

CRISTINA GARCÍA-HERRERA BLANCO

Profesora Contratada Doctora de la UCM

PEDRO M. HERRERA MOLINA

Profesor Titular de la UCM

Extracto:

TRAS la sentencia *Lankhorst* España ha suprimido la subcapitalización y la transparencia fiscal internacional en el ámbito de la Unión Europea. Alemania ha optado por extender la subcapitalización a los préstamos de residentes, pero sometiéndola a tales requisitos que resulta dudosa su eficacia.

Si tenemos en cuenta que las libertades comunitarias se proyectan –en parte– sobre los Estados del Espacio Económico Europeo y los Estados Asociados podemos llegar a la conclusión de que la jurisprudencia comunitaria *ha puesto sitio a la Justicia fiscal en Europa*. El único instrumento que –prácticamente– resta a los Estados miembros es la cláusula general anti-fraude (nuestro antiguo fraude de ley y futuro «conflicto» en la aplicación de las normas), pero tales mecanismos son complejos de aplicar, lo que les resta eficacia si no se completan con cláusulas específicas.

Ante esta situación cabría proponer el establecimiento de cláusulas específicas aplicables de modo general a residentes y no residentes basadas en presunciones *iuris tantum* en el caso de que afecten a no residentes *siempre que otra solución resultara impracticable y más perniciosa para las libertades comunitarias*.

Por otro lado, sería conveniente un giro en la jurisprudencia comunitaria, pues la defensa a ultranza de las libertades comunitarias, al privilegiar a los grandes operadores económicos, está dificultando el pleno ejercicio de dichas libertades por las pequeñas empresas. En este sentido, podría afirmarse que una mínima garantía de la tributación con arreglo a la capacidad económica constituye un presupuesto lógico para un adecuado ejercicio de las libertades comunitarias.

También sería preciso reformular el principio de coherencia en la jurisprudencia comunitaria, de modo que se aplique al grupo de sociedades y al conjunto de la situación fiscal teniendo en cuenta también los efectos de los Convenios de Doble Imposición.

De este modo el Tribunal se convertiría en un auténtico adalid de las libertades comunitarias sin riesgos de favorecer tan sólo a los grandes grupos económicos.

* Agradecemos a Elena OTERO-NOVAS MIRANDA, Abogado del Estado, y a Eduardo SANZ GADEA, Inspector de Hacienda del Estado, sus valiosas observaciones, que hemos incorporado al texto original.

Sumario:

- I. Planteamiento.
- II. La exclusión de las cláusulas específicas antiabuso del ámbito europeo: jurisprudencia comunitaria y reacción del legislador.
- III. Crítica desde un análisis *ortodoxo* de las libertades comunitarias.
 1. Punto de partida.
 2. Libertad de movimientos de capitales y terceros Estados.
 3. Libertad de establecimiento y Estados Asociados y Estados del Espacio Económico Europeo.
- IV. Alternativa *al filo de la navaja*: establecimiento de presunciones *iuris tantum* para no residentes.
- V. Crítica desde un análisis *heterodoxo* de las libertades comunitarias.
 1. Recapitulación.
 2. Necesaria eficacia en el control.
 3. Capacidad económica como exigencia lógica de la no discriminación.
 4. Discriminación inversa de las pequeñas empresas.
 5. Paradojas de la proporcionalidad y la practicabilidad.
- VI. Alternativa *a la jurisprudencia comunitaria*: reinterpretación del principio de coherencia.
- VII. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO

La jurisprudencia comunitaria, bajo la bandera de las libertades económicas, ha puesto cerco a las normas especiales antiabuso de los Estados miembros. El muro de la subcapitalización acaba de derrumbarse, la transparencia fiscal se viene abajo, las cláusulas de limitación de beneficios ofrecen serias dudas ¹ y –a juicio de algunos– el Tribunal se apresta a saltar el foso de las operaciones vinculadas ².

Este asedio no sólo tiene relevancia en el actual ámbito comunitario. El Tratado sobre el Espacio Económico Europeo y los Tratados de Asociación con terceros Estados permiten hablar –aun de modo metafórico– de *un asedio a la Justicia fiscal en Europa*.

Las cláusulas específicas antiabuso presentan numerosas deficiencias que deben corregirse. Ahora bien, en ausencia de una mínima armonización de los impuestos directos, los mecanismos antiabuso resultan indispensables para garantizar la Justicia tributaria e incluso para *salvaguardar un ejercicio de las libertades que no discrimine a los pequeños operadores económicos* privilegiando, en cambio, a los grandes grupos multinacionales.

Somos conscientes de que tal planteamiento resulta *heterodoxo* y supone una abierta discrepancia con algunas afirmaciones de la jurisprudencia comunitaria y de la doctrina científica que alienta esta postura del Tribunal. Ahora bien, un jurista no debe aceptar los pronunciamientos jurisprudenciales –por elevados y relevantes que resulten– sin someterlos al tamiz de la crítica.

Cabalgar y romper una lanza en favor de la Justicia tributaria puede parecer un empeño trasnochado o una salida quijotesca. Afrontamos el riesgo con buen ánimo pertrechados con las mismas armas que utiliza el Tribunal: la lanza de las libertades comunitarias y el yelmo de la proporcionalidad. En realidad, no se trata de una salida solitaria, pues alguna voz más autorizada ha desplegado ya sus pabellones en este campo.

¹ Cf. F.A. VEGA BORREGO, *Las medidas contra el «treaty shopping»*, IEF, Madrid, 2003, págs. 390-393.

² En este sentido se ha pronunciado, a título de hipótesis, J. ALMUDÍ CID en la Jornada sobre Fiscalidad Internacional, organizada por la Editorial Aranzadi en colaboración con el Instituto de Estudios Fiscales, el 17 de noviembre de 2003.

Antes de comenzar esta desigual batalla, conviene explorar el terreno: la brecha abierta por el Tribunal de Justicia en las cláusulas antiabuso es más profunda de lo que pudiera parecer. El legislador español se ha retirado con cierto desorden y corre el riesgo de verse cercado por el alcance extracomunitario de las libertades económicas.

Tras mostrar la situación actual de la jurisprudencia comunitaria y la reacción del legislador (epígrafe II), revelaremos cómo los problemas van más allá del ámbito comunitario (epígrafe III) y valoraremos qué otras respuestas hubieran podido adoptarse sin traspasar el cerco del Tribunal, aun adoptando una incierta posición de vanguardia (epígrafe IV). A continuación cargaremos directamente sobre el flanco más débil del Tribunal intentando mostrar su incoherencia con los principios del Tratado que pretende defender (epígrafe V) y propondremos la línea hacia la que debería replegarse para actuar como verdadero adalid de las libertades comunitarias (epígrafe VI). Por último, formularemos algunas conclusiones que puedan orientar próximas lides (epígrafe VII).

II. LA EXCLUSIÓN DE LAS CLÁUSULAS ESPECÍFICAS ANTIABUSO DEL ÁMBITO EUROPEO: JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y REACCIÓN DEL LEGISLADOR

Recientemente, el Tribunal de Justicia, en el asunto *Lankhorst*³, ha declarado que la norma anti-subcapitalización alemana vulnera la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 43 del TCE y no puede justificarse en una finalidad antielusiva, pues resulta desproporcionada. En consecuencia, es contraria al ordenamiento comunitario⁴.

Este pronunciamiento del Tribunal de Justicia no ha sido acogido con sorpresa entre nosotros, básicamente por dos razones. De un lado, porque supone una continuidad en la jurisprudencia comunitaria de los últimos tiempos, en la línea de defensa al máximo de las libertades comunitarias, cuyas restricciones deben suprimirse. Así, este fallo supone la reafirmación de una posición consolidada en la jurisprudencia del Tribunal, consistente en una interpretación restrictiva de las excepciones a las libertades comunitarias. Con excepción del antiguo asunto *Daily Mail*⁵ –un supuesto en que el contribuyente intentaba perpetrar un fraude a la ley tributaria inglesa– el Tribunal no ha admitido ninguna restricción fiscal a la libertad de establecimiento, pese a los diversos motivos «razonables» alegados por los Estados miembros.

³ STJCE 12-12-2002, As. C-324/00, Rec. p. I-11779.

⁴ Dicha norma, en el artículo 8 bis.1 *KStG*, dispone que «La retribución de los recursos ajenos que una sociedad de capital, sujeta sin limitación al impuesto, haya obtenido de un socio que carece de crédito fiscal, que haya poseído en el curso del ejercicio económico una participación sustancial en el capital de la sociedad, se considerará constitutiva de un reparto de beneficios encubierto cuando: (...) 2. Se haya acordado una retribución calculada según un porcentaje del capital y los recursos ajenos tripliquen durante el ejercicio el valor de la participación de dicho socio, a menos que la sociedad hubiera podido obtener estos recursos ajenos de un tercero en iguales condiciones o si se trata de recursos ajenos prestados para financiar operaciones bancarias habituales...».

⁵ STJCE 27-9-1988, C-81/87, Rec. p. 5483.

De otro lado, la sentencia *Lankhorst* supone el reconocimiento comunitario a la posición de un nutrido sector doctrinal en nuestro país que, desde hace años, prácticamente desde la incorporación de la norma anti-subcapitalización a nuestro ordenamiento, venía criticando esta norma, por considerarla contraria al principio de no discriminación, tanto del Derecho convencional como del Derecho comunitario ⁶.

Pues bien, esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de fiscalidad directa y libertades comunitarias nos lleva a reflexionar sobre *la validez que poseen en el ámbito comunitario las cláusulas antiabuso específicas contenidas en los ordenamientos de los Estados miembros* ⁷. El Tribunal, en el caso *Lankhorst*, ha considerado que vulnera el Derecho comunitario la norma anti-subcapitalización, pero lo que debemos plantearnos entonces es si *otras normas antiabuso específicas* contenidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades, tales como la transparencia fiscal internacional del artículo 121, los precios de transferencia del artículo 16 o la limitación, contenida en el artículo 17.1, al cambio de residencia de entidades establecidas en España, tienen legitimidad comunitaria o, en cambio, se trata de normas que deben desaparecer de los respectivos ordenamientos de los Estados miembros.

Si la respuesta es positiva y deben expulsarse del ámbito comunitario las cláusulas específicas, sólo quedaría hacer frente a las conductas elusivas en este ámbito mediante la *aplicación de una cláusula antiabuso general*, aplicación cuyas dificultades son por todos conocidas, tal y como ha sido denunciado en numerosas ocasiones ⁸. Esta solución es, a nuestro juicio, *insatisfactoria*, en la medida en que va a implicar una mayor facilidad para perpetrar el fraude en el ámbito comunitario. En este sentido nos parece relevante, además, tener en cuenta la próxima incorporación a la Unión Europea de países con regímenes fiscales de baja tributación, tales como Chipre y Malta, lo que agrava aún más ese resultado insatisfactorio al que nos referimos.

⁶ Cfr. J.M. CALDERÓN CARRERO, «Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de la compatibilidad con los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario», *CT*, 76, 1995; M. VILLAR EZCURRA, «El tratamiento tributario de la subcapitalización en España frente a las exigencias de no discriminación del Derecho comunitario», *Carta Tributaria, Monografías*, 300, 1998; C. PALAO TABOADA, «Límites a la aplicación de la norma española contra la subcapitalización: estado de la cuestión», *RTT*, 46, 1999; T. CORDÓN EZQUERRO y M. GUTIÉRREZ LOUSA, «Subcapitalización: tratamiento jurídico tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación», en AA.VV., T. CORDÓN EZQUERRO (dir.), *Manual de fiscalidad internacional*, IEF, Madrid, 2001; C. GARCÍA-HERRERA BLANCO, *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001; F. VEGA BORREGO, «La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del Derecho comunitario», *CT*, 104, 2002.

⁷ Se ha dicho que la sentencia *Lankhorst* supone poner en tela de juicio la aplicabilidad, en el ámbito comunitario, de las medidas anti-elusión internacionales, de carácter específico, aprobadas por los Estados miembros (vid. J. ALMUDÍ CID y F. SERRANO ANTÓN, «La problemática efectividad en el ámbito comunitario de las cláusulas antiabuso específicas de carácter internacional aprobadas por los Estados miembros: el caso *Lankhorst-Hohorst GMBH*, (STJCE 12-12-2002)», *Comentarios de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Año 2002*, AA.VV. (dir. P.M. HERRERA MOLINA y coord. B. GARCÍA CARRETERO), IEF, Madrid, 2003, ap. VI.

⁸ Tal y como ha afirmado, recientemente, el profesor PALAO, «la norma del artículo 24 de la LGT se ha demostrado ineficaz si esta eficacia se mide por el número de veces que ha sido aplicada que, como es sabido, ha sido muy escasa» («La norma anti-elusión del Proyecto de nueva Ley General Tributaria», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, 248, 2003, pág. 73).

No debe perderse de vista que las cláusulas específicas nacen para facilitar la labor de la Administración en su lucha contra la evasión fiscal. Como afirma la profesora SOLER ROCH, ante el amplio espectro de posibilidades que, en relación con la fiscalidad, ofrecen las actuaciones en un escenario internacional, la reacción de los ordenamientos no se ha hecho esperar; si los Estados contraatacan con normas anti-elusión cuando se trata de contrarrestar la planificación fiscal en el ámbito interno, no lo van a hacer menos cuando se trata de estas mismas operaciones, cuando éstas se trasladen a aquel escenario»⁹.

Por lo que a España se refiere, la sentencia *Lankhorst* tiene una relevancia indiscutible en nuestro Derecho interno. Para empezar, la norma sobre subcapitalización de sociedades española, contenida en el artículo 20 de la LIS, era prácticamente idéntica a la del ordenamiento alemán¹⁰. O peor aun. En realidad, la lesión del ordenamiento comunitario parece todavía más patente en el caso español, pues la norma se aplica exclusivamente a los no residentes. Por otra parte, la legislación alemana era más flexible que la española, pues excluía tajantemente la aplicación de la norma cuando se probara que la «sociedad hubiera podido obtener estos recursos ajenos de un tercero en iguales condiciones o si se trata de los recursos ajenos prestados para financiar operaciones bancarias habituales» [art. 8 bis (2) KStG], en tanto que la ley española sólo permite «someter (*sic*) a la Administración tributaria (...) una propuesta para la aplicación de un coeficiente distinto», fundamentada en el endeudamiento que hubiera podido obtenerse en condiciones normales de mercado. En definitiva, la literalidad del artículo 20.2 *parece* atribuir a la Administración una mayor libertad de apreciación que la norma alemana.

Por ello, la respuesta de nuestro legislador no se ha hecho esperar y además, a diferencia de lo que había sucedido en ocasiones anteriores en las que las que el legislador había modificado tímidamente nuestro ordenamiento¹¹, en esta ocasión *la respuesta ha sido tajante*. En efecto, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social suprime la aplicación de la cláusula de la subcapitalización –y también la de la transparencia fiscal internacional– en el ámbito de la Unión Europea.

⁹ Vid. M.T. SOLER ROCH, «Presentación», en la obra colectiva *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho comunitario*, (M.T. SOLER ROCH y F. SERRANO ANTÓN directores), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, págs. 16 y 17. A. MARTÍN JIMÉNEZ había advertido ya frente a los excesos del «optimismo jurídico» (*legal optimism*) basado en la «impresionante labor» realizada por el Tribunal de Justicia (*Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community. An Institutional and Procedural Analysis*, Kluwer Law International, Londres, 1999, pág. 261).

¹⁰ En efecto, tanto el ordenamiento alemán como el español, en su lucha contra la subcapitalización de sociedades optan por un método objetivo o método de las ratios fijas, en virtud del cual, cuando el endeudamiento supera un determinado límite, automáticamente los intereses que corresponden al exceso tienen la consideración fiscal de dividendos.

¹¹ Piénsese, por ejemplo, en las modificaciones sufridas por el artículo 20 de la LIS por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE 31 de diciembre de 2001) que modifica el apartado tercero del artículo 20 en el que se regulaban las propuestas previas de valoración. En concreto, con la modificación se amplía el ámbito de aplicación a los supuestos en los que cabe proponer a la Administración la fijación de un coeficiente distinto del previsto en la Ley, que en principio se había reservado a países con convenio y a condición de reciprocidad. Sobre la insuficiencia de esta modificación *cfr.*: C. GARCÍA-HERRERA BLANCO, «La subcapitalización, a debate», *Aranzadi Fiscal*, 39, 2002, pág. 9.

En concreto, la Ley, para adecuar la norma anti-subcapitalización a la jurisprudencia comunitaria, añade un nuevo apartado, el cuarto, al mencionado artículo 20 y ello, como veremos seguidamente, va a dejar abiertos algunos flancos. El mencionado apartado dispone textualmente «lo previsto en este artículo no será de aplicación cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal». Igualmente, también con la finalidad de suprimir la transparencia fiscal internacional del ámbito comunitario, la Ley incorpora al artículo 121 de la LIS un nuevo apartado redactado en los mismos términos que el artículo 20.4.

Sin embargo, a nuestro juicio, la opción legislativa es criticable porque deja abierta una puerta a la evasión. En efecto, tras la lectura del nuevo artículo 20, lo primero que cabe preguntarse es qué sucede en aquellos supuestos en los que la matriz vinculada residente en la Unión Europea, que presta los fondos a su filial europea, ha recibido tales fondos de una vinculada no residente. Estamos claramente ante un *supuesto de vinculación indirecta*, tipo de vinculación que el artículo 20.1 de la LIS había previsto para evitar la elusión de la norma. No obstante, como consecuencia de la técnica utilizada en la adecuación de nuestro ordenamiento al Derecho comunitario *se ha dejado abierta una vía de elusión para sociedades vinculadas no residentes*, puesto que el mencionado apartado cuarto excluye la aplicación para el ámbito de la Unión Europea de lo establecido en el resto del precepto.

De acuerdo con lo anterior, como consecuencia de la supresión de estas normas en el ámbito comunitario, la situación actual es la misma que la que existía en España hace ya unos años. Así, hemos de remontarnos al año 1991 para la subcapitalización y al año 1995 para la transparencia fiscal internacional. Es decir, actualmente, no existe una norma interna específica para luchar contra la subcapitalización de las sociedades vinculadas ni contra la transparencia fiscal internacional en el ámbito comunitario. Por tanto, la Administración española se verá obligada a acudir a la norma interna general: el tradicional «fraude de ley» del artículo 24 de la LGT de 1963, aún en vigor (e inminente «conflicto en la aplicación de la norma tributaria» del art. 15 de la nueva LGT). Con ello se respetará la jurisprudencia comunitaria¹², pero parece que debiéramos plantearnos a qué precio. A

¹² No comparte esta idea J. ALMUDÍ CID, pues el artículo 15 de la LGT sólo exige que el negocio jurídico resulte *notoriamente* artificioso o impropio, mientras que la jurisprudencia comunitaria exige que el «montaje» sea «puramente» artificial. Además, la ley española se aplica cuando del negocio no se deriven *efectos jurídicos o económicos relevantes* distintos del ahorro fiscal, mientras que la jurisprudencia comunitaria no parece oponerse a una medida que *tan sólo suponga un ahorro fiscal* si no es notoriamente artificiosa. Ahora bien, el segundo requisito del artículo 15 se exige *de forma concurrente* con el primero. Si no estamos ante un negocio *notoriamente artificioso* no podrá aplicarse la cláusula antiabuso *aunque el único efecto de tal negocio sea el ahorro fiscal*. La clave está en determinar si la expresión «notoriamente artificioso» puede considerarse equivalente a la de «puramente artificial». A nuestro juicio la respuesta debe ser afirmativa. No cabe interpretar literalmente la «pureza» de la artificiosidad en la jurisprudencia comunitaria (artificioso al 100 por 100), pues tal exigencia resulta contradictoria con el concepto de artificiosidad (que implica una mezcla de elementos aparentes y reales). Tampoco cabe interpretar literalmente los términos «notoriamente artificioso», pues resultan contradictorios: el artificio implica cierta ocultación incompatible generalmente con su «notoriedad» (con su carácter maniifiesto). Por tanto, tanto la cláusula interna como los requisitos de la jurisprudencia comunitaria deben interpretarse en el sentido exigir un *alto grado de artificiosidad*. El que la jurisprudencia española interprete este concepto jurídico «difuso» (más que indeterminado) de modo compatible con la jurisprudencia comunitaria es una cuestión que sólo podrá resolverse dentro de unos años, sin que –a nuestro juicio– existan criterios sólidos que permitan formular un pronóstico fiable (J. ALMUDÍ CID, *Las libertades fundamentales comunitarias impiden la aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional incluso cuando la entidad participada es residente en terceros estados*, *QF*, 2004, en prensa, apartado 7).

su vez es de suponer que va a implicar una *pérdida recaudatoria para los Estados miembros*. Por esta razón, el Consejo Económico y Social, en su dictamen al Anteproyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 7 de octubre de 2003, llama la atención sobre «la eventual reducción recaudatoria que puede derivarse de la no aplicación de las normas sobre subcapitalización en la línea con la aplicación de una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, contenidas en el apartado 4 del artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, a las entidades que tengan vinculación con otra u otras entidades residentes en otro Estado miembro de la Unión»¹³. Ahora bien, como ha afirmado el Tribunal de Luxemburgo en diversas ocasiones la pérdida de recaudación de los Estados no es un argumento que permita justificar el establecimiento de una medida contraria al Derecho comunitario.

Lo que, en nuestra opinión, debe plantearse es si el Tribunal no está llevando demasiado lejos las libertades comunitarias, es decir, si no estamos asistiendo a lo que se ha calificado como *auténtica «glorificación» de las libertades económicas comunitarias, en detrimento de la justicia tributaria* e incluso, como veremos más adelante, *en menoscabo de las propias libertades económicas*.

En definitiva, pensamos que, tal y como dice GARCÍA PRATS, el derecho comunitario constituye un límite importante a la aplicación de la normativa interna antiabuso. Ésta ha de restringirse a los supuestos en los que exista un riesgo de abuso efectivo, supeditada a la inexistencia de discriminación y siempre que esté además justificada por motivos de interés público¹⁴.

Igualmente, hemos de plantearnos la reacción del legislador español ante el asunto *Lankhorst* y reflexionar sobre si no habría sido posible alcanzar tal compatibilidad con el ordenamiento comunitario sin tener que declarar la absoluta inaplicabilidad del artículo 20 cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado de la Unión Europea. Por el contrario, nos parece que podría haberse conseguido plenamente la compatibilidad de nuestro Derecho con el principio de no discriminación y las libertades económicas sancionadas por el Derecho comunitario de otra forma. Así, por ejemplo, incluyendo también la subcapitalización interna en el artículo 20 de la LIS y configurando la norma como una presunción *iuris tantum*. Ésta ha sido la solución por la que se ha optado en Alemania¹⁵. En concreto, se han

¹³ Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, Dictamen 11/2003, Consejo Económico y Social, pág. 43.

¹⁴ Vid. A. GARCÍA PRATS, «Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho comunitario», en la obra colectiva *Las medidas anti-abuso...*, cit., pág. 204.

¹⁵ El artículo 3.1 de la Ley de 22 de diciembre de 2003 para aplicar la Declaración Federal relativa a la Recomendación sobre una Ley de supresión de Beneficios fiscales –publicada en el *Bundesgesetzblatt* 2003– da nueva redacción al párrafo 8.a) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades alemán. En Francia, en cambio, aún no se ha producido la reacción legislativa a la sentencia *Lankhorst*, si bien en este país diversos tribunales (la Cour d'Appel de Lyon y le Tribunal Administratif de Cergy Pontoise) habían afirmado ya la incompatibilidad de la norma francesa en materia de subcapitalización (art. 212 del Código General de Impuestos) con la libertad de establecimiento (*cf.* S. GELIN et M. COLLET, «Les règles de sous-capitalisation en Europe et les propositions de réforme aux États-Unis», *Option Finance*, sept. 2003).

incorporado dos medidas de simplificación para que la norma de subcapitalización pueda aplicarse indistintamente de modo practicable a los préstamos aportados por personas residentes y no residentes. De un lado, se limita la aplicación de la norma al supuesto en que los intereses superen los 250.000 euros y, de otro lado, se excluyen los préstamos a corto plazo. En cambio, el coeficiente de subcapitalización que antes se encontraba en una relación de tres a uno se reduce de uno y medio a uno. Como ya sucedía antes de la reforma, la norma no se aplica cuando conste que los fondos podían haberse obtenido en iguales circunstancias de un tercero independiente ¹⁶.

Quizá el legislador español ha optado por no extender la norma antisubcapitalización a los residentes por entender que ello es *innecesario para evitar la elusión*. Sin embargo, como es sabido ello no es del todo cierto porque *también en el ámbito interno* pueden las sociedades utilizar esquemas de financiación que sitúen el beneficio en una sociedad sujeta a un tipo efectivo inferior al normal, bien porque existan pérdidas a compensar o deducciones pendientes de practicar y cercanas a su prescripción. Asimismo, si bien es cierto que la extensión a residentes de la cláusula de subcapitalización implica un *esfuerzo importante para la Administración*, como consecuencia del gran número de supuestos de subcapitalización frente a los que se va a encontrar, no hay que olvidar que es algo que sí se hace *en otras ocasiones*, como en el caso de las *operaciones vinculadas*.

En este contexto, creemos que debe tenerse en cuenta la afirmación del Tribunal de Justicia, en la sentencia *Lankhorst*, que ante el argumento de «riesgo de evasión fiscal» como justificación de la restricción a una libertad comunitaria, manifiesta que la medida específica antiabuso alemana, «no tiene por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes puramente artificiales, cuyo objetivo sea eludir el peso de la obligación fiscal alemana, sino que contempla en general, cualquier situación en la que la sociedad matriz tenga, sea cual fuere el motivo, su domicilio fuera de la República Federal Alemana» (FJ 37).

En nuestra opinión, lo que el Tribunal quiere decir al utilizar este argumento es que no caben desde la perspectiva comunitaria cláusulas que funcionen como *safe harbours* o incluso que no caben normas sustantivas, ficciones o presunciones que no admitan prueba en contrario ¹⁷. Es decir, no son admisibles cláusulas que, *con la finalidad de evitar la elusión*, sometan a tributación determinados beneficios obtenidos por motivos económicos válidos. Desplegaremos las implicaciones de este argumento en el epígrafe IV.

¹⁶ Será necesario esperar para que pueda determinarse si la norma resulta eficaz para combatir la elusión fiscal y si resulta plenamente practicable su aplicación, con igual intensidad de control a los fondos aportados por residentes y por no residentes.

¹⁷ Si bien en otro contexto, la OCDE ha resaltado que el método objetivo de la antisubcapitalización puede utilizarse incorrectamente, como un puerto seguro, para las sociedades, facilitándose de esta manera la competencia fiscal nociva (OCDE, *La competencia fiscal nociva. Un tema global*, París, 1998, párrafo 168).

III. CRÍTICA DESDE UN ANÁLISIS *ORTODOXO* DE LAS LIBERTADES COMUNITARIAS

1. Punto de partida.

Como ya hemos indicado más arriba, en los últimos años, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo viene evolucionando en la línea de defensa al máximo de las libertades comunitarias, siendo cada vez más restrictivo a la hora de admitir las excepciones que pueden afectar a dichas libertades. Tales excepciones son la pérdida recaudatoria de los Estados, la necesidad de garantizar la coherencia del sistema tributario o el propósito de garantizar los controles fiscales.

Además, esta llamada «glorificación» de las libertades económicas corre el peligro de verse aún más reforzada por varias circunstancias: de una parte, la aplicación de la libertad de establecimiento a los nacionales de Estados con Convenios de asociación y, de otra parte, por la aplicación de la libertad de circulación de capitales a terceros países ¹⁸.

2. Libertad de movimientos de capitales y terceros Estados.

El artículo 56.1 del TCE dispone que «en el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países». Este precepto ha sido interpretado como la consagración de la extensión de los efectos de la libre circulación de capitales a terceros Estados ¹⁹.

En consecuencia, la norma sobre subcapitalización de sociedades contenida en el artículo 20 de la LIS podría considerarse contraria a la libre circulación de capitales, incluso *cuando la entidad prestamista sea residente en un tercer Estado no comunitario*.

¹⁸ Cfr: B. GARCÍA CARRETERO y P.M. HERRERA MOLINA, «Imposición directa e Impuesto sobre el Valor Añadido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Comentarios de jurisprudencia comunitaria*, cit.

¹⁹ J.M. ALMUDÍ CID, «Las libertades...» cit., epígrafe 4.D. El autor matiza su postura advirtiendo que «el principio de libre circulación de capitales podrá constituir una limitación a la aplicación de la norma de TFI española únicamente cuando el Estado de residencia de la entidad participada cuente con un convenio que permita a la Administración española solicitar información para aplicar los tributos internos y siempre, claro está, que la estructura utilizada por el contribuyente no pueda calificarse como *puramente artificiosa*. Precisamente por ello, la ausencia de intercambio de información que caracteriza a determinados Estados podría justificar, a mi juicio, la existencia del régimen de TFI, dado que el Estado de residencia de los socios o partícipes podrá verse incapacitado para verificar el grado de artificialidad o artificiosidad que concurre en la estructura empleada por el contribuyente, así como para verificar el contenido de la declaración presentada por éste».

3. Libertad de establecimiento y Estados Asociados y Estados del Espacio Económico Europeo.

De acuerdo con la libertad de establecimiento, quedan prohibidas las restricciones al establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, así como las restricciones a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro (art. 43 del TCE).

El Tribunal de Justicia ha reconocido la aplicación de la libertad de establecimiento a nacionales de Estados que tengan Convenios de Asociación con la Comunidad Europea ²⁰. Así, en el STJCE 20-11-2001, *Jany*, As. C-268/99 ²¹, se reconoce que el derecho de establecimiento, tal y como está definido en los artículos 44.3 del Acuerdo de asociación Comunidades/Polonia y 45.3 del Acuerdo de asociación Comunidades/República Checa, implica que se reconoce un derecho de entrada y un derecho de estancia, como corolarios de aquél, a los nacionales polacos y checos, respectivamente, que deseen ejercer actividades de carácter industrial, comercial y artesanal o profesionales liberales en un Estado miembro ²².

Además, como nos recuerda ALMUDÍ CID, a partir de la entrada en vigor del Acuerdo mediante el que se crea el Espacio Económico Europeo, «las cuatro libertades comunitarias extienden sus efectos a tres Estados que no forman parte de la Unión Europea: Islandia, Liechtenstein y Noruega» ²³.

De acuerdo con lo anterior, puede afirmarse que la norma antisubcapitalización española no podrá aplicarse tampoco cuando el endeudamiento de la entidad residente en España, en las condiciones establecidas en el artículo 20 de la LIS, sea con *una entidad con la que la Comunidad tenga firmado un Convenio de asociación* ²⁴ o un Estado del Espacio Económico Europeo que no forme parte de la UE.

²⁰ Recuérdese que estos Convenios de Asociación tienen como finalidad ofrecer un marco apropiado para el diálogo político que permita desarrollar unas relaciones estrechas entre las partes, fomentar la expansión del comercio y unas buenas relaciones económicas entre ellas, además de favorecer el marco apropiado para la gradual integración de tales Estados en las Comunidades.

²¹ En la misma línea, véanse las SSTJCE de 27-9-2001, *Gloszczuk* (As. C-63/99) y *Barkozi y Malik* (As. C-257/99).

²² Ahora bien, tal y como se desprende también de los artículos 58.1 y 59.1 de los mencionados Acuerdos, esos derechos de entrada y salida no constituyen prerrogativas absolutas, ya que, en su caso, las normas del Estado miembro de acogida pueden limitar su ejercicio por motivos de orden público derivados de las conductas individuales de los interesados, siempre que establezcan restricciones semejantes respecto de sus propios nacionales (*Jany*, ap. 27).

²³ J. ALMUDÍ CID, «Las libertades...», epígrafe 4.A.

²⁴ De la misma opinión, en relación con la transparencia fiscal internacional, es J.M. ALMUDÍ CID. La Comunidad tiene firmados Convenios de Asociación con Hungría, Bulgaria, Turquía, Polonia, República Checa.

IV. ALTERNATIVA AL FILO DE LA NAVAJA: ESTABLECIMIENTO DE PRESUNCIONES *IURIS TANTUM* PARA NO RESIDENTES

La *retirada* del legislador español parece *excesiva, en cuanto deja desprotegida* la Justicia tributaria e *insuficiente* para las exigencias de la jurisprudencia comunitaria. Aparentemente hubiese sido fácil alcanzar ambos objetivos *extendiendo la subcapitalización a los préstamos concedidos por residentes*. Estaríamos ante una solución semejante a la que rige en el ámbito de las operaciones vinculadas del artículo 16 de la LIS. No obstante, la norma española sobre operaciones vinculadas presenta la peculiaridad de aplicarse tan sólo cuando se produzca una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación, circunstancia que ha hecho dudar a algunos autores de su validez en el Derecho comunitario ²⁵.

Ahora bien, lo que hay que analizar con detenimiento es qué otra solución le queda al legislador –aparte, claro está, de eliminar radicalmente la cláusula antiabuso específica– si la opción de extender la norma de subcapitalización a los residentes es *desproporcionada* –por el pequeño riesgo de elusión que se da en el ámbito interno– o incluso *impracticable*, dado el número de controles que deberían llevarse a cabo para que la norma se cumpliera de modo efectivo ²⁶.

Pese a lo anteriormente afirmado, debemos también plantearnos, en el caso de que fuera practicable extender la norma antisubcapitalización a los residentes, si tendría sentido que la norma se configurase como una presunción. Es decir, cabe plantearse hasta qué punto es lógico presumir que el endeudamiento entre sociedades residentes encubre una aportación de capital cuando presumiblemente esto no sucederá entre sociedades residentes.

Continuando con nuestra argumentación, y si fuera cierto que extender la norma antisubcapitalización al ámbito interno es impracticable, a nuestro juicio, la ley tendría otra opción que podría considerarse acorde con la jurisprudencia comunitaria. Se trataría de *articular la subcapitalización mediante una presunción* ²⁷ *iuris tantum aplicable tan sólo a los préstamos otorga-*

²⁵ Cfr. J. ALMUDÍ CID y F. SERRANO ANTÓN, «La problemática efectividad...», cit., epígrafes VI y VII.

²⁶ No obstante, a juicio de E. SANZ GADEA, sería practicable configurar una norma de subcapitalización basada en las siguientes características: «establecimiento de un refugio seguro determinado en función de la estructura financiera del grupo de sociedades, de manera tal que sirviera de comparación respecto de la estructura financiera de las sociedades que componen el grupo sujetas al control de subcapitalización. Admisión del denominado método del banquero independiente, tanto en el procedimiento de comprobación como en un procedimiento previo de valoración, a modo de corrección del refugio seguro. La norma de subcapitalización se aplicaría en relación con los grupos internos e internacionales, cualquiera que fuere la residencia de la sociedad matriz, y tendría efectos tanto en relación con dicha sociedad como con las sociedades filiales» («La subcapitalización y el Derecho Comunitario», ponencia presentada a la Jornada sobre Fiscalidad Internacional, organizada por la Editorial Aranzadi en colaboración con el Instituto de Estudios Fiscales, el 17 de noviembre de 2003). Agradecemos al autor que nos haya facilitado el texto inédito de su ponencia, y nos haya permitido citarla, aunque con el carácter de mero borrador. El legislador alemán discute también una fórmula para extender la subcapitalización a los préstamos otorgados por entidades residentes.

²⁷ Sobre las presunciones en el Derecho tributario, en la función aplicativa y en la función normativa, véase, por todos, J.A. ROZAS VALDÉS, *Presunciones y figuras afines en el Impuesto sobre Sucesiones*, IEF-Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 29 y ss.

dos por no residentes ²⁸. Una vez que la Administración hubiera probado la *ratio* de subcapitalización y los demás requisitos objetivos exigidos por la ley sería el contribuyente quien debería probar que el préstamo no responde a un montaje artificioso. Además, la presunción podría delimitarse negativamente con un *safe harbour* que no permitiese aplicar la cláusula antiabuso en supuestos en que el riesgo de abuso sea limitado ²⁹.

Tal planteamiento parece admitirse por la Sentencia *Lankhorst*. También la Sentencia *Bachmann* (STJCE 28-1-1992, As. C-204/90, Rec. p. I-249) señaló que la necesidad de control justifica la exclusión del derecho a deducir determinados pagos cuando el interesado no aporte las pruebas necesarias, al menos en los casos en que el artículo 8.1 de la Directiva 77/799/CEE de Asistencia Mutua no obligue a colaborar a las Autoridades fiscales del Estado miembro correspondiente porque su legislación o su práctica administrativa no permiten a la autoridad competente proceder a investigaciones para las propias necesidades de este Estado.

Creemos que esta propuesta bordea peligrosamente el límite de la jurisprudencia. De un lado, los argumentos de la Sentencia *Bachmann* parecen subordinar la inversión de la carga de la prueba a la imposibilidad de que ésta sea obtenida por la Administración ³⁰ y, de otro, los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria para el establecimiento de la cláusula antiabuso ofrecen ciertas dificultades (carácter «completamente» artificioso del montaje) para articular correctamente la presunción. Asimismo, hay que tener en cuenta que en la Sentencia *X e I* (21-11-2002, As. C-436/00)

²⁸ En la misma línea, M. LUCAS DURÁN, «STJCE 12-12-2002, *Lankhorst-Hohorst versus Finanzamt Steinfurt*, As. C-324/00. Libertad de establecimiento; normas tributaria sobre subcapitalización; distribución encubierta de beneficios; coherencia del régimen fiscal; evasión fiscal», *Comentarios de jurisprudencia...*, cit., (epígrafe VII).

²⁹ E. OTERO-NOVAS MIRANDA nos ha sugerido, a título de hipótesis, una solución alternativa: «establecer una norma anti-fraude de carácter especial, como la de subcapitalización, sin distinguir entre residentes y no residentes, en la línea del TJCE, y luego fijar una condición objetiva que excluya su aplicación en determinados casos (en los que no se aprecie el resultado fiscal lesivo o la intención de fraude) que nos conduzca (de hecho), a la eliminación de su aplicación en gran parte de los casos en que estemos ante residentes (por ser innecesaria), pero haciéndolo por motivos objetivos, y no subjetivos (de modo que esa exclusión no beneficie necesariamente a los residentes, ni necesariamente queden excluidos los no residentes)».

³⁰ Aunque la Sentencia no lo señala expresamente y puede interpretarse en el sentido de exigir *en todo caso* la carga de la prueba al contribuyente: «Los Gobiernos belga, neerlandés y danés consideran que disposiciones como las del artículo 54 del CIR son necesarias, dada, por un lado, la dificultad, por no decir la imposibilidad, de controlar las certificaciones relativas a pagos de primas efectuados en los demás Estados miembros y, por otro, la necesidad de garantizar la coherencia del régimen tributario en el ámbito de los seguros de vejez y fallecimiento» (ap. 17). «Por lo que respecta a la eficacia de los controles fiscales, procede señalar que un Estado miembro puede invocar la Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos indirectos (DO L 336, p. 15; EE 09/01, p. 94; en lo sucesivo, «Directiva»), para controlar si se efectuaron pagos en otro Estado miembro cuando, como en el caso de autos, la correcta liquidación del Impuesto sobre la Renta debe tener en cuenta dichos pagos (véase el apartado 1 del art. 1)» (ap. 18). «El Gobierno belga señala, no obstante, que algunos Estados miembros carecen de base jurídica para exigir de los aseguradores las informaciones necesarias para proceder a los controles de los pagos efectuados en su territorio» (ap. 19). «Procede señalar, a este respecto, que el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva no obliga a colaborar a las autoridades fiscales de los Estados miembros cuando su legislación o su práctica administrativa no permiten a la autoridad competente proceder a investigaciones ni recabar o utilizar informaciones para atender a las propias necesidades de ese Estado. No obstante, la imposibilidad de obtener tal colaboración no puede justificar que las primas de seguro no sean deducibles. En efecto, nada impediría que las autoridades fiscales belgas exigieran al interesado las pruebas que considerasen necesarias ni que, en su caso, negaran la deducción de no aportarse tales pruebas» (ap. 20, la cursiva es nuestra).

se afirma literalmente que «una presunción general de evasión o de fraude fiscales no puede basarse en el hecho de que la sociedad cesionaria o su matriz esté establecida en otro Estado miembro ni tampoco justificar una medida fiscal que menoscabe el ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado» (ap. 62). Pese a ello, creemos que tal vez fuera posible establecer una presunción *iuris tantum* cuando el Estado miembro aportase datos que mostrasen cómo una pretendida aplicación generalizada de la norma antielusiva, o su supresión, provocaría mayores discriminaciones.

Ahora bien, la Sentencia *Lankhorst* parece admitir el establecimiento de cláusulas antiabuso que tan sólo operen en presencia de no residentes cuando *tenga por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir el peso de la obligación fiscal estatal*, sin que pueda considerarse elusión fiscal el mero sometimiento de los beneficios a la legislación fiscal de otro Estado miembro (ap. 37).

Esta afirmación debe matizarse con mucho cuidado: la normativa alemana *sí permitía probar que el préstamo (aparentemente excesivo) se hubiera podido obtener entre partes independientes, pero no permitía probar que se fundaba en otros motivos económicos válidos (aunque no hubiera podido obtenerse de una sociedad no vinculada)*. Según el Tribunal, dicho motivo existía en el caso concreto, pues «el préstamo se realizó efectivamente para reducir, en favor del demandante del litigio principal, la carga del importe de los intereses derivados de su crédito bancario» (ap. 38), que resultaban claramente excesivos para la rentabilidad del negocio.

Por tanto, el Tribunal exige que *pueda probarse la presencia de cualquier motivo económico válido* (y no sólo el llamado «criterio del banquero independiente», basado en el principio de *arm's length*).

De la argumentación del Tribunal parece deducirse que bastaría con ampliar las posibilidades de prueba en contrario para que la cláusula fuese compatible con el Derecho comunitario, *aunque se limitase a los préstamos obtenidos de no residentes* (¿?). Sin embargo, las afirmaciones de *Lankhorst* deben ponerse en conexión con el resto de la jurisprudencia comunitaria. En *Centros* (9-3-1999, C-212/97) se afirma claramente que «las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir *cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo*» (ap. 34).

Pues bien, la aplicación sólo será *no discriminatoria* –y aun así es dudoso que la jurisprudencia comunitaria lo admitiera– si el riesgo de evasión por parte de los residentes fuera despreciable, de modo que la *presunción iuris tantum* no tuviera sentido, sin perjuicio de que la administración pudiera probar *en los casos concretos* la conducta elusiva. Es decir, ante situaciones diferentes podrían adoptarse medidas diferentes, salvaguardando siempre la prueba en contrario. De otro modo, nos encontraríamos ante una discriminación *inversa* de las empresas sin vinculación internacional, *que frenaría su penetración en otros Estados, en perjuicio del mercado único*.

Además, aunque no se haya planteado *expresamente* una colisión con las libertades comunitarias ³¹, la Sentencia *Leur-Bloem* (17-7-97, C-28/95, Rec. p. 4161, ap. 41 y ss.) ³² considera correcta la posibilidad de establecer cláusulas antiabuso prevista por la Directiva de Fusiones. La cuestión es relevante, puesto que la Directiva permite a los Estados miembros *presumir (iuris tantum)* que una operación tiene como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal cuando «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» [art. 11.1.a) de la Directiva 90/434/CEE].

El Tribunal entiende que la Directiva *no* habilita a establecer una «norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones (...) tanto si se ha producido efectivamente la evasión o el fraude fiscal como si no» y añade que «lo mismo sucedería si una norma de este tipo incluyera una mera posibilidad de excepción cuya aplicación por parte de la autoridad administrativa fuera facultativa» (ap. 44). *A contrario sensu*, tal vez cabría una *norma de este tipo que incluyera una posibilidad de excepción obligatoria*, aunque ello exigiera la prueba por parte del interesado. El propio Tribunal admite que puede «constituir un indicio de fraude o de evasión fiscal que una fusión mediante canje de acciones destinada a crear una estructura determinada para un período limitado», aunque en el caso concreto pudieran existir motivos económicos válidos (ap. 42).

Es más, a juicio de PALAO TABOADA, la presunción puede configurarse por los Estados miembros de modo que «pese a la ausencia *prima facie* de motivos económicos válidos cabe demostrar que la operación no tiene como finalidad primordial el fraude o la evasión. Esta posibilidad no está excluida por la sentencia *Leur-Bloem*, y se puede entender en el sentido de que *la comprobación de la ausencia de motivos económicos válidos se identifica con la demostración del carácter fraudulento de la operación*» ³³.

En cualquier caso, el Tribunal afirma que «del tenor y *de los objetivos* del artículo 11 así como de los de la Directiva se deduce que el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal. Por consiguiente, una operación de fusión por canje de acciones que sólo persiguiera tal objetivo no puede constituir un motivo económico válido en el sentido de este artículo» (art. 47). Recordemos que uno de los objetivos de la Directiva es que

³¹ Sin embargo, tales libertades operan como telón de fondo en el razonamiento del Tribunal: «Esta interpretación es conforme a los objetivos de la Directiva así como a los de su artículo 11. En efecto, según su primer considerando, el objetivo perseguido por la Directiva consiste en establecer normas fiscales neutras respecto a la competencia, con el fin de permitir que las empresas se *adaptan a las exigencias del mercado común*, aumenten su productividad y *refuercen su competitividad en el plano internacional*. Este mismo considerando señala también 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 que los Estados miembros pueden denegar la aplicación de la directiva, según su artículo 11 y según su último considerando, es cuando la operación contemplada tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal» (ap. 45).

³² Véase el comentario a la Sentencia de M. VILLAR EZCURRA, «La sentencia "*Leur-Bloem*" del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y sus efectos para España», *Revista Peruana de Jurisprudencia*, año 4, 28, 2003, págs. LXXV a LXXXIX.

³³ C. PALAO TABOADA, «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *RCT*, 62, 2002, pág. 109.

«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*» (ap. 45), de modo que se establece un nexo con las libertades comunitarias ³⁴.

También cabe llegar a una conclusión semejante a partir de una resolución paradigmática sobre las actuaciones de los Estados miembros dirigidas de modo específico a evitar conductas abusivas. Nos referimos a la Sentencia *Centros* (9-3-1999, C-212/97), relativa a la elusión de la normativa nacional sobre constitución de sociedades mediante la constitución de una entidad en otro Estado miembro de normativa más laxa, cuya finalidad esencial es operar en el Estado de legislación más rígida a través de un establecimiento permanente.

Pues bien, la mencionada sentencia afirma que «en estas circunstancias, el hecho de que un nacional de un Estado miembro que quiere crear una sociedad elija constituir la en otro Estado miembro cuyas normas de Derecho de sociedades le parezcan las menos rigurosas y abra sucursales en otros Estados miembros no puede constituir *por sí solo (!)* un uso abusivo del Derecho de establecimiento. En efecto, el derecho a constituir una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro y a crear sucursales en otros Estados miembros es inherente al ejercicio, dentro de un mercado único, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado» (ap. 27). «A este respecto, no tiene relevancia que el Derecho de sociedades no haya sido armonizado por completo en la Comunidad» (ap. 28). «Además, del apartado 16 de la sentencia *Segers*, antes citada, se desprende que el hecho de que una sociedad *no ejerza ninguna actividad (!)* en el Estado miembro en que tiene su domicilio social y desarrolle sus actividades únicamente en el Estado miembro de su sucursal *no es suficiente para demostrar* la existencia de un comportamiento abusivo y fraudulento que permita a este último Estado miembro denegar a dicha sociedad que se beneficie de las disposiciones comunitarias relativas al Derecho de establecimiento» (ap. 29).

La sentencia añade que el objetivo antielusivo que se persigue, según las autoridades belgas, radica en evitar el fraude de acreedores mediante quiebra fraudulenta. Ahora bien, el Tribunal considera que tal objetivo no se consigue adecuadamente mediante dicha medida (el fraude podría tener lugar aunque la sociedad tuviese actividad en el lugar de residencia) y podría conseguirse adecuadamente mediante otro tipo de medidas (la posibilidad de que los acreedores exijan garantías).

³⁴ C. PALAO TABOADA ha puesto de relieve que la raíz de la presunción de «fraude o evasión fiscal a partir de la ausencia de motivos económicos válidos se encuentra en "la doctrina del *business purpose* del Derecho tributario norteamericano", construcción elaborada "como instrumento contra la elusión fiscal" que "al igual que todas las doctrinas elaboradas con este fin, sin excepción, incluido por supuesto el fraude a la ley, con el que tiene una directa relación, tiene como fundamento último el principio de que la aplicación de la ley tributaria tiene que basarse en la verdadera realidad de las operaciones o negocios realizados. En todo caso, el propósito (*purpose*) no debe confundirse con los motivos; en particular, el motivo de reducir los impuestos es irrelevante, lo que cuenta es la ausencia de una finalidad que dé sentido a la operación. La distinción recuerda vivamente la doctrina de la causa de la dogmática continental"» («Los motivos económicos válidos...», cit., págs. 71 y 81-82).

Lo más relevante es que, según la Sentencia, «el hecho de que un Estado miembro no pueda denegar la inscripción de una sucursal de una sociedad constituida de conformidad con la legislación de otro Estado miembro en el que tiene su domicilio social no excluye que aquel primer Estado pueda adoptar *cualquier medida apropiada para prevenir o sancionar fraudes*, ya sea con relación a la propia sociedad, en su caso en cooperación con el Estado miembro en el que esté constituida, ya sea con respecto a los socios con relación a los cuales *se haya demostrado que en realidad lo que pretenden, mediante la constitución de una sociedad, es eludir sus obligaciones para con los acreedores privados o públicos establecidos en el territorio del Estado miembro afectado*. En cualquier caso, la lucha contra el fraude no puede justificar una práctica consistente en denegar la inscripción de una sucursal de una sociedad que tenga su domicilio social en otro Estado miembro» (ap. 38).

Nada parece excluir que tal demostración se realice mediante indicios –aun cuando se señalen ejemplificativamente por la ley– siempre que sea posible la prueba en contrario. Lógicamente tales indicios *no serán los mismos en el caso de una sociedad residente* (a la que se exige un mayor desembolso de capital social) que en *el caso de una sociedad constituida en un Estado de legislación más laxa*.

En consecuencia, creemos que debe llamarse la atención sobre el hecho de que la Sentencia *Centros*, pese a que no considera contraria al Derecho comunitario la constitución de una sociedad sin actividad en un Estado miembro, tampoco está respaldando *sin más* la creación de una sociedad sin actividad. Lo único que dice la sentencia es que esa circunstancia *no es suficiente para demostrar* la existencia de un comportamiento abusivo y fraudulento ³⁵.

En definitiva, podemos llegar a las siguientes conclusiones en cuanto a la compatibilidad de las cláusulas antiabuso con las libertades comunitarias.

- a) El carácter *radicalmente artificioso* de una conducta ³⁶ –el uso forzado de un negocio jurídico para fines distintos de los que le son propios– puede presumirse cuando no concurren motivos económicos válidos.
- b) La mera obtención de una ventaja fiscal *no* es un motivo económico válido, aunque *tampoco equivalga al carácter radicalmente artificioso* del negocio (*ICI, Lankhorst*).
- c) La ausencia de motivos económicos válidos puede demostrarse mediante indicios racionales –v. gr. carácter fugaz de la operación– siempre que se admita prueba en contrario.

³⁵ Algo similar se afirma en la sentencia *Kefalas* (STJCE 12-5-1998, As. C-376/96) en la que se dice que no puede considerarse que existe un ejercicio abusivo del derecho derivado del artículo 25 de la Segunda Directiva «basándose *únicamente* en que el aumento de capital que impugna ha resuelto las dificultades financieras que ponían en peligro a la sociedad de que se trate y le haya aportado nuevas ventajas económicas evidentes...» (FJ 29).

³⁶ Entendemos que los términos «operación que tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la elusión fiscal» [art. 11.1 a) de la Directiva de Fusiones], «montaje completamente artificioso» (*Lankhorst*) y negocio «notoriamente artificioso» (art. 15 de la nueva Ley General Tributaria) pueden considerarse como sinónimos.

- d) Nada parece impedir que el legislador enumere *a título de ejemplo* diversos indicios que puedan tenerse en cuenta por la Administración, para facilitar la práctica de la prueba.
- e) La cláusula puede completarse mediante un *safe harbour* que impida *iuris et de iure* la aplicación de la cláusula antiabuso y ofrezca seguridad jurídica a los contribuyentes y a la Administración.
- f) Somos conscientes de que con esta propuesta nos movemos en el *filo de la navaja* cuando esta regulación se limite a aquellas operaciones en las que interviene un no residente. En tal caso, el Estado debería estar en condiciones de demostrar que la diferencia de trato se basa en motivos de practicabilidad administrativa (aunque hasta la fecha el Tribunal no concede ninguna relevancia a este argumento ³⁷) y *que la extensión de la norma a los residentes provocaría un resultado más pernicioso –por incontrolable– para el eficaz ejercicio de las libertades comunitarias*, o bien que la aplicación de la presunción a los residentes no resultaría discriminatoria por resultar despreciables las posibilidades de elusión (perjudicándose así su competitividad en el ámbito comunitario). Esto nos obliga a abandonar la postura defensiva y a pasar al ataque mediante una interpretación *heterodoxa* de las libertades comunitarias.

V. CRÍTICA DESDE UN ANÁLISIS HETERODOXO DE LAS LIBERTADES COMUNITARIAS

1. Recapitulación.

Sintetizando la precedente exposición, puede afirmarse que la jurisprudencia comunitaria sobre las cláusulas antiabuso ofrece «unos resultados bastante desalentadores» ³⁸. Teóricamente la aplicación de tales cláusulas es posible, aunque suponga una restricción de las libertades comunitarias. En la práctica, el control de proporcionalidad siempre produce resultados contrarios a los mecanismos antielusivos específicos, pues el interés recaudatorio de los Estados miembros no se considera un

³⁷ Ya la STJCE *Schoetle & Soene* de 16-2-1977, As. 20-76 afirma –en un contexto próximo a las libertades comunitarias– que «el carácter reducido y la naturaleza incidental del obstáculo creado por un impuesto interior y el hecho de que sólo pudiera haberse evitado *en la práctica* mediante la supresión del impuesto no son suficientes para impedir la aplicación del artículo 95 [prohibición de tributos internos discriminatorios]» (ap. 4). Aún más clara es la Sentencia *Outokumpu* de 2-4-1998, As. C-213/96, en la que se plantea un conflicto entre la prohibición de tributos internos discriminatorios (vinculada a la libre prestación de servicios) y la protección del medio ambiente: «el hecho de que debido a las características de la electricidad, pueda resultar *extremadamente difícil determinar con exactitud* el método de producción de la electricidad importada y, por tanto, las fuentes de energía primaria empleadas para producirla, no puede justificar tal sistema de tributación, ya que *unas dificultades de orden práctico* no puede justificar la aplicación de tributos internos discriminatorios con respecto a los productos originarios de otros Estados miembros. Si bien, en principio, el artículo 95 del Tratado no obliga a los Estados miembros a suprimir las diferencias objetivamente justificadas establecidas por la legislación nacional entre los tributos internos que gravan productos nacionales, no ocurre lo mismo cuando esa supresión es el único medio que permite evitar una discriminación, directa o indirecta de los productos nacionales» (ap. 16).

³⁸ Cfr. F.A. GARCÍA PRATS, «Las medidas tributarias...», *cit.*, pág. 174.

valor protegido por el derecho comunitario ³⁹, y el mecanismo antifraude –la reacción frente al *riesgo de evasión fiscal* ⁴⁰– sólo se considera admisible cuando se instrumenta a través de un mecanismo *completamente* artificioso (*wholly artificial arrangements*), cuyo objetivo sea eludir el peso de la tributación de un Estado miembro (sentencia *Lankhorst*, FJ 37) ⁴¹.

Ahora bien –salvo que se admitiera la arriesgada tesis de la presunción (*vid.* epígrafe IV)– se exigiría que la Administración demuestre *en cada caso* la existencia del abuso. Este requisito limita enormemente la eficacia a las cláusulas *específicas*, pues éstas suelen basarse en mecanismos simplificados que relevan a la Administración de probar la finalidad elusiva, concediendo a cambio una mayor seguridad jurídica a los contribuyentes ⁴². La utilidad de las cláusulas específicas quedaría muy debilitada si no se basaran en criterios objetivos bien delimitados. En el mejor de los casos cumplirían una función didáctica advirtiendo a la Administración –y al contribuyente!– sobre los mecanismos legislativos que ofrecen posibilidades de uso torticero.

Entendemos que esta consideración no queda desvirtuada por la «formulación» ⁴³ de medidas antiabuso en el Derecho comunitario derivado (Directivas 90/435/CEE y 90/434/CEE), pues las Directivas no contienen normas comunitarias *antiabuso*, sino que se limitan a *habilitar* la aplicación de tales normas por los ordenamientos nacionales ⁴⁴, con independencia de que aquéllas tengan carácter general o específico ⁴⁵.

³⁹ Cfr. entre otras la STJCE *Lankhorst-Hohorst*, FJ 36: «es preciso recordar la jurisprudencia reiterada según la cual la disminución de ingresos fiscales no constituye una razón imperiosa de interés general que pueda justificar una medida contraria, en principio, a una libertad fundamental (véanse las sentencias de 16-7-1998, *ICI*, C-264/96, Rec. p. I-4695, apartado 28; *Verkooijen*, antes citada, apartado 59; *Metallgesellschaft y otros*, antes citada, apartado 59, y de 21-9-1999, *Saint-Gobain ZN*, C-307/97, Rec. p. I-6161, apartado 51)». Aunque es verdad que el Tratado no protege el interés fiscal de los Estados miembros, tampoco debe el Tribunal ser insensible al fundamento que en cada caso respalda dicho interés. Así «podrían, en relación con este tema, buscar argumentos que incorporasen mayores dosis de equilibrio y proporcionalidad en las decisiones de las instancias judiciales europeas. El llamado "interés fiscal" de los Estados miembros no puede ser algo completamente ajeno a los intereses comunitarios si tenemos en cuenta, por un lado, el sistema de financiación de las instituciones europeas todavía pendiente, en buena medida de las contribuciones especiales y, por otro lado, que en orden al cumplimiento del principio de "finanzas públicas sólidas" exigido por el artículo 4.3.º del Tratado CE no es un dato irrelevante de la buena salud del sistema tributario que depende, entre otras cosas, de la eficacia en la lucha contra el fraude» (M.T. SOLER ROCH, «Presentación», cit., págs. 16 y 17).

⁴⁰ F.A. GARCÍA PRATS califica de «un tanto inflexible» la jurisprudencia del tribunal, con cita de las SSTJCE *Avoir Fiscal*, 27-1-1986, As. C-270/83 e *ICI*, 16-7-1998, As. C-264/96. La argumentación se reitera en otras muchas sentencias, como la *Lankhorst*.

⁴¹ «Por lo que se refiere más concretamente a la justificación basada en el riesgo de evasión fiscal, es preciso señalar que la normativa controvertida en el litigio principal no tiene por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir el peso de la obligación fiscal alemana, sino que contempla, en general, cualquier situación en la que la sociedad matriz tenga, sea cual fuere el motivo, su domicilio fuera de la República Federal de Alemania. Ahora bien, dicha situación no implica, en sí, un riesgo de evasión fiscal, ya que la sociedad en cuestión estará sujeta, de todos modos, a la legislación fiscal del Estado de establecimiento (véase, en este sentido, la sentencia *ICI*, antes citada, apartado 26)».

⁴² En este sentido se pronuncian J. ALMUDÍ CID y F. SERRANO ANTÓN, «La problemática efectividad...», cit., epígrafe VI.

⁴³ Utilizamos la terminología de A. GARCÍA PRATS, «Las medidas tributarias...», cit., pág. 184.

⁴⁴ Cfr. A. GARCÍA PRATS, «Las medidas tributarias...», cit., pág. 185.

⁴⁵ Sobre los paralelismos entre la jurisprudencia antiabuso en el ámbito anglosajón y la jurisprudencia comunitaria, cfr. C. PALAO TABOADA, «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 235, 2002.

2. Necesaria eficacia en el control.

Pues bien, las cláusulas generales antiabuso son más difíciles de aplicar que las específicas –el caso español constituye un buen ejemplo⁴⁶– y, por regla general, exigen una actividad administrativa mucho más laboriosa. Esto supone que las cláusulas generales *no constituyen un instrumento eficaz frente a conductas masivas*⁴⁷ ni frente a conductas que sólo pueden probarse con un empleo desproporcionado de recursos, que llevaría a descuidar el control de otras conductas elusivas.

En una economía globalizada, como la que integra el Mercado único europeo, prescindir de mecanismos antiabuso eficaces equivale a sitiar la *eficacia* de la Justicia tributaria dentro de unos muros muy estrechos. Equivale, en definitiva, a *quebrar* la justicia tributaria en Europa, pues de nada sirven unas normas tributarias teóricamente justas, si no existen mecanismos eficaces de control. Al menos así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional alemana⁴⁸ y española⁴⁹.

Desde una perspectiva estrictamente comunitaria podría afirmarse que el propio *efecto útil* y la primacía del Derecho comunitario quedarían en entredicho si los principios fundamentales de tal ordenamiento se vieran lesionados por la expulsión de las cláusulas antiabuso. ¿Sucede esto así? Lo examinaremos desde la perspectiva del *principio de capacidad económica* como posible valor del Derecho comunitario y desde las propias libertades económicas.

⁴⁶ Cfr. el *Informe para la Reforma de la Ley General Tributaria* elaborado por la Comisión creada por la Secretaría de Estado de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, julio 2001, págs. 48 y ss., postula, entre otras posturas, la supresión del fraude de ley en aras de la libertad de mercado (pág. 45). El *Informe sobre el Borrador del Anteproyecto de la Nueva Ley General Tributaria*, elaborado por una nueva Comisión creada por la Secretaría de Estado de Hacienda opta por el establecimiento de una «cláusula antiabuso», con el ánimo de impulsar una figura cuya relevancia práctica ha resultado insignificante. En este contexto, véanse los problemas denunciados por el profesor J.J. FERREIRO LAPATZA en relación con la cláusula antiabuso general, al estilo del artículo 42 AO («Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal», *RTT*, 52, 2001, págs. 54 y ss.).

⁴⁷ Como afirma el profesor FALCÓN Y TELLA, la norma antiabuso general no es la vía más adecuada para reaccionar frente a conductas masivas de elusión fiscal (*vid.* R. FALCÓN Y TELLA, «El fraude de ley como vía para gravar determinadas economías de opción», *RTT*, 31, 1995, págs. 49). Con ello no queremos indicar que sea *ilegítimo o incorrecto* el uso de cláusulas genéricas en tales supuestos, tan sólo que sus resultados prácticos serán limitados. Desde esta perspectiva las cláusulas generales constituyen una avanzadilla en la lucha frente a conductas abusivas que, en ciertos casos, puede completarse con ventaja mediante el recurso a cláusulas específicas.

⁴⁸ BVerfGE 84, 239 (STC de 27-6-1991, relativa a la necesidad de un control efectivo sobre la fiscalidad de los intereses): «si una norma recaudatoria actúa estructuralmente frente al hecho imponible de modo tal que el crédito tributario no puede hacerse eficaz con generalidad, y dicho resultado es imputable al legislador, el quebrantamiento del principio de igualdad produce también la inconstitucionalidad de las normas tributarias materiales» (*cfr.* P.M. HERRERA MOLINA, *Capacidad Económica y Sistema Fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 61).

⁴⁹ STC 110/1984, relativa al levantamiento del secreto bancario: «Y parece inútil recordar que en el mundo actual la amplitud y la complejidad de las funciones que asume el Estado hace que los gastos públicos sean tan cuantiosos que el deber de una aportación equitativa para su sostenimiento resulta especialmente apremiante. De otra forma se produciría una distribución injusta en la carga fiscal, ya que lo que unos no pagan debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar. De ahí la necesidad de una actividad inspectora especialmente vigilante y eficaz aunque pueda resultar a veces incómoda y molesta». El argumento se repite por las SSTC 76/1990, 50/1995 y 46/2000.

3. Capacidad económica como exigencia lógica de la no discriminación.

A juicio de GARCÍA PRATS, en la Sentencia *Schumacher* (14-2-1995, As. C-279/93) «el TJCE exige que el principio de capacidad económica, expresado en términos de personalización y adecuación subjetiva del gravamen que recae sobre la renta del contribuyente, pueda ser alegado también por aquellos sujetos que ejercen las libertades fundamentales»⁵⁰.

«Dicho de otra manera –prosigue este autor– en la medida en que el impuesto sobre la renta constituye el máximo exponente del sistema tributario como mecanismo de actuación del principio de capacidad económica (...), debe asegurarse que la imposición sobre la renta que soportan las personas que ejercen las libertades fundamentales se adecue a las exigencias de justicia tributaria derivadas de la proyección del principio de capacidad económica en su manifestación subjetiva»⁵¹ [protección del mínimo existencial personal y familiar].

Se trata de una afirmación audaz que merece una reflexión profunda. La tesis de GARCÍA PRATS parece verse respaldada por el conjunto de la jurisprudencia comunitaria sobre libertad de circulación y trabajadores transfronterizos, tal y como ha destacado GARCÍA CARRETERO⁵². En este sentido cabe citar las sentencias *Gschwind* (14-9-1999, As. C-391/97), *Zurstrassen* (16-5-2000, As. C-87/99) y *De Groot*, (12-12-2002, As. C-385/00):

«...los mecanismos utilizados para eliminar la doble imposición o los sistemas tributarios nacionales que la eliminan o la atenúan deben garantizar a los contribuyentes de los Estados considerados que, al final, se habrá tenido en cuenta debidamente su situación personal y familiar en su integridad, con independencia del modo en que los Estados miembros interesados se hayan repartido entre ellos tal obligación, ya que en caso contrario se crearía una desigualdad de trato incompatible con las disposiciones del Tratado sobre la libre circulación de trabajadores...»

Ahora bien, de admitirse esta tesis, ¿*dónde se encuentra el anclaje comunitario* del principio de capacidad económica? ¿Se trata de una peculiaridad del Impuesto sobre la Renta o la argumentación sería trasladable, con ciertos matices, al Impuesto sobre Sociedades?

Pues bien, según entiende GARCÍA PRATS, «el juez comunitario exige la proyección del principio de capacidad económica en materia de imposición sobre la renta como consecuencia *lógica* de la aplicación del principio comunitario de no discriminación, a pesar de que el ordenamiento comunitario no recoja en su seno las exigencias de aquel principio, si bien las mismas deben incorporar-

⁵⁰ F.A. GARCÍA PRATS, «La jurisprudencia del TJCE y el artículo 33 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (De la asunción del principio de capacidad económica como principio del ordenamiento comunitario)», *REDF*, 117, 2003, pág. 75.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² B. GARCÍA CARRETERO, «Comentario a la STJCE *De Groot*, As. C-385/00», en la obra colectiva *Comentarios de Jurisprudencia...*, cit., pág. 235.

se al acervo de los derechos alegables por los sujetos que ejercen las libertades comunitarias. Por tanto, las exigencias del principio de capacidad económica se incorporan al acervo comunitario como exigencia lógica derivada de los parámetros de comparabilidad entre los sujetos que ejercen las libertades comunitarias y aquellos sujetos que no las ejercen»⁵³.

Es más, el citado autor recuerda que la Sentencia *Schumacher* exige «tener en cuenta a efectos de conceder la extensión de las medidas personales y familiares que "el Estado de residencia no puede concederle las ventajas resultantes de tener en cuenta su situación personal y familiar"». A su entender «el TJCE incorpora (...) de este modo, un mecanismo de limitación del otorgamiento del exceso de las ventajas fiscales: la adecuación a la capacidad económica del gravamen debe realizarse al menos una vez, pero sólo una vez»⁵⁴.

En definitiva, *el Tribunal elabora una construcción análoga a la que inspira las cláusulas antiabuso*: limita el trato fiscal favorable para conseguir un reparto de la carga tributaria compatible con el principio de capacidad económica.

Si se admitieran las anteriores consideraciones, *nada impediría trasladar la argumentación del tribunal al ámbito de la imposición sobre sociedades*. Es cierto que el principio de capacidad económica no garantiza el mínimo existencial a las personas jurídicas, pero en cuanto exigencia lógica derivada del principio de igualdad, exige, al menos, el gravamen de los rendimientos *netos* y en último extremo otorga un firme respaldo a las cláusulas específicas antiabuso –en la imposición sobre las personas físicas y sobre las sociedades– siempre que se encuentren correctamente diseñadas, lo cual exige la posibilidad de prueba en contrario para evitar el gravamen de rendimientos ficticios.

Si el Tribunal considerase el principio de capacidad económica como *una exigencia lógica del principio de igualdad* (como medida de la igualdad en el ámbito tributario) relacionado con las libertades comunitarias, *resultaría obligado trasladar la argumentación al ámbito de las personas jurídicas*. Es más, hasta fechas muy recientes en la jurisprudencia del TJCE se ha mostrado mucho mayor *activismo* en la defensa de la libertad de establecimiento de las entidades que en lo relativo a la libre circulación de trabajadores.

Por otra parte, si el fundamento de la capacidad económica no estuviera en el principio de igualdad –manifestada en el principio de no discriminación– ¿en qué podría basarse el Tribunal para invocarla? Desde luego, no cabría alegar las *tradiciones constitucionales comunes* a los Estados Miembros, en el sentido del artículo 6.2 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea⁵⁵. El principio de capacidad económica no se reconoce en todos los ordenamientos *constitucionales* de

⁵³ A. GARCÍA PRATS, «La jurisprudencia...», cit., pág. 76.

⁵⁴ A. GARCÍA PRATS, «La jurisprudencia...», cit., pág. 79.

⁵⁵ Según el citado precepto, «la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario». En el mismo sentido se pronuncia el artículo I.7.3 del Proyecto de Constitución europea de junio de 2003 (Documentos CONV 7971/03, 811/03, 802/03, 820/1/03).

los Estados miembros (pensemos en el Reino Unido, Holanda o los países nórdicos). Se trata, por tanto, de una idea más sutil en la que convendrá profundizar: en la medida en que determinadas manifestaciones del principio de capacidad económica se reconoce por la legislación ordinaria de todos los Estados miembros, no puede privarse de él a ningún nacional de la Unión Europea, por el hecho de haber ejercido su libertad de establecimiento. En cierto sentido podría afirmarse que la libertad de establecimiento *modula su contenido*. Así, la Sentencia *Gerritse* (12-06-2002, As. C-234/01) se hace eco del principio del *neto objetivo* al exigir la deducibilidad de los gastos profesionales correspondientes a un no residente, que la Ley alemana –como la generalidad de los ordenamientos de los Estados miembros– permite deducir a los residentes.

Pues bien, sería conveniente desarrollar todas las consecuencias del argumento, también en sentido inverso: si las libertades económicas producen un resultado contrario al principio de capacidad económica se producirán discriminaciones que estarán minando el fundamento más profundo de aquellas libertades.

De todos modos, debe reconocerse que las *raíces* de la argumentación del Tribunal no son del todo rectas y pueden mostrar un deslizamiento progresivo hacia el principio de capacidad económica como un valor comunitario derivado de la igualdad. En este sentido puede representar un avance el artículo II-20 del Proyecto de Constitución Europea, que reconoce el principio de igualdad ante la ley («todas las personas son iguales ante la ley»). Téngase en cuenta que este precepto es idéntico al artículo 3.1 de la Constitución alemana (que recoge la tradición del constitucionalismo revolucionario francés): *Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*. Pues bien, de este precepto el Tribunal Constitucional alemán ha deducido el principio de capacidad económica. Es cierto que nuestro Tribunal Constitucional establece una artificiosa distinción entre la «igualdad negativa» (art. 14 CE) y la «positiva» (art. 31.1), pero, a nuestro entender, se trata de una argucia argumental dirigida a excluir el recurso de amparo frente a las desigualdades en materia tributaria ⁵⁶.

Desde esta perspectiva, más como argumento *in fieri* que como doctrina consolidada del Tribunal, suscribimos plenamente el planteamiento de GARCÍA PRATS. Desde luego la escala de valores del ordenamiento comunitario no es ya la misma que se reflejaba inicialmente en sus tratados constitutivos. La construcción europea, impulsada por la futura Constitución y por la Ampliación a nuevos Estados resulta incompatible con una mera *Europa de los Mercaderes*.

4. Discriminación inversa de las pequeñas empresas.

Ahora bien, a la espera de que desarrolle todas sus implicaciones la semilla generosamente sembrada por GARCÍA PRATS, intentaremos romper el asedio desde otro ángulo. Teóricamente el Tribunal realiza una defensa a ultranza de las libertades económicas en aras del mercado, sin que –en la práctica– importen las consecuencias para la justicia tributaria, que se ve asediada por tales libertades. ¿Es así en realidad?

⁵⁶ Cfr. P.M. HERRERA MOLINA, *Capacidad económica...*, cit., pág. 188.

A nuestro entender, si las libertades económicas producen un resultado contrario al principio de capacidad económica se producirán *discriminaciones que estarán minando el fundamento más profundo de aquellas libertades*.

La cuestión resulta especialmente interesante en el caso de las cláusulas específicas antiabuso, como lo muestran las sentencias *Lankhorst y Danner* (03-10-2002, As. C-136/00). En teoría, el Tribunal admite el establecimiento de cláusulas antiabuso que limiten la libertad de establecimiento cuando tengan *por objeto específico excluir los montajes puramente artificiales*. Pues bien, la dificultad de demostrar el carácter «totalmente artificial» del montaje practicado por una compleja organización económica le otorgará un trato de favor sobre las pequeñas empresas.

Si la reacción del ordenamiento frente al fraude a la ley tributaria se basa exclusivamente en cláusulas generales, los controles resultarán inoperantes en la práctica –por imposibilidad material de realizarlos de modo generalizado– y se estará consagrando una *discriminación de aquellas empresas y contribuyentes con menores posibilidades para realizar operaciones internacionales dirigidas a minimizar su carga tributaria de modo abiertamente ilegal o mediante técnicas abusivas*.

No se trata de una mera conjetura, sino de una afirmación respaldada –incluso con un análisis cuantitativo– por el Informe de la Comisión Europea sobre la Tributación de la Empresa en el Mercado Interior⁵⁷. En él se afirma que «los efectos de la competencia fiscal (...) parecen provocar en la mayoría de los casos una desventaja relativa para las pymes, puesto que, con frecuencia, no se encuentran en situación de aprovechar las oportunidades que ofrecen los adecuados mecanismos de planificación fiscal. Generalmente, las pymes carecen de las posibilidades de planificación fiscal que corresponden a las grandes empresas»⁵⁸.

Podría pensarse que se trata de una *discriminación inversa* (de los propios nacionales) irrelevante para el Derecho comunitario, pero no es así, pues se está discriminando fiscalmente a las empresas que carecen de capacidad o de asesoramiento para establecerse en otros Estados miembros aunque también realicen en ellos entregas de bienes y prestaciones de servicios, y la discriminación inversa sólo está permitida cuando opere en un contexto meramente nacional⁵⁹.

⁵⁷ Commissions Staff Working Paper, *Company Taxation in the Internal Market*, Bruselas, 23-10-2001, SEC(2001) 1681.

⁵⁸ *Company Taxation...*, cit., pág. 300.

⁵⁹ La STJCE de 19-3-1992 (*Batista Morais*, As. C-60/91) señaló que «las normas del Tratado CEE en materia de libre circulación de personas y de libre prestación de servicios no contemplan los obstáculos que se imponen a los nacionales de un Estado miembro en su propio territorio, cuando la situación en la que se encuentran no presenta ningún vínculo de conexión con alguna de las situaciones que contempla el Derecho comunitario». La Sentencia de 20-4-1988 (*Bekaert*, As. 204/87) expuso esta idea de modo más conciso: «la inexistencia en un caso concreto de todo elemento ajeno a un contexto meramente nacional tiene como efecto, en materia de libertad de establecimiento, el que las disposiciones de Derecho comunitario no resulten aplicables a dicha situación». Ese «contexto meramente nacional» se produce cuando concurren tres requisitos: a) las personas afectadas son nacionales, b) las limitaciones se imponen en el propio territorio, y c) no afectan de otro modo a las libertades de circulación intracomunitaria.

Es más, la futura Constitución Europea se hace eco de este problema al prever en su artículo III-62 que «cuando el Consejo de Ministros determine, *por unanimidad* y a propuesta de la Comisión, que determinadas medidas relativas al impuesto sobre sociedades se refieren a la cooperación administrativa o a la lucha contra el fraude fiscal y la *evasión fiscal ilegal*, adoptará por *mayoría cualificada* una ley o ley marco europea que establezca dichas medidas, siempre que las mismas sean *necesarias para garantizar el funcionamiento del mercado interior y evitar distorsiones de la competencia*. Dicha ley o ley marco se adoptará previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social».

Es decir, el proyecto de Constitución Europea reconoce que la *evasión fiscal ilegal* (¿abuso o fraude de ley?) puede perturbar el funcionamiento del mercado interior y distorsionar la competencia. Desde luego el mecanismo unanimidad-en-el-presupuesto/mayoría-cualificada-en-la-medida, no parece augurar una gran efectividad, pero el precepto podría impulsar el necesario giro por parte de la jurisprudencia comunitaria.

5. Paradojas de la proporcionalidad y la practicabilidad.

El verdadero problema práctico radica en que el Tribunal de Justicia no concede peso alguno a la practicabilidad administrativa (la posibilidad de aplicar controles efectivos sin un coste desproporcionado) como circunstancia que justifique ciertas restricciones a una protección teórica de las libertades comunitarias⁶⁰. Resulta una paradoja que el control de proporcionalidad se aplica aun a costa de conducir a consecuencias desproporcionadas.

Como hemos apuntado no se trata de un mero conflicto entre *libertades comunitarias* de un lado y *eficiencia administrativa*, de otro. Ni siquiera de un mero conflicto *externo* entre libertades comunitarias y justicia tributaria. Se trata de un *conflicto interno*⁶¹ a las libertades económicas, que ven limitado su ejercicio *real* al no existir controles que generen una discriminación económica en perjuicio de un gran número de operadores económicos.

En palabras de GARCÍA PRATS, «resulta difícil admitir que la evolución del Derecho comunitario se encuentre guiada por un objetivo destructor de las bases sobre las que se han construido los fundamentos de los sistemas tributarios de los Estados miembros referidos a la imposición sobre la renta, como consecuencia del proceso de «integración negativa» llevado a cabo por el TJCE, porque dicha acción no sólo distorsiona la coherencia interna del sistema y con ello la correcta asignación y reparto de las cargas tributarias entre los diferentes contribuyentes sino que también genera distorsiones entre los diferentes operadores económicos en el seno del mercado único»⁶².

⁶⁰ Aunque alguna sentencia más antigua adopta una perspectiva distinta en el ámbito de la libre circulación de mercancías (STJCE de 20-2-1979, *Cassis de Dijon*, C-120/78).

⁶¹ Sobre la distinción entre conflictos «internos», «externos» y «mixtos» entre valores constitucionales, *cf.* P.M. HERRERA, *Capacidad...*, cit., pág. 158.

⁶² A. GARCÍA PRATS, «La coherencia fiscal desde la perspectiva interna, internacional y comunitaria», *Diritto e Pratica Tributaria*, vol. LXXIII, 2002, 4, pág. 419.

VI. ALTERNATIVA A LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: REINTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE COHERENCIA

Este tipo de consideraciones requerirían un replanteamiento del principio de coherencia fiscal a la luz de las exigencias de la justicia tributaria. Desde esta perspectiva tal vez sea necesario otorgar un mayor peso a ciertas consideraciones de *practicabilidad administrativa en el control de proporcionalidad* de las restricciones a las libertades comunitarias. No se trata, desde luego, de que baste con alegar dificultades o motivos de conveniencia administrativa para justificar una restricción de las libertades, sino de que los Estados miembros prueben de modo concreto las dificultades existentes y las consecuencias discriminatorias que pueden derivarse de la inexistencia de concretas medidas antielusivas. Es decir, las distorsiones prácticas que sufrirían el mercado interior y las libertades comunitarias si no se articularan dichas medidas de modo practicable.

En este sentido, y aunque se trata de una postura que no ha encontrado respaldo en la jurisprudencia comunitaria, debe tenerse en cuenta la propuesta interpretativa de SANZ GADEA para quien las «normas que determinan un resultado objetivamente discriminatorio pero que sean indispensables para dar cumplimiento a los principios constitucionales de justicia tributaria o para asegurar el ejercicio legítimo de las competencias distribuidas por un convenio bilateral para evitar la doble imposición, podr(ían) ser, dentro del marco del principio de proporcionalidad, compatibles con el Tratado de la Unión»⁶³.

Claro que esto no supone la aceptación indiscriminada de cláusulas antiabuso basadas en mecanismos de simplificación que afecten tan sólo a los no residentes (ni siquiera a través de presunciones *iuris tantum*). El Estado miembro tendría que poder justificar de forma detallada por qué no aplica tales cláusulas a sus nacionales, demostrando, en su caso, las distorsiones que supondría tal aplicación para el mercado único y las libertades comunitarias, por resultar imposible un control efectivo.

En este breve trabajo no podemos aportar soluciones concretas para cada uno de los supuestos conflictivos, pero pensamos que uno de los portillos para romper el asedio podría estar en la necesaria reinterpretación por el Tribunal de Justicia del principio de coherencia en la línea que ya aportó la sentencia *Schumacher* sobre el disfrute del mínimo personal y familiar (el mínimo existencial sólo debe aplicarse *una vez*, idea en la que insiste la sentencia *Gerritse*).

La restrictiva jurisprudencia sobre el principio de coherencia es muy clara. En palabras de GARCÍA PRATS, «no se formula desde una perspectiva global, del sistema en su conjunto o de la integración de varios sistemas tributarios, sino únicamente atendiendo a la existencia de un vínculo directo entre el mayor gravamen por parte de un Estado y las posibles minoraciones otorgadas por otro Estado (*ICI*, párr. 29), exigiendo que dichas normas afecten al mismo contribuyente y en relación al mismo impuesto»⁶⁴. En estas ideas ha insistido recientemente la Sentencia *Bosal*, de 18-9-2003 (C-168/01) invocando la anterior jurisprudencia:

⁶³ Cfr. E. SANZ GADEA, «La subcapitalización», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 206, 2000, pág. 40.

⁶⁴ F.A. GARCÍA PRATS, «Las medidas tributarias...», cit., pág. 181.

«En lo que atañe a la alegación relativa a la necesidad de preservar la coherencia del régimen fiscal, el Tribunal de Justicia recordó, en su sentencia de 6-6-2000, *Verkooijen* (C-35/98, Rec. p. I-4071), apartado 57, que, en los asuntos que dieron lugar a las sentencias *Bachmann* y *Comisión/Bélgica*, antes citadas, existía un vínculo directo, por tratarse de un mismo y único contribuyente, entre la concesión de un beneficio fiscal y la compensación de dicho beneficio mediante un gravamen fiscal, efectuadas ambas en el contexto de un mismo impuesto» (ap. 29). «Si falta tal vínculo directo, porque se trate, por ejemplo, de impuestos distintos o del trato fiscal de sujetos pasivos distintos, no puede invocarse el argumento relativo a la coherencia del sistema fiscal (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de abril de 2000, *Baars*, C-251/98, Rec. p. I-2787, apartado 40)» (ap. 30).

«En el asunto principal no existe un vínculo directo de esta naturaleza. En efecto, no existe relación directa alguna entre, por una parte, la concesión a las sociedades matrices establecidas en los Países Bajos de una ventaja fiscal (el derecho a deducir de su beneficio imponible los gastos de participación en el capital de las filiales) y, por otra, el régimen fiscal de las filiales de sociedades matrices cuando éstas se hallan establecidas en dicho Estado miembro» (ap. 31). «En efecto, contrariamente a lo que ocurre con las sucursales o las explotaciones, las sociedades matrices y sus filiales son personas jurídicas distintas, cada una de ellas sujeta a una tributación propia, por lo que no se da una relación directa en el contexto de un mismo impuesto ni puede invocarse la coherencia del sistema fiscal» (ap. 32) ⁶⁵.

La doctrina es tajante, lo que no resulta tan claro es el *fundamento* de estos criterios en los Tratados. Más bien parecen responder a un mero voluntarismo del Tribunal para salvaguardar a ultranza la *letra* de las libertades comunitarias. En efecto, ¿por qué ha de restringirse la coherencia *al mismo impuesto* sin tener en cuenta la interacción entre las figuras que integran el sistema fiscal? ¿Por qué ha de limitarse al mismo sujeto pasivo y no al grupo de sociedades cuando, en sentido inverso, el Tribunal extiende a los *establecimientos permanentes* todas las ventajas fiscales de las sociedades residentes dotadas de personalidad jurídica? ¿Por qué el nuevo Estatuto de la Sociedad Europea avanza en la línea de promover que los grupos multinacionales europeos se integren en nuevas entidades con personalidad jurídica única? ⁶⁶.

En definitiva, hemos de preguntarnos por el *sentido del principio de coherencia fiscal*, principio que no se refleja expresamente en los Tratados. Éste no puede estar en el mero interés recaudatorio de los Estados, ni constituir tan sólo una manifestación del principio de territorialidad ⁶⁷.

⁶⁵ Esta afirmación no parece coherente con la jurisprudencia comunitaria que tiende a atribuir a los Establecimientos Permanentes todas las «ventajas» fiscales atribuidas a las sociedades residentes.

⁶⁶ El Reglamento que aprueba el Estatuto de la SE recoge cuatro procesos diferentes para su constitución: por fusión de dos sociedades preexistentes, mediante la creación de una sociedad *holding*, o por transformación de una sociedad anónima [Reglamento (CE) n.º 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003]. *Cfr.* J. LÓPEZ RODRÍGUEZ-P. M. HERRERA MOLINA, «Régimen fiscal de la sociedad europea», Documento de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales núm. 19/03.

⁶⁷ Sobre la territorialidad como un principio de Derecho Tributario Internacional consolidado y compatible con el Derecho comunitario, *cfr.* A. MARTÍN JIMÉNEZ, *Towards Corporate Tax Harmonization in the EU*, Kluwer, Deventer, 1999, págs. 291 y ss.

Más bien debe responder a una correcta construcción del mercado interior, evitando que las disparidades fiscales entre los diversos Estados constituyan un obstáculo al pleno ejercicio de las libertades comunitarias. Por tanto, la reformulación del principio de coherencia debe referirse al grupo y no al contribuyente aislado; debe tener en cuenta las relaciones entre los diversos tributos que inciden sobre cada una de las entidades del grupo y debe valorar la situación fiscal en su conjunto, incluyendo las consecuencias derivadas de los Convenios de Doble Imposición, y no sólo de las normas nacionales ⁶⁸.

En definitiva, el principio de coherencia no sólo exige eliminar duplicidades de gravamen, sino lagunas normativas que excluyan la tributación de hechos indicativos de capacidad económica ⁶⁹.

Suscribimos, por tanto, el planteamiento de GARCÍA PRATS: «el hecho de que en *Bachmann* la coherencia del sistema tributario se apreciara a través de la correlación entre beneficios y gravámenes en un mismo Estado no implica que ésta sea "la única forma de definir o concretar la coherencia fiscal" como parece entender y postular el TJCE. Por el contrario, la coherencia, correlación y coordinación de los diferentes tributos –y no de uno solo– resulta necesaria para *evitar la existencia de lagunas normativas* o la duplicidad de gravámenes sobre un mismo hecho. De otra forma no se entendería la coherencia necesaria existente en la delimitación de los gravámenes de diferentes impuestos, como la realizada entre el IRPF y el ISD –arts. 6.4 de la LIRPF y 3 de la LISD–, o al menos *no tendría cabida como alegación la posible sujeción en un impuesto en la medida en que estuviera exento en el otro*. Por otra parte, supone desconocer la necesaria conexión que debe existir entre los impuestos sobre la renta que recaen sobre las sociedades y las personas físicas –y las implicaciones que se derivan de dicha correlación» ⁷⁰.

⁶⁸ Así, a juicio de SANZ GADEA, «el reproche fundamental que puede hacerse a la sentencia [*Lankhorst*] es que no contempla la totalidad de los efectos derivados de la aplicación de las normas antisubcapitalización tratándose de países ligados por convenios para evitar la doble imposición. La sentencia se limita a constatar que la sociedad filial cuya matriz reside en otro Estado miembro diferente puede sufrir, en virtud de la norma antisubcapitalización, la no deducción de unos intereses que son recalificados a efectos fiscales como dividendos, sin que tal efecto se produzca cuando la sociedad matriz y filial residen en el mismo Estado. No contempla que, de acuerdo con lo previsto en los comentarios al modelo de convenio de la OCDE, deberán practicarse los ajustes pertinentes para evitar un exceso de imposición, de manera tal que la norma antisubcapitalización no impone una carga tributaria adicional, sino la distribución de la misma de acuerdo con el principio de libre concurrencia» («La subcapitalización y el Derecho Comunitario», ponencia presentada a la Jornada sobre Fiscalidad Internacional, cit.). Cfr., del mismo autor, la actualización de 2003 al *Documento de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales* 22/01, «Medidas Antielusión Fiscal»: lo correcto es «tomar en consideración la tributación de ambas sociedades –matriz y filial– porque el ejercicio del derecho de establecimiento implica a dos entidades, a saber, aquella que ejercita el derecho (sociedad matriz) y aquella otra que es el instrumento de dicha realización (sociedad filial)» (epígrafe 6.5.1.2).

⁶⁹ Cfr. A. GARCÍA PRATS, «La coherencia fiscal...», cit., págs. 400 (con relación al Derecho constitucional) y 417 (en relación con el Derecho comunitario).

⁷⁰ Cfr. A. GARCÍA PRATS, «La coherencia fiscal...», cit., pág. 419.

VII. CONCLUSIONES

El asunto *Lankhorst*, que declara la incompatibilidad de la norma tributaria alemana en materia de subcapitalización con el ordenamiento comunitario, se presenta como una pronunciado paradigmático del sentir del Tribunal de Justicia en materia de normas específicas antiabuso: defensa a ultranza de las libertades comunitarias e interpretación restrictiva de las excepciones que pueden oponerse a las mismas.

Como consecuencia de esta sentencia, nuestro legislador ha reaccionado, a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, excluyendo la aplicación de norma de subcapitalización –y también la transparencia fiscal internacional– del ámbito comunitario.

Ahora bien, aunque es cierto que las medidas específicas antiabuso presentan numerosas deficiencias que deben ser corregidas, no lo es menos que esta jurisprudencia comunitaria, y la consiguiente reacción del legislador español, tampoco pueden considerarse plenamente satisfactorias. En primer lugar, la aplicación de la libertad de establecimiento a los nacionales de Estados con Convenios de Asociación, la aplicación de la libertad de circulación a terceros Estados y la extensión de las libertades comunitarias a los Estados del Espacio Económico Europeo, hacen que los efectos comentados vayan más allá de las fronteras comunitarias. En este sentido nos hemos permitido hablar de un asedio a la justicia fiscal en *Europa*.

Una primera posibilidad para adaptar la legislación nacional en materia de cláusulas antiabuso específicas a la jurisprudencia comunitaria sería aplicar tales normas también en el ámbito interno. El inconveniente es que quizá esta solución sea desproporcionada e incluso impracticable. De ser así, podría plantearse otra posibilidad: configurar las cláusulas antiabuso como presunciones *iuris tantum* aplicables sólo a no residentes.

Asimismo, un análisis heterodoxo de las libertades comunitarias desvela más argumentos en contra de la comentada jurisprudencia comunitaria. En primer lugar, parece claro que, ante el dismantelamiento de las cláusulas antiabuso específicas, la aplicación de la cláusula antiabuso general, de limitada eficacia práctica, implicará una pérdida de mecanismos eficaces de control. En segundo lugar, si las libertades económicas producen un resultado contrario al principio de capacidad económica (principio no recogido expresamente en los Tratados, pero invocado por la jurisprudencia comunitaria) se producirán discriminaciones que estarán minando el fundamento de aquellas libertades. Estas dos circunstancias planteadas supondrán una discriminación de aquellas pequeñas empresas y contribuyentes con menores posibilidades de realizar operaciones internacionales dirigidas a minimizar su carga tributaria.

En definitiva, proponemos un replanteamiento del principio de coherencia fiscal a la luz de las exigencias de la justicia tributaria. En este sentido, probablemente sea conveniente otorgar un mayor peso a la practicabilidad administrativa en el control de proporcionalidad de las restricciones

a las libertades comunitarias. Es decir, no bastará con alegar motivos de conveniencia administrativa para justificar una restricción a las libertades comunitarias, sino de que los Estados miembros prueben las dificultades existentes, así como las consecuencias discriminatorias que pueden derivarse de la inexistencia de concretas medidas antielusivas.

Somos conscientes de que estas propuestas no resuelven automáticamente todos los problemas. Ahora bien, desde la propia perspectiva de unas libertades comunitarias efectivas, no parece adecuado que se dismantelen uno tras otro los mecanismos antiabuso específicos, sin que se sustituyan por otros instrumentos que garanticen la igualdad en el disfrute de las libertades comunitarias y la justicia tributaria. Es necesario realizar una reflexión profunda para que el «asedio» de la jurisprudencia comunitaria a las cláusulas antiabuso se convierta en una lucha constructiva a favor de la Libertad y la Justicia y no en una excusa al servicio de los grandes intereses económicos.