

La cláusula general antiabuso en el derecho de la Unión Europea: La construcción de una GAAR comunitaria

Jorge de Juan Casadevall

Abogado del Estado (exc.)

Doctor en Derecho

Socio de EY Abogados

Este trabajo ha obtenido un **Accésit Premio «Estudios Financieros» 2018** en la modalidad de **Tributación**.

El jurado ha estado compuesto por: don Alberto García Valera, doña Carolina del Campo Azpiazu, doña María Luisa González-Cuéllar Serrano, doña Clara Jiménez Jiménez, don Manuel Lucas Durán y don Jesús Sanmartín Mariñas.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

La nueva directiva antielusión fiscal, lejos de aportar elementos novedosos en la configuración de la GAAR comunitaria, se limita a codificar un principio general de prohibición de prácticas abusivas que ya había sido decantado por la jurisprudencia comunitaria. Desde esta perspectiva, el artículo 6 de la directiva debe leerse como un precipitado normativo en el que se vuelcan los diferentes ingredientes que la han moldeado, y que poseen extraordinario valor hermenéutico en la determinación de su alcance y significación. La cláusula general antiabuso constituye hoy una categoría jurídica autónoma del derecho de la Unión, cuya función armonizadora no pretende la desaparición de las técnicas y cláusulas antielusivas nacionales, pero sí la uniformización del concepto y efectos jurídicos en torno a una concepción omnicomprensiva de práctica abusiva, que se mueve básica –aunque no exclusivamente–, en el ámbito de la *tax avoidance*. Un estadio de armonización normativa, y uniformidad aplicativa, que no se contrae a la esfera comunitaria, sino que se proyecta sobre situaciones jurídicas domésticas y con terceros países, con la correlativa tensión dialéctica de las cláusulas nacionales e internacionales, ahora sometidas al novedoso escrutinio del TJUE.

Palabras clave: elusión fiscal; directiva antielusión fiscal (ATAD); cláusula general antiabuso (GAAR).

Fecha de entrada: 03-05-2018 / Fecha de aceptación: 10-07-2018 / Fecha de revisión: 03-08-2018

The general anti-abuse clause in European law: The construction of a communitarian GAAR

Jorge de Juan Casadevall

ABSTRACT

The new anti-tax avoidance directive, far from bringing new elements in order to configure the GAAR regime, has only limited itself to codify a general principle which bans the execution of abusive practices, topic which was already covered by the European case-law. From this perspective, article 6 of the directive has to be read as a normative in which different elements have been poured and molded, having all of them an extraordinary hermeneutic value in order to determine its scope and significance. The general anti-abuse clause constitutes nowadays an autonomous legal category in European Union law, whose main harmonizing function does not intend that national anti-abuse clauses and techniques disappear, however, they intend the standardization of the concept and legal effects regarding an all-inclusive conception of abusive practice, which has to be dealt with basically –but not exclusively–, in the field of tax avoidance. A stage of normative harmonization, and applicative uniformity, which does not only contract itself to the European law sphere but it also gets projected in domestic legal situations and with third countries, with the correlative dialectic tension between national and international clauses, currently being them subjected to the newest scrutiny of the CJEU.

Keywords: tax avoidance; anti-tax avoidance directive (ATAD); general anti-abuse clause (GAAR).

Sumario

1. Las cláusulas antielusivas y antiabuso como técnica normativa para combatir la elusión fiscal
2. La formación de la cláusula antiabuso en el derecho de la Unión Europea
 - 2.1. La creación de la cláusula antiabuso por la jurisprudencia comunitaria
 - 2.2. La prohibición de prácticas abusivas como principio general del derecho de la Unión:
La construcción dogmática de un concepto unívoco GAAR comunitaria
3. La codificación de la GAAR comunitaria
 - 3.1. El artículo 6 de la Directiva ATAD
 - 3.2. Ámbito de aplicación
 - 3.3. Presupuesto normativo: Estructura morfológica
 - 3.3.1. Elemento objetivo: Test de racionalidad económica
 - 3.3.2. Elemento subjetivo: Test de preponderancia esencial del fin fiscal
 - 3.4. Efectos fiscales de la aplicación de la GAAR

Referencias bibliográficas

Cómo citar este estudio:

De Juan Casadevall, J. (2018). La cláusula general antiabuso en el derecho de la Unión Europea: La construcción de una GAAR comunitaria. *RCyT. CEF*, 427, 5-38.

1. LAS CLÁUSULAS ANTIELUSIVAS Y ANTIABUSO COMO TÉCNICA NORMATIVA PARA COMBATIR LA ELUSIÓN FISCAL

Con notables variaciones terminológicas, y no pocas adaptaciones idiomáticas, pero con un gran peso de la nomenclatura anglosajona por su innegable impronta en los textos de la OCDE, de la Unión Europea o de otros foros internacionales o supranacionales (García Novoa, 2004), podemos afirmar que el análisis de compatibilidad de un comportamiento o situación fiscal controvertida a la legalidad tributaria admite una triple categorización. En primer lugar, la evasión o fraude fiscal (*tax evasion*), que consiste en el impago ilícito de la obligación tributaria y que, en algunos ordenamientos, puede dar lugar a una respuesta penal si concurren los elementos típicos, y el dolo de defraudación, previstos en la correspondiente figura delictiva. En segundo lugar, la elusión fiscal (*tax avoidance*), que, a diferencia de la evasión fiscal, no supone impago del tributo mediante la violación directa de la norma tributaria, sino que, sin infringir el texto de la ley, procura un ahorro fiscal mediante estructuras jurídicas atípicas o anómalas (Giuliani Fonroque, 1993, p. 681). Y, finalmente, la siempre difusa planificación fiscal, conocida en nuestro país como economía de opción¹, y en el mundo anglosajón como *legitimate tax avoidance*, que ha sido definida como la facultad de los particulares de adoptar las fórmulas negociales más convenientes, especialmente respecto a tributos que gravan actos o contratos, con la finalidad de minimizar la carga fiscal, u obtener cualquier tipo de ventaja fiscal, sin incurrir en infracción del ordenamiento tributario (García Novoa, 2004, p. 103). Esta clásica tripartición, cuyo deslinde nítido no redime de amplias zonas de tangencia promiscua en la *praxis* aplicativa de las normas a situaciones a menudo complejas, se ha visto empañada recientemente por la perturbadora irrupción de una cuarta categoría, de contornos todavía más evanescentes: la llamada planificación fiscal agresiva (*aggressive tax planning*). Con una vinculación genética a una interpretación finalista que atiende fundamentalmente al espíritu de la ley tributaria², el concepto ha hecho fortuna en los trabajos de BEPS y de la propia Comisión Europea³, pero su virtualidad práctica, supuestos sus notables pro-

¹ El origen doctrinal de este concepto jurídico autóctono se sitúa en la obra de Larraz (1952) y en su celeberrimo discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. El Tribunal Constitucional lo define como «la posibilidad de elegir varias alternativas legalmente válidas dirigidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras las unas de alguna ventaja adicional respecto de las otras» (STC 46/2000, de 17 de febrero –NFJ008490–).

² El concepto aparece en USA para referirse a un tipo de planificación fiscal basada en estructuras o esquemas que soliviantan el espíritu o finalidad de la norma (Mulligan y Oats, 2009, p. 681). Y una clara formulación del mismo lo encontramos en el documento de la OCDE (2013, p. 48).

³ Recomendación de 6 de diciembre de 2012 sobre planificación fiscal agresiva, en la que se considera que este tipo de prácticas fiscales consisten en la reducción de la deuda tributaria mediante mecanismos que, pese a ser «estricta-

blemas de tipificación normativa, reside simplemente en construir una pauta-guía para el legislador positivo o para la buena gobernanza fiscal (Calderón Carrero y Quintas Seara, 2015, pp. 44 y ss.)⁴.

A nosotros nos interesa el fenómeno de la elusión fiscal, que supone cualquier disminución de la carga fiscal inicialmente debida —en terminología anglosajona, *illegitimate tax avoidance*—, que englobaría también aquellas conductas en las que el contribuyente respeta la literalidad de la ley, pero se entiende que actúa de forma abusiva porque su único propósito negocial es evitar o disminuir la carga fiscal (Calderón Carrero, 2000, pp. 193 y ss.). Si esto es así, e importa que retengamos este dato ahora, junto a la elusión en sentido estricto, habría que considerar el abuso de norma. En este sentido amplio, la nota que singulariza la «elusión» es la «licitud de medios empleados» para conseguir un ahorro fiscal (Palao Taboada, 1977, p. 776), y siempre con el límite negativo de la planificación fiscal o economía de opción. El arsenal jurídico de que disponen los sistemas tributarios para reaccionar ante el vasto fenómeno de la *tax avoidance* comprende medidas de técnica legislativa, como el diseño de hechos imponibles subrogatorios o la previsión de presunciones o ficciones legales; medidas en relación con los convenios internacionales; medidas antielusión en sede de aplicación del tributo; o la adopción de cláusulas antielusorias generales o particulares⁵. Aunque la exégesis de la norma tributaria debe plegarse a los criterios interpretativos generales admitidos en derecho, existe alguna técnica antielusiva de carácter hermenéutico, como la prevalencia de la sustancia sobre la forma. La regla *substance over form* es una creación de la jurisprudencia americana de los años treinta del siglo pasado, y puede concebirse como una técnica antielusiva del *common law* que opera por vía interpretativa, que ha dejado sentir su influjo también en sistemas jurídicos continentales como Francia o Alemania. Así

mente legales», violentan el espíritu de la ley. Tratan de aprovechar aspectos técnicos de un sistema fiscal, o las discordancias entre dos o más sistemas fiscales, para generar un ahorro fiscal en forma de *double dipping*. La Comisión Europea conecta la planificación fiscal agresiva con la previsión de una cláusula antiabuso general. No negamos que el diseño de una GAAR sea una fórmula apta para combatir la planificación fiscal agresiva, o, como dicen los textos comunitarios en otras ocasiones, la planificación fiscal abusiva. Lo que ocurre es que en el sentido técnico que hemos intentado dotar a este novedoso término, como categoría diferenciada de la elusión y la evasión fiscal, la previsión específica de una GAAR puede carecer de utilidad. Por ello, pensamos que, en el sentido apuntado, la planificación fiscal agresiva se refiere básicamente a fenómenos, inicialmente lícitos, de asimetrías híbridas que dan lugar a fenómenos de desimposición, infraimposición o de doble no imposición (*double dipping* o casos de deducción sin inclusión). La técnica normativa para combatirlos no es una GAAR, sino una cláusula automática de neutralización de desajustes híbridos. En contra, parece seguir el enfoque analítico de la planificación fiscal agresiva Martín López (2015). Y también Barciela Pérez (2017). Otra cosa es que se sostenga la equivalencia sinonímica con la planificación fiscal abusiva, entendida como elusión o abuso de norma, en cuyo caso el enfoque correcto para combatirla es la previsión de una GAAR.

⁴ Según estos autores, no puede identificarse la planificación fiscal agresiva con un esquema de optimización fiscal, o con cualquier operación/estructura que transite por la ruta menos gravada, o que incluya un propósito fiscal no exclusivo pero relevante. Esta generalización arrumba totalmente la idea de planificación fiscal legítima y parece poco adecuada desde una perspectiva constitucional. En este sentido se pronunciaba el Conséil Constitutionnel francés en su Decisión de 29 de diciembre de 2013.

⁵ Seguimos en este punto la omnicompreensiva sistematización de medidas antielusión que efectúa García Novoa (2004, pp. 175 y ss.), cuyo estudio sobre esta materia nos parece imprescindible.

ha ocurrido con alguna variable de esta doctrina, como el *business purpose test*, técnica antielusiva de elaboración jurisprudencial, y gran predicamento en los sistemas anglosajones, que permite negar los efectos tributarios de aquellas operaciones con exclusivos fines de ahorro fiscal, y que también ha sido adoptada como principio general en el ordenamiento de Países Bajos o de Noruega. En efecto, tanto la doctrina *Gregory v. Helvering*⁶ en Estados Unidos, como el *Ramsay principle*⁷ en Gran Bretaña, permiten arrumbar la forma jurídica de los actos, negocios u operaciones empleados por las partes para determinar su verdadero propósito económico. Si no concurren verdaderos motivos económicos o propósitos comerciales, podría interpretarse que una operación persigue exclusivamente fines de ahorro fiscal y la Administración tributaria podría desconocerlos. Es más, las eventuales insuficiencias del *business purpose test* podrían colmarse recurriendo a la doctrina del *step transaction*, otra variable de la regla *substance over form*, que permite reducir, a una única operación compleja, el conjunto de operaciones enlazadas entre sí que persiguen un unitario fin de ahorro fiscal.

El apoderamiento a la Administración de esta exorbitante técnica hermenéutica, sin la apoyatura de una cláusula legal⁸, ha sido seriamente objetado desde la perspectiva de la seguridad

⁶ Este *leading case*, fallado por el Tribunal Supremo de USA en 1935, fue la base sobre la que se asentó la doctrina del *substance over form* y del *business purpose test*. Los hechos enjuiciados son los siguientes: la Sra. Evelyn Gregory era propietaria de United Mortgage Company que, a su vez, detentaba 1.000 acciones de Monitor Securities Corporation. El 21 de septiembre de 1928 transfirió ese paquete accionario a Averill Corp., creada tres días antes. Tres días más tarde disuelve la nueva compañía y se adjudica íntegramente el paquete accionario que vende realizando una ganancia patrimonial. Al amparo de la exención por reestructuración corporativa contemplada en la Revenue Act de 1928, no integra el *capital gain* en su declaración federal de imposición sobre la renta. El Commissioner of Internal Revenue Guy Helvering aduce que la reorganización corporativa carece de sustancia económica, y que simplemente sigue una forma legal de reorganización para disponer de las acciones de Monitor sin tributar por ello. La Court of Appeals federal reconoce que cada uno puede organizar sus negocios de forma que pague menos impuestos, no está obligado a buscar la forma más onerosa, no existe un deber patriótico de pagar impuestos, pero rechaza que, aun cuando la reestructuración se ajusta a la literalidad de la ley, esté cubierta por la misma. El Tribunal Supremo confirma esta sentencia, y sostiene que la reestructuración emprendida carece de «*business or corporate purpose—a mere device which put on the form of a corporate reorganization as disguise for concealing its real character, and the sole object and accomplishment of which was the consummation of a preconceived plan, not to reorganize a business or any part of a business*».

⁷ La doctrina Ramsay fue sentada por la House of Lords en dos casos sentenciados en 1982 *Ramsay v. Inland Revenue* e *Inland Revenue v. Burmah Oil*, que denegaron la compensación de una ganancia patrimonial con pérdidas artificialmente creadas con el propósito de evitar la imposición de la ganancia. En síntesis, sostienen que cuando una transacción ha sido preconcebida artificialmente sin otro propósito comercial que el ahorro fiscal deben ser sometidas a gravamen.

⁸ No es extraño que la técnica interpretativa antielusiva de creación jurisprudencial sea absorbida por una cláusula general o específica/sectorial mediante el fenómeno de la codificación de la jurisprudencia. Es el caso de Estados Unidos que, a raíz de la reforma sanitaria de la Presidencia Obama, ha codificado la frondosa jurisprudencia existente sobre la doctrina de la sustancia económica. Con ello, Estados Unidos, al igual que otros países del *common law*, como Reino Unido (2013), Canadá o Australia, abandonan —o, cuando menos, colocan junto a ella— la técnica antielusiva de matriz interpretativa jurisprudencial, para adoptar una estrategia legislativa aunque solo sea, en términos generales, para codificar su valiosa jurisprudencia.

jurídica del contribuyente (Pistone, 1995, pp. 72 y ss.) –y desde las exigencias indeclinables del principio de legalidad tributaria, añadiríamos nosotros–. De ahí, la necesidad de articular una cláusula antielusión. Su tipificación legal constituye la solución normativa para combatir la elusión fiscal. Las cláusulas antielusorias han sido genéricamente definidas como estructuras normativas cuyo presupuesto de hecho aparece formulado con mayor o menor grado de amplitud, al que se anudan unas consecuencias jurídicas que consistirán en la atribución a la Administración de potestades consistentes en desconocer el acto o negocio realizado con ánimo elusorio o en aplicar el régimen jurídico-fiscal que se ha tratado de soslayar con ánimo elusivo. Las cláusulas antielusorias pueden ser generales, de formulación abstracta y abierta, susceptibles de aplicarse de forma indefinida a una serie de supuestos, o especiales, formuladas *ad hoc* para determinada tipología de operaciones, y cuyo ámbito se contrae a ciertos tributos⁹. Como *tertium genus*, podemos hablar también de cláusulas sectoriales, de formulación abstracta pero aplicables solo a una determinada figura tributaria. El modelo continental de cláusulas antielusorias presenta una gran variedad cromática, por la propia singularidad de cada sistema jurídico, y por la propia capacidad de absorción por la norma tributaria de las respectivas cláusulas antielusorias jurídico-civiles de las que constituyen un pálido reflejo¹⁰. La elección entre una cláusula general o una cláusula específica es una cuestión de política legislativa, de valoración y de oportunidad, aunque los ordenamientos tributarios suelen combinar ambos tipos de cláusulas. Las cláusulas generales ofrecen la ventaja de su carácter disuasorio, que les permite operar *ex ante* o *ex post*, pero presentan el problema de su deslinde con la planificación fiscal legítima y la libertad de configuración de las relaciones jurídicas, y el grave inconveniente de la incertidumbre e inseguridad jurídica¹¹, así como de su permeabilidad a fórmulas ya superadas de interpretación económica o de aplicación analógica prohibida en materia tributaria.

Las cláusulas antiabuso constituyen una especie del *genus* cláusula antielusiva y a las que, *mutatis mutandis*, puede trasladarse el esquema dogmático hasta ahora esbozado. En nuestra opinión, tienen sustantividad propia¹², y un contenido más específico que la cláusula antielusiva, y

⁹ En el argot de la fiscalidad internacional son conocidas como GAAR y SAAR, acrónimos que, respectivamente, significan *General Anti Avoidance Rule* y *Specific Anti Avoidance Rule*.

¹⁰ Sobre la expansión y aplicación de cláusulas antielusivas, véase el informe elaborado por EY Abogados (2015, pp. 13 y ss.).

¹¹ La inseguridad jurídica procede, básicamente, de la amplia discrecionalidad de que dispone la Administración para determinar si concurre su presupuesto de aplicación. En particular se ha subrayado que la incertidumbre procede tanto del diseño del presupuesto de hecho en el que abundan conceptos jurídicos indeterminados, de naturaleza valorativa e imprecisa, como de la previsión de los efectos jurídico-tributarios que determinan. Véase sobre el particular EY Abogados (2015, p. 13).

¹² El profesor Palao Taboada advierte que en las lenguas románicas el abuso de derecho es un concepto polisémico, que puede englobar tanto el abuso de derecho subjetivo como el abuso de norma jurídica; polisemia que no se da en el mundo anglosajón, donde puede distinguirse perfectamente entre *abuse of right* y *abuse of law*. La preponderancia de la lengua inglesa en la jurisprudencia y en los textos legales ha acabado imponiendo el término abuso –hemos de entender abuso de norma– en la lucha contra la *tax avoidance*. Este paulatino desplazamiento de los términos elu-

su ámbito natural de actuación es el de la fiscalidad internacional. La elusión fiscal internacional supone la incorporación de un ordenamiento extranjero al presupuesto de la actuación elusiva, y consiste en el aprovechamiento con fines de ahorro fiscal de las diferencias existentes entre los diferentes ordenamientos nacionales (Serrano Antón y Zapata, 1998, p. 87) eludiendo la territorialidad del tributo. Sin perjuicio de la previsión de cláusulas específicas de derecho interno para afrontar las situaciones de elusión internacional¹³, la típica forma de reaccionar consiste en la aplicación de la doctrina o, en su caso, de una cláusula, que penalizan el abuso de una norma de derecho internacional, como, por ejemplo, un convenio para evitar la doble imposición. Esta fenomenología elusiva, propia de la fiscalidad internacional, es también la que afronta la fiscalidad comunitaria, y no solo porque esta pueda considerarse un segmento de aquella, sino porque la existencia de un mercado integrado, en el que se hace un uso intensivo de las libertades de circulación de los factores productivos, y en el que la armonización fiscal es todavía precaria y fragmentaria, el tráfico económico aboca indefectiblemente a situaciones jurídicas en las que convergen diferentes sistemas tributarios. Fenómenos como el *directive shopping*, el abuso de directiva, o las estructuras de optimización fiscal que pretenden ampararse en una libertad comunitaria, nos recuerdan inexorablemente problemas ya tratados o resueltos en el ámbito de la fiscalidad internacional. Sin perjuicio de que aquí también encontremos supuestos de pura elusión fiscal¹⁴, el derecho de la Unión Europea ha reaccionado básicamente mediante la creación, primero por vía jurisprudencial, y luego por vía normativa, de una cláusula antiabuso.

La codificación de la GAAR comunitaria por la Directiva UE 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (*Antiavoidance Tax Directive*, ATAD), no germina por floración espontánea, ni constituye una simple reproducción de modelos de la OCDE, sino que goza de una filiación jurídica autónoma. La prohibición de prácticas abusivas, como

sión y fraude de ley, a su juicio más claros y precisos, se observa también en nuestra doctrina, y se dejó sentir incluso en el propio anteproyecto de LGT, que rubricaba la cláusula general antielusión como «abuso en la aplicación de la norma», luego sustituido en el proyecto por el más neutral «conflicto en la aplicación de la norma» (Palao Taboada, 2017, pp. 1 y ss.). Sin perjuicio de reconocer esa acusada tendencia a la generalización del concepto de norma antiabuso, entendemos que existen diferencias estructurales entre la artificiosidad de las formas jurídicas, si se quiere de la norma de cobertura, y la artificialidad, por ausencia de sustancia económica y de motivos económicos válidos, de quien pretende ampararse en la norma abusada. Por ello, sostenemos que la cláusula antiabuso tiene un contenido más específico que la cláusula antielusión, sin perjuicio de que aquella pueda, sin gran esfuerzo dialéctico en el caso español, quedar embebida en esta última.

¹³ Como las llamadas normas antiparaiso fiscal, o el conjunto de normas para luchar contra los regímenes preferenciales que, en el caso de la *harmful tax competition*, desbordan el marco interno para provocar la intervención de las autoridades comunitarias para podar las distorsiones fiscales al mercado interior mediante el régimen de ayudas de Estado.

¹⁴ Por ejemplo, la creación de una estructura societaria para obtener la deducibilidad del IVA soportado por una entidad no sujeta que pretendía ampararse en la Directiva del IVA se falló en *Halifax*. Sin embargo, lo que en términos de derecho interno sería un típico caso de generación artificial de un gasto deducible mediante la interposición de sociedades, fue tratado por el TJCE como un supuesto de abuso de directiva enfatizando la falta de sustancia económica de estas sociedades.

principio general del derecho de la Unión, permite decantar un concepto unívoco de abuso, con una determinada estructura morfológica, en el que se aprecia la sedimentación progresiva de la jurisprudencia comunitaria, las directivas sectoriales y del propio *soft law* comunitario. Su estratificación endomorfa por estas fuentes, normativas o seudonormativas, que hibridan la tradición jurídica continental de tipificación de cláusulas *anti-avoidance* y la preferencia anglosajona por la técnica hermenéutica (*business purpose test*), cristaliza en un sustrato normativo sobre el que, sin apreciables innovaciones cualitativas, se opera la codificación de la GAAR.

2. LA FORMACIÓN DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

2.1. LA CREACIÓN DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO POR LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

La cláusula comunitaria antiabuso es esencialmente de elaboración jurisprudencial¹⁵, bien porque se considere de creación judicial en sentido estricto, bien porque simplemente se considere decantada por la jurisprudencia a partir de un preexistente principio general del derecho de la Unión. La generalidad de la doctrina sitúa, si no su nacimiento, sí al menos su formulación expresa en el ámbito tributario, en la conjunción, y en el protagonismo compartido, de dos importantes sentencias: *Halifax*, STJCE de 21 de febrero de 2006 (C-255/02 –NFJ021677–) y *Cadbury Schweppes*, STJCE de 12 de septiembre de 2006 (C-196/04 –NFJ023535–).

En *Halifax*, sobre la base de una formulación aún embrionaria¹⁶, y habiéndose producido, ya desde hacía tiempo, la codificación sectorial del *business purpose*, la jurisprudencia comunitaria formula la cláusula antiabuso en el ámbito tributario. Y lo hace en materia de IVA, es decir, un segmento de la fiscalidad que, pese a estar armonizado, carecía de una cláusula legal antiabuso. El abogado general Poiras Maduro, cuyas conclusiones fueron muy jugosas para la formulación de la cláusula antiabuso, examina la jurisprudencia recaída, y extrae de la misma la existencia de un principio general que impide amparar en el derecho comunitario la persecución de un fin abusivo o fraudulento. Vuelve sobre los elementos objetivo y subjetivo exigidos en

¹⁵ Naturalmente, jurisprudencia del TJCE y, posteriormente, del TJUE. Como es sabido, el cambio de denominación se produce a raíz del Tribunal de Lisboa que da una salida negociada al frustrado tratado por el que se aprobaba la Constitución europea. Nosotros utilizaremos, indistintamente, ambos acrónimos en función de la fecha del fallo.

¹⁶ Antes de llegar a su lento alumbramiento por ambas sentencias, podemos rastrear sus antecedentes y sus primeras formulaciones en otros fallos que no necesariamente se producen en el ámbito estrictamente fiscal. El abuso de derecho se vislumbra en *Van Binsbergen*, STJCE de 3 de diciembre de 1974 (C-33/74), aparece aludido en *Centros*, STJCE de 9 de marzo de 1999 (C-212/97 –NFJ044265–), e *Inspire Art*, STJCE de 20 de septiembre de 2003 (C-167/01 –NCJ040933–), pero habrá que esperar a *Emsland-Starke*, STJCE de 14 de diciembre de 2000 (C-110/99 –NFJ045382–), ya en el ámbito aduanero, para tener una primera formulación de sus elementos constitutivos (objetivo y subjetivo).

Emsland-Starke, y critica este último moldeándolo de diferente manera¹⁷. Su aportación esencial reside en la concepción del elemento subjetivo, que reelabora para considerarlo embebido en el elemento objetivo, lo hibrida con este («finalidad objetiva»), y acoge la doctrina del *business purpose* cuando alude a cualquier otra justificación económica distinta de la ventaja fiscal. Y, viceversa, reduce el elemento objetivo a «un elemento teleológico por el que la finalidad y los objetivos de las normas comunitarias de las que supuestamente se abusa se comparan con la finalidad y los resultados conseguidos por la actividad de que se trata». El Tribunal de Justicia acoge íntegramente esta doctrina e identifica la práctica abusiva con «las operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas por el derecho comunitario». Y, en relación con el concurso de los dos elementos, objetivo y subjetivo, exige que «las operaciones de que se trate tengan como resultado la obtención de una ventaja fiscal cuya concesión sería contraria al objetivo perseguido por tales disposiciones», mientras que del «conjunto de elementos objetivos también debe resultar que la finalidad esencial de las operaciones de que se trate consista en obtener una ventaja fiscal». Y, haciendo suyos los razonamientos del abogado general, excluye la práctica abusiva «cuando las operaciones en cuestión pueden tener una justificación distinta de la mera obtención de ventajas fiscales» (párrafos 74 y 75).

Cadbury Schweppes representa, en relación con la imposición directa no armonizada, la aportación más importante en la definición del abuso de derecho. El fallo debe sumergirse en el contexto de la jurisprudencia comunitaria que elabora razones imperiosas de interés general que excluyen discriminación o restricción fiscal encubierta a una libertad comunitaria¹⁸. Para que la

¹⁷ «Las intenciones elusivas subjetivas de las partes no son lo que ha de determinar la existencia del elemento subjetivo mencionado en la sentencia *Emsland-Starke*. Antes bien, las intenciones de las partes de obtener abusivamente una ventaja del derecho comunitario son simplemente deducibles del carácter artificial de la situación que ha de apreciarse a la luz de una serie de circunstancias objetivas... Es el examen de la finalidad objetiva de las normas comunitarias y de las actividades realizadas, y no las intenciones subjetivas de las personas, lo que a mi juicio se encuentra en el núcleo de la doctrina del derecho comunitario sobre el abuso... solo es subjetivo en la medida en que pretende verificar la finalidad de las actividades de que se trata. Dicha finalidad –que no debe confundirse con las intenciones de quienes participan en tales actividades– ha de determinarse objetivamente sobre la base de la inexistencia de cualquier otra justificación económica distinta de la de crear una ventaja fiscal». Conclusiones presentadas el 7 de abril de 2005. Los razonamientos sobre el abuso de derecho se contienen en los párrafos 60 y ss.

¹⁸ Para que una ventaja fiscal comparativa no sea discriminatoria se requiere una justificación o fundamentación racional. La jurisprudencia comunitaria ha destilado un amplio elenco de exigencias imperativas de interés general, en ocasiones con un pálido reflejo en los tratados constitutivos, y casi siempre al socaire de las alegaciones de los Gobiernos nacionales para justificar la medida fiscal cuestionada, que, interpretadas de forma muy restrictiva, justifican el trato fiscal discriminatorio. Se trata de la resolución de un conflicto de bienes jurídicos entre la libertad comunitaria afectada y la causa imperativa de interés general detectada, que exigirá el sacrificio de la primera siempre que la justificación alegada resista el test de proporcionalidad. Una de esas causas imperativas de interés general, cuya razón de ser se ha rastreado en la referencia del primitivo Tratado de Roma al orden público, sería el riesgo de evasión fiscal, lo que exige la elaboración de un concepto de práctica abusiva (véase De Juan Casadevall, 2009). Por lo demás, la consideración de la concurrencia de una actividad económica genuina y real como elemento objetivo de la norma antiabuso, que funciona como razón imperativa de interés general, conlleva una importante consecuencia procesal.

cláusula antiabuso sea admisible es necesario que el comportamiento de los agentes económicos no responda al fin legítimo perseguido por la libertad comunitaria imbricada que, en el caso del derecho de establecimiento, no es otro que el derecho del nacional comunitario al ejercicio efectivo de una actividad económica en otro Estado miembro a través de la constitución de una filial o de un establecimiento permanente. Luego, la apreciación de un montaje fiscal artificial requiere no solo una motivación fiscal (elemento subjetivo), sino también la inexistencia de una realidad económica subyacente (elemento objetivo). Si existe una sustancia económica y una actividad real, una estructura corporativa dotada de medios materiales y humanos suficientes, y un ejercicio efectivo de una actividad económica, no podrá hablarse de un montaje ficticio, o, como en *Eurofood* (C-341/04 –NCJ040819–), de una «filial fantasma o pantalla», aunque se haya perseguido una motivación fiscal en la elección del Estado miembro en el que va a constituirse la filial. La deslocalización de actividades económicas reales dentro del territorio comunitario, que obedecen a una finalidad fiscal, constituye un ejercicio de la libertad de establecimiento inmune a las cláusulas nacionales antiabuso¹⁹. Y, recuperando la idea de «montajes artificiales», que ya había acuñado en precedentes pronunciamientos²⁰, el TJCE advierte que una medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede estar justificada «cuando tenga por objeto específico los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate» (párrafo 51). Eso significa que la existencia de actividad comercial excluye un «montaje artificial carente de cualquier vínculo económico real con el Estado miembro de acogida» (párrafo 61), siempre que la entidad cumpla el criterio de los motivos, que exige que «la sociedad residente demuestre, por un lado, que la reducción significativa del impuesto en el Reino Unido... no era el objetivo principal ni uno de los objetivos principales de esas operaciones... los beneficios en el sentido de la mencionada legislación no era la

Hasta la fecha, la existencia de una actividad económica real se había considerado una condición de acceso a la libertad de establecimiento, ahora se considera un elemento de la razón imperativa de interés general que la excepciona. Por tanto, serán los Estados miembros los que deberán probar su concurrencia y su resistencia al test de proporcionalidad (véase sobre el particular Martín Jiménez, 2012a, pp. 8 y ss.).

- ¹⁹ Este es precisamente el problema que enfrenta, en el espacio comunitario, la competencia fiscal perniciosa, que la Comisión ha pretendido extirpar con la aplicación exorbitante del régimen de ayudas de Estado, recurriendo a una interpretación extensiva de la nota de selectividad. Por ello, este es también uno de los más sólidos argumentos para acotar esa desmesurada aplicación del criterio de la selectividad, *de facto* o *de iure*, que transforma las medidas fiscales generales en específicas; y es que la libertad de establecimiento, en un contexto de consentida falta de armonización de la imposición directa, ampara y tutela la deslocalización de la actividad productiva por motivos fiscales, siempre que exista una sustancia económica real, sin que sea legítimo reprimir preventivamente, por vía de ayuda fiscal selectiva, lo que no sería sino un ejercicio de una libertad comunitaria.
- ²⁰ La idea de que una «medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento pueda estar justificada cuando tenga por objeto específico montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la legislación del Estado miembro de que se trate» estaba ya presente en *ICI*, STJCE de 16 de julio de 1998 (C-264/96 –NFJ006465–); *Lankhorst-Hohorst*, STJCE de 12 de diciembre de 2002 (C-324/00 –NFJ013286–); *Lasterie du Sayllant*, STJCE de 11 de marzo de 2004 (C-9/02 –NFJ017164–), y *Marks & Spencer*. La novedad reside, a nuestro juicio, en que ahora se encaja en el diseño jurisprudencial de la cláusula antiabuso iniciada por *Haltifax*, perfilando su elemento objetivo como ausencia de sustancia económica, término más amplio que el de montaje artificial.

razón principal ni una de las razones principales de la constitución de la SEC»²¹ (párrafo 62). En definitiva, *Cadbury* cierra la construcción jurisprudencial de la cláusula antiabuso enunciada en *Halifax*, acabando de perfilar su elemento objetivo, recuperando la idea de montajes puramente artificiales, que aquí se empleará para moldear aquel elemento objetivo como ausencia de sustancia económica. Con este singular *approach* analítico, las cláusulas internas antielusión adquieren relevancia comunitaria, asistimos a su comunitarización, lo que supone el sometimiento del legislador nacional al sobrevenido escrutinio de la Corte de Luxemburgo²² a la hora de diseñar sus propias cláusulas antielusión.

Con posterioridad a estos dos pronunciamientos cardinales en la formación de la cláusula antiabuso, la jurisprudencia ha venido a confirmar la doctrina sentada por ambos fallos, a aclarar algunas dudas interpretativas que habían sembrado y, sobre todo, a establecer una clara conexión entre ellas y con las cláusulas sectoriales codificadas por las directivas, lo que sin duda contribuye a construir un concepto unitario de práctica abusiva en el derecho de la Unión. En las diferentes directivas sectoriales, se contienen cláusulas antiabuso, cuyo alcance y significación ha sido discutido por la doctrina, que ha señalado que no se trata de normas antiabuso, sino de normas comunitarias que habilitan la aplicación de normas antielusivas nacionales (Ribes Ribes, 2009, p. 12) o, simplemente, de normas de reenvío expreso a la normativa interna de los Estados miembros (Maisto, 1996, p. 51), aunque tampoco podemos desconocer que la propia directiva constituirá el canon de conformidad con el derecho de la Unión Europea²³. En cualquier caso, es innegable la influencia de la codificación del *business purpose test* por la Directiva de fusiones, y de la frondosa jurisprudencia que ha segregado, en la formación de cláusula antiabuso.

2.2. LA PROHIBICIÓN DE PRÁCTICAS ABUSIVAS COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO DE LA UNIÓN: LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE UN CONCEPTO UNÍVOCO GAAR COMUNITARIA

Llegados a este punto, cabe preguntarse si es posible destilar, de las múltiples manifestaciones de la prohibición de prácticas antiabuso, un principio general del derecho de la Unión, para,

²¹ Acrónimo que, en la nomenclatura utilizada por la sentencia, significa sociedad extranjera controlada, traducción del inglés *controlled foreign corporation* (CFC).

²² No es de extrañar que los Estados miembros ejercieran una cierta presión para la adopción de un enfoque armonizado que sirviera de contrapeso a la nueva jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Y así se adoptó la Resolución del Consejo de 2 de julio de 2010 sobre coordinación de políticas antiabuso, un velado intento por preservar sus intereses recaudatorios, y su margen de maniobra en el diseño de las políticas antiabuso, que la novedosa jurisprudencia amenazaba al priorizar las libertades comunitarias (véase Robert y Tof, 2011, p. 436).

²³ Según Ruiz Almendral (2010, p. 27), el derecho secundario no contiene normas antiabuso, sino habilitaciones para el derecho interno, pero serían habilitaciones cerradas en la medida en que el canon de conformidad al derecho de la Unión sería primordialmente la propia directiva.

en un estadio posterior, intentar reducirlo a un concepto unitario que pueda proyectarse en todos los segmentos de la fiscalidad comunitaria.

A nuestro modo de ver, un principio general del derecho es un enunciado normativo general que, habiendo sido incorporado formalmente o no a un ordenamiento jurídico, expresa de forma abstracta una idea fundamental o informadora de este, y/o suple e integra las lagunas y deficiencias técnicas que presenta²⁴. Son proposiciones normativas que expresan un juicio deontológico, de naturaleza axiológica o técnica, que despliegan una doble función informadora del ordenamiento jurídico y/o supletoria, como sistema de integración de lagunas, como fuente subsidiaria del derecho²⁵. Su recepción formal como principio general del derecho de la Unión, sobre todo desde una perspectiva de extracción deductiva, puede ser muy difícil, habida cuenta no solo de la pluralidad de sistemas jurídicos nacionales, sino también de las diferentes tradiciones jurídicas que estos reflejan. La oposición frontal del mundo anglosajón quedó patente en el congreso *ad hoc* organizado en Oxford en octubre de 2008²⁶, y descansa en una concepción exclusivamente subjetivista del abuso de derecho, propia de la tradición romanista (*qui suo iure utitur neminem laedit*) que desemboca en la doctrina civilista francesa del *abus de droit*²⁷, extraña al *common*

²⁴ Esta definición sincrética que proponemos aúna el qué, el cómo y el para qué de un principio general del derecho. El qué, o esencia ontológica, de un principio general del derecho, que concebimos como un enunciado normativo abstracto portador de un juicio deontológico de carácter valorativo o técnico. El cómo se refiere a su *heretis*, a su forma de indagación y obtención, e intenta superar la vieja discusión iusfilosófica de si se trata de un elemento extraño a un concreto sistema positivo, que se obtiene por inducción (Escuela racionalista del derecho natural); o si, por el contrario, se trata de un elemento externo, no positivizado formalmente, pero que se extrae del mismo con un método deductivo (Positivismo jurídico). Ambas aproximaciones estarían hoy superadas si convenimos que son siempre obra de la razón humana, como lo es, en definitiva, el entero derecho positivo. Y en cuanto al para qué sirven, alude a su función informadora del ordenamiento legal, y supletoria, como fuente subsidiaria en defecto de ley y costumbre. En la clásica formulación de Federico de Castro, los principios generales del derecho son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación, es decir, las que dan sentido a las normas jurídicas legales o consuetudinarias existentes en la comunidad, los enunciados generales a los que se subordinan un conjunto de soluciones particulares. Junto a esa función informadora, y sin perjuicio de ella, existe una función supletoria como fuente subsidiaria de segundo grado del derecho. Ese es el enfoque de nuestro Código Civil que, tras elevarlos a la condición formal de fuente del derecho (art. 1.1 del Código Civil), dispone en su artículo 1.4 que «los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico».

²⁵ En sentido estricto, junto a su función informadora, y, por tanto, interpretativa, y su función supletoria o autónoma, y, por tanto, integradora, podríamos hablar también de una función creativa que impone al legislador un conocimiento previo de los principios generales del derecho para, inspirado en ellos, poderlos positivizar adecuadamente. Esta sería, a mi juicio, la típica función de los principios constitucionales, o valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, esculpidos en el frontispicio de nuestro sistema constitucional (art. 1.1 de la Constitución de 1978).

²⁶ De este congreso nacerá la obra colectiva De la Feria y Vogenauer (2008).

²⁷ Doctrina, básicamente, de creación jurisprudencial y filiación iusprivativista (*Arrêt de la Cour de Cassation de 3 août 1915*), que experimenta una inflexión aislada en la obra de Planiol («*le droit cesse où l'abus commence*»), pero que gozará de gran predicamento. También la doctrina alemana, desde una concepción nacionalsocialista que relativiza el individualismo liberal, afirmará la doctrina del abuso de derecho como límite intrínseco a su ejercicio, y lo positiviza en el parágrafo 226 del BGB (Código Civil alemán), a cuyo tenor «el ejercicio de un derecho no está permitido cuan-

law. Sin embargo, solo desde una confusión –incluso léxica o lingüística²⁸–, o desde una construcción kelseniana, negadora de ese dualismo subjetivo/objetivo, puede confundirse el abuso de derecho subjetivo y el abuso de derecho objetivo. En una concepción reduccionista y asimiladora, la doctrina anglosajona se refiere solo al primero, mientras que al derecho de la Unión lo que le interesa es el abuso de derecho objetivo, el abuso de norma que algunos identifican con la elusión o el fraude de ley en sentido técnico (Palao Taboada, 2017, p. 30)²⁹. Tampoco han faltado autores que, ajenos a la tradición anglosajona, impugnen el supuesto *status* constitucional de la prohibición de abuso como principio general de la Unión Europea, porque podría socavar los cimientos del mercado interior (Arnulf, 2008, p. 22)³⁰, o por su potencialidad lesiva para la seguridad jurídica, o su efecto disuasorio de una adecuada política legislativa doméstica del legislador nacional (De la Feria, 2008, p. XXV)³¹. Una posición crítica más endeble consiste en atribuir una función meramente interpretativa a este principio, podando sus otras funciones y, en particular, su función normativa autónoma. Pero la mejor doctrina ha visto en la prohibición de abuso algo más que un simple principio interpretativo (Freedman, 2008, pp. 375 y ss.)³², y ha advertido que reviste todos los atributos para ser reconocido como principio general del derecho³³. Se ha señalado que el principio se ha formado de manera intuitiva, a partir de una inteligencia tácita de la naturaleza de las normas y de su proceso aplicativo, y exige que todo ordenamiento jurídico –y el ordenamiento iuscomunitario no constituye una excepción– necesite «medidas de autoprotección», «válvulas de seguridad», que garanticen que «los derechos que confiere no se ejerciten

de solo puede tener por finalidad hacer daño a otro». En nuestro derecho, la doctrina del abuso de derecho se introduce con la célebre tesis doctoral de Calvo-Sotelo, publicada en 1917, y se acoge por la jurisprudencia civil por la no menos conocida STS de 14 de febrero de 1944. En la actualidad, tiene una acaba formulación positiva en el artículo 7.2 del Código Civil que dispone que: «La ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

- 28 Confusión léxica que, precisamente, en el derecho anglosajón no debería producirse porque, como ya hemos apuntado más arriba, la nítida distinción entre el *abuse of right* y el *abuse of law* aborta toda posible polisemia semántica.
- 29 Según este autor, la confusión se produce incluso en la acepción objetiva del «abuso de derecho» que designa una realidad que posee una denominación específica como fraude de ley o, en el ámbito estrictamente fiscal, la elusión.
- 30 Dejar su aplicación a los tribunales nacionales como hizo el TJCE en *Emsland-Stärke* conlleva «un riesgo obvio de falta de uniformidad y una confusión con las posiciones nacionales en materia de abuso del derecho». En definitiva, el principio es demasiado inseguro en su aplicación y potencialmente perjudicial para el correcto funcionamiento de la Unión.
- 31 Una adecuada política legislativa que, según esta autora, debería llevar al legislador nacional a preocuparse por las causas de la elusión y no tanto por sus manifestaciones.
- 32 El principio de prohibición del abuso iría «más allá de las reglas normales de interpretación» y conlleva algún grado de corrección de normas. La norma general antielusión, positivamente establecida, actuaría como una norma de corrección («*an overriding provision*»).
- 33 Según Vogenauer, esos atributos son la generalidad, la aplicación ponderada, su carácter de fuente del derecho (que permitiría inaplicar, pero no anular, una norma), la indeterminación, y el origen (que no ha sido establecido nunca por el Tribunal de Justicia más que de una forma intuitiva) (véase De la Feria y Vogenauer, 2008, pp. 563 y ss.).

de manera abusiva, excesiva o distorsionada», y que sus normas no se aplican de una forma mecánica (De la Feria y Vogenauer, 2008, pp. 563 y ss.). No existe ningún ordenamiento jurídico digno de este nombre, que tolere el incumplimiento de sus normas por el «procedimiento de rodearlas y no reaccione contra esas prácticas sea mediante normas *ad hoc* sea mediante doctrinas jurisprudenciales» (Palao Taboada, 2017, p. 36).

Al margen de este enconado debate doctrinal –encendido, pero no ocioso, por sus innegables efectos prácticos–, en el terreno jurídico-positivo la prohibición de prácticas abusivas ha sido claramente decantada, y asentada, como principio general del derecho de la Unión, por la jurisprudencia del TJUE. La idea primaria de interdicción del abuso de derecho aparece en diversas sentencias, en alegaciones de parte, o de la Comisión, y con singular contundencia, en las conclusiones del abogado general Poiares Maduro en *Halifax*. En *Kofoed*, STJCE de 5 de julio de 2007 (C-321/05 –NFJ026003–), el TJCE, soslayando el pernicioso efecto directo inverso *in peius*, que supondría aplicar una cláusula antielusiva no traspuesta de una directiva, solventa el caso recurriendo al principio de interpretación conforme³⁴, emplazando al juez nacional a indagar en el derecho interno una cláusula similar³⁵, y afirmando la existencia de un principio general del derecho de la Unión Europea (párrafo 38)³⁶. Pero la más preclara formulación la encontramos en la reciente sentencia *Cussens y otros*, STJUE de 22 de noviembre de 2017 (C-251/16 –NFJ068631–) que, proyectándose más allá del concreto supuesto enjuiciado relativo al IVA, proclama que la

³⁴ El TJCE rechaza el efecto directo inverso, pero admite que el Estado puede invocar frente a los particulares una «interpretación conforme del derecho nacional», es decir, una interpretación del derecho nacional «a la luz del texto y de la finalidad de las directivas comunitarias para conseguir el resultado perseguido por ellas» (párrafo 45).

³⁵ Cerioni (2010, p. 805) ha defendido que, no tratándose de un mero principio interpretativo, no serían necesarias normas nacionales antiabuso en la imposición indirecta (*Halifax, Part Service*), porque se aplican normas comunitarias y se tutelan los intereses financieros de la Unión; cosa que no ocurre en la imposición directa, por lo que, partiendo de *Kofoed*, considera que aquí es opcional por el Estado miembro, en defensa de sus propios intereses, establecer una norma antielusiva. En el mismo sentido, De Broe (2008, pp. 831 y ss.), criticando la solución alcanzada en *Kofoed*, sostiene que un principio general del derecho debería ser de obligatorio cumplimiento por los Estados miembros, pero ello no puede predicarse de la imposición directa no armonizada en la que los Estados miembros retienen su soberanía fiscal. No estamos de acuerdo con estos planteamientos basados en la distinción entre imposición directa e indirecta. Un principio general del derecho puede o no estar positivizado, pero no por ello deja de ser de obligado cumplimiento. Además, de la recta lectura de *Kofoed* se desprende que el principio general se invoca, y se aplica, precisamente, en un caso de imposición directa con una cláusula antiabuso no traspuesta. Otra cosa es que, como apunta Palao Taboada (2017, p. 36), se deje a los Estados miembros, a su cultura y tradición jurídica autóctonas, el diseño de una norma antiabuso doméstica.

³⁶ Hay una línea de continuidad entre el razonamiento de *Halifax* y de *Kofoed* y, en ambos casos, se incardina en el núcleo argumental o *ratio decidendi*. En ambos casos, es relevante: en *Halifax*, porque si bien se trata de imposición armonizada, la Sexta Directiva no contiene una específica norma antiabuso; y en *Kofoed*, porque se trata de imposición directa no armonizada, de originaria soberanía estatal, o parcialmente armonizada (en cuanto al beneficio fiscal de diferimiento en las reestructuraciones empresariales), pero sin cláusula antiabuso traspuesta. Y, en ambos casos, no solo se enuncia el principio, sino que además se formula su contenido, al menos de una forma aproximada, al identificar las prácticas abusivas con las «operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en el derecho comunitario».

prohibición de prácticas abusivas constituye un principio general del derecho, con la generalidad que le es inherente, extraído de diferentes sectores del derecho de la Unión, cualquiera que sea la norma infringida (tratado, reglamento o directiva), sin necesidad de que exista una norma nacional que lo trasponga, y sin que su invocación suponga un prohibido efecto directo inverso, ni mucho menos, y por las circunstancias del caso, una agresión a la seguridad jurídica. Es decir, un auténtico principio general del derecho de la Unión, con proyección, cuando menos, en toda la fiscalidad comunitaria, obtenido por inferencia lógico-deductiva, que no necesita su positivización para tener algo más que una simple función interpretativa³⁷.

En nuestra opinión, y esta es nuestra tesis, su consideración como principio general del derecho de la Unión³⁸, de naturaleza estructural, tuitivo de la vocación normativa del entero sistema iuscomunitario, le confiere una función normativa autónoma que posibilita la aplicación uniforme del derecho de la Unión, incluso en la imposición directa no armonizada, o parcialmente armonizada, en la que se erige en un expediente técnico de armonización negativa, al condicionar la regulación de normas antielusivas domésticas. El legislador nacional, al construir sus propias normas antiabuso, no podrá desconocer la cláusula antiabuso comunitaria, ni sus elementos objetivo y subjetivo, tal y como han sido delimitados por la jurisprudencia, y ello tanto en la imposición armonizada (*Halifax*), como en la imposición no armonizada en cuanto involucre una libertad comunitaria (*Cadbury*), o una directiva parcialmente armonizadora, íntegramente traspuesta o no (*Kofoed*).

La elevación de la interdicción de prácticas abusivas a la categoría de principio general del derecho de la Unión exige, pero al mismo tiempo coadyuva, y, sin duda, corrobora, la necesidad de reducirlo a un concepto único y polivalente, cuando menos, para toda la fiscalidad comunitaria. En definitiva, nos preguntamos ahora, con el inevitable halo casuístico que desprende la variada tipología de asuntos de que ha conocido el TJUE, si podemos acometer la construc-

³⁷ *Cussens* resuelve otras cuestiones prejudiciales relativas al principio de prohibición de abuso que no queremos silenciar, aunque su importancia palidece, en cuanto aquí nos interesa, respecto de las dos primera cuestiones. En particular, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la operatividad práctica de este principio que debe conllevar negar efectos jurídicos a los contratos afectados de artificialidad, mientras que los no afectados deben quedar sujetos a IVA según la norma nacional. En el caso resuelto, el Tribunal penetra en el caso y, probablemente invadiendo el terreno jurisdiccional del órgano remitente, considera que los contratos de arrendamiento, por artificiales, no se les puede reconocer validez alguna. Además sostiene que la finalidad abusiva de obtener una ventaja fiscal no debe analizarse en el conjunto de las operaciones—como ocurriría con la doctrina anglosajona de la *step transactions*—, sino en cada contrato individualmente considerado. De este modo, el Tribunal de Justicia está impartiendo unas pautas-guía al tribunal nacional para resolver el caso concreto, relativas al funcionamiento operativo del principio, y sobre las que se extiende, porque así se le preguntó.

³⁸ Vogenauer, tras reconocer que concurren con todos los atributos que adornan a un principio general del derecho, lo considera un «principio embrionario» (véase De la Feria y Vogenauer, 2008, pp. 563 y ss.). Y Martín Jiménez (2012b, p. 292) sostiene que, al menos en el ámbito tributario, el principio está en su infancia y todavía no ha alcanzado su madurez. Disentimos de esta percepción y entendemos que, en la actualidad, el principio ha cristalizado definitivamente en el derecho de la Unión en todos los ámbitos de la fiscalidad, proyectando, también, su virtualidad normativa sobre la imposición directa.

ción dogmática de una GAAR comunitaria. Se nos antoja una tarea hercúlea, en la que –con un enfoque más heurístico que hermenéutico (Martín López, 2015, p. 26)– es preciso aislar el polícromo casuismo de la jurisprudencia comunitaria, y las diferentes cláusulas sectoriales de directivas de armonización parcial, para extraer un mínimo común denominador. Prescindiendo de aquellos autores que han mantenido una posición vacilante³⁹, la generalidad de la doctrina ha defendido –aunque no sin matices– la existencia de un concepto unívoco de abuso. Las posiciones han sido muy variadas: desde los que han buscado la identificación del elemento subjetivo de *Halifax* con la idea de «artificialidad» de *Cadbury*⁴⁰, hasta los que consideran que existe un test único que examina la existencia de una construcción puramente artificial destinada a eludir la legislación fiscal aplicable⁴¹, o los que, indagando en el concepto de abuso, defienden su aproximación dogmática a la idea de elusión fiscal, tal y como se entiende en algunos ordenamientos internos⁴². A nuestro modo de ver, y en el actual estadio evolutivo de la jurisprudencia,

³⁹ En un momento inicial, Vanistendael (2006, p. 195) concluyó que *Halifax* y *Cadbury* utilizaban un idéntico razonamiento jurídico que descansaba íntegramente en la realidad económica de la operación, si bien, mientras en la primera es la realidad económica de operaciones internas sujetas a IVA, en *Cadbury* es la realidad económica transfronteriza del ejercicio de las libertades comunitarias. Y añade que existiría otra diferencia, y es que mientras en *Halifax* el TJCE concede un margen de apreciación al tribunal nacional para decidir si el motivo fiscal es «esencial» respecto a otras motivaciones extrafiscales, en *Cadbury* es categórico al considerar irrelevante la motivación fiscal una vez establecida la realidad económica de la operación transfronteriza. En este segundo pronunciamiento, el razonamiento vertido por el Tribunal de Justicia sería muy próximo a la doctrina antielusión de muchos Estados miembros. En un trabajo posterior, el mismo autor reconsidera su postura inicial para defender que, en rigor, existen dos conceptos de abuso. Mientras en *Halifax* el debate es similar a la interpretación de una norma interna, en *Cadbury* debe ponderar, en una situación transfronteriza, el equilibrio entre el ejercicio de las libertades comunitarias y la efectividad del sistema fiscal nacional. Esta ponderación equilibrada justificaría la elaboración de un estándar especial de abuso: los «montajes puramente artificiales». De esta forma, el test especial de *Cadbury* se centraría exclusivamente en el análisis del elemento objetivo consistente en la realidad o sustancia económica de la operación transfronteriza, relegando a la irrelevancia la motivación fiscal que sí se exigiría en *Halifax* (véase Vanistendael, 2008, pp. 405 y ss.).

⁴⁰ En este sentido, véanse Piantavigna (2011, p. 163) y Martín Jiménez (2012b, p. 279-2). Mientras que Sorensen (2006, p. 451) vincula la artificialidad con el elemento subjetivo, pero de *Emsland-Stärke*.

⁴¹ Véase, en este sentido, Lyal (2008, pp. 434 y ss.). Aunque este autor reconoce que el concepto puede ser más expansivo en relación con la imposición indirecta armonizada que en el ejercicio de una libertad de comercio, el concepto serio único, y la confusión provendría de un mal entendimiento del elemento subjetivo. También Martín Jiménez (2012b, p. 284-2) se postula a favor de un concepto único, corroborado por la aplicación uniforme realizada por el TJCE con posterioridad a ambos casos, aunque ha defendido que el Tribunal de Justicia debería haber aclarado que su doctrina era aplicable tanto a casos de derecho primario como secundario. Ramos Muñoz (2012, p. 75) ha defendido la unidad de concepto, a pesar de los diversos umbrales o enfoques en función de la norma afectada, o de que se trate de un caso «vertical» u «horizontal». Con todo, defiende que la idea de abuso descansa en una interpretación teleológica de la norma. Por ello, será más exigente el TJCE para apreciar la «artificialidad» cuando esté implicada una libertad comunitaria, porque no es la misma la naturaleza del derecho afectado en un caso horizontal de IVA que en un caso en el que esté imbricada una libertad fundamental de la Unión Europea. En este sentido alude a la coherencia en la interpretación teleológica dentro de la «plasticidad» de ese concepto único.

⁴² Es la interesante tesis de Palao Taboada (2017, pp. 16 y ss.), que identifica los primeros casos con el abuso de derecho (subjetivo) y los segundos con el abuso de norma (objetiva) para, con cita de un estudio clásico de Díez Picazo, aproximar este último al fraude de ley, es decir, a la elusión en sentido estricto. Por lo demás, diluye esta inicial distinción al sostener que el abuso de derecho subjetivo es también un abuso de norma, de la norma positiva que reco-

y, sobre todo, tras la afirmación de un principio general de prohibición de prácticas abusivas, ya no es relevante la distinción casuística entre imposición armonizada y no armonizada, que, por lo demás, puede ser poco explicativa de todas las peculiaridades de los casos fallados por el TJUE⁴³. Por el contrario, el enfoque analítico correcto debiera partir de la existencia de un principio general antiabuso, que nos permitirá obtener, por abstracción, un concepto unívoco de práctica abusiva, como no podía ser de otra forma tratándose de un principio general del derecho de la Unión, que, necesariamente, ha de ser homogéneo.

3. LA CODIFICACIÓN DE LA GAAR COMUNITARIA

3.1. EL ARTÍCULO 6 DE LA DIRECTIVA ATAD

El artículo 6 de la Directiva antielusión, rubricado como «Norma general contra las prácticas abusivas», establece que:

«1. A efectos del cálculo de la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre sociedades, los Estados miembros no tendrán en cuenta ningún mecanismo o serie de mecanismos que, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable, resulten estar falseados una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes. Tales mecanismos podrán estar constituidos por más de una fase o parte.

2. A efectos del apartado 1, un mecanismo o serie de mecanismos se considerarán falseados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

3. Cuando un mecanismo o serie de mecanismos no se tenga en cuenta de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1, la deuda tributaria se calculará con arreglo a la legislación nacional».

noce ese derecho subjetivo. El resultado práctico es la unificación del concepto de abuso a partir de su identificación conceptual con la elusión fiscal.

⁴³ En los casos de imposición indirecta armonizada, ciertamente la intervención jurisdiccional del Tribunal de Justicia puede ser más intensa; pero precisamente en ellos no existe una específica norma antiabuso. Por el contrario, en los casos de imposición directa parcialmente armonizada existe una norma específica antiabuso en las diferentes directivas sectoriales, o no la hay en los casos de libertades comunitarias, aunque es necesario determinar cuándo concurre una razón imperiosa de interés general de naturaleza tributaria para conjurar una eventual restricción fiscal encubierta. Tampoco olvidemos que en *Cussens*, tras recordar que el abuso puede recaer sobre cualquier norma primaria o secundaria de la Unión, se afirma que el principio antiabuso opera de forma independiente, cualquiera que sea la naturaleza del derecho o ventaja (párrafo 30).

Esta norma general antiabuso es muy próxima, e intercambiable, con la incorporada en el artículo 1.2 de la Directiva matriz-filial, en redacción dada por la Directiva 2015/121/UE, que se erige en su inmediato precedente normativo. Con la nueva redacción, se sustituye la locución «arreglo o una serie de arreglos» por «mecanismo o serie de mecanismos». Diferencia terminológica que no se aprecia en la versión inglesa, y que obedece, también aquí, a una traducción torturada a nuestra lengua, que ahora versiona «*arrangement*» por «mecanismo», y persiste en traducir «*genuine*» por «falsificado». En este último caso, apreciamos una alteración semántica del significado que provoca un error conceptual. En efecto, cuando la versión inglesa de ATAD, como la de la Directiva matriz-filial, dice que los Estados miembros deben ignorar los «*arrangements or series of arrangements which... are not genuine*» (art. 6.1 de la directiva), o que deben ser contemplados como «*non-genuine*» (art. 6.2 de la directiva), está significando que debe tratarse de mecanismos «no genuinos», es decir, no reales o no auténticos, que es el campo semántico en el que se mueve *Cadbury*, al utilizar el término «*genuine*» para referirse a la sustancia económica, a una actividad económica real, que, de nuevo en la versión española de la sentencia, se traduce por actividad económica «efectiva». Nótese la relevancia jurídica del error de transcripción, toda vez que la «falsedad» conlleva un dolo falsario, consustancial al delito de defraudación tributaria en aquellos ordenamientos que, como el nuestro, contemplan una respuesta penal para el fraude fiscal⁴⁴, desplazando incorrectamente la problemática jurídico-tributaria que abordamos de la *tax avoidance* a la *tax evasion*.

3.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Su objetivo político (Rigaut, 2016, p. 7) no es otro que podar las posibles asimetrías, o colmar las posibles lagunas, en el diseño de cláusulas antiabuso generales o específicas de los Estados miembros. Por consiguiente, su vocación armonizadora desborda el ámbito estrictamente comunitario y, siguiendo la estela marcada por el *soft law* comunitario, el párrafo 11 del preámbulo de la directiva proclama la necesidad de garantizar «la aplicación uniforme de estas normas generales en situaciones de ámbito nacional, dentro de la Unión y en relación con terceros países, de modo que su alcance y los resultados de su aplicación en situaciones nacionales y transfronterizas no difieran». Naturalmente, la «aplicación uniforme» depende no solo del diseño armonizado de la cláusula antiabuso en el triple nivel interno, comunitario y transfronterizo para con terceros países, sino también, y de forma no secundaria, de la aplicación que hagan de la misma, en todas estas situaciones, las autoridades fiscales nacionales. En cuanto a lo primero, no tiene mucho sentido hablar de un posible efecto «inesperado» de la norma antiabuso por aplicación de la doctrina *Dzodzi*⁴⁵, STJCE de 18 de octubre de 1990 (C-287/88 y C-197/89,

⁴⁴ Sobre la configuración de delito de defraudación tributaria en nuestro derecho, y la regulación penal en otros ordenamientos como el francés, y el alemán o el norteamericano, véase Ayats Vergés y De Juan Casadevall (2013).

⁴⁵ En este sentido, véase Báez Moreno (2016, pp. 143 y ss.). Otros lo han considerado como un efecto no deseable, y propiciado por la innecesariedad de trasposición interna de la cláusula antiabuso por su proximidad conceptual con

asuntos acumulados), que vino a admitir la competencia del Tribunal de Justicia para conocer de cuestiones prejudiciales, cuando el derecho nacional se remita a normas comunitarias para integrar las normas domésticas aplicables a una situación puramente interna. Este criterio, que permite a la jurisdicción comunitaria entrar en situaciones puramente internas, se ha relajado aún más si cabe en *Leur-Bloem*, STJCE de 17 de julio de 1997 (C-28/95 –NFJ005725–), que ya no exige una remisión expresa al derecho de la Unión, sino que basta con la adopción por la norma interna de la misma regulación que las disposiciones comunitarias⁴⁶. Si prestamos atención al preámbulo de la Directiva ATAD, este es precisamente el objetivo que, como estadio intermedio en el proceso de comunitarización de las bases imponibles del IS, se pretende conseguir. Ya no estamos ante una simple armonización negativa de la cláusula interna, surgida por exigencias aplicativas de las libertades comunitarias (*Cadbury*), o de la imposición indirecta armonizada (*Halifax*), o, en definitiva, de las propias directivas sectoriales de armonización. Estamos ante un auténtico proceso de convergencia normativa de la regulación interna y transfronteriza, que no se agota en la simple armonización normativa, sino que además exige una aplicación uniforme, es decir, interpretativa y aplicativa, y ello solo se consigue invistiendo al Tribunal de Justicia de competencia prejudicial para pronunciarse también sobre las cláusulas internas ahora armonizadas. Por tanto, la doctrina *Dzodzi* no constituye un efecto inesperado, o invasivo, sino el mero apéndice procesal de la armonización de las cláusulas antiabuso internas⁴⁷. El segundo aspecto que nos suscita la pretendida aplicación uniforme de la GAAR es la garantía de un mismo estándar antiabuso, lo que sin duda contradice la previsión del artículo 3 de la Directiva ATAD que pregona de la «presente directiva» un «nivel mínimo de protección», que no es óbice «para la aplicación de disposiciones nacionales o consensuadas dirigidas a salvaguardar un nivel de protección más elevado de las bases imponibles nacionales del impuesto sobre sociedades». A nuestro modo de ver, la uniformización aplicativa de la cláusula no se compadece con la exigencia de requisitos o condicionantes nacionales adicionales, máxime cuando la voluntad declarada del legislador comunitario va más allá de un simple diseño normativo armonizado. Por tanto, no parece que los Estados miembros puedan introducir exigencias adicionales en la configuración de los elementos estructurales de la GAAR comunitaria. La reciente *Deister Holding*

el artículo 15 de la LGT (véase Palao Taboada, 2017, p. 44). O, incluso, de invasión generalizada del derecho comunitario en los derechos nacionales (véase Vanistendael, 2016, p. 563).

⁴⁶ En el párrafo 32 de *Leur-Bloem* puede leerse que «el Tribunal de Justicia es competente para interpretar el derecho comunitario cuando este no regula directamente la situación controvertida y, sin embargo, el legislador nacional ha decidido, al adaptar el derecho nacional a las disposiciones de una directiva, dispensar el mismo trato a situaciones puramente internas y a las que regula la directiva, de forma que ha ajustado su legislación interna al derecho comunitario».

⁴⁷ No desconocemos el evidente problema competencial que ello suscita. Simplemente lo relegamos al mismo problema competencial que plantea la comunitarización de las bases imponibles que, con mayor o menor solidez jurídica, habrá que rastrear en el artículo 115 del TFUE. Para otros autores ya no hay ni siquiera necesidad de acudir a la doctrina *Dzodzi*. En este sentido, véase Calderón Carrero y Martín Jiménez (2017, p. 30). Nosotros entendemos que sí es necesario invocar esta doctrina, al menos desde una perspectiva estrictamente procesal, para dar entrada al reenvío prejudicial en situaciones de derecho interno, de lo contrario la cláusula interna armonizada en una situación jurídica puramente interna no tendría acceso a la jurisdicción comunitaria. Por ello, hablamos de apéndice procesal de la armonización sustantiva.

y *Juhler Holding*, STJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-504/16 y C-603/16, asuntos acumulados –NFJ069234–)⁴⁸, la Comunicación de la Comisión sobre el test del beneficiario efectivo para la Directiva de intereses y cánones, o la propia *Leur-Bloem* en la Directiva de fusiones, todas ellas referidas a directivas con remisión a cláusulas internas, abonan esta tesis. Y lo mismo cabría aducir en relación con las cláusulas internas antiabuso, cuya virtualidad, como razón imperiosa de interés general que excepciona el juego de una libertad comunitaria, demanda indefectiblemente una interpretación restrictiva, no susceptible de modulación, mediante un estándar de protección más exigente, por los Estados miembros. La doctrina *Leur-Bloem* exige el principio de proporcionalidad para no frustrar la finalidad de la directiva, refracta los criterios generales predeterminados, las categorías genéricas de abuso que excluyan el análisis pormenorizado del caso sin aportación de prueba de cargo por las autoridades fiscales, que necesariamente versará sobre la sustancia/artificialidad de la actividad económica con una finalidad preferentemente fiscal. En definitiva, su uniformidad aplicativa exige no solo un diseño normativo común, sino también un mismo estándar de protección de las bases imponibles, y ello es difícilmente alcanzable con el emplazamiento a un ulterior desarrollo normativo por los Estados miembros⁴⁹. Por ello, o bien entendemos que el artículo 3 de la directiva está pensado para otras disposiciones contenidas en esta norma comunitaria, o bien, rechazando su aparente inanidad para el concepto armonizado de abuso, acotamos su ámbito de aplicación a aspectos accesorios o secundarios, como podría ser la previsión de efectos sancionadores.

Aunque, a diferencia de la Directiva matriz-filial, la Directiva ATAD no contiene un anexo de sociedades a las que es aplicable, la filosofía latente en la misma, como fase intermedia en el proceso de comunitarización de las bases imponibles, la dota de una vis atractiva respecto del IRNR, y, en ciertos aspectos, quizás también respecto del IRPF, cuando estas normas aparecen como una escisión normativa de la imposición corporativa con la que presenta esa relación de conectividad. Es decir, la GAAR funciona como un *catch-all-mechanism* (Fernley y Moroney, 2016, p. 4), que opera en el ámbito interno y en el transfronterizo, pero no solo para las situaciones reguladas en la Directiva ATAD. La cláusula se aplicará, como dice el artículo 6 de la Directiva ATAD, «a efectos del cálculo de la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre sociedades». Sin embargo, su ámbito aplicativo no se contrae exclusivamente a este impuesto, sino que sería aplicable también a los establecimientos permanentes *inbound*⁵⁰ y a flujos de renta sujetos a re-

⁴⁸ *Deister Holding* y *Juhler Holding*, que invalida la norma antiabuso alemana que establecía requisitos adicionales para excluir la exención de dividendos de salida de la Directiva matriz-filial, tensiona seriamente la compatibilidad comunitaria de nuestro artículo 14.1 h) de la Ley del IRNR. No menos concluyente puede resultar el argumento cuando está involucrada una libertad comunitaria, que puede resultar dañada si la legislación doméstica impone exigencias adicionales a la cláusula antiabuso, tal y como ha quedado codificada desde la inicial aportación de *Cadbury*.

⁴⁹ Calderón Carrero y Martín Jiménez (2017, p. 33), siguiendo a Weber, hablan de la «armonización del concepto de abuso», y niegan que el artículo 3 de la directiva pueda ser un argumento para «variar los elementos estructurales del concepto general de abuso de la UE, haciendo el mismo más rígido con ocasión de lo dispuesto en el citado precepto».

⁵⁰ Los establecimientos permanentes *outbounds* ya estarían cubiertos por el IS (véase Calderón Carrero y Martín Jiménez, 2017, p. 31).

tención en el IRNR (dividendos, intereses y cánones)⁵¹. Más vidriosa es la posible extensión de la GAAR a otros segmentos de la fiscalidad que no guardan esa conectividad con el IS, como es el caso del IVA, o incluso la imposición personal de personas físicas, en la que puede plantearse también una lesión a una libertad comunitaria, zaherida por una discriminación fiscal, como ha reconocido la propia jurisprudencia comunitaria, sobre todo desde la emblemática sentencia *Shumacker*, STJCE de 14 de febrero de 1995 (C-279/93 –NFJ005254–). Es más, la dispensa de un trato fiscal divergente a un no residente en la imposición sobre la renta de las personas físicas puede afectar a la libre circulación de trabajadores, la libre prestación de servicios o la libertad de establecimiento, o, incluso, y respecto del impuesto de sucesiones, a la libre circulación de capitales (De Juan Casadevall, 2010, pp. 124 y ss.). En todos estos casos, se ha alegado, como razón imperativa de interés general, que justificaría la lesión a la libertad afectada, entre otros muchos, el riesgo de evasión fiscal. Esta causa justificativa, ya sugerida por el abogado general en *Bachmann*, STJCE de 28 de enero de 1992 (C-204/90 –NFJ066700–), dibujaría una grieta por la que podría filtrarse la doctrina antiabuso para excepcionar la lesión a una libertad comunitaria, como ya ocurriera en *Cadbury* respecto de *Marks & Spencer*. Ciertamente la casuística de estos supuestos presenta importantes diferencias estructurales con la imposición corporativa, pero, supuesta la amplitud conceptual de la GAAR, sobre todo para los que mantienen la total equiparación entre abuso y elusión, tampoco parece desdeñable. En relación con el IVA, una conclusión precipitada puede resultar paradójica. Nótese que estamos ante un impuesto plenamente armonizado, carente de una cláusula antiabuso formal, pero que históricamente alumbró la GAAR con *Halifax, Part Service* y otras muchas sentencias posteriores. El IVA constituye un impuesto ajeno al ámbito natural y expansivo del IS, tal y como aquí lo hemos delimitado, e invocar en este tributo el artículo 6 de la Directiva ATAD sería, sin duda, forzar la literalidad y la finalidad del artículo 1.3 e), incluso del artículo 6.1 de la citada directiva, que contraen sus efectos al ámbito de la imposición societaria. Otra cosa es que se invoque el concepto unívoco de abuso, codificado por la GAAR, como cristalización normativa de un principio general del derecho de la Unión, que puede y debe aplicarse, *a fortiori*, a un impuesto armonizado como es el IVA, que ha tenido un protagonismo esencial en su configuración y que, sin ningún atisbo de dudas, sigue aplicándose por la jurisprudencia comunitaria.

Menos indolente puede ser el debate sobre si la norma antiabuso contrae sus efectos al fenómeno de la elusión fiscal (*tax avoidance*) o se extiende también a los casos de evasión fiscal (*tax evasion*). La locución «fraude o evasión fiscal», empleada por el artículo 15.1 a) de la Directiva de fusiones, resulta perturbadora, y refleja el influjo comunitario del galicismo «*évasion fiscale*» que, paradójicamente, se identifica con la terminología anglosajona de *tax avoidance*, es decir, con nuestra elusión fiscal. El artículo 6 de la directiva no utiliza el término evasión, pero habla impropiaemente de «falseamiento», de la misma forma que la propuesta de Directiva de base imponible común hablaba de «engaño», en ambos casos, con una controvertida traducción del término anglosajón original «*genuine*». Con todo, algún supuesto enjuiciado por

⁵¹ En rigor, estamos ante flujos fiscalmente duales sujetos a supervisión de una Administración tributaria desde la perspectiva del IS o del IRNR, y de otra autoridad fiscal desde la perspectiva exclusiva del IS.

el Tribunal de Justicia, como *Emsland Starke*, se aproxima a nuestro delito de fraude de subvenciones, y la referencia a las sociedades fantasma o pantalla en *Eurofoods* evoca la idea de simulación instrumental, a la que tampoco es tan ajeno el requisito de la ausencia de sustancia económica. A nuestro modo de ver, la norma antiabuso encaja básicamente en la categoría de la elusión fiscal, que presenta como nota común la licitud de los medios empleados para conseguir un indebido ahorro fiscal. Sin embargo, tampoco excluye, vista la jurisprudencia en la que se ha aplicado, la inclusión de algunos supuestos que en algún ordenamiento interno se calificaría como fraude fiscal y daría lugar a la imposición de una sanción administrativa o penal. La elusión fraudulenta se mueve en una zona fronteriza entre la elusión y la evasión fiscal, ensancha el concepto de *tax avoidance* y tiene en la simulación, negocial o instrumental, una de sus manifestaciones más relevantes.

En definitiva, la cláusula antiabuso se configura como una cláusula *cath all* que, construida como un concepto comunitario autónomo, captura una variopinta casuística isotópica, y desgarrará la cada vez más fina película que hasta ahora preservaba a las situaciones jurídicas puramente internas del derecho de la Unión.

3.3. PRESUPUESTO NORMATIVO: ESTRUCTURA MORFOLÓGICA

Con la nueva GAAR comunitaria, y supuesta su madurez alcanzada en la jurisprudencia, es posible determinar con cierta precisión su presupuesto normativo, en cuya estructura podemos distinguir un elemento objetivo y un elemento subjetivo. Sin embargo, no podemos obviar que estamos ante una distinción dogmática cuya principal virtualidad reside en contribuir a glosar la significación de la cláusula, porque, de suyo, ambos elementos están mutuamente imbricados, como demuestra que el concepto unívoco de abuso se construye sobre la base de la identificación del elemento subjetivo de *Haifax* con la artificiosidad de *Cadbury*. Por lo demás, y sin perjuicio de la siempre deseable predeterminación típica en materia tributaria, pero sin soliviantar la seguridad jurídica en la que esta descansa, podemos recurrir a una interpretación heterointegradora desde la jurisprudencia y desde los precedentes normativos para colmar sus aparentes lagunas. Con ello, no estamos haciendo una interpretación extensiva o analógica lesiva de aquellos valores jurídicos, sino proponiendo una interpretación acorde con los diferentes elementos licuados en la cláusula general antiabuso.

3.3.1. Elemento objetivo: test de racionalidad económica

El elemento objetivo está constituido por el «falseamiento» del mecanismo o serie de mecanismos. Ahora bien, ese «falseamiento» del mecanismo o serie de mecanismos (elemento objetivo) es modulado por la persecución de un propósito fiscal que pervierte el objeto y finalidad de la norma tributaria (elemento subjetivo), con lo que la desconexión intelectual de ambos elementos es más aparente que real.

El artículo 2 de la directiva, que incorpora un elenco de definiciones, no define este novedoso concepto de «mecanismo o serie de mecanismos», que sustituye a la locución «arreglo o serie de arreglos» de la Directiva matriz-filial. Por el contrario, la Recomendación de la Comisión sobre planificación fiscal agresiva conectaba esa idea de mecanismo con «cualquier transacción, régimen, medida, operación, acuerdo, subvención, entendimiento, promesa, compromiso o acontecimiento». Se trata de una enumeración descriptiva, de amplia factura, que cubre una extensa realidad jurídica, negocial o no, e incluso meramente factual, que puede revelarse de gran utilidad como guía interpretativa. Tampoco arroja luz el término «*arrangement*», empleado en la versión inglesa original del artículo 6 de la directiva, si bien, y pese a su polisemia (arreglo, disposición, plan, acuerdo, organización), evoca una cierta idea de acuerdo, transacción o elemento organizativo, que puede revelarse más útil que la vacua noción de mecanismo. Haciendo una voluntarista –y libérrima– traducción jurídica, se identificaría con acto o negocio jurídico en sentido amplio, inclusivo del negocio jurídico societario, y del concepto más fiscalista de planificación. La defectuosa traducción de «*genuine*» por «falseado» ya la hemos censurado más arriba. Baste ahora decir que una interpretación correctora del término «falsear» excluiría su evidente coloración penal, para conectarla con la noción de genuino –real o auténtico–, empleada en *Cadbury*. A partir de aquí, el entendimiento del acto o negocio jurídico genuino debe diluirse en la corriente jurisprudencial que viene a codificar la nueva norma general antiabuso. Por tanto, no habrá acto o negocio jurídico genuino cuando haya creación artificial de condiciones para la obtención de un beneficio fiscal (*Emsland-Starke*), o las circunstancias objetivas evidencien el «carácter artificial de la situación», o las operaciones escapen del «marco de transacciones comerciales normales» (*Halifax y Kofoed*). Y, sobre todo, no habrá un acto o negocio genuino cuando –y esa es la aportación esencial de *Cadbury*– se trate de un «montaje puramente artificial» carente de «cualquier vínculo económico real con el Estado de acogida». *A sensu contrario*, no habrá montaje ficticio, o «filial fantasma o pantalla» (*Eurofood*), si existe una actividad económica real, una estructura corporativa dotada de medios materiales y humanos, y un ejercicio efectivo de actividad económica.

Pero la idea de montaje artificial no se agota en la creación de una estructura societaria huera, sino que engloba también operaciones mercantiles de «carácter puramente artificial» (*Part Service*). Es decir, comprende la artificiosidad negocial propia del fraude de ley –o de la cláusula alemana del abuso de formas jurídicas, o de nuestro conflicto en la aplicación de la norma (art. 15 de la LGT)– y la artificialidad característica de las cláusulas antiabuso conocidas en la fiscalidad internacional, que niegan la existencia de un vínculo económico real cuando enfrentan una cáscara corporativa desprovista de sustancia económica para beneficiarse de un convenio de doble imposición (*treaty shopping*). Estamos ante un concepto omnicompreensivo, que pivota sobre la ausencia de sustancia económica subyacente, y que el artículo 6.2 de la directiva anuda a un «test de racionalidad económica». En efecto, el artículo 6.2 de la directiva establece que, a los efectos del apartado 1, «un mecanismo o serie de mecanismos se considerarán falseados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica». En esta proposición normativa cristaliza la doctrina del *business purpose*, sobre la que orbitará el análisis de la autenticidad o genuinidad del acto o negocio examinados. No es ocioso recordar ahora algo que ya dejamos sentado al inicio de nuestro estudio, y es que la doctrina anglosajona

del *business purpose* no es más que una variable de la regla *substance over form*, y es aquí donde esa sustancia económica subyacente, cualquiera que sea el ropaje negocial o comercial que la reviste, cobra todo su sentido. Un acto o negocio serán genuinos cuando su propósito negocial responda a razones comerciales válidas, a motivos económicos válidos, que sean acordes con la realidad económica. No basta con el propósito o finalidad subjetiva, sino que es necesario que resista el test de la realidad económica.

Más irrelevante es, a nuestro juicio, la mutación estructural de la cláusula que parece operarse, aquí y en la Directiva matriz-filial, y que ahora aborda el test de racionalidad económica en el elemento objetivo, y no en el elemento subjetivo como estableció *ab origine* el artículo 15.1 a) de la Directiva de fusiones, que considera la ausencia de motivos económicos válidos como una presunción de que el «principal objetivo» o uno de «los principales objetivos» es el «fraude o la evasión fiscal». Este aparente cambio estructural –que, a nuestro juicio, refleja a nivel europeo el carácter voluble y elástico de la jurisprudencia norteamericana sobre el *business purpose*⁵²–, lejos de tener una significación práctica más allá de su pura relevancia dogmática, no hace más que confirmar la indisociable conexión existente entre el elemento objetivo y subjetivo, y corroborar que la norma antiabuso de la Directiva de fusiones, más que una cláusula antiabuso, es la normativización de la técnica antielusiva del *business purpose test*, y que, pese a ello, refleja, de forma completa, o siquiera elíptica, todos los elementos estructurales de la GAAR comunitaria. En cualquier caso, y desde una perspectiva descriptivo-funcional, y aun cuando a efectos prácticos el resultado sea muy similar, el test de racionalidad económica va a erigirse en una pauta hermenéutica, no ya para analizar si la finalidad perseguida consiste en obtener una ventaja fiscal, sino para examinar en qué medida estamos ante un «mecanismo falseado», es decir, ante un acto, negocio o transacción no genuino. Y, en este punto, la parquedad del artículo 6.2 de la directiva habrá de integrarse no solo con la casuística de la jurisprudencia comunitaria, sino también recurriendo al *soft law* y, en particular, a la Recomendación sobre planificación fiscal agresiva. El apartado 4.4 de la recomendación nos proporciona un elenco no exhaustivo de comportamientos sintomáticos –más que paradigmáticos– de «artificialidad». En efecto, la norma blanda se refiere al criterio de la calificación jurídica del mecanismo en su conjunto, y de su eventual incompatibilidad con la calificación de sus diferentes fases; el criterio de normalidad que atiende al «comportamiento comercial razonable», estándar que nos recuerda a las «transacciones comerciales normales» de *Halifax*; el criterio de la recíproca compensación o anulación de los mecanismos entre sí; la naturaleza circular de las operaciones concertadas; el análisis comparativo del beneficio fiscal respecto del riesgo empresarial y los flujos de caja, asumidos o esperados, por el contribuyente; o, íntimamente relacionado con ello, el criterio de ponderación de la insignificancia del beneficio esperado antes de impuestos respecto al montante de la ventaja fiscal esperada.

En estos dos últimos criterios, concomitantes con el elemento subjetivo de la GAAR, el test de racionalidad económica es especialmente útil y se reconduce a una ponderación finalística del

⁵² En efecto, la llamada tesis disyuntiva de la jurisprudencia norteamericana aborda el *business purpose*, indistintamente, en el elemento objetivo o en el subjetivo (véase Martín López, 2013). Véase también la nota al pie 56.

beneficio empresarial versus la concreta ventaja fiscal esperada u obtenida. Siguiendo el esquema primitivo de la SAAR de la Directiva de fusiones, permiten concluir si existe o no otro motivo económico relevante distinto de la obtención de una ventaja fiscal o, más precisamente, se acomodan al test de preponderancia de la finalidad fiscal de *Foggia*, STJUE de 10 de noviembre de 2011 (C-126/10 –NFJ044771–), y permiten determinar, concurriendo otros motivos económicos meramente circunstanciales, cuándo la obtención de un beneficio fiscal constituye la finalidad primordial de la operación. El criterio de la naturaleza circular de la operación, o el de la recíproca neutralización de efectos, pueden ser relevantes en operaciones entre sujetos vinculados, en reestructuraciones societarias o en operaciones intragrupo tales como supuestos de subcapitalización con jurisdicciones de Estados terceros u operaciones apalancadas que escapen de la regla de limitación de gastos financieros que contempla la directiva. Mientras que lo que hemos llamado criterio de la normalidad, que exige cohonestar las operaciones ejecutadas con un estándar de conducta comercial razonable, entendido como usos comerciales o negociales, puede ayudar a descubrir supuestos de artificiosidad negocial de acuerdo con la regla *substance over form*.

El primero de estos criterios del apartado 4.4 de la recomendación, que considera sintomático de artificialidad cuando «la caracterización jurídica de las diferentes fases de las que consta un mecanismo es incompatible con la naturaleza jurídica del mecanismo en su conjunto», puede conectarse con la previsión aclaratoria del artículo 1.1 de la directiva, según la cual «tales mecanismos podrán estar constituidos por más de una fase o parte». En ambos casos, se presupone que un mismo acto o negocio, o transacción, es susceptible de desagregación formal en una serie de partes o fases, o que una operación compleja puede estar integrada por una concatenación de actos animados por un propósito negocial unitario, circunstancia esta que no es nada infrecuente en algunos supuestos de planificación fiscal frente a los que ha reaccionado el proyecto BEPS. En nuestra opinión, en este segundo caso, la Directiva ATAD refleja, de forma fragmentaria, otra variable de la regla *substance over form*, que es la doctrina de la *step transaction*, a la que ya hemos aludido en otro lugar, y que permite reducir a una sola operación compleja la secuencia de actos y negocios ejecutados con un propósito unitario de elusión fiscal. Sin duda, se trataría de una recepción inconcusa de esta doctrina, porque, lejos de formular la regla, se limita a prever que el «mecanismo o serie de mecanismos» puede estar constituido «por más de una fase o parte», sin extraer la consecuencia lógica, que sin embargo presupone, y es que puedan ser valorados en su conjunto como una única operación compleja con finalidad elusiva. En cualquier caso, y respecto de su implícita enunciación por el artículo 1.1 de la directiva, la recomendación incorpora un criterio *ad hoc* para la detección de la artificialidad de las operaciones complejas, y es el de la incompatibilidad de la calificación jurídica de los actos o negocios con la calificación jurídica que merece la operación en su conjunto. En esta tesitura, en la que los medios negociales no son los apropiados para conseguir el fin, parece que, ante el silencio de la directiva, se impone predicar la artificialidad tan solo de la parte o fase afectada por esa incongruencia jurídica.

Por último, hemos de ocuparnos de la referencia expresa a las «actividades financieras», contenida en el párrafo 11 del preámbulo de la directiva, y a cuyo tenor, en la evaluación del carácter falseado del mecanismo, deberán considerarse «todos los motivos económicos válidos, incluidas las actividades financieras». Pese a su innegable vocación aclaratoria, su literalidad desata

no pocas dudas interpretativas que, a mi juicio, se reconducen a las siguientes: i) entender que las actividades financieras también deben someterse a la regla del *business purpose*, en cuyo caso, poco aporta esta explicación aclaratoria, de suyo, embebida en la propia cláusula; ii) aclarar que las actividades financieras pueden constituir también, *per se*, un motivo económico válido, lo que se acomodaría mejor a su literalidad, y tendría un valor interpretativo propio; o iii) zanjar la polémica doctrinal suscitada sobre si las sociedades *holding*, o de gestión de cartera, cumplen la exigencia de sustancia económica⁵³. A nuestro modo de ver, las dos últimas opciones, de forma alternativa, son las más razonables, y son, en definitiva, las que posibilitan que esta disposición despliegue toda su virtualidad aclaratoria, aportando un plus a la parca fórmula legal del artículo 6 de la directiva. En efecto, *Cadbury* había concluido que la constitución de una sociedad en otro Estado exigía que tuviera una «implantación real que tenga por objeto la realización de actividades económicas efectivas en el Estado miembro de acogida», que debía basarse en «elementos objetivos y verificables por terceros relativos, en particular, al nivel de existencia física de la SEC por lo que a locales, personal y equipos se refiere» (párrafos 66 y 67); exigencia que derivaba de las conclusiones del abogado general Léger, que, adicionalmente, consideraba otros factores como el «control de la sociedad» o el «valor que añaden sus actividades». Delimitado el requisito de la sustancia económica en estos términos, se abría un interrogante sobre el acceso a la libertad de establecimiento de las entidades de escasa sustancia como las *holdings*, financieras o de gestión de activos. El abogado general Mengozzi en *Columbus*, Conclusiones de 29 de marzo de 2007 (C-298/05), sostuvo que la posesión y gestión de fondos, y las actividades financieras, pueden ser acreedoras de la libertad de establecimiento, y que la realización de estas actividades económicas, y la realidad de una implantación física, bastan para excluir un montaje puramente artificial. Esta pauta interpretativa sería seguida después por *Aberdeen*, y por *National Grid Indus*, STJUE de 29 de noviembre de 2011 (C-371/10 –NFJ045002–) (Martín Jiménez, 2012a, pp. 28 y ss.). Pues bien, a nuestro modo de ver, la referencia explícita a actividades financieras no solo viene a dar cobertura al supuesto déficit de sustancia de esta tipología de entidades, sino que, además, debería interpretarse de conformidad con la doctrina *Columbus*, que supone una relativización de la sustancia económica o, mejor aún, la superación de un enfoque meramente cuantitativo (recursos humanos y materiales), para imponer una valoración cualitativa, que exige atender a la calidad de la actividad económica real desarrollada, y a una concreta aportación de valor (en la de gestión de cartera, o función financiera efectiva) de estas sociedades intermedias ajustada a su específico objeto social. Desde esta perspectiva, existiría un diferente umbral valorativo de la sustancia económica para las *holdings* respecto de las demás sociedades operativas. Otra posible interpretación de la inclusión de las actividades financieras sería su reconocimiento como específico motivo económico válido. Por ejemplo, la financiación intragrupo en aquellos casos que caen fuera de la limitación de gastos financieros del artículo 4 de la directiva puede responder a un motivo económico válido cuando pretende responder a una situación de desequilibrio patri-

⁵³ Esta es la virtualidad que le atribuyen Calderón Carrero y Martín Jiménez (2017, p. 29, nota al pie 58), en cuanto a que se refiere a una específica tipología de entidades intermedias (*holdings*) «de baja sustancia en términos de medios humanos y materiales».

monial, o de desbalance, que aboque a una situación de disolución societaria y/o concurso. Una específica referencia que sería innecesaria si no fuera por la minuciosa regulación, por la propia directiva, de la citada limitación del gasto financiero.

3.3.2. Elemento subjetivo: Test de preponderancia esencial del fin fiscal

El artículo 6.1 de la directiva identifica el elemento subjetivo con «el propósito principal o uno de los propósitos principales» de «la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable». La cláusula exige que el «mecanismo o serie de mecanismos», con la amplitud conceptual que hemos tratado de dar a esta locución en el precedente epígrafe, respondan como propósito principal, o uno de sus propósitos principales, a la obtención de un beneficio fiscal. La dicotomía «propósito principal/propósitos principales», recogida también por la SAAR de la Directiva matriz-filial, lejos de constituir un trivial giro lingüístico, tiene virtualidad propia. Supone la superación del debate –a nuestro juicio, impostado– sobre si el fin fiscal perseguido debe ser «único» (*Cadbury*) o basta que sea «esencial» (*Halifax*); debate artificial, que ni siquiera goza de la suficiente apoyatura en la literalidad de estas sentencias, y que supera definitivamente *Foggia* al admitir, en una operación de fusión, la concurrencia de varios propósitos, «entre los que pueden también figurar consideraciones de naturaleza fiscal, a condición de que estas últimas no sean preponderantes en la operación proyectada» (párrafo 35). Luego, no estamos ante un pleonasma vacuo, sino que, partiendo de su integración con *Foggia*, formula un test de preponderancia esencial de la ventaja fiscal⁵⁴, que exige bascular los objetivos concurrentes, fiscales y no fiscales, para inferir si existe una preponderancia relativa de la finalidad estrictamente tributaria. Y para determinar cuándo existe esa preponderancia fiscal podemos recurrir de nuevo al canon hermenéutico de la Recomendación de la Comisión sobre planificación fiscal agresiva, cuyo apartado 4.6 aclara que una finalidad se considerará esencial «cuando, a la vista de las circunstancias del caso, cualquier otra finalidad que se atribuya o pueda atribuirse al mecanismo o a la serie de mecanismos parezca, a lo sumo, insignificante». El apartado 4.7 de la misma recomendación emplaza a las autoridades nacionales a realizar un análisis comparativo de la deuda tributaria que el contribuyente debería satisfacer, con o sin el negocio o transacción no genuino, para, en mérito a ese criterio cuantitativo, pronunciarse sobre el peso relativo de la finalidad fiscal perseguida. Y, en particular, y con carácter meramente enunciativo, aconseja valorar su inclusión en la base imponible, la existencia de una eventual deducción, la aparición de una pérdida fiscal, el ahorro de una retención en la fuente o una eventual compensación de un impuesto extranjero. En otro orden de cosas, el apartado 4.5 de la recomendación recuerda que la finalidad perseguida consiste en «evitar la imposición», pero con independencia de «cualquier intención subjetiva del contribuyente», lo relevante es la incompatibilidad del me-

⁵⁴ En *Foggia* se construye una suerte de test de no preponderancia esencial del objetivo fiscal que pondera si «el objetivo no fiscal (el motivo económico válido), globalmente considerado, no resulta completamente marginal respecto del objetivo fiscal, esto es, cuando existe un auténtico motivo económico válido (y no uno aparente, condición que resulta de su marginalidad o incidentalidad en el sentido indicado)» (véase Calderón Carrero, 2012, pp. 23 y 32).

canismo o mecanismos «con el objeto, el espíritu y la finalidad de las disposiciones fiscales que serían normalmente aplicables». Como ya advertimos en su momento, la finalidad preponderante fiscal, que constituye el elemento subjetivo de la GAAR, no se identifica con la intencionalidad elusiva subjetiva. En *Halifax*, el abogado general reelaboró el elemento subjetivo de *Emsland-Starke* y lo conectó con el elemento objetivo, al sostener que la intención abusiva de las partes debe colegirse del «carácter artificial de la situación que ha de apreciarse a la luz de una serie de circunstancias objetivas». Y, por ello, antes de la relativa innovación dogmática del artículo 6.1 y 2 de la directiva, en este punto se operaba la conexión de la cláusula antiabuso con el test del *business purpose*, y nuestra jurisprudencia doméstica sostenía que la exigencia de motivos económicos válidos por la Directiva de fusiones jugaba el mismo rol que la doctrina de la causa en los ordenamientos causalistas. En definitiva, y puesto en nuestro lenguaje causalista, la adulteración de la finalidad objetiva de la norma abusada, contrastada por el fin perseguido y los resultados obtenidos, acusa un déficit causal, una desviación de la función económico-social del acto o negocio en que se concreta la práctica abusiva.

Esta interrelación del elemento subjetivo y objetivo, que corrobora la base teórica sobre la que se construye el concepto unívoco mediante la conexión del elemento subjetivo de *Halifax* con el elemento objetivo de *Cadbury*, y a la que se asimila la SAAR de la Directiva de fusiones en la medida en que la ausencia de motivos económicos válidos puede ser interpretada como déficit de sustancia económica, se acoge ahora por el artículo 6.1 de la Directiva ATAD. La literalidad de la norma explica el falseamiento del mecanismo o serie de mecanismos «por haberse establecido» persiguiendo una ventaja fiscal que contraviene el objeto y la finalidad de la norma tributaria aplicable. Ambos componentes, subjetivo y objetivo, aparecen indisolublemente unidos en la configuración normativa de la GAAR, que confirma que estamos ante una distinción puramente dogmática, pero inescindible en su operatividad práctica⁵⁵. Esta concepción unitaria de ambos elementos, recíprocamente vinculados entre sí en su praxis aplicativa, permite dar una salida satisfactoria a la *legitimate tax planning*, al acotar en términos muy precisos su radio de acción. Las tesis dualistas, que implícitamente admiten el juego autónomo de ambos elementos, objetivo y subjetivo, denuncian un acusado déficit en la jurisprudencia comunitaria a la hora de

⁵⁵ Esta suerte de sinalagma funcional entre ambos elementos se ha planteado también por alguna jurisprudencia norteamericana sobre la doctrina de la sustancia económica, que se alinearía con la solución iuscomunitaria, aunque no ha sido esta la tesis que finalmente ha prevalecido en su codificación por la sección 7701 (o) del Internal Revenue Code. Martín López (2013) distingue en ella, desde la histórica *Gregory v. Helvering*, una triple dirección para la determinación de la existencia de sustancia económica: i) la tesis conjuntiva que demanda, de forma acumulativa, la producción de efectos económicos distintos de los tributarios (elemento objetivo) y una finalidad económica no circunscrita al mero ahorro fiscal (elemento subjetivo); ii) la tesis disyuntiva que, para reconocer la existencia de sustancia económica, le basta con la presencia de efectos económicos distintos del ahorro fiscal o, alternativamente, un propósito empresarial distinto del simple ahorro fiscal, y iii) la tesis unitaria o flexible, para la que no basta con la concurrencia de efectos económicos distintos del beneficio fiscal o con la intención del contribuyente para decidir sobre la sustancia económica, sino que se impone un análisis global de las circunstancias concurrentes. Con la finalidad de conciliar estas interpretaciones divergentes se acometió, con la Ley de reforma sanitaria del presidente Obama, la codificación de la tesis conjuntiva.

delimitar el ámbito de la planificación fiscal legítima⁵⁶. Por el contrario, desde una tesis unitaria, que impone un análisis conjunto de las circunstancias económicas para determinar si concurren, en su recíproca comprensión, todos los elementos de la GAAR, queda claro que si enfrentamos un acto o negocio auténtico o genuino, con una finalidad, incluso exclusivamente fiscal, no existirá práctica abusiva. Habrá un ejercicio legítimo de una libertad comunitaria, o de un derecho conferido por una directiva, o en el plano doméstico, una economía de opción tácita, pero no concurrirá el abuso de la finalidad objetiva de la norma que obturaría la GAAR.

Este planteamiento se acomoda a la finalidad declarada de la propia directiva que, en el párrafo 11 de su preámbulo, afirma que las normas generales contra las prácticas abusivas deben aplicarse a los «mecanismos declarados falseados, en otros casos, el contribuyente debe tener derecho a elegir la estructura más eficaz desde el punto de vista fiscal para sus operaciones comerciales». La directiva confirma la existencia de un espacio de *legitimate tax planning*, que se identifica con el acto o negocio genuino («mecanismo no falseado»), y que puede perseguir una finalidad tributaria aunque sea exclusiva. Más explícito en este punto era el artículo 80 de la nonata propuesta de Directiva de BICCIS de 2011, que, tras identificar el abuso con las operaciones comerciales artificiales «con el único fin de eludir impuestos», incorporaba una cláusula de exclusión para «las actividades comerciales realizadas de buena fe en las que el sujeto pasivo tiene la posibilidad de elegir entre dos o más operaciones que tienen el mismo resultado comercial pero que dan lugar a bases imponibles diferentes». Se trata de una aproximación descriptiva al fenómeno de la planificación fiscal legítima, que se anuda a la existencia de diversas alternativas negociales genuinas con diferente impacto fiscal, en cuyo caso se legitima la finalidad exclusivamente fiscal. A mi juicio, el artículo 80 de la propuesta de directiva, que constituye un relevante precedente normativo como canon hermenéutico de la GAAR, no contiene una definición cerrada, ni agota toda la planificación fiscal legítima imaginable. En un espacio económico integrado, pero con fragmentación de sistemas tributarios, la elección de la jurisdicción fiscal para localizar una operación o transacción con sustancia económica, más allá de que exista o no una pluralidad de alternativas negociales disponibles, constituye una simple manifestación de una libertad comunitaria fundamental.

Más problemático será extender todas estas consideraciones en relación con terceros Estados no miembros, sobre los que también se proyecta el ámbito de aplicación de la GAAR, por la eventual colisión con la cláusula antiabuso *ad hoc* introducida por BEPS. El denominado *principal purpose test* (PPT) deja sin efecto las consideraciones hasta ahora vertidas sobre la *legitimate tax planning*, y aun cuando existe una específica recomendación de la Comisión para su adaptación al patrón comunitario, poco se podrá hacer en relación con la reforma sincrónica ya operada en una vasta red de convenios de doble imposición bilaterales por el *multilateral instrument*. La nueva cláusula PPT no deja de ser una excrecencia jurídica de la tesis disyuntiva de la doctrina norteamericana de la sustancia económica, que casa con dificultad con la GAAR co-

⁵⁶ Según Martín Jiménez (2012b, p. 284), la jurisprudencia comunitaria debería haber precisado que la cláusula antiabuso no era aplicable a las operaciones no artificiales, con sustancia económica, pero con una motivación fiscal (*tax driven transactions*).

munitaria, cuando no anula completamente el legítimo espacio de las *tax driven transactions* en actos o negocios genuinos.

3.4. EFECTOS FISCALES DE LA APLICACIÓN DE LA GAAR

El artículo 6.3 de la directiva establece que «cuando un mecanismo no se tenga en cuenta de acuerdo con lo establecido en el párrafo 1, la deuda tributaria se determinará con arreglo a la legislación nacional»⁵⁷. En esta proposición normativa se absorbe la jurisprudencia en materia de IVA, que había llegado a la misma solución técnica, si bien ahora ya no se remite al derecho nacional como en *Weald leasing*⁵⁸, STJUE de 22 de diciembre de 2010 (C-103/09) o en la propia *Halifax*⁵⁹, sino que se comunitarizan los concretos efectos jurídicos que desplegará la GAAR. Es decir, no se considera la norma abusada para determinar la deuda tributaria o, dicho en términos de una típica cláusula antielusión, se aplicaría la norma nacional defraudada. Desde la perspectiva de una moderna cláusula antiabuso, era más preciso el artículo 7 de la propuesta de Directiva antielusión, que aludía a la exigencia de la deuda tributaria de acuerdo con la «realidad económica» (Delgado Pacheco, 2017, pp. 313 y ss.).

En relación con posibles efectos sancionadores, el precepto armonizado guarda silencio sobre el particular, aun cuando el párrafo 11 del preámbulo de la directiva contiene una previsión específica cuando advierte que «no debería impedirse a los Estados miembros aplicar sanciones» cuando proceda aplicar la norma general antiabuso. La directiva, consciente de que va a proyectar

⁵⁷ La insuficiencia de la regulación del artículo 6 de la Directiva ATAD sobre las consecuencias de su aplicación fue denunciada por el profesor García Prats, en la conferencia sobre «El futuro del impuesto sobre sociedades en la Unión Europea. Análisis de la incidencia de la nueva Directiva antiabuso tributario», celebrada el 23 de octubre de 2016 en la Universidad de Cádiz. Compartimos su censura sobre la parquedad regulatoria de la norma antiabuso codificada en puntos esenciales como la previsión del margen operativo de la *legitimate tax avoidance*, la extrema ambigüedad de los términos normativos empleados, o la ausencia de referencia a supuestos orientativos de lo que debe entenderse por acto o negocio no genuino o por finalidad preferentemente fiscal; extremos, todos ellos, que, a nuestro juicio, hallan una solución razonable en el previo *soft law*, en algún precedente normativo frustrado, o en la propia jurisprudencia comunitaria que alumbró la cláusula antiabuso. Por ello, y partiendo de la tesis de que estamos ante una simple codificación, las eventuales lagunas, y las frecuentes lagunas que se detectarán en su aplicación, deben salvarse recurriendo a ese acervo jurídico. En relación con los efectos fiscales de la GAAR ocurre lo mismo, aun cuando en este aspecto concreto entendemos que, operando sobre sectores no armonizados y situaciones puramente internas, la norma de armonización no puede ir más allá, y la regulación que contiene el artículo 6.3 de la directiva es suficiente, flexible y posibilista con un ulterior nivel interno de desarrollo normativo.

⁵⁸ En los párrafos 50 y ss. de esta sentencia se atribuye al órgano jurisdiccional remitente «redefinir esas operaciones para restablecer la situación a como habría sido de no haber existido elementos constitutivos de esa práctica abusiva».

⁵⁹ En los párrafos 90 y ss. de *Halifax*, tras recordar que la Sexta Directiva carece de disposiciones en materia recaudatoria, se atribuye al órgano jurisdiccional la redefinición de las operaciones para restablecer la situación originaria, sin aplicación de la norma abusada, que aquí se concreta en la facultad de la Administración de solicitar la devolución de las cantidades deducidas, al haberse ejercitado de forma abusiva el derecho a la deducción del IVA soportado.

tarse también sobre un amplio segmento de la fiscalidad no armonizada, emplaza al legislador nacional a establecer posibles consecuencias sancionadoras, y es aquí donde, a nuestro juicio, cobra sentido en relación con la GAAR la previsión del artículo 3 de la directiva, que identifica al conjunto de la norma de armonización con un «nivel mínimo de protección», confiriendo a los Estados miembros la facultad de reforzarlo, sin que, a nuestro juicio, puedan alterar los elementos estructurales de la cláusula antiabuso sin distorsionar su función armonizadora, pero sí reforzarla con imposición de sanciones. Ahora bien, y comoquiera que estamos ante una norma comunitaria, parece indeclinable la aplicación de los derechos y garantías que adornan el ejercicio de la potestad sancionadora, de acuerdo con la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, y, entre ellos, el principio de legalidad y de culpabilidad (art. 49 de la carta)⁶⁰.

Referencias bibliográficas

- Arnall, A. (2008). What is a General Principle of EU Law? En R. de la Feria y S. Vogenauer (Eds.), *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law*. Oxford y Portland: Hart Publishing.
- Ayats Vergés, M. y De Juan Casadevall, J. (2013). *Informe sobre las novedades introducidas en la nueva regulación del delito fiscal: algunas propuestas de mejora*. Madrid: Fundación Impuestos y Competitividad.
- Báez Moreno, A. (2016). A Pan-European GAAR? Some (un)expected consequences of the proposed EU Tax Avoidance Directive combined with the *Dzodzi* line of cases. *British Tax Review*, 2.
- Barciela Pérez, J. A. (2017). Planificación fiscal agresiva y abuso del derecho en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, 5. Aranzadi.
- Calderón Carrero, J. M. (2000). Aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal. En C. García Novoa y A. López Díaz (Coords.), *Temas de Derecho Penal Tributario* (pp. 193 y ss.). Barcelona-Madrid: Marcial Pons.
- Calderón Carrero, J. M. (2012). Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula antiabuso de la «Directiva de fusiones»: ¿hacia motivos económicos válidos de alto voltaje? *RCyT. CEF*, 347.
- Calderón Carrero, J. M. y Quintas Seara, A. (2015). *Cumplimiento tributario cooperativo y buena gobernanza fiscal en la era BEPS*. Pamplona: EY Abogados. Thomson Reuters Civitas.
- Calderón Carrero, J. M. y Martín Jiménez, A. J. (2017). La Directiva UE 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal que inciden en el mercado interior: ¿El principio del final de un IS nacional o una pieza más de descoordinación en el nuevo orden post-BEPS? *RCyT. CEF*, 407.
- Cerioni, L. (2010). The «abuse of right» in EU Company Law and EU Tax Law: re-reading of the ECJ case law and the quest for a unitary notion. *European Business Law Review*, 6(21).

⁶⁰ Esta solución sería plenamente coherente con *Halifax*, que, intentando salvaguardar neutralidad fiscal del IVA, exige para imponer sanciones una «base legal clara y exenta de ambigüedad». En contra, Calderón Carrero y Martín Jiménez (2017, p. 34) sostienen que la previsión del párrafo 11 del preámbulo de la directiva no está alineada con *Halifax*.

- De Broe, L. (2008). *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. Ámsterdam: IBFD.
- De Juan Casadevall, J. (2009). La cláusula comunitaria de no discriminación en la tributación directa: el enfoque analítico del TJCE. *Quincena Fiscal*, 21.
- De Juan Casadevall, J. (2010). *El principio de no discriminación fiscal como instrumento de armonización negativa*. Aranzadi.
- De la Feria, R. (2008). Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law Thorough Tax. *Common Market Law Review*, 45.
- De la Feria, R. y Vogenauer, S. (Eds.). (2008). *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law*. Oxford y Portland: Hart Publishing.
- Delgado Pacheco, A. (2017). *Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea*. Tesis doctoral. Madrid.
- EY Abogados. (2015). *Cláusula general antiabuso tributaria en España: propuestas para una mayor seguridad jurídica*. Madrid: Instituto Impuestos y Competitividad.
- Fernley, D. y Moroney, M. (2016). EU Anti-Tax Avoidance Package: Impacts on Financial Institutions. *Derivatives & Financial Instruments*, 4(18). Ámsterdam: IBFD.
- Freedman, J. (2008). The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction: Abuse of Law in a Tax Context at Member State and European Union Level. En R. de la Feria y S. Vogenauer (Eds.), *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law*. Oxford y Portland: Hart Publishing.
- García Novoa, C. (2004). *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*. Madrid: Marcial Pons.
- Giuliani Fonrogue, C. M. (1993). *Derecho Financiero*. Vol. II. (5.ª ed.). Buenos Aires.
- Larraz (1952). Metodología aplicativa del Derecho Tributario. *Revista de Derecho Privado*.
- Lyal, R. (2008). *Cadbury Schweppes and Abuse: Comments*. En R. de la Feria y S. Vogenauer (Eds.), *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law*. Oxford y Portland: Hart Publishing.
- Maisto, G. (1996). *Il regime tributario dei dividendi nei rapporti tra «società madri» e «società figlie»*. Milán: Giuffrè editore.
- Martín Jiménez, A. J. (2012a). Hacia una concepción unitaria del abuso del derecho tributario en la Unión Europea. *Quincena Fiscal*, 7. Aranzadi.
- Martín Jiménez, A. J. (2012b). Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law. *Bulletin for International Taxation*. IBFD.
- Martín López, J. (2013). La doctrina estadounidense de la sustancia económica como norma general antiabuso en materia tributaria: análisis jurídico de su codificación. *Revista Española de Derecho Financiero*, 157. Civitas.
- Martín López, J. (2015). Planificación fiscal agresiva y normas antiabuso en el derecho de la Unión Europea: análisis de las últimas tendencias. *Quincena Fiscal*, 8.
- Mulligan, E. y Oats, L. (2009). The Risk Management: Evidence from the US. *British Tax Review*, 6.
- OCDE. (2013). *Co-Operative Compliance: a Framework from Enhanced Relationships to Co-Operative Compliance*. París.

- Palao Taboada, C. (1977). La elusión fiscal mediante sociedades. Comentarios a los artículos 38 a 40 de la Ley 50 de 14 de noviembre de 1977. *REDF*, 15-16. Civitas.
- Palao Taboada, C. (2017). El abuso del derecho en materia tributaria en el derecho comunitario europeo. *Revista Española de Derecho Europeo*, 61. Civitas.
- Piantavigna, P. (2011). *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*. Giappichelli Editore.
- Pistone, P. (1995). *Abuso del diritto ed elusione fiscale*. Padova: Cedam.
- Ramos Muñoz, D. (2012). Abuso del derecho, transacciones transfronterizas y la construcción del mercado interior y de la UE. ¿Un equilibrio imposible? *Revista Española de Derecho Europeo*, 44.
- Ribes Ribes, A. (2009). Las medidas tributarias antiabuso en la jurisprudencia comunitaria. *Quincena Fiscal*, 1. Aranzadi.
- Rigaut, A. (2016). Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons. *European taxation*, 11.
- Robert, E. y Tof, D. (2011). The Substance Requirement and the Future of Domestic Anti-Abuse within the Internal Market. *European Taxation*, 11(51).
- Ruiz Almendral, V. (2010). ¿Tiene futuro el test de «motivos económicos válidos» en las normas antiabuso? (Sobre la planificación fiscal y las normas antiabuso en el derecho de la Unión Europea). *RCyT. CEF*, 329 y 330.
- Serrano Antón, F. y Zapata, S. (1998). *Infracciones y sanciones tributarias derivadas del uso de paraísos fiscales. Un estudio comparado entre España y México*. XIX Jornadas Latino-americanas de Direito Tributario. Livro 2. Lisboa: AFP-ILADT, 11-16 de octubre.
- Sorensen, K. E. (2006). Abuse of rights in community law: a principle of substance or merely rethoric? *Common Market Law Review*, 43(2).
- Vanistendael, F. (2006). *Halifax and Cadbury Schweppes: one single European theory of abuse in tax law?* *EC Tax Review*, 4.
- Vanistendael, F. (2008). Cadbury Schweppes and Abuse from an Eu Tax Perspective. En R. de la Feria y S. Vogenauer (Eds.), *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law*. Oxford y Portland: Hart Publishing.
- Vanistendael, F. (2016). Can EU tax law accommodate a uniform anti-avoidance concept? *Practical problems in European and international tax law: essays in honour of Manfred Mössner*.