

# ¿TIENE FUTURO EL TEST DE LOS «MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS» EN LAS NORMAS ANTI-ABUSO? (SOBRE LA PLANIFICACIÓN FISCAL Y LAS NORMAS ANTI-ABUSO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA)

**VIOLETA RUIZ ALMENDRAL**

*Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad Carlos III de Madrid*



Este trabajo ha obtenido el 1.<sup>er</sup> **Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, don FRANCISCO GUÍO MONTERO, don Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, don José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE y don Pablo CHICO DE LA CÁMARA.

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

## **Extracto:**

**L**AS consecuencias que el Derecho de la Unión Europea tiene para el establecimiento, interpretación y aplicación de las normas anti-abuso no sólo no pueden ignorarse sino que constituye la delimitación precisa actual de este tipo de normas, es decir, el único marco en el que pueden operar, salvo que se pretenda su aplicación a un contexto estrictamente interno. El objeto de este trabajo se limita a dos cuestiones generales: (i) determinar cuál es, en la hora actual, la noción de abuso de Derecho tributario en el Derecho de la Unión Europea haciendo hincapié en la reciente modificación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y (ii) examinar las normas generales anti-abuso españolas, haciendo también referencia a algunas normas específicas anti-abuso (buena parte de las cuales proceden del Derecho tributario internacional) a la luz de dicha noción. El trabajo se centrará en la fiscalidad directa, aunque con necesarias referencias a la indirecta, por ser aquel ámbito donde más ha avanzado la jurisprudencia, precisamente en ausencia de un proceso de armonización en sentido estricto de la legislación tributaria en la Unión Europea, y por ser también éste el único ámbito cubierto, por el momento, por el Derecho tributario internacional.

**Palabras clave:** abuso de normas tributarias, fraude de ley tributaria, armonización fiscal en la Unión Europea, Derecho tributario internacional, normas específicas anti-abuso y normas generales anti-abuso.

# THE BUSINESS PURPOSE TEST

**VIOLETA RUIZ ALMENDRAL**

*Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad Carlos III de Madrid*



Este trabajo ha obtenido el 1.<sup>er</sup> **Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, don Francisco GUÍO MONTERO, don Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, don José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE y don Pablo CHICO DE LA CÁMARA.

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

## **Abstract:**

**T**HE consequences of European Union Law on the interpretation of anti-abuse rules cannot be ignored, for they shape the actual meaning of these type of rules. The purpose of this work is twofold: (i) to assess and establish the notion of abuse of tax law in the European Union Law, in particular by stressing the latest doctrine established by the European Court of Justice, and to (ii) assess the Spanish general anti-abuse rules, paying particular attention to some specific anti-avoidance rules (many of them originated in International Tax Law). The article will mainly focus on direct taxation, even if some references to indirect taxation need to be made. It is precisely in the area of direct taxation where the evolution of the European Court of Justice is most interesting, as this is an area that is not subject to formal tax harmonization in the EU, but is also the only taxation area covered by International Tax Law such as it is today.

**Keywords:** Tax avoidance, Tax abuse, Tax harmonization in the European Union, International Tax Law, Specific anti-avoidance rules and General anti-avoidance rules.

# Sumario

- I. Introducción.
- II. La noción de *abuso de normas tributarias* en el Derecho de la Unión Europea.
  1. Introducción.
  2. Consecuencias de la doctrina anti-abuso del TJUE cuando está en liza una libertad comunitaria.
  3. Las normas anti-abuso autorizadas en las Directivas comunitarias en materia de imposición directa y su interpretación por el TJUE.
- III. Consecuencias de la noción de abuso del TJUE en materia tributaria sobre el «test de los motivos económicos válidos» presente en las normas anti-elusión.
  1. Introducción: las normas generales anti-abuso en perspectiva comparada.
  2. La artificiosidad en las operaciones como una reinterpretación restrictiva del test de propósito negocial (*business purpose test*).
- IV. Recapitulación sobre la noción de fraude a la ley tributaria en la Unión Europea y su posible evolución: ¿es el principio de «plena competencia» un modo de superar la doctrina anti-abuso del TJUE?

## Bibliografía.

**NOTA:** Este trabajo ha sido realizado gracias al apoyo recibido por el Ministerio de Educación, que me concedió una Beca de Movilidad de Profesores, Programa *Senior*, para desarrollar una estancia en la *London School of Economics*, donde he trabajado como *Senior Visiting Fellow* durante el periodo abril-agosto de 2010. Agradezco a los profesores Ian Roxan y Eduardo Baistrocchi la invitación y el apoyo prestado durante la citada estancia. Asimismo, el presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación de la Comunidad de Madrid titulado «Las medidas anti-elusión nacionales y su compatibilidad con el Derecho Comunitario y el Derecho Tributario Internacional» (2010-2011).

Agradezco muy especialmente el apoyo prestado por la Universidad Carlos III de Madrid, al concederme una Ayuda de investigación, que se enmarca en el Plan Integral de Igualdad de esta Universidad, consistente en la reducción del 50 por 100 de la docencia durante el periodo 2009-2011, con la finalidad de desarrollar mi proyecto investigador (dicha ayuda se ofrece, por esta Universidad, a todos aquellos profesores que previamente hayan disfrutado de una baja por paternidad o maternidad, siempre que presenten un plan de investigación que sea aprobado por su Departamento). Finalmente, agradezco al *Centro de Estudios Financieros*, así como al Jurado de este año, la concesión del presente premio.

## I. INTRODUCCIÓN

La aplicación de las normas generales y específicas anti-elusión de impuestos en un contexto no doméstico –internacional o comunitario– es problemático por definición debido a diversas razones, entre las que destaca la pluralidad de normas y contextos jurídicos que necesariamente deben ser objeto de interpretación<sup>1</sup>. Y sin embargo, en ningún momento como el actual ha habido una proliferación tal de normas específicas y generales anti-abuso, ni este conjunto de problemas ha estado tan presente en el debate del Derecho tributario internacional, donde las denominadas prácticas de «especulación tributaria» (*tax arbitrage*)<sup>2</sup> o la conducta por la cual los contribuyentes aprovechan las diferencias entre normas tributarias para erosionar sus bases imponibles, genera una preocupación sin precedentes entre los Estados de nuestro entorno<sup>3</sup>. Esta *especulación* o explotación de las diferencias entre regímenes tributarios no siempre es estrictamente abusiva, por lo que ni siquiera su encaje en los esquemas del fraude a la ley tributaria (*tax avoidance*) resulta sencilla de defender. De ahí la citada proliferación de normas específicas, tanto anti-abuso como normas que podríamos denominar «de control», y cuya finalidad última no es sólo evitar el fraude sino reequilibrar el reparto del poder tributario entre Estados.

Las normas específicas anti-abuso o normas de control, dispersas en las diversas normas tributarias, y en muchos casos contenidas en un Convenio de Doble Imposición (CDI), o bien en el derecho nacional pero a consecuencia del régimen tributario internacional, presentan problemas propios en su relación con las normas y doctrinas anti-abuso. Estos problemas se plantean de forma necesariamente diversa en el contexto estrictamente internacional y en el comunitario, de ahí la creciente existencia de puntos de fricción entre ambos ámbitos, de manera que por ejemplo cláusulas específicas anti-abuso muy extendidas, sobre todo en los CDI firmados con Estados Unidos, como son las cláusulas de limitación de beneficios (LOB o LOBC) plantean, como veremos, serios problemas de compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea.

<sup>1</sup> Vid. RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2006, págs. 143 y ss. (obra disponible en el e-archivo: <http://hdl.handle.net/10016/7508>); MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Las Medidas anti-elusivas/anti-abuso internas y los Convenios para la eliminación de la doble imposición» en: SERRANO ANTÓN; SOLER ROCH: *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*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2002, págs. 112 y ss. MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: «Domestic Anti-Abuse Rules and Double Taxation Treaties: a Spanish Perspective», I y II. *Bulletin*. IBFD, n.º 11 y 12/2002.

<sup>2</sup> El término «arbitraje» es un falso amigo, de manera que no es correcto traducirlo por «arbitraje», como hacen algunos diccionarios inglés/español al uso, sino que su significado es mucho más preciso, haciendo referencia a la compra y reventa de activos en bolsa para aprovechar diferencias de precios, esto es, una modalidad de especulación (definición del diccionario Oxford: «the simultaneous buying and selling of assets in different markets or in derivative forms, taking advantage of the differing prices»).

<sup>3</sup> AVI-YONAH, R. S.: *International Tax as International Law. An Analysis of the International Tax Regime*. Cambridge, 2007, págs. 186 y ss.

Al mismo tiempo, las doctrinas jurisprudenciales o las normas generales anti-abuso, como la norma de conflicto contenida en el artículo 15 o la norma anti-simulación del artículo 16, contenidas ambas en la Ley General Tributaria de 2003 (LGT) dan lugar a problemas interpretativos que enlazan directamente con la finalidad del Derecho tributario nacional, frente a los fines y objetivos *tradicionales* del Derecho tributario internacional (en principio facilitar las transacciones económicas <sup>4</sup>) o del Derecho de la Unión Europea <sup>5</sup> (integración económica –y política–, creación del mercado interior, protección de libertades fundamentales, que a su vez son una garantía de acceso a dicho mercado). Muestra de la magnitud de los problemas que el citado triángulo normativo y doctrinal está generando son las Comunicaciones de la Comisión sobre la materia que tratan de dotar de coherencia y ofrecer directrices para que los Estados miembros puedan adaptar su normativa tributaria a la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) <sup>6</sup>.

Para comprender las ramificaciones de estos problemas es preciso partir de las siguientes premisas; **en primer lugar**, el Derecho tributario internacional es un complejo entramado normativo, en el que conviven, no siempre de forma pacífica, normas *auténticas* y normas «blandas» (*soft law*), y donde cada ámbito jurídico, nacional e internacional, formado éste por la red de CDI, funciona de una manera relativamente independiente, de manera que cada uno se rige por sus propias normas <sup>7</sup>. De ahí la dificultad de aplicar en el contexto internacional normas estrictamente domésticas, salvo que se trate de normas (como pueden ser las normas de transparencia fiscal internacional o normas CFC –*controlled foreign corporations*–) cuyo origen y propósito es internacional. Por eso, aunque sea posible defender la posibilidad de aplicar las normas generales anti-abuso a los cometidos en abuso de los CDI, bien sobre la base de que la inadmisibilidad del

<sup>4</sup> VOGEL, K.: «Steuerumgehung nach innerstaatlichem Recht und nach Abkommensrecht». *StuW*, n.º 4/1985, pág. 369; CALDERÓN CARRERO, J. M.: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, págs. 55 y ss.

Como es sabido, tras la modificación de los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE (CM-OCDE, en adelante), se añade la finalidad de evitar la elusión tributaria, y a partir de 2003 se da un espaldarazo a las medidas anti-elusión admitiéndose expresamente (Comentarios al art. 1) la aplicación de las normas generales anti-abuso. Véase: VEGA BORREGO, F.: *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*. Kluwer Law International, 2006; ARNOLD, B.: «Tax Treaties and Tax Avoidance: the 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model». *Bulletin*, IBFD, 2004; PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*. Lex Nova, 2009, págs. 201 y ss. ZORNOZA PÉREZ, J.: «Las normas anti-abuso frente a la competencia fiscal en el marco comunitario». En: (P. CHICO DE LA CÁMARA, E.): *Medidas anti-abuso frente a la competencia fiscal lesiva y a los fenómenos de deslocalización producidos como consecuencia de la incorporación de nuevos Estados* (en prensa), 2010; ZORNOZA PÉREZ, J. J.; BÁEZ MORENO, A.: «The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model on Tax Treaties and GAARS: a Mistaken Starting Point», in *Tax Treaties: Views from the Bridge-Building Bridges between Law and Economics* (IBFD forthcoming 2010).

<sup>5</sup> Nótese que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el pasado 1 de diciembre de 2009, desaparecen estrictamente las Comunidades por lo que la referencia correcta ya no es al Derecho Comunitario sino al Derecho de la Unión Europea. De la misma manera, la denominación de las instituciones se ha modificado, pasando el Tribunal de Justicia a ser *de la Unión Europea* (TJUE, en adelante), y la Comisión europea a denominarse únicamente Comisión (art. 13 Tratado de la Unión Europea, versión consolidada).

<sup>6</sup> Comisión: «Los impuestos de salida y la necesidad de coordinar las políticas tributarias de los Estados miembros» (COM (2006) 825 final); Comisión: «Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa –dentro de la UE y en relación con terceros países». COM (2007) 785 final.

<sup>7</sup> AVI-YONAH, R. S.: *International Tax as International Law. An Analysis of the International Tax Regime...* cit. págs. 2 y ss.; FISCHER, P.: «Innenrechtliche Bemerkungen zur Bekämpfung der Steuerumgehung im Internationalen Steuerrecht». *SWI*, 1999, pág. 105. Entre nosotros véase: CALDERÓN CARRERO, J. M.: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, págs. 35 y ss.

fraude a la ley tributaria es una norma reconocida en el Derecho internacional <sup>8</sup>, bien porque dicha conclusión derive de la propia interpretación de los CDI <sup>9</sup>, las dificultades prácticas son numerosas, sobre todo porque pese a la existencia de elementos comunes en casi todas las normas anti-abuso (como el test de propósito negocial) no hay acuerdo en las consecuencias de la aplicación de esta norma, de forma que mientras países como España excluyen de plano la imposición de sanciones, en otros Estados no existe tal impedimento.

**En segundo lugar**, la complejidad de la ecuación se comprende si se tiene presente que el Derecho de la Unión Europea es un sistema jurídico propio, como ha reiterado el TJUE, y que hay una auténtica *Constitución Financiera Europea* que integra los ordenamientos nacionales <sup>10</sup>, lo que refrenda la pérdida de soberanía en materia de constitución económica por parte de los Estados miembros <sup>11</sup>, reflejada como es sabido en distintos aspectos del Derecho financiero <sup>12</sup>. Y si el debate acerca de la naturaleza (constitucional o no) de los Tratados, trasladable ahora al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), no ha finalizado, tampoco hay dudas de la fuerza constitucional de los mismos, como se constata a partir de la jurisprudencia del TJUE, y en particular en sentencias como *Van Gend & Loos*, *Costa/ENEL* o *Simmmenthal* <sup>13</sup> donde ya se habían extraído las consecuencias de dicha «fuerza constitucional» <sup>14</sup>, en particular el efecto directo y la primacía del Derecho comunitario <sup>15</sup>, que como es sabido son conceptos afines pero lógicamente diferentes, siendo la primacía la principal norma de conflicto entre el Derecho comunitario y los derechos nacionales <sup>16</sup>.

<sup>8</sup> Vid. PASCHEN, U.: *Steuerumgehung im nationalen und internationalen Steuerrecht*. Wiesbaden: Deutscher Universitäts-Verlag GmbH, 2001, cit. págs. 136 a 138, y 146, para quien la costumbre internacional prohíbe el abuso del mismo, por definición. En sentido similar, AVI-YONAH, R. S.: *International Tax as International Law. An Analysis of the International Tax Regime...* cit. págs. 182 y ss.

<sup>9</sup> Véase: MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Las Medidas anti-elusivas/anti-abuso internas y los Convenios para la eliminación de la doble imposición...» cit. págs. 118 y ss, y referencias allí citadas.

<sup>10</sup> MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: «El Derecho Financiero constitucional de la Unión Europea». *REDF*, n.º 109-110/2001, págs. 112 y ss.; VILLAR EZCURRA, M.: «Exigencias del Derecho Comunitario a la metodología del Derecho Financiero y Tributario». *CT*, n.º 100/2001, págs. 23 a 47.

<sup>11</sup> Sobre la Constitución económica europea, con mayores referencias, véanse, entre otros: RUIZ ALMENDRAL, V.: *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*. La Ley-Wolters Kluwer, 2008, págs. 49 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S.: *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*. Madrid: Alianza editorial, 1993, pág. 46, y págs. 56 y ss.; BAQUERO CRUZ, J.: *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*. Madrid: Civitas, 2002, págs. 28 y ss.

<sup>12</sup> BEISER, R.: «Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Licht des Gemeinschaftsrechtes. "Rechtssicherheit ist Prinzipien –oder Regelsicherheit"». *StuW*, n.º 4/2005, en especial págs. 296 y ss.

<sup>13</sup> SSTJCE de 15 de febrero de 1963 (26/62), *Van Gend & Loos*, de 15 de julio de 1964 (6/64), *Costa/ENEL*, y de 9 de marzo de 1978, *Simmmenthal* (106/77).

<sup>14</sup> BAQUERO CRUZ, J.: *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea...* cit. pág. 69. RUIZ ALMENDRAL, V.: *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España...* págs. 65 y ss.

<sup>15</sup> Como señala J. BAQUERO «la primacía del Derecho comunitario aparece así como la cuestión decisiva para determinar si parte del Tratado tiene naturaleza constitucional. No es el carácter de constitución interna del Tratado o una parte del Tratado lo que le hace supremo. Es más bien la aceptación de la primacía afirmada por el Derecho comunitario en caso de conflicto con el derecho estatal (incluido el derecho constitucional de los Estados) lo que le hace constitucional»; *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea...* cit. pág. 96.

<sup>16</sup> BAQUERO CRUZ, J.: *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea...* cit. pág. 94. De WITTE, B.: «Direct effect, supremacy and the nature of the legal order», en: AA.VV. (Eds.: CRAIG, P.; BÜRCA, G. De): *The evolution of EU Law*. Oxford: Oxford University Press, 1999, págs. 183 y ss.; CRAIG, P.; BÜRCA, G. De: *EU Law. Text, Cases and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2003, págs. 275 y ss.

Así las cosas, las consecuencias que el Derecho de la Unión Europea tiene para el establecimiento, interpretación y aplicación de las normas anti-abuso no sólo no pueden ignorarse sino que constituyen la delimitación precisa actual de este tipo de normas, el único marco en el que pueden operar, salvo que se pretenda su aplicación a un contexto estrictamente interno, en los términos que veremos.

El objeto de este trabajo es relativamente modesto en relación con la magnitud de los problemas que se plantean, y sus también crecientes ramificaciones. En las páginas que siguen me limitaré a analizar y tratar de dar respuesta a dos cuestiones generales: (i) determinar cuál es, en la hora actual, la noción de abuso de Derecho tributario en el Derecho de la Unión Europea haciendo hincapié en la reciente modificación de la doctrina del TJUE y (ii) examinar las normas generales anti-abuso españolas, haciendo también referencia (*ad exemplum*) a algunas normas específicas anti-abuso (buena parte de las cuales proceden del Derecho tributario internacional) a la luz de dicha noción. El trabajo se centrará en la fiscalidad directa, aunque con necesarias referencias a la indirecta, por ser aquel ámbito donde más ha avanzado la jurisprudencia, precisamente en ausencia de un proceso de armonización en sentido estricto de la legislación tributaria en la Unión Europea, y por ser también éste el único ámbito cubierto, por el momento, por la red de CDI que conforman lo que denominamos *Derecho tributario internacional*.

## II. LA NOCIÓN DE ABUSO DE NORMAS TRIBUTARIAS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

### 1. Introducción

A estas alturas, nadie pone en duda la existencia de un concepto (con matices, dependiendo del contexto normativo, como veremos) de fraude a la ley tributaria en el Derecho de la Unión Europea, conceptos que fundamentalmente han sido elaborados por el TJUE<sup>17</sup>. Al mismo tiempo, también es evidente ya que aunque la imposición directa no haya sido objeto de armonización, los Estados miembros están obligados a ejercer sus competencias normativas con respeto al Derecho de la Unión. Por esta vía, que puede denominarse de armonización *impropia* se viene produciendo una sustancial transformación de la imposición directa de los Estados miembros, cuyas implicaciones han sido examinadas por la doctrina tributarista en los últimos años<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*... cit. págs. 150 y ss.; GARCÍA PRATS, A.: *Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho Comunitario*, en: SERRANO ANTÓN; SOLER ROCH: *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*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2002, págs. 169 y ss.; PEACOCK, J.: «The Law ends where abuse begins». *The EC Tax Journal*, n.º 3, vol. 4/2001, págs. 147 y ss.; HARRIS, P.: «Abus de Droit: further thoughts on the cleansing of the stables, and the community notion of own resources», *The EC Tax Journal*, n.º 2, vol. 6/2002, págs. 117 y ss. SCHÖN, W.: «Gestaltungsmißbrauch im europäischen Steuerrecht». *Internationales Steuerrecht, Beihefter zu Heft 2*, 1996, págs. 11 y 12.

<sup>18</sup> Recientemente, *vid*: GARCÍA PRATS, A.: «Is It Possible to Set a Coherent System of Rules on Direct Taxation under EC Law Requirements?» en la obra colectiva: Luc HINNEKENS: Phillippe HINNEKENS (eds.): *A Vision of Taxes Within and Outside European Borders*, Kluwer Law International, 2008, págs. 435 y ss.

La noción de abuso de Derecho no es nueva en el ámbito europeo, y el TJUE ya había afirmado que el abuso de Derecho de la Unión Europea es *contrario* al propio Derecho (tempranamente, Sentencia de 3 de diciembre de 1974, *Van Binsbergen* (C-33/74), existiendo una extensa doctrina jurisprudencial donde se ha señalado que los justiciables no pueden prevalerse de las normas comunitarias de forma abusiva o fraudulenta<sup>19</sup>, y que el ejercicio de un derecho conferido por el Derecho de la Unión Europea podrá ser abusivo cuando se usa de forma irrazonable con la finalidad de obtener ventajas ilegítimas<sup>20</sup>.

En los últimos años el desarrollo jurisprudencial ha resuelto numerosos problemas interpretativos, a la vez que planteado otros en torno a la compatibilidad de las normas internas anti-abuso con el ordenamiento europeo. El carácter «expansivo» de la jurisprudencia del TJUE en este ámbito resulta así evidente, y sus consecuencias inciden también sobre las normas generales anti-abuso, como la contenida en el artículo 15 de la LGT. Si bien no hay una imposibilidad material de aplicar las normas generales anti-abuso a contextos internacionales, sí hay motivos de coordinación y de eficacia que abogan por la aplicación preferente de la norma especial cuando ésta exista. En ausencia de esta última, o incluso en los supuestos (cada vez más frecuentes en la práctica) de su incompatibilidad con el ordenamiento jurídico-comunitario, la norma general anti-abuso podrá ser de aplicación a priori. Ahora bien, operan para la misma similares exigencias que para las especiales: su interpretación debe ser coherente con el objeto y finalidad del marco comunitario en los términos que se expondrán. La cuestión es por el momento teórica, pues lo cierto es que las resoluciones del TJUE en materia de fraude se refieren a la compatibilidad de las normas *específicas* anti-abuso con las libertades comunitarias, lo que explica que en la doctrina haya sido también relativamente escasa la atención prestada a los problemas que puede plantear la compatibilidad de las normas *generales*<sup>21</sup>.

La propia Comisión, cuyo activismo ha propiciado buena parte de la citada jurisprudencia, ha tratado de racionalizar y dotar de coherencia a las relaciones entre las normas nacionales anti-abuso y el Derecho de la Unión Europea, sugiriendo una suerte de hoja de ruta o guía para que los Estados miembros reformen sus normas y doctrinas anti-abuso, en su Comunicación de 10 de diciembre de 2007, sobre «Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa –dentro de la Unión Europea y en relación con terceros países»<sup>22</sup>. Esta Comunicación corrobora lo que

<sup>19</sup> Hay una consolidada doctrina jurisprudencial en relación con el abuso, donde se pone de manifiesto lo que en el fondo no es más que una obviedad, y es que ningún sistema jurídico renuncia a protegerse a sí mismo. Como muestra, *Knoors*: «... los nacionales de un Estado miembro no pueden, aprovechando las posibilidades creadas por el Tratado, intentar evitar abusivamente la aplicación de su legislación nacional. Tampoco pueden invocar las normas comunitarias de forma abusiva o fraudulenta (Sentencias de 7 de febrero de 1979, *Knoors*, 115/78, apartado 25; de 3 de octubre de 1990, *Bouchoucha*, C-61/89, apartado 14, y de 9 de marzo de 1999, *Centros*, C-212/97, apartado 24). Véase, *inter alia*, SSTJUE de 3 de marzo de 1993, *General Milk Products*, Asunto C-8/92, de 12 de mayo de 1998, *Kefalas* y otros, C-367/96, apartado 20; Sentencia de 9 de marzo de 1999, *Centros* (C-212/97), apartado 24, Sentencias de 14 de diciembre de 2000, *Emsland-Stärke* (C-110/99), apartados 52 y 53, de 21 de julio de 2005, *Eichsfelder Schlachtbetrieb* (C-515/03), apartado 39, de 23 de marzo de 2000, *Diamantis*, C-373/97, apartado 33, y de 3 de marzo de 2005, *Fini H*, C-32/03, apartado 32.

<sup>20</sup> *Vid.* recientemente: DE BROE, L.: *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. Amsterdam, IBFD, 2008, págs. 754 y ss. Entre nosotros, véase, entre otros: GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.; HERRERA MOLINA, P. M.: «¿Asedio a la justicia fiscal en Europa? (Reflexiones ante la jurisprudencia comunitaria sobre las cláusulas anti-abuso y la reacción del legislador español)». *RCyT*, CEF, n.º 251/2004, págs. 47 y ss.

<sup>21</sup> RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*... cit. págs. 156 y ss.; recientemente, *vid.* DE BROE, L.: *International Tax Planning and Prevention of Abuse*... cit. págs. 475 y ss.

<sup>22</sup> COM (2007) 785 final.



un breve vistazo a la jurisprudencia relevante pone de manifiesto: que los mayores problemas se vienen planteando por la incompatibilidad de normas *específicas* anti-abuso (o normas de control) –nacionales o procedentes del Derecho tributario internacional vía CDI– con el Derecho de la Unión Europea.

En efecto, en los últimos años, y con especial intensidad a lo largo de la última década, un alto número de medidas específicas anti-fraude han sido declaradas contrarias al Derecho de la Unión Europea, lo que ha generado una serie de reformas en todos los ordenamientos de los Estados miembros. Sin ánimo de exhaustividad, se han visto afectadas las normas de subcapitalización (*thin capitalization*), regímenes de transparencia fiscal internacional (*Controlled Foreign Corporation –CFC–*), normas de limitación de beneficios (*Limitation on Benefits –LOB–*) u otras medidas *anti-treaty shopping* <sup>23</sup>.

La doctrina anti-abuso vigente en Derecho europeo, fundamentalmente obra de la interpretación del TJUE, es relativamente asimétrica dependiendo del contexto normativo que esté en liza <sup>24</sup>. Partiendo de que el abuso de normas no debe estar permitido en ningún sistema jurídico, el TJUE maneja diversos niveles de dureza en función de la norma (fundamentalmente, libertades fundamentales contenidas en los Tratados vs. normas contenidas en Directivas) que esté siendo objeto de abuso. Las diferencias no son siempre fáciles de apreciar y debe asimismo tenerse en cuenta que esta hipótesis tiene una restricción inicial, y es que los casos que llegan al TJUE no son más que una pequeña muestra de los problemas jurídicos que pueden producirse en la práctica.

Partiendo de estas limitaciones, se examinará en los apartados que siguen la incidencia del análisis actual que lleva a cabo el Tribunal a partir de las libertades comunitarias sobre las normas anti-abuso y de control, siguiendo con el examen, algo distinto, que se lleva a cabo cuando las normas anti-abuso establecidas por los Estados son un desarrollo de las autorizadas o pergeñadas en las Directivas. Posteriormente se examinarán las normas generales anti-abuso españolas a la luz de la citada jurisprudencia y finalmente se tratará de dilucidar si se está produciendo un cambio en la citada jurisprudencia y si éste está consolidado.

## 2. Consecuencias de la doctrina anti-abuso del TJUE cuando está en liza una libertad comunitaria

Las libertades comunitarias constituyen un punto de referencia esencial al objeto de determinar la finalidad y el espíritu del tipo de normas objeto de este análisis. Para entender su importancia en

<sup>23</sup> Con carácter general, véase: GARCÍA PRATS, A.: «Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho Comunitario...» cit. págs. 164 y ss. En relación con la incompatibilidad de las normas anti *treaty shopping* de los Estados miembros con el Derecho Comunitario, véase: VEGA BORREGO, F. *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*. En relación con la normativa de precios de transferencia, y su consistencia con dicho marco jurídico, véase: CALDERÓN CARRERO, J. M.: *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*. Valencia: Tirant lo blanch, 2005, págs. 53 y ss.

En relación con la jurisprudencia en materia de subcapitalización, me permito remitir al lector a: RUIZ ALMENDRAL, V.: «Subcapitalización y libertad de establecimiento: el caso "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation" como una oportunidad para rehabilitar el artículo 20 del TRLIS». *Noticias de la Unión Europea*, n.º 283/2008, págs. 125 y ss.

<sup>24</sup> Esta idea la expresé, con mayores referencias, en: RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*... cit. págs. 152 y ss.

el razonamiento del Tribunal es preciso no perder de vista que su objetivo fundamental es la construcción del mercado interior, de ahí que sobre todo en un primer momento la integración de los sistemas tributarios de los Estados miembros tuviera como finalidad central eliminar o al menos disminuir las distorsiones fiscales. Las libertades no son sino *derechos* de acceso al mercado interior, y es indudable que las medidas tributarias pueden constituir un obstáculo a dicho acceso. Esto explica que con frecuencia una libertad comunitaria aplicable al caso en liza pueda tener la consecuencia de evitar la calificación de una determinada conducta como de elusión. Si a eso añadimos el carácter expansivo de la jurisprudencia del TJUE a consecuencia de cómo ha interpretado en ocasiones su propia competencia, tenemos una idea del impacto de dichas libertades<sup>25</sup>.

El modo de razonar del Tribunal comienza por analizar si se ha producido una restricción de una libertad fundamental o si ha habido un efecto discriminatorio<sup>26</sup>. Nótese que aquí se ha producido una evolución en la jurisprudencia, de manera que el Tribunal aplica ahora el criterio de *restricción* también a los impuestos directos, siendo éste un criterio originalmente diseñado para los indirectos (principales tributos en el momento de la creación de la Unión Europea, por otro lado). El problema principal que esto plantea, obviando la confusión que se crea, es que, al menos en teoría, el concepto de restricción sólo puede ser aplicado en términos de «todo o nada», pues no requiere, o en realidad no permite, el establecimiento de una comparación en términos de similitud o equivalencia entre distintas situaciones. Esto implica que el razonamiento deberá ser totalmente distinto (al menos en teoría) según se aplique uno u otro criterio, ya que mientras que el principio de no discriminación requiere la comparación entre distintas situaciones, la perspectiva de la no restricción únicamente precisa el análisis de si, de una manera directa o indirecta, la medida constituye un obstáculo, y si dicho obstáculo puede o no ser aceptado porque hay una excepción [sea dicha excepción en el acceso al mercado interior de un Estado miembro (Estado de la fuente), como sucedía en *Comisión/Francia* o «*Avoir fiscal*» (STJCE de 28 de enero de 1986 –270/83–) o en *Schumacker* (STJCE de 14 de febrero de 1995 –C-279/93–), como en el acceso de un residente a otros Estados, donde la restricción la imponía el Estado de la residencia (es el caso en *ICI*, STJCE de 16 de julio de 1998 –C-264/96–), *Manninen* (STJCE de 7 de septiembre de 2004 –C-319/02–) o *Marks & Spencer* (STJCE de 13 de diciembre de 2005 –C-446/03–)]<sup>27</sup>. De forma relativamente reciente, el Abogado General (AG) Sr. Geelhoed hacía referencia a este problema, en las Conclusiones al caso *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, STJCE de 13 de marzo de 2007 (C-524/04) en un loable

<sup>25</sup> De acuerdo con el Tribunal, en todos aquellos casos en que una normativa doméstica siga las soluciones aplicadas en Derecho de la Unión Europea para poner fin a los problemas de una situación interna, podrá haber un interés comunitario en que las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión Europea reciban una interpretación uniforme. Numerosos ejemplos de la jurisprudencia avalan este aserto. Así por ejemplo, la Sentencia de 17 de julio de 1997, *Leur-Bloem* (C-28/95).

<sup>26</sup> Las diferencias entre las distintas libertades en relación con su incidencia en la fiscalidad directa no siempre son evidentes ni indiscutibles, como se afirma en GARCÍA PRATS, A.: *Imposición directa, no discriminación y derecho comunitario*. Madrid: Tecnos, 1998, págs. 41 y ss. En realidad, aún se discute si esta distinción (discriminación vs. restricción) tiene sentido. Sobre la jurisprudencia del TJCE que, progresivamente, está haciendo más difusas las diferencias entre discriminación y restricción, véase: WATTEL, P. J.; TERRA, B. J. M.: *European Tax Law*. La Haya: Kluwer Law International, 2008, págs. 53 y ss.

<sup>27</sup> Véase VANISTENDAEL, F.: «The compatibility of the basic economic freedoms with the sovereign national tax systems of the Member States». *EC Tax Review*, n.º 3/2003, pág. 137; WEBER, D.: *Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms. A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance*. Amsterdam, Kluwer Law, 2005, págs. 108 y ss.

intento de aclarar la distinción<sup>28</sup>, que si bien ha sido aplaudido por la doctrina<sup>29</sup>, no parece haber tenido excesivas repercusiones en la jurisprudencia del TJCE.

Desde esta perspectiva, hasta el momento la libertad que ha tenido mayor incidencia sobre los sistemas tributarios de los Estados miembros es la libertad de establecimiento, siendo la libre prestación de servicios en muchos casos de examen subsidiario. Por otro lado, y de forma progresiva, la libre circulación de capitales y pagos, viene representando un creciente papel en materia de fiscalidad directa, en particular en los denominados impuestos patrimoniales<sup>30</sup>. La libertad de establecimiento requiere una cierta implantación en el Estado de referencia, de manera que «están comprendidas dentro del ámbito de aplicación material de las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento las disposiciones nacionales que son de aplicación a la posesión por un nacional del Estado miembro de que se trate de una participación tal en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro que le confiere una influencia real en las decisiones de dicha sociedad y le permite determinar las actividades de ésta (véanse, en este sentido, las Sentencias de 13 de abril de 2000, *Baars*, C-251/98, párr. 22, así como de 21 de noviembre de 2002, *X e Y*, C-436/00, párr. 37). Esto tiene relevantes consecuencias en materia tributaria, porque significa que en el caso de muchas sociedades *holding* o de tenencia de activos la libertad en liza será la de libre circulación de capitales<sup>31</sup>.

Podría defenderse que el concepto de abuso del TJUE no difiere sustancialmente del general de fraude a la ley tributaria, si bien es cierto que como veremos el umbral de artificiosidad, al menos en la mayor parte de los casos, es más elevado en la jurisprudencia del Tribunal. Esto tiene una explicación que tiene que ver con el propio papel del Tribunal como árbitro indirecto entre Estados, y es que para éste aquellas operaciones que puedan ser algo «forzadas», en el sentido de utilizar la legislación tributaria de varios Estados para obtener una posición ventajosa, esto es, una suerte de *forum shopping* o *jurisdiction shopping* comunitario, no son necesariamente abusivas, sino que constituyen

<sup>28</sup> Para el A.G.: «... lo que es esencial es distinguir entre los dos sentidos del término "restricción" al abordar las normas de fiscalidad directa... El primero se refiere a las restricciones que se derivan inevitablemente de la coexistencia de regímenes fiscales nacionales... Sin embargo, utilizar el término "restricción" –pese a que se emplea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia– es, en este contexto, engañoso. En realidad, de lo que se trata en el presente asunto es de distorsiones de la actividad económica que se derivan del hecho de que diferentes regímenes jurídicos deben coexistir. En ciertos casos, dichas distorsiones causan desventajas a los operadores económicos; en otros, ventajas. ...tales cuasirestricciones no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 43 de la CE. ...el segundo sentido de restricción se refiere a lo que puede denominarse restricciones "verdaderas": es decir, restricciones que van más allá de las que se derivan inevitablemente de la coexistencia de los regímenes fiscales nacionales, que están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 43 de la CE. ...el hecho de que... los criterios que determinan la competencia tributaria directa se basen en la residencia o el lugar de procedencia implica que en esencia todas las medidas fiscales directas nacionales "verdaderamente" restrictivas se considerarán en la práctica también medidas directa o indirectamente discriminatorias» (párrs. 36-40).

<sup>29</sup> *Vid.* PISTONE, P.: «Expected and Unexpected Developments of European Integration in the Field of Direct Taxes». *Inter-tax*, vol. 35/2007, pág. 72.

<sup>30</sup> Como es sabido, la libre circulación de capitales (y pagos) no recibiría carta de naturaleza hasta el Tratado de Maastricht, cuando se modifica con efectos a 1 de enero de 1994. Por otro lado, aunque a menudo se confundan en el razonamiento del TJCE, la distinción entre la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales sigue siendo relevante en la medida en que la segunda es la única libertad comunitaria que se extiende también a terceros Estados (art. 56.2 TCE); *vid.*: WATTEL, P. J.; TERRA, B. J. M.: *European Tax Law...* cit. pág. 23, y págs. 50 y ss.

<sup>31</sup> Sobre la interpretación de esta libertad en los diversos tipos de entidades, y los problemas que se generan en particular con las sociedades *holding* y sus subtipos, véase: RAMOS MUÑOZ, D.: *The Law of Transnational Securitization*. Oxford University Press, 2010, págs. 419 y ss.

un uso más de las libertades comunitarias, que no impiden la competencia entre Estados. La competencia entre Estados es perjudicial y termina siéndolo para todos los actores, pero no por ello es un abuso de las libertades fundamentales. Si los Estados miembros desean ponerle coto, la única opción posible es legislar al respecto. En efecto, el Tribunal ha reiterado que el hecho de que un nacional comunitario, persona física o jurídica, haya sacado provecho de las ventajas fiscales ofrecidas por las normas en vigor en un Estado miembro distinto de aquel en el que reside, no autoriza, por sí solo, a privarle de la posibilidad de invocar disposiciones del Tratado (por todas, véase la Sentencia de 11 de diciembre de 2003, *Barbier*, C-364/01, párr. 71). Y en relación con la libertad de establecimiento, también ha recalcado que el hecho de que una sociedad se haya constituido en un Estado miembro con la finalidad de beneficiarse de una legislación más favorable no es, por sí mismo, razón suficiente para poder afirmarse la existencia de un abuso de dicha libertad (*vid.*, por todas, *Centros*, párr. 27, y la Sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*, C-167/01, párr. 96).

En fin, cuando se trata de examinar el abuso a la luz de las libertades comunitarias, como se verá en detalle en los apartados que siguen, el umbral de abuso o fraude que se exige es particularmente severo, rechazándose por el Tribunal toda norma anti-abuso que de alguna manera parezca presumir la existencia de tal por el uso de una libertad comunitaria. Esto es, lo que los anglosajones denominan *tax arbitrage* («especulación tributaria»), o la explotación de diferencias entre sistemas jurídicos, según se vio más arriba.

### 2.1. Las normas anti-abuso contenidas en los CDI a la luz del Derecho de la Unión Europea

Hay diversas maneras de evitar el fraude a las normas tributarias en el contexto internacional. Además de una norma o doctrina anti-abuso, las normas específicas anti-abuso, en algunos casos ficciones jurídicas, normas retroactivas o incluso normas sobre la carga de la prueba pueden ser medios también eficaces contra el abuso o al menos contra determinadas conductas concretas. Cuando hacemos referencia a normas *anti-abuso* aplicables en el ámbito internacional conviene separar dos grandes grupos:

Por un lado, las normas anti-abuso contenidas en los ordenamientos domésticos y diseñadas para ser aplicadas en transacciones internacionales. Se trata de disposiciones en realidad procedentes y que tienen sentido desde el Derecho tributario internacional –o porque existe un Derecho o *régimen* tributario internacional– y han sido adoptadas por casi todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Entre ellas están, entre otras, las normas sobre precios de transferencia, la subcapitalización, las normas sobre transparencia fiscal internacional, o las normas que penalizan a los Estados con baja tributación (limitación de gastos deducibles, no reconocimiento del cambio de residencia a estos Estados) cuya finalidad es proteger las bases imponibles de los Estados, garantizando asimismo el justo reparto de la carga tributaria.

Por otro lado, las normas con finalidad anti-elusión contenidas en los propios CDI; entre estas segundas, se pueden diferenciar a su vez dos grandes grupos, si seguimos como esquema los CM-OCDE al artículo 1, de forma que **en primer lugar** hay una serie de disposiciones cuya finalidad es atajar de forma eficaz las estructuras de abuso de Tratado o *treaty shopping*, garantizando que las normas de reparto de poder tributario que establece el CDI no son usadas en fraude para transacciones

económicas distintas de las que aquéllas prevén<sup>32</sup>. **En segundo lugar**, están las denominadas cláusulas de limitación de beneficios (*Limitation on Benefits Clauses* –LOBC–), mencionadas en el párr. 20 y particularmente problemáticas desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea como se comprobará más adelante.

Así las cosas, antes de adentrarnos en los problemas específicos de las normas anti-elusión de impuestos, es oportuno dedicar brevemente nuestra atención a lo que el Derecho tributario internacional significa en la actualidad. En un trabajo relativamente reciente, Reuven AVI-YONAH desarrollaba su tesis sobre la existencia de un auténtico régimen tributario internacional<sup>33</sup>. Aunque se pueda discutir si esto es o no exactamente así<sup>34</sup>, lo que no es controvertido es la incidencia práctica que tiene la red de más de 3.000 convenios internacionales para evitar la doble imposición sobre la propia configuración de las normas tributarias domésticas. Estos convenios «modulan, condicionan y determinan de forma decisiva el ejercicio de la potestad tributaria de sus Estados contratantes»<sup>35</sup>. Como hemos examinado, hay numerosos ejemplos de normas tributarias internas que sólo se explican por la existencia de una red de CDI.

En cuanto a la incidencia práctica de los Comentarios al Convenio Modelo propuesto por la OCDE, debe hacerse una breve referencia. Teniendo en cuenta que ni la OCDE es estrictamente una organización internacional ni emite normas válidas en el sentido del Derecho internacional público, el CM-OCDE tiene una incidencia práctica evidente sobre la interpretación de las normas tributarias domésticas y, de forma creciente, sobre el propio Derecho de la Unión Europea<sup>36</sup>. Si además se tiene en cuenta que el otro modelo de referencia, el propuesto por la ONU, está en proceso de convergencia con el de la OCDE<sup>37</sup> se comprueba que los Comentarios al CM es algo más que un mero punto de referencia sino que constituye una valiosa herramienta interpretativa de la mayoría de los CDI existentes siendo así un elemento de referencia de creciente importancia a la hora no sólo de interpretar dichos CDI sino incluso de elaborar la propia normativa interna en materia tributaria. Todo esto no significa que los CM-OCDE sean una interpretación «auténtica» de los CDI, pues conviene recordar que los Comentarios ni son norma, ni contienen tampoco un criterio interpretativo único en el sentido del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> Párrafos 13 a 19 de los Comentarios OCDE al artículo 1; la propuesta de normas específicas en este sentido se contiene en el párr. 19 (*general bona fide provision, activity provision, amount of tax provision, stock exchange provision, alternative relief provision*). Vid: VEGA BORREGO, F.: *Las medidas contra el Treaty Shopping*. Madrid, IEF, 2003, págs. 54 y ss. VEGA BORREGO, F. *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*. Kluwer Law International, 2006, págs. 24 y ss. Recientemente, PANAYI, C. HJI: *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty Shopping and the European Community*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007, págs. 24 y ss.

<sup>33</sup> AVI-YONAH, R.: *International Tax as International Law...* cit. págs. 4 y ss. para una exposición general de la tesis.

<sup>34</sup> Vid. citas de la doctrina internacional tributaria (anglosajona) a favor y en contra en las primeras páginas de AVI-YONAH, R.: *International Tax as International Law...* cit.

<sup>35</sup> GARCÍA PRATS, F. A.: «Los Modelos de Convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los Convenios de Doble Imposición». *Crónica Tributaria*, 133/2009, pág. 102.

<sup>36</sup> GARCÍA PRATS, F. A.: «Los Modelos de Convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los Convenios de Doble Imposición...» cit. págs. 103 y ss.

<sup>37</sup> Véase en este sentido el exhaustivo y original trabajo de BAISTROCCHI, E.: «The Use and Interpretation of Tax Treaties in the Emerging World: Theory and Implications», *British Tax Review*. Issue 4/2008, págs. 353 y ss.

<sup>38</sup> Aunque no puede negarse la incidencia que en la práctica puede tener el modelo estadounidense, su carácter unilateral y contingente impide poder considerar los comentarios al mismo como *soft law* en el sentido de que sí se le da a los dos otros

La relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho tributario internacional es asimétrica como punto de partida pues sólo el primero es estrictamente un ámbito jurídico que obliga a los Estados miembros, mientras que el segundo incide desde una perspectiva bilateral. Al menos ésa es la teoría. En la práctica ambos ámbitos están inevitablemente ligados, en particular en la hora actual, donde se están poniendo en duda buena parte de las bases sobre las que se asienta el sistema (*sic*) tributario internacional. Las relaciones entre ambos ámbitos jurídicos, entre el sistema jurídico comunitario y las normas de Derecho tributario internacional, han alcanzado un punto interesante desde una perspectiva doctrinal, pues se está produciendo un relativo acercamiento consecuencia de la creciente influencia mutua <sup>39</sup>.

## 2.2. Consecuencias de la doctrina del TJUE sobre algunas normas específicas anti-abuso (o normas de control) tradicionalmente empleadas en operaciones transfronterizas

De manera resumida, y necesariamente simplista, puede afirmarse que las normas específicas anti-abuso diseñadas para el ámbito internacional han chocado frontalmente con la doctrina del TJUE en materia de libertades comunitarias y no discriminación fundamentalmente por un motivo, y es que late en estas normas un intento de evitar que los agentes aprovechen los diferentes regímenes tributarios para obtener de ello una ventaja tributaria (*tax arbitrage*). Como esta conducta no es contraria al Derecho de la Unión Europea, antes al contrario, pueden encajar en la protección del mercado interior que llevan a cabo las libertades comunitarias, muchas de estas normas han sido calificadas en ocasiones de restrictivas y contrarias a los objetivos de los Tratados.

Sin ánimo de exhaustividad, me referiré a continuación a algunas de estas normas tributarias, con la finalidad de comprender mejor el razonamiento del Tribunal en este ámbito y ver los términos en los que se produce la tensión entre el interés de los Estados, y en buena medida ahora del Derecho tributario internacional, de minimizar o al menos dificultar las actuaciones que pretenden aprovechar las citadas diferencias de regímenes tributarios, y un Derecho de la Unión Europea que no adopta la misma posición ni tiene el citado interés.

### 2.2.1 Las normas anti-abuso internacionales y el Derecho comunitario (las estructuras *treaty shopping* como problema y las cláusulas de limitación de beneficios)

Como se ha adelantado, entre los diferentes mecanismos para abordar el problema del abuso de Tratado mediante estructuras *treaty shopping*, las cláusulas de limitación de beneficios (LOB) son las que mayores problemas plantean en relación con su compatibilidad con el Derecho europeo. Estas cláusulas tienen como objetivo limitar la aplicación subjetiva del CDI y en concreto excluir a las sociedades que estén controladas por residentes en otros Estados, en la medida en que se pueda entender que se trata de una manera de aprovechar el convenio.

convenios modelos; de nuevo: GARCÍA PRATS, F. A.: «Los Modelos de Convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los Convenios de Doble Imposición...» cit. pág. 107.

<sup>39</sup> CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Los Tratados Internacionales. Los Convenios de Doble Imposición en el ordenamiento español: naturaleza, efectos e interpretación», en coord. CARMONA FERNÁNDEZ: *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, 2008, págs. 48 y ss.

Las cláusulas LOB (*Limitation-on-Benefits Clauses*) no son más que normas específicas anti-abuso, que específicamente pretenden atajar el abuso de CDI evitando que sea utilizado por una persona que no es realmente residente en ninguno de los dos Estados contratantes. Se limitan así los beneficios del tratado a los residentes de derecho en éstos. La dicción de las cláusulas varía de un CDI a otro, pero normalmente se trata de un listado exhaustivo de quiénes pueden ser considerados beneficiarios del Tratado, seguido de una cláusula abierta anti-abuso, que por ejemplo en el artículo 17.2 del CDI España-EEUU tiene esta dicción: «una persona que no tenga derecho a los beneficios del Convenio con arreglo a las disposiciones del apartado 1 podrá, no obstante, probar a las autoridades competentes del Estado del que proceden las rentas su derecho a los beneficios del Convenio. A tal efecto, las autoridades competentes tomarán en consideración, entre otros factores, el hecho de que la constitución, adquisición y mantenimiento de dicha persona y la realización de sus operaciones no haya tenido como uno de sus principales objetos el disfrute de los beneficios del Convenio». Se tratan de abordar así de forma global el problema de abuso de tratado y de minimizar así, mediante una objetivación de los beneficiarios potenciales del CDI, los diferentes tipos de estructuras *treaty shopping* posibles (*conduit companies, stepping stone operations* <sup>40</sup>).

No es difícil imaginar dónde radican los problemas de estas cláusulas a la luz del Derecho de la Unión Europea; en la medida en que introducen una diferenciación, de plano, entre residentes y no residentes, pueden suponer una discriminación y una restricción de las libertades fundamentales <sup>41</sup>. Desde el caso *Open Skies* (en realidad *los casos*, pues son ocho Sentencias idénticas del TJUE, C-468/98 a C-476/98), y también tras la Sentencia de 15 de enero de 2002 (C-55/00), *Gottardo*, la compatibilidad de las normas de limitación de beneficios con el Derecho de la Unión Europea es más que dudosa, como por otro lado se recalca en el papel de trabajo de 9 de junio de 2005 <sup>42</sup>, en el cual la Comisión, además de recordar que el Derecho de la Unión Europea es de aplicación preferente con respecto de los Tratados (que lógicamente son normas internas de los Estados a los efectos de su relación con el Derecho de la Unión Europea), y de hacer hincapié en que el sistema de CDI se limita a los impuestos sobre la renta y el capital, por lo que su ámbito es reducido en cuanto a su efecto de coordinación, hace hincapié en que las cláusulas LOB son contrarias al Tratado (TFUE) <sup>43</sup>. Ello puede sostenerse incluso tras la Sentencia de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, que no supone en puridad un cambio de jurisprudencia en cuanto a estas cláusulas.

El problema en la práctica tiene gran relevancia, pues la incompatibilidad de estas cláusulas con el Derecho de la Unión Europea no resulta sencilla de solucionar, ya que están presentes en los más de 300 CDI entre EEUU y 24 de los Estados miembros de la Unión Europea (el CDI EEUU-Malta fue denunciado por aquél precisamente por problemas de *treaty shopping*) por lo que en principio la única solución sería renegociar todos, lo que no resulta sencillo; para empezar porque cada CDI es hasta

<sup>40</sup> VEGA BORREGO, F. *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions...* cit. págs. 24 y ss. Recientemente, PANAYI, C. HJ: *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty Shopping and the European Community...* cit. págs. 24 y ss.

<sup>41</sup> BECKER, H. y THÖMMES, O.: «Treaty Shopping and EC Law». *European Taxation*, 1991, 173; VEGA BORREGO, F.: *Limitation on Benefits on Double Taxation Conventions...* cit. págs. 34 y ss.; WATTEL, P. J.; TERRA, B. J. M.: *European Tax Law...* cit. págs. 115 y ss.

<sup>42</sup> Comisión: «EC Law and Tax Treaties», *Working Document* 9 June 2005.

<sup>43</sup> MASON, R.: «US Tax Treaty Policy and the European Court of Justice». *59 Tax Law Review* 65, 2005. VEGA BORREGO, F.: *Limitation on Benefits on Double Taxation Conventions...* cit. págs. 237 et seq.

cierto punto difícil de trasladar a otro Estado sin más ya que todos reflejan un determinado equilibrio económico y de inversión entre los Estados contratantes, que no es necesariamente igual en todos (por ejemplo, compárese la inversión extranjera en Alemania, principal país exportador del mundo, por encima de China, con la presente en otros Estados como Italia o Portugal <sup>44</sup>). Es decir, un CDI por definición establecerá un trato distinto no sólo entre los dos Estados firmantes y el resto, sino incluso entre estos dos, pues un Convenio no se celebra sobre la base de la igualdad entre los Estados sino que precisamente refleja una desigualdad de entrada –diferentes flujos económicos y tipos de inversión entre los dos Estados– que trata de equilibrar, pero no igualar. De ahí por cierto que las cláusulas de nación más favorecida nunca hayan sido ni siquiera sugeridas en el marco de la OCDE, aunque no han faltado propuestas de adoptar esta regla en el ámbito de la Unión Europea <sup>45</sup>.

Así las cosas, como pone de relieve el informe citado de la Comisión, las conductas *treaty shopping* son un problema típico en el complejo cruce entre los CDI, el Derecho europeo y las normas puramente domésticas. El problema de fondo es aún más difícil de solucionar y trasciende este tipo de cláusulas en particular (además del objeto de este trabajo) y es en el fondo la divergencia entre el Derecho tributario internacional que se deriva del régimen de CDI y el Derecho de la Unión Europea. La asimetría comienza, como recuerda la Comisión en el papel de trabajo citado (*EC Law and Tax Treaties* <sup>46</sup>) en que el segundo ha tenido como objeto tradicionalmente la fiscalidad indirecta, siendo la directa objeto de los Estados y de los CDI. Cuando empieza a modificarse el foco de atención, sobre todo en los años noventa, y se incrementa el activismo del TJUE en los impuestos directos <sup>47</sup>, este reparto teórico de funciones se hace añicos y se ponen de manifiesto numerosas inconsistencias de las que las cláusulas LOB son sólo una muestra <sup>48</sup>.

## 2.2.2. La transparencia fiscal internacional

Los regímenes de transparencia fiscal internacional tienen como objetivo evitar la erosión de las bases imponibles de los impuestos sobre la renta (personales y sobre personas jurídicas) mediante la creación de sociedades en otros Estados con menor tributación o «sociedades extranjeras controladas» (*controlled foreign corporation* –CFC–). Esto es, la práctica consistente en que una entidad residente traslade una parte de sus beneficios a otra, vinculada, *controlada* por ella, residente en un tercer Estado con menor tributación.

<sup>44</sup> Sobre esta clase de problemas, con especial mención al caso estadounidense, véase: MASON, R.: «US Tax Treaty Policy and the European Court of Justice...» cit. págs. 4 y ss.

<sup>45</sup> Un ejemplo reciente en: VAN THIEL, S.: «Why the European Court of Justice should Interpret Directly Applicable Community Law as a Right to Most-Favoured Nation Treatment and a Prohibition of Double Taxation», en (ed.: D. WEBER): *The Influence of European Law on Direct Taxation*. Kluwer Law International, 2007, págs. 88 y ss.

<sup>46</sup> TAXUD E1/FR DOC (05) 2306, 9 June 2005.

<sup>47</sup> POIARES MADURO, M.: *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*. Oxford: Hart Publishing, 1998, págs. 61 *et seq.* SACCHETTO, C.: «ECJ Direct Tax Cases and Domestic Constitutional Principles: an Overview», en AVI-YONAH, R. S.; HINES, JR., J. R.; LANG, M.: *Comparative Fiscal Federalism. Comparing the European Court of Justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007, pág. 2.

<sup>48</sup> Nótese el diferente alcance del principio de no discriminación; *vid.* RUIZ ALMENDRAL, V.: «Entre la discriminación y la armonización: el régimen fiscal del no residente en España a la luz del Derecho Comunitario». RCYT. CEF, n.º 307/octubre 2008, págs. 10 y ss.



La consecuencia jurídica de estos regímenes, comunes a la mayor parte de los Estados miembros de la OCDE <sup>49</sup>, suele ser la imputación de los beneficios obtenidos por la entidad extranjera, en la base imponible de la entidad residente (que ejerce el control sobre la extranjera), en el momento en el que sean obtenidos. Pues bien, si la compatibilidad de este tipo de normas con el Derecho europeo cuando las sociedades están ubicadas en otros Estados miembros ya era discutible, la Sentencia dictada en el caso *Cadbury-Schweppes*, el 2 de mayo de 2006 (C-196/04), disipa las dudas y plantea problemas nuevos que ponen en duda la propia pervivencia de este tipo de normas en el ámbito europeo <sup>50</sup>.

Como es ya conocido, el caso trataba de la posible aplicación del régimen específico anti-abuso de transparencia fiscal internacional británico a un supuesto de creación de entidad en otro Estado miembro con menor tributación (Irlanda), y en particular, a los requisitos que debe cumplir la normativa anti-abuso en los casos de deslocalizaciones empresariales. Como parte del régimen británico de TFI, el contribuyente debe probar, si quiere evitar la consecuencia jurídica de la aplicación del régimen, que concurren «motivos válidos» para realizar la transacción en liza; en este caso, que la existencia de la filial en el territorio de menor tributación no obedece únicamente a la finalidad de obtener una reducción impositiva notable.

Pues bien, en el caso concreto, *Cadbury* tenía dos filiales constituidas en el denominado Centro Internacional de Servicios Financieros (*International Financial Services Centre*) de Dublín, también denominado «Dublin Docks», que entonces estaba sujeta a un tipo de gravamen del 10 por 100 en el Impuesto sobre Sociedades <sup>51</sup>. De acuerdo con el relato de los hechos, *Cadbury* había creado estas filiales en sustitución de una estructura anterior en la que existía una sociedad establecida en la isla de Jersey (un paraíso fiscal, como es sabido). En general, y teniendo en cuenta los hechos descritos (párrs. 12 y ss.), en la operación de establecimiento de filiales en Irlanda concurrían motivos evidentes de ahorro tributario. El Reino Unido aplicó el régimen de TFI y liquidó en consecuencia. *Cadbury* recurrió y sostuvo que la normativa inglesa en liza era contraria a la libertad de establecimiento prevista en el artículo 43 de la CE, a la libre prestación de servicios a que se refiere el artículo 49 de la CE y a la libre circulación de capitales enunciada en el artículo 56 de la CE. El órgano jurisdiccional competente admite la existencia de una duda al respecto y plantea la siguiente cuestión: «¿Se oponen los artículos 43 [CE], 49 [CE] y 56 de la CE a una legislación fiscal nacional como la controvertida en el litigio principal, que dispone, en circunstancias determinadas, la tributación de una sociedad residente en ese Estado miembro por los beneficios obtenidos por una sociedad filial residente en otro Estado miembro y sujeta a un nivel de tributación inferior?».

<sup>49</sup> OCDE: *Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue...* cit. pág. 44. En detalle, véase: ALMUDÍ CID, J. M.: *El régimen jurídico de transparencia fiscal internacional*. Ministerio de Hacienda, 2005.

<sup>50</sup> *Vid. inter alia* DE BROE, L.: *International Tax Planning and Prevention of Abuse...* cit. págs. 805 y ss.; ALMUDÍ CID, J. M.: *El régimen jurídico de Transparencia Fiscal Internacional*, IEF, Madrid, 2005; PALAO TABOADA, C.: «Transparencia fiscal internacional y Derecho europeo: Conclusiones del AG en el asunto *Cadbury Schweppes*», *RCyT*. CEF, núm. 280/2006, recogido asimismo en: PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal...* cit.

<sup>51</sup> El establecimiento de filiales de algunos Estados miembros en la zona de los «muelles de Dublín» o *Dublin Docks* ha generado una gran conflictividad tributaria. *Vid.* RUIZ ALMENDRAL, V.; SEITZ, G.: «Die neue spanische Umgehungsvorschritt des Artículo 15 Ley General Tributaria (LGT) –Ist der deutsche §42 AO als Vorbild geeignet?». *Steuer und Wirtschaft*, n.º 4/2004, y (mismos autores) «El fraude a la ley tributaria (análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana)». *RCyT*. CEF, n.ºs 257-258/2004. Véase asimismo, en relación con la jurisprudencia austriaca en el caso, el trabajo de: OBERMAIR, C.; WENINGER, P. J.: «Treaty Shopping and Domestic GAARs in the Light of a Recent Austrian Decision on Irish IFS Companies». *Intertax*, vol. 33, n.º 10/2005, págs. 467 y ss.

Para las partes (no sólo el Reino Unido, sino también para el resto de Estados miembros que presentan alegaciones) la disparidad de los tipos impositivos de los beneficios de las sociedades vigentes en el seno de la Unión constituye una diferencia objetiva de situación que justifica el trato diferenciado previsto por la legislación de que se trata. El Abogado rechaza esta tesis por entender que «sería tanto como admitir que un Estado miembro tiene derecho, sin infringir las normas del Tratado, a seleccionar a los demás Estados miembros en los que sus sociedades nacionales pueden crear filiales beneficiándose del régimen fiscal aplicable en el Estado de acogida» (párr. 80), lo cual sería contrario al propio principio de mercado único, del que deriva la interdicción, para todos los Estados miembros, de otorgar un trato diferente a sus sociedades residentes que creen filiales en otros Estados miembros en función del tipo impositivo aplicable en el Estado de acogida. La normativa británica constituye, por lo tanto, un obstáculo a la libertad de establecimiento.

Queda examinar si dicha restricción puede verse justificada por la necesidad de luchar contra la evasión fiscal. Pues bien, aunque la lucha contra el fraude fiscal forma parte de las «razones imperiosas de interés general» que pueden justificar un obstáculo al ejercicio de las libertades fundamentales, el Abogado recalca que los límites para poder estimar dicha razón son muy estrictos. En particular, «un obstáculo a una libertad de circulación garantizada por el Tratado únicamente puede estar justificado por la lucha contra la evasión fiscal si la legislación controvertida tiene por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la ley nacional» (párr. 87). Para el Abogado, ahí empieza y termina el concepto de abuso de derecho que puede recoger una norma anti-fraude. Así, afirma que «Los artículos 43 y 48 de la CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una legislación fiscal nacional que prevé la inclusión en la base imponible de una sociedad matriz residente de los beneficios obtenidos por una sociedad extranjera controlada establecida en otro Estado miembro **cuando dichos beneficios estén sujetos en este Estado a un nivel impositivo muy inferior al vigente en el Estado de residencia de la sociedad matriz, si dicha legislación se aplica únicamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir la ley nacional.** Tal legislación debe, pues, permitir al contribuyente quedar exento justificando que la filial controlada está realmente implantada en el Estado de establecimiento y que las transacciones que tuvieron por efecto una disminución de la carga impositiva de la sociedad matriz corresponden a prestaciones efectivamente realizadas en dicho Estado y que no carecían de interés económico con respecto a la actividad de la referida sociedad».

Aunque no totalmente, el Tribunal sigue el razonamiento del AG, si bien restringe la noción de abuso a la luz de la noción de artificiosidad, concluyendo que «Habida cuenta de las precedentes consideraciones, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 43 y 48 de la CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la inclusión en la base imponible de una sociedad residente establecida en un Estado miembro de los beneficios obtenidos por una SEC en otro Estado miembro cuando dichos beneficios estén sujetos en este último Estado a un nivel de tributación inferior al aplicable en el primer Estado, a menos que tal inclusión concierna únicamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir el impuesto nacional normalmente adeudado. Por consiguiente, la aplicación de esa medida tributaria debe descartarse cuando resulte, en función de elementos objetivos y verificables por terceros, que, a pesar de que existan motivos de índole fiscal, la citada SEC está implantada realmente en el Estado miembro de acogida y ejerce en él actividades económicas efectivas.»

Esta restricción de la noción de artificiosidad es preocupante, no sólo porque limita la aplicación de las normas de transparencia fiscal sino porque incluso podría afectar a las normas generales anti-abuso, ya que como se ha señalado, el Tribunal se centra «en comportamientos cercanos a las simulaciones más groseras»<sup>52</sup>. Deja así fuera los también abusivos supuestos en los que hay cierta implantación económica pero ésta no es suficiente, precisamente porque se trata de una sustancia económica fabricada para escapar de estos regímenes. En estos casos, donde estaríamos ante auténticos supuestos de fraude a la ley tributaria, debería poder aplicarse la norma de transparencia y, eventualmente, la norma genera anti-abuso. Sin embargo, en *Cadbury* el Tribunal está manejando una modalidad restringida, *europalizada*, del test de los motivos económicos válidos, sólo que su análisis parece quedarse en la sustancia económica, sin avanzar en la interpretación teleológica de la norma tributaria, que como veremos más adelante se ha considerado la clave de bóveda de las doctrinas del propósito negocial en el ámbito tributario.

En nuestro país, el artículo 107 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades* (TRLIS, donde se regula la transparencia fiscal, contiene una excepción para las operaciones europeas redactada en los siguientes términos «lo previsto en este artículo no será de aplicación cuando la entidad no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, **siempre que el sujeto pasivo acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades empresariales**» (107.15). Esto es, se incorpora el test de motivos económicos válidos, sobre el que se volverá más abajo, si bien éste deberá ser interpretado a la luz de la citada jurisprudencia.

### 2.2.3. Las normas anti-subcapitalización

El problema de la subcapitalización (*thin capitalization*), o del sobre-endeudamiento, parte del propio contrato de sociedad y de las dos grandes alternativas para financiarla: el capital o el endeudamiento. En el primer caso, el mecanismo tipo consiste en articular la posibilidad de que una o varias personas adquieran una participación en el capital a través de títulos (acciones), que generan entre otros el derecho a percibir un dividendo en el caso de que haya beneficios, y éstos sean además distribuidos. En el segundo caso, la sociedad puede decidir obtener un préstamo, comprometiéndose a devolver el principal y los intereses en un plazo determinado. En los países de nuestro entorno, el recurso al endeudamiento es más beneficioso desde la perspectiva tributaria, pues generalmente el tributo que grava las rentas de una sociedad considera deducible el pago de intereses, pero no la retribución de fondos propios [*vid.* nuestro art. 14.1 a) TRLIS]. Por otro lado, desde la perspectiva del prestamista, también es fiscalmente más interesante la obtención de intereses, pues el pago de dividendos implicará siempre una doble imposición cuya corrección siempre es limitada, lo que no sucederá en el caso de pago de intereses. Pero sobre todo, la situación es también ventajosa desde la perspectiva del Derecho tributario internacional, pues los CDI también otorgan mejor tratamiento a los intereses que a los dividendos<sup>53</sup>. Y si además el endeudamiento tiene lugar entre entidades vin-

<sup>52</sup> CALDERÓN CARRERO, J. M.; MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: «Acerca de la necesidad de reconfigurar la política española en materia de cláusulas antiabuso y fiscalidad directa: las consecuencias derivadas de los casos *Cadbury Schweppes* y *Test claimants in the thin cap group*». *Jurisprudencia Tributaria*. Aranzadi n.º 2/2007.

<sup>53</sup> *Vid.* RUIZ GARCÍA, J. R.: «Artículo 10 MC OCDE. La tributación de los dividendos», y «Artículo 11 MC OCDE. La tributación de los intereses»: AA.VV. (coord.: RUIZ GARCÍA, J. R.; CALDERÓN CARRERO, J. M.): *Comentarios a los Convenios*

culadas con residencia en diversos Estados, es evidente que este mecanismo permite un cierto margen de acción para seleccionar el mapa de tributación de las diversas entidades, de manera que aquellas cuya residencia a efectos tributarios esté ubicada en los Estados con mayor tributación, se endeudarán preferiblemente con entidades ubicadas en zonas con menor tributación, o incluso en países donde la obtención de intereses esté exenta de tributación. De ahí que la subcapitalización se corrija normalmente cuando hay vinculación, pues en el fondo no es más que un supuesto particular donde se pone de manifiesto que las partes no actúan de manera independiente, conforme al principio de empresa separada (*at arm's length*<sup>54</sup>). Por eso, la subcapitalización no es sólo perjudicial desde la perspectiva tributaria, sino que incide también negativamente sobre la libre competencia, no desleal, entre Estados. Este segundo elemento es clave para entender por qué el TJUE sí admite la existencia de esta clase de normas, siempre que se alineen con el Derecho de la Unión Europea.

Hasta el momento sólo hay tres Sentencias del Tribunal de Justicia que aborden de manera directa la configuración de las normas de subcapitalización y su aplicación en el contexto comunitario: *Lankhorst-Hohorst* (asunto 324/00), la Sentencia de 13 de marzo de 2007, asunto C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* y *Commissioners of Inland Revenue* (en adelante, *Thin Cap*), y la de 17 de enero de 2008 (C-105/07) *Lammers & Van Cleeff*, que han venido a confirmar, como ya se había apuntado en *Lankhorst* que es posible mantener una norma de subcapitalización y que ésta sea compatible con el Derecho comunitario. Sólo es necesario que se cumplan algunas condiciones, fundamentalmente, que la norma permita un análisis de la sustancia sobre la forma, y que no suponga una presunción sin más de fraude. Al mismo tiempo, el Tribunal enfoca el problema desde la perspectiva del principio de plena competencia, si bien esto se desarrollará en jurisprudencia posterior, como exponemos en el último apartado de este trabajo.

Hay acuerdo en que las normas de subcapitalización modificadas por los Estados miembros tras la jurisprudencia citada o bien han perdido toda eficacia porque excluyen las transacciones con Estados de la Unión Europea, o son absurdas (como la antigua alemana) por extender su aplicación a supuestos internos, cuando se trata de una norma pensada para situaciones transfronterizas. Nuestro país adolece del primer defecto, tras la modificación del artículo 20 del TRLIS mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre<sup>55</sup>, para adaptarla a la jurisprudencia contenida en el caso *Lankhorst-*

*para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*. A Coruña: Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, 2004, en particular págs. 577 y ss., y págs. 636 y ss. Una recapitulación general de las ventajas tributarias del endeudamiento como alternativa de financiación en: PALAO TABOADA, C.: «La subcapitalización y los convenios de doble imposición». *RCyT*. CEF, n.ºs 137-138/1994, págs. 79 y ss.; posteriormente, por el mismo autor: «La subcapitalización», cap. 21 de SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Fiscalidad internacional*, 2.ª ed. CEF, Madrid, 2005, págs. 822 y ss. SANZ GADEA, E.: «La subcapitalización». *RCyT*. CEF, n.º 206/2000, pág. 28; VEGA BORREGO, F.: «La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y el Derecho comunitario». *Crónica Tributaria* n.º 104/2002, págs. 89 y ss.; TERRA, B.; WATTEL, P.: *European Tax Law...* cit. págs. 602 y ss.

<sup>54</sup> *Vid.* CALDERÓN CARRERO, J. M.: *Precios de transferencia e impuesto sobre sociedades*. Valencia: Tirant lo blanch, 2005, págs. 96 y ss., y referencias allí contenidas. GARCÍA PRATS, F. A.: «Artículo 9. Empresas Asociadas», en: AA.VV. (coord.: RUIZ GARCÍA, J. R.; CALDERÓN CARRERO, J. M.): *Comentarios a los Convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*. A Coruña: Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, 2004, págs. 566 y 567.

<sup>55</sup> Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que añade el párrafo cuarto («Lo previsto en este artículo no será de aplicación cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal»).

*Hohorst GmbH y Steinfurt Finance Authority*<sup>56</sup>. Se soluciona con esta reforma la manifiesta incompatibilidad de la norma con el Derecho de la Unión Europea, que ya había sido apuntada<sup>57</sup>, al tiempo que convierte en perfectamente inútil la norma de subcapitalización<sup>58</sup>.

El problema es que, mientras no se modifique el precepto, el sobreendeudamiento entre entidades vinculadas en el ámbito comunitario no podrá corregirse mediante el artículo 20 del TRLIS. Eso no significa que la subcapitalización en el ámbito comunitario no pueda evitarse, pues es posible que puede utilizarse la norma de conflicto contenida en el artículo 15 de la LGT en aquellos casos en que el endeudamiento sea desproporcionado y, dadas el resto de circunstancias, pueda interpretarse que se trata de un endeudamiento cuyo único motivo económico sea el ahorro de la carga tributaria<sup>59</sup>. En realidad, y con los matices que veremos, en ocasiones el recurso a la norma general anti-abuso posiblemente sea la única manera de evitar buena parte de las maniobras elusivas ya que, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sólo son compatibles con el respeto a las libertades fundamentales aquellas normas anti-abuso que permitan un margen de interpretación lo suficientemente amplio como para asimismo dejar al contribuyente la opción de probarlas en contra.

#### 2.2.4. Los impuestos «de salida»

Los denominados «impuestos de salida» no son estrictamente normas anti-abuso, aunque a menudo tienen ésta como otra de sus finalidades. Esta clase de normas cumple una función de importancia crucial en relación con la propia coherencia del sistema tributario, pues tratan de someter a gravamen la plusvalía latente que ha sido generada durante el tiempo de tenencia del activo en cuestión. En efecto, la ganancia, aún no realizada, se habrá ido obteniendo en el Estado miembro de residencia original, que ha proporcionado las condiciones adecuadas para ello; piénsese, por poner sólo un ejemplo, en el coste de mantener un sistema de supervisión de entidades financieras, agencias de valores, y en general un sistema jurídico que proporciona la confianza suficiente como para atraer inversión y que ésta sea rentable. Por ello, es lógico que este Estado pretenda recuperar al menos una parte de dicha plusvalía latente<sup>60</sup>. Pues bien, en ausencia de un mecanismo bien engrasado de asistencia mutua en la Unión Europea, cuando el sujeto traslada los activos a un territorio de tributación menor, o en general a otro Estado, el Estado de la fuente puede perder el derecho a gravar esas plusvalías.

Sin embargo, esta finalidad legítima, puede entrar en colisión directa con las libertades fundamentales de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, que sin embargo no carece de contradicciones,

<sup>56</sup> Véase la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC, en adelante) de 28 de septiembre de 2006, doctrina reiterada en las RTEAC de 8 de noviembre de 2006, de 21 de diciembre de 2006 y de 19 de enero de 2007.

<sup>57</sup> PALAO TABOADA, C.: «Límites a la aplicación de la norma española contra la subcapitalización: estado de la cuestión», *Revista Técnica Tributaria* n.º 46, 1999; GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.: *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001; VEGA BORREGO, F. A.: «La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del Derecho Comunitario», en *Crónica Tributaria* n.º 104, 2002.

<sup>58</sup> Véase: RUIZ ALMENDRAL, V.: «Subcapitalización y libertad de establecimiento: el caso "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation" como una oportunidad para rehabilitar el artículo 20 del TRLIS...» cit. págs. 127 y ss.

<sup>59</sup> Se apunta esta posibilidad en GARCÍA PRATS, F. A.: «Artículo 9. Empresas Asociadas...» cit. pág. 567.

<sup>60</sup> Al respecto véase TERRA, B. J. M.; WATTEL, P. J.: *European Tax Law...* cit. págs. 109 y 110.

pudiéndose distinguir dos momentos en su evolución; en un **primer momento**, el Tribunal señala que aquellas operaciones o transacciones que de manera clara y evidente constituyan el ejercicio de alguna de las libertades fundamentales no podrán ser consideradas, por sí mismas, casos de elusión o fraude a la ley tributaria que deba ser corregido, lo que implica la prohibición de los «impuestos de salida» (*exit taxes*), siempre y cuando su establecimiento se base únicamente en el hecho de trasladar la residencia a otro Estado miembro, y ello porque «las autoridades de un Estado miembro no pueden presumir la existencia de un fraude o de un abuso del simple ejercicio por un agente económico de una libertad conferida por el Tratado» (*X e Y*, C-436/00, párr. 51); de manera que «el traslado del domicilio de una persona física fuera del territorio de un Estado miembro no implica, por sí solo, una evasión fiscal. La presunción general de evasión o de fraude fiscales no puede basarse en el hecho de que una persona física haya trasladado su domicilio fiscal a otro Estado miembro, ni tampoco justificar una medida fiscal que menoscabe el ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado» [*Lasteyrie du Saillant* (C-9/02), párr. 62; *Centros* (C-212/97); *Comisión/Bélgica* (C-478/98), párr. 45]. El razonamiento que subyace en las resoluciones citadas es que dichos gravámenes se consideran restrictivos porque, por su propia naturaleza, se anudan a un traslado de domicilio <sup>61</sup>.

Posteriormente, en un **segundo momento**, la Sentencia de 7 de septiembre de 2006, caso *N* (C-470/04) convalida una determinada modalidad de impuestos de salida, declarando el tributo holandés en liza contrario al ordenamiento comunitario por la exigencia de prestar garantía, no por su articulación jurídica sustantiva, que se estima conforme con el reparto de poder tributario en el contexto internacional. Así, para el Tribunal «no deja de ser razonable que los Estados miembros se inspiren en la práctica internacional y, en particular, en el modelo de convenio elaborado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos» (párr. 45), de manera que «la medida controvertida en el procedimiento principal persigue un objetivo de interés general y, por otra, que es adecuada para garantizar la obtención de tal objetivo» (párr. 47, caso *N* <sup>62</sup>).

Con todo, lo cierto es que la doctrina del TJUE sobre los impuestos de salida dista de estar clara. En el fondo de la cuestión late un problema que la jurisprudencia no está en condiciones de solucionar, y es que hay pocas alternativas a una suerte de *impuesto de salida* para compensar el ejercicio de poder tributario. En efecto, si el Estado de la residencia renuncia a someter a gravamen las ganancias latentes a la salida del territorio (o en el momento de transferir determinados activos) permitiendo al contribuyente transferir dicho activo por su valor contable, se puede producir una doble no imposición si además el Estado hacia el que se transmite valora éste por su valor de mercado, lo que implicará que en el momento de su transmisión, esto es, a la hora de determinar si hay una ganancia *real*, ésta será necesariamente menor, pues el bien tiene un valor de partida que es de mercado, y estará por lo tanto más cerca del valor de transmisión. El caso contrario, por otra parte, determina siempre una doble imposición, porque el Estado de la residencia sujetaría a tributación la

<sup>61</sup> Nótese que esto plantea de inmediato numerosos problemas, en primer lugar, cómo deban ser interpretados los amplísimos términos que emplea el Tribunal para definir qué debe entenderse bajo el concepto restricción. Entre otros, el Tribunal se ha referido al «carácter disuasorio» de una norma (*Lasteyrie*, párr. 45), o al hecho de que la misma (el gravamen que ésta impone) pueda obstaculizar o «hacer menos atractivo» el ejercicio de las libertades fundamentales (*Centros*, C-212/97, párr. 34), reiterando finalmente esta jurisprudencia en la Sentencia de 23 de febrero de 2006, *Keller Holding* (C-471/04).

<sup>62</sup> CALDERÓN CARRERO, J. M.: «La compatibilidad comunitaria de los impuestos de salida y de las reglas de reembolso de garantías exigidas en relación con impuestos contrarios al Derecho Comunitario: el caso N». *RCyT*. CEF, n.º 286/2007, págs. 105 y ss.; MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.; CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Los impuestos de salida y el Derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española». *Crónica Tributaria*, n.º 125/2007, págs. 51 y ss.

ganancia latente y además el Estado hacia el que se transfiere el activo lo valoraría por su valor contable. Los impuestos de salida son, en suma, la norma que compensa el hecho de que coexisten, con relaciones económicas muy cercanas, sistemas tributarios cuyas normas son diversas, y cuyas reglas de valoración son también por tanto sustancialmente distintas <sup>63</sup>.

Sólo en el último año, la Comisión Europea ha requerido a varios Estados miembros la modificación de sus normas tributarias por infracción de la jurisprudencia sobre impuestos de salida <sup>64</sup> y en concreto, por entender que suponían una infracción del artículo 49 del TFUE (libertad de establecimiento). En el caso de Bélgica, Dinamarca y Países Bajos se trataba de normas que gravaban la tributación de las ganancias de capitales de las entidades que modificaran su domicilio a otro Estado, en diversas modalidades <sup>65</sup>. España y Portugal también se encuentran en el punto de mira <sup>66</sup> y de hecho nuestro país ha sido recientemente demandado ante el Tribunal de Justicia por infracción de la citada jurisprudencia <sup>67</sup>. La norma afectada es el artículo 14.3 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, *del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio* (LIRPF) que establece: «En el supuesto de que el contribuyente pierda su condición por cambio de residencia, todas las rentas pendientes de imputación deberán integrarse en la base imponible correspondiente al último periodo impositivo que deba declararse por este impuesto... practicándose, en su caso, autoliquidación complementaria, sin sanción ni intereses de demora ni recargo alguno». Según la Comisión, la norma es considerada contraria a Derecho por considerarse que «esta tributación inmediata penaliza a aquellas personas que deciden dejar España, al darles un trato menos favorable que a las personas que permanecen en el país. Por tanto, parece que la normativa española disuade a los ciudadanos de ejercer su derecho de libre circulación y, en consecuencia, constituye una restricción de los artículos 18, 39 y 43 CE». Nótese que desde la perspectiva comunitaria, también podrían resultar problemáticos los artículos 88.3 <sup>68</sup> y 17.3 <sup>69</sup> del TRLIS por restricción de la libertad de establecimiento <sup>70</sup>.

<sup>63</sup> *Vid.* al respecto: TENORE, M.: «The transfer of assets from a Permanent Establishment to its General Enterprise in the Light of the European Law...» cit. págs. 387 y 388.

<sup>64</sup> Con base en las Sentencias de 11 de marzo de 2004 en el asunto C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*, y de 7 de septiembre de 2006, caso *N*, asunto C-470/04, así como en la Comunicación de la Comisión sobre la imposición de salida (COM (2006) 825 de 19 de diciembre de 2006).

<sup>65</sup> Expedientes abiertos con referencias, respectivamente: 2008/4250 (BE), 2008/2157 (DK) y 2008/2207 (NL).

<sup>66</sup> Véase nota de prensa: IP/09/1460.

<sup>67</sup> Asunto referencia: 2007/2373.

<sup>68</sup> Éste dispone que los socios, en el marco de una operación de fusión, absorción y escisión total o parcial, que pierdan su residencia en España, deberán integrar en su base imponible en el IRPF (o en el IS, según proceda en cada caso) «la diferencia entre el valor normal de mercado de las acciones o participaciones y el valor a que se refiere el apartado anterior, corregido, en su caso, en el importe de las pérdidas por deterioro del valor que hayan sido fiscalmente deducibles». El problema de esta norma radica en su 2.º párrafo, que establece la obligación de aportar garantía en el caso de que la deuda tributaria correspondiente quisiera aplazarse; en este sentido: MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.; CALDERÓN CARRERO, J. M., en: «Los impuestos de salida y el Derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española...» cit. págs. 62 y ss.

<sup>69</sup> De acuerdo con este precepto deberán integrarse en la base imponible «la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor contable de los siguientes elementos patrimoniales: a) Los que sean propiedad de una entidad residente en territorio español que traslada su residencia fuera de éste, excepto que dichos elementos patrimoniales queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español de la mencionada entidad; b) Los que estén afectos a un establecimiento permanente situado en territorio español que cesa su actividad y c) Los que estando previamente afectos a un establecimiento permanente situado en territorio español son transferidos al extranjero».

<sup>70</sup> MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.; CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Los impuestos de salida y el Derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española...» cit. págs. 64 y ss.

### 3. Las normas anti-abuso autorizadas en las Directivas comunitarias en materia de imposición directa y su interpretación por el TJUE

Pese a que las iniciativas de armonización de la fiscalidad directa son asimétricas<sup>71</sup>, limitándose, siendo estrictos, a las Directivas Matriz-Filial, la Directiva de Fusiones o la Directiva del ahorro<sup>72</sup>, la existencia de estas normas ha tenido una influencia decisiva en la jurisprudencia comunitaria en materia de fiscalidad directa y, por lo que interesa a nuestro estudio, en la interpretación de las normas anti-abuso, apuntalando incluso o sirviendo de acicate la que se denomina tradicionalmente «armonización fiscal impropia» o armonización de «segundo grado»<sup>73</sup> de la fiscalidad directa, a partir de la interpretación del principio de no discriminación en materia comunitaria y de las libertades fundamentales, lo que viene suponiendo una radical transformación de los sistemas tributarios de los Estados<sup>74</sup>.

Aún a riesgo de reiterar algunos de los argumentos ya expuestos, creemos pertinente prestar brevemente atención a las normas anti-elusión autorizadas en el propio Derecho de la Unión Europea, al objeto de ofrecer una visión global de la doctrina del Tribunal. Como es sabido, el derecho derivado no contiene propiamente normas anti-abuso, sino *habilitaciones* a los Estados miembros a que desarrollen y apliquen este tipo de normas en supuestos concretos<sup>75</sup>. Lo relevante aquí es que la habilitación es relativamente cerrada, de manera que en la práctica y de acuerdo con la interpretación del TJUE, la norma comunitaria precisa los términos en que tales normas deben estar redactadas, de manera que el canon de conformidad con el Derecho de la Unión Europea será primordialmente la Directiva.

Comenzando por la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, *reguladora del régimen fiscal de las fusiones y otras operaciones de reestructuración empresarial* (en adelante, Directiva de fusiones), ésta permite que los Estados miembros inapliquen los beneficios fiscales del régimen de fusiones cuando la finalidad de la operación sea el fraude o la evasión fiscal. Así, el artículo 11 dispone que un Estado miembro podrá negar la ventaja fiscal derivada del régimen de fusiones cuando dicha operación «tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal». Como *canon* de fraude se hace referencia a los motivos económicos válidos, añadiendo el mismo precepto que «el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1 no se efectúe por moti-

<sup>71</sup> COMISIÓN: Comunicación de la Unión Europea sobre «Política fiscal de la Unión Europea. Prioridades para los próximos años» (Documento COM (2001) 260 final). Diario Oficial n.º C 284 de 10/10/2001, págs. 6 a 19.

<sup>72</sup> Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.

<sup>73</sup> *Vid.* tempranamente: FALCÓN Y TELLA, R.: «El papel de la Jurisprudencia en la armonización fiscal europea», en AA.VV.: *Sistema fiscal español y armonización europea*. Madrid: Marcial Pons, 1995, págs. 41 y ss.

<sup>74</sup> Sobre la jurisprudencia económica del TJCE y su influencia en el sentido apuntado, es imprescindible el trabajo de un AG del Tribunal hasta 2009: POIARES MADURO, M.: *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*. Oxford: Hart Publishing, 1998, págs. 61 y ss. *Vid.* también la incidencia en materia tributaria en: SACCHETTO, C.: «ECJ Direct Tax Cases and Domestic Constitutional Principles: an Overview», en AVI-YONAH, R. S.; HINES, Jr., J. R.; LANG, M.: *Comparative Fiscal Federalism. Comparing the European Court of Justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007, pág. 2. VANISTENDAEL, F.: «Tax Revolution in Europe: The Impact of Non-Discrimination», en *European Taxation*, vol. 40, n.ºs 1-2, Jan-Feb, 2000, pág. 4.

<sup>75</sup> GARCÍA PRATS, A.: «Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho Comunitario...» cit. 185.



vos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal».

El TJUE ha tenido ocasión de interpretar el alcance de esta norma en diversas ocasiones, la primera en el caso *Leur Bloem*, de 17 de julio de 1997 (C-28/95) donde se apunta una noción de motivos económicos válidos relativamente flexible, que contrasta con el entendimiento tradicional del *business purpose test* o test de propósito negocial <sup>76</sup>, si bien es cierto que se reconoce que las operaciones realizadas *exclusivamente* por motivos fiscales y que sean artificiales no serán admisibles <sup>77</sup>. Esto resulta especialmente evidente si comparamos el viejo caso estadounidense *Helvering vs. Gregory* <sup>78</sup>, y el caso *Leur-Bloem* (STJUE de 17 de julio de 1997, C-28/95), que constituye una interpretación autorizada de la norma anti-abuso contenida en el artículo 11 de la Directiva de fusiones. Salvando todas las distancias, tanto la señora *Helvering* como la señora *Leur-Bloem* tenían la intención de llevar a cabo una reorganización empresarial con (seguramente) la única finalidad de aprovechar una serie de ventajas tributarias <sup>79</sup>. Pues bien, la interpretación que lleva a cabo el Tribunal en *Leur-Bloem* es muy estricta, y podría conducir a la imposibilidad de que los Estados miembros puedan establecer requisitos o condiciones adicionales para evitar el abuso de la misma que encajen perfectamente en el precepto <sup>80</sup>, lo cual bien podría considerarse una mutación del citado artículo 11, pues en el fondo el TJUE establece una presunción, que además no parece admitir prueba al contrario: cuando haya motivos económicos válidos, no es posible la aplicación de la norma anti-abuso, de manera que «lo que aparece como una presunción en la Directiva se convierte, por mor de la acción del TJUE, en un elemento negativo definidor del fraude o de la evasión fiscal» <sup>81</sup>. Como veremos, éste es el problema de mantener un test de propósito negocial sin matices.

Recientemente se ha planteado un caso ante el TJUE cuyas repercusiones para nuestro derecho son evidentes, sobre todo si el Tribunal decide seguir la opinión de la AG (Sra. Juliane Kokott), en sus Conclusiones presentadas el 16 de julio de 2009, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV*. El problema en liza es si el artículo 11 de la Directiva de fusiones puede emplearse para negar la ventaja fiscal derivada de la norma en el caso de que la operación de reestructuración tenga por objeto eludir otro impuesto, el Impuesto sobre Transmisiones. El caso de autos es un supuesto casi «de manual» de

<sup>76</sup> PALAO TABOADA, C.: «La modificación de la Directiva de Fusiones», *RCyT*. CEF, n.º 268/2005.

<sup>77</sup> Véase también: la STJUE de 5 de julio de 2007, *Hans Markus Kofoed*, C-321/05, relativa a un canje de acciones seguramente realizado en fraude a la ley.

<sup>78</sup> Este caso fue decidido, en primer lugar, por el Tribunal del *Second Circuit Court of Appeals*, presidido por el juez Learned Hand, que desestimó una operación de reorganización empresarial que había sido llevada a cabo por motivos exclusivamente tributarios, esto es, para aprovechar la ventaja fiscal prevista; la Sentencia de este Tribunal [293 U.S. 465, 468] terminó llegando al Tribunal Supremo, que asumió plenamente la doctrina del *business purpose test* [(1935) 293 US 465]. Tal doctrina puede verse también, entre otros muchos casos, en: *Segal vs. Commissioner*, 41 F.3d 1144, 1148 (7th Cir. 1994); *Yosha vs. Commissioner*, 861 F.2d 494 (7th Cir. 1988); *ACM Partnership vs. Commissioner*, 157 F.3d 231, 246-47 (3d Cir.1998).

<sup>79</sup> Véase una comparación entre ambos casos en: RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)...* cit. págs. 175 y ss.

<sup>80</sup> HOENJET, F.: «The Leur-Bloem judgement: the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger Directive...» cit. pág. 212.

<sup>81</sup> GARCÍA PRATS, A.: «Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho Comunitario...» cit. pág. 200.

fraude a la ley tributaria, pues con la finalidad de transmitir un inmueble, se lleva a cabo una fusión de empresas, de ahí que las autoridades tributarias neerlandesas denegaran la ventaja de la tributación de las fusiones, por entender que la única finalidad de la misma era evitar el Impuesto sobre Transmisiones.

La cuestión que se le plantea al Tribunal es si debe interpretarse el artículo 11, apartado 1, letra a), de la citada Directiva en el sentido de que cabe denegar al sujeto pasivo las ventajas reguladas en la misma en el supuesto de que un conjunto de actos jurídicos tenga por objeto evitar el devengo de un impuesto distinto de aquéllos (Impuesto sobre Sociedades) a los que se refieren las ventajas que establece dicha Directiva. La respuesta dada en las Conclusiones sigue la línea restrictiva del Tribunal, afirmándose que la norma del artículo 11 se aplica únicamente a la evasión de impuestos en los que repercuten las ventajas fiscales previstas en la citada Directiva, lo que implica que no al Impuesto sobre Transmisiones. Incluso cuando la evasión del impuesto sobre transmisiones sea inminente o bien ya se haya producido, no podrá denegarse ni retirarse el beneficio de las ventajas fiscales de la Directiva de fusiones.

Cabe plantearse si en este caso se podría aplicar una norma general anti-abuso, que precisamente tiene sentido en casos como el presente, en los que la norma especial anti-abuso no es suficiente para abarcar la operación del sujeto, que se ha ceñido en su actuación a la literalidad de la norma. Sin embargo, la opinión de la AG parece negar la posibilidad de que se invoque la prohibición general de abuso de derecho, y ello porque el citado artículo 11 de la Directiva estaría estableciendo «con carácter exhaustivo los requisitos conforme a los cuales pueden denegarse las ventajas fiscales establecidas en la Directiva en supuestos de abuso de derecho», de manera que, sigue la Abogada, «si se permitiera, además, la aplicación de un principio general del Derecho, cuyo contenido es mucho menos claro y definido, existiría el riesgo de que se burlase la finalidad de armonización de la Directiva 90/434/CEE y se pusiera en peligro la seguridad jurídica que ésta persigue en relación con la reestructuración de sociedades de capital» (párr. 62). Aunque la AG se refiere al principio general, comunitario, de abuso de derecho, cabe preguntarse si un caso como el de autos podría aplicarse la norma general anti-abuso, por ejemplo, nuestro artículo 15 de la LGT. Creemos que la respuesta sólo puede ser positiva. En nuestro ordenamiento, es el artículo 96.2 del TRLIS la norma que desarrolla el artículo 11. Este precepto, interpretado en diferentes ocasiones por el TEAC a la luz de *Leur Bloem*<sup>82</sup>, debe interpretarse admitiendo prueba en contrario.

La Directiva 90/435/CEE, de 23 de julio de 1990, *relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes* (en adelante, Directiva matriz-filial), contiene una cláusula anti-abuso en su artículo 1.2 que establece la posibilidad de que los Estados miembros apliquen las «disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos»<sup>83</sup>. La doctrina tradicionalmente ha entendido que el artículo 1.2 contiene dos clases

<sup>82</sup> Entre otras, véanse las RTEAC de 15 de junio de 2006 y de 27 de septiembre de 2007.

<sup>83</sup> *Vid.*, en relación con el ordenamiento jurídico español, en: CALDERÓN CARRERO, J. M.; RUIZ ALMENDRAL, V.: «¿Es compatible la norma española anti "Directive-Shopping" con el Derecho Comunitario? (A propósito de la Resolución del TEAC de 15 de octubre de 2004)». *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, n.º 11/2005 (págs. 35-66); CALDERÓN CARRERO, J. M.; MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «La Directiva relativa al sistema común de imposición aplicable en el caso de las sociedades matrices y filiales de diferentes Estados miembros», en coord. CARMONA FERNÁNDEZ: *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, 2008, págs. 944 y ss. Véase asimismo, con mayores referencias: RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*... cit. págs. 156 y ss.

de normas anti-abuso, una de carácter general y varias específicas<sup>84</sup>. La primera sería una remisión, ya que el artículo 1.2 de la Directiva establece que la misma «no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos». Se trataría así de una suerte de autorización a los Estados miembros para que establezcan y apliquen sus propias normas específicas y generales al objeto de evitar el abuso de los beneficios fiscales previsto en la norma comunitaria<sup>85</sup>. Sin embargo, como se ha sostenido<sup>86</sup>, seguramente esta interpretación tradicional ya no puede mantenerse tras el caso *Denkavit* (Sentencia de 17 de octubre de 1996<sup>87</sup>) en el que se afirma que «el apartado 2 del artículo 1 de la Directiva constituye una disposición de principio, cuyo contenido se explicita en detalle en el apartado 2 del artículo 3 de la misma Directiva» (párr. 31), de manera que se conecta el artículo 1.2 con el artículo 3.2 de la norma, que autoriza a los Estados miembros a no aplicar la misma «a aquéllas de sus sociedades que no conserven, durante un periodo ininterrumpido de por lo menos dos años, una participación que dé derecho a la calidad de sociedad matriz, ni a las sociedades en las cuales una sociedad de otro Estado miembro no conserve, durante un periodo ininterrumpido de por lo menos dos años, una participación semejante» (mismo párr.). Esta afirmación del TJUE supone una interpretación restrictiva de la norma contenida en el 1.2, a partir de la cual se establece la aplicación prioritaria de las normas específicas anti-abuso establecidas en la propia Directiva frente a las nacionales, lo que implica que éstas tienen que interpretarse a la luz de los requisitos materiales establecidos en la norma comunitaria, como por ejemplo el referido al periodo de permanencia<sup>88</sup>. Los casos *Cadbury* y *Halifax*, ya citados suponen una vuelta de tuerca más a la interpretación de esta norma, toda vez que apuntan una noción de abuso comunitario construida sobre la base de una transacción artificial, de manera que sólo en presencia de un montaje de este tipo podría desmontarse la tesis de los motivos económicos válidos<sup>89</sup>.

La Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre entidades asociadas de diferentes Estados miembros (en adelante, Directiva de intereses y cánones), contiene diversas medias anti-abuso o de control (arts. 1.4, cláusula del beneficiario efectivo, el periodo de permanencia del art. 1.10 y el art. 4), pero también contiene una cláusula específica algo más amplia sobre «fraude y abuso», estableciendo, en su artículo 5, que «1. La presente Directiva no se opondrá a la aplicación de disposiciones nacionales o contractuales destinadas a impedir el fraude fiscal y los abusos; 2. Los Estados miembros podrán denegar el amparo de la presente Directiva o negarse a aplicarla a cualquier transacción cuyo móvil

<sup>84</sup> En este sentido: FARMER, P.; LYAL, R.: *EC Tax Law*, Clarendon Press, London, 1994, págs. 256-261; HOENJET, F.: «The Leur-Bloem judgement: the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger Directive». *EC Tax Review*, n.º 4/1997, pág. 212.

<sup>85</sup> DE HOSSON, F.: «The Parent-Subsidiaries Directive». *Intertax*, 1990, pág. 427; WEBER, D.: «A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive», *EC Tax Review*; n.º 2, 1996, págs. 63 y ss.

<sup>86</sup> SCHÖN, W.: *Die Auslegung europäischen Steuerrecht. Das harmonisierte Steuerrecht zwischen nationalem Zivilrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1993, págs. 70 y ss. WEBER, D.: «A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive...» cit. pág. 64; por el mismo autor: «The first steps of the ECJ concerning an abuse-doctrine in the field of harmonized direct taxes». *EC Tax Review*, n.º 1/1997, pág. 30.

<sup>87</sup> Sentencia de 17 de octubre de 1996, *Denkavit-Vitic-Vormeer*, asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94.

<sup>88</sup> En sentido similar: SCHÖN, W.: *Die Auslegung europäischen Steuerrecht. Das harmonisierte Steuerrecht zwischen nationalem Zivilrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1993; GARCÍA PRATS, A.: «Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho Comunitario...» cit. págs. 189 y ss.

<sup>89</sup> CALDERÓN CARRERO, J. M.; MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «La Directiva relativa al sistema común de imposición aplicable en el caso de las sociedades matrices y filiales de diferentes Estados miembros...» cit. pág. 945.

principal o uno de cuyos móviles principales sea el fraude fiscal, la evasión fiscal o el abuso». También en este caso la doctrina vertida en *Cadbury* y *Halifax* limita aún más la norma reconduciendo la autorización a aquellas normas nacionales que persigan evitar transacciones realmente artificiales<sup>90</sup>.

Por su parte, la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (en adelante, Directiva sobre la fiscalidad del ahorro) no contiene en realidad un concepto de fraude a la ley tributaria, si bien se refiere al mismo de una manera indirecta; en primer lugar, autorizando a los Estados miembros a «adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal» (Considerando 3). La segunda mención es una especie de advertencia a los Estados miembros; así, en el Considerando 4 se señala que «De conformidad con el apartado 3 del artículo 58 del Tratado, las disposiciones del Derecho fiscal de los Estados miembros destinadas a combatir los abusos o el fraude no deben constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos, tal y como la define el artículo 56 del Tratado». Por último, la Directiva se refiere al intercambio de información como el principal instrumento para garantizar la tributación efectiva de los pagos de intereses (Considerando 14, art. 1). Sin desdeñar la relevancia de tal intercambio en la lucha contra el fraude fiscal<sup>91</sup>, llama la atención, en contraste con las anteriores, la ausencia de referencia alguna para limitar el fraude mediante otros métodos. El hecho de que la Directiva no contenga ninguna habilitación a los Estados miembros para que éstos adopten medidas para luchar contra la evasión fiscal tiene consecuencias directas en la aplicación de las normas anti-abuso, y en concreto dos: cualquier norma anti-abuso que se pretenda aplicar deberá admitir prueba en contrario y no suponer una presunción de abuso, y (dos), el umbral de fraude se eleva de manera que no valdrá cualquier conducta abusiva sino que sólo podrán considerarse en fraude aquellos *montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica y realizados con el objetivo de eludir el impuesto normalmente exigible*.

En fin, de la interpretación del TJUE de las normas anti-abuso contenidas en las Directivas puede concluirse que éstas operan como *lex specialis* que delimitan la aplicación de las cláusulas anti-abuso nacionales, *siempre que se trate del mismo tipo de abuso*<sup>92</sup>. Por eso, en aquellos casos en los cuales una norma nacional anti-abuso tenga como objeto la prevención del *mismo tipo de abuso* a través de una vía distinta de la prevista en la Directiva, ésta será difícilmente compatible con el Derecho de la Unión Europea. Si se tratara de otra forma de abuso, también los requisitos del Derecho de la Unión Europea deberán ser estrictamente respetados, aunque su eficacia sobre la norma anti-abuso nacional se proyectará de manera diferente. En este último caso lo primordial será averiguar si la cláusula nacional distorsiona los requisitos materiales de la Directiva, o sus normas específicas anti-abuso. De todo lo anterior resulta evidente que las normas nacionales anti-fraude tienen su ámbito de aplicación notablemente restringido cuando pretenden ser aplicadas a los supuestos contemplados por la

<sup>90</sup> Al menos así se ha sostenido en: MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «La Directiva 2003/49/CE sobre la Fiscalidad de los Intereses y Cánones», en coord. CARMONA FERNÁNDEZ: *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, 2008, pág. 974.

<sup>91</sup> *Vid.*: CALDERÓN CARRERO, J. M.: *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*. Madrid: CEF, 2000, págs. 31 y ss.

<sup>92</sup> HOENJET, F.: «The Leur-Bloem judgement: the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger Directive». *EC Tax Review*, n.º 4/1997, pág. 212. WEBER, D.: «A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive», cit. págs. 68 y 69. Por otro lado, una regla similar había sido también expresada por el Tribunal en el caso *Knoors* (C-115/78).

Directiva. La restricción, en la hora actual, es doble: la norma nacional deberá adaptarse a los objetivos y fines de la Directiva, por un lado, y por otro, el umbral de fraude se restringe notablemente con la referencia a la artificiosidad, lo que restringe aún más la aplicación de normas anti-abuso.

### III. CONSECUENCIAS DE LA NOCIÓN DE ABUSO DEL TJUE EN MATERIA TRIBUTARIA SOBRE EL «TEST DE LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS» PRESENTE EN LAS NORMAS ANTI-ELUSIÓN

Nadie pone en duda a estas alturas que las normas anti-abuso y las normas de control deberán ser conformes al Derecho de la Unión Europea y su interpretación deberá asimismo estar alineada con éste y con la jurisprudencia del TJUE en particular, como máximo intérprete del ordenamiento europeo. Aún no hay jurisprudencia en relación con las normas *generales* anti-abuso, aunque sí hay ya algunas resoluciones en relación con normas *específicas* anti-elusión o de control como para poder pergeñar una respuesta coherente a la pregunta de si las normas generales anti-abuso, y en particular nuestra norma de conflicto contenida en el artículo 15 de la LGT, son compatibles con el Derecho europeo. Así las cosas, tiene sentido enfocar este análisis desde la perspectiva que parece más preocupante, y es el impacto que la doctrina del TJUE acerca del abuso en materia tributaria pueda tener sobre el test de propósito negocial, toda vez que éste es la piedra angular, aunque no sea el único elemento, de las modernas normas anti-abuso tributarias en los Estados de nuestro entorno.

#### 1. Introducción: las normas generales anti-abuso en perspectiva comparada

Es posible afirmar que buena parte de los problemas de fraude a la ley tributaria son problemas de interpretación, y gran parte de éstos están relacionados con cuáles hayan de ser los términos en que se establezca la relación entre el Derecho tributario y el privado<sup>93</sup>; en efecto, el problema de la interpretación de las normas tributarias surge con especial claridad cuando, en el diseño de los hechos imposables, las normas reguladoras de los distintos tributos toman como referencia o indicio actos o negocios procedentes de otras ramas del Derecho, fundamentalmente del privado, en la medida en que reflejan la capacidad económica que se pretende gravar, u otra finalidad del tributo. Por ello, en muchos casos no se trata tanto de un problema de *preferencia* como de *precedencia* del Derecho privado con respecto al tributario<sup>94</sup>.

De ahí que buena parte de las operaciones que se denominan, en nuestra tradición jurídica, de fraude a la ley tributaria, pueda corregirse mediante una correcta (re)interpretación de las normas tributarias, que previamente fueron convenientemente interpretadas por las partes en un sentido favorable a la minimización de la carga tributaria. Pero esto no es decir gran cosa, pues es precisamente en la interpretación de estas normas donde empiezan la mayor parte de los problemas, aunque también ahí

<sup>93</sup> *In extenso*, sobre esta cuestión, véase: PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal...* cit. págs. 25 y ss.; RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*... cit. págs. 148 y ss.

<sup>94</sup> *Vid.* FLICK, H.: «Mißbrauchgesetzgebung contra Steuerumgehung». *Festschrift für Franz Klein*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1994, págs. 332 y ss.

radique la solución. Esto resulta particularmente evidente en un contexto jurídico como el actual donde las formas jurídicas mercantiles son cada vez más sofisticadas (piénsese en nuevos tipos societarios, como las entidades *holding* o de tenencia de activos y sus numerosos subtipos –*special purpose vehicles* o instrumentos de inversión de diversas clases<sup>95</sup>). Partiendo de la base de que el contribuyente no está autorizado, evidentemente, a extraer de la libertad de formas una libertad de tributación<sup>96</sup>, lo cierto es que el Derecho tributario no puede pretender ser la consecuencia sin más de las formas jurídico-privadas sino del «éxito económico» y la posición jurídica que éstas propician, toda vez que dicho éxito sale a la luz a través de formas jurídico-privadas. Por ello mismo, no es incompatible una interpretación teleológica de las normas tributarias con una suposición o presunción a favor de una interpretación en clave jurídico-privada, como punto de partida, puesto que la riqueza –capacidad de pago, capacidad económica– o el resultado económico están definidos por estas mismas, *con carácter general*. Es tarea de la interpretación teleológica de la norma tributaria el determinar los motivos por los cuales tal forma o concepto jurídico-privado fue adoptado por la norma tributaria en primer lugar<sup>97</sup>.

Los problemas de determinar el negocio real realizado por las partes con una finalidad elusiva han sido abordados tanto por las doctrinas germanas de la consideración económica (*Ökonomische Betrachtungsweise*) como por las anglosajonas «sustancia sobre forma» (*substance over form*<sup>98</sup>), que si bien partían de postulados dogmáticos sustancialmente diferentes, en muchos casos han alcanzado soluciones similares<sup>99</sup>.

En la doctrina anglosajona, tanto en los países de la *Commonwealth* como en EEUU, el debate sobre la necesidad de interpretación teleológica ha estado estrechamente ligado a los problemas de fraude a la ley tributaria. En la hora actual, la tesis mayoritaria parte de la premisa de que la interpretación de las normas tributarias no debe diferir de la del resto de normas, por lo que carece de sentido aplicar criterios diferentes ni tampoco doctrinas «específicas» en materia tributaria al objeto de combatir el fraude. En suma, abandonados los esquemas literalistas en la interpretación de las normas tributarias, una doctrina específica anti-fraude tributario perdería parte de su sentido; son representativos de esta posición los casos *Barclays*<sup>100</sup> o *Scottish Provident*<sup>101</sup>. Lo que estas doctrinas

<sup>95</sup> Sobre la complejidad de este tipo de vehículos, véase, recientemente: RAMOS MUÑOZ, D.: «Living on the Edge: Securitization Supervision and Characterization Problems» *European Company Law*, 6, n.º 5/2009 y, por el mismo autor: *The Law of Transnational Securitization*, Oxford University Press, 2010.

<sup>96</sup> SCHÖN, W.: «Die zivilrechtlichen Voraussetzungen steuerlicher Leistungsfähigkeit...» cit. pág. 251.

<sup>97</sup> SCHÖN, W.: «Die zivilrechtlichen Voraussetzungen steuerlicher Leistungsfähigkeit...» cit. pág. 254.

<sup>98</sup> RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*... cit. págs. 43 y ss. PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*... cit.; TIPKE, K.; KRUSE, H. W.: *Abgabenordnung Finanzgerichtsordnung Kommentar zur AO und FGO*, Tomo 1, § 4, 2003, párr. 106. BECKER, E.: «Zur Anwendbarkeit des § 5 AO., wenn zwischen Gesellschaften m. b. H. und ihren Gesellschaftern Verträge über Verpachtung eines Unternehmens geschlossen werden». *StuW/1924*.

<sup>99</sup> Como resalta, entre otros, ZIMMER, F.: «General Report», en IFA.: *Form and Substance in tax law*. Cahiers de Droit Fiscal International. Oslo Congress. La Haya: Kluwer, 2002, pág. 62.

<sup>100</sup> *Barclays Mercantile Business Finance Ltd vs. Mawson (Inspector of Taxes)* (2004) UKHL 51; se trata de un complejo supuesto de hecho donde el único beneficio de la compleja operación de *sale and lease-back* (entre otras) descritas en el caso, es un beneficio tributario (*vid.* en especial párrafos 20 y ss.).

<sup>101</sup> *Inland Revenue Commissioners vs. Scottish Provident Institution* (2004) UKHL 52. Véase un comentario crítico a *Scottish Provident* en: VANDERWOLK, J.: «United Kingdom: The House of Lords and Tax Avoidance –*Scottish Provident* and

confirman no deja de ser en el fondo una obviedad, y es que hay una estrecha vinculación entre la interpretación teleológica de las normas y las posibilidades de atajar eficazmente el fraude, de manera que cuanto más prolifere una interpretación estricta de las normas tributarias, mayor será el campo disponible para las maniobras en fraude de ley, y también por lo tanto mayor la necesidad de acudir a normas anti-fraude para corregir esta clase de prácticas <sup>102</sup>.

Pero la interpretación teleológica tiene sus límites, pues no es posible rebasar el sentido posible de las palabras, de ahí que no todos los casos de fraude puedan reconducirse mediante la interpretación, en particular, debido en muchos casos a la propia dicción de las propias normas tributarias, que con redacciones detalladas y muy precisas limitan de forma creciente su interpretación finalista <sup>103</sup>, pues el problema es que el fraude no consiste únicamente en una no realización del hecho imponible, «sino en eludirlo a través de una serie de operaciones que, utilizando una calificación artificiosa, en su conjunto implican una infracción como mínimo indirecta del ordenamiento jurídico» <sup>104</sup>. De ahí que sea ineludible la necesidad de establecer diversos mecanismos para atajar el fraude, empezando por normas de control o normas de delimitación del hecho imponible, y siguiendo por mecanismos estrictamente anti-abuso, normas generales y normas específicas. La necesidad de establecer una norma anti-fraude, o incluso de reconocer que es posible el fraude como concepto en materia tributaria, no es del todo pacífica, ni en nuestro país ni fuera de nuestras fronteras <sup>105</sup>.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en ocasiones la existencia de una norma general anti-abuso no garantiza mayor protección precisamente porque los Tribunales o la propia Administración, temerosos de lo que consideran pueda ser una herramienta demasiado dura, prefieren no hacer uso de ella; esto viene sucediendo en España y ha ocurrido también en otros Estados como Canadá, don-

*BMBF*». *Bulletin*, vol. 59, n.º 4/2005, págs. 146 y ss.; y pág. 150. *In extenso* sobre estos casos véase: PÉREZ ROYO, F.: «La Doctrina de los Lores sobre la elusión fiscal (examen de casos recientes)». *QF*, n.º 10/2005. RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*... cit. págs. 90 y ss.

<sup>102</sup> IFS –The Institute for Fiscal Studies–: *Tax Avoidance: A report by the Tax Law Review Committee*. November, 1997, págs. 9, 10. Véase el más reciente informe: IFS –The Institute for Fiscal Studies–. BOWLER, T.: «Countering Tax Avoidance in the UK: Which Way Forward?». *Tax Law Review Committee*, Institute of Fiscal Studies, UK (disponible en [www.ifs.org](http://www.ifs.org)), págs. 20 y ss. *Vis*. ARNOLD, B.: «The Canadian Anti-Avoidance Rule». *British Tax Review*, n.º 6/1995, pág. 542. NEVERMANN, K. *Justiz und Steuerumgehung (Ein kritischer Vergleich der Haltung der Dritten Gewalt zu kreativer steuerlicher Gestaltung in Großbritannien und Deutschland)*. Berlín: Duncker & Humblot, 1994, pág. 80.

<sup>103</sup> VANISTENDAEL, F.: «Legal framework for taxation». THURONYI, Victor (ed.): *Tax Law Design and Drafting*. The Hague: Kluwer Law-IMF, 1996, pág. 20. ARNOLD, B. J.: «The Long, Slow, Steady Demise of the General Anti-Avoidance Rule». *Canadian Tax Journal*, vol. 52, n.º 2/2004, págs. 492 y 493.

<sup>104</sup> PÉREZ ARRAIZ, J.: «El conflicto en la aplicación de la norma tributaria en la nueva LGT». *Nueva Fiscalidad*, n.º 9/2004, pág. 31. Véase también al respecto: PALAO TABOADA, C.: «¿Existe el fraude a la ley tributaria? RCyT. CEF, n.º 182/1998, págs. 18 y ss.

<sup>105</sup> Véase una postura opuesta al fraude a la ley tributaria en: FALCÓN Y TELLA, R.: «El fraude a la Ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (I): su radical diferencia con los supuestos previstos en el artículo 6 CC». *Quincena Fiscal*, n.º 17/1995, pág. 11; y, por el mismo autor: «El fraude a la Ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (II): límites a la utilización de esta figura». *Quincena Fiscal*, n.º 18/1995, pág. 6. En la misma línea: FERREIRO LAPATZA, J. J.: «El abuso en la aplicación de la norma tributaria en el Anteproyecto de Ley General Tributaria». *Quincena Fiscal*, n.º 11/2003, pág. 11; FERREIRO LAPATZA, J. J.: «Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal». *Quincena Fiscal*, n.º 8/2001, pág. 11.

de la norma general contenida en el artículo 245 de la Income Tax Act ha sido poco empleada o interpretada de forma sumamente restrictiva <sup>106</sup>.

## 2. La artificiosidad en las operaciones como una reinterpretación restrictiva del test de propósito negocial (*business purpose test*)

Como se ha comprobado en la primera parte de este estudio, la doctrina sostenida por el Tribunal de Justicia en la mayor parte de sus sentencias parece admitir únicamente aquellas normas anti-abuso cuya finalidad sea desmontar o hacer inefectivas transacciones artificiosas, sin sustancia económica, y que hayan sido urdidas con la única o principal finalidad de obtener una ventaja tributaria sin ningún otro motivo válido. El problema, como hemos apuntado, es que el término artificial está definido en términos tales que lo acercan considerablemente a la simulación, por ausencia total de sustancia económica, de manera que no es sencillo diferenciarlo de la simulación (*sham*) <sup>107</sup>. Adicionalmente, el Tribunal exige que haya una estrecha relación causa-efecto entre la transacción sospechosa y la ventaja tributaria. Esto implica que toda norma anti-abuso deberá fijar una conexión clara entre el objetivo perseguido por el contribuyente de conseguir un determinado tratamiento fiscal beneficioso, y la operación artificial.

Esta interpretación de las normas anti-abuso es rica en consecuencias, como creemos haber demostrado hasta el momento. Pero más allá de las normas específicas anti-elusión, domésticas o internacionales, cabe preguntarse acerca de los efectos de esta jurisprudencia sobre la base misma de las normas anti-abuso en el Derecho tributario, el *business purpose test* o examen del propósito negocial, cuyo significado y consecuencias debe ser objeto de análisis en lo que sigue.

### 2.1. Significado y relevancia actual del test de propósito negocial

La denominada doctrina del propósito negocial o *business purpose test* no es más que un desarrollo lógico a partir de la interpretación finalista o teleológica de las normas tributarias, de hecho, no es muy diferente de dicha interpretación <sup>108</sup>. En realidad, esta denominación engloba diversas doctrinas o técnicas que tendrían en común el que todas conducen al resultado de negar protección jurídica a aquellos actos o negocios realizados sin un propósito negocial –que es el elemento clave para que pueda surgir la citada protección o reconocimiento– o *abusando* de las normas que reconocen esas formas jurídicas en el sentido de utilizarlas para obtener un resultado –la ventaja tributaria–

<sup>106</sup> Véase: FREEDMAN, J.: «Converging Tracks? Recent Developments in Canadian and UK Approaches to Tax Avoidance». *British Tax Review*, 2005, págs. 1.039 y ss., donde da cuenta de la jurisprudencia canadiense e inglesa poniendo de manifiesto cómo pese a la inexistencia en el Reino Unido de una norma general anti-abuso, los Tribunales son mucho más proclives a razonar en términos de fraude de ley de lo que lo son en Canadá. Sobre las recientes propuestas de incorporar una norma general anti-abuso en el Reino Unido véase también el informe del IFS: BOWLER, T.: *Countering Tax Avoidance in the UK: Which Way Forward...* cit. págs. 40 y ss.

<sup>107</sup> En este sentido PALAO TABOADA, C.: «Transparencia fiscal internacional y Derecho europeo: Conclusiones del AG en el asunto Cadbury Schweppes...» cit. pág. 22.

<sup>108</sup> VANDERWOLK, J.: «Purposive Interpretation of Tax Statutes: Recent UK Decisions on Tax Avoidance Transactions». *Bulletin*. IBFD, 2002, págs. 75 y 76.



que no es el primariamente ofrecido por éstas<sup>109</sup>. La reciente codificación de la doctrina del *business purpose test* en EEUU (*Codification of Economic Substance Doctrine and Imposition of Penalties*), de la que no me ocuparé aquí, aclara el significado de la doctrina y le dota de un alcance mucho más amplio, al menos potencialmente, del que tenía en el momento<sup>110</sup>.

El origen de la doctrina del *business purpose* suele ubicarse en el caso *Helvering vs. Gregory*, citado más arriba, y de gran influencia en todos los países de la *Commonwealth*<sup>111</sup>, aunque también en el derecho continental<sup>112</sup>. En *Helvering* se negó efectividad a una reorganización empresarial con el argumento de que carecía de un objetivo comercial propio, siendo su única finalidad la de evitar el pago del impuesto<sup>113</sup>. La influencia de esta doctrina ha sido y es muy alta, así, en el Reino Unido, es el caso *WT Ramsay vs. Inland Revenue Commissioners* el que constituye un relevante punto de inflexión en la lucha contra el fraude a la ley tributaria en el Reino Unido, haciendo uso de esta doctrina para recalificar toda una serie de operaciones realizadas en fraude de ley<sup>114</sup>. Nótese cómo el análisis del propósito comercial resulta especialmente fructífero cuando se aplica a «operaciones complejas», con la finalidad de dotar de unidad a los distintos actos jurídicos o pasos intermedios realizados, que cobran sentido únicamente o principalmente en relación con la obtención de una ventaja tributaria<sup>115</sup>.

<sup>109</sup> AVERY JONES, J. F., WARD, D. A., *et al.*: «The Business purpose test and abuse of rights». *British Tax Review*, n.º 2/1985, págs. 68 y ss. *Vid.* también al respecto: IFS-BOWLER, T.: *Countering Tax Avoidance in the UK: Which Way Forward?*... cit. págs. 32 y ss.

<sup>110</sup> He tenido ocasión de tratar en extenso esta reforma en el siguiente trabajo conjunto: CALDERÓN CARRERO, J. M.: RUIZ ALMENDRAL, V.: «La codificación de la "doctrina de la sustancia económica" en EEUU». En prensa (*Quincena Fiscal*). 2010. La nueva norma reforma los artículos 7701, 6662, 6662A, 6664 y 6676 del *Internal Revenue Code* (Accesible a texto completo en: [http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode26/usc\\_sup\\_01\\_26.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode26/usc_sup_01_26.html)).

<sup>111</sup> Tal influencia es especialmente evidente en el Reino Unido; recuérdese que, precisamente basándose en esta doctrina, el caso *WT Ramsay vs. Inland Revenue Commissioners* dio un giro radical al excesivo literalismo que había prevalecido hasta entonces en la jurisprudencia inglesa. La influencia es también especialmente clara en *Furniss v. Dawson* (1984) 55 TC 324. Los elementos centrales de este caso son muy similares a los del caso *Helvering*. Véase al respecto el informe: IFS: *Tax Avoidance: A report by the Tax Law Review Committee*... cit.

<sup>112</sup> GAMMIE: «Tax Avoidance and the Rule of Law: a prespective from the United Kingdom», en: AA.VV. (ed. Graeme S. COOPER): *Tax Avoidance and the Rule of Law*. Amsterdam: IBFD, 1997, págs. 189 y ss. En nuestra doctrina, véase: PALAO TABOADA: «Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria», cit. págs. 133 y ss.; PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal* ... cit. RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*... cit. págs. 80 y ss.

<sup>113</sup> Este caso se planteó primero en el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Federal, y llegó después al Tribunal Supremo; cuya Sentencia es la número: (1935) 293 US 465. Entre nosotros véase: PALAO TABOADA, C.: «Los "motivos económicos válidos" en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales...» cit. págs. 72 y ss., de donde tomamos las traducciones incluidas en este texto. Por el mismo autor véase: PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*... cit. Esta doctrina puede verse también en las siguientes Resoluciones posteriores: *Helvering vs. Clifford*, 309 U.S. 331 (1940), 1940-1 C.B. 105, sobre acuerdos abusivos en materia de *Trusts*; *Zmuda vs. Commissioner*, 731 F.2d 1417 (9th Cir. 1984), donde se ignora un *Trust* por entenderlo creado en fraude, sin propósito real; *Segal vs. Commissioner*, 41 F.3d 1144, 1148 (7th Cir. 1994); *Yosha vs. Commissioner*, 861 F.2d 494 (7th Cir. 1988); *ACM Partnership vs. Commissioner*, 157 F.3d 231, 246-47 (3d Cir. 1998). Véase también al respecto: AVERY JONES, J. F., WARD, D. A., *et al.*: «The Business purpose test...» cit. págs. 106 y ss.

<sup>114</sup> Más detalles de esta influencia en: VANDERWOLK, J.: «Purposive Interpretation of Tax Statutes: Recent UK Decisions on Tax Avoidance Transactions». *Bulletin*, IBFD, February/2002, págs. 71 y ss.

<sup>115</sup> FÖRSTER, G.; SCHMIDTMANN, D.: «Die Gesamtplanrechtsprechung im Steuerrecht mit einem Vergleich der sog. "step transaction doctrine" im amerikanischen, britischen und belgischem Steuerrecht». *StuW*, n.º 2/2003, págs. 114.

## 2.2. El problema de reducir el test de propósito negocial a supuestos de operaciones artificiales: ¿hacia un «test de libertades económicas»?

Como he apuntado más arriba, la doctrina del test de los motivos económicos válidos, correctamente entendida, es un desarrollo de la interpretación teleológica de las normas tributarias, de manera que no puede centrarse únicamente en la sustancia económica de la operación, sino que es imprescindible ir más allá al objeto de determinar si la operación en sí encuentra acomodo en la norma tributaria que está siendo objeto de interpretación. Esto es muy importante porque, desconectado de dicha interpretación teleológica, dicho test puede arrojar resultados perversos, que evitan la posibilidad de estimar que una operación ha sido en fraude siempre que haya una mínima actividad económica. En efecto, piénsese en los supuestos en los que el aludido propósito negocial exista, pero precisamente para conseguir una determinada ventaja fiscal o principalmente para ello. Esto pone de manifiesto las propias limitaciones de dicho test, utilizado aisladamente, de forma que, como se ha afirmado, «la doctrina del *business purpose* era en cierto modo una afirmación de que la forma controla la sustancia, si bien con la cualificación de que la forma adoptada debe ser funcional de una manera o de otra»<sup>116</sup>.

Esto ha conducido a que, en la práctica y en algunas ocasiones, dicho test se haya convertido en un análisis de la forma o motivo económico válido *alegado* (por las partes), que de hecho puede impedir el acceso al análisis de la sustancia, por entenderse que ésta ya no es necesaria, una vez comprobado el citado propósito. De ahí también que muchas normas específicas anti-fraude, que hacen referencia a dicho test de propósito negocial en sus diferentes modalidades, sean supuestos en los que la forma controla la sustancia (*form over substance*). Esto puede suceder, por poner sólo un ejemplo, con la norma anti-abuso contenida en el artículo 14.1 h), último párrafo, del TRLIRNR (RDLeg. 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes) que establece que «lo establecido en esta letra h no será de aplicación cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea, excepto cuando aquélla realice efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad empresarial desarrollada por la sociedad filial o tenga por objeto la dirección y gestión de la sociedad filial mediante la adecuada organización de medios materiales y personales o pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto en esta letra h». Más adecuada, desde esta perspectiva, nos parece la formulación de este test en el artículo 96.2 del TRLIS (RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades), que establece que «no se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal».

En fin, en una interpretación demasiado restringida, el *business purpose test* tiene necesariamente un alcance limitado y no cumple sus objetivos anti-elusión. Así, para P. FISCHER la utilización de este

<sup>116</sup> Cfr: CHIRELSTEIN, M. A.: «Learned Hand's Contribution to the Law of Tax Avoidance». *The Yale Law Journal*, vol. 77/1968, pág. 452.

criterio para «salvar» maniobras realizadas con la finalidad de evadir tributos terminaría por hacer depender el juicio acerca de la concurrencia de fraude de la imaginación de los contribuyentes para dotar de sentido a sus transacciones <sup>117</sup>. Entre nosotros, había advertido sobre ello E. SANZ GADEA <sup>118</sup>, para quien el requisito de que la operación se haya realizado por *motivos económicos válidos* es independiente de que no tenga por objeto principal el fraude, y así afirma «nótese que ambos elementos deben concurrir. La operación puede ser incomprensible desde el punto de vista económico, pero si no persigue obtener una ventaja fiscal no existirá causa de inaplicación del régimen. Del mismo modo, la operación puede perseguir una ventaja fiscal, pero, al mismo tiempo, implicar una reestructuración o racionalización desde el punto de vista económico, en cuyo caso tampoco existirá causa de inaplicación» <sup>119</sup>. Un razonamiento similar apuntaba C. PALAO TABOADA afirmando que «ambos elementos no son sino el anverso y el reverso de un único supuesto: la ausencia de un propósito negocial», de manera que «el hecho de que sea ésta la única finalidad [la de conseguir una ventaja fiscal] equivale a la ausencia de propósito empresarial» <sup>120</sup>.

En fin, mal utilizado el *business purpose test* puede fácilmente jugar en contra de la lucha contra el fraude, pues en muchas transacciones se confunde el fin negocial con el fin tributario, de forma que el negocio está construido por y para la obtención de beneficio fiscal.

A esto hay que añadir otro problema, y es que es muy difícil calificar de abusiva la conducta del contribuyente que se adapte perfectamente a un incentivo fiscal o régimen tributario ventajoso. De ahí que muchos beneficios fiscales, así como aquellas normas específicas anti-fraude constituyan lo que en la doctrina anglosajona se ha denominado «normas de salvamento» (*safe harbour rules*), pues tienen en común que su cumplimiento por los contribuyentes no puede considerarse en fraude o al menos el argumento será difícil de ganar. El recientemente reformado artículo 42 de la *Abgabeneordnung* refleja precisamente esta idea, impidiendo que sea considerado en fraude (*Steuerumgehung*) las conductas que hayan seguido lo dispuesto en una norma.

Sin embargo, no cabe duda de que buena parte de dichas conductas pueden ser en fraude si se permite un análisis de la sustancia de la operación. Un buen ejemplo de estas tensiones lo constituye la relativamente reciente Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 25 de junio de 2009 (00/656/2007) sobre el posible abuso del régimen fiscal de las *Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros* (ETVE), contemplado en los artículos 116 y siguientes del TRLIS <sup>121</sup>. El objeto de la extensa resolución es un entramado negocial donde, mediante el uso de sociedades *hol-*

<sup>117</sup> FISCHER, P.: «Geltungsanspruch des Steuergesetzes, Steuerumgehung und "wirtschaftliche oder sonst beachtliche außersteuerliche Gründe"». Finanz-Rundschau (FR), 23/2001, pág. 1.213.

<sup>118</sup> SANZ GADEA, E.: «Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000». RCyT. CEF, n.º 215/2001, págs. 99 y ss.

<sup>119</sup> SANZ GADEA, E.: «Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000...» cit. pág. 106.

<sup>120</sup> PALAO TABOADA, C.: «Los "motivos económicos válidos" en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales...» cit. pág. 84. Véase también, por el mismo autor: «El atolladero del fraude a la ley tributaria (Comentario a la STSJ de La Rioja de 9 de febrero de 2000)». RCyT. CEF, n.º 209/2000, pág. 140 y *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal...* cit. págs. 76 y ss.

<sup>121</sup> Véase sobre este caso, FALCÓN Y TELLA, R.: «La subcapitalización, las ETVE y la planificación fiscal "de riesgo". *Quincena Fiscal*, 22/2009 (Westlaw).

*ding*, una empresa española consigue reducir su tributación hasta casi cero. El TEAC califica el caso como de fraude de ley (al caso era aplicable la legislación anterior a 2003, por lo tanto no la actual norma de conflicto del art. 15 de la LGT) con la consecuencia de negar la deducción de los intereses abonados por la entidad a otras entidades del grupo situadas fuera de España.

Los hechos, de manera muy resumida, son los siguientes: una sociedad *holding* española (una ETVE), que adquiere un 97,43 por 100 de otra sociedad que ya pertenecía al grupo y realizaba operaciones en España. Las dos entidades son residentes en España y adquieren participaciones en otras sociedades del grupo con domicilio en otros países. Al objeto de financiar la adquisición de las participaciones, dichas sociedades solicitaron y obtuvieron préstamos de entidades del grupo. Para el TEAC, se trata de «un complejo entramado de operaciones que, si bien aisladamente consideradas pueden ser tenidas por lícitas, y no suponen una violación directa del ordenamiento jurídico» sí suponen un fraude a la ley tributaria en la medida en que se evita la sujeción al impuesto en nuestro país. Nótese que el resultado tributario beneficioso se alcanza porque los intereses pagados por los préstamos, que no superan el límite impuesto por el artículo 20 del TRLIS (norma de subcapitalización) implican una pérdida para la entidad española, puesto que las rentas obtenidas mediante entidades localizadas fuera de España están exentas (en virtud del régimen de las ETVE). Asimismo, la filial española también deduce los intereses, reduciendo así sustancialmente su base imponible. Y finalmente, la operación es redonda por tratarse de un grupo que tributa en consolidación fiscal, lo que significa que las pérdidas de la primera entidad se pueden utilizar para compensar el remanente del beneficio de la filial. La consecuencia final es que la tributación del grupo en España es casi inexistente.

El caso parece un supuesto de fraude a la ley tributaria *de manual*, y así parece razonar el TEAC, señalando en el Fundamento Jurídico 8.º de la Resolución que «la conducta del sujeto pasivo cumple con el literal del artículo 10.3 y 20 del TRLIS, pero con ello defrauda precisamente el mandato del artículo 4, toda vez que el grupo español no ha tributado por los beneficios reales obtenidos en España. Por ello, si la base imponible ha de ser fiel reflejo de la obtención de la renta por el sujeto pasivo, ello exige la corrección de la misma cuando las operaciones del sujeto pasivo se han efectuado en fraude de ley precisamente con el fin de desvirtuar la renta real obtenida»<sup>122</sup>. La calificación final es de fraude a la ley tributaria, de acuerdo con el antiguo artículo 24 de la LGT.

Este caso ha sido criticado, entre otros, por el profesor R. FALCÓN Y TELLA, para quien «el fraude de ley (actualmente conflicto en la aplicación de la norma) no puede aplicarse cuando la posi-

<sup>122</sup> A mayor abundamiento, y en relación con el régimen de tributación consolidada, el TEAC afirma que «si se contemplan las operaciones descritas a la luz del artículo 81 del TRLIS, se observa cómo los pasos responden minuciosamente a ajustarse a la literalidad de la norma, que posibilita la configuración del grupo fiscal. Por su parte, el artículo 85 de la misma, relativo a la determinación de la base imponible del grupo de sociedades, prevé que la base imponible del grupo de sociedades se determinará sumando las bases imponibles correspondientes a todas y cada una de las integrantes del grupo, las eliminaciones y las incorporaciones de las eliminaciones de ejercicios anteriores. Pero, de nuevo también si se atiende al espíritu de las normas, se concluye que el mismo ha sido conculcado: las que regulan este régimen especial de consolidación fiscal pretenden, en síntesis, eliminar los problemas de doble imposición, inherentes a los grupos de sociedades mediante la integración en una única liquidación de los resultados positivos o negativos obtenidos por las sociedades que integran el grupo; ello naturalmente, partiendo de la premisa de que no se utilice espúreamente este mecanismo de compensación que se produce en el seno de la consolidación, merced a la provocación artificiosa de los gastos financieros, como ha sucedido en el presente caso, en el que la consolidación no sirve entonces a la finalidad perseguida por la norma de eliminar una doble imposición sino, al contrario, a provocar una desimposición por la reducción injustificada de la base imponible».

ble vía de elusión del impuesto ha sido contemplada ya por el legislador, que señala con precisión los límites hasta los que puede llegarse. Y esto es precisamente lo que ocurre en el caso planteado, en el que existe un *safe harbor* en el artículo 20, de acuerdo con el cual, cuando el endeudamiento neto remunerado con una persona o entidad vinculada no residente exceda el triple del capital fiscal, los intereses que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos»<sup>123</sup>.

Aunque no podemos compartir la postura de este autor, pues creemos que la norma de subcapitalización no garantiza una protección contra la aplicación de las normas anti-abuso por el mero hecho de no traspasar el umbral de fraude, debe reconocerse que, en este caso, parte del problema radica en el propio régimen de ETVE, como apunta el TEAC en el Fundamento Jurídico 15. Ahí radica precisamente la dificultad de aplicar la doctrina de fraude a la ley (norma de conflicto): cuando el propio legislador establece un incentivo a hacer algo por motivos fiscales, porque una vez establecido un régimen como el de ETVE (o como el de las SICAV, por poner otro ejemplo<sup>124</sup>) resulta después muy difícil razonar en términos de ventaja fiscal, considerando un indicio de fraude que la operación se haya de realizar para capturar un determinado beneficio, pues eso es lo que la norma parece precisamente incentivar<sup>125</sup>. En efecto, en el caso de normas con beneficios fiscales en ocasiones se está pidiendo al contribuyente que haga algo *por razones tributarias*, por lo que obviamente no valdrá aquí como indicio que una conducta ha sido realizada por este motivo<sup>126</sup>.

Si el supuesto de fraude que se pretende reconducir a derecho está contemplado por una norma específica anti-abuso, ésta deberá ser aplicada en primer lugar<sup>127</sup>. El problema radicará en determinar cuándo el supuesto es realmente equivalente. Que esta cuestión no se encuentra pacíficamente resuelta lo demuestra la diversidad de las soluciones adoptadas por los ordenamientos jurídicos de

<sup>123</sup> FALCÓN Y TELLA, R.: «La subcapitalización, las ETVE y la planificación fiscal "de riesgo"…» cit. (Westlaw).

<sup>124</sup> Véase al respecto: RAMOS MUÑOZ, D.; RUIZ ALMENDRAL, V.: «Los problemas tributarios de las Sociedades de Inversión en Capital Variable (SICAV)». *Quincena Fiscal*, n.º 18/2006, págs. 15 y ss.

<sup>125</sup> Lo expresaba así, en relación con la normativa anti-fraude del régimen de reorganizaciones empresariales, E. SANZ GADEA, que se preguntaba «¿dónde está el mal? ¿En un régimen que difiere la tributación de unas plusvalías que desde un punto de vista económico-contable no pueden realmente entenderse obtenidas por la operación de fusión o asimiladas, o en un sistema tributario recientemente construido al margen del principio de neutralidad y que por ello crea situaciones de ventaja fiscal? (...) lo verdaderamente patológico es que el ordenamiento tributario procure posibilidades de ventaja fiscal a las que los contribuyentes puedan acceder aun sin realizar operaciones en fraude a la ley tributaria»; SANZ GADEA, E.: «Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000...» cit. pág. 198.

<sup>126</sup> En este sentido, en la jurisprudencia alemana, *vid.* por todas la BFH de 09.11.2000, BStBl II 2001, 101, 102; *vid.* también al respecto: FALCÓN Y TELLA, R.: «El fraude a la Ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (I): su radical diferencia con los supuestos previstos en el artículo 6 CC...» cit. pág. 8; GARCÍA PRATS, A.: «Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho Comunitario», en: SERRANO ANTÓN; SOLER ROCH: *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*, Madrid: IEF, 2001, pág. 175. Asimismo, véase: IFS: *Tax Avoidance: A report by the Tax Law Review Committee...* cit. págs. 43 y 44; TIPKE, K.; KRUSE, H. W.: *Abgabenordnung Finanzgerichtsordnung Kommentar zur AO und FGO*, Tomo 1, § 42 AO, párr. 41; CREZELIUS, G.: «Das Argumentationsmuster des sog. Gesamtplans...» cit. págs. 537 y 541.

<sup>127</sup> *Vid.* ZORNOZA PÉREZ, J. J.: «La simulación en Derecho Tributario...» cit. págs. 176, 177 y doctrina española allí citada. MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Las Medidas anti-elusivas/anti-abuso internas y los Convenios para la eliminación de la doble imposición», en AA.VV.: *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*. Madrid: IEF, 2002, págs. 147-148; DELGADO PACHECO, A.: *Las Normas Antielusión en la Jurisprudencia Tributaria española*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2004, pág. 53.

nuestro entorno. Si bien es cierto que, como regla general, la norma especial anti-abuso dirigida a prevenirlo en el ámbito internacional (o europeo) es de aplicación preferente <sup>128</sup>, no es infrecuente que tal lógica sea invertida en ocasiones.

Llegado este punto, la conclusión parece evidente: si el test de propósito negocial tiene los problemas apuntados, la interpretación desarrollada por el TJUE puede terminar por acabar con esta vara de medir del fraude. Según hemos comprobado más arriba, los *leading cases* del TJUE de los últimos años, donde se examina la compatibilidad de una norma anti-abuso interna (internacional o puramente doméstica) a la luz de las libertades fundamentales, vienen estableciendo una noción de abuso que resulta problemática por diversos motivos. Sin duda el aspecto más complejo de la doctrina anti-abuso del TJUE es el umbral de artificiosidad, en particular cuando está en liza una libertad comunitaria. En efecto, la diferente consideración de la sustancia económica, o concretamente, el análisis del *business purpose test* que lleva a cabo el Tribunal debe pasar primero por el tamiz de las libertades fundamentales <sup>129</sup>, de manera que es una suerte de test de libertades económicas (*economic freedoms test*). Ello explica que el examen de los *motivos económicos válidos* se lleve a cabo desde una perspectiva que no toma como punto de partida la lógica tributaria.

Pero el problema central es que el Tribunal deposita grandes esperanzas en el análisis de la sustancia o la realidad económica de la operación (en *Cadbury*, por ejemplo, se trata de ver si las CFC están o no en Irlanda, si hay locales, medios personales y materiales, etc.). Pero la cuestión en muchas ocasiones requerirá un análisis más meticuloso en función del tipo de abuso. Piénsese en casos de subcapitalización, precios de transferencia, etc. Nótese además, por otro lado, que el análisis de la sustancia económica se transforma radicalmente, o se vuelve directamente inútil, a la luz de la libertad de movimientos de capitales, contenida en el artículo del TFUE y con efecto directo. En efecto, como es lógico, el ejercicio de esta libertad no precisa el ejercicio de una actividad económica (Sentencia de 15 de julio de 2004, *Lenz* (C-315/02), de 7 de septiembre de 2004, *Mannin* (C-319/02) y de 11 de diciembre de 2003, *Barbier* (C-364/01).

Es posible que el efecto no sea negativo si de lo que se trata es de eliminar de los sistemas tributarios de los Estados miembros determinadas normas específicas anti-abuso que no respetaban excesivamente el principio de igualdad, toda vez que sometían a gravamen conductas que no siempre podían reputarse abusivas, adoleciendo en suma, de buena parte de los defectos y problemas característicos de esta modalidad de ataque del fraude, mediante normas específicas. En estos casos, el efecto de la jurisprudencia del TJUE puede ser positivo en relación con la interpretación más correcta de las normas tributarias, y claramente desde la perspectiva del principio de igualdad <sup>130</sup>.

El problema es que, llevada a su extremo, esta jurisprudencia puede terminar por negar la propia posibilidad de fraude a la ley tributaria, puesto que la doctrina del *business purpose* está directa-

<sup>128</sup> Así es también en gran parte de los Estados de la OCDE, por ejemplo, EEUU, véase: SHEPPARD, «Why the US IRS should argue the Statute first», *TNI*, 30 July 2001, págs. 550 y ss.

<sup>129</sup> Véase un análisis preliminar de esta cuestión en: RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*...» cit. págs. 149 y ss.

<sup>130</sup> GARCÍA PRATS, A.: «Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho Comunitario...» cit. pág. 176.

mente ligada con la mayoría de las normas anti-abuso generales, como la belga, la alemana o la nuestra <sup>131</sup>, de ahí las consecuencias que la citada jurisprudencia podría tener en todas ellas.

La cuestión es paradójica, pues esta jurisprudencia puede terminar por dejar a los sistemas tributarios europeos más desprotegidos que los de otros países de nuestro entorno, como Canadá, EEUU o Australia <sup>132</sup>. Esto sucede además en un momento en el que se está produciendo un cierto «rearme» de normas anti-abuso en el ámbito anglosajón, como muestra, por ejemplo, la reciente codificación de las doctrinas de la sustancia económica y *business purpose test* en EEUU <sup>133</sup>, y donde también desde el Reino Unido se ha puesto de manifiesto que una norma general anti-abuso basada en la doctrina del TJUE no tendría mucha utilidad para luchar contra las prácticas de fraude a la ley tributaria <sup>134</sup>.

### 2.3. El artículo 15 de la LGT a la luz de la jurisprudencia del TJUE

El establecimiento del artículo 15 de la LGT fue recibido de forma asimétrica por la doctrina, generándose un interesante y fructífero debate doctrinal sobre el significado, la necesidad y las consecuencias de una norma general anti-abuso en España <sup>135</sup>. Asentado el polvo y, sobre todo, comprobado que la Administración tributaria no parece tener más interés en aplicar la norma de conflicto de lo que tenía en aplicar el antiguo 24 de la LGT (quizá porque tampoco la nueva norma permite la imposición de sanciones, algo que ha refrendado el propio Tribunal Constitucional) el debate se ha abandonado al menos parcialmente <sup>136</sup>.

El artículo 15 de la LGT contiene una norma anti-abuso general <sup>137</sup>, estableciendo que «se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcial-

<sup>131</sup> PALAO TABOADA, C.: «Los "motivos económicos válidos" en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales...» cit. págs. 81 y ss.; PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal...* cit. págs. 80 y ss.; LÓPEZ TELLO, «La "cláusula antiabuso" del anteproyecto de la nueva ley general tributaria». *Actualidad Jurídica Uribe & Menéndez*, n.º 5/2003, págs. 51 y 52. Sobre los paralelismos entre dicho test y la norma alemana anti-abuso, véase: VOGEL, K.: «Steuerungsumgehung nach innerstaatlichem Recht und nach Abkommensrecht». *StuW*, n.º 4/1985, págs. 370, 371; TIPKE, K.: *Die Steuerrechtsordnung. Band III...* cit. pág. 1.337, y jurisprudencia del BFH por él citada.

<sup>132</sup> Véanse referencias en: RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*... cit. págs. 83 y ss.

<sup>133</sup> De nuevo me permito remitir al lector a: CALDERÓN CARRERO, J. M.: RUIZ ALMENDRAL, V.: «La codificación de la "doctrina de la sustancia económica" en EEUU». En prensa (*Quincena Fiscal*). 2010.

<sup>134</sup> IFS –The Institute for Fiscal Studies–. BOWLER, T.: *Countering Tax Avoidance in the UK: Which Way Forward?*... cit. pág. 40.

<sup>135</sup> Para comprobarlo véanse los informes: AA.VV.: *Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la Ley General Tributaria* (Nombrada por Resolución de la Secretaría de Estado de Hacienda de 15 de junio de 2000), 2001; *Comisión para el estudio del borrador de anteproyecto de la nueva LGT*, 2003, págs. 16 y ss. Véase: PALAO TABOADA, C.: «Los instrumentos normativos contra la elusión fiscal». En: PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal...* cit. págs. 76 y ss.

<sup>136</sup> *Vid.* el trabajo de referencia en la materia: PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal...* cit. Véase asimismo, RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*... cit. págs. 30 y ss, y las numerosas críticas que a este trabajo se realizan a lo largo de: BÁEZ MORENO, A.: *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la renta*. Pamplona: Aranzadi, 2009.

<sup>137</sup> PALAO TABOADA, C.: «La norma anti-elusión del proyecto de nueva ley general tributaria...» cit. pág. 73; sin ánimo de exhaustividad, véase también: LÓPEZ TELLO, J.: «La "cláusula antiabuso" del anteproyecto de la nueva ley general tributaria...» cit. pág. 47; GODOI, M. S.: *Fraude a la ley y conflicto en la aplicación de las leyes tributarias...* cit. págs. 253 y 254.

mente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias: (a) que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido; (b) que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios». Se trata en suma de tres elementos –existencia de una ventaja tributaria, la utilización de una forma incorrecta o inadecuada al fin obtenido, y la ausencia de motivos que así lo justifiquen, motivos que en determinadas doctrinas se identifican con los motivos económicos válidos– que deberán ser juzgados de manera paralela para poder determinar si hay una situación de fraude. Estos tres elementos concurren, con diferentes engarces lógicos, en casi todas las normas generales anti-abuso existentes en los Estados de nuestro entorno <sup>138</sup>.

La norma española contiene elementos parcialmente similares no sólo a la citada doctrina del propósito negocial o válido, sino también a la norma general anti-abuso alemana, contenida en el párrafo 42 de la Ordenanza Tributaria Alemana (*Abgabenordnung*, AO) <sup>139</sup>, tal y como viene siendo interpretada por la jurisprudencia, y en especial, por el Tribunal Financiero Federal (*Bundesfinanzhof*, en adelante, BFH). En relación con esta norma, el BFH ha formulado la siguiente definición de fraude a la ley tributaria, que es extrapolable al caso español; «se produce un abuso en las posibilidades de configuración jurídica cuando se utiliza una forma inadecuada al fin económico perseguido por las partes, que pretende obtener una ventaja tributaria y que no se puede justificar por otras razones económicas o extratributarias» <sup>140</sup>. Estas tres condiciones deberán producirse de forma cumulativa. La relativamente reciente reforma del 42AO toma en cuenta esta jurisprudencia y la incorpora a la redacción del artículo <sup>141</sup>.

Nótese que la existencia de una ventaja tributaria es una condición necesaria, pero no bastante por sí misma, para examinar la concurrencia de fraude. El segundo elemento a que se refiere el artículo 15.1 de la LGT es que los actos o negocios realizados sean «notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido» [15.1 a)], por oposición a los «usuales o propios» [15.1 b)]. Se establece así una suerte de «test de idoneidad» entre la forma y el fin económico o resultado de la operación, de manera similar al clásico análisis del propósito negocial. Finalmente, la norma española introduce por primera vez en una norma anti-fraude general el término *artificioso*, con el que se incorpora un elemento valorativo, que será fijado en comparación con el efecto o sustancia económica de la operación.

<sup>138</sup> Véase: IFS: *Tax Avoidance: A report by the Tax Law Review Committee...* cit. págs. 38, 39; asimismo, véase: GODOI, M. S.: *Fraude a la ley y conflicto en la aplicación de las leyes tributarias*. Madrid: IEF, 2005, pág. 83.

<sup>139</sup> Así se señala en la SAN de 7 de noviembre de 2006, señalando 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».

<sup>140</sup> Entre otras: BFH 27.07.1999, BStBl 1999, 769, 770.

<sup>141</sup> La reforma, que entró en vigor el 29 de diciembre de 2007, fue acometida mediante el artículo Art.14 Nr.2 y el Art. 28 Abs.1 de la «Steueränderungsgesetz 2003», de 15.12.03 (publicada en el Boletín oficial -BGBI\_I\_03,2645).



Pues bien, este término, que es utilizado profusamente por las normas anti-abuso y las doctrinas judiciales anglosajonas <sup>142</sup>, plantea en España de forma evidente un problema que, de alguna manera, se encontraba latente ya en las normas anteriores; puesto que es posible identificar la artificiosidad tanto con la inadecuación entre forma y fin, como con la ausencia total de sustancia económica, de hecho coinciden parcialmente con el sentido de la simulación contenida en el artículo 16 de la LGT, en incluso, con lo establecido en el artículo 13 de la LGT. La actual jurisprudencia del TJUE hace que esta cuestión cobre ahora actualidad y relevancia. No obstante, nótese también que un problema particularmente *español* del fraude a la ley son las diferencias entre fraude y simulación. Se trata de un problema de la mayor relevancia práctica porque mientras en otros ordenamientos se admite que entre el fraude (*tax avoidance*) y la simulación (*sham*) bien puede haber diferencias de grado, en España se ha pretendido establecer una barrera infranqueable entre ambas figuras, con consecuencias jurídicas también drásticamente diferentes. Es aquí donde, en nuestra opinión, radica buena parte de la explicación para el fracaso de la actual y de todas las anteriores normas anti-abuso establecidas por la LGT.

Se han apuntado diversos criterios para justificar la diferencia, fundamentalmente basados en una concepción del fraude a la ley tributaria *ius-privatista*, que toma como base la construcción de estas figuras –fraude y simulación– en nuestro Derecho civil y que además, si bien se mira, es sólo válida para contratos bilaterales, pero no para estructuras más complejas, donde hay diversas partes implicadas con diferente grado de interés en el negocio jurídico. Entre otros argumentos, se ha afirmado que la diferencia radicaría en el engaño, siendo así clara la distinción entre simulación y fraude de ley, al menos desde la perspectiva teórica <sup>143</sup>. Las maniobras o manipulaciones tendentes a eludir la norma se presentarían en el fraude de ley de manera abierta, mientras que en la simulación –sea relativa o absoluta– es esencial la ocultación del acuerdo simulatorio, que debe permanecer desconocido para los terceros <sup>144</sup>.

En la práctica, sin embargo, la distinción resulta casi imposible, como por otro lado demuestra la cantidad de resoluciones jurisprudenciales en uno y otro sentido <sup>145</sup>. Y ello por varios motivos, de los que nos centraremos en dos: **en primer lugar**, porque en ambos casos se produce un cierto engaño, sólo que si en el caso de la simulación éste es total, pudiéndose referir a distintos aspectos de la operación, en el caso del fraude sería más sutil, pues se refiere básicamente a la razón, o los *motivos*, que justifican la adopción de una determinada forma jurídica. La conducta en fraude, en tanto que implica la adopción de una serie de actos o negocios, el montaje de una estructura jurídica determinada, no generaría un engaño directo sino una falta de claridad o confusión generalizada, que se concreta en el hecho de que se utiliza un instrumento jurídico o forma cuyos efectos típicos y natu-

<sup>142</sup> Así la norma anti-abuso australiana se refiere a «... blatant, artificial or contrived arrangements...»; al respecto véase PAS-SANT, J.: «Tax Avoidance in Australia: The Return of the Ghost?...» cit. págs. 453 y 454. También en los casos *Helvering vs. Gregory*, *Ramsay*...y similares se emplea el término con profusión.

<sup>143</sup> ZORNOZA PÉREZ: «La simulación en Derecho Tributario», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n.º 16, 3.ª época, septiembre 2000, pág. 182.

<sup>144</sup> En este sentido se orienta la distinción que proponen PÉREZ ROYO, F.; AGUALLO AVILÉS, A.: *Comentarios a la reforma de la Ley General Tributaria*. Pamplona: Aranzadi, 1996, págs. 70 y 71.

<sup>145</sup> En efecto, hay abundante jurisprudencia que renuncia a trazar una frontera clara y evidente entre ambas figuras en materia tributaria; en este sentido, la STS de 11 de mayo de 2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso de casación n.º 2739/1999), FJ. 3.º.

rales no se quieren, siendo sólo buscadas las posibles ventajas tributarias, que a través de su empleo se puedan obtener <sup>146</sup>.

**En segundo lugar**, las dificultades de distinguir el fraude de ley de la simulación son especialmente evidentes si el examen del fraude se lleva a cabo mediante el *test* de propósito negocial. Sin duda es este aspecto el que en mayor medida acerca ambas figuras, pues se tratará únicamente de ubicar el engaño en la utilización de una forma artificiosa (fraude), o en una burda ocultación de un negocio por otro (simulación). Esto explica, por ejemplo, que en EEUU y en Inglaterra las tesis del *sham* (simulación) y del *business purpose* hayan estado tan cercanas <sup>147</sup>, confusión que también se ha debido a que con frecuencia la jurisprudencia norteamericana ha utilizado un concepto amplio de simulación (*sham*) para recalificar algunos casos carentes de todo sentido económico <sup>148</sup>. Hay así una conexión clara entre la doctrina del fraude y de la simulación, en los casos de *business purpose test*. Afirma en este sentido C. PALAO que todas las doctrinas anti-fraude –*business purpose, step transactions...*– tienen un fundamento último: «el principio de que la aplicación de la ley tributaria tiene que basarse en la verdadera realidad de las operaciones o negocios relacionados» <sup>149</sup>. Es posible, por ello, que la simulación no sea más que un subtipo de fraude a la ley tributaria, en su grado máximo, como existe ya en otros ordenamientos.

Las notables similitudes entre el fraude a la ley tributaria y la figura de la simulación contrastan con su distinto régimen jurídico en España, lo que genera todo tipo de confusiones <sup>150</sup>. Por ello, resulta particularmente problemática la drástica diferencia en cuanto a sus consecuencias jurídicas, debido a la exclusión de la imposición de sanciones en los casos de fraude. Desde una perspectiva pragmática, qué duda cabe de que una figura como la del conflicto en la aplicación de la norma tributaria es inútil en ausencia de punibilidad, se produce un claro incentivo para los contribuyentes a intentar todas las formas posibles al objeto de reducir su carga tributaria <sup>151</sup>.

Técnicamente, el argumento para denegar la posibilidad de imponer sanciones en los casos de fraude radica en que se entiende que se aplica la norma tributaria *por analogía*. Como expone el pro-

<sup>146</sup> PALAO TABOADA, C.: «Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria». *CT*, n.º 98/2001, pág. 133. AMORÓS, N.: «La elusión y la evasión tributaria...» cit. pág. 610; FERREIRO LAPATZA, J. J.: «Notas sobre la reforma de la Ley General Tributaria». *QF*, n.º 17/1995, pág. 19.

<sup>147</sup> PALAO TABOADA, C.: «Los "motivos económicos válidos" en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales». *RCyT. CEF*, n.º 62/2002, pág. 79, al hilo de *Knetsch vs. U.S.*

<sup>148</sup> Así, la *sham-transaction doctrine*, también denominada *economic-substance doctrine*; vid. casos: *United Parcel Service of America, Inc. v. Commissioner*, 254 F.3d 1014, 1015, 1018 [11th Cir. 2001], donde con ayuda de un *business purpose test*, se concluye la ausencia de todo sentido económico de las operaciones. Vid. también casos *Nicole Rose Corp. vs. Commissioner*, 320 F.3d 282, 284 [2nd Cir. 2003]; *Zmuda vs. Commissioner*, 731 F.2d 1417 [9th Cir. 1984].

<sup>149</sup> PALAO TABOADA, C.: «Los "motivos económicos válidos" en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales...» cit. pág. 81.

<sup>150</sup> PALAO TABOADA, C.: «Economía y Derecho en la aplicación de las leyes tributarias». *CT*, n.º 73/1995, pág. 73; asimismo, PALAO TABOADA, C.: «Los instrumentos normativos contra la elusión fiscal...» cit. pág. 10, que afirma que fraude y simulación se comportan como vasos comunicantes, ya que «la restricción en la utilización de uno de ellos origina una expansión del otro». Estos trabajos están recogidos en: PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal...* cit. Véase también las críticas formuladas por LÓPEZ TELLO, J.: «La "cláusula antiabuso" del anteproyecto de la nueva ley general tributaria...» cit. pág. 53.

<sup>151</sup> PÉREZ ROYO, F.: «La Doctrina de los Lores sobre la elusión fiscal (examen de casos recientes)». *QF*, n.º 10/2005, pág. 31. HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA, J. M.: «La conformación artificiosa de la realidad en el ámbito tributario: ¿por qué lo llamamos conflicto cuando queremos decir fraude». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 593/2003.

fesor C. PALAO «el fundamento de la no punibilidad del fraude a la ley en cuanto tal radica en el carácter ficticio, obtenido por analogía, que, según la doctrina generalmente aceptada, tiene el hecho imponible construido en virtud de la aplicación de la norma anti-elusión. A la aplicación de la ley penal se opone, en consecuencia, el principio de legalidad, consagrado en la Constitución Española en el artículo 25.1», de manera que «si no se ha realizado el hecho imponible no se puede castigar su evitación»<sup>152</sup>. En sentido similar, afirmaba R. FALCÓN Y TELLA que «ninguna norma exige declarar los hechos en fraude a la ley tributaria, en la medida en que no suponen la realización del hecho imponible, sino de un hecho con resultados equivalentes»<sup>153</sup>.

Puede afirmarse sin embargo, en el fraude no hay laguna, pues como afirma C. PALAO «la norma aplicable existe ya y no es otra que la ley defraudada»<sup>154</sup>. La voluntad del legislador es, no simplemente «hubiera sido», gravar el hecho en cuestión, y la ley lo gravaría directamente de no haber sido eludida artificiosamente»<sup>155</sup>. Frente a la opinión que sostenemos, éste ha sido precisamente el razonamiento del Tribunal Constitucional, entre otras en la Sentencia 120/2005, de 10 de mayo, donde se asumen los argumentos mayoritarios en contra de la punibilidad del fraude a la ley tributaria. Pese a tratarse de un recurso de amparo, con efectos claramente limitados, es claro que supone una llamada de atención a la citada línea jurisprudencial del Tribunal Supremo y así lo ha percibido la doctrina, que le ha dedicado atención de inmediato<sup>156</sup>.

Así las cosas, la incidencia que sobre el artículo 15 de la LGT ha de tener la citada jurisprudencia del TJUE implicaría, en su extremo, reconducir la aplicación del precepto a los casos donde se produjera simulación por ausencia casi total de sustancia económica, lo que aconseja, evidentemente, la aplicación de la norma contenida en el 16 de la LGT. No obstante, en aquellos supuestos en los que se produzca una auténtica conducta de fraude a la ley, en los términos supra descritos, que se proyecte sobre una operación en el ámbito europeo, la norma deberá aplicarse teniendo en cuenta el test de las libertades económicas, esto es, no pudiendo considerarse abusivas las operaciones de selección del ordenamiento tributario más favorable (*tax arbitrage*<sup>157</sup>). Es decir, no creemos que la

<sup>152</sup> PALAO TABOADA, C.: «Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria...» cit. págs. 136 y 137; claro que el mismo autor afirma que la analogía presente en el fraude es «distinta», fundamentalmente debido a que no hay laguna, pues «la norma existe y es justamente la defraudada; el ordenamiento está completo»; PALAO TABOADA, C.: «La norma anti-elusión del proyecto de nueva ley general tributaria...» cit. pág. 80.

<sup>153</sup> FALCÓN Y TELLA, R.: «El delito fiscal como ley penal en blanco: la necesidad de tener en cuenta todas las normas tributarias que afectan a la exigibilidad jurídica de una determinada conducta del contribuyente». *QF*, n.º 10/1999, pág. 7.; GARCÍA NOVOA, C.: «La posibilidad de imponer sanciones en los supuestos de fraude y abuso de la norma tributaria: el criticable contenido del artículo 15.3 del anteproyecto de Ley General Tributaria». *QF*, n.º 8/2003, pág. 23; por el mismo autor: *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*. Madrid: Marcial Pons, 2004 y «La imposibilidad de sancionar penalmente las conductas en fraude a la ley tributaria (la sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005, de 10 de mayo)». *Revista Técnica Tributaria*, n.º 70, 2005.

<sup>154</sup> LÓPEZ MOLINO, A. M.: «Los negocios en fraude de ley tributaria, los negocios simulados y los negocios indirectos (arts. 24, 25 y 28 LGT)». *CT*, n.º 85/1998, pág. 163.

<sup>155</sup> PALAO TABOADA, C.: «¿Existe el fraude a la ley tributaria?...» cit. pág. 15.

<sup>156</sup> Véase: PALAO TABOADA, C.: «La punibilidad del fraude a la ley tributaria». Ponencia presentada en la Mesa Redonda de Derecho Penal, Colegio de Abogados de Madrid, 12 de enero de 2006, *mimeo*, págs. 10 y ss.; GARCÍA NOVOA, C.: «La imposibilidad de sancionar penalmente las conductas en fraude a la ley tributaria (la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005, de 10 de mayo)...» cit. págs. 113 y ss.; FALCÓN Y TELLA, R. (2005): «El fraude de ley o "conflicto en la aplicación de la norma" y el delito fiscal: la importante STC 10 mayo 2005». *QF*, n.ºs 12-13/2005, págs. 5 y ss.

<sup>157</sup> RÄDLER, A. J.: «Do National Anti-Abuse Clauses Distort the Internal Market». *European Taxation*, vol. 34, n.º 9/1994, pág. 313.

jurisprudencia del TJUE impida la aplicación de la norma de conflicto en un contexto comunitario, aunque sí exige su interpretación de acuerdo con dicha jurisprudencia. En su dicción literal, el artículo 15 de la LGT es perfectamente coherente con la jurisprudencia del TJUE, toda vez que admite prueba en contrario. El problema radica en la noción de artificiosidad mantenida en ocasiones por el TJUE, que podría bien confundirse con la simulación <sup>158</sup>.

Adicionalmente, se plantea el problema de si es aplicable el 15 de la LGT allí donde la conducta ya esté contemplada por un régimen jurídico especial o una norma específica anti-abuso o norma de control (por ejemplo, precios de transferencia o normas de subcapitalización). En realidad, esto nos conduce a la relación entre normas específicas anti-abuso y normas generales, compleja por diversos motivos; **en primer lugar**, porque no hay una relación de norma general-norma especial perfecta, sino que muchas normas específicas anti-abuso se limitan a delimitar los límites de la aplicación de un determinado régimen o establecer umbrales automáticos de abuso. Ello se hace sin renunciar a conceptos jurídicos indeterminados como los motivos económicos válidos. **En segundo lugar**, las normas específicas anti-abuso tampoco conforman una categoría homogénea siendo en muchos casos no principalmente normas anti-abuso, sino normas de calificación de rentas que también tienen, como finalidad secundaria, limitar el abuso (éste sería el caso de las normas sobre precios de transferencia). Por eso creemos que no se puede concluir sin más y a priori que la existencia de una norma específica anti-abuso deba excluir automáticamente la aplicación de la norma (o doctrina jurisprudencial) general.

#### IV. RECAPITULACIÓN SOBRE LA NOCIÓN DE FRAUDE A LA LEY TRIBUTARIA EN LA UNIÓN EUROPEA Y SU POSIBLE EVOLUCIÓN: ¿ES EL PRINCIPIO DE «PLENA COMPETENCIA» UN MODO DE SUPERAR LA DOCTRINA ANTI-ABUSO DEL TJUE?

El punto de partida del Tribunal en los casos de abuso es la proporcionalidad que debe existir entre la medida anti-elusión adoptada y el daño o el posible fraude que se pretende evitar. Este modo de razonar, y los pasos a seguir, se exponía claramente en *Centros* (C-212/97) afirmándose que «las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo» (párr. 34; en sentido similar, véanse las Sentencias de 31 de marzo de 1993, *Kraus*, C-19/92, párr. 32, y de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, C-55/94, párr. 37). Al mismo tiempo, el TJUE ha rechazado sistemáticamente el argumento de la existencia de un «riesgo» de fraude o evasión –argumento normalmente ofrecido por las partes– para aceptar medidas de los Estados que limitan alguna libertad fundamental (*inter alia*, *Comisión/Francia*, C-270/83, párr. 25), así como la finalidad de asegurar o proteger los ingresos tributarios (*ICI*, párr. 28; *Saint-Gobain*, párr. 50) <sup>159</sup>. En

<sup>158</sup> Como se afirma en DE BROE, L.: *International Tax Planning and Prevention of Abuse...* cit. págs. 827 y ss.

<sup>159</sup> Si bien es cierto que, en la teoría, el Tribunal sí admite que la finalidad de evitar el fraude a la ley tributaria pueda constituir una excepción de interés general que pueda justificar una restricción a una libertad fundamental. Así sucederá cuando concurran las razones autorizadas por el Tribunal, que ha afirmado que «la necesidad de preservar la coherencia de un

particular, no resultan justificadas, por resultar desproporcionadas aquellas normas tributarias nacionales que pivotan sobre una presunción absoluta de fraude o evasión fiscal basada en el carácter transfronterizo de la operación (*Comisión/Francia*, C-334/02).

En los últimos tiempos, es posible encontrar algunas sentencias que se han apartado de este razonamiento, flexibilizando en parte la admisión de normas anti-abuso con proyección transfronteriza. Un primer ejemplo lo encontramos en la Sentencia dictada en el caso *Marks & Spencer II*, de 13 de diciembre de 2005 (C-446/03), donde el Tribunal acepta parcialmente, en aras de la proporcionalidad, la restricción a la compensación de pérdidas que había establecido la legislación inglesa. En relación con el riesgo de evasión fiscal, afirma que «la posibilidad de transferir las pérdidas de una filial no residente a una sociedad residente conlleva el riesgo de que las transferencias de pérdidas se organicen dentro del grupo de sociedades y se imputen a sociedades establecidas en los Estados miembros que apliquen los tipos impositivos más elevados y donde el valor fiscal de las pérdidas sea mayor» (párr. 49). En este sentido, la exclusión de la consolidación fiscal de las pérdidas sufridas por filiales no residentes impediría dichas prácticas abusivas, toda vez que las mismas pueden verse alentadas por la existencia de diferencias notables entre los tipos de impositivos aplicados en los distintos Estados miembros. Por ello, «una normativa restrictiva como la controvertida en el asunto principal persigue objetivos legítimos compatibles con el Tratado que están amparados por razones imperiosas de interés general, por un lado, y que es adecuada para garantizar la realización de dichos objetivos, por otro (párr. 51). Ésta es la primera vez que el Tribunal rebaja dicho umbral garantista en relación con la evasión fiscal. Sin embargo, sólo esta Sentencia no puede considerarse representativa, entre otras razones porque pesaban en este caso consideraciones presupuestarias conocidas <sup>160</sup>.

Más adelante, sí puede sin embargo observarse un cambio de jurisprudencia significativo, del que es posible extraer conclusiones, aunque sean siempre preliminares. Esto es particularmente evidente en el caso *OYAA* (231/05), de 18 de julio de 2007, donde el Tribunal admite que transacciones no totalmente artificiales, sean consideradas abusivas. Cabe preguntarse a qué obedece este cambio; es posible, tal y como se ha sugerido <sup>161</sup>, que la propia manera de argumentar de las partes condujera al resultado diferente. En efecto, en lugar de citar únicamente la finalidad anti-abuso de la medida, las partes hicieron un esfuerzo por justificar la medida en liza de forma más amplia, conectándolo con la coherencia del sistema tributario y sobre todo con el equilibrio de distribución de poder tributario entre los Estados miembros, que es, si bien se mira la base del problema: qué Estado tiene derecho a gravar

régimen tributario, la lucha contra la evasión fiscal y la eficacia de los controles fiscales constituyen razones imperiosas de interés general que pueden justificar normativas que puedan restringir las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado» (*X e Y II*, C-436/00, párrafo 51; en sentido similar, véanse también las SSTJUE: *Bachmann*, C-204/90, *Comisión/Bélgica*, C-300/90, y otras allí citadas).

<sup>160</sup> Como ha afirmado J. M. CALDERÓN CARRERO, «... la sentencia del TJUE en el caso *Marks & Spencer* posiblemente tenga una lectura más política que técnica, considerando globalmente su jurisprudencia (precedente y posterior), su fundamentación técnica y, especialmente, las presiones políticas a las que se vio sometido el Tribunal desde el mismo momento del planteamiento de la cuestión prejudicial», en: «Consolidación Fiscal e Importación de Pérdidas: el caso *Marks & Spencer*». Noticias de la Unión Europea, núm. 257, 2006, págs. 23 a 41. Sobre el problema de las pérdidas transfronterizas remito al lector a: RUIZ ALMENDRAL, V.: «An Ever Distant Union: the Cross-border Loss Relief conundrum in EU Law». *Intertax*, 2010 (en prensa) y CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Reflexiones al hilo de la STJUE X Holding BV sobre el régimen de consolidación en el Impuesto sobre Sociedades, la "importación" de pérdidas extranjeras y el Derecho de la Unión Europea». *Crónica Tributaria*, 2010.

<sup>161</sup> DE BROE, L.: *International Tax Planning and Prevention of Abuse...* cit. págs. 821 y ss.

un determinado hecho imponible, dependiendo de la conexión económica del mismo. En otras palabras, el principio de territorialidad. Así, en *OYAA* las partes alegaron que el régimen finlandés de las transferencias financieras entre sociedades de un grupo «está justificado por la necesidad de garantizar la coherencia del régimen fiscal de que se trata, así como por el reparto de las potestades tributarias entre los Estados miembros, el temor a la evasión fiscal y el principio de territorialidad» (párr. 45).

Pues bien, si el argumento de la coherencia del régimen fiscal nunca ha sido aceptado, y el peligro de evasión sólo en ocasiones, el Tribunal parece más proclive a aceptar argumentos relacionados con el reparto de la carga tributaria, ligándolos estrechamente al problema de la evasión fiscal. Así, se afirma en la sentencia que **«los objetivos de salvaguardia del equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros y de prevención de la evasión fiscal están relacionados»**<sup>162</sup>. En efecto, los comportamientos que consisten en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica con el fin de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios derivados de las actividades desarrolladas en el territorio nacional pueden comprometer el derecho de los Estados miembros a ejercer su competencia fiscal en relación con dichas actividades y poner en peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros...».

En todo caso, añade el Tribunal, matizando así el estricto umbral de la artificiosidad: (párrs. 63-64): «aunque el objeto específico de la normativa controvertida en el asunto principal no sea excluir de la ventaja fiscal que establece los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, ..., tal normativa puede, no obstante, reputarse proporcionada a los objetivos perseguidos, considerados conjuntamente (...) en efecto, en una situación en la que la ventaja de que se trata consiste en la posibilidad de efectuar una transferencia de ingresos, excluyendo estos últimos de la renta imponible del ordenante e integrándolos en la del beneficiario, **el efecto de toda extensión de esta ventaja a las situaciones transfronterizas consiste, en principio, en que a través de este mecanismo los grupos de sociedades pueden elegir libremente el Estado miembro en el que tributan sus beneficios, en detrimento del derecho del Estado miembro de la filial de gravar los beneficios derivados de las actividades desarrolladas en su territorio**<sup>163</sup>».

Concluye el Tribunal que la libertad de establecimiento (actual art. 49 del TFUE) no se opone a un régimen como el finlandés de acuerdo con el cual una filial residente en Finlandia únicamente puede deducir de su renta imponible una transferencia financiera entre sociedades de un grupo realizada por ésta en favor de su sociedad matriz en la medida en que ésta tenga su domicilio en ese mismo Estado miembro.

Este modo de argumentar se ha confirmado en Sentencias posteriores. Por poner sólo algún ejemplo más, en el reciente caso *SGI*, de 21 de enero de 2010 (C-311/08<sup>164</sup>) se confirma esta visión desde la perspectiva del reparto del poder tributario, enunciando la que podríamos denominar nueva doctrina (o al menos doctrina matizada) con mayor claridad que hasta entonces: **«...permitir a las sociedades residentes que transfieran sus beneficios en forma de ventajas anormales o**

<sup>162</sup> La negrita es de la autora.

<sup>163</sup> Véase nota anterior.

<sup>164</sup> El mismo razonamiento en la STJUE de 17 de septiembre de 2009 (C-182/08), Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG y Finanzamt München II.

**benévolas concedidas a sociedades con las que mantienen vínculos de interdependencia y que están domiciliadas en otros Estados miembros conlleva el riesgo de comprometer un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros** <sup>165</sup>. Ello podría poner en peligro, en principio, el sistema mismo del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros ya que, según la elección que hagan las sociedades que mantienen vínculos de interdependencia, el Estado miembro de la sociedad que concede las ventajas anormales o benévolas estaría obligado a renunciar, como Estado de residencia de esa sociedad, a su derecho a gravar los rendimientos de ésta, en beneficio, en su caso, del Estado miembro del domicilio de la sociedad beneficiaria» (párr. 63, citando *Oy AA*, párr. 56). Esta normativa se justifica así fundamentalmente, según el TJUE, porque permite al Estado (belga) «ejercer su potestad tributaria sobre las actividades realizadas en su territorio» (párr. 64).

También es particularmente claro el Tribunal en relación con su noción de artificiosidad como justificación del fraude; el reparto de la carga tributaria (que no la coherencia del sistema tributario) puede permitir rebajar el umbral de fraude. Así, reafirmandose el Tribunal en su teoría <sup>166</sup>, señala que «una normativa nacional que no tiene por objeto específico excluir de la ventaja fiscal que establece los montajes puramente artificiales, (...) puede, no obstante, reputarse justificada por el objetivo de prevención de la evasión fiscal considerado junto con el del mantenimiento del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros» (párr. 66). En otras palabras, para el TJUE no vale únicamente esgrimir la elusión fiscal, pero sí el reparto de poder tributario como argumento *conjunto*. Si el argumento es exclusivamente la elusión fiscal, entonces el umbral de fraude permanece igual.

Este nuevo razonamiento dual del TJUE entronca directamente con el principio de plena competencia y la práctica internacional de limitar las prácticas de *tax arbitrage* o de búsqueda especulativa de la norma tributaria más beneficiosa, según apuntábamos más arriba. Al adoptar el principio de plena competencia para suavizar su examen sobre el abuso, el TJUE se acerca y reconoce la incidencia del sistema de Derecho tributario internacional. El papel (creciente) del Derecho tributario internacional en el razonamiento del Tribunal merecería un trabajo aparte, aunque de forma resumida nótese que en la medida en que incorpora referencias al CM-OCDE, que no es propiamente derecho sino una mera guía para Estados (*soft law*) esto implica concederse, de manera indirecta, una fuerza vinculante que no le pertenecía por naturaleza <sup>167</sup>. En la doctrina se ha criticado reiteradamen-

<sup>165</sup> La negrita es de la autora.

<sup>166</sup> Párr 65: «en cuanto a la prevención de la evasión fiscal, es preciso recordar que una medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede estar justificada cuando tenga por objeto específico los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate»; se citan ICI, apartado 26; Marks & Spencer, apartado 57; Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, apartado 51, y Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, apartado 72.

<sup>167</sup> Se produce de esta manera la incorporación del *soft law* internacional en el Derecho Comunitario; véase: RUIZ ALMENDRAL, V.: «Entre la discriminación y la armonización: el régimen fiscal del no residente en España a la luz del Derecho Comunitario...» cit. págs. 15 y ss. Nótese, por otro lado, que la relación entre el CM-OCDE y la UE es en dirección doble, de manera que los desarrollos jurisprudenciales del TJCE estarían ejerciendo una decidida influencia en la modificación y los comentarios al CM. J. M. CALDERÓN y A. MARTÍN JIMÉNEZ ponen como ejemplo la propuesta de modificación de la tributación de los servicios que vendría a recoger las conclusiones de *Gerritse, Conijn*, o *Scorpio*; vid. Propuesta de borrador: *The Tax Treaty Treatment of Services: proposed commentary changes* (de 8 de diciembre de 2006), publicado en la página de la OCDE. Al respecto véase: MARTÍN JIMÉNEZ, A.; CALDERÓN CARRERO, J. M.: «La inaplazable necesidad de reformar la tributación del no residente sin establecimiento permanente: la STJCE Scorpio». *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi* núm. 21/2006.

te al Tribunal por no entender el funcionamiento del CM-OCDE <sup>168</sup>, advirtiendo acertadamente de los peligros de asumir acríticamente un *sistema* (sic) de reparto de poder tributario que adolece de múltiples imperfecciones <sup>169</sup> y cuya finalidad es muy distinta de la del Derecho de la Unión Europea, pues aquél pretende, modestamente, facilitar los intercambios comerciales entre ambos Estados atendiendo al concreto flujo de intereses e inversiones entre ellos <sup>170</sup>.

En el siguiente árbol de decisión hacemos una primera tentativa de resumir el (nuevo) recorrido argumental que utiliza el TJUE, a la luz de la jurisprudencia más reciente, para enjuiciar la compatibilidad con el ordenamiento europeo de una medida anti-abuso o norma de control:

1) ¿Está en liza una libertad comunitaria? (identificación de la misma)? SÍ/NO

NO (ir a punto 3)/SÍ:

2) ¿Hay un efecto discriminatorio o restrictivo? SÍ/NO

NO (fin del examen)/SÍ:

3) ¿La norma anti-abuso es desarrollo de una Directiva comunitaria?

SÍ: examen más estricto por parte del TJCE tomando en cuenta el sentido y objetivos de la Directiva.

NO: (4) ¿Puede estimarse un interés general/hay alguna excepción que pueda servir de justificación para la disparidad/restricción? SÍ/NO

NO: Fin del examen (la medida es contraria al ordenamiento comunitario).

SÍ: (5) Aceptada la justificación, ¿es la norma *idónea* para conseguir la finalidad que se persigue y en particular, persigue atajar transacciones totalmente artificiales? SÍ/NO

SÍ: Aceptada la justificación, (6) ¿es la norma *proporcionada* a la consecución de esta finalidad? SÍ/NO

NO: (7) Hasta hace poco, fin del examen y la medida es contraria al ordenamiento comunitario; ahora: ¿perSigue además la norma salvaguardar el principio de plena competencia *conjuntamente*? SÍ/NO

Si esta jurisprudencia se consolida en los términos apuntados, se plantea a su vez la pregunta de si supondrá un incentivo a la utilización de las normas generales anti-abuso, en la medida en que

<sup>168</sup> Vid. LANG, M.: «Double taxation and EC Law», en AVI-YONAH, R. S.; HINES, JR., J. R.; LANG, M.: *Comparative Fiscal Federalism. Comparing the European Court of Justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007, pág. 33.

<sup>169</sup> Esta crítica en: LANG, M.: «Double taxation and EC Law...» cit. pág. 34.

<sup>170</sup> VAN RAAD, K.: «Nondiscrimination from the Perspective of the OECD Model and the EC Treaty- Structural and Conceptual Issues...» cit. pág. 61.



se salvaguarda en última instancia el poder tributario de un Estado, o si por el contrario asistimos al principio del fin de este tipo de normas en el contexto comunitario. Aún es pronto para saberlo pero lo cierto es que sigue habiendo cierta desconfianza hacia las normas generales anti-abuso <sup>171</sup>.

Por otro lado, es peligroso depositar grandes esperanzas en la jurisprudencia del TJUE, pues lógicamente, y por definición, toda doctrina judicial adolece de incoherencias y asimetrías, ya que el Tribunal decide sobre la base de los casos que son admitidos, que hoy en día de forma mayoritaria llegan al Tribunal por la vía de la cuestión prejudicial <sup>172</sup> lo que significa que son seleccionados con carácter previo por los Tribunales domésticos, lo cual lógicamente potencia la citada asimetría.

En la doctrina tributarista hemos terminado por convertir la crítica al Tribunal de Justicia en un sano deporte nacional (e internacional) <sup>173</sup> que todos practicamos. Le criticamos que no defiende el interés fiscal de los Estados, que no comprenda la lógica de los sistemas tributarios y que rechace sistemáticamente el argumento de la coherencia del sistema tributario. Sin embargo, a menudo olvidamos que el modo de argumentación del Tribunal no es un problema en sí mismo, sino la consecuencia natural de un modelo de armonización asistemático, cuyos objetivos, salvando la propuesta de la base común en el Impuesto sobre Sociedades (CCCTB) no han sido revisados mucho más allá de la consecución del mercado interior. El Tribunal está obligado a interpretar el Derecho comunitario vigente, y eso significa que deberá utilizar las herramientas que tiene a su disposición, entre las que por el momento, a falta de un auténtico procedimiento de armonización fiscal en los impuestos directos, no se encuentran los principios tradicionales tributarios.

<sup>171</sup> Significativas son las conclusiones en: Working Document sobre «Common consolidated corporate tax base. Anti-abuse rules» (CCCTB/WP065/doc/en) elaborado en Bruselas el 26 de marzo de 2008 por el correspondiente grupo de trabajo, para ser debatido en el Meeting celebrado los días 14 y 15 de abril de 2008.

<sup>172</sup> Vid. al respecto: WEILER J. H. R.: «A Quiet Revolution: the European Court of Justice and its Interlocutors». *Political Studies*, vol. 26/1994, pág. 510.

<sup>173</sup> Vid. la defensa del TJUE en: VANISTENDAEL, F.: «In Defence of the European Court of Justice». *Bulletin IBFD*, March 2008, págs. 94 y ss.

# Bibliografía

- AA.VV. [2001]: *Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la Ley General Tributaria* (Nombrada por Resolución de la Secretaría de Estado de Hacienda de 15 de junio de 2000).
- ALMUDÍ CID, J. [2005]: *El régimen jurídico de Transparencia Fiscal Internacional*, IEF, Madrid.
- AMORÓS, N. [1995]: «La elusión y la evasión tributaria...» cit. pág. 610; FERREIRO LAPATZA, J. J.: «Notas sobre la reforma de la Ley General Tributaria». *QF*, n.º 17.
- ARNOLD, B. J. [2004]: «The Long, Slow, Steady Demise of the General Anti-Avoidance Rule». *CTJ*, vol. 52, n.º 2.
- [1994]: «The Canadian Anti-Avoidance Rule». *BTR*, n.º 6/1995, pág. 542. NEVERMANN, K. *Justiz und Steuerumgehung (Ein kritischer Vergleich der Haltung der Dritten Gewalt zu kreativer steuerlicher Gestaltung in Großbritannien und Deutschland)*. Berlín: Duncker & Humblot.
  - [2004]: «Tax Treaties and Tax Avoidance: the 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model». *Bulletin*, IBFD.
- AVERY JONES, J. F. y WARD, D. A., *et al.* [1985]: «The Business purpose test and abuse of rights». *BTR*, n.º 2.
- AVI-YONAH, R. S. [2007]: *International Tax as International Law. An Analysis of the International Tax Regime*. Cambridge.
- BÁEZ MORENO, A. [2009]: *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la renta*. Pamplona: Aranzadi.
- BAISTROCCHI, E. [2008]: «The Use and Interpretation of Tax Treaties in the Emerging World: Theory and Implications», *British Tax Review*. Issue 4.
- BAQUERO CRUZ, J. [2002]: *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*. Madrid: Civitas.
- BECKER, E. [1924]: «Zur Anwendbarkeit des § 5 AO., wenn zwischen Gesellschaften m. b. H. und ihren Gesellschaftern Verträge über Verpachtung eines Unternehmens geschlossen werden». *StuW*.
- BECKER, H. y THÖMMES, O. [1991]: «Treaty Shopping and EC Law». *European Taxation*.
- BEISER, R. [2005]: «Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Licht des Gemeinschaftsrechtes. "Rechtssicherheit ist Prinzipien –oder Regelsicherheit"». *StuW*, n.º 4.
- CAAMAÑO ANIDO, M. Á. y CALDERÓN CARRERO J. M. [2000]: «La erosión de las medidas de control fiscal del Estado de residencia: una reflexión al hilo de la jurisprudencia comunitaria en el caso ICI». *RCyT*. CEF, n.º 207.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. [1997]: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*. Madrid: McGraw-Hill.
- [2000]: *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*. Madrid: CEF.
  - [2005]: *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*. Valencia: Tirant lo blanch.
  - [2006]: «Consolidación Fiscal e Importación de Pérdidas: el caso Marks & Spencer». *Revista Noticias de la Unión Europea*, n.º 257.
  - [2007]: «La compatibilidad comunitaria de los impuestos de salida y de las reglas de reembolso de garantías exigidas en relación con impuestos contrarios al Derecho Comunitario: el caso N». *RCyT*. CEF, n.º 286.
  - [2010]: «Reflexiones al hilo de la STJUE X Holding BV sobre el régimen de consolidación en el Impuesto sobre Sociedades, la "importación" de pérdidas extranjeras y el Derecho de la Unión Europea». *Crónica Tributaria*, octubre.

- CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. [2007]: «Acerca de la necesidad de reconfigurar la política española en materia de cláusulas antiabuso y fiscalidad directa: las consecuencias derivadas de los casos Cadbury Schweppes y Test claimants in the thin cap group». *Jurisprudencia Tributaria*. Aranzadi n.º 2.
- [2008]: «La Directiva relativa al sistema común de imposición aplicable en el caso de las sociedades matrices y filiales de diferentes Estados miembros», en coord. CARMONA FERNÁNDEZ: *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS.
  - [2008]: «Los Tratados Internacionales. Los Convenios de Doble Imposición en el ordenamiento español: naturaleza, efectos e interpretación», en coord. CARMONA FERNÁNDEZ: *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS.
  - [2010]: «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de IRPF». AA.VV.: *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. y RUIZ ALMENDRAL, V. [2005]: «¿Es compatible la norma española anti "Directive-Shopping" con el Derecho Comunitario? (A propósito de la Resolución del TEAC de 15 de octubre de 2004)». *Jurisprudencia Tributaria*. Aranzadi, n.º 11.
- [2010]: «La codificación de la "doctrina de la sustancia económica" en EEUU como nuevo modelo de norma general anti-abuso». En prensa (*Quincena Fiscal*).
- CHIRELSTEIN, M. A. [1968]: «Learned Hand's Contribution to the Law of Tax Avoidance». *The Yale Law Journal*, vol. 77.
- Comisión [2001]: Comunicación de la Unión Europea sobre «Política fiscal de la Unión Europea. Prioridades para los próximos años» (Documento COM (2001) 260 final). Diario Oficial n.º C 284 de 10/10/2001.
- Comisión [2005]: «EC Law and Tax Treaties», *Working Document* 9 June.
- Comisión [2006]: Comunicación de 2006, Exit Taxation and the need for Co-ordination of Member States' tax policies (COM (2006) 825 final).
- Comisión [2007]: Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo de 10 de diciembre de 2007, «Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa –dentro de la UE y en relación con terceros países–» COM (2007) 785 final.
- CRAIG, P. y BÜRCA, G. de [2003]: *EU Law. Text, Cases and Materials*. Oxford: Oxford University Press.
- CREZELIUS, G. [2003]: «Das Argumentationsmuster des sog. Gesamtplans», *FR*, n.º 11, de 8 de junio.
- DE BROE, L. [2008]: *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. Amsterdam, IBFD.
- DE HOSSON, F. [1990]: «The Parent-Subsidiaries Directive». *Intertax*.
- DE WITTE, B. [1999]: «Direct effect, supremacy and the nature of the legal order», en AA.VV. (eds.: CRAIG, P.; BÜRCA, G. de): *The evolution of EU Law*. Oxford: Oxford University Press.
- DELGADO PACHECO, A. [2004]: *Las Normas Antielusión en la Jurisprudencia Tributaria española*. Pamplona: Thomson-Aranzadi.
- FALCÓN Y TELLA, R. [1995]: «El fraude a la Ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (I): su radical diferencia con los supuestos previstos en el artículo 6 CC». *QF*, n.º 17.
- [1995]: «El fraude a la Ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (II): límites a la utilización de esta figura». *QF*, n.º 18.
  - [1995]: «El papel de la Jurisprudencia en la armonización fiscal europea», en AA.VV.: *Sistema fiscal español y armonización europea*. Madrid: Marcial Pons.
  - [1999]: «El delito fiscal como ley penal en blanco: la necesidad de tener en cuenta todas las normas tributarias que afectan a la exigibilidad jurídica de una determinada conducta del contribuyente». *QF*, n.º 10.

- [2005]: «El fraude de ley o "conflicto en la aplicación de la norma" y el delito fiscal: la importante STC 10 mayo 2005». *QF*, n.ºs 12-13.
  - [2009]: «La subcapitalización, las ETVE y la planificación fiscal "de riesgo"». *QF*, 22.
- FARMER, P. y LYAL, R. [1994]: *EC Tax Law*, Clarendon Press, London.
- FERREIRO LAPATZA, J. J. [2001]: «Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal». *QF*, n.º 8.
- [2003]: «El abuso en la aplicación de la norma tributaria en el Anteproyecto de Ley General Tributaria». *QF*, n.º 11.
- FISCHER, P. [1999]: «Innentheoretische Bemerkungen zur Bekämpfung der Steuerumgehung im Internationalen Steuerrecht». SWI.
- [2001]: «Geltungsanspruch des Steuergesetzes, Steuerumgehung und "wirtschaftliche oder sonst beachtliche aubersteuerliche Gründe"». *Finanz-Rundschau (FR)*, 23.
- FLICK, H. [1994]: «Mißbrauchgesetzgebung contra Steuerumgehung». *Festschrift für Franz Klein. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt*.
- FÖRSTER, G. y SCHMIDTMANN, D. [2003]: «Die Gesamtplanrechtsprechung im Steuerrecht mit einem Vergleich der sog. "step transaction doctrine" im amerikanischen, britischen und belgischem Steuerrecht». *StuW*, n.º 2.
- GAMMIE, M. [1997]: «Tax Avoidance and the Rule of Law: a prespective from the United Kingdom», en AA.VV. (ed. Graeme S. COOPER): *Tax Avoidance and the Rule of Law*. Amsterdam: IBFD.
- GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. y HERRERA MOLINA, P. M. [2004]: «¿Asedio a la justicia fiscal en Europa? (Reflexiones ante la jurisprudencia comunitaria sobre las cláusulas antiabuso y la reacción del legislador español)». *RCyT. CEF*, n.º 251.
- GARCÍA NOVOA, C. [2003]: «La posibilidad de imponer sanciones en los supuestos de fraude y abuso de la norma tributaria: el criticable contenido del artículo 15.3 del anteproyecto de Ley General Tributaria». *QF*, n.º 8.
- [2004]: *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*. Madrid: Marcial Pons.
  - [2005]: «La imposibilidad de sancionar penalmente las conductas en fraude a la ley tributaria (la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005, de 10 de mayo)». *Revista Técnica Tributaria*, n.º 70.
- GARCÍA PRATS, A. [1998]: *Imposición directa, no discriminación y derecho comunitario*. Madrid: Tecnos.
- [2004]: «Artículo 9. Empresas Asociadas», en AA.VV. (coord.: RUIZ GARCÍA, J. R. y CALDERÓN CARRERO, J. M.): *Comentarios a los Convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*. A Coruña: Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia.
  - [2008]: «Is It Possible to Set a Coherent System of Rules on Direct Taxation under EC Law Requirements?». Luc HINNEKENS; Phillippe HINNEKENS (eds.): *A Vision of Taxes Within and Outside European Borders*, Kluwer Law International.
  - [2009]: «Los Modelos de Convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los Convenios de Doble Imposición». *Crónica Tributaria*, 133.
- GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.: *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001.
- GODOI, M. S. [2005]: *Fraude a la ley y conflicto en la aplicación de las leyes tributarias*. Madrid: IEF.
- HARRIS, P. [2002]: «Abus de Droit: further thoughts on the cleansing of the stables, and the community notion of own resources», *The EC Tax Journal*, n.º 2, vol. 6.
- HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA, J. M. [2003]: «La conformación artificiosa de la realidad en el ámbito tributario: ¿por qué lo llamamos conflicto cuando queremos decir fraude?». *Actualidad Jurídica*. Aranzadi, n.º 593.

- HOENJET, F. [1997]: «The Leur-Bloem judgement: the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger Directive». *EC Tax Review*, n.º 4.
- IFS -The Institute for Fiscal Studies [1997]: *Tax Avoidance: A report by the Tax Law Review Committee*. November.
- IFS -The Institute for Fiscal Studies. BOWLER, T.: «Countering Tax Avoidance in the UK: Which Way Forward?» *Tax Law Review Committee*, Institute of Fiscal Studies, UK (disponible en [www.ifs.org](http://www.ifs.org)).
- LANG, M. [2007]: «Double taxation and EC Law», en AVI-YONAH, R. S.; HINES, Jr., J. R. y LANG, M.: *Comparative Fiscal Federalism. Comparing the European Court of Justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence*. The Netherlands: Kluwer Law International.
- LÓPEZ MOLINO, A. M. [1998]: «Los negocios en fraude de ley tributaria, los negocios simulados y los negocios indirectos (arts. 24, 25 y 28 LGT)». *CT*, n.º 85.
- LÓPEZ TELLO, J. [2003]: «La "cláusula antiabuso" del anteproyecto de la nueva ley general tributaria». *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, n.º 5.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. [2001]: «El Derecho Financiero constitucional de la Unión Europea». *REDF*, n.ºs 109-110.
- [2002]: «Domestic Anti-Abuse Rules and Double Taxation Treaties: a Spanish Perspective», I y II. *Bulletin*. IBFD, n.º 11 y 12.
  - [2002]: «Las Medidas anti-elusivas/anti-abuso internas y los Convenios para la eliminación de la doble imposición», en SERRANO ANTÓN y SOLER ROCH: *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*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
  - [2008]: «La Directiva 2003/49/CE sobre la Fiscalidad de los Intereses y Cánones», en coord. CARMONA FERNÁNDEZ: *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. y CALDERÓN CARRERO, J. M. [2006]: «La inaplazable necesidad de reformar la tributación del no residente sin establecimiento permanente: la STJCE Scorpio». *Jurisprudencia Tributaria*. Aranzadi n.º 21.
- [2007]: «Los impuestos de salida y el Derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española». *Crónica Tributaria*, n.º 125.
- MASON, R. [2005]: «US Tax Treaty Policy and the European Court of Justice». *59 Tax Law Review* 65.
- MUÑOZ MACHADO, S. [1993]: *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*. Madrid: Alianza editorial.
- BERMAIR, C. y WENINGER, P. J. [2005]: «Treaty Shopping and Domestic GAARs in the Light of a Recent Austrian Decision on Irish IFS Companies». *Intertax*, vol. 33, n.º 10.
- PALAO TABOADA, C. [1994]: «La subcapitalización y los convenios de doble imposición». *RCyT*. CEF, n.ºs 137-138.
- [1995]: «Economía y Derecho en la aplicación de las leyes tributarias». *CT*, n.º 73.
  - [1998]: «¿Existe el fraude a la ley tributaria?». *RCyT*. CEF, n.º 182.
  - [1999]: «Límites a la aplicación de la norma española contra la subcapitalización: estado de la cuestión», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 46.
  - [2000]: «El atolladero del fraude a la ley tributaria (Comentario a la STSJ de La Rioja de 9 de febrero de 2000)». *RCyT*. CEF, n.º 209, pág. 140
  - [2001]: «Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria». *CT*, n.º 98.
  - [2002]: «Los "motivos económicos válidos" en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales». *RCyT*. CEF, n.º 62.
  - [2005]: «La modificación de la Directiva de Fusiones», *RCyT*. CEF, n.º 268.

- [2005]: «La subcapitalización», cap. 21 de SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Fiscalidad internacional*, 2.<sup>a</sup> ed. CEF, Madrid.
  - [2006]: «Transparencia fiscal internacional y Derecho europeo: Conclusiones del AG en el asunto Cadbury Schweppes», *RCyT*. CEF, n.º 280.
  - [2009]: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*. Lex Nova.
- PANAYI, C. HJI [2007]: *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty Shopping and the European Community*. The Netherlands: Kluwer Law International.
- PASCHEN, U. [2001]: *Steuerumgehung im nationalen und internationalen Steuerrecht*. Wiesbaden: Deutscher Universitäts-Verlag GmbH.
- PASSANT, J. [1996]: «Tax Avoidance in Australia: The Return of the Ghost?». *BTR*, n.º 4.
- PEACOCK, J. [2001]: «The Law ends where abuse begins». *The EC Tax Journal*, n.º 3, vol. 4.
- PÉREZ ARRAIZ, J. [2004]: «El conflicto en la aplicación de la norma tributaria en la nueva LGT». *Nueva Fiscalidad*, n.º 9.
- PÉREZ ROYO, F. [2005]: «La Doctrina de los Lores sobre la elusión fiscal (examen de casos recientes)». *QF*, n.º 10.
- PÉREZ ROYO, F. y AGUALLO AVILÉS, A. [1996]: *Comentarios a la reforma de la Ley General Tributaria*. Pamplona: Aranzadi.
- PISTONE, P. [2007]: «Expected and Unexpected Developments of European Integration in the Field of Direct Taxes». *Intertax*, vol. 35.
- POIARES MADURO, M. [1998]: *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*. Oxford: Hart Publishing.
- RÄDLER, A. J. [1994]: «Do National Anti-Abuse Clauses Distort the Internal Market». *European Taxation*, vol. 34, n.º 9.
- RAMOS MUÑOZ, D. [2009]: «Living on the Edge: Securitization Supervision and Characterization Problems» *European Company Law*, 6, n.º 5.
- [2010]: *The Law of Transnational Securitization*, Oxford University Press.
- RAMOS MUÑOZ, D. y RUIZ ALMENDRAL, V. [2006]: «Los problemas tributarios de las Sociedades de Inversión en Capital Variable (SICAV)». *QF*, n.º 18.
- RUIZ ALMENDRAL, V. [2006]: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*. Pamplona: Thomson-Aranzadi.
- [2008]: «Entre la discriminación y la armonización: el régimen fiscal del no residente en España a la luz del Derecho Comunitario». *RCyT*. CEF, n.º 307, octubre.
  - [2008]: «Subcapitalización y libertad de establecimiento: el caso "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation" como una oportunidad para rehabilitar el artículo 20 del TRLIS». *Noticias de la Unión Europea*, n.º 283.
  - [2008]: *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*. La Ley-Wolters Kluwer.
  - [2010]: «An Ever Distant Union: the Cross-border Loss Relief conundrum in EU Law». *Intertax* (en prensa).
- RUIZ ALMENDRAL, V. y SEITZ, G. [2004]: «Die neue spanische Umgehungsvorschrift des Artículo 15 Ley General Tributaria (LGT) –Ist der deutsche §42 AO als Vorbild geeignet?». *Steuer und Wirtschaft*, n.º 4.
- [2004]: «El fraude a la ley tributaria (análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana)». *RCyT*. CEF, n.ºs 257-258.

- RUIZ GARCÍA, J. R. [2004]: «Artículo 10 MC OCDE. La tributación de los dividendos», y «Artículo 11 MC OCDE. La tributación de los intereses» en AA.VV. (coord.: RUIZ GARCÍA, J. R.; CALDERÓN CARRERO, J. M.): *Comentarios a los Convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*. A Coruña: Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia.
- SACCHETTO, C. [2007]: «ECJ Direct Tax Cases and Domestic Constitutional Principles: an Overview», en AVI-YONAH, R. S.; HINES, Jr., J. R. y LANG, M.: *Comparative Fiscal Federalism. Comparing the European Court of Justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence*. The Netherlands: Kluwer Law International.
- SANZ GADEA, E. [2000]: «La subcapitalización». *RCyT*. CEF, n.º 206, pág. 28.
- [2001]: «Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000». *RCyT*. CEF, n.º 215.
- SCHÖN, W. [1993]: *Die Auslegung europäischen Steuerrecht. Das harmonisierte Steuerrecht zwischen nationalem Zivilrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt.
- [1996]: «Gestaltungsmißbrauch im europäischen Steuerrecht». *Internationales Steuerrecht, Beihefter zu Heft 2*.
- SHEPPARD [2001]: «Why the US IRS should argue the Statute first», *TNI*, 30 July.
- TENORE, M. [2006]: «The transfer of assets from a Permanent Establishment to its General Enterprise in the Light of the European Law». *Intertax*, issue 8/9.
- THIEL, S. [2007]: «Why the European Court of Justice should Interpret Directly Applicable Community Law as a Right to Most-Favoured Nation Treatment and a Prohibition of Double Taxation», en (ed.: D. WEBER): *The Influence of European Law on Direct Taxation*. Kluwer Law International.
- TIPKE, K. y KRUSE, H. W. [2003]: *Abgabenordnung Finanzgerichtsordnung Kommentar zur AO und FGO*, Tomo 1, § 4.
- VAN RAAD, K. [2007]: «Nondiscrimination from the Perspective of the OECD Model and the EC Treaty- Structural and Conceptual Issues», en AVI-YONAH, R. S.; HINES, Jr., J. R. y LANG, M.: *Comparative Fiscal Federalism. Comparing the European Court of Justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence*. The Netherlands: Kluwer Law International.
- VANDERWOLK, J. [2002]: «Purposive Interpretation of Tax Statutes: Recent UK Decisions on Tax Avoidance Transactions». *Bulletin*, IBFD.
- [2002]: «Purposive Interpretation of Tax Statutes: Recent UK Decisions on Tax Avoidance Transactions». *Bulletin*, IBFD, February.
  - [2005]: «United Kingdom: The House of Lords and Tax Avoidance –Scottish Provident and BMBF». *Bulletin*, vol. 59, n.º 4.
- VANISTENDAEL, F. [1996]: «Legal framework for taxation». THURONYI, Victor (Ed.): *Tax Law Design and Drafting. The Hague*: Kluwer Law-IMF.
- [2000]: «Tax Revolution in Europe: The Impact of Non-Discrimination», en *European Taxation*, vol. 40, n.ºs 1-2, Jan-Feb.
  - [2003]: «The compatibility of the basic economic freedoms with the sovereign national tax systems of the Member States». *EC Tax Review*, n.º 3.
  - [2008]: «In Defence of the European Court of Justice». *Bulletin* IBFD, March.
- VEGA BORREGO, F. A. [2002]: «La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del Derecho Comunitario», en *CT* n.º 104.
- [2002]: «La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y el derecho comunitario». *CT* n.º 104.

- [2003]: *Las medidas contra el Treaty Shopping*. Madrid: IEF.
  - [2006]: *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*. Kluwer Law International, 2006.
- VILLAR EZCURRA, M. [2001]: «Exigencias del Derecho Comunitario a la metodología del Derecho Financiero y Tributario». *CT*, n.º 100.
- VOGEL, K. [1985]: «Steuerungumgehung nach innerstaatlichem Recht und nach Abkommensrecht». *StuW*, n.º 4.
- [1997]: *Double taxation convention: a commentary to the OECD-, UN-, and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German Treaty practice*. London: Kluwer Law International.
- WATTEL, P. J. y TERRA, B. J. M. [2008]: *European Tax Law*. La Haya: Kluwer Law International.
- WEBER, D. [1996]: «A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive». *EC Tax Review*, n.º 2.
- [1997]: «The first steps of the ECJ concerning an abuse-doctrine in the field of harmonized direct taxes». *EC Tax Review*, n.º 1.
  - [2005]: *Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms. A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance*. Amsterdam, Kluwer Law.
- WEILER, J. H. R. [1994]: «A Quiet Revolution: the European Court of Justice and its Interlocutors». *Political Studies*, vol. 26.
- ZIMMER, F. [2002]: «General Report», en IFA.: *Form and Substance in tax law*. Cahiers de Droit Fiscal International. Oslo Congress. La Haya: Kluwer.
- ZORNOZA PÉREZ, J. [2000]: «La simulación en Derecho Tributario», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n.º 16, 3.ª época, septiembre.
- [2010]: «Las normas anti-abuso frente a la competencia fiscal en el marco comunitario». En (P. CHICO DE LA CÁMARA, E.): *Medidas anti-abuso frente a la competencia fiscal lesiva y a los fenómenos de deslocalización producidos como consecuencia de la incorporación de nuevos Estados*. En prensa.
- ZORNOZA PÉREZ, J. J. y BÁEZ MORENO, A. [2010]: «The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model on Tax Treaties and GAARS: a Mistaken Starting Point», en *Tax Treaties: Views from the Bridge-Building Bridges between Law and Economics* (IBFD forthcoming).