivos económicos válidos” se presumía que la operación se realizaba con fines de fraude o evasión fiscal. Además, la Directiva facultaba a los Estados Miembros a aplicar, total o parcialmente, dicha cláusula.

¿Qué hizo entonces el país?

Lógicamente, se apresuró a aprobar una ley específica adaptando su legislación a la Directiva. Pero curiosamente se olvidó

de trasponer la presunción de fraude o evasión fiscal” (desconocemos si no tenía ante sí el texto de la Directiva o si no se copió intencionadamente). Sea como fuere, la nueva ley empezó a aplicarse en el país el 1 de enero de 1992. Y como no existían antecedentes ni jurisprudencia, las empresas que iniciaban una reestructuración se basaban en los criterios administrativos que se iban emitiendo por la Hacienda de ese país.

¿Y cuáles eran esos criterios administrativos?

Pues bien, en un número de consultas administrativas superior a 100, la Hacienda entendió que todas las operaciones de reestructuración podían acogerse a la ley, sin hacer mención alguna o reserva a “motivos económicos válidos” ni mucho menos a fraude o evasión fiscal. Esta situación se mantuvo así durante 7 años y medio, es decir, hasta finales de junio de 1999. A partir de entonces la Hacienda del país empezó tímidamente a recoger en las consultas la necesidad de la existencia de “*motivo económico válido*” y finalmente, a finales del año 2000, la Ley fue reformada, introduciendo la presunción de fraude o evasión fiscal con mayor rigor incluso que en la Directiva.

Y durante todo ese tiempo, ¿qué hacían los asesores fiscales de las empresas que se querían reestructurar?

Pues estudiar los criterios administrativos y los artículos doctrinales de expertos -catedráticos, profesores y profesionales-, y aconsejar, con mayor o menor riesgo de equivocarse.

Todavía se recuerda que todos los artículos doctrinales de especialistas que se

publicaban en ese país –en número superior a diez- decían que como el concepto de fraude o evasión fiscal no estaba reconocido en la legislación interna, había que reconducirlo a la figura de “fraude de ley” que sí se reconocía en su ley específica.

Además, había algo muy importante, que iluminaba en cierto modo el camino de los asesores, y que hacía que éstos difícilmente pudieran pensar que se estaba cometiendo fraude o evasión fiscal. Y es que ese país obligaba a comunicar a la Hacienda Pública, con carácter previo, y con todo detalle, el tipo de operación concreto que se realizaba.

¿Qué pasó entonces durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1992 y finales del 2000?

Pues que se hicieron múltiples operaciones, algunas con evidente justificación económica, otras con poca, y otras con el único fin de conseguir un ahorro o diferimiento fiscal.

Y ¿qué hizo la Inspección de Hacienda de ese país?

Pues levantar actas de inspección, por doquier, basándose en que la Directiva Comunitaria ya preveía la presunción de fraude o evasión y en que la legislación interna de ese país, ya a partir del año 2000, recogía la presunción, incluso con más detalle. La inspección encontró un filón, levantando cientos de actas millonarias, y para las empresas afectadas empezó un auténtico “via crucis”.

Los asesores fiscales se quejaron y recurrieron las actas, algunos incluso pidieron que se planteara cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo que interpreta la Directiva.

Y ¿qué resolvieron los Tribunales?

Pues los Tribunales Administrativos dieron siempre la razón a la Inspección. Y los Tribunales Ordinarios, con la excepción de los Superiores de Justicia, reafirmaron a los Tribunales Administrativos. No obstante, a partir de febrero de 2011 algunos empezaron a reconocer y a resolver a favor de las empresas. Y curiosamente, consideraron unánimemente que el concepto de fraude o evasión fiscal había que reconducirlo a un artículo denominado “conflicto en la aplicación de la norma tributaria” contenido en una Ley específica del año 2003.

¿Cómo es que en los años 90 ningún experto tributario pensó en este artículo del 2003? “Sic”. Estos expertos no fueron visionarios.

Los jueces resolvieron, ya en el año 2011, algunas operaciones de los años 90, pero muchas aún tardaran años en resolverse definitivamente por el más alto tribunal de ese país, ya que estamos hablando de cientos de casos en discusión y muchos millones de euros en juego.

Sí que el más alto tribunal de ese país en una poco trabajada sentencia del 2011, siendo parte del litigio la Banca más sólida de Europa, asimiló el fraude o evasión fiscal a la falta de motivos económicos válidos con el argumento de que se preveía en la Directiva. Pero todavía el ponente de la referida sentencia tiene pendiente de responder a la pregunta : ¿porqué el legislador nacional por dos veces en 1991 y 1995 al transponer la Directiva no copió la presunción de fraude y sí lo hizo en el 2000 ?. En sentencias futuras deberá intentar explicarlo si mantiene esa tesis. No basta con apelar al “espíritu de la ley”

¿Cómo acabará el cuento?

Hasta dentro de unos años no conoceremos su final, que no es ningún cuento, sino una cruda realidad para los afectados. Esperemos que todos aquellos que actuaron confiando en los criterios administrativos no sean defraudados, aún cuando lo hayan pasado mal muchos años, y no olvidemos nunca que las operaciones de

reestructuración en ese país fueron totalmente transparentes desde su inicio, efectuadas en escritura pública y comunicadas a Hacienda incluso antes de su inscripción registral. ¡Ya podía la Administración haberlas desincentivado antes! Pero no lo hizo. Esperemos, al menos, que el cuento –o mejor, la historia-, tenga un final feliz.

Ángel Sáez. Economista