

CLÁUSULAS ANTIELUSIÓN Y CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN: CUESTIONES NO RESUELTAS

FERNANDO JIMÉNEZ MARTÍN

LUIS RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA

Abogados

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, don FRANCISCO GUÍO MONTERO, don Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, don José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE y don Pablo CHICO DE LA CÁMARA.

Extracto:

EL presente trabajo analiza, fundamentalmente desde la perspectiva del Derecho español, la aplicación de las cláusulas antiabuso en el contexto de los Convenios para evitar la doble imposición, prestando especial atención a la relación existente entre estos y las normas antiabuso domésticas.

Palabras clave: cláusulas antielusión, convenios, modelo de convenio y comentarios de la OCDE.

ANTI-AVOIDANCE CLAUSES AND TAX TREATIES: UNSOLVED ISSUES

FERNANDO JIMÉNEZ MARTÍN

LUIS RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA

Abogados

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, don Francisco GUÍO MONTERO, don Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, don José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE y don Pablo CHICO DE LA CÁMARA.

Abstract:

THIS paper examines, primarily from the perspective of Spanish law, the application of anti-abuse provisions in the context of tax treaties, with particular attention to the relationship between domestic anti-avoidance rules and tax treaties.

Keywords: anti-abuse clauses, tax treaties, tax treaty model and OECD commentaries.

Sumario

1. Introducción.
2. El uso impropio de los Convenios para la evitar la doble imposición.
3. Normas antiabuso contenidas en los Convenios para evitar la doble imposición.
 - 3.1. Normas antiabuso especiales en los Convenios para la evitar la doble imposición.
 - 3.2. Normas antiabuso generales en los Convenios para la evitar la doble imposición.
4. Relación entre las normas generales antielusión domésticas y los Convenios para la evitar la doble imposición.
 - 4.1. Posición de los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE en su versión de 28 de enero de 2003.
 - 4.2. Posición de la doctrina internacional al respecto: comentario crítico.
 - 4.3. Posición de los países participantes en el Congreso de la IFA de 2010.
 - 4.4. Normas específicas de los Convenios que autorizan la aplicación de las normas generales antiabuso domésticas de los Estados firmantes.
5. Especial referencia a España.
 - 5.1. Normas antielusión en el ámbito doméstico.
 - 5.2. Compatibilidad de las cláusulas antielusión españolas con los Convenios para la evitar la doble imposición.
6. Posición de los tribunales españoles.
7. Conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El pasado verano se celebró en Roma el LXIV Congreso Anual de la International Fiscal Association (IFA) en el que se abordó, como tema principal, la cuestión de la aplicación de las cláusulas antiabuso en el contexto de los Convenios para evitar la doble imposición (en adelante, CDI). Esta cuestión ya había sido tratada por la IFA en otras ocasiones ¹, aunque nunca como tema central de un congreso. En cambio, con anterioridad, ninguna otra reunión de trabajo de esta asociación se había ocupado de analizar los cambios operados en los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE (en adelante, MC) en 2003 en lo relativo al uso impropio de los Convenios.

La elección de estos temas por la IFA no pudo ser más oportuna a la vista de algunos recientes pronunciamientos de la Audiencia Nacional en los que se tratan ciertas cuestiones relativas a los mismos con resultados ciertamente inquietantes.

El presente trabajo analiza, fundamentalmente desde la perspectiva del Derecho español, estas cuestiones, prestando especial atención a la relación existente entre las normas antiabuso domésticas y los CDI.

Para ello, nos referiremos en primer lugar a las normas especiales antielusión contenidas en los propios tratados para prevenir su abuso para luego abordar la cuestión de si, junto a estas cláusulas especiales, puede inferirse la existencia de un principio general antielusión que de conformidad con el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (en adelante, Convenio de Viena) permita, por sí mismo, confrontar conductas elusivas en presencia de un CDI.

Analizaremos la postura adoptada por los Comentarios al MC de la OCDE, tanto antes como después de su modificación en 2003, a propósito de la inclusión de la evitación de la elusión fiscal como uno de los objetivos de los CDI y de la interacción entre las normas antiabuso domésticas y los Convenios.

Al respecto de esta última cuestión, haremos también una referencia crítica a las distintas posturas de la doctrina internacional y aludiremos a los muy diversos enfoques que a la misma han dado los diferentes Estados representados en el citado congreso de la IFA. Nos referiremos, asimismo, a las consecuencias que derivan de la incertidumbre que este asunto plantea y a su reflejo práctico en la reciente política convencional española.

¹ Con anterioridad, la IFA ya había tratado este asunto, entre otros, en los seminarios «How Domestic Anti-avoidance Rules Affect Double Taxation Conventions», celebrado en el seno del Congreso de Toronto de 1994 (IFA Congress Seminar Series, vol. 19c) y «Abusive Application of International Tax Agreements» del Congreso de Munich de 2000 (IFA Congress Seminar Series, vol. 25b).

Finalmente, nos detendremos en el análisis detallado de la interacción entre las normas anti-elusión españolas y los CDI y en el tratamiento de la cuestión por la Administración y por los tribunales españoles en los últimos tiempos.

2. EL USO IMPROPIO DE LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

Las conductas abusivas o elusivas de los CDI pueden englobarse bajo el paraguas de lo que suele denominarse uso impropio o indebido de los tratados ².

Un CDI puede usarse impropriamente de muy diversas formas. Por ejemplo, un contribuyente puede llevar a cabo determinadas transacciones con el objeto de beneficiarse de un tratado a cuya aplicación no tendría en principio derecho por no ser residente en uno de los Estados contratantes del mismo. Estas estrategias se encuadran en lo que, en la terminología anglosajona, se denomina *treaty shopping*.

En el *treaty shopping*, por lo general, se emplean las llamadas compañías conducto (*conduit companies*) y compañías base (*base companies*). Las primeras persiguen la reducción del gravamen de determinadas rentas mediante la aplicación del Convenio suscrito entre el Estado de constitución de la entidad conducto y el Estado de la fuente de las rentas que esta obtiene, de tal suerte que, de no haberse interpuesto la compañía conducto que invoca el tratado más beneficioso, la imposición en origen de dichas rentas hubiera resultado más gravosa. Esta estrategia puede completarse en la práctica con la inclusión de varias compañías conducto, cada una de las cuales interpuesta con una finalidad fiscal específica. Este último fenómeno se conoce como *stepping stone conduits* ³.

Por su parte, las compañías base, normalmente constituidas en países de baja tributación, se utilizan con el objeto de remansar rentas para reducir o diferir así la tributación que, de otro modo, hubiera resultado en el país de residencia del contribuyente. Frecuentemente, además, estas compañías se incorporarán en Estados con Convenios ventajosos suscritos con el país de la fuente de las rentas que obtienen ⁴.

El *treaty shopping* se lleva a cabo, por lo general, a través de dos estrategias. Por una parte, cuando el impuesto que grava el beneficio de las sociedades del Estado de residencia de la compañía conducto es bajo o nulo, podrá implementarse una estrategia directa (*direct conduit*). En estos esquemas muchas veces se incorporan compañías constituidas en países como los Países Bajos y Luxemburgo cuyos ordenamientos internos prevén regímenes de exención para dividendos y plusvalías de fuente extranjera (*participation exemption*). Además, los beneficios distribuidos por las sociedades

² La expresión «Uso Indebido del Convenio» figura como subtítulo en los Comentarios al artículo 1 del MC (paras. 7 a 12). En el presente trabajo, la expresión «elusión fiscal» se utiliza para significar fraude a la ley tributaria, en sentido amplio, y no para referirnos a supuestos de planificación fiscal legítimos o de economía de opción con un resultado beneficioso para el contribuyente.

³ OECD Council, (1987, I).

⁴ OECD Council, (1987, II).

conducto o las plusvalías puestas de manifiesto con motivo de la transmisión de sus participaciones tampoco suelen someterse, con carácter general, a gravamen efectivo en su Estado de constitución. En la estrategia indirecta, por el contrario, los ingresos obtenidos por la compañía conducto no gozan de un régimen de exención y, por ello, los mismos se neutralizan con gastos fiscalmente deducibles que reducen la base imponible de la misma.

En otras ocasiones, cuando el derecho a la aplicación de un determinado tratado no está en entredicho, el contribuyente puede dirigir su planificación fiscal al cumplimiento de las condiciones previstas en una regla específica del Convenio, persiguiendo el beneficio que la regla convencional confiere en detrimento de otra norma que, en ausencia de tal planificación, hubiera resultado aplicable con consecuencias más perjudiciales para el contribuyente (por ejemplo, la conversión de un dividendo gravable en el Estado de la fuente en un interés o en una ganancia de capital no susceptibles de imposición). A este segundo fenómeno se le suele denominar *rule shopping*.

Además del abuso de los CDI, cabe el uso ilegítimo de un tratado para eludir la normativa doméstica de uno de los Estados contratantes, la de ambos o, incluso, la de un país tercero.

Todas estas estrategias, al igual que cualesquiera otras que resulten de una planificación fiscal orquestada por el contribuyente, no están vedadas a este siempre y cuando no conduzcan a resultados ilegítimos⁵. Como es fácil imaginar, en la práctica, determinar cuándo se está ante el uso impropio de un determinado CDI y no ante la legítima decisión de un contribuyente enmarcada en los límites de la economía de opción puede entrañar gran complejidad.

Aunque los niveles de planificación fiscal que las Administraciones y los Tribunales de Justicia de los distintos Estados están dispuestos a tolerar varían sensiblemente, y aunque de los CDI suscritos por un determinado Estado con países terceros pueden emanar consecuencias tributarias muy dispares para sus residentes, la tendencia de las autoridades fiscales en los últimos tiempos ante estructuras internacionales fiscalmente provechosas para el contribuyente –y las autoridades españolas no son una excepción– es la de vislumbrar supuestos de abuso de Convenio o de Derecho interno ignorando muchas veces, al reaccionar contra dicho abuso, las particularidades de los tratados o, incluso, su propia existencia⁶.

El modo de proceder suele ser el siguiente: en primer lugar, la Administración en cuestión arguye que se está ante un supuesto de abuso del Convenio para, posteriormente, invocar alguna norma o principio, doméstico o convencional, de los muchos disponibles, sobre el que basar la negación de la aplicación del tratado en cuestión a quien lo invoca⁷.

⁵ VOGEL (1997, 119).

⁶ WARD (1993, 397).

⁷ Como señala LÓPEZ TELLO, un ejemplo paradigmático en este sentido es el de los Estados Unidos, donde conviven numerosas creaciones jurisprudenciales de perfiles no siempre bien definidos como el *step transaction analysis*, *business purpose test*, el *substance over form approach*, la *sham transaction doctrine* o la *economic sham doctrine*. La coexistencia de todos estos mecanismos antielusivos lleva por lo común a la Administración tributaria a invocarlos todos juntos con el fin de hacer posible, como apuntan STRENG y YODER, «que los jueces puedan escoger en la cafetería de reglas o doctrinas antiabuso» (*the court can choose from the cafeteria of tax avoidance doctrines*). LÓPEZ TELLO (2004, 55 y 56). La cita de LÓPEZ TELLO es a STRENG y YODER (2002, 19 a 67). Algo similar ocurre en Canadá. GOYETTE, N. y HALVORSON, P.D. (2010, 171).

Determinar si una conducta implica un uso o, por contra, un abuso de un CDI dependerá de la interpretación que deba darse a este, misión esta nada sencilla si se tiene en cuenta que, como reconoció la Comisión de Derecho Internacional que elaboró el proyecto que sirvió de base al Convenio de Viena «la interpretación de tratados es hasta cierto punto un arte, no una ciencia exacta»⁸.

Por ello, si dentro de los parámetros que establece el Convenio de Viena⁹, el contribuyente de un Estado que es parte del mismo obtiene una ventaja fiscal derivada de la aplicación de determinado precepto de un CDI, las autoridades fiscales deberán respetar dicho resultado, con independencia de los motivos que hayan inspirado al contribuyente en la realización de la conducta determinante del mismo. En estos casos, para evitar la repetición de consecuencias similares en el futuro, las autoridades fiscales afectadas quedarán abocadas a la renegociación del tratado en cuestión. Si, por el contrario, del análisis de los hechos se desprende que el resultado alcanzado no tiene cabida a la luz de los referidos criterios hermenéuticos, la solución será la inaplicación de la norma del Convenio de la que se ha abusado¹⁰.

La cuestión estriba, entonces, en determinar cuándo el resultado alcanzado por un contribuyente en el contexto de un CDI puede entenderse ilegítimo por contrariar su letra, su espíritu o ambos. La respuesta a esta pregunta ha de buscarse en el texto del propio tratado, en las normas internacionales relativas a su interpretación o en la interacción del Convenio con el Derecho doméstico de los Estados afectados, cuestión esta última que constituye el objeto principal de este trabajo.

3. NORMAS ANTIABUSO CONTENIDAS EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

3.1. Normas antiabuso especiales en los Convenios para evitar la doble imposición

Siguiendo a VEGA BORREGO, las medidas antielusión contenidas en los CDI basados en el MC de la OCDE pueden encuadrarse en dos categorías en función de sus efectos en la determinación del ámbito subjetivo de los tratados¹¹.

Las primeras, previstas inicialmente en los Comentarios al MC de la OCDE de 1992, elaborados sobre la base del informe de dicha organización de 1986 relativo a las sociedades conducto, tienen como misión combatir las conductas de *treaty shopping*, pero sin llegar a reducir el ámbito subjetivo de los tratados en los que se incardinan.

Como consecuencia de la aplicación de estas medidas, una «persona» «residente» en alguno de los dos Estados contratantes –con arreglo a las definiciones de los arts. 3 y 4 del MC de la OCDE–

⁸ NACIONES UNIDAS (1996, 240).

⁹ El artículo 31 del Convenio de Viena dispone que «Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y su fin».

¹⁰ LANG (2001, 8).

¹¹ VEGA BORREGO (2004, 106 y ss).

pierde el derecho a la aplicación de alguno de los beneficios del tratado pero sin sufrir la expulsión general del perímetro subjetivo del mismo.

Entre estas cláusulas antiabuso se incluyen las normas de transparencia (*look-through provisions*)¹², las cláusulas de exclusión (*exclusion provisions*)¹³, las normas de sujeción efectiva a impuestos (*subject-to-tax clauses*)¹⁴ y las cláusulas de tránsito (*channel approach*)¹⁵, sin olvidar, como límite a las anteriores, las que SANZ GADEA ha denominado cláusulas moderadoras¹⁶. Entre estas se incluyen la cláusula general de buena fe, la de actividad, la de cuantía, la de cotización en

¹² El para. 13 de los Comentarios al artículo 1 del MC, en su versión de 2003, propone el siguiente ejemplo de cláusula de transparencia:

«Una sociedad que sea residente de un Estado contratante no tendrá derecho a acogerse a ningún beneficio fiscal de los previstos en este Convenio en relación con renta, ganancia o utilidad alguna, cuando sea propiedad o esté bajo el control, directamente o a través de una o más sociedades, cualquiera que sea el lugar de residencia de estas, de personas que no sean residentes de un Estado contratante».

Esta cláusula aparece frecuentemente en los CDI suscritos por España circunscrita a dividendos, intereses, cánones y ganancias de capital y atemperada por cláusulas moderadoras de actividad y buena fe.

¹³ Como alternativa a la expulsión absoluta del ámbito subjetivo de un Convenio, con esta cláusula se pretende privar de determinados beneficios convencionales a ciertas personas sujetas a un régimen fiscal doméstico especialmente favorable y, por ello, más propicias «a desempeñar un papel de sociedad instrumental» (para. 21 de los Comentarios al art. 1 del MC de 2003). Los Comentarios proponen la siguiente redacción:

«No será de aplicación a la renta percibida o satisfecha por una sociedad como la definida en el apartado (...) de la Ley (...), así como por cualquier otra disposición de contenido similar promulgada por (...) después de la firma del presente Convenio, ninguna de las disposiciones del presente Convenio que prevea una exención o una reducción de impuestos». Un ejemplo de cláusula de exclusión la encontramos en el hoy derogado para. 1 del Protocolo al Convenio España-Luxemburgo que excluye la aplicación del mismo a las sociedades *holding* definidas en la legislación especial luxemburguesa contenida en la Ley de fecha 31 de julio de 1929, cuyo régimen fue abolido con efectos 1 de enero de 2007. Desde la perspectiva del residente en España, la exclusión operada por el Protocolo se circunscribe a las rentas que este obtenga «de acciones u otros títulos de sociedades similares» y «al patrimonio representado por acciones u otros títulos de participación en el capital de tales sociedades que esta persona posee». De acuerdo con el procedimiento amistoso concluido por el Ministerio de Hacienda y la autoridad fiscal luxemburguesa el 3 de mayo de 2000 en interpretación de este Protocolo, «lo dispuesto en los paras. 1 y 2 del Protocolo, se entenderá que no es de aplicación a las rentas procedentes de Instituciones de Inversión Colectiva debidamente autorizadas por la autoridad competente de cada Estado, y que sean comercializadas en el otro Estado previo cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto en la sección VIII de la Directiva 85/611/CEE del Consejo de 20 de diciembre de 1983».

¹⁴ Según el para. 15 de los Comentarios al MC de 2003 «las disposiciones de "sujeción a impuesto" de alcance general estipulan que en el país fuente la posibilidad de acogerse a los beneficios de un Convenio tributario existe únicamente cuando la renta en cuestión está sujeta a impuesto en el país de residencia». No obstante los propios Comentarios invitan a moderar la aplicación de esta cláusula limitando su aplicación a aquellos supuestos en los que exista, además, una situación de «tránsito».

¹⁵ Las cláusulas de tránsito están diseñadas para combatir el *treaty shopping* en su modalidad indirecta (*stepping stone conduit*). Así lo demuestra el ejemplo propuesto por los Comentarios (para. 17 de los Comentarios al MC de 2003):

«En los casos en que una renta que se ha generado en un Estado contratante sea percibida por una sociedad residente en otro Estado contratante y una o más personas no residentes en este último

a) tengan directa o indirectamente, o a través de una o más sociedades, ya sean estas residentes o no, un interés sustantivo en dicha sociedad en forma de participación en la misma o de cualquier otra, o

b) ejerzan directa o indirectamente, por sí solas o en compañía de otras, la dirección o el control de dicha sociedad las disposiciones del Convenio que supongan una exención o una reducción de impuestos no serán de aplicación cuando más del 50% de dicha renta se utilice para satisfacer pagos debidos a estas personas (en concepto ya sea de intereses, regalías, gastos de desarrollo, de publicidad, costes iniciales y dietas, así como por depreciación de activos empresariales de cualquier tipo, incluyendo los bienes inmateriales y procesos)».

¹⁶ SANZ GADEA, E., (2001, 87).

bolsa y la de desgravación alternativa. La finalidad común de todas ellas es garantizar la aplicación de los Convenios aun en aquellos supuestos en los que concurren los elementos objetivos para la invocación de alguna de las cláusulas antiabuso por entenderse que no existe un verdadero abuso del tratado (para. 19 de los Comentarios al art. 1 del MC de 2003).

La segunda categoría de medidas antielusión a la que hace referencia el para. 20 de los Comentarios al artículo 1 de MC de 2003 pretende abordar «de forma integral» el problema del *treaty shopping* mediante la alteración del ámbito subjetivo del Convenio tal y como se define en el artículo 1 del MC de la OCDE. Estas normas, denominadas colectivamente como cláusulas de limitación de beneficios (*limitation-of-benefit provisions*), tienen por objeto «evitar que las personas que no sean residentes de ninguno de los Estados firmantes del Convenio puedan disfrutar de los beneficios del mismo mediante el recurso a una entidad que, en otro caso, reuniría las condiciones para ser considerada como residente de uno de esos Estados».

Para ello, además de exigirse la residencia en alguno de los Estados contratantes con arreglo al artículo 4 del Convenio en cuestión, se precisa que quien invoque el tratado tenga un vínculo de suficiente entidad con su Estado de residencia o, al menos, motivos económicos válidos para obtener desde el mismo la renta generada en el Estado de la fuente¹⁷. Se presumirá que tal vínculo existe si se cumple alguna de las cláusulas siguientes: la de cotización en bolsa (*stock exchange clause*), la de propiedad y erosión en la base (*ownership and base erosion clause*), la de actividad (*active clause*) y la cláusula general de buena fe¹⁸.

3.2. Normas antiabuso generales en los Convenios para evitar la doble imposición

Entre los CDI actualmente en vigor, existen pocos ejemplos de cláusulas convencionales que puedan considerarse per se, sin necesidad de remisión al Derecho doméstico de los Estados firmantes, como normas generales antiabuso. Un ejemplo paradigmático de este tipo de cláusulas lo propone el Informe del Subcomité de Naciones Unidas sobre el Uso Impropio de los Tratados de octubre de 2008¹⁹ al referirse al artículo 25.2 del CDI suscrito entre Brasil e Israel en el año 2002. Según este precepto:

«La autoridad competente de un Estado contratante puede denegar los beneficios de este Convenio a cualquier persona, o con respecto de cualquier transacción, si, en su opinión, la concesión de

¹⁷ Las cláusulas de limitación de beneficios no afectan a las personas físicas, que podrán invocar los Convenios en la medida en que sean residentes en alguno de los dos Estados contratantes (o en ambos) con arreglo al artículo 4 del tratado en cuestión. Ello se suele justificar sobre la base de que el artículo 4 del MC de la OCDE, en interacción con las normativas domésticas de los Estados contratantes, ya exige por sí mismo la existencia de una conexión lo suficientemente intensa con el país de residencia como para hacer innecesaria la inclusión de las personas físicas en el ámbito subjetivo de la cláusula.

¹⁸ Además de la clásica cláusula de limitación de beneficios del artículo 17 del Convenio España-Estados Unidos (1990), inspirada en el MC de Estados Unidos, en los tratados más recientes como los suscritos con Moldavia (2007), Jamaica (2008), Serbia (2009), Trinidad y Tobago (2009), Nigeria (2009) y en el Protocolo que modifica el Convenio España-Suiza (2006) se han introducido cláusulas generales de limitación de beneficios muy similares a la siguiente:

«Se entenderá que los beneficios del presente Convenio no se otorgarán a una persona que no sea la beneficiaria efectiva de las rentas procedentes del otro Estado contratante o de los elementos de patrimonio situados en el otro Estado contratante».

¹⁹ *Report by the Subcommittee on Improper Use of Treaties, presented at the fourth session of the Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, on 20-24 October 2008*. E/C.18/2008/CRP.2.

dichos beneficios constituye un abuso del Convenio de acuerdo con su objeto. La aplicación de este precepto se comunicará por la autoridad competente del Estado en cuestión a la autoridad competente del otro Estado contratante»²⁰.

En términos similares, aunque con la diferencia esencial de la exigencia de común acuerdo por los Estados firmantes, fue redactado el para. 9 del Protocolo del CDI firmado entre España y Cuba en 1999, según el cual «las autoridades competentes de los Estados contratantes pueden, de común acuerdo, no conceder los beneficios previstos por este Convenio, incluidos los previstos en el apartado 4 del artículo 24, a determinada persona o a una determinada transacción cuando estas autoridades consideren que en determinadas circunstancias el objetivo de dicha persona o transacción sea principalmente el de obtener ventajas de las disposiciones de este Convenio».

Junto a este tipo de cláusulas existen otras, también de alcance general, que se limitan a habilitar a los Estados contratantes a que apliquen sus normas antiabuso domésticas cuando, por ejemplo, consideren que con arreglo a su Derecho interno la aplicación de las mismas en el contexto de un tratado internacional pueda resultar problemática en ausencia, precisamente, de una habilitación expresa. A este tipo de cláusulas, incluidas en varios de los CDI suscritos recientemente por España, nos referiremos en el apartado 4.4.

Sin embargo, la mayoría de los CDI existentes en la actualidad inspirados en el MC de la OCDE y, en particular, los suscritos por España, carecen de normas generales antiabuso o cláusulas que habiliten a los Estados contratantes a aplicar las suyas, lo que tradicionalmente ha motivado discusiones en la doctrina internacional en torno a la cuestión de si de la letra, del contexto o del objeto de los Convenios puede inferirse la existencia de una cláusula general de prevención de su abuso directamente invocable por los Estados firmantes. A esta cuestión se dedican los siguientes apartados de este trabajo.

3.2.1. *El título y el preámbulo de los Convenios para evitar la doble imposición*

La cuestión de la posible existencia de una regla antiabuso general en los CDI viene suscitada, principalmente, por la lectura de los títulos de los tratados inspirados en las versiones de 1963 y 1977 del MC de la OCDE, según los cuales el propósito de los Convenios, además de la evitación de la doble imposición, es el de «prevenir la evasión fiscal» en materia de impuestos sobre la renta.

Si bien estas referencias fueron eliminadas del título del MC en su versión de 1992 en reconocimiento del hecho de que los Convenios pueden incluir entre sus finalidades otros propósitos de muy diversa índole (como la no discriminación o la cooperación administrativa)²¹, el MC vigente, mediante una nota al pie a su título, sugiere a los Estados que lo deseen la posibilidad de mantener la alusión clásica a la eliminación de la doble imposición o a la prevención de la evasión fiscal como objetivos declarados del tratado. Además, la referencia a la evasión fiscal en el sentido apuntado se repite, por lo general, en los preámbulos de los CDI que la incluyen en su título aparte.

²⁰ La traducción, del inglés, es nuestra.

²¹ *Vid.* para. 16 de la introducción a los Comentarios al MC de la OCDE.

La cuestión no es baladí, como pudiera parecer, pues de concluirse que la evitación de la elusión fiscal está entre los objetivos expresamente declarados por los CDI, podrían derivarse consecuencias en el debate sobre el valor interpretativo de los Comentarios o, incluso, en lo que atañe a la compatibilidad entre las normas antiabuso domésticas y los CDI ²².

En nuestra opinión, la respuesta a esta cuestión ha de ser negativa y ello por un doble motivo. Por una parte, porque como es sabido, «evasión fiscal» –expresión utilizada en los títulos y preámbulos de la mayoría de los CDI suscritos por España y sugerida por el MC– no es sinónimo de «elusión fiscal», concepto este último más próximo al de abuso en el sentido en el que venimos refiriéndonos ²³.

Por otro lado, aun asumiendo que la citada expresión pueda englobar los supuestos de abuso y que el preámbulo y el título formen parte del tratado a los efectos de su interpretación –y, por tanto, sean «contexto» del mismo–, los Convenios que la contienen no materializan luego esa pretendida finalidad a lo largo de su articulado por lo que, a nuestro juicio, la referencia a la evitación de la elusión fiscal queda relegada a una mera declaración de intenciones, no confirmada después en la parte dispositiva de la norma. Por ello, el intérprete no tiene que acudir a dicha declaración de intenciones para contextualizar las disposiciones específicas del tratado, a excepción, si se quiere, de las normas antieiusivas de carácter especial específicamente recogidas en el Convenio ²⁴. Por ello, a nuestro juicio, el título y el preámbulo de los CDI basados en el MC no constituyen, en sí mismos, instrumentos de suficiente entidad que permitan, por sí solos, a los Estados firmantes contrarrestar conductas abusivas.

3.2.2. La interdicción del abuso de los tratados como principio general del Derecho Internacional

De acuerdo con el artículo 38.1 c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de Naciones Unidas ²⁵, los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas son fuente del Derecho Internacional Público.

Según algunos autores, el concepto de abuso del Derecho existe, en uno u otro sentido, en la mayoría de los países y viene siendo reconocido por los tribunales internacionales en su práctica, por

²² Con respecto a este asunto, en relación con los CDI suscritos por Canadá, *vid.* GOYETTE (1999).

²³ En la doctrina internacional, algunos autores han sugerido que la expresión «evasión fiscal» deba interpretarse de modo tal que abarque tanto la «evasión», propiamente, como la «elusión fiscal». Sostiene ARNOLD que esta pretensión podría encontrar cierto fundamento en el hecho de que la versión en francés del MC de la OCDE utiliza en su título la expresión *evasion fiscale*, la cual se traduce al inglés generalmente como *tax avoidance* y no, por tanto, como *tax evasion*. Sin embargo, como apunta el citado autor, la expresión francesa *evasion fiscale* fue sustituida en 1992 por *fraude fiscale* que en Francia equivale a evasión fiscal. ARNOLD, B. (2004, 248).

En el caso de España, una referencia expresa al «fraude fiscal» como objeto del tratado aparece en los CDI suscritos con Luxemburgo (1986), México (1992), Francia (1995), Tailandia (1997), Bélgica (2000) y Venezuela (2003). Aun en estos casos, todos ellos basados en los MC de la OCDE vigentes en el momento de su suscripción, nos parece razonable entender que el término fraude no se utiliza en el sentido de fraude de ley o, en general, de elusión fiscal, sino como un refuerzo semántico de la expresión «evasión fiscal» ya que nada en el texto de estos Convenios o en su contexto invita a concluir lo contrario.

²⁴ De hecho, hasta la inclusión del artículo 27 en el MC de la OCDE en 2003 –que obliga a los Estados contratantes a prestarse asistencia mutua en materia de recaudación de créditos tributarios–, no existía en este ni una sola disposición encaminada a evitar, ni tan siquiera, la evasión fiscal. Un precepto basado en el artículo 27 del MC de la OCDE en 2003 puede encontrarse en el artículo 26 del CDI suscrito por España con Colombia el 31 de marzo de 2005.

²⁵ Puede encontrarse una versión en español de este documento en http://www.un.org/es/mainbodies/icj/icj_stat.shtml

lo que podría entenderse que el mismo cumple las condiciones exigidas por el referido precepto del Estatuto para configurarse como fuente del Derecho Internacional ²⁶.

Elevada la doctrina del abuso del Derecho a la categoría de principio general, podría derivarse la obligación de interpretar los CDI de buena fe, rechazando cualquier resultado elusivo.

El problema viene dado por la inexistencia de criterios específicos en el Derecho de los tratados que determinen la presencia de supuestos de abuso o, dicho de otro modo, por la ausencia de un estándar antiabuso de los CDI que opere como denominador común de los mismos. Aunque resulta indisputable que los tratados deben interpretarse de buena fe (art. 31 del Convenio de Viena) y que el principio de *pacta sunt servanda* no ha de amparar interpretaciones literales en detrimento de la *bona fides*, por su falta de concreción, no puede concluirse que del referido principio emane un patrón antiabuso directamente aplicable a todos los CDI ²⁷.

En aquellos supuestos en los que los dos Estados contratantes de un CDI contienen en sus respectivos Derechos internos normas antiabuso equiparables, algunos partidarios de esta corriente han venido defendiendo la posibilidad de inferir que es la voluntad de tales Estados que dichas normas domésticas sean aplicables también en el contexto del tratado, especialmente en aquellos supuestos en los que tales cláusulas domésticas, u otras análogas, estaban ya en vigor al tiempo de su firma.

En nuestra opinión, esta conclusión debe ser rechazada toda vez que, de lo contrario, la determinación de cuándo una transacción debe ser apreciada con arreglo a su forma o, por contra, a su sustancia, o la apreciación de cualquier otra conducta elusiva, recaería, a fin de cuentas, en el Derecho doméstico de los Estados contratantes y no en el tratado en sí.

Ello, creemos, sería inadecuado no solo con respecto al otro Estado contratante sino también en relación con los contribuyentes de ambos países implicados, acreedores de derechos y obligaciones derivados del tratado una vez incorporado este al ordenamiento jurídico de sus respectivos Estados —o bien, una vez dicho tratado deviene aplicable, si no existe en el país en cuestión una incorporación formal del tratado al ordenamiento interno— ²⁸.

Por otro lado, aceptar la aplicación de este principio acarrearía, como mínimo, la existencia de distintos estándares antiabuso en función de cada CDI. Dichos estándares se determinarían por la intersección de las normas antiabuso de los países firmantes, cuyo umbral de aplicación varía consi-

²⁶ Un ejemplo de invocación de este principio en la práctica por un tribunal puede encontrarse en la Sentencia del Tribunal Administrativo Superior de Finlandia en *A Oyj ABP* de 20 de marzo de 2002, KHO:2002:26 (una traducción no oficial al inglés de esta sentencia se puede consultar en 4 *International Tax Law Reports*, 2002). En el caso objeto de análisis, el tribunal finlandés, basándose en los Comentarios al MC de la OCDE según los cuales la mayoría de los Estados miembros de la OCDE consideran las normas de transparencia fiscal internacional compatibles con los CDI, concluyó que existía un principio de Derecho Internacional a tal efecto. Para un comentario de esta sentencia con referencia a esta cuestión en particular, *vid.* LANG (2003, 52).

²⁷ Suscribimos, sobre este particular, la opinión de MARTÍN JIMÉNEZ (2002, I, 546). En el mismo sentido, GOYETTE, (2003, 770).

²⁸ Acierta LANG, en nuestra opinión, cuando elocuentemente asevera que no les está permitido a los Estados contratantes de un CDI argüir que, como son ellos los que han acordado la división de sus potestades impositivas al negociar el mismo, les corresponde también restringir los beneficios de los ciudadanos que del tratado emanan. LANG (2001, 16).

derablemente de unos a otros²⁹. Irremediablemente, esta situación conduciría a una desarmonización del Derecho de los tratados, consecuencia esta desde luego no deseada por la mayoría de los Estados que al confeccionar el texto de los Convenios que suscriben se ciñen al MC de la OCDE precisamente persiguiendo el objetivo contrario³⁰.

Visto, pues, que la existencia de un principio general de interdicción del abuso en el Derecho Internacional no constituye, por su falta de concreción, un sustento sólido que permita inaplicar los beneficios de un tratado cuando un determinado resultado, aun en los límites de su literalidad y contexto, pueda catalogarse como elusivo, interesa ahora analizar si de los Comentarios al MC cabe colegir una conclusión diferente. Para ello, por los motivos que se irán desgranando, deberemos referirnos separadamente a las versiones de los Comentarios vigentes antes y después de la modificación a los mismos llevada a cabo el 28 de enero de 2003.

3.2.3. *La versión de los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE anterior a 28 de enero de 2003*

La primera referencia hecha por los Comentarios al uso impropio de los tratados se incluyó en el para. 7 del Comentario al artículo 1 del MC en su versión de 1977. Antes, el Proyecto de Convenio de 1963 no había prestado atención alguna a esta cuestión. Después, entre 1977 y enero de 2003, la redacción de este Comentario permanecería inalterada³¹.

De acuerdo con la redacción original del primer inciso del para. 7, «[l]a finalidad de los Convenios de doble imposición es promover los intercambios de bienes y servicios y los movimientos de capitales y personas mediante la eliminación de la doble imposición internacional; sin embargo, no deben facilitar la evasión o el fraude fiscales».

De lo anterior podía colegirse que si un CDI no autorizaba expresamente la aplicación de normas antiabuso, los Estados contratantes no podían oponerse a la obtención por el contribuyente de un beneficio derivado del tratado ya que ni en su letra ni en su objeto figuraba la evitación del fraude, en sí mismo, como un fin perseguido por el Convenio.

Por este motivo, los Comentarios que seguían al citado para. 7, dedicados al uso impropio de los Convenios, sugerían que las situaciones de abuso del tratado debían de ser individualizadas y neutralizadas mediante cláusulas antiabuso específicas introducidas a tal efecto³².

El para. 10 del Comentario al artículo 1 del MC de 1977, suprimido en enero de 2003, confirmaba lo anterior ya que, en él, se proponía a los Estados contratantes que a través de la negociación

²⁹ En este sentido, WASSERMEYER (2003, 19) y GOYETTE (2003, 770 y ss.).

³⁰ Y ello, creemos, aunque la evolución de la práctica jurisprudencial internacional pudiera eventualmente engendrar una suerte de estándar antielusión lo suficientemente riguroso como para permitir la aplicación de las normas antiabuso domésticas siquiera de un modo muy excepcional, como sugiere VOGEL haciendo alusión, en particular, a la doctrina anglosajona de la *substance-over-form* en el contexto de la discusión aquí apuntada. VOGEL (1997, 125).

³¹ Los Comentarios al artículo 1 del MC de la OCDE fueron modificados por el Informe titulado «The 2002 Update to the Model Tax Convention», adoptado por el Consejo de la OCDE el 28 de enero de 2003.

³² En particular, los paras. 8 a 10 y 22 del Comentario al artículo 10, el para. 11 del Comentario al artículo 11 y el para. 7 del Comentario al artículo 12.

bilateral incluyesen medidas en el tratado negando los beneficios derivados del mismo en ciertos casos de abuso o acordasen expresamente que las normas antiabuso de las legislaciones internas de los Estados firmantes no quedasen afectadas por el Convenio.

En un estadio posterior, durante la década de los ochenta, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE elaboró una serie de documentos en relación con las sociedades conducto ³³, las sociedades base ³⁴, la subcapitalización (*thin-capitalisation*) ³⁵ y la limitación de los efectos de los CDI por actos legislativos de los Estados contratantes (*treaty override*) ³⁶, cimentando así su posición en la cuestión del uso impropio de los tratados, principalmente, sobre la base de los dos primeros documentos citados.

Con fundamento en estos informes, aunque sin llegar a especificar el modo de aplicarlas, los Comentarios vinieron a sugerir varias medidas antielusión –principalmente en forma de normas de transparencia (*look-through provisions*), cláusulas de exclusión (*exclusion provisions*), normas de sujeción efectiva impuestos (*subject-to-tax clauses*) y cláusulas de tránsito (*channel approach*)– a las que se ha hecho antes referencia.

Sin embargo, aunque la posición de los nuevos Comentarios con respecto a la necesidad de incluir en los CDI cláusulas antiabuso generales y de autorizar expresamente en los mismos la aplicación de las normas antiabuso domésticas, plasmada, como se ha dicho, principalmente en el para. 1 del Comentario al artículo 1 parecía clara, lo cierto es que en otros lugares de los mismos parecía proponerse una solución distinta, al menos en lo concerniente a la aplicación de las normas domésticas antiabuso de los Estados firmantes en el contexto del tratado, generándose con ello cierta confusión.

Así, el para. 23 del Comentario al artículo 1, introducido el 23 de julio de 1992 sobre la base del informe de la OCDE relativo a las compañías base, salía al paso de la cuestión de la compatibilidad de los tratados con las normas domésticas antiabuso afirmando que las mismas «no se contemplan por los Convenios fiscales, y por consiguiente no se ven afectadas por ellos» ³⁷.

Y aunque, con fundamento en el anterior razonamiento, los Comentarios previos a 2003 reconocían que, con carácter general, los tratados no debían ser objeto de abuso ni suponer un óbice a la aplicación de las normas internas antielusión de los países firmantes, terminaban sugiriendo a los Estados contratantes convenir expresamente «que las disposiciones de sus legislaciones internas para luchar contra la evasión fiscal no se vean afectadas por el Convenio» ³⁸.

De alguna manera, con dicha sugerencia los Comentarios revelaban, además de la desconfianza en su propio planteamiento, la fragilidad del mismo, pues si las normas domésticas «no se ven

³³ OECD COUNCIL (1987 I).

³⁴ OECD COUNCIL (1987, II).

³⁵ OECD COUNCIL (1986).

³⁶ OECD COUNCIL (1989).

³⁷ Este Comentario se mantiene en la versión posterior a 2003 en el para. 22.1. La conservación del mismo es a nuestro juicio relevante pues, a pesar del cambio de postura en torno a la cuestión de la compatibilidad de los CDI con las normas antiabuso domésticas llevado a cabo por los Comentarios en 2003, el mantenimiento de esta cláusula revela que el pretendido sustento técnico sobre el asunto continúa siendo el mismo.

³⁸ Último inciso del para. 10 del Comentario al artículo 1 en su redacción previa a 28 de enero de 2003.

afectadas» por los Convenios sería del todo irrelevante que los Estados evitasen la colisión de los mismos con «las disposiciones de sus legislaciones internas».

Será con la revisión de los Comentarios realizada en 2003, cuando el Comité de Asuntos Fiscales zanje la cuestión, llevando a cabo una profunda y trascendental modificación en el enfoque hasta entonces mantenido por la OCDE en este asunto ³⁹.

3.2.4. La versión de los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE posterior a 28 de enero de 2003

Como se ha apuntado en el apartado anterior, el para. 7 del Comentario al artículo 1 del MC no fue objeto de modificación desde su introducción en 1977 hasta la revisión de los Comentarios aprobada el 28 de enero de 2003 por el Consejo de la OCDE.

Como también se ha dicho, hasta 2003, el para. 7 no incluyó expresamente dentro del objeto de los Convenios la prevención de la elusión fiscal limitándose, hasta entonces, a declarar de un modo genérico, que los tratados no debían facilitar la elusión ni la evasión fiscal.

En la versión de 2003, el citado para. 7 viene por fin a precisar, despejando cualquier atisbo de duda, que junto con el objetivo principal de los tratados de promover los intercambios de bienes y servicios mediante la eliminación de la doble imposición, los CDI tienen como finalidad la prevención de la elusión y de la evasión fiscal.

Esta trascendental modificación en el enfoque hasta entonces mantenido sobre la cuestión se incorporó a la nueva versión del referido para. 7, que quedó redactado como sigue:

«7. El principal objetivo de los Convenios de doble imposición es promover los intercambios de bienes y servicios y los movimientos de capitales y personas mediante la eliminación de la doble imposición internacional. Asimismo, dichos Convenios tienen como fin evitar la elusión y la evasión fiscales».

Con este cambio varió radicalmente aquella posición inicial de los Comentarios, a la que nos referíamos en el apartado anterior, según la cual la prevención de la elusión y de la evasión fiscales no se configuraba como un objetivo de los Convenios, ni principal ni secundario, sino como un resultado indeseable a cuya consecución estos no debían coadyuvar.

La modificación entrañaría, o al menos esa fue su pretensión, consecuencias de gran calado pues al erigir la evitación de la elusión fiscal en un objetivo declarado de los tratados –aunque no fuera el principal– se abría la puerta a que, con arreglo al artículo 31 del Convenio de Viena, estos debiesen interpretarse necesariamente «teniendo en cuenta» tal finalidad ⁴⁰.

Además, con el cambio operado, los Comentarios pretendieron legitimar la postura que, al mismo tiempo, adoptarían al responder a las preguntas que se formulaban en el para. 9.1 del Comen-

³⁹ Los Comentarios de 2003 vinieron precedidos por el borrador de la OCDE «Draft Contents of the 2002 Update to the Model Tax Convention» de 2 de octubre de 2001 y por el Informe «Restricting the Entitlement to Treaty Benefits» de 7 de noviembre de 2002.

⁴⁰ *Vid. supra* nota al pie 9.

tario al artículo 1, la segunda de las cuales concernía a la relación entre las normas domésticas antiabuso y los CDI, cuestión esta a la que nos referiremos en detalle en el apartado 4 de este trabajo. Por lo demás, con esta modificación, los nuevos Comentarios intentaron afrontar algunas otras insuficiencias arrastradas de las versiones anteriores ⁴¹.

Podría afirmarse, a la vista de lo anterior, que el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE aprovechó esta modificación para intentar crear a través de los Comentarios una suerte estándar antiabuso que hiciese las veces de principio general de interdicción de la elusión y se constituyese así en fuente del Derecho Internacional, en los términos ya discutidos en el epígrafe 3.2.2 anterior. Sin embargo, a nuestro juicio, por los motivos que se enunciarán a continuación, dicho objetivo no se consiguió.

En primer lugar, dicho objetivo no se alcanzaría porque aun admitiendo, en contra de nuestra opinión, que la declaración del para. 7 extiende el objeto de los tratados –de los suscritos tras la modificación de los Comentarios– a «evitar la elusión y la evasión fiscales» incluso cuando tal finalidad no se concreta en el articulado del Convenio en forma de cláusula antiabuso general, dicho objeto no sería el único, ni tampoco el principal. Por tanto, cuando menos, no resultaría evidente hacer prevalecer la finalidad antiabusiva al interpretar el tratado si el resultado alcanzado por el intérprete casase con el objeto principal del Convenio que, incluso después de la modificación de los Comentarios, continuaba siendo la eliminación de la doble imposición.

Pero es que, además, aun aceptando la preeminencia de la finalidad antielusiva a la hora de identificar el objeto del Convenio, no puede perderse de vista el hecho de que, en la redacción de la versión final del artículo 31 del Convenio de Viena, acabase prevaleciendo el criterio objetivo frente al teleológico como principal herramienta hermenéutica, de acuerdo con la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1956 ⁴².

El artículo 31 parte de la presunción de que el texto del tratado es la manifestación auténtica de la intención de las partes y, por consiguiente, el punto de partida de la interpretación consiste en elucidar el sentido del texto y no en investigar ab initio la intención de los firmantes ⁴³.

En este sentido, la Comisión de Derecho Internacional encargada de redactar el proyecto sobre el que luego se basaría el Convenio de Viena, aludía a la opinión consultiva de la Corte Internacional sobre la «Competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado en las Naciones Unidas», que señalaba lo siguiente:

⁴¹ Un estudio de las principales modificaciones introducidas por los Comentarios de 2003 puede encontrarse en MARTÍN JIMÉNEZ (2004, 17 y ss.).

⁴² Según el primer criterio, el texto del tratado es la expresión auténtica de la voluntad de las partes que prima, aunque se acepte en cierto grado la prueba extrínseca de las intenciones de las partes y de los objetivos y fines del tratado. Con arreglo al segundo, los objetivos y fines declarados y manifiestos del tratado tienen máxima importancia por lo que se admiten interpretaciones que van más allá de las intenciones originales de las partes expresadas en el texto. El tercer criterio interpretativo barajado en la redacción del Convenio de Viena fue el subjetivo, que acude a la intención de las partes como elemento distinto del texto, y que admite el recurso a los trabajos preparatorios y a cualquier otra manifestación de la intención de los Estados contratantes. En este último criterio se inspira el artículo 32 del Convenio de Viena («Medios de interpretación complementarios»). INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (1956, 359).

⁴³ NACIONES UNIDAS (1966, 242).

«La Corte cree necesario señalar que la primera obligación de un tribunal al que incumba interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado es tratar de darles efecto conforme a su sentido natural y corriente en el contexto en que aparecen. Si las palabras pertinentes, cuando se les atribuye su significado natural y corriente, tienen sentido en su contexto, no hay que investigar más».

Por ello, como decimos, creemos que ni siquiera elevando, a través únicamente de los Comentarios, la evitación de la elusión al rango de objeto principal de los Convenios basados en el MC se podría, de modo inapelable, dejar de aplicar las consecuencias que se derivan del texto de los mismos si estas «tienen sentido en su contexto».

Por esta razón, quizás, los defensores de las tesis teleológicas suelen buscar un apoyo adicional en la concepción de que los Comentarios, además de ayudar a definir el objeto de los tratados, forman parte del «contexto» de los mismos –al menos los Comentarios vigentes en la fecha de su firma–, arguyéndose sobre todo que, como los Estados miembros de la OCDE pudieron expresar su disconformidad a los mismos a través de observaciones, en ausencia de estas, la conformidad de los mismos debe presumirse.

A nuestro juicio, esta postura tampoco encuentra el necesario fundamento en el artículo 31.2 del Convenio de Viena, según el cual «[p]ara los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado».

Teniendo en cuenta que los Comentarios, sin perjuicio de su indudable función aclaratoria, no constituyen un «acuerdo» o un «instrumento» en el sentido apuntado por los referidos preceptos del Convenio de Viena, no creemos que pueda afirmarse, sin ulterior reflexión, que los mismos formen parte del «contexto» de los tratados basados en el MC a los que se refieren⁴⁴.

De todos modos, aun si los Comentarios pudiesen considerarse «contexto», la conclusión pretendida tampoco encontraría apoyo en el citado Informe de la Comisión de Derecho Internacional, el cual resulta también muy ilustrativo a propósito de esta cuestión. Aunque la Comisión reconoce en su Informe que la función de los acuerdos e instrumentos aludidos en el texto de lo que luego vendría el párrafo 2 del artículo 31 del Convenio de Viena son parte del contexto de los tratados y no «una simple prueba a la que se pueda acudir para resolver una ambigüedad o una oscuridad», su misión ha de ceñirse a ayudar a «determinar el sentido corriente de los términos del tratado» y no extralimitarse –y esto lo añadimos nosotros–, definiendo algo tan relevante como su objeto⁴⁵.

En suma, entendemos que los Comentarios no eran ni son el lugar apropiado para el establecimiento de un estándar antiabuso ni para la ampliación del objeto de los Convenios a menos que

⁴⁴ En este sentido, AVERY JONES (2002, 102).

⁴⁵ NACIONES UNIDAS (1966, 243).

vayan acompañados de un reflejo específico en el articulado del MC primero y, sobre todo, de los tratados suscritos con arreglo a su patrón después.

Como reconocen los propios Comentarios, los mismos «no están destinados en modo alguno a figurar como anexos a los Convenios que se firmen por los países miembros, que son los únicos que constituyen instrumentos jurídicos vinculantes de carácter internacional»⁴⁶. Y aunque sí se admite que «pueden, no obstante, ser de gran ayuda en la aplicación e interpretación de los Convenios y, en particular, en la resolución de controversias» lo cierto es que, en la esfera del Derecho de los Tratados, no existe un consenso sobre el valor interpretativo de los Comentarios y ello debido, seguramente, a la inexistencia de un equivalente en el contexto de los tratados internacionales en general y a la ausencia a una referencia específica a su papel en el Convenio de Viena⁴⁷.

Congruentemente, creemos que, ni siquiera en su función de «medio de interpretación complementario» (art. 32 del Convenio de Viena) —esta sí ampliamente aceptada—, los Comentarios pueden resultar determinantes si lo que pretende el intérprete es inaplicar una disposición del tratado ante una posible situación abusiva⁴⁸. La razón es sencilla: por muy cuestionable que sea el resultado alcanzado por el contribuyente desde la óptica del interés recaudatorio de una determinada Administración, normalmente no será necesario confirmar «el sentido resultante del artículo 31» pues, por lo general, la interpretación del Convenio conforme al sentido corriente de sus términos en el contexto del mismo no requerirá de tal confirmación y, además, tampoco demandará «determinar el sentido» del precepto convencional interpretado de conformidad con dicho artículo 31 ya que dicha interpretación, normalmente, no habrá de conducir a un resultado «ambiguo», «oscuro», «absurdo» o «irrazonable».

En definitiva, no podrá acudirse a los Comentarios, aun confiriéndoles la categoría de medio de interpretación complementario a la que se refiere el artículo 32 del Convenio de Viena, cuando el sentido corriente de las palabras esté claro y resulte lógico en el contexto del tratado. También, sobre este punto, la Comisión de Derecho Internacional, citando la opinión de la Corte Internacional de Justicia, resulta reveladora:

«La Corte considera que el texto sea suficientemente claro; por consiguiente, no cree que deba desviarse de la práctica invariable de la Corte Permanente de Justicia Internacional, según la cual no procede recurrir a los trabajos preparatorios si el texto de una convención es suficientemente claro por sí mismo»⁴⁹.

Contrariamente a lo anterior, en la práctica, es frecuente que las autoridades fiscales ante supuestos de invocación de un tratado por un contribuyente en detrimento de sus potestades impositivas aleguen que, en ausencia de observaciones a los Comentarios, el tratado debe ser interpretado

⁴⁶ Para. 29 del Comentario a la Introducción del MC de la OCDE.

⁴⁷ AVERY JONES (2002, 102).

⁴⁸ Según el artículo 32 del Convenio de Viena «Se podrá acudir a los medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable».

⁴⁹ NACIONES UNIDAS (1996, 244).

de acuerdo con los mismos, lo que, a nuestro juicio, equivale a elevarlos injustificadamente a la categoría de texto convencional o, cuando menos, de «contexto», lo cual, resultará especialmente crítico cuando los Comentarios propongan una interpretación que no pueda derivarse de la letra del MC de la OCDE o de la de los Convenios que se ciñan a ella.

Por lo demás, tampoco creemos que la aseveración incorporada a algunos Convenios como, por ejemplo, el firmado entre España y Albania en 2010 según la cual «[l]os Comentarios, con las revisiones que puedan efectuarse cuando corresponda, constituyen un método de interpretación en el sentido de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados» deba tener especial trascendencia al interpretar el tratado. Ello, en primer lugar, porque dicha afirmación, cuando menos, admite, como hemos visto, importantes matices y, en segundo lugar, porque no es desde luego el Protocolo de un CDI el lugar indicado para determinar qué constituye y qué no un método de interpretación en el sentido de la Convención de Viena. Cuestión distinta, naturalmente, es que los Estados contratantes del CDI quieran reforzar el valor interpretativo de los Comentarios y lo hagan a través de una declaración expresa en el propio tratado⁵⁰.

3.2.5. *Efectos de los cambios realizados en los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE en 2003 en los Convenios suscritos con anterioridad a dicha fecha*

Ya hemos explicado en el apartado anterior que la nueva redacción del para. 7 del Comentario al artículo 1 del MC introducida en 2003 no debe, a nuestro entender, conducir a interpretaciones de los Convenios suscritos con posterioridad a dicha fecha distintas de aquellas que hubieran resultado durante la vigencia de las anteriores versiones de los Comentarios.

Obviamente, esta conclusión es también predicable, y con más razón, de los tratados suscritos con anterioridad a dicha fecha. La cuestión ofrece particular interés ya que la mayoría de los Convenios suscritos por España –y, en especial, aquellos firmados con países que tradicionalmente acogen entidades *holding* empleadas en las más diversas planificaciones fiscales– son anteriores a la referida fecha⁵¹.

Para los defensores de la llamada interpretación dinámica de los tratados, ignorar los Comentarios posteriores a la fecha de suscripción de un determinado Convenio implica la congelación de los vigentes en dicho momento y la imposibilidad de adaptar las interpretaciones de los tratados a los cambios empresariales y tecnológicos acaecidos con posterioridad. Como señala SINCLAIR a este respecto, la redacción original del artículo 31.1 del Convenio de Viena disponía que los tratados debían interpretarse de acuerdo con las normas de Derecho Internacional vigentes al tiempo de su firma. Sin embargo, esta referencia fue posteriormente sustituida por el artículo 31.3 c) del Convenio de Viena cuya letra exige que, junto con el contexto, se tenga en cuenta «toda forma pertinente de Derecho Internacional aplicable a las relaciones entre las partes», habiéndose suprimido, por tanto, el requisito de la vigencia en el momento de la conclusión del acuerdo⁵².

⁵⁰ Así, por ejemplo, en el Protocolo del Convenio España-Costa Rica (2004) se dice lo siguiente:

«Sin perjuicio del contenido de este Protocolo, las disposiciones de este Convenio se interpretarán de acuerdo a los Comentarios del Modelo de Convenio de la OCDE, en su edición de 2003».

⁵¹ Como es el caso, por ejemplo, de los Países Bajos (1971), Luxemburgo (1986), Irlanda (1994) o Suecia (1976).

⁵² SINCLAIR (1984, 13), citado por AVERY JONES (2002, 103).

Por otra parte, se suele argüir por los precursores de esta tesis que si no se está a la última versión de los Comentarios, el intérprete puede llegar a conclusiones distintas al interpretar Convenios idénticos en su letra pero suscritos unos antes y otros después de la modificación de los Comentarios.

A nuestro entender, debe trazarse una línea divisoria clara entre aquellas modificaciones de los Comentarios que se limitan a la supresión de alguna ambigüedad o a la introducción de aclaraciones de aquellas otras que implican una modificación en toda regla del contenido de las versiones previas, especialmente si dicha modificación no viene motivada por la evolución tecnológica o empresarial o se refiere a cuestiones ya planteadas al tiempo de la redacción de las versiones anteriores.

Debe tenerse en cuenta que los Comentarios introducidos con posterioridad a la firma de un determinado Convenio no pudieron inspirar la voluntad de sus negociadores, ni prever el significado especial de alguna de sus disposiciones o, ni tan siquiera, servir de trabajo preparatorio para el mismo.

Creemos que tanto la modificación del para. 7 de los Comentarios al artículo 1 del MC como el resto de Comentarios que desarrollan la idea central consignada en el mismo forman parte de esta segunda categoría y que no puede perderse de vista que, como se ha dicho, la cuestión relativa al objeto de los Convenios y a la interacción de estos con las normas antielusión domésticas de los Estados firmantes fue una cuestión ya abordada por la versión de 1977 con un resultado, en lo sustancial, opuesto al alcanzado en 2003.

Nos parece además que, en estas circunstancias, una interpretación dinámica de los Comentarios casaría mal con lo dispuesto en el artículo 94.1 e) de la Constitución Española que exige –al menos, según lo viene interpretando el Consejo de Estado– la previa autorización de las Cortes Generales al Estado para que este pueda prestar su consentimiento a un CDI⁵³. Si la autorización parlamentaria se realiza a un tratado redactado a la luz de una determinada versión de los Comentarios, una interpretación que se ciña a una modificación posterior de estos, especialmente si es del calado de la que aquí nos ocupa, supondría, además, una burla en toda regla a este filtro constitucional.

4. RELACIÓN ENTRE LAS NORMAS GENERALES ANTELUSIÓN DOMÉSTICAS Y LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

La mayoría de los Estados de nuestro entorno contienen en sus ordenamientos jurídicos normas antielusión de carácter general, tanto de origen legislativo como de creación jurisprudencial, de naturaleza y alcance muy diversos.

De acuerdo con el Informe General de VAN WEEGHEL, que sintetiza y comenta los informes de las representaciones de los distintos Estados participantes en el Congreso de la IFA de 2010, las doctrinas

⁵³ En sus dictámenes sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento por el Estado español para obligarse mediante un CDI –dictamen de emisión obligatoria, aunque de resultado no vinculante, con arreglo al art. 22.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado– este órgano consultivo ha venido reiterando «que este tipo de Convenios viene a delimitar el ámbito de aplicación de las normas reguladoras de diversos impuestos por lo que incide en la aplicación, entre otros, de los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y de Sociedades y del Patrimonio, afectando, en consecuencia, a determinados aspectos de la potestad tributaria sometidos a reserva legal (art. 133 de la Constitución), por lo que queda incluido en el párrafo e) del artículo 94.1 de la Constitución».

antielusión más extendidas en la actualidad son la simulación (*sham*), las doctrinas de la sustancia sobre la forma (*substance over form*), el abuso del Derecho (*abuse of law*) y el fraude de ley (*fraus legis*)⁵⁴.

La más sencilla de estas doctrinas y, probablemente, la única verdaderamente universal es la simulación. De ella, en su versión española, nos ocupamos con detalle en el apartado 5 de este trabajo.

Junto con la simulación, son las doctrinas de la sustancia sobre la forma, en sus distintas variantes, las más difundidas en la actualidad. El propósito de estas doctrinas es gravar las transacciones con arreglo a su verdadera sustancia económica, con independencia de la forma con que las partes las hayan revestido. Menos extendidos internacionalmente están, en cambio, el abuso del derecho y el fraude de ley, que suelen circunscribirse a países regidos por sistemas jurídicos de raíz romano-germánica (*civil law*) como España. A estas doctrinas también nos referiremos en el referido apartado 5.

Pero, a los efectos que aquí interesan, la conclusión más relevante que sobre esta cuestión alcanza el Informe General de VAN WEEGHEL tras revisar el enfoque dado por los distintos países es que, sin excepción, las normas generales antiabuso, con independencia de que emanen de sus poderes legislativos o de la jurisprudencia de sus tribunales, pueden desbordar su alcance del ámbito puramente doméstico al internacional sin que, además, varíe el modo de aplicarlas. Por ello, siendo prácticamente universal la posibilidad de invocar normas generales antiabuso domésticas en escenarios internacionales, la cuestión de su posible colisión con los CDI se suscita de modo inmediato.

4.1. Posición de los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE en su versión de 28 de enero de 2003

Junto a la inclusión de la prevención de la elusión y de la evasión fiscal como uno de los propósitos de los CDI –a lo que nos hemos referido en el apartado 3.2.4 anterior– fue precisamente la relación entre los Convenios y las normas antielusión domésticas de los Estados contratantes la otra cuestión fundamental abordada por la OCDE en la revisión de los Comentarios de 2003.

Según la versión revisada de los Comentarios, para algunos países el abuso de un Convenio no difiere del abuso de su Derecho interno toda vez que aquel se incardina en este, por lo que el debate se limita a determinar si una norma doméstica antiabuso puede aplicarse en el contexto de un CDI. Para el para. 9.2 de los Comentarios al artículo 1 del MC, en la medida en que las normas antiabuso internas intervienen exclusivamente en la determinación de los hechos que integran el hecho imponible (*factual approach*), el Convenio no prevendrá su aplicación.

Según la versión revisada de los Comentarios al artículo 1 (para. 22.1), las reglas antiabuso domésticas sirven para determinar «qué hechos dan lugar a una obligación tributaria» y como quiera que «dichas reglas no están contempladas en los tratados fiscales», «no se ven afectadas por ellos».

⁵⁴ VAN WEEGHEL, S. (2010, 19 y ss.).

Este Informe General («Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions». *General Report*) se construye, como decimos, sobre la base de la información facilitada por los representantes de los distintos países participantes en el citado Congreso a través de sus respectivos informes nacionales y añade algunas interesantes conclusiones de carácter general.

Así pues, concluyen los Comentarios, en estos casos «como norma general y habida cuenta del párrafo 9.5 no habrá un conflicto».

Junto a lo anterior, según los nuevos Comentarios, en aquellos Estados en los que los abusos se conceptúan como una vulneración del tratado en sí mismo y no como una contravención de la legislación interna, una interpretación del CDI de buena fe y conforme a su nuevo objeto –la prevención de la evasión y de la elusión fiscal– será lo que permita combatir tales situaciones ⁵⁵.

Sin embargo, esta distinción que hacen los párrafos 9.1 y 9.3 del Comentario al artículo 1 del MC entre aquellos países cuyas normas antiabuso domésticas son concebidas como normas internas dirigidas a determinar los hechos que constituyen un hecho imponible y aquellos otros en los que el abuso es considerado como un abuso del tratado en sí mismo parece acarrear escasa trascendencia práctica en los países de la OCDE, o al menos así parece desprenderse de los informes presentados por los distintos Estados participantes en el Congreso de la IFA de 2010. De entre dichos informes, solo en unos pocos se reconoce la relevancia práctica de esta cuestión. Tal es el caso de Nueva Zelanda en cuyo informe se admite expresamente que en dicho país se aplica el llamado *factual approach* y que, como consecuencia, los hechos determinados con arreglo a Derecho interno pueden ser luego tomados en consideración sin ninguna restricción a la hora de aplicar un tratado ⁵⁶.

4.2. Posición de la doctrina internacional al respecto: comentario crítico

Con anterioridad a la modificación de los Comentarios de 2003, VOGEL apuntaba a que las cláusulas generales antielusión domésticas solo eran aplicables cuando las mismas no modificaban los hechos de la transacción analizada o cuando, modificándolos, dicho cambio no contrariaba las disposiciones de un CDI ⁵⁷.

En nuestra opinión, esta postura sobre la interacción entre las cláusulas antielusión domésticas y los CDI sigue, a fecha de hoy, siendo aceptable y no debería haberse rechazado por los Comentarios de 2003 sobre cuyo valor interpretativo, también con respecto a esta cuestión, nos remitimos a lo dicho en los apartados 3.2.4 y 3.2.5 anteriores.

Sin embargo, no es esta la opinión mantenida por una buena parte de la doctrina internacional. Así, por ejemplo, el profesor MARTÍN JIMÉNEZ, que se ha ocupado de esta cuestión con cierto detalle, considera que la aproximación que hacen los Comentarios a la cuestión es, cuando menos, parcialmente correcta. Sostiene, con los Comentarios, que las cláusulas generales domésticas antiabuso, en la medida en que no extienden el hecho imponible, deben considerarse compatibles con los CDI ⁵⁸. Por ello, concluye que la aplicación de la cláusula general antiabuso española no vulnerará los CDI de los que España sea parte aun cuando no medie habilitación expresa de estos para su aplicación ⁵⁹.

⁵⁵ Para. 9.3 del Comentario al artículo 1 de los Comentarios al MC.

⁵⁶ VAN WEEGHEL (2010, 26).

⁵⁷ VOGEL (1997, 123).

⁵⁸ MARTÍN JIMÉNEZ (2002, II, 621).

⁵⁹ MARTÍN JIMÉNEZ (2002, I, 551).

En cambio, opone este autor a las conclusiones alcanzadas por los Comentarios que las normas antielusión domésticas de carácter específico sí pueden colisionar con los CDI si las disposiciones de estos no amparan los resultados a los que conducen. La razón para ello, argumenta, vendría dada por el hecho de que las normas antielusión domésticas específicas, a diferencia de las generales, sí extienden el hecho imponible al incorporar al mismo conductas en las que un elemento abusivo es presumido o que son equivalentes, desde el punto de vista económico, a las definidas por el mismo ⁶⁰.

Aunque, invocando el artículo 96 de la Constitución Española, MARTÍN JIMÉNEZ reconoce la prevalencia jerárquica de los CDI frente a las normas domésticas antiabuso, sostiene en defensa de su postura que dicho precepto debe interpretarse sistemáticamente junto con el principio de sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica consagrado en el artículo 31 del texto constitucional. Al tiempo, trayendo a colación la Sentencia 37/1987, de 26 de marzo 1987, del Tribunal Constitucional, aduce que el fraude de ley es una institución aplicable en todas las ramas del ordenamiento jurídico, incluido, por tanto, el Derecho Internacional Público.

Aparte de la, a nuestro entender, ya de por sí forzada integración que el autor español hace de los artículos 96 y 31 de la Constitución que, creemos, acaba por contrariar el principio de jerarquía normativa sin justificación suficiente, entendemos que, al defender la compatibilidad de la norma general antielusión interna con los CDI aun en aquellos casos en los que la aplicación de la misma conduzca a resultados contrarios a estos, deja de lado el principio de *pacta sunt servanda* internacional consagrado en el artículo 26 del Convenio de Viena a cuya observancia, como hemos visto, España está supeditada.

Además, nos resulta un tanto extraño que pueda defenderse que una norma antielusión introducida por el legislador de un Estado contratante tenga como límite un CDI si dicha norma es de carácter específico y que, por el contrario, el mismo límite no entre en juego si la norma antielusión en cuestión es de carácter general. No se entiende, en definitiva, que se limite la reconfiguración del hecho imponible por el legislador y, en cambio, no se establezca coto alguno a la reconfiguración administrativa a través de expedientes de fraude de ley (o conflicto en la aplicación de la norma tributaria) o de la apreciación de la existencia de simulación relativa (entendida como anomalía de la causa).

ARNOLD, a raíz de la modificación de los Comentarios de 2003, afirma que, según estos, la compatibilidad entre las normas antielusión domésticas y los CDI deriva de que los hechos sobre los que luego se aplica el tratado se fijan con arreglo a la legislación interna, dentro de la cual se incluye también la cláusula general antielusión doméstica (*factual approach*). Sin embargo, el autor canadiense advierte que hay otros países, tales como el Reino Unido o los Estados Unidos, en los que la fijación de los hechos deviene en una cuestión interpretativa, de modo que la legislación doméstica se aplica solo a transacciones que tienen una sustancia económica o comercial o que se consideran realizadas dentro de los límites de la buena fe negocial (*interpretative approach*). En un tercer grupo sitúa ARNOLD al resto de países donde la distinción hecha no resulta tan clara. Creemos que en este tercer grupo podrían incluirse países que, como España, han incorporado a su Derecho interno modalidades antielusivas como el fraude de ley (o, su sucesor, el conflicto en la aplicación de la norma).

Dada esta pluralidad de aproximaciones a la cuestión en los sistemas jurídicos de los distintos Estados y el hecho de que los Comentarios se refieran únicamente al *factual approach*, ARNOLD con-

⁶⁰ MARTÍN JIMÉNEZ (2004, 19).

cluye que el enfoque empleado es insuficiente, si bien admite que la inclusión del *interpretative approach*, ausente en la versión previa de los Comentarios, habría complicado considerablemente las discusiones en el seno de la OCDE ⁶¹.

ZIMMER, en un comentario crítico al artículo de ARNOLD antes citado, matiza que las diferencias entre el *factual approach* y el *interpretative approach* propuestas por el canadiense son más una cuestión semántica que otra cosa por cuanto los Comentarios no se refieren a elementos fácticos reales sino a los hechos fijados por la ley interna para configurar un hecho imponible.

Además, a nuestro juicio con acierto, ZIMMER critica abiertamente la redacción de 2003 de los Comentarios por considerarla demasiado simplista. Concluye el autor que si las normas antielusión son normas legales, parezca difícil aceptar que los CDI no se refieran a dichas normas y, en consecuencia, que las mismas no estén afectadas por los Convenios ⁶².

Por lo demás, un buen ejemplo práctico de la insuficiencia del enfoque de los Comentarios en esta cuestión lo propone VAN WEEGHEL al poner en contraste el enfoque doméstico de países como Nueva Zelanda o Estados Unidos, que sí adoptan el llamado *factual approach* referido en los Comentarios o, en el caso de Estados Unidos, quizás, el *interpretative approach*, aunque, siguiendo a ZIMMER, la distinción ofrezca escasa relevancia práctica, con el de aquellos otros, como los Países Bajos o España, en los que los hechos con trascendencia tributaria pueden ser recharacterizados de conformidad con alguna doctrina basada en el fraude de ley ⁶³.

Mientras que en aplicación del *factual approach*, único enfoque contemplado por los Comentarios como decimos, se produce una determinación de hechos con arreglo a la norma antiabuso doméstica a los que luego se otorga trascendencia tributaria, el fraude de ley conduce a una recharacterización legal de unos hechos cuya preexistencia se ha aceptado de antemano o, dicho de otro modo, se prescinde de hechos ya existentes (actos o negocios realizados por el contribuyente) para, a continuación, exigir el impuesto por analogía.

Como ejemplo, VAN WEEGHEL describe una operación consistente en una distribución de beneficios estructurada mediante la venta de acciones representativas del capital social de la entidad generadora de los mismos a otra compañía también controlada por la entidad transmitente (*cash box structure*).

En Estados Unidos y en Nueva Zelanda, una transacción de este tipo llevada a cabo con el propósito de aplicar a la renta obtenida por el transmitente de las acciones el tratamiento fiscal conferido a las ganancias de capital, más favorable que el aplicable a los repartos de beneficios, podría tratarse a efectos fiscales como una distribución de dividendos de acuerdo con el *factual approach* o, en el caso de Estados Unidos, quizás, del *interpretative approach* según precisa ARNOLD. En los Países Bajos, sin embargo, este tipo de situaciones solo podría contrarrestarse con la aplicación de la doctrina doméstica del *fraus legis* (al menos en aplicación de la normativa interna holandesa anterior a la actualmente vigente).

⁶¹ ARNOLD (2004, 251).

⁶² ZIMMER (2005, 25).

⁶³ VAN WEEGHEL, S. (2010, 26 y 27).

Y así, en su Sentencia de 15 de diciembre de 1993 (BNB 1994/259), en un caso como el apuntado ⁶⁴, el Hoge Raad entendió que, a pesar de que en aplicación de la doctrina del fraude de ley la renta obtenida por la entidad transmitente de las acciones debía ser calificada como una ganancia de capital a efectos domésticos, dicho resultado no podía extrapolarse al caso de autos por resultar de aplicación el CDI Países Bajos-Estados Unidos de 1948. Consecuentemente, el tribunal neerlandés acabó aplicando el artículo del Convenio correspondiente a las ganancias de capital alegando que, ni del texto del tratado ni de las notas explicativas al mismo suscritas por ambos Estados contratantes, podía inferirse que la intención recíproca de los Estados fuera la de incluir en la definición convencional de dividendo aquella renta que pudiera tratarse como tal en aplicación de la doctrina del fraude de ley del Estado de la fuente ⁶⁵.

De tal modo, como consecuencia de la disparidad de la naturaleza de las normas antiabuso de ambos Estados contratantes, una ganancia de capital obtenida por un residente en Estados Unidos con respecto a unas acciones en una compañía residente en los Países Bajos acababa tratándose como un dividendo a los efectos de la normativa doméstica estadounidense, del Convenio Estados Unidos-Países Bajos, según la interpretación dada al mismo por Estados Unidos, y de la normativa doméstica neerlandesa y, sin embargo, la misma renta debía calificarse como una ganancia de capital a los efectos del Convenio Estados Unidos-Países Bajos, conforme la interpretación que del mismo debía hacer Holanda.

Y, sin embargo, a pesar de la disparidad de enfoques a la cuestión existentes en los distintos países y de los resultados a los que conducen, de lo que lo anterior es solo un ejemplo, los Comentarios, para concluir categóricamente que no existe posible conflicto entre las normas antiabuso domésticas y los CDI, se circunscriben al *factual approach* y omiten cualquier referencia al abuso del derecho, al fraude de ley o a cualquier otra doctrina antielusiva que no se limite a la determinación de hechos. De ahí, a nuestro juicio, la insuficiencia de los mismos y la incorrección de sus conclusiones pretendidamente generales, al menos en lo que concierne a la relación de las normas domésticas generales antiabuso de países como España, articuladas sobre la figura del fraude de ley tributaria, y los Convenios firmados por los mismos.

Aclarar de una vez por todas esta cuestión resulta una tarea esencial sobre todo si se acepta que la evitación de la doble imposición sigue siendo el objeto principal de los CDI, y ello debe aceptarse según lo dicho en el epígrafe 3.2.4, ya que la aplicación del fraude de ley por estos países no implicará que necesariamente el otro Estado firmante acepte la recharacterización de la renta resultante ni que, por tanto, se abstenga de gravar la misma cuando ello sea posible con arreglo a la calificación de la renta resultante del Convenio.

Así las cosas, creemos que sería conveniente proceder a una rectificación en el enfoque dado por los Comentarios que condujese a un planteamiento más próximo al contenido en su versión anterior a 2003, menos ambiciosa en este punto pero, al tiempo, considerablemente menos tendenciosa.

El nuevo planteamiento podría arrancar, como premisa básica, de un reconocimiento expreso de la posibilidad de conflicto entre las cláusulas generales antiabuso de los países contratantes y los

⁶⁴ PETERS G.F., F. y ROELOFSEN, A. (2010, 561 y 562).

⁶⁵ A la misma conclusión llegó el Hoge Raad en su Sentencia de 29 June 1994 (BNB 1994/294), en la que se analizaba un caso análogo.

CDI. Una vez admitida dicha posibilidad, podría entonces plantearse la exclusión de tal conflicto en determinados supuestos, entre los que podrían incluirse los siguientes:

- a) Aquellos casos en los que los hechos efectivamente realizados por el contribuyente –no los subsumidos en la norma– condujesen a conclusiones distintas a las pretendidas por este según las normas del propio CDI.
- b) Los supuestos en los que la subsunción de los hechos en la norma doméstica realizada por la Administración tributaria de un país contratante no contraviniese las reglas del Convenio aplicable.
- c) Los casos en los que existiese una habilitación expresa del propio CDI para la aplicación de la cláusula doméstica antielusión o el propio CDI contuviese en su texto una cláusula general para la prevención de su abuso.

Por la relevancia que en la actualidad ha ido adquiriendo, al tercer grupo de supuestos, que en realidad es subsumible en el segundo, nos referiremos en el epígrafe 4.4. Antes realizaremos una breve referencia a las distintas posturas que sobre esta cuestión han plasmado en sus respectivos informes las diferentes representaciones de los Estados participantes en el ya aludido Congreso de la IFA.

4.3. Posición de los países participantes en el Congreso de la IFA de 2010

La gran variedad de respuestas ofrecidas por los representantes de los países participantes en el Congreso de la IFA de 2010 a la cuestión de cómo interactúan sus normas domésticas generales antielusión con los CDI es otra prueba de la insuficiencia del enfoque ofrecido por la OCDE en los cambios a los Comentarios de 2003.

Aunque por distintos motivos, en los informes de Alemania, Austria, Estados Unidos, Finlandia, Israel y Nueva Zelanda, por ejemplo, se concluye que, con carácter general, no existe un conflicto potencial entre las normas generales antiabuso de dichos países y sus CDI.

En otros casos, como el de los Países Bajos, al que ya nos hemos referido anteriormente, dicho conflicto puede plantearse de un modo claro, al menos según la última jurisprudencia del Hoge Raag, en cuanto a la aplicación de la doctrina doméstica del *fraus legis* en supuestos de reestructuraciones fiscales realizadas con un claro propósito elusivo inmediatamente antes de la generación de una renta (*last-minute tax planning*)⁶⁶. A una conclusión similar debería llegarse con respecto a España en lo que concierne a la aplicación de su norma antiabuso general, tal y como explicaremos en el apartado 5⁶⁷.

En línea con este planteamiento, los Países Bajos introdujeron una observación a la versión de 2003 del Comentario al artículo 1 del MC (para. 27.7) en términos similares a los irlandeses, negando su adhesión a la afirmación genérica según la cual las reglas generales antiabuso domésticas no están en conflicto con los CDI.

⁶⁶ PETERS G.F., F. y ROELOFSEN, A. (2010, 562).

⁶⁷ El informe presentado por la representación española en el Congreso de la IFA guarda silencio sobre esta cuestión.

En otros países como Canadá, el enfoque del asunto varía. Lo importante no es determinar si la regla doméstica antiabuso general es compatible o no con los CDI sino dilucidar hasta qué punto una determinada transacción puede conllevar un abuso del tratado en sí ⁶⁸.

En este sentido, una doctrina jurisprudencial cada vez más asentada ha venido exigiendo para la resolución de esta cuestión un análisis individualizado de las transacciones atendiendo a la norma doméstica canadiense y al objeto y espíritu del Convenio aplicable. En palabras del Tribunal Fiscal canadiense, pronunciadas en su reciente sentencia del caso *Garron*, no tiene sentido la conclusión según la cual una transacción gravada como consecuencia de la aplicación de una norma legal doméstica antiabuso deba, necesariamente, constituir un uso impropio o un abuso del tratado ⁶⁹.

En algunos informes de otros países, en cambio, se admite sin reservas la posibilidad de conflicto entre sus normas domésticas antielusión de alcance general y los CDI de los que son parte contratante. En este grupo se hallan países como Portugal, Reino Unido, Luxemburgo o India.

Aunque no existen precedentes judiciales sobre esta cuestión, los representantes portugueses consideran que, al amparo de su Constitución, no pueden encontrarse argumentos que permitan tales reconstrucciones en presencia de un CDI suscrito tanto antes como después de los cambios a los Comentarios al MC de 2003 toda vez que consideran que las autoridades fiscales carecen de un poder absoluto de recharacterización de hechos y negocios con trascendencia tributaria que permita alterar las potestades tributarias de dos Estados firmantes de un tratado internacional ⁷⁰.

Los representantes del Reino Unido sostienen que la afirmación del párrafo 22.1 de los Comentarios según la cual no existirá conflicto entre las normas antiabuso internas y los CDI no se sostiene en lo que a dicho país se refiere ⁷¹.

BALLARD y DAVISON consideran que los jueces británicos pueden aplicar las doctrinas antielusión –particularmente la emanada del caso *Ramsay (WT Ramsay Ltd v IRC, [1981] STC 174)*– para determinar en qué medida el Reino Unido tiene derecho a gravar la operación con arreglo a la legislación doméstica. No obstante, los efectos prácticos de esta facultad se ven drásticamente mermados en presencia de un CDI al prevalecer las disposiciones de este frente al resultado alcanzado por la norma doméstica. Se reconoce que las doctrinas jurisprudenciales domésticas no pueden servir para interpretar un CDI, para lo que debe recurrirse a principios generalmente aceptados (caso *Fothergill vs. Monarch Airlines Ltd. [1980] APP.L.R. 07/10*) ⁷².

En Luxemburgo resultará aplicable la cláusula general antielusión de su ordenamiento interno solo en la medida en que la misma no conduzca a resultados contrarios al CDI.

En congruencia con su posición sobre el particular, Luxemburgo introdujo una observación al Comentario de 2003 al artículo 1 del MC oponiéndose a la conclusión de los Comentarios según la

⁶⁸ GOYETTE, N. y HALVORSON, P.D. (2010, 171).

⁶⁹ *Garron et al v. the Queen*. Docket 2006-1405 (IT) G, September 10, 2009.

⁷⁰ ALMEIDA FERNANDES, J. y DE SOUSA DA CÂMARA (2010, 658).

⁷¹ MORTON, P. y SYKES, L. (2010, 805).

⁷² BALLARD y DAVISON (2002, 585).

cual, con carácter general, no existe conflicto entre las normas antiabuso domésticas de los Estados contratantes y las normas de los CDI suscritos por los mismos. De acuerdo con la normativa de este país, en ausencia de una norma expresa en el tratado que lo habilite, un Estado contratante solo puede acudir a su norma antielusión doméstica en casos específicos y tras agotar el recurso al procedimiento de mutuo acuerdo ⁷³.

En la India, la Corte Suprema asentó el principio en el caso de *Azadi Bachao Andolan* (263 ITR 706) en virtud del cual el *treaty shopping* no contraviene el Derecho hindú a menos que el Convenio abusado contenga una cláusula de limitación de beneficios. Como consecuencia de este importante pronunciamiento, la «forma» recobra relevancia frente a la «sustancia» cuando la implementación de una transacción conforme a la primera ha sido prevista y aceptada por los Estados firmantes en el momento de la suscripción del tratado fiscal ⁷⁴.

4.4. Normas específicas de los Convenios que autorizan la aplicación de las normas generales antiabuso domésticas de los Estados firmantes

Aparentemente motivados por las conclusiones de los Comentarios tras los cambios operados en los mismos en 2003 que, como se ha explicado, descartan de antemano la posible colisión entre las normas generales antiabuso internas y los CDI, son relativamente pocos los Convenios cimentados en el MC de la OCDE que contengan una regla específica autorizando expresamente a los Estados firmantes a aplicar sus normas generales antiabuso en presencia del tratado.

Según reporta VAN WEEGHEL en su Informe General, desde la óptica de países como China, Estonia, Francia o Nueva Zelanda, la inclusión de este tipo de normas habilitantes en los Convenios no es necesaria ya que, conforme a su Derecho interno, la aplicación de sus normas generales domésticas antiabuso no plantea problemas de compatibilidad con los Convenios que suscriben.

Otros Estados, al menos ocasionalmente, sí incluyen este tipo de cláusulas en sus tratados. Tal es el caso, por ejemplo, de Austria, Bélgica, Canadá, Corea, Dinamarca, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos, Portugal, Rusia, Singapur, Suecia, Suiza y Ucrania.

Países como Alemania e Israel han incorporado en la práctica totalidad de sus Convenios más recientes cláusulas habilitantes como las aquí referidas y ello aun cuando en dichos países la doctrina prevalente en la actualidad parece ser aquella según la cual las normas domésticas generales antiabuso pueden aplicarse al interpretar los CDI sin riesgo de colisión. Arguyen al efecto los defensores de esta tesis que la inclusión de este tipo de preceptos debe concebirse como la amplificación de esa postura y no como una muestra de desconfianza de los Estados firmantes en la misma ⁷⁵.

⁷³ BIEWER (2002, 423) y BIEWER y HÖFER (2010, 494).

⁷⁴ MAJUMDAR, A.J. y PRASAD SATYA P.V. (2010, 369).

⁷⁵ Aunque ciertamente la cuestión excede del objeto de este trabajo y de la capacitación de sus autores, lo cierto es que, al menos en lo que se refiere a Alemania, no puede afirmarse que este asunto haya sido siempre pacífico. Así, por ejemplo, en un caso de 1981 planteado ante los tribunales alemanes (*Bundesfinanzhof*, 24 de octubre 1981) se debatió en qué medida los beneficios del CDI Alemania-Suiza podían ser denegados mediante el recurso a la regla general que previene el

Los representantes de Canadá en el referido Congreso, sin embargo, reconocen que la inclusión de este tipo de cláusulas en algunos de sus tratados, como los suscritos con Estados Unidos o Alemania, puede tener consecuencias prácticas negativas a la hora de interpretar aquellos otros Convenios que carecen de ella ⁷⁶.

El caso de España es similar al de Alemania e Israel en este punto. A pesar de no haber expresado reserva alguna a los Comentarios de 2003 sobre este asunto, desde la publicación de los mismos, España ha ido introduciendo con cierta regularidad cláusulas habilitantes de distinto tenor en los tratados fiscales que ha ido suscribiendo y, en los últimos dos años, dicha tendencia se ha convertido en la regla, prácticamente sin excepción.

Así, por ejemplo, en el Memorándum de Entendimiento que forma parte integrante del Convenio España-Barbados, apenas firmado el 1 de diciembre de 2010 (BOCG 25/03/2011, pendiente de publicación en el BOE), se establece lo siguiente:

«Los Estados contratantes declaran que las disposiciones del presente Convenio no impiden a los Estados contratantes la aplicación de sus normas y procedimientos de Derecho interno relativos a la prevención de la evasión y elusión fiscales y a los abusos de la norma (comprendidos los convenios fiscales)».

En términos análogos, Convenios recientes como los suscritos con Uruguay (BOE 12/04/2011), Alemania (BOCG 18/03/2011, pendiente de publicación en el BOE), Albania (BOE 15/03/2011) o Panamá (BOCG 28/12/2010, pendiente de publicación en el BOE) contienen cláusulas muy similares a la siguiente:

«El presente Convenio se interpretará de forma que no impida a un Estado contratante aplicar su normativa interna para evitar la evasión y fraude fiscal».

Otros CDI recientes firmados por España, como el suscrito con Albania (BOE 15/03/2011), incorporan otra versión de la cláusula habilitante en la que se hace, incluso, una referencia expresa al artículo 15 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT):

«Los Estados contratantes declaran que sus normas y procedimientos de Derecho interno respecto a los abusos de la norma (comprendidos los convenios fiscales) son aplicables para combatir tales abusos. En el caso de España, el abuso de la norma incluye las situaciones previstas en el artículo 15 de

abuso de formas jurídicas contenida en el artículo 42 de la Ordenanza Tributaria alemana. Concretamente, el tribunal alemán se enfrentaba a un caso en el que una sociedad alemana, participada por un ciudadano monegasco a través de una sociedad suiza, invocaba las disposiciones del CDI firmado con el país helvético. Dada la falta de regla específica en el CDI que habilitase el recurso a la norma antiabuso doméstica, el tribunal consideró que el artículo 42 de la Ordenanza Tributaria alemana no resultaba aplicable al caso. DEAK, FÖLDES (2002, 280).

⁷⁶ Y, probablemente, con el fin de contrarrestar dicho efecto negativo, la explicación técnica al Protocolo de 2007 del Convenio Canadá-Estados Unidos se preocupó por aclarar que la presencia de la norma habilitante en dicho tratado en modo alguno debía inducir al intérprete a concluir que en aquellos otros Convenios en los que dicha regla no se recogiese, el principio en el que la misma se inspiraba no debiese también reputarse como inherente a los mismos. «United States, Department of Treasury, technical explanation of the protocol», julio de 2008, pág. 61. Citado por GOYETTE, N. (2010, 185).

la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre) o cualquier otra disposición de naturaleza similar recogida en cualquier norma tributaria en vigor o que se establezca en el futuro»⁷⁷.

En otros casos, la habilitación al Estado firmante para aplicar sus normas generales antiabuso se lleva a cabo mediante el cuestionable expediente de la validación explícita del valor interpretativo de los Comentarios al MC de la OCDE. Cláusulas de esta guisa, que normalmente aparecen complementando a otros preceptos similares a los anteriormente reproducidos, se hallan, por ejemplo, en los Convenios con Albania (2011), El Salvador (2008) y Costa Rica (2004). Y así, el primero de ellos incorpora a su Protocolo el siguiente texto (al que ya nos hemos referido anteriormente en el epígrafe 3.2.4):

«Se entenderá que aquellas disposiciones del Convenio que estén redactadas siguiendo las disposiciones equiparables del Convenio Modelo de la OCDE sobre la renta y sobre el patrimonio, se interpretarán conforme a los Comentarios de la OCDE sobre las mismas. Los Comentarios, con las revisiones que puedan efectuarse cuando corresponda, constituyen un método de interpretación en el sentido de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados».

La incoherencia revelada por algunos Estados como el español en su práctica convencional fundamentalmente a partir de la publicación de los cambios a los Comentarios de 2003 que, por un lado, les permite suscribir a pies juntillas las conclusiones plasmadas en los mismos sobre la plena compatibilidad entre los CDI y las normas domésticas antiabuso pero que, por otro, les empuja a la introducción preventiva de cláusulas habilitadoras expresas es, creemos, la mejor evidencia del escaso valor interpretativo que, en realidad, estos países confieren a los Comentarios y no, como se pretende argüir en ocasiones, un mero refuerzo de dichas conclusiones.

5. ESPECIAL REFERENCIA A ESPAÑA

5.1. Normas antielusión en el ámbito doméstico

En los apartados anteriores nos hemos referido a las medidas antielusión específicas contenidas en los CDI y a los distintos mecanismos que proporciona el Derecho de los tratados para combatir el empleo abusivo de los mismos, con particular atención a los Comentarios al MC en sus distintas versiones. Ante la insuficiencia de estas herramientas, hemos analizado en qué medida pueden los Estados contratantes de un CDI suplirlas recurriendo a sus normas internas antielusivas para lo cual hemos esbozado algunas de las posturas doctrinales al respecto, hemos plasmado nuestra opinión, y nos hemos referido al criterio sustentado por los Comentarios de 2003.

Hemos señalado igualmente que, a pesar de la aparente adhesión de España al texto de los nuevos Comentarios –manifestada principalmente por la ausencia de observaciones a los mismos–,

⁷⁷ Previamente, esta o cláusulas de muy similar tenor habían sido introducidas en los Protocolos de los CDI firmados con Moldavia (2007), Jamaica (2008), Serbia (2009), Nigeria (2009) y en el Protocolo que modifica el Convenio España-Suiza de 1966 firmado el 29 de junio de 2006. El Protocolo del Convenio con Trinidad y Tobago (2009) varía ligeramente la redacción de la cláusula para dar cabida a las «doctrinas» contenidas en la legislación de los Estados contratantes «cuyo objeto sea el de evitar el fraude, el abuso o el uso incorrecto de la norma».

en la práctica convencional de los últimos años nuestro país ha ido introduciendo, con buen criterio, reglas expresas que habilitan la aplicación de sus normas antiabuso domésticas. Finalmente, hemos puesto de manifiesto que la ausencia de estas habilitaciones en el resto de los CDI suscritos por España impide, con carácter general, la aplicación de sus normas antielusión generales cuando el resultado alcanzado por estas colisiona con los tratados.

En los apartados que siguen abundaremos sobre todo en esta última cuestión analizando la interacción de los mecanismos antielusivos españoles individualmente considerados con los CDI.

A tal fin, comenzaremos por esbozar las notas esenciales que definen el fraude de ley/conflicto en la aplicación de la norma tributaria, como norma general antielusión española, los presupuestos de hecho sustitutivos, como reacción específica del legislador frente al fraude de ley, la simulación y el llamado principio de calificación.

No abordaremos, en cambio, otros negocios anómalos, como el fiduciario o el indirecto, por considerar que, al tratarse de conductas no tipificadas en el Derecho tributario o bien se entienden realizadas en fraude de ley o bien deben reputarse válidas tanto a efectos civiles como tributarios⁷⁸. Lo mismo puede predicarse del levantamiento del velo en la fase de liquidación de los tributos, pues no parece apropiado considerar el levantamiento del velo como una modalidad específica del fraude de ley/conflicto en la aplicación de la norma si, mediante estos expedientes, puede exigirse el tributo sin vulnerar los límites de la autotutela administrativa –vulneración que probablemente tendría lugar si la Administración levantase el velo de una sociedad no existiendo una previsión legal que le habilitase para ello–.

5.1.1. *Fraude de ley/conflicto en la aplicación de la norma tributaria*

Alrededor del fraude de ley tributaria la doctrina sostuvo dos posiciones claramente encontradas. Para algunos autores, fraude de ley civil y fraude de ley tributaria no podían equipararse mientras que, para otros, ambas figuras eran asimilables.

Entre los primeros, ALBIÑANA entendía que en el fraude de ley tributaria se aplicaba la analogía al hecho imponible realizado para conseguir un resultado económico que común o típicamente se obtiene con otro hecho imponible, eludiéndose, de tal modo, total o parcialmente el impuesto que hubiera resultado aplicable en ausencia de tal manipulación jurídica⁷⁹. En la misma línea, FALCÓN señalaba que el fraude de ley tributaria se configuraba como «un poderoso instrumento en manos de la Administración, para exigir excepcionalmente el tributo por analogía»⁸⁰.

En sentido contrario, PALAO consideraba que el fraude de ley tributaria era una modalidad del fraude de ley civil, coincidiendo con la conclusión alcanzada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, antes aludida, al señalar que «el fraude de ley, en cuanto a institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría que despliega efectos invalidantes en todos los

⁷⁸ RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA (2010, 94).

⁷⁹ ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA (1993, 41).

⁸⁰ FALCÓN Y TELLA (1995, 5).

sectores del ordenamiento jurídico». Sostenía PALAO que el fraude de ley no consiste en no realizar el hecho imponible, sino en eludirlo mediante una calificación artificiosa y que la norma de cobertura no es la tipificación tributaria de un resultado equivalente, sino la norma civil o mercantil en que pretende basarse dicha calificación artificiosa⁸¹. Esta tesis fue acogida por gran parte de la doctrina⁸².

No es este el lugar en el que detenerse sobre el particular que, por un lado, ha sido ya suficientemente discutido por la doctrina y, por otro, ha ido perdiendo vigencia tras la sustitución del fraude de ley por el conflicto en la aplicación de la norma tributaria en la LGT.

A pesar de que, como señala LÓPEZ TELLO, el conflicto en la aplicación de la norma tributaria tiene el mismo fundamento y raíces que el fraude de ley⁸³, parece que el artículo 15 de la LGT se aleja del concepto civil de este cuando define el conflicto como la evitación total o parcial de la realización del hecho imponible o la minoración de la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios que sean notoriamente artificiosos, impropios o inusuales para la consecución del resultado obtenido y que obedezcan únicamente a motivos de ahorro fiscal, careciendo de otros motivos económicos relevantes o válidos, distintos de los que se hubieran producido en los actos o negocios usuales o propios.

Se podrá estar o no conforme con la redacción de la norma, pero lo que está claro es que, tras la entrada en vigor de la LGT, las dudas sobre la efectiva realización o no del hecho imponible se han disipado al exigir el artículo 15, como requisito para su aplicación, que «se evite total o parcialmente» su realización⁸⁴.

En consecuencia, y en lo que aquí nos afecta, para poder declarar la existencia de conflicto en la aplicación de la norma, deberán concurrir las siguientes circunstancias:

- a) Que los actos o negocios declarados existan realmente.
- b) Que los actos o negocios realizados y declarados no sean los propios para el fin perseguido y que de los mismos no se deriven consecuencias jurídicas o económicas distintas de las que habrían derivado del negocio que pudiese considerarse propio para la consecución de dicho fin⁸⁵.

Los efectos de la apreciación del conflicto en la aplicación de la norma tributaria son la aplicación del tributo que se hubiese devengado si se hubiesen realizado los actos o negocios usuales o propios y la exigencia de intereses de demora, excluyéndose expresamente la imposición de sanciones.

⁸¹ PALAO TABOADA (1998, 12).

⁸² Entre otros, CASADO OLLERO, LOZANO SERRANO, MARTÍN QUERALT, TEJERIZO LÓPEZ, PÉREZ ROYO o ROSEMBUJ.

⁸³ LÓPEZ TELLO (2004, 58).

⁸⁴ SEITZ y RUIZ ALMENDRAL consideran que no hay integración analógica porque no hay laguna que integrar. SEITZ Y RUIZ ALMENDRAL (2004). Sin embargo, a nuestro juicio, al reconocer la norma que no se realiza el hecho imponible, la laguna está precisamente en que el legislador no ha previsto que mediante determinadas operaciones es posible obtener un resultado económicamente equivalente sin realizar el hecho imponible, por lo que sí hay, creemos, integración analógica.

⁸⁵ Dado lo indeterminado de los términos artificioso o impropio, el primer requisito debe interpretarse en relación con el segundo, de modo que un acto o negocio será artificioso cuando, además de no ser el medio jurídico utilizado habitualmente para conseguir un determinado resultado, la opción por el mismo no tenga ningún tipo de consecuencia jurídica o económica respecto del medio utilizado habitualmente.

5.1.2. Presupuestos de hecho sustitutivos

Hemos esbozado en el epígrafe anterior la evolución de la cláusula general antielusión en el Derecho tributario español desde los primeros planteamientos, allá por el año 1963, hasta nuestros días. Además de esta cláusula de cierre, el legislador, a medida que detecta planificaciones fiscales abusivas por parte de los contribuyentes, procede a establecer lo que HENSEL denomina presupuestos de hecho sustitutivos⁸⁶ y PÉREZ ROYO presupuestos de hecho subrogatorios, refiriéndose ambos a las réplicas del hecho imponible introducidas por el legislador a efectos de combatir los mecanismos de elusión que se van detectando con el tiempo.

Posiblemente, el presupuesto sustitutivo más paradigmático en nuestro marco tributario sea el contenido en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores que en su última redacción podría haber alcanzado incluso la categoría de nuevo hecho imponible, pues somete a gravamen determinadas operaciones, en absoluto abusivas, que en ausencia de dicho precepto no tributarían⁸⁷.

En relación con los CDI, los presupuestos de hecho sustitutivos más relevantes de cuantos existen en la normativa doméstica española serán, lógicamente, los relacionados con la imposición sobre la renta, como pueden ser la subcapitalización, la transparencia fiscal internacional o la regla de valoración a mercado de las operaciones vinculadas.

A pesar de que el objeto de la cláusula general antielusión y los presupuestos de hecho sustitutivos sea el mismo —evitar el resultado de planificaciones fiscales abusivas—, la configuración de unos y otros es muy distinta, hecho este fundamental a la hora de determinar su compatibilidad con los CDI.

Así, mientras que en el presupuesto de hecho sustitutivo el hecho imponible está perfectamente tipificado por el legislador respetando las operaciones realizadas y estableciendo la imposición correspondiente a las mismas (por ejemplo, imponiendo la obligación de valorar a mercado las operaciones vinculadas o de imputar determinadas rentas en transparencia fiscal internacional), al aplicar la cláusula general antielusión se prescinde de los actos y negocios realizados por el contribuyente para, a continuación, exigir el impuesto por analogía.

5.1.3. Simulación

La doctrina mayoritaria considera que el concepto de simulación contenido en el artículo 16 de la LGT (similar al recogido por la antigua LGT tras la reforma de 1995) debe entenderse en el sentido que le confieren la doctrina y la jurisprudencia civiles. En este sentido, señalan ZORNOZA y RUIZ ALMENDRAL⁸⁸ que la obligación que impone el artículo 12.2 de la LGT de interpretar los términos no definidos por la normativa tributaria conforme a su sentido técnico se cumple, también en el caso de la simulación, acudiendo al sector del ordenamiento en el que han sido acuñados.

⁸⁶ HENSEL (2005, 146).

⁸⁷ FUSTER TOZER Y MARÍN BENÍTEZ (2006, 71).

⁸⁸ ZORNOZA Y RUIZ ALMENDRAL (2004, 65).

Sin embargo, creemos que la excesiva influencia de las teorías civiles sobre la causa en el concepto civil de simulación pueden conducir a una indeseable equiparación entre las figuras de la simulación y del conflicto en la aplicación de la norma tributaria por cuanto en la segunda existirá, necesariamente, un vicio de la causa provocado precisamente por la artificiosidad del acto o negocio realizado y por la ausencia de sentido jurídico o económico que lo justifique.

El solapamiento entre ambas figuras, si se atiende a la causa y no a la identidad entre la realidad fáctica y lo declarado, ha quedado patente en algunos pronunciamientos jurisprudenciales. Un ejemplo lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2009. En ella se analizaba un supuesto en el que el obligado tributario, socio de una entidad, procedía a la venta de hecho de su participación a través de la transmisión de derechos de suscripción preferente.

Consideró el tribunal que la cuestión a resolver en el caso de autos era «si en el complejo negocio se da o no un supuesto de apariencia de enajenación de derechos de suscripción, que oculta una verdadera transmisión del total activo social». ¿Era efectivamente esa la cuestión a resolver? o, siendo indiscutible que se habían vendido los derechos de suscripción –pues así había quedado reconocido en los antecedentes, a pesar de que el precio de los mismos fuese renegociable; posibilidad esta, por otro lado, relativamente habitual en el tráfico–, ¿no hubiera sido más adecuado centrar el debate en si el conjunto de las operaciones realizadas por los contribuyentes –cuya existencia, insistimos, no se discutía– era demasiado artificioso para lograr el resultado pretendido –la transmisión de las empresas a un tercero– sin que tal artificiosidad acarrease ningún tipo de consecuencia jurídica o económica más allá del mero beneficio fiscal?

Creemos que la discusión debería haberse planteado en estos últimos términos. De hecho, en la propia Sentencia podían encontrarse afirmaciones que cuestionaban la lógica económica de la operación pero sin poner en duda su existencia ⁸⁹. Sin embargo, el Tribunal Supremo falló admitiendo la existencia de simulación (sin sanción pues, aunque la Administración tributaria la había impuesto, esta había sido ya anulada en una instancia previa) y no de un fraude de ley que hubiera requerido un acto de declaración administrativa previa mediante el correspondiente expediente especial ⁹⁰.

A nuestro juicio, sería posible simplificar considerablemente la cuestión del solapamiento entre la simulación y el conflicto si se admitiese que la primera, tal y como se configura en el artículo 16 de la LGT, no coincide con el concepto de simulación acuñado por la doctrina y jurisprudencia civiles, sino que constituye una figura autónoma del Derecho tributario. El alcance de esta categoría independiente se concretaría entonces atendiendo al sentido usual del término (art. 12 de la LGT en relación con el art. 3.1 del Código Civil) que, conforme al Diccionario de la Lengua Española, no es otro que la «acción de simular» que, a su vez, significa «representar algo, fingiendo o imitando lo que no es». En nuestra opinión, esta acepción es suficientemente clara y no exige del intérprete ir más allá ⁹¹.

⁸⁹ El Tribunal Supremo reconocía que «desde la perspectiva de la normativa mercantil, la mencionada ampliación de capital carece de toda lógica económica» y añadía que «[n]o ocurre lo mismo si se examina la operación desde la perspectiva fiscal».

⁹⁰ RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA (2010, 125).

⁹¹ El Diccionario ofrece una acepción jurídica de simulación que recuerda al concepto de simulación propio del Derecho privado (alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato). Ahora bien, dado que el significado usual de una palabra no puede ser nunca la acepción jurídica de un Diccionario (concretar el alcance de un

En Derecho comparado, casi unánimemente, la simulación se refiere a aquellos actos o contratos inexistentes o falsos en todo o en parte ⁹².

Para la Cámara de los Lores, por ejemplo, los actos o contratos inexistentes son los únicos que pueden calificarse de simulación (*sham*) pero «es preciso descartar la existencia de simulación en aquellos casos en los que el negocio o transacción a que se da vida es real, no mentido, contiene todos los tipos del elemento negocial en cuestión, produce los efectos que le son propios, aunque la finalidad con la que han sido traídos al escenario sea torcida y su resultado final, en combinación con los otros negocios o transacciones invitadas al baile, sea distinta o incluso contraria de la que es propia de su finalidad o causa típica» ⁹³.

STRENG y YODER señalan que en Estados Unidos el concepto de *factual sham* se contraponen al de *economic sham*, que no es un supuesto de simulación propiamente, sino una doctrina antielusión próxima al fraude de ley. Así, solo habrá *factual sham* cuando lo realmente realizado y documentado por el contribuyente no coincida con lo declarado por este ⁹⁴.

La postura que se adopte en relación con lo anterior es, como se verá en el apartado 5.2.3, determinante a efectos de propugnar o no la compatibilidad de la simulación con los CDI; pudiéndose adelantar ya que si se considera la simulación tributaria como una discordancia entre la realidad fáctica y lo declarado, los CDI no obstarán a que la Administración exija el tributo con arreglo a dicha realidad, mientras que, si a lo que se atiende es al concepto civil de simulación, la cuestión será mucho más compleja y su respuesta deberá, inevitablemente, aproximarse a la propuesta en relación con el conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

5.1.4. Calificación

Se ha discutido profusamente por la doctrina sobre si la calificación forma parte o no de la interpretación de las normas tributarias. ROSEMBUJ considera que la calificación es una actuación preinterpretativa que permite incluir los actos o negocios efectuados por los contribuyentes en los presupuestos de hecho contenidos en las normas tributarias ⁹⁵. Por su parte, PALAO entiende que la calificación es indistinguible de la subsunción y que esta presupone la interpretación y la fijación de los hechos, estando todas estas operaciones íntimamente ligadas entre sí en una relación dialéctica ⁹⁶.

Para CASADO OLLERO ⁹⁷, interpretación y calificación solo son diferenciables en un plano ideal o abstracto, siendo necesarias ambas para la correcta aplicación de las normas tributarias ⁹⁸.

término jurídico es una labor que corresponde al intérprete y no a la Real Academia de la Lengua), debemos quedarnos, como única válida, con la acepción usual que es, como decimos, «acción de simular».

⁹² RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA (2010, 61).

⁹³ PÉREZ ROYO (2005, 30).

⁹⁴ STRENG y YODER (2002, 596 y ss.).

⁹⁵ ROSEMBUJ (1993, 166 y ss.).

⁹⁶ PALAO TABOADA (1995, 71).

⁹⁷ CASADO OLLERO (2000, 31).

⁹⁸ En el mismo sentido, indicaba ALBIÑANA, antes de la reforma de 1995 de la antigua LGT, que «se puede afirmar que el artículo 25.3 de la LGT tiene cada día mayor vigencia real, pues se distingue, de un lado, la interpretación, necesariamen-

5.2. Compatibilidad de las cláusulas antielusión españolas con los Convenios para evitar la doble imposición

5.2.1. Presupuestos de hecho sustitutivos

Los presupuestos de hecho sustitutivos no deberían plantear demasiados problemas en su interrelación con los Convenios. Al formar parte del ordenamiento interno serán aplicables cuando los mismos no contravengan lo dispuesto en el tratado que resulte de aplicación y no lo serán en caso contrario; todo ello en los mismos términos que cualquier otra disposición del ordenamiento doméstico.

Así, por ejemplo, la calificación de los intereses como dividendos al amparo de la norma de subcapitalización será compatible con los CDI en la medida en que dicho CDI remita al Derecho interno para definir los dividendos y no lo será si no existe tal remisión o, si aun existiendo, otra disposición del tratado impide su aplicación.

Un ejemplo de estas últimas lo encontramos en el artículo 11.6 del CDI suscrito entre España y Reino Unido donde, expresamente, así se dispone⁹⁹.

Además, la norma de subcapitalización podría contravenir lo dispuesto en los preceptos convencionales correspondientes a los apartados 3, 4 y 5 del artículo 24 del MC –que contiene la cláusula de no discriminación– toda vez que, tal y como está configurada dicha norma en el ordenamiento español, no permite –salvo acuerdo previo de valoración con la Administración– evitar su aplicación mediante prueba de que el endeudamiento, aun excediendo del ratio 3:1 legalmente previsto, responde a condiciones de mercado.

Nuestros Tribunales de Justicia, en contra de la postura mantenida por la Administración y los tribunales económico-administrativos, así lo han entendido. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de julio de 2003 (Rec. 475/2002), enjuiciando un supuesto de infra-capitalización de la filial española de una entidad constituida en los Países Bajos de acuerdo con el artículo 16.9 de la antigua Ley 61/1978 del Impuesto sobre Sociedades, concluyó, con razón a nuestro juicio, que la norma de subcapitalización solo podía aplicarse si previamente se demostraba que las condiciones del préstamo diferían de las de mercado, con independencia de que el endeudamiento directo o indirecto hubiese excedido del ratio marcado por la ley, pues solo así podía ceder el artículo 26.4 del Convenio Hispano-Holandés (análogo al 24.4 del actual MC) al artículo 9 del mismo.

te jurídica, de las normas de aplicación, y, de otro, la calificación económica de los elementos, factores o circunstancias de tal naturaleza, que sean constitutivos de los hechos imposables. No se trata pues de la mal llamada interpretación económica de las normas jurídicas en el ámbito de los tributos. Se trata, simplemente, de calificar los supuestos de hecho determinantes de la exacción de cada impuesto, con arreglo a los términos en que fueron descritos por la ley». ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA (1993, 38).

⁹⁹ Según este precepto convencional «Cualquier disposición legal de uno de los Estados contratantes en virtud de la cual los intereses pagados por una sociedad a otra se consideren como un dividendo o distribución, que no es deducible como gasto al calcular los beneficios sometidos a imposición de la sociedad pagadora, no se aplicará cuando los intereses se paguen a una sociedad residente del otro Estado contratante que sea su beneficiaria efectiva. Esta norma no será aplicable cuando más del 50 por 100 del derecho al voto de la sociedad últimamente mencionada sea poseído, directa o indirectamente, por residentes del Estado mencionado en primer lugar».

Dicho criterio fue reiterado por la misma Sala en su Sentencia de 15 de enero de 2004 (rec. núm. 626/2002), pronunciamiento que fue luego recurrido en casación por la Administración General del Estado ¹⁰⁰. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en Sentencia de 1 de octubre de 2009 (rec. núm. 1596/2004), desestimó el recurso de casación haciendo suyos los argumentos de la Sala de instancia.

5.2.2. Cláusula general antielusión

En nuestra opinión, como ha podido colegirse de cuanto antecede, el conflicto en la aplicación de la norma no es compatible con los CDI si conduce a resultados contrarios a este y no dispone de una habilitación expresa en los tratados para su aplicación.

En primer lugar, como se ha reiterado, creemos que una norma de Derecho interno no puede contrariar las disposiciones de un CDI. Lo contrario supondría una vulneración del principio de prevalencia jerárquica de los Tratados Internacionales consagrado en el artículo 96 de la Constitución e, incluso, una contravención de lo dispuesto por el propio artículo 7 de la LGT.

Por ello, no entendemos que pueda considerarse válida una interpretación como la defendida por MARTÍN JIMÉNEZ, antes apuntada, quien, so pretexto de integrar los artículos 31 y 96 de la Constitución, acaba sugiriendo que el primero permite obviar al segundo a efectos de aplicar la norma doméstica antielusión ¹⁰¹.

En segundo lugar, en estrecha relación con lo anterior, si, como afirma el Consejo de Estado, el artículo 15 de la LGT permite una aplicación analógica de la ley fiscal para extender el hecho imponible más allá de sus propios términos, salvo que dicha analogía estuviese expresamente amparada por el CDI aplicable, una aplicación del citado precepto que condujese a un resultado contrario a alguna disposición del Convenio estaría vulnerando el principio de *pacta sunt servanda*.

De acuerdo con lo anterior, cuando resulte de aplicación un CDI, cualquier actuación administrativa que exceda de la subsunción de los hechos en el tratado –establecimiento de los *legal facts* según entendemos a ZIMMER ¹⁰²– estará, a nuestro entender, vedada salvo habilitación expresa del Convenio aplicable.

5.2.3. Simulación

Si, como hemos visto, existe un principio de legalidad convencional que impide que la actividad administrativa exceda de la subsunción de los hechos en el CDI, la compatibilidad de la simulación con los CDI dependerá de cómo se conciba esta.

Así, si se define la simulación tributaria atendiendo a la causa (simulación absoluta en caso de ausencia de la misma o simulación relativa en caso de causa distinta de la real), tal y como hacen los

¹⁰⁰ Para un comentario de esta sentencia *vid.* SANZ GADEA (2009, 53 y ss.).

¹⁰¹ *Id.* apartado 4.2 anterior.

¹⁰² ZIMMER (2005, 25).

tribunales españoles en la mayoría de las ocasiones, podría admitirse la compatibilidad entre la simulación absoluta y los CDI. En definitiva, si la transacción a la que las partes pretenden conferir efectos no ha existido, no debería existir problema alguno para prescindir de la misma a la hora de aplicar un Convenio. Si la simulación es relativa, entendemos que su declaración podrá conducir a resultados contrarios a los Convenios por cuanto los hechos estarán claros. Si no hay una habilitación expresa en el Convenio, algo tan incierto como una deficiencia en la causa no podrá habilitar por sí solo al intérprete para prescindir de los hechos, pues lo contrario vulneraría, según nuestro reiterado entender, el principio de prohibición de la analogía para la extensión del hecho imponible que también ha de regir en presencia de un Convenio.

Si, finalmente, atendiendo a la realidad fáctica, se concibe la simulación como una discrepancia total o parcial entre los actos o negocios efectivamente realizados y los declarados –por ejemplo, calificando como simulación relativa una compraventa de un piso de un padre a un hijo en la que no se paga el precio por ser en realidad una donación–, la simulación, tanto la absoluta como la relativa, será plenamente compatible con los CDI ya que, indiscutiblemente, los Convenios deben ser aplicados tomando en consideración los actos reales realizados por los contribuyentes.

5.2.4. Calificación

Como punto de partida, debe tenerse en cuenta que existen determinados límites que impiden a la Administración calificar y dichos límites, en principio, no se ven alterados por la existencia de un CDI. Así, existirán hechos que la Administración no podrá calificar por estar tipificados penalmente, por estar ya calificados por un órgano competente –por ejemplo, si el juez competente califica un contrato, la Administración no podrá discutir esa calificación– o por venir definidos por la normativa tributaria con una precisión tal que no admitan otra calificación sin incurrir en arbitrariedad.

Obviando la discusión sobre si la calificación es o no interpretación de la norma –lo que nos impediría entrar en el fondo de la cuestión al atraparnos en un debate análogo al apuntado por ARNOLD sobre el *factual approach* y el *interpretative approach*–, entendemos que la misma será compatible con los CDI en la medida en que se refiera a lo que ZIMMER denomina el establecimiento de los hechos jurídicos (*legal facts*)¹⁰³.

No obstante, no debe perderse de vista que la Administración al calificar deberá respetar los Convenios ya que, de lo contrario, estará vulnerando los límites autoimpuestos por España al negociar los mismos.

Por ejemplo, si la Administración tributaria española pretendiese calificar como dividendos los beneficios obtenidos en sucesivas ventas de acciones propias a una sociedad anónima para su amortización, podría intentar argumentar que dicha calificación es respetuosa con un Convenio que se ciña a la redacción del artículo 10 del MC, conforme a la cual se consideran dividendos «las rentas o distribuciones asimiladas a los rendimientos de las acciones por la legislación fiscal del Estado del que sea residente la sociedad que las distribuye».

¹⁰³ ZIMMER (2005, 25).

Para llegar a tal conclusión, la Administración tendría que justificar que, con arreglo al artículo 25.1 a) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, las rentas así obtenidas son, aunque no propiamente dividendos, sí «participaciones en los beneficios» de la entidad a los que la citada norma equipara.

Por el contrario, si la norma interna española no contuviese tal equiparación o si el CDI aplicable no incluyese en su definición de dividendos una remisión al concepto de dividendo o de renta asimilada de la normativa doméstica del país de la fuente, una actuación administrativa como la apuntada no sería posible.

6. POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

El Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante, TEAC) se ha enfrentado recientemente a varios supuestos de posible conflicto entre el fraude de ley doméstico y algunos de los CDI suscritos por España. Nos referimos, en concreto, a las Resoluciones de 17 de mayo de 2007 (R.G. 2563/2006), de 8 de octubre de 2009 (R.G. 656/2007) y de 25 de junio de 2009 (7082/2008).

En todos estos casos, la situación enjuiciada era, en esencia, muy similar: en el contexto de grupos internacionales de sociedades, entidades residentes, cabeceras de grupos de consolidación fiscal, se endeudaban fuertemente con sus matrices extranjeras para poder así hacer frente al pago del precio derivado de la compraventa de participaciones en otras entidades del grupo, de tal suerte que, mediante la compensación en el seno del grupo fiscal de las bases imponibles positivas de las sociedades operativas con las pérdidas fiscales de las entidades endeudadas, se conseguía erosionar considerablemente la base imponible del grupo fiscal español.

En los tres casos, al analizar las premisas del fraude de ley, el TEAC consideró que la norma de cobertura, desde la óptica mercantil, estaba integrada por todos aquellos preceptos reguladores de los negocios jurídicos utilizados por el sujeto pasivo «para conseguir su propósito elusorio» y, desde el punto de vista fiscal, por el artículo 10.3 de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades que «se remite para la determinación de la base imponible del Impuesto al resultado contable, que, en principio considera como gastos los gastos financieros derivados de las deudas» (R. de 25 de junio de 2009) y por las normas de consolidación fiscal, cuyo espíritu, dicen las Resoluciones, se conculca al emplearse estas no para «la finalidad perseguida por la norma de eliminar una doble imposición sino, al contrario, [para] provocar una desimposición por la reducción injustificada de la base imponible» (R. de 8 de octubre de 2009).

La norma defraudada, por otro lado, sostuvo el TEAC que era el artículo 4.1 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, pues, aun cuando la conducta del sujeto pasivo cumplía con el literal del artículo 10.3, «con ello defrauda precisamente el mandato del artículo 4, toda vez que el grupo español no ha tributado por los beneficios reales obtenidos en España» (R. de 25 de junio de 2009) y ello porque «si la base imponible ha de ser el fiel reflejo de la obtención de la renta por el sujeto pasivo, ello exige la corrección de la misma cuando las operaciones del sujeto pasivo se han efectuado en fraude de ley precisamente con el fin de desvirtuar la renta real obtenida»

(R. de 8 de octubre de 2009). Con estos argumentos, el TEAC confirmaba finalmente la no deducibilidad de los intereses pagados que había sostenido previamente la Inspección.

En sus escritos de alegaciones, las correspondientes defensas adujeron, entre otros argumentos, la vulneración de los respectivos CDI, particularmente y en lo que aquí más importa, del principio de no discriminación consagrado en los mismos.

Según se infiere del texto de las resoluciones, la representación de los sujetos pasivos arguyó que, mediante la declaración del fraude de ley, se estaba conculcando lo dispuesto en las disposiciones de los Convenios equivalentes al artículo 24.4 del actual MC de la OCDE que recoge el principio de no discriminación y a cuyo tenor «A menos que se apliquen las disposiciones del apartado 1 del artículo 9.º, del apartado 6 del artículo 11, o del apartado 4 del artículo 12, los intereses, cánones y demás gastos pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente de otro Estado contratante serán deducibles para determinar los beneficios sujetos a imposición de dicha empresa, en las mismas condiciones que si se hubieran pagado a un residente del Estado mencionado en primer lugar» (R. de 25 de junio de 2009).

Sin embargo, el TEAC, con especial detalle en la última resolución mencionada, entendió que no existía discriminación en el sentido aducido por el contribuyente, aclarando que «la regularización propuesta se hace a una residente, no se modifican valores que puedan afectar a no residentes ni determinan para las mismas obligaciones tributarias en España; y la circunstancia de que haya implicadas entidades no residentes no es en modo alguno lo determinante de la tacha; como ya se ha dicho, sería igual si la operativa se hubiera llevado a cabo solo entre entidades residentes».

En general, aunque con las cautelas que impone la imposibilidad de acceder a los expedientes administrativos, creemos que, por lo que se dirá a continuación, el planteamiento del TEAC pudo ser el correcto, al menos en lo que concierne al enfoque de la cuestión que nos ocupa.

Así lo creemos, en primer lugar, porque, en los casos analizados por el tribunal, desde una óptica puramente doméstica, la declaración de fraude de ley no resultaba descabellada, siendo determinante a tal fin que las participaciones para cuya adquisición se habían endeudado los grupos fiscales españoles lo fueran en entidades controladas por dichos grupos y que, tras dichas adquisiciones, el control indirecto de estas no hubiese variado. Tal circunstancia, al menos en principio, pudo haber deslegitimado la operación desde el punto de vista de la racionalidad empresarial.

Cuestión distinta es en qué medida la invocación del fraude de ley estuvo bien construida en los casos analizados por el TEAC desde el punto de vista técnico-jurídico.

Sobre esta cuestión, comentando la referida Resolución del TEAC de 25 de junio de 2009, FALCÓN Y TELLA advierte que invocar el fraude de ley arguyendo que la norma defraudada es el artículo 4 del vigente Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, TRLIS) –que se limita a decir que el hecho imponible del Impuesto consiste en «la obtención de renta»–, constituye, por su falta de concreción, un manifiesto abuso por la Administración cuya generalización podría traducirse en la asunción de facultades formidables para la modificación de la base imponible a capricho¹⁰⁴.

¹⁰⁴ FALCÓN Y TELLA (2010, 6).

Además, argumenta este autor que el fraude de ley no puede aplicarse cuando la posible vía de elusión del impuesto ha sido ya contemplada específicamente por el legislador. Por ello, siendo que en el caso tratado en la resolución comentada lo que se discute es, en definitiva, la deducibilidad fiscal de unos intereses derivados de préstamos entre partes vinculadas y siendo que la ley aplicable contenía una norma específica antiabuso que impedía dicha deducibilidad en determinados casos, el debate, en opinión de este autor, debió de haberse limitado a determinar en qué medida se cumplían o no los presupuestos previstos por la norma antielusión específicamente existente al efecto.

Es decir, en opinión de FALCÓN Y TELLA, hubiera sido legítimo limitar la deducibilidad de los citados intereses, pero solo respecto al exceso sobre el tripló del capital fiscal de cada una de las entidades prestatarias, de acuerdo con el mandato del artículo 20 del TRLIS, pero no debió haberse acudido al expediente del fraude de ley como mecanismo para suplir las insuficiencias y colmar las lagunas de la norma antiabuso específica.

Sin embargo, matizando acertadamente su propio planteamiento inicial, el citado autor acaba concluyendo que el fraude de ley hubiera podido ser invocado para facilitar la aplicación analógica del artículo 20 de la citada ley al objeto de evitar la duplicación del capital fiscal que en el caso analizado se producía parcialmente. Esta duplicación era la consecuencia de la existencia de dos entidades prestatarias españolas, una (X) matriz de la otra (Y). Según este autor, «A estos efectos, quizá podría sostenerse con fundamento que el capital fiscal del grupo debe medirse evitando una duplicación, de manera que la parte del capital y reservas que X tuviera invertida en las acciones de Y no podría computarse para determinar el límite máximo del endeudamiento neto. Es decir, el desdoblamiento en dos sociedades (X e Y) supone duplicar el capital fiscal (al menos en parte), y por tanto, si dicho desdoblamiento se considera artificioso e impropio para el fin perseguido (detentar a través de una sociedad española determinadas filiales en otros países, para lo que basta una sociedad en España), podría considerarse realizado en fraude de ley, como una forma de sobrepasar el límite pero solo respecto al exceso de retribución sobre el tripló del capital fiscal».

En nuestra opinión, el planteamiento de FALCÓN es acertado. No cabe aplicar el fraude de ley cuando el legislador ha previsto un presupuesto de hecho subrogatorio, pero no puede negarse la posibilidad de actuar en fraude respecto del propio presupuesto. Así, aunque no cabría acudir al fraude de ley para impedir la deducibilidad de unos intereses de un préstamo que no excediese del ratio 3:1 previsto en el artículo 20 del TRLIS, sí sería posible recurrir a dicha figura en un caso en el que, como el apuntado por este autor, la presencia de dos sociedades para la compra de participaciones en sociedades extranjeras se debiese a un intento de duplicar artificiosamente el capital fiscal en fraude de dicho artículo 20.

En segundo lugar, las conclusiones del TEAC pudieron también ser acertadas, a nuestro juicio, al concluir que los efectos derivados del acta de la Inspección no contrariaban lo dispuesto en el último inciso del artículo 24.4 del MC arriba transcrito –en el que se basaba el precepto equivalente del Convenio aplicable– ya que, como sugería el tribunal, resultaba imaginable que un expediente de fraude de ley similar se hubiera podido iniciar igualmente en una situación en la que la entidad prestamista hubiese sido residente y, a través de una serie de transacciones sin una finalidad económica más allá de la consecución de un ahorro fiscal, se hubieran deslocalizado bases imponibles. Siendo tal escenario efectivamente imaginable, el escollo que planteaba el último inciso del artículo 24.4 del MC se superaba toda vez que la denegación de la deducibilidad de los gastos financieros derivados

de los préstamos en los casos enjuiciados se habría producido en las «mismas condiciones que si se hubieran contraído [los préstamos] con un residente»¹⁰⁵.

La buena noticia es, en lo que aquí importa, que, aun sin entrar de lleno en disquisiciones técnicas, el TEAC afrontó en estos casos la cuestión del conflicto entre la norma general antiabuso española y los Convenios aplicables haciendo el esfuerzo de encajar el resultado de la primera en estos sin recurrir a la invocación de argumentaciones indeseables basadas en el artículo 1 de los Comentarios al MC lo cual, dado lo reciente de las resoluciones, resulta cuando menos esperanzador.

Lo contrario puede decirse, en cambio, de alguno de los últimos pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

En el supuesto enjuiciado por la referida Sala en su Sentencia de 21 de mayo de 2009 (Rec. núm. 416/2005), al que aludíamos en la introducción a este trabajo, una entidad española adquiría acciones de una sociedad estadounidense, vinculada con ella, a una tercera empresa por importe de 175 millones de dólares, financiando la compra con un préstamo otorgado por un banco inglés.

La Administración tributaria denegó la deducibilidad del gasto por los intereses derivados del préstamo recibido para la financiación de la compra de las acciones de la sociedad estadounidense, desestimando posteriormente el TEAC la reclamación interpuesta por el contribuyente (R. de 19 de mayo de 2005).

En la sentencia aludida, la Sala comenzaba considerando inocuamente que el artículo 9 del Convenio Hispano-Británico «recoge el principio de libre competencia y permite, en lo que aquí interesa, que las autoridades fiscales del Estado competente puedan realizar los ajustes correspondientes en el caso de que se constate que las condiciones en que se han efectuado determinadas operaciones entre empresas asociadas difieren de las normales del mercado entre sociedades independientes».

Sin embargo, continuaba la Sala diciendo lo siguiente:

«La aplicación al caso del precepto en cuestión no aparece supeditada, en contra de lo afirmado en la demanda, a la calificación de la operación de que se trate como "simulada" o "fraudulenta". Si se constata la ausencia de libre voluntad en el contribuyente, si puede afirmarse que la actividad en cuestión ha estado exclusivamente determinada por la vinculación entre las sociedades y si se infiere claramente –de los datos acreditados– que idéntica operación no habría sido efectuada por sociedades independientes las autoridades fiscales competentes podrán efectuar los ajustes correspondientes y, entre ellos y en lo que hace al caso, la anulación de cualquier efecto fiscal que pudiera derivarse de la operación de que se trate».

¹⁰⁵ Y así, el Tribunal concluye su argumentación sobre la cuestión con el siguiente planteamiento:

«Podiera pensarse que resulta difícil concebir, tras el análisis del entramado de factores articulado, un esquema similar en el ámbito puramente nacional; pero quizás podría intentarse una aproximación intelectual a un supuesto en que, dentro de un Ordenamiento nacional hubiera diferencias regionales que posibilitaran los factores útiles para esquemas parejos, en los que siguiendo pautas similares a las aquí analizadas se concluyera en la existencia de un fraude de ley; naturalmente ahí no habría implicado ningún no residente y, sin embargo, la reacción del Ordenamiento jurídico hubiera debido ser la misma. A título meramente de ejemplo, se encuentran en nuestra jurisprudencia supuestos en que los Tribunales de Justicia han apreciado fraude de ley en construcciones en las que artificiosamente se han trasladado pérdidas de filiales a matrices, todas ellas nacionales, por motivos puramente fiscales».

Y, finalmente, cuadraba su argumentación el tribunal, a propósito de las alegaciones vertidas por el recurrente, aclarando lo siguiente:

«Por otra parte, tampoco es una cuestión que dependa de la valoración a la que se refiere el recurrente cuando alude a la necesidad de acudir a los criterios del artículo 16 de la Ley del Impuesto. Lo esencial no es tanto la determinación del importe de la operación o la cuantía de la misma, sino la constatación fehaciente de que se ha realizado –o no– en condiciones ajenas a la libre competencia».

Preocupantemente, la Audiencia Nacional reiteraría poco después su tesis en su Sentencia de 21 de septiembre de 2009 (Recurso contencioso-administrativo núm. 210/2006) a propósito de una situación similar a la contemplada por la anterior sentencia, también en el contexto del Convenio Hispano-Británico.

Varias cuestiones sorprenden de los fragmentos arriba transcritos.

En primer lugar, y como cuestión esencial, no nos parece de recibo la interpretación según la cual el artículo 9 de los CDI permite, por sí solo, obviar la existencia de transacciones celebradas en condiciones ajenas a la libre competencia.

Explica el profesor VOGEL que el artículo 9 del MC permite a los Estados ajustar los beneficios obtenidos por una sociedad vinculada a una sociedad extranjera en caso de que los términos del negocio entre dichas partes difieran de los que hubiesen pactado sujetos independientes. Además de la autorización a los Estados en tales términos, el citado artículo establece el límite que tienen estos para efectuar el ajuste al beneficio resultante de transacciones entre empresas asociadas, que no es otro que el determinado por el mercado en condiciones de libre competencia. Respecto a en qué medida puede el Estado en cuestión realizar el ajuste, continúa el austriaco afirmando, con meridiana claridad, que dependerá de si este ha incluido o no en su ley nacional una cláusula que permita una valoración a mercado de las operaciones vinculadas, sin que pueda entenderse que el artículo 9 del MC constituya, en sí mismo, una autorización inmediata para la práctica de dichos ajustes ¹⁰⁶.

Si, de acuerdo con lo anterior, el artículo 9 del CDI España-Reino Unido, basado en el MC, no legitima por sí mismo la realización de ajustes, solo entonces aplicando la normativa doméstica sobre operaciones vinculadas, dentro de los parámetros provistos por la norma convencional, podrían practicarse los mismos.

Pero es que, además, aun conviniendo erróneamente que del artículo 9 pudiera inferirse una autorización a los Estados para practicar los ajustes correspondientes, sin necesidad de una norma doméstica al respecto, nada en el mismo sugiere que, a tales efectos, los Estados contratantes puedan prescindir de las operaciones efectuadas por sus residentes como proclama la Audiencia.

Con su interpretación, contraria como decimos a la posición de la doctrina más cualificada sobre la materia ¹⁰⁷, la Audiencia Nacional transforma el artículo 9 del MC en una suerte de cláusula antielusión convencional que dota a la Administración tributaria que la invoque de un arma colo-

¹⁰⁶ VOGEL (1997, 517).

¹⁰⁷ Curiosamente, con anterioridad, la Sala había citado a VOGEL como referente doctrinal en materia de Convenios (como, por ejemplo, en su Sentencia de 18 de julio de 2006. Rec. núm. 1110/2003).

sal que la habilita, nada menos, que a ignorar transacciones efectivamente realizadas a condición, únicamente, de que las partes involucradas en las mismas estén vinculadas entre sí.

Si tenemos en cuenta que la mayoría de las operaciones abusivas en la práctica se realizan entre personas o entidades vinculadas –pues lo normal es que no existan esquemas elusivos en los que los beneficios no permanezcan, en última instancia, bajo control del contribuyente o de terceros con él vinculados–, conforme a la posición de la Audiencia Nacional, el trabajo realizado en el seno de la OCDE desde 1987 hasta 2003 sobre la compatibilidad de las cláusulas domésticas antielusión y los CDI, a la que nos venimos refiriendo, y los ríos de tinta vertidos por la doctrina sobre el particular habrían caído en saco roto ¹⁰⁸.

En su argumentación, la Audiencia Nacional apela al principio de libre concurrencia que permite, según el tribunal, la anulación de cualquier efecto fiscal que pueda derivarse de una determinada operación si se constata que la misma «ha estado exclusivamente determinada por la vinculación entre las sociedades y se infiere claramente –de los datos acreditados– que idéntica operación no habría sido efectuada por sociedades independientes».

A juzgar por lo anterior, la Audiencia podría haber pretendido inscribir su argumentación, tal y como sostiene SANZ GADEA comentando esta misma sentencia, entre los supuestos previstos en los apartados 1.64 a 1.69 del Capítulo I de la *Guía de precios de transferencia* de la OCDE a cuyo tenor, en casos muy excepcionales, operaciones realizadas entre partes vinculadas pueden ser ignoradas ¹⁰⁹.

Precisamente para evitar confusiones, la *Guía* es rotunda al establecer como punto de partida de esta cuestión el principio de que, con carácter general, las Administraciones tributarias deben respetar las transacciones llevadas a cabo por sus contribuyentes de acuerdo con la configuración dada a las mismas por estos. Lo contrario, dice el apartado 1.64, puede conducir a situaciones arbitrarias que pueden verse, además, agravadas por la doble imposición que puede manifestarse como consecuencia de que el otro Estado contratante no comparta la misma opinión sobre la supuesta falta de legitimidad de la transacción ignorada.

En concreto, la *Guía* sugiere dos excepciones a este principio general. La primera la integran aquellos casos en los que la naturaleza económica de una transacción llevada a cabo entre partes vinculadas difiere de su forma. La segunda la conforman aquellos supuestos en los que, aun coincidiendo en forma y sustancia, los acuerdos que forman parte de la transacción –globalmente considerada– no hubieran sido adoptados por empresas independientes actuando de un modo racional y, además, las operaciones efectivamente llevadas a cabo por dichas empresas impiden en la práctica a la Administración tributaria realizar una valoración de las mismas con arreglo a criterios de mercado.

Sin abordar el debate sobre el valor interpretativo que debe conferirse a un documento como la *Guía* en el caso de autos –baste al efecto recordar que el Convenio España-Reino Unido se firmó en

¹⁰⁸ La totalidad de los CDI que conocemos contienen una norma análoga al artículo 9 del MC, por lo que si dicho artículo ha de reputarse en sí mismo como una cláusula antielusión general susceptible de aplicación directa, capaz de permitir al intérprete ignorar las transacciones realmente llevadas a cabo, tal y como propone la Audiencia Nacional, la cuestión de la compatibilidad de las cláusulas domésticas antielusión de los países contratantes con los CDI sería del todo irrelevante, al menos en la medida en que en el esquema elusivo participasen partes vinculadas.

¹⁰⁹ SANZ GADEA (2010, 171).

1975 y, hasta 1979, no se publicaría el Informe «Transfer Pricing and Multinational Enterprises» del que la *Guía* es una revisión—, en nuestra opinión, dicho caso no era en modo alguno reconducible a los sugeridos por la OCDE.

Por una parte, no se fundamentó por el tribunal que la forma y la sustancia de las operaciones puestas en entredicho no coincidiese.

Además, aun entendiendo que dicho extremo hubiese sido debidamente fundamentado, lo que no admite duda es que la Audiencia no procedió, como demanda la *Guía*, a recharacterizar las transacciones con arreglo a su sustancia a los efectos de valorar sus consecuencias fiscales, sino que, simplemente, se limitó a negar la existencia de operaciones efectivamente realizadas por los contribuyentes pues, conforme a su propio planteamiento, se consideraba legitimada para proceder, sin más, a «la anulación de cualquier efecto fiscal que pudiera derivarse de la operación»¹¹⁰.

Si, en lugar de una discordancia entre forma y naturaleza económica, lo que apreció la Audiencia fue que los casos tratados eran incardinables en el segundo de los grupos referidos por la *Guía*, desde luego no estableció ninguna relación de causalidad entre el modo en el que las transacciones se habían llevado a cabo y la imposibilidad de contrastar los precios asignados por las partes, tal y como requiere dicho documento. Le bastó para ignorar la transacción, según sus propias palabras, «la constatación fehaciente de que se ha realizado —o no— en condiciones ajenas a la libre competencia».

En contra de la ligereza con que la Audiencia extrapola sus observaciones, la propia *Guía de precios de transferencia*, al tratar las reestructuraciones empresariales, vuelve a incidir sobre la excepcionalidad de la que debe revestirse la facultad a la que se refieren los apartados 1.64 a 1.69 conferida a las Administraciones tributarias para ignorar transacciones efectivamente realizadas.

Así, en su apartado 9.168, la *Guía* insiste en que, salvo en casos muy excepcionales, lo adecuado será que el principio de *arm's length* del artículo 9 del MC se satisfaga determinando el precio de mercado de las transacciones efectivamente realizadas por las empresas vinculadas, sin necesidad de ignorar la existencia de ninguna; y en el apartado 9.180 recuerda que el no reconocimiento de las transacciones realizadas solo puede llevarse a cabo cuando la valoración a mercado no lleve a resultados razonables y sin que el hecho de que la operación se haya realizado para reducir la carga fiscal permita concluir sin más que no coincide con lo que hubiesen acordado partes independientes en el mercado (apartado 9.181).

Por todo lo anterior, creemos que la Audiencia Nacional no estaba legitimada para prescindir de las operaciones efectivamente realizadas, ni siquiera en aplicación de la doctrina de la OCDE comentada y, al tiempo, somos de la opinión de que, quizás también, en estos casos la Inspección hubiera podido recurrir a la figura del fraude de ley conforme a regulación doméstica, como razonablemente alegó, entre otras posibilidades, el contribuyente en sus recursos¹¹¹.

¹¹⁰ La *Guía* propone como supuesto de recharacterización conforme a la sustancia económica el de la concesión de un préstamo *retribuido por una entidad* vinculada a otra cuando, en condiciones de mercado y teniendo en cuenta las circunstancias de la entidad prestataria, dicho préstamo no se hubiera razonablemente concedido. En estos casos, dice la *Guía*, la Administración fiscal hubiera podido calificar la inversión de acuerdo con su sustancia económica pudiendo, como consecuencia, tratar el préstamo como una aportación a fondos propios. En los casos tratados por la Audiencia, como decimos, este esfuerzo recalificador brilla por su ausencia.

¹¹¹ La defensa del contribuyente alegó que la Administración podía haber recurrido, y no lo hizo, a tres mecanismos ofrecidos por la normativa entonces en vigor: la simulación prevista en el artículo 25 de la LGT, el fraude de ley del artículo 24

Además, al menos en lo que concierne a la cuestión de la deducibilidad de los intereses pagados, la redacción del artículo 25 del CDI vigente entre España y el Reino Unido hubiera facilitado la tarea a la Administración a la hora de justificar la procedencia del expediente en el contexto del Convenio al no contener el mismo –a diferencia de lo que ocurría con los CDI aplicables en los supuestos analizados por el TEAC– un precepto análogo al apartado 4 del artículo 24 del actual MC que hubiese obligado a comparar el resultado del ajuste sobre el interés con el que hubiera procedido de haber sido el prestamista un residente en España.

Por otra parte, en este caso, tampoco habría resultado de aplicación el artículo 25.4 del CDI con el Reino Unido por circunscribirse el ámbito objetivo del mismo a supuestos de control de la entidad prestataria por residentes del otro Estado contratante –tégase en cuenta que en el caso analizado la entidad prestamista era, según se ha dicho, un banco inglés, presumiblemente ajeno al grupo de la prestataria–.

En síntesis, de acreditarse la situación elusiva que la Administración reivindicaba y la imposibilidad de su reparación a través de las normas domésticas de precios de transferencia, en nuestra opinión, necesariamente limitada por el desconocimiento del expediente administrativo, la Inspección pudo haber hecho uso de la herramienta del fraude de ley para negar la deducibilidad del interés y, al hacerlo, seguramente no habría vulnerado el CDI aplicable.

7. CONCLUSIONES

En principio, es legítimo que los contribuyentes hagan uso de los CDI para conseguir un ahorro fiscal. La cuestión se centra en determinar en qué condiciones dicho uso puede devenir en un abuso del tratado o del Derecho doméstico de los Estados contratantes y en qué medida puede este último reaccionar contra tales excesos en presencia de un CDI.

Los CDI contienen en su texto normas especiales dirigidas a la prevención de su abuso en diferentes modalidades. En cambio, a nuestro juicio, no existen argumentos de suficiente solidez que permitan concluir la existencia de un principio de alcance general acorde con el Convenio de Viena capaz, por sí solo, de evitar los efectos de determinadas conductas abusivas en el contexto de un tratado.

En nuestra opinión, dicho principio no puede inferirse del título y el preámbulo de los CDI aunque se refieran a la evitación de la evasión fiscal, o incluso a la elusión, como un objetivo de los mismos. Creemos que, por lo heterogéneo de las posiciones adoptadas al respecto por los distintos Estados, tampoco puede reputarse la existencia de un principio general antielusión capaz de constituirse en fuente de Derecho Internacional con arreglo al artículo 38.1 c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de Naciones Unidas.

Además, a pesar de los esfuerzos de la OCDE plasmados en la versión de sus Comentarios de 2003, creemos que estos no ofrecen una solución adecuada al problema. Por una parte, los Comen-

y los procedimientos de valoración contenidos en el artículo 16 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

tarios de 2003 vienen, por sí mismos y sin apoyatura en una modificación equivalente en el MC, a proclamar como uno de los objetivos de los CDI la prevención de la elusión y la evasión fiscal y, por otra, a afirmar que, como las normas antiabuso generales de los ordenamientos internos afectan a la determinación del hecho imponible, no pueden entrar en conflicto con los tratados. Nos parece que el planteamiento, además de simplista y, en cierto modo, tendencioso, conduce a resultados que pueden contravenir de raíz el principio de *pacta sunt servanda* que debe inspirar la interpretación de los tratados y, por ello, se hace deseable el retorno a la posición, menos ambiciosa aunque más reflexiva, de las anteriores versiones de los Comentarios.

En cuanto al ordenamiento español, cuando no existan cláusulas en los Convenios que habiliten expresamente para la aplicación de las normas generales antiabuso domésticas –fraude de ley o conflicto en aplicación de la norma–, tal y como ocurre con la mayoría de los tratados firmados con las jurisdicciones tradicionalmente empleadas en la planificación fiscal internacional, podrán plantearse situaciones de conflicto entre tales normas y los tratados siempre que aquellas conduzcan a resultados que puedan contravenir una disposición de estos. Entendemos que en tales situaciones deberá prevalecer el CDI.

Dicho conflicto, que deberá resolverse igualmente a favor del Convenio, podrá manifestarse también en los supuestos de calificación y en los casos en los que la conducta realizada por el contribuyente esté prevista por el legislador en un presupuesto de hecho sustitutivo.

Respecto a la simulación, es precisa alguna reflexión adicional. Si entendemos la simulación como vicio de la causa, el resultado de su declaración únicamente será plenamente compatible con los CDI cuando la simulación sea absoluta (en caso de ausencia de causa, el negocio no existirá y será, por tanto, aceptable que el intérprete del tratado no le reconozca efectos tributarios).

La simulación relativa (entendida como causa distinta de la real), por el contrario, podrá entrar en conflicto con los CDI en los mismos términos que las cláusulas generales antielusión.

Si, en cambio, se entiende la simulación como una discordancia entre la realidad fáctica y lo declarado, no habrá conflicto con los CDI, pues se estará resolviendo una cuestión ajena a las normas legales en concurso.

Finalmente, tras repasar algunos de los pronunciamientos más relevantes sobre la cuestión de los tribunales españoles, concluimos que la cuestión queda muy lejos de estar resuelta en nuestro país. Aunque el TEAC, en algunas resoluciones recientes, se ha aproximado a este asunto de un modo, a nuestro entender, acertado –aunque sin un desmenuzamiento técnico adecuado de la cuestión–, resulta ciertamente inquietante el insólito planteamiento esgrimido por la Administración tributaria y ratificado después por la Audiencia Nacional en sus Sentencias de 21 de mayo y 21 de septiembre de 2009.

En dichos pronunciamientos, la Audiencia Nacional viene a sostener que el artículo 9 del MC de la OCDE es una norma convencional antielusión de alcance general directamente aplicable en aquellos casos en los que exista vinculación entre las partes intervinientes en una transacción.

Esta afirmación contradice las manifestaciones de la doctrina internacional más reputada e, incluso, las propias conclusiones de los Comentarios al MC de la OCDE. En efecto, si existe una cláusula

antielusión convencional en el artículo 9 del MC directamente aplicable capaz, por sí sola, de permitir al intérprete ignorar transacciones efectivamente realizadas pero motivadas por una intención elusiva, como parece argüir el Tribunal, el estudio sobre la compatibilidad entre las cláusulas domésticas y los CDI solo tendría sentido en relación con las conductas elusivas entre partes no vinculadas –situación, por lo demás, difícil de encontrar en la práctica–, pues de existir vinculación, los resultados derivados de la aplicación de la cláusula doméstica antielusión estarían siempre amparados por el artículo 9 del MC y no habría lugar para conflicto alguno entre la norma doméstica y el Convenio aplicable.

Bibliografía

- AHN, K. [2002] en AA.VV.: «Form and Substance in Tax Law». Kluwer Law International Ltd.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C. [1993]: «La construcción del Derecho tributario español: las aportaciones de las doctrinas científica y jurisprudencial». CEF.
- ALMEIDA FERNANDES, J. y DE SOUSA DA CÁMARA [2010]: «Tax Treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions». Portuguese Report. IFA. Cahiers de droit fiscal international. 2010, vol. 95a.
- ARNOLD, B. [2004]: «Tax Treaties and Tax Avoidance: The 2003 Revisions to the Commentary to the OCDE Model». International Bureau of Fiscal Documentation.
- AVERY JONES, J.F. [2002]: «The Effect of Changes in the OECD Commentaries after a Treaty is Concluded». International Bureau of Fiscal Documentation.
- BALLARD, R. y DAVISON, P. [2002] en AA.VV.: «Form and Substance in Tax Law». Kluwer Law International Ltd.
- BANOUN, B. [2002] en AA.VV.: «Form and Substance in Tax Law». Kluwer Law International Ltd.
- BIEWER, S. [2002] en AA.VV.: «Form and Substance in Tax Law». Kluwer Law International Ltd.
- BIEWER, S. y HÖFER, B. [2010]: «Tax Treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions». Luxembourg Report. IFA. Cahiers de droit fiscal international. 2010, vol. 95a.
- CASADO OLLERO, G. [2000]: «Legalidad tributaria y función calificadora de la Administración fiscal» en AA.VV.: *Los negocios anómalos ante el Derecho tributario español*. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
- DEAK, D. y FÖLDES, G. [2002] en AA.VV.: «Form and Substance in Tax Law». Kluwer Law International Ltd.
- DÍAZ, H. [2002] en AA.VV.: «Form and Substance in Tax Law». Kluwer Law International Ltd.
- FALCÓN Y TELLA, R. [1995]: «El fraude a la ley tributaria como mecanismo para gravar determinadas economías de opción I: Su radical diferencia con los supuestos previstos en el artículo 6.4 C.c.». *Quincena Fiscal*.
- [2010]: «La subcapitalización, las ETVE y la planificación fiscal "de riesgo"; Res. TEAC 25 de junio 2009 [PROV 2009, 459101]». *Quincena Fiscal*, Aranzadi, núm. 22/2009.
- FUSTER TOZER, R. y MARÍN BENÍTEZ, G. [2006]: «El artículo 108 de la LMV: ¿norma anti-elusión o nuevo hecho imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas?» en AA.VV.: *El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales: Problemas de naturaleza jurídica*. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
- GARABEDIAN, D. [2002] en AA.VV.: «Form and Substance in Tax Law». Kluwer Law International Ltd.
- GASSNER, W. [2002] en AA.VV.: «Form and Substance in Tax Law». Kluwer Law International Ltd.

- GOYETTE, N. [1999]: «Countering Tax Treaty Abuses: A Canadian Perspective on an International Issue». Canadian Tax Foundation.
- [2003]: «Tax Treaty Abuse: A Second Look». Canadian Tax Journal / Revue Fiscale Canadienne.
- GOYETTE, N. y HALVORSON, P.D. [2010]: «Tax Treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions». Canadian Report. I.F.A. Cahiers de droit fiscal international. 2010, vol. 95a.
- HENSEL, A. [2005]: *Derecho Tributario* (traducción de BAÉZ MORENO, A., GONZÁLEZ-CUÉLLAR, M.L. y ORTIZ CALLE, E.). Marcial Pons.
- IKKALA, J. [2002] en AA.VV.: «Form and Substance in Tax Law». Kluwer Law International Ltd.
- IZERMAN, R. [2002] en AA.VV.: «Form and Substance in Tax Law». Kluwer Law International Ltd.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL [1956]: *Annuaire de l'Institut de droit international*.
- LANG, M. [2001] en ESSERS P. y otros: «Abusive Application of International Tax Agreements. Proceedings of a Seminar held in Munich, Germany, in 2000 during the Congress of the International Fiscal Association». Kluwer Law International Ltd.
- [2003]: «CFC Regulations and Double Taxation Treaties». International Bureau of Fiscal Documentation.
- LEHERISSEL, H. [2002] en AA.VV.: «Form and Substance in Tax Law». Kluwer Law International Ltd.
- LÓPEZ TELLO, J. [2004]: «El conflicto en la aplicación de la norma tributaria», en AA.VV.: *La nueva Ley General Tributaria I*. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
- LUPO, A. [2002] en AA.VV.: «Form and Substance in Tax Law». Kluwer Law International Ltd.
- MAJUMDAR, A.J. y PRASAD SATYA P.V. [2010]: «Tax Treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions». Indian Report. IFA Cahiers de droit fiscal international. 2010, vol. 95a.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. [2002, I]: «Domestic Anti-Abuse Rules and Double Taxation Treaties: a Spanish Perspective. Part I». International Bureau of Fiscal Documentation.
- [2002, II]: «Domestic Anti-Abuse Rules and Double Taxation Treaties: a Spanish Perspective. Part II». International Bureau of Fiscal Documentation.
 - [2004]: «The 2003 Revision of the OECD Commentaries on the Improper Use of Tax Treaties: A Case for the Declining Effect of the OECD Commentaries?». International Bureau of Fiscal Documentation.
- MASSON, G. y PORTER, S. [2002] en AA.VV.: «Form and Substance in Tax Law». Kluwer Law International Ltd.
- MORENO, F. [2002] en AA.VV.: «Form and Substance in Tax Law». Kluwer Law International Ltd.
- MORTON, P. y SYKES, L. [2010]: «Tax Treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions». United Kingdom Report. IFA. Cahiers de droit fiscal international. 2010, vol. 95a.
- NACIONES UNIDAS [1966]: «Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, vol. II».
- OECD COUNCIL [1986]: «Thin capitalisation».
- [1987, I]: «Double taxation conventions and the use of conduit companies report (adopted in Paris by the OECD Council on 27 November 1986)».
 - [1987, II]: «Double taxation conventions and the use of base companies report (adopted in Paris by the OECD Council on 27 November 1986)».
 - [1989]: «Tax treaty override».
 - [2001]: «Draft Contents of the 2002 Update to the Model Tax Convention».
 - [2002]: «Restricting the Entitlement to Treaty Benefits».
 - [2003]: «The 2002 Update to the Model Tax Convention».

- PALAO TABOADA, C. [1995]: «Economía y Derecho en la aplicación de las leyes tributarias». *Revista Crónica Tributaria*.
- [1998]: «¿Existe el fraude a la ley tributaria?». *RCyT*. CEF.
- PEDERSEN, J. [2002] en AA.VV.: «Form and Substance in Tax Law». Kluwer Law International Ltd.
- PÉREZ ROYO, F. [2005]: «La doctrina de los Lores sobre la elusión fiscal (examen de casos recientes)». *Quince-na Fiscal*.
- PETERS G.F., F. y ROELOFSEN, A. [2010]: «Tax Treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions». *Dutch Report*. IFA. *Cahiers de droit fiscal international*. 2010, vol. 95a.
- RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, L. [2009]: «Residencia fiscal, infracciones tributarias y delitos contra la Hacienda Pública». *Diario La Ley*.
- [2010]: *Negocios anómalos y figuras afines en el Derecho tributario*. Tirant Lo Blanch.
- ROSEMBUJ, T. [1993]: *El fraude de ley y el abuso de las formas en el Derecho Tributario*. Marcial Pons.
- SANZ GADEA, E. [2001]: *Medidas antielusión fiscal*. Instituto de Estudios Fiscales.
- [2009]: *Medidas antielusión fiscal*. Instituto de Estudios Fiscales.
- [2010]: «La ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales», *Revista Crónica Tributaria*.
- SCHOELLER, M. [1989]: «The termination of the United States-Netherlands Antilles income tax convention: a failure of US tax policy». *Journal of International Business Law*. University of Pennsylvania.
- SEIJAS, A. y WHITELAW, J. [2002] en AA.VV.: «Form and Substance in Tax Law». Kluwer Law International Ltd.
- SEITZ, G. Y RUIZ ALMENDRAL, V. [2004]: «El fraude a la ley tributaria (análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana)». *RCyT*. CEF.
- SIMCOCK, D. [2002] en AA.VV.: «Form and Substance in Tax Law». Kluwer Law International Ltd.
- SINCLAIR, I.M. [1984]: «The Vienna Convention on the Law of Treaties». Manchester University Press.
- STRENG, W. y YODER, L. [2002] en AA.VV.: «Form and Substance in Tax Law». Kluwer Law International Ltd.
- TAYLOR, C.J. [2002] en AA.VV.: «Form and Substance in Tax Law». Kluwer Law International Ltd.
- VAN WEEGHEL, S. [2010]: «Tax Treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions». *General Report*. IFA. *Cahiers de droit fiscal international*. 2010, vol. 95a.
- VEGA BORREGO, F.A. [2004]: «Comentarios a los Convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (Análisis a la luz del Modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y jurisprudencia española)», Fundación Pedro Barrié de la Maza, Instituto de Estudios Económicos de Galicia.
- VOGEL, K. [1997]: «Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, A Commentary to the OECD, UN- and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital with Particular Reference to German Treaty Practice», Kluwer Law International Ltd.
- WARD, D.A. [1993]: «Abuse of tax treaties», en HERBERT H. ALPERT y VAN RAAD, K.: «Essays on International Taxation», *Series on international taxation*, núm. 15. Kluwer Law International Ltd.
- WASSERMEYER, F. [2003] en ESSERS, P. y otros: «Abusive Application of International Tax Agreements. Proceedings of a Seminar held in Munich, Germany, in 2000 during the Congress of the International Fiscal Association». Kluwer Law International Ltd.
- ZIMMER, F. [2005]: «Tax Domestic Anti-Avoidance Rules and Tax Treaties-Comment on Brian Arnold's Article». *International Bureau of Fiscal Documentation*.
- ZORNOZA, J. y RUIZ ALMENDRAL, V. [2004]: «Interpretación, calificación, integración y medidas antielusión en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria». Consejo General del Poder Judicial.