

DEBER DE CONTRIBUIR, PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PLANIFICACIÓN FISCAL

A propósito de la doctrina del TEAC sobre adquisiciones intra-grupo apalancadas

GLORIA MARÍN BENÍTEZ

Abogada. Uría Menéndez

Extracto:

EL principio de legalidad, según el cual es la ley la que debe establecer el *an* y el *quantum* de la imposición, entra a menudo en conflicto con el principio de capacidad económica, según el cual debería someterse a imposición la riqueza allí donde la riqueza se encuentra.

Esta colisión es inevitable en casos en los que, por razones técnicas o por decisiones legislativas basadas en consideraciones extrafiscales, se producen inconsistencias en el ordenamiento tributario que resultan en la posibilidad de obtener una ventaja fiscal. La ponderación de ambos principios obliga a que el conflicto se resuelva en el caso concreto, y no en el genérico, lo que obliga a entrar a valorar los factores que, a falta de norma anti-abuso específica, cada ordenamiento haya codificado como indicativos de la existencia de un abuso.

Las Resoluciones del TEAC de 17 de mayo de 2007 y de 25 de junio y 8 de octubre de 2009 concluyen que existe fraude de ley en operaciones de planificación fiscal que tienen su origen en una de estas inconsistencias del ordenamiento tributario: en la falta de limitación de la deducción de los gastos financieros incurridos en la financiación de activos (participaciones en otras sociedades) que generan rentas exentas. Y vienen a concluir que existe fraude de ley cuando tanto la adquisición como el endeudamiento tienen lugar en el seno del grupo.

El objeto de este trabajo es analizar los criterios que sientan estas resoluciones para dilucidar si verdaderamente se trata de enervar la ventaja fiscal en casos en los que el contribuyente se ha aprovechado abusivamente de ella o, antes bien, si se trata de eliminar, discrecionalmente y con infracción del principio de legalidad, esa oportunidad en casos en los que no existe un factor determinante de abuso.

Palabras clave: fraude de ley, arbitraje fiscal, principio de capacidad y principio de legalidad.

THE OBLIGATION TO PAY TAXES, THE RULE OF LAW AND TAX PLANNING

Regarding the doctrine of the Central Tax Court on intra-group leveraged acquisitions

GLORIA MARÍN BENÍTEZ

Abogada. Uría Menéndez

Abstract:

THE rule of law provides that the law establishes when and how a tax is to be levied. However, this sometimes clashes with the principle of economic capacity, according to which wealth should always be taxed.

This collision is unavoidable in cases where, due to technical reasons or to lawmaking decisions grounded on non-fiscal considerations, there are inconsistencies in the tax law which result in the possibility of achieving a tax advantage. The weighting of both principles makes it mandatory to solve the conflict on a case by case basis, and not on a general basis. This makes it necessary to assess certain factors which, in the absence of a specific anti-avoidance rule, have been codified as an indication of abuse.

The resolutions of the Spanish Central Tax Court (Tribunal Económico-Administrativo Central) of 17 May 2007, and 25 June and 8 October 2009 concluded that there is fraud in law in tax planning transactions originating from one of these inconsistencies in the tax law: the absence of limitations to the deduction of interest from indebtedness created in the acquisition of assets (shareholdings in other companies) that generate exempt income. These resolutions concluded that there is fraud in law when both the acquisition and the indebtedness are intra-group.

In this article, we analyse the criteria laid down in the mentioned resolutions and determine whether they are truly intended to deny tax advantages in cases where the taxpayer has abused the system or, conversely, whether they purport to eliminate, on a discretionary basis and contrary to the rule of law, such tax advantage in cases where there are no conclusive signs of abuse.

Keywords: fraud in law, tax avoidance, tax arbitrage, rule of law and principle of economic capacity.

Sumario

1. Planteamiento.
2. El concepto de arbitraje fiscal y su distinción de figuras afines: propuesta.
 - 2.1. El concepto de arbitraje fiscal.
 - 2.2. Figuras afines: laguna de Derecho, economía de opción, elusión fiscal.
 - 2.3. El arbitraje fiscal en las adquisiciones intra-grupo apalancadas.
3. El conflicto entre los principios de legalidad y capacidad económica en el arbitraje fiscal.
 - 3.1. El principio de legalidad.
 - 3.2. El principio de capacidad económica y el deber de contribuir.
 - 3.3. El conflicto entre ambos principios en el arbitraje fiscal y el papel de las normas anti-abuso.
4. Las adquisiciones intra-grupo apalancadas y la doctrina administrativa sentada en las Resoluciones del TEAC de 17 de mayo de 2007 y 25 de junio de 2009.
 - 4.1. Norma defraudada.
 - 4.2. Norma de cobertura.
 - 4.3. Propósito de eludir.
 - 4.4. Resultado equivalente.
5. Coda.

1. PLANTEAMIENTO

El 17 de mayo de 2007 el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) (NFJ037627) dictaba una resolución por la que se calificaban como realizadas en fraude de ley diversas compras intra-grupo de filiales que habían sido financiadas con préstamos facilitados por otras sociedades también del grupo. Concretamente, la resolución negaba la deducibilidad de los intereses devengados en el endeudamiento por entender que esa deducción había sido expresamente buscada con el propósito de erosionar la base imponible del grupo en España.

A esta resolución le siguió otra en igual sentido, de fecha 25 de junio de 2009 (NFJ035528), y otra posterior del mismo tenor, de fecha 8 de octubre de 2009 (NFJ036567). Previsiblemente, el rosario de resoluciones continuará durante los próximos años ya que versan sobre la adecuación a Derecho de un tipo de operaciones que, realizadas por un gran número de grupos internacionales a principios de este siglo, provocaron la alarma de la Administración tributaria por el descenso sustancial de las bases imponibles y, con ello, de los impuestos recaudados en España a estos grandes grupos.

Este trabajo tiene por objeto analizar la doctrina administrativa que sienta estas resoluciones. Previamente, sin embargo, hemos querido reflexionar sobre el conflicto que entre los principios de capacidad económica y legalidad se produce cuando nos encontramos ante lo que los autores anglosajones denominan *tax arbitrage* (*arbitraje fiscal*). Y ello porque la batalla judicial que se avecina entre Administración y administrados sobre la licitud a efectos fiscales de las operaciones enjuiciadas en esta doctrina será crucial, pensamos, para determinar la eficacia y los destinatarios del mandato establecido en el apartado 1 del artículo 31 de la Constitución y, también, para determinar la eficacia y alcance del principio de legalidad tributaria referido en su apartado 3 cuando nos encontramos ante situaciones en las que puede plantearse la existencia de un arbitraje fiscal.

2. EL CONCEPTO DE ARBITRAJE FISCAL Y SU DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES: PROPUESTA

2.1. El concepto de arbitraje fiscal

Los economistas definen *arbitraje* como la operación de intercambio de valores, productos o servicios en la que se busca la ganancia aprovechando la diferencia de precios entre unas plazas y

otras; se trata, en suma, de la posibilidad de adoptar posiciones de signo contrario (comprar y vender o tomar prestado y prestar) sobre un mismo producto o servicio en mercados distintos, generándose ganancias por los diferenciales de precio.

Trasladando este concepto al ámbito tributario se entiende por *arbitraje fiscal* (*tax arbitrage*) la obtención de un tratamiento fiscal asimétrico para las distintas facetas de una operación que resulta en la generación de una ventaja fiscal ¹. Por ejemplo, cuando un pago tiene la consideración de renta exenta para el perceptor pero gasto deducible para el pagador. En ocasiones, el tratamiento asimétrico tiene su origen en la descoordinación existente entre los distintos estados a la hora de gravar manifestaciones de riqueza que afectan a varias jurisdicciones; a menudo, ordenamientos jurídicos distintos dispensan un diferente tratamiento fiscal (en cuanto a calificación o en cuanto a gravamen) a una misma renta. En este sentido, ROSENBLOOM ², ROSENZWEIG ³, AVI-YONAH ⁴ o EDGAR ⁵ definen el *arbitraje fiscal internacional* como el aprovechamiento de las inconsistencias entre las normas fiscales de distintos países para conseguir un resultado fiscal más favorable del que hubiera resultado de invertir en una sola jurisdicción.

En cualquier caso, debe hacerse notar que la ventaja, en el arbitraje fiscal, no surge por comparación del tratamiento tributario de la vía elegida para la consecución de un determinado resultado económico con el de otra vía más onerosa fiscalmente. Por ello, nos encontramos con frecuencia que en el arbitraje fiscal no hay otras alternativas para la consecución de los resultados económicos de la operación realizada y que la ventaja fiscal se obtiene, sin distorsión ni forzamiento alguno, de los negocios jurídicos realizados.

2.2. Figuras afines: laguna de Derecho, economía de opción, elusión fiscal

En nuestra doctrina científica, la expresión *arbitraje fiscal* normalmente se reserva a la posibilidad de resolución de los conflictos tributarios (lo que en el ámbito anglosajón se denomina *tax arbitration*), concepto que nada tiene que ver con la cuestión que nos ocupa. No obstante, nos resulta difícil encontrar una expresión distinta en castellano que, en su uso generalizado, comunique los matices que encontramos en la de *arbitraje fiscal*.

Desde luego, no nos parece acertado entender que en casos de arbitraje fiscal nos encontremos necesariamente ante una *laguna de Derecho*, al menos si entendemos ésta, en la formulación de Canaris, como una imperfección de la ley contraria al plan del legislador.

¹ SHAVIRO: «Corporate Tax Shelters in a Global Economy», *The AEI Press*, 2004, pág. 36; RING: «One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage», *Boston College Law Review*, vol. 44, 2002, pág. 106; ROSENZWEIG: «Harnessing the Costs of International Tax Arbitrage», *Virginia Tax Review*, vol. 26, 2007, pág. 566.

² ROSENBLOOM: «International Tax Arbitrage and the International Tax System», *53 Tax Law Review*, 137, 2000.

³ ROSENZWEIG: «Harnessing the Costs (...)», *op. cit.*, pág. 560.

⁴ AVI-YONAH: «Tax Competition, Tax Arbitrage, and the International Tax Regime», *Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n.º 73, 2007, pág. 33.

⁵ EDGAR: «Corporate Income Tax Coordination as a Response to International Tax Competition and International Tax Arbitrage», *Canadian Tax Journal*, 2003, pág. 1.082.

En este sentido, muchas veces las oportunidades de arbitraje fiscal tienen su origen en consideraciones técnicas de carácter fiscal que son perfectamente conocidas y queridas por el legislador⁶ o que se ofrecen intencionadamente por el legislador para el cumplimiento de determinados fines extrafiscales. Difícilmente puede entonces afirmarse que la imperfección de la ley en estos casos sea contraria al plan del legislador.

Igual dificultad encontramos para la calificación del arbitraje fiscal internacional como laguna de Derecho: cuando una determinada renta es gasto deducible en el país del pagador y renta no sometida a imposición en el país de destino, esa oportunidad de arbitraje fiscal ¿al plan de cuál de los dos legisladores involucrados debe considerarse contraria?

El concepto de arbitraje fiscal no es, por tanto, asimilable al de laguna de Derecho.

Tampoco nos parece acertado identificar el concepto de arbitraje fiscal con el de *economía de opción* (cuyos efectos fiscales, plenamente lícitos, son inatacables por la Administración) ni tampoco con el de *fraude de ley tributaria* o *elusión fiscal* (cuyos efectos fiscales, merecedores de un reproche de ilicitud, sí pueden ser corregidos por la Administración).

Que la asimilación a la economía de opción no es acertada queda patente en el hecho de que el arbitraje fiscal se haya en ocasiones definido como la «manipulación o explotación de inconsistencias y discontinuidades del sistema tributario para generar ahorro fiscal» y se haya identificado, entonces, con la planificación fiscal abusiva⁷. Y es que los términos «manipular» y «explotar» connotan la existencia de un abuso. Así la tercera acepción que el Diccionario de la Real Academia Española contempla para el vocablo «manipular» incluye «intervenir con medios hábiles y, a veces, arteros, en la política, en el mercado, en la información, etc., con distorsión de la verdad o la justicia y al servicio de intereses particulares». Y «explotar», también en su tercera acepción, significa «utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera». Sin embargo, no siempre que se materializa el ahorro fiscal resultante de las posibilidades de arbitraje fiscal existe una planificación fiscal abusiva porque no siempre existe esa manipulación o explotación (abusiva, se entiende) de las inconsistencias del ordenamiento tributario. Por ello, tampoco nos parece acertado identificar arbitraje y elusión fiscal o fraude de ley.

Quiere esto decir que el concepto de arbitraje fiscal no prejuzga la licitud o ilicitud de las consecuencias fiscales pretendidas por el contribuyente. Así se deduce, por ejemplo, del razonamiento seguido por el Tribunal Supremo (TS) de los Estados Unidos de América en *Knestch v. United States*, 364 U.S. 361 (1960), aff'g 272 F.2d 200 (2d. Circ.). Se trataba éste de un caso en el que el contribuyente pretendía aprovecharse de la posibilidad que ofrecía la legislación al no limitar la deducibilidad

⁶ Así, por ejemplo, que el fruto de un activo financiero se incluya como mayor valor de adquisición del activo tiene por objeto compensar técnicamente, en la posterior transmisión del activo, el hecho de que en el momento de cobro del fruto éste sea gravado en su totalidad, sin atender a la parte de renta que efectivamente correspondió al adquirente del activo y no a su anterior poseedor. Pero ello puede dar lugar a una ventaja fiscal cuando el fruto no queda sometido a gravamen en manos de su receptor.

⁷ Vid. en Nueva Zelanda, *Report by the New Zealand Committee on Experts on Tax Compliance. Chapter 6: Tax Mitigation, Avoidance and Evasion*; en Sudáfrica, *Discussion Paper on Tax Avoidance and Section 103 of the Income Tax Act 1962 (Act No. 58 of 1962)*; en Reino Unido, *Budget 2005: Avoidance through Arbitrage. Rev. 18 (16 March 2005)*.

de intereses incurridos en la financiación de determinadas inversiones generadoras de rentas exentas. Para el contribuyente, la posibilidad de deducir los intereses se infería con claridad del hecho de que una modificación legislativa posterior hubiera excluido expresamente la deducción. Sin embargo, el TS estadounidense aclara que aunque la reforma legislativa iba encaminada, efectivamente, a terminar con la posibilidad del arbitraje fiscal, ello no quiere decir que todas las operaciones que se aprovecharan de éste antes de la reforma fueran incuestionables: para el TS estadounidense eso sólo ocurriría cuando el endeudamiento hubiera sido real y no ficticio ⁸.

En este sentido, la expresión que quizá mejor se acomode a este concepto de arbitraje fiscal sea la de «economías de opción indeseadas» utilizada por nuestro Tribunal Constitucional (TC) en sus Sentencias 46/2000, de 17 de febrero (NFJ008490), y 54/2006, de 27 de febrero (NFJ022399). En el bien entendido de que la indeseabilidad de una conducta es una consideración *de lege ferenda* que no basta por sí sola para denegar las consecuencias que a esa conducta le corresponden *de lege lata*.

2.3. El arbitraje fiscal en las adquisiciones intra-grupo apalancadas

Una posibilidad muy conocida de que se produzca arbitraje fiscal es la de admitir la deducción de gastos incurridos en la adquisición de activos que generan rendimientos exentos, que era el caso examinado en *Knetch v. United States, cit.*, y que es justo el arbitraje fiscal que la doctrina del TEAC, cuyo comentario nos ocupa, califica como fraude de ley tributaria.

En efecto, el régimen especial de sociedades de cartera o *holdings* españolas (bautizadas como *Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros*, ETVE) permite la exención de los dividendos y plusvalías procedentes de determinadas participaciones en entidades no residentes pero, a diferencia de otros regímenes *holding* de nuestro entorno (como el alemán, el belga, el luxemburgués o el holandés ⁹), no limita la deducción de los gastos asociados a esa inversión generadora de rentas exentas.

Con ello, se posibilita que las *holdings* puedan convertirse en generadoras de bases imponibles negativas («fábricas de impuestos negativos» se las ha llegado a llamar) a compensar tanto con otras rentas obtenidas por las propias *holdings*, como con las bases imponibles obtenidas por otras sociedades de su grupo. Esta posibilidad de arbitraje fiscal, indeseable o no, no puede decirse que fuera contraria al plan del legislador dado que, con la redacción original de la Ley 43/1995, el propio legis-

⁸ En palabras del TS estadounidense:

«The petitioners contend, however, that the Congress, in enacting § 264 of the 1954 Code, authorized the deductions. They point out that § 264(a)(2) denies a deduction for amounts paid on indebtedness incurred to purchase to carry a single premium annuity contract, but only as to contracts purchased after March 1, 1954. The petitioners thus would attribute to Congress a purpose to allow the deduction of pre-1954 payments under transactions of the kind carried on by Knetch with the insurance company without regard to whether the transactions created a true obligation to pay interest. Unless that meaning plainly appears, we will not attribute it to Congress. "To hold otherwise would be to exalt artifice above reality and to deprive the statutory provision in question of all serious purpose." *Gregory v. Helvering*, supra, pág. 293 U. S. 470. We therefore look to the statute and materials relevant to its construction for evidence that Congress meant in § 264(a)(2) to authorize the deduction of payments made under sham transactions entered into before 1954. We look in vain».

⁹ *Vid.* DE GRADO, J. y MORILLA, B.: «Regímenes tributarios de entidades *holding* y su comparación con el régimen de las ETVE de la Ley 43/1995», *Impuestos*, 1998, tomo 2, pág. 73.

lador había establecido medidas concretas contra su aprovechamiento (necesidad de que la ETVE tuviera como objeto social exclusivo o dominante la tenencia de participaciones en entidades extranjeras¹⁰, incompatibilidad del régimen de ETVE con el de consolidación fiscal¹¹), que fueron posteriormente eliminadas en el ejercicio 2000¹² como medida adicional en la senda iniciada en 1996 para convertir a la ETVE en instrumento de canalización del capital exterior hacia España para ser reinvertido nuevamente en el exterior¹³.

Y es que, según reconocen todos los comentaristas del régimen, el objetivo de estas medidas era el de permitir que las ETVE compitieran con otros regímenes *holding* de nuestro entorno en atraer inversión extranjera destinada al exterior¹⁴. Esto es, con independencia de su mayor o menor fortuna, el arbitraje fiscal es, en este caso, fruto de una decisión del legislador español para hacer más atractivo el régimen de las sociedades *holding* en comparación con sus competidores¹⁵.

Por otro lado, además de estas razones de política legislativa, el tratamiento fiscal del que resulta la ventaja fiscal se encuentra avalado por consideraciones técnicas ya que la exención viene a compensar el hecho de que las rentas hayan sido gravadas en el país en que reside la sociedad participada¹⁶, por lo que, desde un punto de vista técnico y mirando la operación en su conjunto (*i. e.*, tomando en consideración también el impuesto sobre la filial), puede discutirse, en realidad, la existencia de arbitraje fiscal alguno.

Se plantea entonces si las consecuencias fiscales de estas operaciones (*i. e.*, la deducción de los intereses incurridos en la adquisición de las filiales) deben ser admitidas o si, por el contrario, pueden ser denegados los efectos de estos negocios jurídicos y, en este último caso, cuándo y bajo qué circunstancias procede dicha denegación¹⁷.

¹⁰ Redacción original del artículo 129.1 de la Ley 43/1995, que dificultaba que las propias ETVE obtuvieran rentas no exentas con las que aprovechar las bases impositivas negativas derivadas del arbitraje fiscal.

¹¹ Artículo 129.3 de la Ley 43/1995, redacción original, con lo que el arbitraje fiscal tampoco podría ser aprovechado por otras entidades del grupo. En este sentido, LÓPEZ RIBAS («Tributación de la Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros española y de sus socios», *Crónica Tributaria*, n.º 98, 2001) explica con claridad cómo la incompatibilidad del régimen de las ETVE con el régimen de los grupos de sociedades pretendía evitar que las bases impositivas negativas se compensasen con las bases impositivas positivas del resto de las entidades del grupo.

¹² Con el Real Decreto-Ley 3/2000 y su posterior ley de convalidación, Ley 6/2000, de 13 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales urgentes de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa.

¹³ LÓPEZ RIBAS: «Tributación de la Entidad (...)», *op. cit.*

¹⁴ GONZÁLEZ NARBONA: «Cuáles son las ventajas reales del régimen español de sociedad *holding* (ETVE)», *Gaceta Fiscal*, n.º 172, 1999; PALACIOS PÉREZ y CALVO SALINERO: «La *holding* española como plataforma de inversiones en el exterior», *Nuevas tendencias en Economía y Fiscalidad Internacional*, ICE, n.º 825, 2005; ALMUDÍ CID: «Planificación fiscal internacional a través de sociedades *holding*», *Documentos IEF* 24/06; LAORDEN; ARQUÉS (dir.): «Comentarios al Impuesto sobre Sociedades. Tomo II. Regímenes Especiales», Civitas, 1998; LÓPEZ-TELLO y DÍAZ-AGUADO: «Régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros», en RUBIO GUERRERO (dir.): *Manual del Impuesto sobre Sociedades*, IEF, 2003.

¹⁵ ALMUDÍ CID: «Planificación fiscal internacional (...)» *op. cit.*

¹⁶ SANZ GADEA: «El régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros en la Ley 6/2000», *Tribuna Fiscal*, n.º 130-131, 2000, pág. 101.

¹⁷ Debemos hacer notar cómo en esta discusión entra de refilón un factor adicional (al que las resoluciones administrativas comentadas restan aparentemente importancia pero que se revelan a la postre cruciales en la calificación de las operaciones como fraudulentas) que es el siguiente: al arbitraje fiscal puramente «doméstico» puede sumársele, en las operaciones enjuiciadas, uno internacional si resulta que en la jurisdicción de residencia de la sociedad prestamista los intereses no quedan sujetos a tributación.

3. EL CONFLICTO ENTRE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y CAPACIDAD ECONÓMICA EN EL ARBITRAJE FISCAL

3.1. El principio de legalidad

El principio de legalidad, piedra angular del Estado de Derecho¹⁸, hace referencia a una forma de organización de la vida social mediante un gobierno de leyes y no de hombres. La preferencia de la *rule of law* sobre la *rule of men* es así nota fundamental del principio de legalidad.

En nuestro ordenamiento, el principio de legalidad, formulado en el artículo 9.3 de nuestra Constitución como uno de sus principios básicos, viene después precisado para el ámbito tributario en su artículo 31 cuando, tras proclamar en su apartado primero el deber de todos los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante un sistema tributario justo, señala en su apartado tercero que «sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley».

El principio de legalidad se encuentra también inmanente en la propia definición del tributo como obligación *ex lege* de entregar una suma de dinero al ente público destinada a financiar el gasto público¹⁹. Se subraya así que el origen de la prestación no se encuentra en la voluntad de los sujetos ni en la naturaleza de las cosas sino que la obligación surge por imposición de la ley, por un *momento de vinculación positivista* (en la expresión de Werner FLUME) que anuda a un determinado hecho, acto o negocio la consecuencia o efecto jurídico consistente en la obligación de pago del tributo.

Con ello, el principio de legalidad tributaria cumple una función democrática (de participación del pueblo en la elaboración de las normas que regulan su vida social²⁰) y de garantía de autoimposición (en cuanto que ley en sentido formal, como norma de creación parlamentaria, es la expresión más genuina y representativa de la voluntad popular). *Nullum tributum sine representatione* y *no taxation without representation* son los aforismos que reflejan esta faceta del principio de legalidad.

Pero en un Estado de Derecho, el principio de legalidad desempeña también funciones de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley con origen en el hecho de que la ley, en sentido material, establece un mandato conocido y aplicable con carácter general.

El hecho de que en la *rule of law*, a diferencia de en la *rule of men*, el mandato sea conocido permite dar respuesta a la doble necesidad de que el individuo pueda conocer las consecuencias de sus

¹⁸ RODRÍGUEZ BEREJO: «Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española», *Revista de Derecho Financiero*, Civitas, n.º 100, 1998, pág. 598; GARCÍA DE ENTERRÍA: «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución» en la obra del mismo autor», *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, 1984, págs. 87 y ss.

¹⁹ En este sentido, el artículo 2.1 de la LGT define los tributos como «los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración Pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la Ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos».

²⁰ *Vid.* SCALIA: «*A matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*», Princetown University Press, 1997, págs. 9 y ss.

actuaciones frente a las actuaciones de otros individuos y pueda confiar en que el Derecho las protegerá si, precisamente, se han conformado con arreglo a la legalidad²¹. Necesidades estas, de seguridad y de certeza, que son, al fin y al cabo, la causa última del surgimiento de todo el Derecho²² y que exigen tanto exactitud de la regla aplicable y de su contenido como previsibilidad de la acción propia y ajena²³.

Pero es que, además, el hecho de que en la *rule of law* el mandato sea aplicable con carácter general permite también satisfacer los requisitos del principio de igualdad dado que la ley, por su desconsideración hacia lo singular, puede dar respuesta a las distintas situaciones de la vida social y asegurar, así, la igualdad de trato entre los individuos.

En el arbitraje fiscal, la ley establece, como hemos visto, un tratamiento fiscal asimétrico para dos facetas de una misma operación que permite, *ipso iure*, la obtención de una ventaja fiscal. En la medida en que esta ventaja fiscal pueda ser utilizada para reducir la tributación correspondiente a otras rentas obtenidas por el sujeto pasivo, puede producirse un quebranto del principio de capacidad económica que en nuestro ordenamiento viene reconocido en el artículo 31.1 de la Constitución cuando dispone que «todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad».

Se plantea, entonces, si el arbitraje fiscal debería en todo caso ser corregido dando eficacia directa y prioritaria al referido mandato constitucional.

3.2. El principio de capacidad económica y el deber de contribuir

Es indiscutible que el artículo 31.1 de la Constitución tiene, como los demás preceptos constitucionales, pleno poder normativo [SSTC 16/1982 (FJ 1.º) y 80/1982 (FJ 1.º)]. En esto, la Constitución de 1978 se separa del constitucionalismo decimonónico en el que los deberes constitucionales (en especial los de prestación personal en la defensa de la patria y los de prestación patrimonial para subvenir a los gastos públicos) representaban exigencias éticas o morales derivadas de la pertenencia a una comunidad política pero cuyo incumplimiento no llevaba aparejado sanción alguna²⁴.

La referencia constitucional a la capacidad económica como criterio informador de los tributos, que tiene en su origen un valor puramente programático, adquiere por tanto relevancia jurídica cuando a la parte dogmática de las constituciones se le atribuye valor normativo²⁵. Pero que el artículo 31.1 de

²¹ CASTILLO BLANCO: «El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho», *Documentación administrativa*, n.º 263-264, 2002, pág. 33.

²² RECASENS SICHES: *Tratado general de filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, 1981, pág. 220.

²³ En este sentido, la STC 195/1994 (NFJ003403) (FJ 3.º) indica que el estatuto del contribuyente integrado por derechos y deberes «debe poseer unos razonables niveles de certeza normativa que contrapesen las limitaciones legales al ejercicio de derechos individuales que la Constitución autoriza».

²⁴ RODRÍGUEZ BEREJO: «El deber de contribuir como deber constitucional. Su significado jurídico», *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, n.º 125, 2005, págs. 6-7.

²⁵ PALAO TABOADA: «Nueva visita al principio de capacidad contributiva», *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, n.º 124, 2004, pág. 768.

la Constitución tenga valor normativo y sea jurídicamente relevante no quiere decir, sin embargo, que las obligaciones tributarias que la Administración puede exigir a los administrados tengan su fuente inmediata en dicho precepto²⁶.

En un Estado de Derecho, los deberes de prestación con fundamento en el poder de imperio del Estado y que se imponen coactivamente sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerlos, han de tener necesariamente su base en la ley²⁷. Así se desprende claramente del artículo 31.3 de la Constitución Española cuando señala que sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley. Por tanto, el principio de capacidad económica, por sí solo, no basta para imponer obligaciones tributarias a los contribuyentes: la Administración tributaria no dispone de ninguna esfera de acción en la que pueda libremente exigir sus pretensiones al obligado tributario con suprema voluntad y la sujeción del contribuyente al impuesto surge de la propia observancia de la norma jurídica²⁸.

Quiere esto decir, que el deber de contribuir con arreglo a la capacidad económica tiene un carácter abstracto, inespecífico y general que sólo puede concretarse en una obligación jurídica mediante el concurso del legislador y, por ello, como afirma RODRÍGUEZ BEREJO²⁹, este deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos requiere, para su completa exigibilidad, de una norma que los regule concretando los términos en que ha de consistir el comportamiento debido que la Constitución impone.

Sin el concurso de la ley, el deber de contribuir con arreglo a la capacidad económica es, para los contribuyentes, jurídicamente irrelevante, en el sentido kelseniano de que es una norma que prescribe una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción.

Y ello, en primer lugar, porque la eficacia jurídica del principio de capacidad económica se dirige más al sujeto activo (poder tributario) que al sujeto pasivo de la relación tributaria. El principio de capacidad económica opera como un límite al poder legislativo en materia tributaria encaminado a evitar una excesiva discrecionalidad del legislador en este ámbito³⁰. En este sentido, debe recordarse que la tesis doctrinal mayoritaria entiende que el principio de capacidad económica prohíbe las discriminaciones arbitrarias y que su naturaleza, por tanto, es básicamente negativa, encaminada a la eliminación

²⁶ Y ello, aunque el TC haya afirmado [STC 76/1990 (NFJ000802), de 26 de abril, FF.JJ. 3.º y 9.º] que «para los ciudadanos el deber de contribuir implica, más allá del genérico sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que el artículo 9.1 de la Norma fundamental impone, una situación de sujeción y de colaboración con la Administración tributaria en orden al sostenimiento de los gastos públicos (...)». RODRÍGUEZ BEREJO («El deber de contribuir (...)», *op. cit.*, págs. 15-16) critica cómo con estas palabras el TC parece retomar una concepción de la relación jurídico-tributaria como una relación de poder (según la doctrina elaborada por la escuela alemana del Derecho público –GERBER, Otto MAYER– en la segunda mitad del siglo XIX) que se encuentra superada, con el advenimiento del Estados de Derecho por la dogmática de la relación obligacional tributaria –NAWIASKY, HENSEL, BLUMENSTEIN, GIANNINI, JARACH–.

²⁷ RODRÍGUEZ BEREJO: «El deber de contribuir (...)», *op. cit.*, pág. 20.

²⁸ RODRÍGUEZ BEREJO, *loc. cit.* pág. 17.

²⁹ RODRÍGUEZ BEREJO: «Una vuelta de tuerca al principio de capacidad económica. Comentario al ATC 71/2008, de 26 de febrero», *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, n.º 142, 2009, pág. 21.

³⁰ MOSCHETTI: «Orientaciones generales de la capacidad contributiva», trad. de GOROSPE OVIEDO, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n.º 263, 2003, págs. 519-520.

de injusticias más que al establecimiento de una ordenación justa³¹. En otra tesis, el principio de igualdad se limita a establecer la obligación de igual trato a situaciones iguales y es el principio de capacidad económica el que, en el ámbito tributario, aporta los criterios o parámetros que permiten establecer esa comparación³², permitiendo hacer así efectivo en este ámbito el concepto aristotélico de justicia distributiva³³. Pero en cualquiera de estas dos aproximaciones, el principio de capacidad económica, como criterio de enjuiciamiento de la legislación fiscal, constituye un mandato al legislador (y no al contribuyente) que ve limitada así su discrecionalidad y sus posibilidades de elección en materia tributaria³⁴. El principio de capacidad económica cumple así una función garantista –en cuanto que veda al legislador el gravamen de hechos que no supongan manifestación de riqueza– y una función también solidaria –en cuanto que el legislador queda obligado a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra–³⁵, pero por sí solo no permitiría generar obligaciones a cargo de los administrados.

En segundo lugar, porque la capacidad económica no es un auténtico principio constitucional si entendemos que éstos deben ser, en la expresión utilizada por el profesor ARAGÓN³⁶, «Derecho condensado». Un principio es «Derecho condensado» cuando, aunque no esté determinada la relación entre este principio y las normas en que ha de transmutarse, esa transmutación se produzca efectivamente de forma que la tarea del aplicador del Derecho (y de ese principio jurídico constitucional) sea, precisamente, descubrir las reglas que resultan coherentes y necesarias para su desarrollo.

Pues bien, partiendo de esta concepción de los principios constitucionales, se ha cuestionado si la capacidad económica es un auténtico principio jurídico constitucional específico y autónomo del Derecho tributario o, más bien, un principio político que informa, junto con otros, el Derecho constitucional económico³⁷.

Así, PALAO TABOADA ha afirmado la condición del principio de capacidad económica como mero orientador de una tónica jurídica en materia tributaria y se ha mostrado contrario a su consideración como principio jurídico, si entendemos que de éstos debe poder obtenerse unas directrices razonablemente operativas para la regulación de una materia concreta³⁸. En esta misma línea, PÉREZ

³¹ Tesis de la interdicción de la arbitrariedad formulada por LEIBHOLZ a partir de la jurisprudencia constitucional americana y suiza, que es acogida posteriormente en Alemania y en Italia. Vid. PALAO TABOADA: «Los principios de capacidad económica e igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Revista Española de Derecho Financiero Civitas*, n.º 88, 1995.

³² Tesis de TIPKE, *vid.* de este autor, *Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes. (Bestuerungsmoral un Steuer-moral)*, trad. de HERRERA MOLINA, Marcial Pons, 2002.

³³ RADBRUCH: «Introducción a la Filosofía del Derecho», *Breviarios del Fondo de Cultura*, México, Sexta reimpresión, 1998, pág. 32.

³⁴ GONZÁLEZ GARCÍA: *El fraude a la Ley Tributaria en la Jurisprudencia*, Aranzadi, 2001, pág. 35; MOSCHETTI: «Orientaciones generales (...)», *op. cit.*, págs. 520-522 con mayores referencias.

³⁵ SSTC 27/1981, de 20 de julio (NFJ000001), FJ 4.º; 150/1990, de 4 de octubre (NFJ004014), FJ 9.º; 221/1992, de 11 de diciembre (NFJ002247), FJ 7.º; 233/1999, de 16 de noviembre (NFJ008394), FJ 14.º.

³⁶ ARAGÓN: «La eficacia jurídica del principio democrático», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, n.º 24, septiembre-diciembre 1988.

³⁷ PÉREZ DE AYALA: *Algunos problemas interpretativos del artículo 31.1 de la Constitución Española en un contexto jurisprudencial*, Thomson Civitas, Pamplona, 2008, págs. 47 y ss.

³⁸ PALAO TABOADA: «Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva», en VV.AA.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro (II)*, Ed. Tecnos, 1976, págs. 375-426; «Los principios de capacidad económica (...)», *op. cit.*, pág. 13; «Nueva visita al principio de capacidad contributiva», *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, 124, 2004.

DE AYALA ha señalado la incapacidad del principio de capacidad económica para transmutarse en reglas concretas debido a que en el ámbito del Derecho tributario entran en juego conceptos elaborados por las ciencias económicas en el marco de un discurso que, no sólo no es jurídico sino que, además, es opinable ³⁹.

El principio de capacidad económica, si bien debe inspirar el ordenamiento tributario, no es la premisa de la que puedan deducirse todas sus normas concretas, ni de él pueden deducirse reglas operativas para el diseño del sistema tributario en su conjunto o de impuestos singulares ⁴⁰, ni impide que el legislador pueda configurar el presupuesto de hecho del tributo teniendo en cuenta consideraciones extrafiscales [STC 37/1987 (NFJ000269)]. Así, el TC ha señalado que «el principio de capacidad económica no es un axioma del que puedan extraerse, por simple deducción lógica, consecuencias positivas precisas y concretas, sobre la particular regulación de cada figura tributaria» [STC 221/1992, de 11 de diciembre (NFJ002247)].

3.3. El conflicto entre ambos principios en el arbitraje fiscal y el papel de las normas anti-abuso

La cuestión de si el principio de capacidad económica permite negar de plano la posibilidad en Derecho del arbitraje fiscal debe entonces responderse en sentido negativo: no es legítimo pretender negar la licitud de las oportunidades de arbitraje fiscal que ofrece el ordenamiento invocando el principio de capacidad económica y sin apoyo de una norma legal porque ello significaría ignorar otros principios constitucionales como el de reserva de ley ⁴¹. Quiere esto decir que la indeseabilidad de una economía de opción (por utilizar la expresión acuñada por el TC y entendiendo la indeseabilidad como la contrariedad al principio de capacidad económica) no lleva aparejada *per se* su ilicitud.

Es una norma legal y no el principio de capacidad económica la que nos debe indicar si las oportunidades de arbitraje fiscal deben o no ser admitidas en un caso concreto. Y a falta de una norma anti-abuso específica para un concreto arbitraje fiscal, habrá que acudir a la norma anti-abuso de carácter general que, en su caso, exista en el ordenamiento jurídico de que se trate ⁴².

Serán las normas anti-abuso vigentes en cada ordenamiento las que indiquen entonces cuándo el contribuyente se aprovecha abusivamente del arbitraje fiscal y cuándo no.

³⁹ PÉREZ DE AYALA, *loc. cit.*

⁴⁰ PALAO TABOADA: «Nueva visita al principio (...)», *op. cit.*, pág. 769. Apunta el mismo autor en otro lugar –«Apogeo y crisis (...)», *op. cit.*, pág. 391– cómo la idea contraria fue defendida por la doctrina italiana anterior al último cuarto del siglo XX que «creyó haber hallado en la capacidad contributiva el concepto clave para juzgar la legitimidad de las leyes fiscales y por ende, para fijar los límites del poder tributario» de forma que, en el concepto de capacidad contributiva, estarían comprendidos los criterios de imposición «que bastaría desarrollar para obtener en sus líneas esenciales el sistema tributario prefigurado por las leyes fundamentales» y cómo (ib., pág. 400) «la inutilidad de los penosos esfuerzos de la doctrina por delimitar conceptualmente el concepto de capacidad contributiva, ha llevado a algunos autores a abandonar la aspiración inicial de erigir dicho concepto en el criterio exclusivo de justicia tributaria y, aun sin abandonarlo por completo, a reducir su papel a límites mucho más modestos».

⁴¹ MOSCHETTI: «Orientaciones generales (...)», *op. cit.*, pág. 525; GARCÍA NOVOA: *La cláusula general anti-elusiva en la nueva Ley General Tributaria*, Marcial Pons, 2004, pág. 101.

⁴² BOYLE: «Cross Border Tax Arbitrage-Policy Choices and Political Motivations», *British Tax Review*, n.º 5, 2005, pág. 529.

En los casos que nos ocupan, como las operaciones enjuiciadas se realizaron antes de la entrada en vigor de la Ley 58/2003, la Administración ha acudido a la norma reguladora del fraude de ley tributaria contenida en el artículo 24 de la derogada Ley 230/1963. Como es sabido, esta norma disponía, en su párrafo primero, que «para evitar el fraude de ley se entenderá que no existe extensión del hecho imponible cuando se graven hechos, actos o negocios jurídicos realizados con el propósito de eludir el pago del impuesto, amparándose en el texto de normas dictadas con distinta finalidad, siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible» y apuntaba, en su apartado 2, que «los hechos, actos o negocios jurídicos ejecutados en fraude de ley tributaria no impedirán la aplicación de la norma tributaria eludida ni darán lugar al nacimiento de las ventajas fiscales que se pretendía obtener mediante ellos» (el subrayado es nuestro).

Son cuatro, entonces, los requisitos para la existencia de fraude de ley: norma defraudada, norma de cobertura, propósito de eludir y resultado equivalente al derivado del hecho imponible.

Nos gustaría en las líneas que siguen enjuiciar la forma en que la doctrina administrativa que nos ocupa entiende cumplidos estos cuatro requisitos. En el bien entendido de que, en nuestra opinión, si la adecuación de Derecho de las operaciones que nos ocupan debe dilucidarse bajo la aplicación de normas anti-abuso de carácter general, no cabe la existencia de una respuesta preconcebida a esta cuestión, sino que dicha respuesta debería ser fruto del análisis particular de las concretas circunstancias de cada caso. Y en este sentido, el hecho de que se trate de operaciones intra-grupo que producen una evidente ventaja fiscal, no debería ser determinante ni el único fundamento a su declaración como fraude de ley dado que dicha ventaja fiscal surge de la propia configuración del ordenamiento tributario y dado que la realización de operaciones entre sociedades de un mismo grupo es, a efectos fiscales, plenamente lícita y eficaz ⁴³.

4. LAS ADQUISICIONES INTRA-GRUPO APALANCADAS Y LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA SENTADA EN LAS RESOLUCIONES DEL TEAC DE 17 DE MAYO DE 2007 Y 25 DE JUNIO DE 2009

4.1. Norma defraudada

En el fraude de ley la existencia de una norma defraudada es crucial. Y ello porque, como señaló el TS en su Sentencia de 13 de junio de 1959, la esencia del fraude de ley no pivota en los motivos de las partes sino en la interpretación de las normas tributarias en liza. De esta forma, nos decía el Alto Tribunal, para calificar un negocio como realizado en fraude de ley «no es necesario que la persona o personas que realicen el acto o actos en fraude tengan intención o conciencia de burlar la ley, ni consiguientemente la prueba de la misma, porque el fin último de la doctrina del fraude es la defensa del cumplimiento de las leyes, no la represión del concierto o intención maliciosa de la que se encargan otras instituciones».

⁴³ Sobre todo cuando se respeta el principio de empresa independiente o valoración a mercado de las operaciones; esto es, cuando las operaciones se realizan entre sociedades del mismo grupo como si se hubieran realizado con terceros independientes. ¿Por qué negar en esas circunstancias una ventaja fiscal que sí resultaría aplicable a las mismas operaciones de haber sido realizadas entre terceros? ¿No supone esto una quiebra del principio de igualdad ante la ley?

Entendemos así, que una norma anti-abuso basada en la dogmática del fraude de ley, que es el caso que nos ocupa, no introduce criterios distintos a los de interpretación jurídica de las normas para determinar si cabe denegar las consecuencias fiscales pretendidas por el contribuyente. Y, desde luego, lo que no introduce son eventuales juicios de motivos económicos válidos o de sustancia económica.

4.1.1. *La inexistencia de resultado contrario al ordenamiento jurídico*

Para ver si tenemos un resultado contrario al ordenamiento jurídico es preciso entonces analizar las normas tributarias en liza y ver si, con los criterios de interpretación jurídica contenidos en el artículo 3.1 del Código Civil, realmente se produce vulneración jurídica alguna.

En el caso de las normas de las que resulta el arbitraje fiscal cuestionado:

- a) Los **antecedentes legislativos** indican que, con la redacción original de la Ley 43/1995, el legislador, consciente de que la deducción irrestricta de gastos asociados a rentas exentas convertía a las ETVE en «fábricas de impuestos negativos», estableció límites expresos al aprovechamiento de las ventajas fiscales generadas que fueron suprimidos posteriormente en una reforma legislativa en la que se concedían a las ETVE y a las sociedades *holdings* en general importantes beneficios.
- b) Todo apunta a que la **finalidad** del legislador era convertir a las ETVE en un régimen competitivo con el de otras sociedades *holdings* de nuestro entorno y a que, por tanto, se pretendía atraer inversiones en el exterior de grupos multinacionales que hasta la fecha se mantenían en sociedades de cartera extranjeras.
- c) El **contexto normativo** de las normas aplicadas es revelador de un propósito de promover la transmisión de las inversiones en el exterior de grupos internacionales, desde las *holdings* tradicionales a las nuevas ETVE españolas:
 - El propio artículo 21.1 a) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) permite tomar en consideración el periodo en que la participación hubiera sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades del mismo grupo de sociedades a efectos del cómputo del año mínimo de tenencia exigido para la exención.
 - No existe ninguna norma específica que permita enervar el efecto fiscal normal y propio de las operaciones enjuiciadas por el hecho de llevarse a cabo con otras sociedades del grupo. Porque, introducir una norma específica en situaciones que, de no existir la norma, habría que calificar como incluidas dentro de la libre autonomía privada, es lo que hace el legislador cuando trata de enervar el efecto fiscal normal y propio de operaciones intra-grupo. Lo hace en el propio artículo 21 del TRLIS [apartados 2 c) y 4]; en el 11.4 b), sobre amortización del inmovilizado; en el 12.6, sobre amortización del fondo de comercio; en el 19.6, sobre reversión del deterioro, o en el 35.2.b) 3, sobre el cómputo de la base de la deducción por actividades de innovación tecnológica, por citar algunos.

No parece entonces que una interpretación de las normas aplicadas según el sentido propio de sus palabras y atendiendo a su contexto, antecedentes legislativos y finalidad permitan llegar a la conclusión de que estas operaciones produzcan un resultado contrario al ordenamiento.

La ventaja fiscal, en este caso, viene determinada por la propia configuración del ordenamiento y no sólo no es contraria al plan del legislador sino que, antes bien, ha sido consentida y creada *ex professo* por éste.

4.1.2. *Las dificultades para considerar los artículos 4 y 10 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades como normas defraudadas*

Entienden, sin embargo, las resoluciones comentadas que las normas defraudadas son el artículo 4 de la LIS (a cuyo tenor constituye el hecho imponible la obtención de renta por el sujeto pasivo) y el artículo 10 del mismo texto legal (relativo a la determinación de la base imponible del impuesto).

Admitir la deducción de gastos relacionados con activos generadores de rentas exentas puede conllevar, *per se*, un conflicto con el artículo 4 de la Ley del Impuesto que declara como hecho imponible la obtención de renta por el sujeto pasivo. Y es que este conflicto va intrínseco en la propia existencia de un arbitraje fiscal.

Sin embargo, es evidente que, entre una norma tan genérica como el artículo 4 de la Ley del Impuesto, y las normas concretas que luego establecen exenciones para determinados tipos de renta y que no introducen limitación alguna en los gastos deducibles relacionados con dichas rentas, el mandato de las segundas prevalece sobre el de la primera.

El propio TEAC así lo admite en las resoluciones comentadas cuando permite que los grupos de sociedades se deduzcan las bases imponibles negativas generadas por las ETVE en inversiones fuera del grupo o que han sido financiadas por terceros ajenos al grupo. Si la misma afronta al artículo 4 de la ley (cuando declara como hecho imponible la obtención de renta por los grupos españoles) se produce en un caso y en otro, ¿por qué ha de ser la pertenencia o no de las partes involucradas a un mismo grupo el elemento crucial para que prevalezca en un caso el artículo 4 y en el otro la deducción de los gastos financieros? ¿No supone esto una quiebra del principio de igualdad ante la ley? En realidad, que el elemento crucial para diferenciar unos casos de otros sea el hecho de que la financiación venga proporcionada por otras sociedades del grupo es indicativo de que, en última instancia, lo que la Administración pretende es suplir la inexistencia de la norma que enervaría el efecto fiscal normal y propio de préstamos intra-grupo que financian inversiones generadoras de rentas exentas. No nos parece, sinceramente, que ésta sea labor de la Administración, ni que ésta sea la función encomendada al fraude de ley tributaria.

Sobre todo en un caso en el que puede pensarse que la inexistencia de esa norma no es involuntaria puesto que poco tiempo después de aprobada la Ley 6/2000 ya se había llamado la atención sobre los efectos de su inexistencia⁴⁴, parece que en varias ocasiones desde la propia Administración

⁴⁴ Vid. SANZ GADEA (2001): «El régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros en la Ley 6/2000» publicado en *Tribuna Fiscal*, n.º 130/131; LÓPEZ RIBAS, *op. cit.*

se había planteado su modificación ⁴⁵ y diez años después sigue sin haberse adoptado ninguna medida legislativa al respecto.

En cualquier caso, nos gustaría apuntar que entender que la norma defraudada es el artículo 4 de la Ley del Impuesto equivale a invocar el principio de capacidad económica para soslayar los efectos de las normas concretas que, al establecer la exención para ciertas rentas obtenidas por las ETVE, no restringen en modo alguno la deducibilidad de los gastos asociados a estas rentas.

Y ya hemos dicho que esa invocación del principio de capacidad económica no nos parece correcta porque éste, según reiterada doctrina de nuestro TC, constituye un mandato y un límite al legislador que queda obligado «a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentre» [SSTC 27/1981, de 20 de julio (NFJ000001), FJ 4.º; 150/1990, de 4 de octubre (NFJ004014), FJ 9.º; 221/1992, de 11 de diciembre (NFJ002247), FJ 7.º; 233/1999, de 16 de diciembre (NFJ008394), FJ 14.º], pero no constituye, sin embargo «un axioma del que puedan extraerse, por simple deducción lógica, consecuencias positivas precisas y concretas, sobre la particular regulación de cada figura tributaria» [STC 221/1992, de 11 de diciembre (NFJ002247)] ni un principio que, por sí solo y sin el concurso de la ley, pueda imponer obligaciones a los ciudadanos. No puede hacerse recaer sobre los administrados que aplican la ley en sus justos términos el reproche de que el legislador *no haya buscado la riqueza allí donde la riqueza se encontraba* o de que, por razones técnicas o de otra índole, no haya estado acertado al establecer un determinado régimen. Que es, justamente, lo que hace la Administración al apreciar la existencia de fraude de ley en estos casos.

4.2. Norma de cobertura

Para que pueda hablarse de fraude de ley, es necesario que se realicen negocios jurídicos amparándose «en el texto de normas dictadas con distinta finalidad» a la buscada por el sujeto pasivo. La Administración entiende que las normas de cobertura, en las operaciones enjuiciadas, vienen constituidas por el artículo 10.3 de la LIS, que se remite para la determinación de la base imponible al resultado contable que, en principio, considera como gastos los financieros derivados de deudas; por el artículo 20 de la LIS, que admite la deducibilidad de los intereses correspondientes a préstamos con entidades no residentes vinculadas siempre y cuando el importe de la financiación no sea superior a tres veces el capital fiscal por las normas de consolidación fiscal y por las normas reguladoras de los negocios privados realizados.

4.2.1. Las normas contables

En cuanto a las normas contables que permiten la deducción de gastos financieros, su finalidad es mostrar la imagen fiel de la situación de una sociedad que asume la obligación de desprenderse en el futuro de recursos económicos. Si en las operaciones enjuiciadas las sociedades españolas pres-

⁴⁵ *Vid.* coda final del trabajo de NEBOT LOZANO (2006): «Las entidades de tenencia de valores extranjeros», presentado al VII-A Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el segundo semestre de 2006.

tatarías han asumido esa obligación (y, especialmente, si se han desprendido efectivamente de esos recursos) el reconocimiento de los intereses como gasto contable no puede ser contrario a la finalidad de la norma contable que establece dicha posibilidad.

4.2.2. *La norma para evitar la subcapitalización*

En cuanto a la norma para evitar la subcapitalización, resulta criticable su invocación como norma de cobertura dado que, según criterio reiterado de nuestros tribunales de justicia (*vid.* SSTs de 24 de mayo de 2003 –NFJ014382, FJ 3.º– o SSAN de 3 de diciembre de 1996 –JT\1996\1651–), cuando el sujeto pasivo se ajusta escrupulosamente a la normativa aplicable en determinadas circunstancias que han sido identificadas por el legislador como potencialmente elusivas, la Administración debe admitir como lícito el resultado de la aplicación de tales normas y no puede evitar su aplicación acudiendo a otros preceptos generales de la legislación tributaria en materia de interpretación o calificación. Esto es, las normas específicas anti-abuso no pueden ser utilizadas como normas de cobertura ilegítimamente aplicadas por el sujeto pasivo ni la Administración puede evitar su aplicación mediante la invocación de normas sobre interpretación o calificación. Y la norma anti-subcapitalización no es más que eso: una norma específica anti-abuso mediante la cual el legislador traza una línea divisoria entre lo que debe considerarse un importe razonable y lícito de endeudamiento con una entidad vinculada y lo que no, que no puede, por tanto, ser considerada una norma de cobertura aplicada fuera de su finalidad.

En cualquier caso, la doctrina sentada en estas resoluciones entiende que se hace aplicación de esta norma fuera de la finalidad para la que fue dictada cuando las necesidades de financiación no son reales y que éstas no lo son cuando surgen para realizar operaciones que tienen como único motivo la reducción de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades español.

En coherencia con este discurso, las adquisiciones realizadas en las operaciones enjuiciadas son calificadas como una «*mera reordenación o trasvase de participaciones dentro del grupo, en la que no se abren al grupo nuevos mercados y en la que la participación del grupo en la sociedad adquirida sigue siendo la misma*» para trasladar el mensaje de que son adquisiciones que quedan fuera del propósito del régimen. Sin embargo, como hemos apuntado, una interpretación de las normas de acuerdo con su tenor literal, su contexto, antecedentes históricos y legislativos y su finalidad, aboca a concluir exactamente en lo contrario: que uno de los principales efectos buscados por el legislador era la sustitución de las *holdings* europeas por las nuevas *holdings* españolas y que en ese proceso el trasvase de participaciones intra-grupo era plenamente querido. Y teniendo en cuenta esto (*i. e.*, que fue el legislador el que pretendía incentivar a los grupos internacionales para que traspasaran sus participaciones desde las tradicionales *holdings* del grupo a las recién creadas sociedades *holdings* españolas), es evidente que los grupos internacionales que acudieron a esa llamada y que pretendieron realizar esa transmisión se encontraron con la necesidad de financiar esas transmisiones intra-grupo. Dado que no hay ningún indicio de que en esa transmisión intra-grupo el legislador quisiera restringir las fuentes de financiación utilizadas, la Administración no puede suplir esa falta de restricciones aplicando una norma que no existe: la que enervaría el efecto normal y propio de la financiación intra-grupo para estas operaciones.

4.2.3. *La norma de consolidación fiscal*

En cuanto a las normas de consolidación fiscal, el resultado que se pretende con su aplicación es el mismo que el del legislador cuando levantó, en el ejercicio 2000, la prohibición de que las ETVE pudieran formar parte de los grupos de consolidación fiscal: permitir la compensación de las bases imponibles negativas generadas en la ETVE (que ya se sabía que eran potenciales generadores de bases imponibles negativas) con los beneficios operativos del grupo. Es difícil entender cómo el uso de una posibilidad que ha sido expresamente permitida por el legislador puede calificarse de abusivo o espurio.

Además, el régimen de consolidación fiscal constituye lo que la doctrina científica ha calificado de opción fiscal: una alternativa o vía que la ley tributaria expresamente ofrece al contribuyente para que pueda hacer uso de ella cuando, obviamente, le resulte beneficioso. El ejercicio de una opción expresa que la norma ofrece para alcanzar un determinado resultado no puede ser contrario a la finalidad de la norma que ofrece esa opción cuando se busca ese resultado.

4.2.4. *Las normas de derecho privado sobre los negocios celebrados*

Las resoluciones cuyo comentario nos ocupa también califican como normas de cobertura las normas de Derecho privado reguladoras de los negocios celebrados. Se suma así esta doctrina administrativa a la posición dominante que entiende que «la esencia del fraude de ley reside precisamente en la existencia de un resultado económico que choca con la estructura de los actos o negocios empleados e integra la causa de otros actos o negocios gravados», por decirlo en palabras del profesor PALAO TABOADA, quien en otro lugar ha señalado que para la caracterización de la elusión fiscal lo que importa no es el propósito de reducir impuestos (que, señala, incluso hay que considerar lícito), «sino el medio utilizado para lograrlo, que no lo es». Y aclara «el medio es un negocio jurídico (nunca un "hecho" y rara vez un simple "acto jurídico") utilizado en contra de su finalidad natural, vaciándolo de su causa, en definitiva, utilizándolo de forma artificiosa».

Como este punto entronca con el abuso y la artificiosidad de las formas empleadas que son, en el fraude de ley, el indicio de la existencia del propósito de eludir, su comentario lo haremos seguidamente.

4.3. Propósito de eludir

4.3.1. *La insuficiencia de la motivación fiscal*

Para que exista fraude de ley, el amparo en la norma de cobertura se ha tenido que buscar con el «propósito de eludir el tributo» (esto es, con el propósito de contrariar el mandato establecido en la norma defraudada). Es este propósito de elusión al buscar el cobijo de la norma de

cobertura lo que, precisamente, provoca el rechazo del ordenamiento a amparar la conducta del obligado tributario.

Pues bien, este propósito de eludir no puede ser identificado con la búsqueda de un mejor tratamiento fiscal o con la elección de la alternativa fiscalmente más ventajosa de entre todas las posibles ya que éstos son motivos perfectamente legítimos y lícitos y, por ello, válidos para respaldar las consecuencias fiscales que se pretendieran por el contribuyente.

El propio TEAC señaló en su Resolución de 28 de febrero de 1996 (La Ley 11064/1996) que «es legítima la búsqueda [por parte del sujeto pasivo] de fórmulas que, dentro de la ley tributaria, permitan acogerse a la opción que más convenga a sus intereses». El Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de La Rioja, en su Sentencia de 13 de julio de 2000 [(NFJ009547), FJ 7.º], afirma que «la Administración no puede pretender evitar que el contribuyente, conocedor del estado de las actuaciones de legislador, diseñe en el tiempo operaciones previendo un tratamiento más beneficioso a sus intereses, siempre que se sirva de la normativa vigente aplicada e interpretada en función de la verdadera naturaleza del hecho imponible con respeto a los principios constitucionales (v. gr. seguridad jurídica, art. 9, capacidad económica, art. 31 y legalidad, art. 25), tal como tiene declarado el TS en constante jurisprudencia de la que es exponente su Sentencia de 22 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4301)». El TSJ de Navarra, en su Sentencia de 11 de junio de 2001 [(NFJ011662), FJ 6.º], afirma que la economía de opción es «expresión de la libertad privada de elegir los negocios y formas jurídicas adecuadas, buscando la menor incidencia del ordenamiento tributario, generando un ahorro tributario, y ello incluso con fundamento único en la intangibilidad de la esfera personal y patrimonial del individuo con apoyo en el respeto a los derechos de la personalidad (art. 10 de la CE)». Nuestro TS, en su Sentencia de 2 de noviembre de 2002 [(NFJ013638), FJ 6.º], constató que «los contribuyentes pueden elegir entre las varias posibilidades que ofrece la ley, la más ventajosa para sus intereses, y entre estas ventajas figura la de poder escoger lo que resulte fiscalmente más rentable, siempre que no vulneren ninguna obligación legal, y ello, aunque las formas contractuales escogidas no sean habituales, normales o tradicionales»; y en su Sentencia de 24 de mayo de 2003 (NFJ014382), respaldó el «uso alternativo de las normas fiscales, con la finalidad de abonar impuestos menos gravosos», calificando dicho uso de «enteramente lícito, siempre que se utilicen figuras contractuales auténticas y no se trate de eludir el pago de los impuestos». El TC, en su sentencia 173/1996, de 31 de octubre [(NFJ004656), FJ 2.º], ha hablado del derecho de los sujetos a planificar su actividad confiados en la legislación vigente. Y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha dejado sentado que es perfectamente lícito tener en cuenta consideraciones de tipo fiscal a la hora de tomar decisiones económicas [STJCE *Cadbury*, C-196/04 (NFJ023535), apdo. 37].

Esta declaración de principios es, además, compartida por los tribunales de los países de nuestro entorno. Incluso en los países anglosajones de *common law*, donde se han desarrollado las doctrinas jurisprudenciales del *business purpose*, nos encontramos con que el escrutinio subjetivo sobre los motivos de las partes no se utiliza como canon exclusivo para concluir en la ilicitud de una determinada planificación fiscal ⁴⁶.

⁴⁶ Como hemos analizado en otro lugar. Cfr. «La relevancia jurídica de la motivación fiscal. Influencia del business purpose en el ordenamiento tributario español», Dykinson, 2009.

En la doctrina cuyo comentario nos ocupa, sin embargo, el reproche administrativo reside, a la postre y en el fondo, en que las operaciones realizadas entre sociedades del grupo resultan en la reducción de la base imponible del grupo en España. Esto es, de la lectura de las distintas resoluciones del TEAC, el poso que queda es que, al final, la razón por la que la Administración declara la existencia de fraude de ley radica en la presencia de una motivación fiscal en operaciones intra-grupo.

Pues bien, una motivación fiscal que en sí misma es reconocida como lícita por todo el mundo, no puede tornarse en indicio exclusivo de abuso cuando se trata de una operación entre partes vinculadas. Sobre todo si, como parece ser el caso en las resoluciones enjuiciadas, esas operaciones intra-grupo superan el umbral de legitimidad que el Derecho tributario ha establecido para ese tipo de operaciones: el de ser realizadas a condiciones de mercado.

La motivación fiscal, pues, es condición necesaria pero no suficiente para la aplicación de las normas anti-abuso generales. Hace falta algo más. En el fraude de ley ese algo más se ha identificado con la (i) artificiosidad de la vía elegida (ii) para alcanzar el resultado fiscal pretendido.

4.3.2 La artificiosidad de la vía elegida

a) La artificiosidad como anomalía en la causa típica o función social jurídicamente protegida del negocio.

La artificiosidad, cuando se trata de negocios jurídicos aislados, se ha reconducido por la doctrina a una anomalía causal: a una utilización del negocio prescindiendo del fin o propósito práctico para el cual el legislador los regula o protege.

Así, es lugar común que el fraude de ley consiste en la existencia de un negocio jurídico utilizado por las partes buscando la cobertura o amparándose en la norma que regula tal negocio y protege el resultado normal del mismo con el propósito de conseguir, no tanto ese fin normal del negocio jurídico elegido, como oblicuamente un resultado o fin distinto o contrario a una norma (ley defraudada) porque, en el caso concreto, el negocio elegido satisface el interés de las partes por ser coincidente, en definitiva, con el prohibido (*vid.* SAN de 7 de noviembre de 1997).

La calificación de un negocio como «artificioso» presupone así que los actos o negocios jurídicos tienen un resultado o fin adecuado a su forma, una finalidad abstracta y típica, una causa en sentido objetivo, que es la que el ordenamiento jurídico considera merecedora de protección. Y se entiende que, cuando se celebran actos o negocios jurídicos para conseguir el resultado o fin de otros, la utilización de esos negocios es inadecuada, impropia, inapropiada o forzosa. En definitiva: artificiosa.

Se entiende que los derechos y los negocios jurídicos cumplen una función social y que se abusa de ellos cuando se utilizan de forma no adecuada al cumplimiento de esa función social. En

esta posición y, en suma, la artificiosidad se reconduce a un defecto o anomalía causal. Se identifica así la artificiosidad con la utilización de una forma jurídica inadecuada o forzosa ⁴⁷, impropia para la obtención del resultado conseguido ⁴⁸ o con una finalidad atípica ⁴⁹.

Si la apreciación de la artificiosidad se reconduce, con carácter general, al control jurídico de la causa típica, cabe plantearse si en las operaciones enjuiciadas la causa típica del negocio realizado presenta anomalía alguna. En principio, nos parece que se han pretendido los efectos típicos de las formas elegidas (compra de filial y financiación total o parcial del precio mediante endeudamiento) y que las formas elegidas han desempeñado la función que el Derecho las atribuye (adquisición de los derechos políticos y, sobre todo, económicos sobre las filiales adquiridas y obligación de repagar el principal recibido en préstamo junto con los correspondientes intereses). No se alcanza a comprender dónde radica la eventual anomalía causal.

b) La artificiosidad como incorporación de los motivos fiscales a la causa.

Sin perjuicio de lo anterior, algunos pronunciamientos judiciales y alguna resolución del TEAC entienden que la artificiosidad debe apreciarse si los motivos fiscales se han incorporado a la causa.

Pues bien, la doctrina civilista de la incorporación de los motivos a la causa, que surge para controlar los vicios causales de ilicitud y de falsedad, exige para su aplicación dos requisitos: primero, que el motivo sea ilícito, lo que plantea en nuestro caso la dificultad de que los motivos fiscales no son, ni pueden ser, ilícitos en sí mismos; segundo, que los motivos trasciendan a dar sentido al negocio: a su propio objeto o a sus términos o condiciones. Así, en relación con la doctrina de la incorporación e integración de los motivos en la causa, el profesor DE CASTRO ⁵⁰ afirmaba:

«Resultarán entonces indiferentes los móviles, deseos y expectativas que hayan impulsado a una o ambas partes (...) mientras no trasciendan a dar sentido al negocio. [Cursivas en el original; el subrayado es nuestro] Lo que puede resultar unas veces directa o inmediatamente del objeto o condiciones del negocio (por ejemplo, asesinar, "tongo", "dicotomía" médica); otras, el carácter inmoral se revela en alguna peculiaridad de los requisitos del mismo, por ejemplo cantidad (precio mayor, por venderse como casa de lenocinio en activo; menor, como de receptor) o calidad de la prestación (instalación de casa de juego prohibido), de las circunstancias (préstamo de casa de juego para seguir jugando) y hasta del propósito mediato ilícito pero advertible (por ejemplo, donación disimulada como compraventa para defraudar a los legitimarios)».

⁴⁷ PALAO TABOADA: «El fraude de ley en Derecho tributario», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n.º 63, 1996; FERREIRO LAPATZA: «Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal», *Quincena Fiscal*, n.º 8, 2001; GARCÍA NOVOA: *La cláusula antielusiva (...)*, op. cit., págs. 395-396.

⁴⁸ GARCÍA NOVOA: *La cláusula antielusiva (...)*, op. cit. pág. 370.

⁴⁹ HERRERA MOLINA; MARTÍN JIMÉNEZ: «El fraude a la ley tributaria en el Derecho español», en la obra colectiva SOLER ROCH, M.T. y SERRANO ANTÓN, F. (dir.): *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002.

⁵⁰ DE CASTRO: *El negocio jurídico*, reimpresión 1991, Civitas, pág. 246.

Esto es, tiene que existir alguna anomalía en el negocio que encuentre su explicación en los motivos de las partes.

Esta anomalía negocial ha sido bien fundamentada por nuestros tribunales de justicia en los casos en que han decidido dar efecto a esta doctrina de «incorporación de los motivos a la causa» en el ámbito tributario.

Así, por ejemplo, la Sentencia de 20 de noviembre de 2000 del TSJ de Navarra (NFJ010325), analiza la adecuación a Derecho de una típica operación de usufructo temporal de obligaciones bonificadas, para concluir, desde la doctrina civilista de incorporación de los motivos a la causa, que el contrato de usufructo temporal tenía una causa oculta (la cesión de un beneficio fiscal que el titular de las obligaciones no podía aprovechar) que era ilícita, con lo que el negocio no podía desplegar efectos fiscales.

Pues bien, el FJ 4.º de esta sentencia nos permite constatar que en el caso enjuiciado existían verdaderamente anomalías en las circunstancias temporales («adquisición onerosa por la parte hoy actora a la entidad financiera titular del cupón de la cesión del usufructo temporal de las obligaciones bonificadas el mismo día del vencimiento del cupón o en escasas fechas anteriores»), en el precio («por un precio superior a su valor») o en el beneficio a obtener por el sujeto pasivo (la parte actora, de forma paradójica si se aceptaran sus tesis, asume en el momento de la celebración del contrato de cesión del usufructo temporal que se va a producir un rendimiento negativo), que son las que el Tribunal considera reveladoras de la verdadera causa del contrato y de su naturaleza.

Igual razonamiento (y búsqueda de anomalías negociales) se encuentra en las Sentencias del mismo Tribunal de 25 de octubre de 2000 (NFJ010256), FJ 4.º, y de 5 de febrero de 2001 (NFJ010338), FJ 4.º. Y exactamente el mismo razonamiento ha sido acogido por el TS en su Sentencia de 18 de diciembre de 2006 (NFJ024908), FJ 3.º, apartado 4.

Extrapolando esta doctrina, habría que concluir que no cabe aquí incorporación alguna de los motivos a la causa negocial en las operaciones que nos ocupan dado que no se trata de extender negocialmente un beneficio fiscal a sujetos pasivos que en principio no tienen derecho a ellos (que era, en cambio, el caso de la jurisprudencia apuntada) y no presenta el negocio anomalía alguna⁵¹ que encuentre su sentido en la motivación fiscal de las partes.

4.3.3. *Artificio puesto al servicio de la ventaja fiscal*

a) La artificiosidad en operaciones complejas

En muchas ocasiones, la artificiosidad no se deduce de los negocios jurídicos realizados por el contribuyente aisladamente considerados, sino de su consideración conjunta. Entendemos que, justamente, esto es lo que pretenden hacer las resoluciones comentadas cuando se extienden en el análisis de operaciones realizadas al tiempo de las que ocasionan la ventaja fiscal que se discute.

⁵¹ En la medida en que la propia Administración y las resoluciones comentadas reconocen el respeto en estas operaciones al principio de empresa independiente.

La artificiosidad en operaciones complejas ha sido especialmente analizada en los países anglosajones con el desarrollo de las doctrinas de la *steps transactions* en Norteamérica y de las *composite transactions* en el Reino Unido.

Con arreglo a estas doctrinas, una serie de negocios encadenados son tratados como una sola operación cuando se encuentran integrados en una secuencia encaminada a la obtención de un resultado concreto. En el célebre *Gregory v. Helvering*, que cita el TEAC en sus Resoluciones de 17 de mayo de 2007 y de 25 de junio de 2009, por ejemplo, cada uno de los pasos dados por la Sra. Dña. Evelyn F. Gregory resultaba imprescindible para el resultado fiscal de recibir las acciones sin tributación⁵². Igual sucede en el caso *Ramsay*, resuelto por la Cámara de los Lores, en el que cada uno de los pasos de la operación va encaminado a crear de forma artificiosa una pérdida fiscal⁵³.

Esta relación de causalidad entre la serie de negocios realizados y el resultado fiscal obtenido para poder apreciar la artificiosidad que constituye la esencia del fraude de ley también se encuentra latente en la mayor parte de los pronunciamientos de nuestros tribunales cuando aprecian la existencia de esta artificiosidad.

Por ejemplo, en la Sentencia del TS de 11 de julio de 2003 (NFJ015044), donde en un corto periodo de tiempo el contribuyente lleva a cabo una segregación de un terreno en dos parcelas, seguida de la segregación, respecto de una de ellas, de tres solares, y de la segregación, respecto de la otra de otros siete solares, ocasionando una «distribución irracional de elementos urbanísticos, con zonas comunes que quedan en poder de la inmobiliaria, aun después de vender apartamentos y locales y con una anómala servidumbre de paso para el acceso desde la calle». Todo ello, para evitar que las parcelas construidas dieran a la calle y tributaran en mayor medida por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU). O en las Sentencias de la Audiencia Nacional (SAN)

⁵² *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 (1935) *aff'ng* 69 F.2d 809 (1934). Este caso analizaba la licitud de las actuaciones realizadas por la Sra. F. Evelyn Gregory para conseguir la venta de las acciones de una sociedad (Monitor Securities Corporation, «MCE»), que tenía a través de otra sociedad (United Mortgage Company, «UMC»). Las operaciones que en este caso se consideraron abusivas consistieron en (i) la aportación por UMC de las acciones de MCE a una sociedad de nueva creación (*Averill Corporation*), (ii) la escisión de UMC para que *Averill Corporation* pasara a estar directamente participada por la Sra. Gregory y (iii) la disolución de *Averill Corporation* para atribuir los valores de Monitor a la Sra. Gregory en su liquidación. Todo ello entre el 18 de septiembre de 1928, fecha de constitución de *Averill Corporation* y el 24 del mismo mes y año, fecha de su disolución.

⁵³ *T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners, Eilbeck (Inspector of Taxes) v. Rawling*, [1982] A.C. 300. PÉREZ ROYO («La doctrina de los lores sobre la elusión fiscal (examen de casos recientes)», *Quincena Fiscal (Aranzadi)*, n.º 10), ofrece un interesante comentario sobre esta decisión de los lores británicos. La operación, en síntesis, consistía en lo siguiente: Ramsay compraba acciones de una compañía (C) a la que otorgaba dos préstamos; cada uno de ellos por un principal de £218,750, un tipo de interés del 11% (tasa de mercado en aquella época) y un plazo de vencimiento de 30 y 31 años respectivamente. C tenía derecho a cancelar anticipadamente la deuda si quería y estaría obligado a hacerlo si entraba en causa de liquidación; en ambos casos, pagando el mayor entre el principal del préstamo o su valor de mercado. Por su parte, Ramsay tenía derecho a reducir el tipo de interés de uno de los préstamos, en una única ocasión, siempre que hubiera el correspondiente incremento en el tipo de interés del otro. Ejecutada la operación y en ejercicio de este derecho, Ramsay hizo que el tipo de interés del préstamo (P1) se desplomara a casi cero, con lo que el tipo de interés del préstamo (P2) se elevó hasta un 22%, convirtiéndose en un activo muy atractivo en el mercado. Ramsay pudo así vender P2 por un precio de £391,481, obteniendo una ganancia de £171,731. Seguidamente C amortizó P1 a su valor nominal con lo que el valor de las acciones de C se desplomó y Ramsay pudo venderlas obteniendo una pérdida de £175,752. En aplicación de las normas en vigor, Ramsay pretendía que mientras la pérdida, como renta derivada de las acciones, fuera fiscalmente deducible, la ganancia (derivada de una deuda) no se computara a efectos fiscales.

de 4 de diciembre de 2006 (NFJ024975), 5 de diciembre de 2006 (NFJ025499), o 1 de marzo de 2007 (NFJ025545), por citar algunas, en las que la ventaja fiscal perseguida por el contribuyente va indisolublemente ligada a la realización de toda una serie de operaciones societarias y de compra de acciones.

Por tanto, si no concurre una relación de causalidad o finalidad (según quiera verse) entre una serie de operaciones y el resultado fiscal, las operaciones serán todo lo complejas que se quiera, pero no podrá decirse que se ha hecho un uso abusivo de una forma jurídica para alcanzar un determinado resultado fiscal y no podrá, apreciarse, por tanto, la existencia de artificiosidad.

b) La exigencia de motivos económicos válidos como ruptura de la relación entre el artificio y la ventaja fiscal

La doctrina administrativa que nos ocupa pretende configurar la ausencia de motivos económicos válidos como canon exclusivo para evaluar la licitud fiscal de una operación. Sin embargo, en la jurisprudencia del TS, la exigencia de motivos económicos válidos se plantea cuando la artificiosidad de la forma elegida hace necesaria una explicación, distinta a la fiscal, para concluir que esa artificiosidad no esté puesta al servicio de la ventaja o efecto fiscal controvertido.

Porque, como claramente han señalado nuestra doctrina científica y nuestros tribunales de justicia, la esencia del fraude de ley radica en el «empleo de formas jurídicas insólitas y desproporcionadas **para** evitar el efecto exigido por el ordenamiento jurídico tributario» (*vid.* por todas, la SAN de 25 de julio de 2007 –NFJ026680–, FJ 6.º). Es necesaria una artificiosidad en la forma puesta al servicio de la ventaja fiscal pretendida.

Y por ello, en la jurisprudencia de nuestro TS, la exigencia de motivos económicos válidos se plantea siempre en relación con la explicación de la artificiosidad de la forma elegida.

Así se deduce, claramente, de la STS de 6 de mayo de 1988 (NFJ011770), FJ 4.º. Se trataba de un caso en el que el contribuyente había adquirido, en una operación fuera de mercado, títulos que cotizaban en bolsa a un precio convenido tres veces superior a su cotización oficial, anomalía esta que, claramente, estaba puesta al servicio de la ventaja fiscal buscada, a saber: obtener una minusvalía fiscal en la venta posterior de los títulos en el mercado.

Es ante este artificio cuando el TS demanda una explicación de los motivos económicos que llevaron al contribuyente a realizar la operación. Y afirma así (FJ 4.º) que «ciertamente, no se alcanzan a ver las razones por las que la entidad apelante, pudiendo adquirir las acciones en Bolsa al 40 por 100, las adquirió al 129,369 por 100, como esas razones no sean el obtener los beneficios que la depreciación de las acciones (diferencia entre el precio de compra contabilizado y el de venta) puede producir a efectos del Impuesto sobre Sociedades (IS). Y como esas razones no se exponen en ningún momento, hay que entender que lo que se está pretendiendo es un fraude de ley».

Idéntico criterio se desprende de la más reciente Sentencia del TS de 18 de marzo de 2009 (NFJ032688), donde se enjuiciaba la licitud a efectos fiscales de dos operaciones consecutivas, con

apenas un mes de diferencia, de reducción y ampliación de capital, artificio este que estaba puesto al servicio del efecto buscado: dar entrada a un nuevo socio en el capital evitando la tributación de la renta obtenida en la transmisión como plusvalía en manos del transmitente.

Es de nuevo ante esta tesitura (artificio para la obtención de una ventaja fiscal) ante la que el TS trae a colación la ausencia de motivos económicos no fiscales que pudieran destruir la aparente relación entre el artificio y la ventaja fiscal. Así afirma el TS (FJ 3.º) lo siguiente:

«No cabe duda de que el principio de autonomía de la voluntad permite las operaciones descritas, pero es indudable que, cuando éstas son cuestionadas por la Administración, necesitan ser explicadas las razones económicas y de otro orden que justifican este tipo de actuaciones, lo que no sucede en este caso, en el que no se ha dado ninguna motivación razonable de cuáles son las realidades a las que se pretendía hacer frente con estas operaciones **tan inusuales**» (el subrayado y la negrita son nuestros).

En el caso que nos ocupa, la adquisición de una sociedad con financiación externa no es ni insólita, ni desproporcionada, ni artificiosa, ni inadecuada. Por ello, la motivación fiscal de las partes es jurídicamente irrelevante y no es conforme a Derecho entrar en el escrutinio de los motivos de las partes al realizar estas operaciones para enjuiciar su licitud a efectos fiscales.

4.3.4. Superación del umbral de legitimidad previsto en el artículo 15 de la LGT para excluir la existencia de elusión fiscal ilícita: existencia de efectos jurídicos y económicos diferenciadores

Es mayoritaria la doctrina que entiende que el artículo 15 de la vigente Ley General Tributaria (LGT) trata de salir al paso de las mismas conductas que pretendía atajar el anterior artículo 24 de la LGT. En este sentido, la AN, en Sentencia de 7 de noviembre de 2006 (NFJ024519), ha señalado que «la nueva regulación del fraude de ley previsto en la vigente LGT bajo la denominación de conflicto en la aplicación de las normas tributarias, artículo 15 de la LGT 58/2003, de 17 de diciembre, aun con perfiles nuevos, no se presenta como una institución esencialmente distinta a la manera en que fue configurada jurisprudencial y doctrinalmente, siguiendo claramente la regulación prevista en la Ordenanza Tributaria Alemana».

Dando a efectos dialécticos esa tesis por buena ⁵⁴, y sin perjuicio de que el artículo 15 de la nueva LGT no sea de aplicación a operaciones realizadas antes de su entrada en vigor, vamos utilizar a modo hermenéutico los criterios contenidos en ese artículo 15 para perfilar esa conducta que se trata de atajar, dado que, como ha señalado la doctrina (SIMÓN ACOSTA, GARCÍA NOVOA), esos criterios tienen perfiles mucho más precisos en el artículo 15 que en el 24 de la vieja Ley 230/1963.

Pues bien, los criterios definitorios del conflicto en la interpretación de la norma en el artículo 15 son dos: un factor de antijuridicidad que consistiría en la existencia de una notoria artificiosidad

⁵⁴ En realidad, nos parece que, para admitir o denegar los efectos fiscales pretendidos por el contribuyente, el artículo 15 de la nueva LGT codifica unos factores de antijuridicidad o umbrales de legitimidad que no se encuentran en el fraude de ley del artículo 24 de la antigua LGT de 1963.

o impropiedad en los negocios o actos jurídicos realizados (que si, como pensamos, tiene que estar puesta al servicio de la ventaja fiscal pretendida no parece concurrir en las operaciones realizadas) y un umbral de legitimidad que consistiría en la existencia de efectos jurídicos y económicos relevantes distintos a los del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

En cuanto a la existencia de efectos jurídicos y económicos relevantes, en las operaciones enjuiciadas se transmiten los derechos económicos sobre una serie de filiales del grupo a una sociedad española con lo que las operaciones discutidas no excluyen *per se* la obtención de ingresos por parte de la sociedad española, ni la posibilidad de que ésta obtenga un beneficio considerable, ni que se obtengan flujos de financiación que permitan al grupo español acometer otras inversiones productivas en España o fuera de ellas. Todo ello sin entrar a valorar los evidentes efectos jurídicos que producen estas operaciones y que se extienden por un periodo suficiente de tiempo: el cambio en la titularidad, los efectos sobre el balance de las cuentas individuales de las sociedades involucradas en la operación y las consecuencias que ese cambio tiene frente a terceros ajenos al grupo (empleados, proveedores, clientes), en materia de responsabilidad de administradores, en materia concursal, etc.

Esto es, en el caso que nos ocupa es posible que exista un arbitraje fiscal pero para que se puedan declarar las operaciones realizadas como fraude de ley haría falta que ese eventual arbitraje fiscal estuviera siendo explotado de forma abusiva y no simplemente aprovechado por el contribuyente. Y sin una norma que expresamente así lo establezca, la realización de operaciones entre sociedades de un mismo grupo no puede ser considerada como el único y determinante indicio de abuso.

4.4. Resultado equivalente

El artículo 24 de la Ley 230/1963 exigía, para poder apreciar la existencia de fraude de ley, que los hechos, actos o negocios jurídicos, realizados con el propósito de eludir el pago del impuesto y al amparo del texto de normas dictadas con distinta finalidad, produjeran un resultado equivalente al derivado del hecho imponible.

La necesidad de identificar este resultado equivalente al derivado del hecho imponible es un ingrediente ineludible del concepto de fraude de ley contenido en el artículo 24 de la Ley 230/1963. Y los pronunciamientos de nuestro TS en los que se aprecia la existencia de fraude de ley identifican claramente los negocios jurídicos que, dando lugar al devengo de la deuda tributaria que se ha pretendido eludir, consiguen un resultado equivalente al de los negocios jurídicos realizados por el contribuyente. Así, las Sentencias del TS de 18 de marzo de 2009 (NFJ032688) y de 11 de diciembre de 2008 (NFJ031957) identifican el resultado equivalente de unas operaciones de reducción y ampliación de capital, con un mes de diferencia, por una entidad de la que era accionista únicamente la sociedad actora y en la que, tras las operaciones referidas, se da entrada a otro accionista, con la transmisión directa de las acciones de la primera accionista a la segunda. Por su parte, la AN, en su

Sentencia de 25 de julio de 2007 (NFJ026680), identifica el resultado equivalente de una ampliación de capital con cargo a reservas y disminución de capital con devolución de aportaciones simultáneas con la distribución de dividendos a los socios. Y en su Sentencia de 1 de marzo de 2007 (NFJ025545), identifica el resultado equivalente de una serie de maniobras societarias entre varias sociedades con la venta de acciones de una de ellas por parte de la recurrente a un tercero.

Nos parece que este requisito (el de un resultado equivalente al derivado del hecho imponible) está pensado para atajar planificaciones fiscales que pretenden aprovecharse de la existencia de una vía menos onerosa fiscalmente. Más difícil nos resulta encontrar este requisito cuando se trata de aprovechar las oportunidades de arbitraje fiscal que ofrece el ordenamiento porque, en este último caso, no hay otra operación que permita alcanzar ese mismo resultado económico. Bien es cierto que con frecuencia, las operaciones que tratan de explotar las oportunidades de arbitraje fiscal que ofrece el ordenamiento se diseñan de forma tal que los efectos económicos y jurídicos de esas operaciones para las partes involucradas son equivalentes a los de no haber hecho nada. Se trata de estructuras circulares en las que, en plazos temporales muy cortos, lo que se da con una mano, se pide con la otra para dejar a todos los intervinientes como estaban en un principio. En estos casos, podría mantenerse con cierta lógica que el resultado equivalente de las operaciones es el de no haber hecho nada.

Pues bien, las resoluciones del TEAC parecen inclinarse precisamente por esta última opción: por que el resultado equivalente de las operaciones enjuiciadas es el de no haber hecho nada. Y en este sentido, aun aceptando este término de comparación, debemos señalar la falta de acierto en los criterios utilizados para valorar si los negocios realizados producen realmente ese resultado equivalente al de no haber hecho nada.

Así, para valorar si las operaciones enjuiciadas llegan al mismo resultado que el de no haber hecho nada, las resoluciones recurridas entienden que es relevante analizar si el grupo multinacional sigue manteniendo los **mismos porcentajes de participación** en las sociedades afectadas, si ha existido alguna **variación significativa en la gestión y administración** de las sociedades afectadas y si se han alterado los **recursos** del grupo.

Con estos criterios se llegaría a la absurda conclusión de que cualquier operación realizada en el seno de un grupo empresarial tiene un resultado equivalente al de no hacer nada: en ellas el porcentaje de la sociedad dominante se mantiene inalterado, la gestión y administración de las sociedades afectadas sigue dependiendo de la sociedad que ejerce el control efectivo de todo el grupo y los recursos del grupo siguen siendo los mismos. ¿Se nos quiere decir con ello que todas las operaciones intra-grupo son sospechosas de fraude de ley?

Para valorar si se ha producido o no un resultado equivalente, pensamos que, en primer lugar, debemos fijarnos en las sociedades que realizan las operaciones cuestionadas y no en el grupo multinacional. Y centrandó la cuestión en estos términos debemos concluir que, efectos fiscales al margen, la transmisión por parte de un grupo internacional de sus participaciones en filiales extranjeras a una sociedad *holding* española que se financia con préstamos concedidos por otras sociedades del grupo, en modo alguno lleva a esa *holding* (y al grupo español del que forma parte) al mismo resul-

tado que el de no haber hecho nada y que, si la reducción de la base imponible del grupo en España es un efecto indiscutible de estas operaciones, ese efecto no tiene por qué ser el único ni tiene por qué ser el más relevante: puede cambiar la cifra de negocios del grupo español (porque los dividendos, en sociedades de cartera, aumentan la cifra de negocios) y la cuenta de resultados del grupo (que aunque obtenga bases imponibles negativas puede tener beneficios contables positivos), pueden obtenerse fuentes de financiación, se incrementa el ratio de endeudamiento de la sociedad, los administradores de la sociedad española ven alterada su responsabilidad, etc.

Esperamos que en próximas resoluciones estos factores también sean tenidos en cuenta para que verdaderamente podamos pensar que la Administración lo que intenta es acotar supuestos de explotación abusiva de una eventual oportunidad de arbitraje fiscal que ofrece el ordenamiento y no de cerrar, discrecionalmente y con infracción evidente del principio de legalidad, esa oportunidad en casos en los que no existe un factor determinante de abuso.

5. CODA

Desde las filas del realismo jurídico, se ha entendido que el proceso o la función de juzgar pocas veces empieza con una premisa de la que después se obtenga una consecuencia sino que el juicio, en la mente del juzgador, suele empezar con una conclusión más o menos vagamente formada para buscar luego las premisas que sean capaces de sostenerla (así, FRANK en *Law and the Modern Mind* o en *Courts on Trial*, CARDOZO en *Selected Writings* o HOLMES en *The Common Law*).

Si se nos permite la licencia, en el ámbito tributario uno se queda en ocasiones con la impresión de que primero se decide y después se justifica la decisión y de que la decisión que antecede al razonamiento se nutre de criterios intuitivos como lo que un juez norteamericano calificó de «test de olfato» (*smell test*)⁵⁵ o como lo que las autoridades fiscales canadienses bautizaron como el test de «demasiado bueno para ser verdad» (*too good to be true test*)⁵⁶.

Si las tesis del realismo jurídico son correctas, en la medida en que el tratamiento que el legislador español reservó a las *holdings* españolas era (y es) «demasiado bueno» comparado con los regímenes de las sociedades *holdings* en otras jurisdicciones, podemos temer que las decisiones de todos los expedientes que se planteen sobre estas operaciones no serán favorables a los contribuyentes y que la Administración, primero, y los tribunales, después, entenderán que entre sus funciones se encuentra la de corregir los errores del legislador en materia tributaria cuando estos errores ocasionan que no se haya gravado la riqueza allí donde ésta se encontraba.

A nuestro juicio, sin embargo, el Derecho no puede escribirse con renglones torcidos. Y menos en una materia como la tributaria, regida por el principio de legalidad en la que, como nos ha recordado nuestro TC, los deberes que se imponen a los particulares deben «poseer unos razonables

⁵⁵ Juez MacKee en el caso norteamericano *ACM Partnership v. Commissioner* 157 F.3d 231 (3d Cir. 1998).

⁵⁶ *Vid.* Financial Post de 21.11.2006 «If it seems too good to be true, it likely is».

niveles de certeza normativa». Por ello, nos sumamos a las palabras de RADBRUCH ⁵⁷ cuando señalaba que, en el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica, «el jurista práctico está obligado a anteponer la certeza y la seguridad jurídica aunque le provoque una frecuente tragedia íntima». Comprendemos que admitir las eventuales posibilidades de arbitraje fiscal que permite el ordenamiento pueda llegar a producir una tragedia íntima. Pero a ello obligan la certeza y la seguridad jurídica cuando no existen indicios concluyentes de que esas posibilidades se han explotado de forma abusiva. Y en este sentido, en ausencia de norma que expresamente lo disponga, la realización de una operación entre sociedades de un mismo grupo, por muchas ventajas que otorgue al grupo, no puede ser determinante de la existencia de fraude de ley.

⁵⁷ RADBRUCH (1930): *Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. de L. RECASENS SICHES, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, págs. 31 y ss.