
LA CODIFICACIÓN DE LA CLAÚSULA ANTIABUSO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN (II)

Jorge De Juan Casadevall

Abogado del Estado (Exc.)

Doctor en Derecho

Socio de *Tax Controversy* de EY Abogados

Recibido: Julio, 2018.

Aceptado: Noviembre, 2018.

RESUMEN

La nueva Directiva antielusión fiscal (ATAD), lejos de aportar elementos novedosos en la configuración de la GAAR comunitaria, se limita a codificar un principio general de prohibición de prácticas abusivas que ya había sido decantado por la jurisprudencia comunitaria. Desde esta perspectiva, el artículo 6 de la Directiva debe leerse como un precipitado normativo en el que se vuelcan los diferentes ingredientes que la han moldeado, y que poseen extraordinario valor hermenéutico en la determinación de su alcance y significación. La cláusula general antiabuso constituye hoy una categoría jurídica autónoma del Derecho de la Unión, cuya función armonizadora no pretende la desaparición de las técnicas y cláusulas antielusivas nacionales, pero sí la uniformización del concepto y efectos jurídicos en torno a una concepción omnicomprensiva de práctica abusiva, que se mueve básica, —aunque no exclusivamente—, en el ámbito de la *tax avoidance*. Un estadio de armonización normativa, y uniformidad aplicativa, que no se contrae a la esfera comunitaria, sino que se proyecta sobre situaciones jurídicas domésticas y con terceros países, con la correlativa tensión dialéctica de las cláusulas nacionales e internacionales, ahora sometidas al novedoso escrutinio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para llegar a la tesis central expuesta en este trabajo, dividido en dos partes, se aborda el estudio de la sucesiva estratificación de la jurisprudencia comunitaria, las Directivas sectoriales, el *soft law* y los proyectos normativos frustrados, que han germinado en torno a ese concepto unitario de práctica abusiva hoy codificado por la Directiva antielusión fiscal. El artículo concluye con una reflexión crítica sobre el grado de compatibilidad de la cláusula antiabuso comunitaria y nuestra cláusula nacional sobre el conflicto en la aplicación de la norma.

Palabras clave: elusión fiscal, cláusula antielusión, cláusula antiabuso, directiva antielusión fiscal, ATAD, directivas sectoriales, conflicto en la aplicación de la norma, GAAR.

THE ANTI-AVOIDANCE CLAUSE'S CODIFICATION UNDER THE EUROPEAN UNION LAW (II)

Jorge De Juan Casadevall

ABSTRACT

The new anti-tax avoidance Directive, far from bringing new elements in order to configure the GAAR regime, has only limited itself to codify a general principle which bans the execution of abusive practices, topic which was already covered by the European case-law. From this perspective, article 6 of the Directive has to be read as a normative in which different elements have been poured and molded, having all of them an extraordinary hermeneutic value in order to determine its scope and significance. The general anti-abuse clause constitutes nowadays an autonomous legal category in European Union law, whose main harmonizing function does not intend that national anti-abuse clauses and techniques disappear, however, they intend the standardization of the concept and legal effects regarding an all-inclusive conception of abusive practice, which has to be dealt with basically,—but not exclusively—, in the field of tax avoidance. A stage of normative harmonization, and applicative uniformity, which does not only contract itself to the European Law sphere but it also gets projected in domestic legal situations and with third countries, with the correlative dialectic tension between national and international clauses, currently being them subjected to the newest scrutiny of the Court of Justice of the European Union. In order to reach to the central thesis which has been previously exposed in this essay divided in two parts, which deals with the study of the successive stratification of Community case-law, the sectoral Directives, the soft law and the unsuccessful normative projects, which have arisen around the unitary concept of abusive practice currently codified by the Anti-Tax Avoidance Directive. The article concludes with a critical argument about the degree of compatibility of the general anti-abuse clause and our national clause about the conflict towards the application of the rule.

Keywords: tax avoidance, anti-avoidance clause, anti-abuse clause, anti-tax avoidance directive, ATAD, soft law, sectoral directives, conflict towards the application of the rule, general anti-avoidance rule, GAAR.

SUMARIO

1. LA PROHIBICIÓN DE PRÁCTICAS ABUSIVAS COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO DE LA UNIÓN: LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE UN CONCEPTO UNÍVOCO DE GAAR COMUNITARIA. 2. LA CODIFICACIÓN DE LA GAAR COMUNITARIA. 2.1. El artículo 6 de la Directiva ATAD. 2.2. Ámbito de aplicación. 2.3. Presupuesto normativo: estructura morfológica. 2.3.1. *Elemento objetivo: el test de racionalidad económica*. 2.3.2. *Elemento subjetivo: el test de preponderancia esencial del fin fiscal*. 2.4. Efectos fiscales de la aplicación de la GAAR. 3. LA TRANSPOSICIÓN DE LA GAAR COMUNITARIA AL DERECHO INTERNO: SU COMPATIBILIDAD CON LAS CLÁUSULAS ANTELUSIÓN NACIONALES. ESPECIAL REFERENCIA A ESPAÑA.

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

Llegados a este punto, cabe preguntarse si es posible destilar, de las múltiples manifestaciones de la prohibición de prácticas antiabuso, un Principio General del Derecho de la Unión, para, en un estadio posterior, intentar reducirlo a un concepto unitario que pueda proyectarse en todos los segmentos de la fiscalidad comunitaria.

A nuestro modo de ver, un Principio General del Derecho es un enunciado normativo general que, habiendo sido incorporado formalmente o no a un ordenamiento jurídico, expresa de forma abstracta una idea fundamental o informadora de este, y/o suple e integra las lagunas y deficiencias técnicas que presenta (1). Son proposiciones normativas

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

que expresan un juicio deontológico, de naturaleza axiológica o técnica, que despliegan una doble función informadora del ordenamiento jurídico y/o supletoria, como sistema de integración de lagunas, como fuente subsidiaria del Derecho (2). Su recepción formal como principio general del Derecho de la Unión, sobre todo desde una perspectiva de extracción deductiva, puede ser muy difícil, habida cuenta no solo de la pluralidad de sistemas jurídicos nacionales, sino también de las diferentes tradiciones jurídicas que estos reflejan. La oposición frontal del mundo anglosajón quedó patente en el Congreso *ad hoc* organizado en Oxford en octubre de 2008 (3), y descansa en una concepción exclusivamente subjetivista del abuso de derecho, propia de la tradición romanista (*qui suo iure utitur neminem laedit*) que desemboca en la doctrina civilista francesa del *abus de droit* (4), extraña al *common law*. Sin embargo, solo desde una confusión, —incluso léxica o lingüística (5)—, o desde una construcción kelseniana, negadora de ese dualismo subjetivo/objetivo, puede confundirse el abuso de derecho (subjetivo) y el abuso de Derecho (objetivo). En una concepción reduccionista y asimiladora, la doctrina anglosajona se refiere solo al primero, mientras que al Derecho de la Unión lo que le interesa es el abuso de Derecho (objetivo), el abuso de norma que algunos identifican con la elusión o el fraude de ley en sentido técnico (6). Tampoco han faltado autores que, ajenos a la tradición anglosajona, impugnen el supuesto *status* constitucional de la prohibición de abuso como principio general de la UE porque podría socavar los cimientos del mercado interior (7), o por su potencialidad lesiva para la seguridad jurídica, o su efecto disuasorio

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

(3) De este Congreso nacerá la obra colectiva FERIA, R. DE LA y VOGENAUER, S. (2008) (Eds.): *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland.

(4) Doctrina, básicamente, de creación jurisprudencial y filiación iusprivativista (*Arrêt de la Cour de Cassation de 3 août 1915*), que experimenta una inflexión aislada en la obra de PLANIOL (*le droit cesse où l'abus commence*), pero que gozará de gran predicamento. También la doctrina alemana, desde una concepción nacionalsocialista que relativiza el individualismo liberal, afirmará la doctrina del abuso de derecho como límite intrínseco a su ejercicio, y lo positiviza en el parágrafo 226 del BGB, a cuyo tenor «El ejercicio de un derecho no está permitido cuando sólo puede tener por finalidad hacer daño a otro». En nuestro Derecho, la doctrina del abuso de derecho se introduce con la célebre tesis doctoral de Calvo-Sotelo, publicada en 1917, y se acoge por la jurisprudencia civil por la no menos conocida STS de 14 de febrero de 1944. En la actualidad, tiene una acabada formulación positiva en el art. 7.2 del Código Civil que dispone que: «La ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

(5) Confusión léxica que, precisamente, en el Derecho anglosajón no debería producirse porque, como ya hemos apuntado más arriba, la nítida distinción entre el *abuse of right* y el *abuse of Law*, aborta toda posible polisemia semántica.

(6) En este sentido PALAO TABOADA: «El abuso del derecho en materia tributaria en el Derecho Comunitario Europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 61, Editorial Civitas S. A., p. 30. Según este autor, la confusión se produce incluso en la acepción objetiva del «abuso de Derecho» que designa una realidad que posee una denominación específica como fraude de ley o, en el ámbito estrictamente fiscal, la elusión.

(7) ARNULL, A. (2008): «What is a General Principle of EU Law?», en el colectivo FERIA, R. de la y Vogenauer, S. (Eds.), *Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General principle of EU Law?*, p. 22. Dejar su aplicación a los tribunales nacionales como hizo el TJCE en *Emsland-Stärke* conlleva «un riesgo obvio de falta de uniformidad y una confusión con las posiciones nacionales en materia

de una adecuada política legislativa doméstica del legislador nacional (8). Una posición crítica más endeble consiste en atribuir una función meramente interpretativa a este principio, podando sus otras funciones y, en particular, su función normativa autónoma. Pero la mejor doctrina ha visto en la prohibición de abuso algo más que un simple principio interpretativo (9), y ha advertido que reviste todos los atributos para ser reconocido como principio general del Derecho (10). Se ha señalado que el principio se ha formado de manera intuitiva, a partir de una inteligencia tácita de la naturaleza de las normas y de su proceso aplicativo, y exige que todo ordenamiento jurídico, —y el ordenamiento iuscomunitario no constituye una excepción—, necesite «medidas de autoprotección», «válvulas de seguridad» que garanticen que los «los derechos que confiere no se ejerciten de manera abusiva, excesiva o distorsionada», y que sus normas no se aplican de una forma mecánica (11). No existe ningún ordenamiento jurídico digno de este nombre, que tolere el incumplimiento de sus normas por el «procedimiento de rodearlas y no reaccione contra esas prácticas sea mediante normas *ad hoc* sea mediante doctrinas jurisprudenciales» (12).

Al margen de este enconado debate doctrinal, —encendido, pero no ocioso, por sus innegables efectos prácticos—, en el terreno jurídico-positivo la prohibición de prácticas abusivas ha sido claramente decantada, y asentada, como principio general del Derecho de la Unión, por la jurisprudencia del TJUE. La idea primaria de interdicción del abuso de Derecho aparece en diversas sentencias, en alegaciones de parte, o de la Comisión, y con singular contundencia, en las conclusiones del Abogado General Poiras Maduro en *Halifax*. En *Kofoed*, STJCE de 5 de julio de 2007 (C-321/05), el TJCE, soslayando el pernicioso efecto directo inverso *in peius*, que supondría aplicar una cláusula antileusiva no traspuesta de una Directiva, solventa el caso recurriendo al principio de interpretación conforme (13), emplazando al juez nacional a indagar en el Derecho interno una cláusula similar (14), y afirmando la existencia de un principio general del Derecho de la UE

de abuso del derecho». En definitiva, el principio es demasiado inseguro en su aplicación y potencialmente perjudicial para el correcto funcionamiento de la Unión.

(8) FERIA, R. DE LA: *Prohibition of Abuse of (Community) Law...*, *ob. cit.*, p. XXV. Una adecuada política legislativa que, según esta autora, debería llevar al legislador nacional a preocuparse por las causas de la elusión y no tanto por sus manifestaciones.

(9) FREEDMAN, J. (2011): «The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction: Abuse of Law in a Tax Context at Member State and European Union Level», en FERIA, R. DE LA y VOGENAUER, S. (Eds.), *Prohibition of Abuse of Law...*, *op. cit.*, p. 375 y ss. El principio de prohibición del abuso iría «más allá de las reglas normales de interpretación» y conlleva algún grado de corrección de normas. La norma general antielusión, positivamente establecida, actuaría como una norma de corrección (*an overriding provision*).

(10) Según VOGENAUER, esos atributos son la generalidad, la aplicación ponderada, su carácter de fuente del Derecho (que permitiría inaplicar, pero no anular, una norma), la indeterminación, y el origen (que no ha sido establecido nunca por el Tribunal de Justicia más que de una forma intuitiva). FERIA, R. DE LA y VOGENAUER, S. (Eds.): *Prohibition of Abuse of Law...*, *op. cit.*, p. 563 y ss.

(11) FERIA, R. DE LA y VOGENAUER, S. (Eds.): *Prohibition of Abuse of Law...*, *op. cit.*, p. 563 y ss.

(12) PALAO TABOADA: «El abuso...», *op. cit.*, p. 36.

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

(14) CERIONI ha defendido que, no tratándose de un mero principio interpretativo, no serían necesarias normas nacionales antiabuso en la imposición indirecta (*Halifax, Part Service*) porque se aplican normas comunitarias y se tutelan los intereses financieros de la Unión; cosa que no ocurre en la imposición directa, por lo que, partiendo de *Kofoed*, considera que aquí es opcional por el Estado miembro, en defensa de sus propios intereses, establecer una norma antielusiva. CERIONI, L. (2010): «The «abuse of right» in EU Company Law and EU Tax Law: re-reading of the ECJ case

(párrafo 38) (15). Pero la más preclara formulación, la encontramos en la reciente sentencia *Cussens* y otros, STJUE de 22 de noviembre de 2017 (C-251/16) que, proyectándose más allá del concreto supuesto enjuiciado relativo al IVA, proclama que la prohibición de prácticas abusivas constituye un principio general del Derecho, con la generalidad que le es inherente, extraído de diferentes sectores del Derecho de la Unión, cualquiera que sea la norma infringida (Tratado, Reglamento o Directiva), sin necesidad de que exista una norma nacional que lo transponga, y sin que su invocación suponga un prohibido efecto directo inverso, ni mucho menos, y por las circunstancias del caso, una agresión a la seguridad jurídica. Es decir, un auténtico principio general del Derecho de la Unión, con proyección, cuando menos, en toda la fiscalidad comunitaria, obtenido por inferencia lógico-deductiva, que no necesita su positivización para tener algo más que una simple función interpretativa (16).

En nuestra opinión, y esta es nuestra tesis, su consideración como principio general del Derecho Unión (17), de naturaleza estructural, tuitivo de la vocación normativa del ente-

law and the quest for a unitary notion», *European Business Law Review*, vol. 21, n° 6, p. 805. En el mismo sentido, DE BROE, criticando la solución alcanzada en *Kofoed*, sostiene que un principio general del Derecho debería ser de obligatorio cumplimiento por los Estados miembros, pero ello no puede predicarse de la imposición directa no armonizada en la que los Estados miembros retienen su soberanía fiscal. DE BROE, L. (2008): *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, IBDF, Amsterdam, p. 831 y ss. No estamos de acuerdo con estos planteamientos basados en la distinción entre imposición directa e indirecta. Un principio general del Derecho, puede o no estar positivizado, pero no por ello deja de ser de obligado cumplimiento. Además, de la recta lectura de *Kofoed* se desprende que el principio general se invoca, y se aplica, precisamente, en un caso de imposición directa con una cláusula antiabuso no traspuesta. Otra cosa es que, como apunta PALAO, se deje a los Estados miembros, a su cultura y tradición jurídica autóctonas, el diseño de una norma antiabuso doméstica. Véase PALAO TABOADA: «El abuso...», *op. cit.*, p. 36.

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

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

(17) VOGENAUER, tras reconocer que concurren con todos los atributos que adornan aun principio general del Derecho, lo considera un «principio embrionario». FERIA, R. DE LA y VOGENAUER, S. (Eds.): *Prohibition of Abuse of Law...*, *op. cit.*, p. 563 y ss. Y MARTÍN JIMÉNEZ sostiene que, al menos en el ámbito tributario, el principio está en su infancia y todavía no ha alcanzado su madurez. MARTÍN JIMÉNEZ: «Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law», *Bulletin*

ro sistema *iuscomunitario*, le confiere una función normativa autónoma que posibilita la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, incluso en la imposición directa no armonizada, o parcialmente armonizada, en la que se erige en un expediente técnico de armonización negativa, al condicionar la regulación de normas antileusivas domésticas. El legislador nacional, al construir sus propias normas antiabuso, no podrá desconocer la cláusula antiabuso comunitaria, ni sus elementos objetivo y subjetivo, tal y como han sido delimitados por la jurisprudencia, y ello tanto en la imposición armonizada (*Halifax*), como en la imposición no armonizada en cuanto involucre una libertad comunitaria (*Cadbury*), o una Directiva parcialmente armonizadora, íntegramente transpuesta o no (*Kofoed*).

La elevación de la interdicción de prácticas abusivas a la categoría de principio general del Derecho de la Unión exige, —pero al mismo tiempo coadyuva, y, sin duda, corrobora—, la necesidad de reducirlo a una concepto único y polivalente, cuando menos, para toda la fiscalidad comunitaria. En definitiva, nos preguntamos ahora, con el inevitable halo casuístico que desprende la variada tipología de asuntos de que ha conocido el TJUE, si podemos acometer la construcción dogmática de una GAAR comunitaria. Se nos antoja una tarea hercúlea en la que, —con un enfoque más heurístico que hermenéutico (18)—, es preciso aislar el polícromo casuismo de la jurisprudencia comunitaria, y las diferentes cláusulas sectoriales de Directivas de armonización parcial, para extraer un mínimo común denominador. Prescindiendo de aquellos autores que han mantenido una posición vacilante (19), la generalidad de la doctrina ha defendido, —aunque no sin matices—, la existencia de un concepto unívoco de abuso. Las posiciones han sido muy variadas: desde los que han buscado la identificación del elemento subjetivo de *Halifax* con la idea de «artificialidad» de *Cadbury* (20), has-

for *International Taxation*, IBDF, p. 292. Disentimos de esta percepción y entendemos que, en la actualidad, el principio ha cristalizado definitivamente en el Derecho de la Unión en todos los ámbitos de la fiscalidad, proyectando, también, su virtualidad normativa sobre la imposición directa.

(18) MARTÍN LÓPEZ: «Planificación fiscal agresiva y normas antiabuso en el derecho de la Unión Europea: análisis de las últimas tendencias», *Quincena Fiscal*, n.º 8, *op. cit.*, p. 26.

(19) En un momento inicial, VANISTENDAEL concluyó que *Halifax* y *Cadbury* utilizaban un idéntico razonamiento jurídico que descansaba íntegramente en la realidad económica de la operación si bien, mientras en la primera es la realidad económica de operaciones internas sujetas a IVA, en *Cadbury* es la realidad económica transfronteriza del ejercicio de las libertades comunitarias. Y añade que existiría otra diferencia, y es que mientras en *Halifax* el TJCE concede un margen de apreciación al tribunal nacional para decidir si el motivo fiscal es «esencial» respecto a otras motivaciones extrafiscales, en *Cadbury* es categórico al considerar irrelevante la motivación fiscal una vez establecida la realidad económica de la operación transfronteriza. En este segundo pronunciamiento, el razonamiento vertido por el Tribunal de Justicia sería muy próxima a la doctrina antieclusión de muchos Estados miembros. VANISTENDAEL, F. (2006): «*Halifax and Cadbury Schweppes*: one single european theory of abuse in tax law?», *EC Tax Review*, 2006-4, p. 195. En un trabajo posterior, el mismo autor reconsidera su postura inicial para defender que, en rigor, existen dos conceptos de abuso. Mientras en *Halifax* el debate es similar a la interpretación de una norma interna, en *Cadbury* debe ponderar, en una situación transfronteriza, el equilibrio entre el ejercicio de las libertades comunitarias y la efectividad del sistema fiscal nacional. Esta ponderación equilibrada justificaría la elaboración de un estándar especial de abuso: los «montajes puramente artificiales». De esta forma, el test especial de *Cadbury* se centraría exclusivamente en el análisis del elemento objetivo consistente en la realidad o sustancia económica de la operación transfronteriza, relegando a la irrelevancia la motivación fiscal que sí se exigiría en *Halifax*. VANISTENDAEL, F.: «*Cadbury Schweppes and abuse from an EU Tax Perspective*», en Fera, R. de la y Vogenauer, S., *Prohibition of Abuse...*, *op. cit.*, p. 405 y ss.

(20) En este sentido, véase PIAVIGNA, P. (2011): *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, p. 163. MARTÍN JIMÉNEZ, A. «Towards a Homogeneous...», *op. cit.*, p. 279-2. Mientras que SORENSEN vincula la artificialidad con el elemento subjetivo, pero de *Emsland-Stärke*. SORENSEN, K. E. (2006): «Abuse of rights in Community law: a principle of substance or merely rhetoric?», *Common Market Law Review*, vol. 43, n.º 2, p. 451.

ta los que consideran que existe un test único que examina la existencia de una construcción puramente artificial destinada a eludir la legislación fiscal aplicable (21), o los que, indagando en el concepto de abuso, defienden su aproximación dogmática a la idea de elusión fiscal tal y como se entiende en algunos ordenamientos internos (22). A nuestro modo de ver, y en el actual estadio evolutivo de la jurisprudencia, y sobre todo, tras la afirmación de un principio general de prohibición de prácticas abusivas, ya no es relevante la distinción casuística entre imposición armonizada y no armonizada que, por lo demás, puede ser poco explicativa de todas las peculiaridades de los casos fallados por el TJUE (23). Por el contrario, el enfoque analítico correcto debiera partir de la existencia de un principio general antiabuso que nos permitirá obtener, por abstracción, un concepto unívoco de práctica abusiva, como no podía ser de otra forma tratándose de un principio general del Derecho de la Unión que, necesariamente, ha de ser homogéneo.

2. LA CODIFICACIÓN DE LA GAAR COMUNITARIA

Con la Directiva 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio, por el que se establecen normas contra las prácticas abusivas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (ATAD) culmina, en el ámbito tributario, el proceso de normativización del principio general de prohibición de prácticas abusivas y su formulación

(21) LYAL, R.: «*Cadbury Schweppes and Abuse: Comments*», en Feria, R. de la y Vogenauer, S.: *Prohibition of Abuse...*, *op. cit.*, p. 434 y ss. Aunque este autor reconoce que el concepto puede ser más expansivo en relación a la imposición indirecta armonizada que en el ejercicio de una libertad de comercio, el concepto sería único, y la confusión provendría de un mal entendimiento del elemento subjetivo. También MARTÍN JIMÉNEZ se postula a favor de un concepto único, corroborado por la aplicación uniforme realizada por el TJCE con posterioridad a ambos casos, aunque ha defendido que el Tribunal de Justicia debería haber aclarado que su doctrina era aplicable tanto a casos de Derecho Primario como Secundario. MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2012): «Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law», *Bulletin for International Taxation*, p. 284-2. RAMOS MUÑOZ ha defendido la unidad de concepto a pesar de los diversos umbrales o enfoques en función de la norma afectada o de que se trate de un caso «vertical» u «horizontal». Con todo, defiende que la idea de abuso descansa en una interpretación teleológica de la norma. Por ello, será más exigente el TJCE para apreciar la «artificialidad» cuando esté implicada una libertad comunitaria, porque no es la misma la naturaleza del derecho afectado en un caso horizontal de IVA que en un caso en el que esté imbricada una libertad fundamental de la UE. En este sentido alude a la coherencia en la interpretación teleológica dentro de la «plasticidad» de ese concepto único. RAMOS MUÑOZ, D. (2012): «Abuso del derecho, transacciones transfronterizas y la construcción del mercado interior y de la UE. ¿Un equilibrio imposible?», *Revista española de Derecho Europeo*, n° 44, p. 75.

(22) Es la interesante tesis de PALAO TABOADA, que identifica los primeros casos con el abuso de derecho (subjetivo) y los segundos con el abuso de norma (objetiva) para, con cita de un estudio clásico de Díez PICAZO, aproximar esta última al fraude de ley, es decir, a la elusión en sentido estricto. Por lo demás, diluye esta inicial distinción al sostener que el abuso de derecho subjetivo es también un abuso de norma, de la norma positiva que reconoce ese derecho subjetivo. El resultado práctico es la unificación del concepto de abuso a partir de su identificación conceptual con la elusión fiscal. PALAO TABOADA: «El abuso del derecho...», *op. cit.*, p. 16 y ss.

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

positiva en una cláusula general antiabuso (GAAR). Y lo hace no tanto desde un enfoque innovador, sino más bien empleando una técnica de codificación que supone la sedimentación, ahora sí normativa, de una jurisprudencia consolidada y de unas cláusulas específicas (SAAR) contenidas en las diversas Directivas sectoriales, que han interactuado de forma recíproca, hasta llenar de un contenido preciso el genérico enunciado del principio general de interdicción prácticas abusivas. Una GAAR que presenta una indisimulada vocación de generalidad, que pretende proyectarse a situaciones puramente internas, intracomunitarias y en relación a terceros países, y que escapa incluso de los acotados lindes que amojonan el ámbito de aplicación de la propia Directiva ATAD.

2.1. El artículo 6 de la Directiva ATAD

El art. 6 de la Directiva antielusión, rubricado como «Norma General contra las prácticas abusivas», establece que:

- «1. A efectos del cálculo de la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre sociedades, los Estados miembros no tendrán en cuenta ningún mecanismo o serie de mecanismos que, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable, resulten estar falseados una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes. Tales mecanismos podrán estar constituidos por más de una fase o parte.
2. A efectos del apartado 1, un mecanismo o serie de mecanismos se considerarán falseados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.
3. Cuando un mecanismo o serie de mecanismos no se tenga en cuenta de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1, la deuda tributaria se calculará con arreglo a la legislación nacional».

Esta norma general antiabuso es muy próxima, e intercambiable, con la incorporada en el art. 1.2 de la Directiva Matriz-Filial, en redacción dada por la Directiva 2015/121/UE, que se erige en su inmediato precedente normativo. Con la nueva redacción, se sustituye la locución «arreglo o una serie de arreglos» por «mecanismo o serie de mecanismos». Diferencia terminológica que no se aprecia en la versión inglesa, y que obedece, también aquí, a una traducción torturada a nuestra lengua, que ahora versiona *arrangement* por «mecanismo», y persiste en traducir *genuine* por «falseado». En este último caso, apreciamos una alteración semántica del significado que provoca un error conceptual. En efecto, cuando la versión inglesa de ATAD, como la de la Directiva Matriz-Filial, dice que los Estados miembros deben ignorar los *arrangements or series of arrangements which ... are not genuine* (art. 6.1 Directiva), o que deben ser contemplados como *non-genuine* (art. 6.2 de la Directiva), está significando que debe tratarse de mecanismos «no genuinos», es decir, no reales o no auténticos, que es el campo semántico en el que se mueve *Cadbury*, al utilizar el término *genuine* para referirse a la sustancia económica, a una actividad económica real, que, de nuevo en la versión española de la sentencia, se traduce por actividad económica «efectiva». Nótese la relevancia jurídica del error de transcripción, toda vez que la «falsedad» conlleva un dolo falsario, consustancial al delito de defraudación tributaria en aquellos ordenamientos que, como el nuestro, contemplan una respuesta penal para el fraude fiscal (24), desplazando inco-

(24) Sobre la configuración de delito de defraudación tributaria en nuestro Derecho, y la regulación penal en otros ordenamientos como el francés, y el alemán o el norteamericano, véase

rectamente la problemática jurídico-tributaria que abordamos de la *tax avoidance* a la *tax evasion*.

2.2. Ámbito de aplicación

Su objetivo político (25) no es otro que podar las posibles asimetrías, o colmar las posibles lagunas, en el diseño de cláusulas antiabuso generales o específicas de los Estados miembros. Por consiguiente, su vocación armonizadora desborda el ámbito estrictamente comunitario y, siguiendo la estela marcada por el *soft law* comunitario, el párrafo 11 del Prámbulo de la Directiva proclama la necesidad de garantizar «la aplicación uniforme de estas normas generales en situaciones de ámbito nacional, dentro de la Unión y en relación con terceros países, de modo que su alcance y los resultados de su aplicación en situaciones nacionales y transfronterizas no difieran». Naturalmente, la «aplicación uniforme» depende no solo del diseño armonizado de la cláusula antiabuso en el triple nivel interno, comunitario y transfronterizo para con terceros países, sino también, y de forma no secundaria, de la aplicación que hagan de la misma, en todas estas situaciones, las autoridades fiscales nacionales. En cuanto a lo primero, no tiene mucho sentido hablar de un posible efecto «inesperado» de la norma antiabuso por aplicación de la doctrina *Dzodzi* (26), STJCE de 18 de octubre de 1990 (C-287/88 y C-197/89, asuntos acumulados), que vino a admitir la competencia del Tribunal de Justicia para conocer de cuestiones prejudiciales, cuando el Derecho nacional se remita a normas comunitarias para integrar las normas domésticas aplicables a una situación puramente interna. Este criterio, que permite a la jurisdicción comunitaria entrar en situaciones puramente internas, se ha relajado aún más si cabe en *Leur-Bloem*, STJCE de 17 de julio de 1997 (C-28/95), que ya no exige una remisión expresa al Derecho de la Unión, sino que basta con la adopción por la norma interna de la misma regulación que las disposiciones comunitarias (27). Si prestamos atención al preámbulo de la Directiva ATAD, este es precisamente el objetivo que, como estadio intermedio en el proceso de comunitarización de las bases imponibles del Impuesto sobre Sociedades, se pretende conseguir. Ya no estamos ante una simple armonización negativa de la cláusula interna, surgida por exigencias aplicativas de las libertades comunitarias (*Cadbury*), o de la imposición indirecta armonizada (*Halifax*), o en definitiva, de las propias Directivas sectoriales de armonización. Estamos ante un auténtico proceso de convergencia normativa de la regulación interna y transfronteriza, que no se agota en la simple armonización normativa, sino que además exige, una apli-

AYATS VERGÉS, M. y JUAN CASADEVALL, J. DE (2013): *Informe sobre las novedades introducidas en la nueva regulación del delito fiscal: algunas propuestas de mejora*, Fundación Impuestos y Competitividad, Madrid.

(25) RIGAUT, A. (2016): «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *European Taxation*, n° 11, p. 7.

(26) BAEZ MORENO, A. (2016): «A Pan-European GAAR? Some (un)expected consequences of the proposed EU Tax Avoidance Directive combined with the Dzodzi line of cases», *British Tax Review* 2/2016, p. 143 y ss. Otros lo han considerado como un efecto no deseable, y propiciado por la innecesariedad de transposición interna de la cláusula antiabuso por su proximidad conceptual con el art. 15 LGT. En este sentido, PALAO TABOADA: «*El abuso...*», *op. cit.*, p. 44. O incluso de invasión generalizada del Derecho comunitario en los Derechos nacionales. Véase VANISTENDAEL, F.: «*Can EU Tax Law Accommodate...*», *op. cit.*, p. 563.

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

cación uniforme, es decir, interpretativa y aplicativa, y ello solo se consigue invistiendo al Tribunal de Justicia de competencia prejudicial para pronunciarse también sobre las cláusulas internas ahora armonizadas. Por tanto, la doctrina *Dzodzi* no constituye un efecto inesperado, o invasivo, sino el mero apéndice procesal, de la armonización de las cláusulas antiabuso internas (28). El segundo aspecto que nos suscita la pretendida aplicación uniforme de la GAAR es la garantía de un mismo estándar antiabuso, lo que sin duda contradice la previsión del art. 3 de la Directiva ATAD que pregona de la «presente Directiva» un «nivel mínimo de protección», que no es óbice «para la aplicación de disposiciones nacionales o consensuadas dirigidas a salvaguardar un nivel de protección más elevado de las bases imponibles nacionales del impuesto sobre sociedades». A nuestro modo de ver, la uniformización aplicativa de la cláusula no se compadece con la exigencia de requisitos o condicionantes nacionales adicionales, máxime cuando la voluntad declarada del legislador comunitario va más allá de un simple diseño normativo armonizado. Por tanto, no parece que los Estados miembros puedan introducir exigencias adicionales en la configuración de los elementos estructurales de la GAAR comunitaria. La reciente *Deister Holding* y *Juhler Holding*, STJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-504/16 y C-603/16) (29), la Comunicación de la Comisión sobre el test del *beneficiario efectivo* para la Directiva de Intereses y Cánones, o la propia *Leur Bloem* en la Directiva de Fusiones, todas ellas referidas a Directivas con remisión a cláusulas internas, abonan esta tesis. Y lo mismo cabría aducir en relación a las cláusulas internas antiabuso, cuya virtualidad como razón imperiosa de interés general que excepciona el juego de una libertad comunitaria, demanda indefectiblemente una interpretación restrictiva, no susceptible de modulación, mediante un estándar de protección más exigente, por los Estados miembros. La doctrina *Leur-Bloem* exige el principio de proporcionalidad para no frustrar la finalidad de la Directiva, refracta los criterios generales predeterminados, las categorías genéricas de abuso que excluyan el análisis pormenorizado del caso sin aportación de prueba de cargo por las autoridades fiscales, que necesariamente versará sobre la sustancia/artificialidad de la actividad económica con una finalidad preferentemente fiscal. En definitiva, su uniformidad aplicativa exige no solo un diseño normativo común, sino también un mismo estándar de protección de las bases imponibles, y ello es difícilmente alcanzable con el emplazamiento a un ulterior desarrollo normativo por los Estados miembros (30). Por ello, o bien entendemos que el art. 3 de la Directiva está pensado para otras disposi-

(28) No desconocemos el evidente problema competencial que ello suscita. Simplemente lo relegamos al mismo problema competencial que plantea la comunitarización de las bases imponibles que, con mayor o menor solidez jurídica, habrá que rastrear en el art.115 TFUE. Para otros autores ya no hay ni siquiera necesidad de acudir a la doctrina *Dzodzi*. En este sentido, véase CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2017): «La Directiva antielusión fiscal y su interrelación con BEPS», *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 407, Febrero, p. 30. Nosotros entendemos que sí es necesario invocar esta doctrina, al menos desde una perspectiva estrictamente procesal, para dar entrada a la reenvío prejudicial en situaciones de Derecho interno, de lo contrario la cláusula interna armonizada en una situación jurídica puramente interna, no tendría acceso a la jurisdicción comunitaria. Por ello, hablamos de apéndice procesal de la armonización sustantiva.

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

(30) CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, siguiendo a WEBER, hablan de la «armonización del concepto de abuso», y niegan que el art. 3 de la Directiva pueda ser un argumento para «variar los elementos estructurales del concepto general de abuso de la UE, haciendo el mismo más rígido con ocasión de lo dispuesto en el citado precepto». CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ: «La Directiva antielusión...», *op. cit.*, p. 33.

ciones contenidas en esta norma comunitaria, o bien, rechazando su aparente inanidad para el concepto armonizado de abuso, acotamos su ámbito de aplicación a aspectos accesorios o secundarios, como podría ser la previsión de efectos sancionadores.

Aunque, a diferencia de la Directiva Matriz-Filial, la Directiva ATAD no contiene un Anexo de sociedades a las que es aplicable, la filosofía latente en la misma, como fase intermedia en el proceso de comunitarización de las bases imponibles, le dota de una *vis* atractiva respecto del IRNR, y en ciertos aspectos, quizás también respecto del IRPF, cuando estas normas aparecen como una escisión normativa de la imposición corporativa con la que presenta esa relación de conectividad. Es decir, la GAAR funciona como un *catch-all-mecanism* (31), que opera en el ámbito interno y en el transfronterizo, pero no solo para las situaciones reguladas en la Directiva ATAD. La cláusula se aplicará, como dice el art. 6 de la Directiva ATAD, «a efectos del cálculo de la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre sociedades». Sin embargo, su ámbito aplicativo no se contrae exclusivamente a este impuesto, sino que sería aplicable también a los Establecimientos Permanentes *inbound* (32) y a flujos de renta sujetos a retención en el IRNR (dividendos, intereses y cánones) (33). Más vidriosa es la posible extensión de la GAAR a otros segmentos de la fiscalidad que no guardan esa conectividad con el impuesto sobre sociedades, como es el caso del IVA, o incluso la imposición personal de personas físicas, en la que puede plantearse también una lesión a una libertad comunitaria, zaherida por una discriminación fiscal, como ha reconocido la propia jurisprudencia comunitaria sobre todo desde la emblemática sentencia *Shumacker*, STJCE de 14 de febrero de 1995 (C-279/93). Es más, la dispensa de un trato fiscal divergente a un no residente en la imposición sobre la renta de las personas físicas, puede afectar a la libre circulación de trabajadores, la libre prestación de servicios o la libertad de establecimiento, o incluso, y respecto del impuesto de sucesiones, a la libre circulación de capitales (34). En todos estos casos, se ha alegado, como *razón imperativa de interés general*, que justificaría la lesión a la libertad afectada, entre otros muchos, el riesgo de evasión fiscal. Esta causa justificativa, ya sugerida por el Abogado General en *Bachmann*, STJCE de 28 de enero de 1992 (C-204/90), dibujaría una grieta por la que podría filtrarse la doctrina antiabuso para excepcionar la lesión a una libertad comunitaria, como ya ocurriera en *Cadbury* respecto de *Marks&Spencer*. Ciertamente la casuística de estos supuestos presenta importantes diferencias estructurales con la imposición corporativa pero, supuesta la amplitud conceptual de la GAAR, sobre todo para los que mantienen la total equiparación entre abuso y elusión, tampoco parece desdeñable. En relación al IVA una conclusión precipitada puede resultar paradójica. Nótese que estamos ante un impuesto plenamente armonizado, carente de una cláusula antiabuso formal, pero que históricamente alumbró la GAAR con *Halifax, Part Service* y otras muchas sentencias posteriores. El IVA constituye un impuesto ajeno al ámbito natural y expansivo del impuesto de sociedades, tal y como aquí lo hemos delimitado, e invocar en este tributo el art. 6 de la Directiva ATAD sería sin duda forzar la literalidad y la finalidad del art. 1, 3, e, incluso del art. 6.1 de la citada Directiva, que contraen sus efectos al ámbito de la imposición societaria. Otra cosa es que se invoque el concepto unívoco de abuso, codificado por la GAAR, como cristalización normativa de un Principio General del De-

(31) FERNLEY y MORONEY: «EU Anti-Tax Avoidance Package: Impacts on Financial Institutions», *Derivates & Financial Instruments*, vol. 18, nº 4, p. 4.

(32) Los EP *outbounds* ya estarían cubiertos por el Impuesto sobre Sociedades. CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ: «La Directiva antielusión...», p. 31.

(33) En rigor, estamos ante flujos fiscalmente duales sujetos supervisión de una Administración tributaria desde la perspectiva del IS o el IRNR, y de otra Autoridad Fiscal desde la perspectiva exclusiva del IS.

(34) Véase JUAN CASADEVALL, J. DE (2010): *El Principio de no discriminación fiscal como instrumento de armonización negativa*, Editorial Aranzadi, p. 124 y ss.

recho de la Unión, que puede y debe aplicarse, *a fortiori*, a un impuesto armonizado como es el IVA, que ha tenido un protagonismo esencial en su configuración y que, sin ningún atisbo de dudas, sigue aplicándose por la jurisprudencia comunitaria.

Menos indolente puede ser el debate sobre si la norma antiabuso contrae sus efectos al fenómeno de la elusión fiscal (*tax avoidance*) o se extiende también a los casos de evasión fiscal (*tax evasion*). La locución «fraude o evasión fiscal», empleada por el art. 15.1 a de la Directiva de Fusiones resulta perturbadora, y refleja el influjo comunitario del galicismo *évasion fiscale* que, paradójicamente, se identifica con el terminología anglosajona de *tax avoidance*, es decir, con nuestra elusión fiscal. El art. 6 de la Directiva no utiliza el término evasión, pero habla impropriamente de «falseamiento», de la misma forma que la Propuesta de Directiva de Base imponible Común hablaba de «engaño», en ambos casos, con una controvertida traducción del término anglosajón original *genuine*. Con todo, algún supuesto enjuiciado por el Tribunal de Justicia, como *Emsland Starke*, se aproxima a nuestro delito de fraude de subvenciones, y la referencia a las sociedades fantasma o pantalla en *Eurofoods* evoca la idea de simulación instrumental, a la que tampoco es tan ajena el requisito de la ausencia de sustancia económica. A nuestro modo de ver, la norma antiabuso encaja básicamente en la categoría de la elusión fiscal, que presenta como nota común la licitud de los medios empleados para conseguir un indebido ahorro fiscal. Sin embargo, tampoco excluye, vista la jurisprudencia en la que se ha aplicado, la inclusión de algunos supuestos que en algún ordenamiento interno se calificaría como fraude fiscal, y daría lugar a la imposición de una sanción administrativa o penal. La elusión fraudulenta se mueve en una zona fronteriza entre la elusión y la evasión fiscal, ensancha el concepto de *tax avoidance*, y tiene en la simulación, negocial o instrumental, una de sus manifestaciones más relevantes.

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

2.3. Presupuesto normativo: estructura morfológica

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

2.3.1. Elemento objetivo: el test de racionalidad económica

El elemento objetivo está constituido por el *falseamiento* del mecanismo o serie de mecanismos. Ahora bien, ese *falseamiento* del mecanismo o serie de mecanismos (ele-

mento objetivo) es modulado por la persecución de un propósito fiscal que pervierte el objeto y finalidad de la norma tributaria (elemento subjetivo), con lo que la desconexión intelectual de ambos elementos es más aparente que real.

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

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

válidos, que sean acordes con la realidad económica. No basta con el propósito o finalidad subjetiva, sino que es necesario que resista el test de la realidad económica.

Más irrelevante es, a nuestro juicio, la mutación estructural de la cláusula que parece operarse, aquí y en la Directiva Matriz-Filial, y que ahora aborda el «test de racionalidad económica» en el elemento objetivo, y no en el elemento subjetivo como estableció *ab origine* el art. 15.1 a de la Directiva de Fusiones, que considera la ausencia de motivos económicos válidos como una presunción de que el «principal objetivo» o uno de «los principales objetivos» es el «fraude o la evasión fiscal». Este aparente cambio estructural, —que, a nuestro juicio, refleja a nivel europeo, el carácter voluble y elástico de la jurisprudencia norteamericana sobre el *business purpose* (35)—, lejos de tener una significación práctica más allá de su pura relevancia dogmática, no hace más que confirmar la indisociable conexión existente entre el elemento objetivo y subjetivo, y corroborar que la norma antiabuso de la Directiva de Fusiones, más que una cláusula antiabuso, es la normativización de la técnica antielusiva del *business purpose test*, y que pese a ello, refleja, de forma completa, o siquiera elíptica, todos los elementos estructurales de la GAAR comunitaria. En cualquier caso, y desde una perspectiva descriptivo-funcional, y aun cuando a efectos prácticos el resultado sea muy similar, el *test de racionalidad económica* va a erigirse en una pauta hermenéutica, no ya para analizar si finalidad perseguida consiste en obtener una ventaja fiscal, sino para examinar en qué medida estamos ante un «mecanismo falseado», es decir, ante un acto, negocio o transacción no genuina. Y en este punto, la parquedad del art. 6.2 de la Directiva habrá de integrarse, no solo con la casuística de la jurisprudencia comunitaria, sino también recurriendo al *soft law* y, en particular, a la Recomendación sobre planificación fiscal agresiva. El apartado 4.4 de la Recomendación nos proporciona un elenco no exhaustivo de comportamientos sintomáticos, —más que paradigmáticos—, de *artificialidad*. En efecto, la norma blanda se refiere al criterio de la calificación jurídica del mecanismo en su conjunto, y de su eventual incompatibilidad con la calificación de sus diferentes fases; el criterio de normalidad atendiendo al «comportamiento comercial razonable», estándar que nos recuerda a las «transacciones comerciales normales» de *Halifax*; el criterio de la recíproca compensación o anulación de los mecanismos entre sí; la naturaleza circular de las operaciones concertadas; el análisis comparativo del beneficio fiscal respecto del riesgo empresarial y los flujos de caja, asumidos o esperados, por el contribuyente; o, íntimamente relacionado con ello, el criterio de ponderación de la insignificancia del beneficio esperado antes de impuestos respecto al montante de la ventaja fiscal esperada.

En estos dos últimos criterios, concomitantes con el elemento subjetivo de la GAAR, el «test de racionalidad económica» es especialmente útil y se reconduce a una ponderación finalística del beneficio empresarial *versus* la concreta ventaja fiscal esperada u obtenida. Siguiendo el esquema primitivo de la SAAR de la Directiva de Fusiones, permiten concluir si existe o no otro motivo económico relevante distinto de la obtención de una ventaja fiscal o, más precisamente, se acomodan al «test de preponderancia de la finalidad fiscal» de *Foggia*, STJUE de 10 de noviembre de 2011 (C-126/10), y permiten determinar, concurriendo otros motivos económicos meramente circunstanciales, cuando la obtención de un beneficio fiscal constituye la finalidad primordial de la operación. El criterio de la naturaleza circular de la operación, o el de la recíproca neutralización de efectos, pueden ser relevantes en operaciones entre sujetos vinculados, en reestructura-

(35) En efecto, la llamada tesis disyuntiva de la jurisprudencia norteamericana aborda el *business purpose*, indistintamente, en el elemento objetivo o en el subjetivo. MARTÍN LÓPEZ, J. (2013): «La doctrina estadounidense de la sustancia económica como norma general antiabuso en materia tributaria: análisis jurídico de su codificación», *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 157, Editorial Civitas. Véase la nota al pie 72.

ciones societarias o en operaciones intragrupo tales como supuestos de subcapitalización con jurisdicciones de Estados terceros u operaciones apalancadas que escapen de la regla de limitación de gastos financieros que contempla la Directiva. Mientras que lo que hemos llamado criterio de la normalidad, que exige coherencia las operaciones ejecutadas con un estándar de conducta comercial razonable, entendida como usos comerciales o negociales, puede ayudar a descubrir supuestos de artificiosidad negocial de acuerdo con la regla *substance over form*.

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

Por último, hemos de ocuparnos de la referencia expresa a las «actividades financieras», contenida en el párrafo 11 del Preámbulo de la Directiva, y a cuyo tenor, en la evaluación del carácter falseado del mecanismo deberán considerarse «todos los motivos económicos válidos, incluidas las actividades financieras». Pese a su innegable vocación aclaratoria, su literalidad desata no pocas dudas interpretativas que, a mi juicio, se reducen a las siguientes: i) entender que las actividades financieras también deben someterse a la regla del *business purpose*, en cuyo caso, poco aporta esta explicación aclaratoria, de suyo, embebida en la propia cláusula; ii) aclarar que las actividades financieras pueden constituir también, *per se*, un motivo económico válido, lo que se acomodaría mejor a su literalidad, y tendría un valor interpretativo propio; o iii) zanjar la polémica doctrinal suscitada sobre si las sociedades *holding*, o de gestión de cartera, cumplen la exigencia de sustancia económica (36). A nuestro modo de ver, las dos últimas opciones, de forma alternativa, son las más razonables, y son, en definitiva, las que po-

(36) Esta es la virtualidad que le atribuyen CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ: «La Directiva antielusión fiscal...», *op. cit.*, p. 29, nota al pie 58, en cuanto a se refiere a una específica tipología de entidades intermedias (*holdings*) «de baja sustancia en términos de medios humanos y materiales».

sibilitan que esta disposición despliegue toda su virtualidad aclaratoria, aportando un *plus* a la parca fórmula legal del art. 6 de la Directiva. En efecto, *Cadbury* había concluido que la constitución de una sociedad en otro Estado exigía que tuviera una «implantación real que tenga por objeto la realización de actividades económicas efectivas en el Estado miembro de acogida», que debía basarse en «elementos objetivos y verificables por terceros relativos, en particular, al nivel de existencia física de la SEC por lo que a locales, personal y equipos se refiere» (pár 66 y 67); exigencia que derivaba de las Conclusiones del Abogado General Léger que, adicionalmente, consideraba otros factores como el «control de la sociedad» o el «valor que añaden sus actividades». Delimitado el requisito de la sustancia económica en estos términos, se abre un interrogante sobre el acceso a la libertad de establecimiento de las entidades de escasa sustancia como las *holdings*, financieras o de gestión de activos. El Abogado General Mengozzi en *Columbus*, Conclusiones de 29 de marzo de 2007 (asunto 298/05), sostuvo que la posesión y gestión de fondos, y las actividades financieras, pueden ser acreedoras de la libertad de establecimiento, y que la realización de estas actividades económicas, y la realidad de una implantación física, bastan para excluir un montaje puramente artificial. Esta pauta interpretativa sería seguida después por *Aberdeen*, y por *National Grid Indus*, STJUE de 29 de noviembre de 2011 (asunto C- 371/10) (37). Pues bien, a nuestro modo de ver, la referencia explícita a actividades financieras no solo viene a dar cobertura al supuesto déficit de sustancia de esta tipología de entidades, sino que además, debería interpretarse de conformidad con la doctrina *Columbus* que supone una relativización de la sustancia económica, o mejor aún, la superación de un enfoque meramente cuantitativo (recursos humanos y materiales), para imponer una valoración cualitativa, que exige atender a la calidad de la actividad económica real desarrollada, y a una concreta aportación de valor (en la de gestión de cartera, o función financiera efectiva) de estas sociedades intermedias ajustada su específico objeto social. Desde esta perspectiva, existiría un diferente umbral valorativo de la sustancia económica para las *holdings* respecto de las demás sociedades operativas. Otra posible interpretación de la inclusión de las actividades financieras, sería su reconocimiento como específico motivo económico válido. Por ejemplo, la financiación intragrupo en aquellos casos que caen fuera de la limitación de gastos financieros del art 4 de la Directiva, puede responder a un motivo económico válido cuando pretende responder a una situación de desequilibrio patrimonial, o de desbalance, que aboque a una situación de disolución societaria y/o concurso. Una específica referencia que sería innecesaria si no fuera por la minuciosa regulación, por la propia Directiva, de la citada limitación del gasto financiero.

2.3.2. Elemento subjetivo: el test de preponderancia esencial del fin fiscal

El art. 6.1 de la Directiva identifica el elemento subjetivo con «el propósito principal o uno de los propósitos principales» de «la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable». La cláusula exige que el «mecanismo o serie de mecanismos», con la amplitud conceptual que hemos tratado de dotar a esta locución en el precedente epígrafe, respondan como propósito principal, o uno de sus propósitos principales, a la obtención de un beneficio fiscal. La dicotomía «propósito principal/propósitos principales», recogida también por la SAAR de la Directiva Matriz-Filial, lejos de constituir un trivial giro lingüístico, tiene virtualidad propia. Supone la superación del debate, –a nuestro juicio, impostado–, sobre si el fin fiscal perseguido debe ser «único» (*Cadbury*) o basta que sea «esencial» (*Halifax*); debate artificial, que ni si-

(37) Véase sobre el particular MARTÍN JIMÉNEZ, A: «Hacia una concepción unitaria...», *op. cit.*, pp. 28 y ss.

quiera goza de la suficiente apoyatura en la literalidad de estas sentencias, y que supe-
ra definitivamente *Foggia* al admitir, en una operación de fusión, la concurrencia de va-
rios propósitos, «entre los que pueden también figurar consideraciones de naturaleza
fiscal, a condición de que éstas últimas no sean preponderantes en la operación proyec-
tada» (pár 35). Luego, no estamos ante un pleonasma vacuo, sino que, partiendo de su
integración con *Foggia*, formula un «test de preponderancia esencial de la ventaja fis-
cal» (38), que exige bascular los objetivos concurrentes, fiscales y no fiscales, para infe-
rir si existe una preponderancia relativa de la finalidad estrictamente tributaria. Y pa-
ra determinar cuándo existe esa preponderancia fiscal podemos recurrir de nuevo al ca-
non hermenéutico de la Recomendación de la Comisión sobre planificación fiscal agresiva,
cuyo apartado 4.6 aclara que una finalidad se considerará esencial «cuando, a la vista
de las circunstancias del caso, cualquier otra finalidad que se atribuya o pueda atribuirse
al mecanismo o a la serie de mecanismos parezca, a lo sumo, insignificante». El
apartado 4.7 de la misma Recomendación emplaza a las autoridades nacionales a reali-
zar un análisis comparativo de la deuda tributaria que el contribuyente debería satisfa-
cer, con o sin el negocio o transacción no genuino, para, en mérito a ese criterio cuanti-
tativo, pronunciarse sobre el peso relativo de la finalidad fiscal perseguida. Y, en parti-
cular, y con carácter meramente enunciativo, aconseja valorar su inclusión en la base
imponible, la existencia de una eventual deducción, la aparición de una pérdida fiscal, el
ahorro de una retención en la fuente o una eventual compensación de un impuesto ex-
tranjero. En otro orden de cosas, el apartado 4.5 de la Recomendación recuerda que la fi-
nalidad perseguida consiste en «evitar la imposición», pero con independencia de «cual-
quier intención subjetiva del contribuyente», lo relevante es la incompatibilidad del me-
canismo o mecanismos «con el objeto, el espíritu y la finalidad de las disposiciones fisca-
les que serían normalmente aplicables». Como ya advertimos en su momento, la finali-
dad preponderante fiscal, que constituye el elemento subjetivo de la GAAR, no se iden-
tifica con la intencionalidad elusiva subjetiva. En *Halifax*, el Abogado General reelabo-
ró el elemento subjetivo de *Emsland-Starke* y lo conectó con el elemento objetivo, al sos-
tener que la intención abusiva de las partes debe colegirse del «carácter artificial de la
situación que ha de apreciarse a la luz de una serie de circunstancias objetivas». Y por
ello, antes de la relativa innovación dogmática del art. 6.1 y 2 de la Directiva, en este
punto se operaba la conexión de la cláusula antiabuso con el test del *business purpose*, y
nuestra jurisprudencia doméstica sostenía que la exigencia de motivos económicos válidos
por la Directiva de Fusiones jugaba el mismo rol que la doctrina de la causa en los
ordenamientos causalistas. En definitiva, y puesto en nuestro lenguaje causalista, la
adulteración de la finalidad objetiva de la norma abusada, contrastada por el fin perse-
guido y los resultados obtenidos, acusa un déficit causal, una desviación de la función
económico-social del acto o negocio en que se concreta la práctica abusiva.

Esta interrelación del elemento subjetivo y objetivo, que corrobora la base teórica sobre
la que se construye el concepto unívoco mediante la conexión del elemento subjetivo
de *Halifax* con el elemento objetivo de *Cadbury*, y a la que se asimila la SAAR de la Di-
rectiva de Fusiones en la medida en que la ausencia de motivos económicos válidos pue-
de ser interpretada como déficit de sustancia económica, se acoge ahora por el art. 6.1 de
la Directiva ATAD. La literalidad de la norma explica el falseamiento del mecanismo o

(38) En *Foggia* se construye una suerte de «test de no preponderancia esencial del objetivo fis-
cal» que pondera si «el objetivo no fiscal (el motivo económico válido), globalmente considerado, no
resulta completamente marginal respecto del objetivo fiscal, esto es, cuando existe un auténtico
motivo económico válido (y no uno aparente, condición que resulta de su marginalidad o inciden-
talidad en el sentido indicado)». CALDERÓN CARRERO, J. M. (2012): «Una vuelta de tuerca a la in-
terpretación europea de la cláusula antiabuso de la «Directiva de Fusiones»: ¿hacia motivos econó-
micos válidos de alto voltaje?», *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 347, pp. 23 y 32.

serie de mecanismos «por haberse establecido» persiguiendo una ventaja fiscal que contraviene el objeto y la finalidad de la norma tributaria aplicable. Ambos componentes, subjetivo y objetivo, aparecen indisolublemente unidos en la configuración normativa de la GAAR, y confirma que estamos ante una distinción puramente dogmática, pero inescindible en su operatividad práctica (39). Esta concepción unitaria de ambos elementos, recíprocamente vinculados entre sí en su *praxis* aplicativa, permite dar una salida satisfactoria a la *legitimate tax planning*, al acotar en términos muy precisos su radio de acción. Las tesis dualistas, que implícitamente admiten el juego autónomo de ambos elementos, objetivo y subjetivo, denuncian un acusado déficit en la jurisprudencia comunitaria a la hora de delimitar el ámbito de la planificación fiscal legítima (40). Por el contrario, desde una tesis unitaria, que impone un análisis conjunto de las circunstancias económicas para determinar si concurren, en su recíproca comprensión, todos los elementos de la GAAR, queda claro que si enfrentamos un acto o negocio auténtico o genuino, con una finalidad, incluso exclusivamente fiscal, no existirá práctica abusiva. Habrá un ejercicio legítimo de una libertad comunitaria, o de un derecho conferido por una Directiva, o en el plano doméstico, una economía de opción tácita, pero no concurrirá el abuso de la finalidad objetiva de la norma que obturaría la GAAR.

Este planteamiento se acomoda a la finalidad declarada de la propia Directiva que, en el párrafo 11 de su Preámbulo, afirma que las normas generales contra las prácticas abusivas deben aplicarse a los «mecanismos declarados falseados, en otros casos, el contribuyente debe tener derecho a elegir la estructura más eficaz desde el punto de vista fiscal para sus operaciones comerciales». La Directiva confirma la existencia de un espacio de *legitimate tax planning*, que se identifica con el acto o negocio genuino (*mecanismo no falseado*), y que puede perseguir una finalidad tributaria aunque sea exclusiva. Más explícito en este punto era el art. 80 de la nonata Propuesta de Directiva de BICCIS de 2011 que, tras identificar el abuso con las operaciones comerciales artificiales «con el único fin de eludir impuestos», incorporaba una cláusula de exclusión para «las actividades comerciales realizadas de buena fe en las que el sujeto pasivo tiene la posibilidad de elegir entre dos o más operaciones que tienen el mismo resultado comercial pero que dan lugar a bases imponibles diferentes». Se trata de una aproximación descriptiva al fenómeno de la planificación fiscal legítima, que se anuda a la existencia de diversas alternativas negociales genuinas con diferente impacto fiscal, en cuyo caso

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

(40) Véase MARTÍN JIMÉNEZ: «Towards a Homogeneous...», *op. cit.*, p. 284. Según este autor la jurisprudencia comunitaria debería haber precisado que la cláusula antiabuso no era aplicable a las operaciones no artificiales, con sustancia económica, pero con una motivación fiscal (*tax driven transactions*).

se legitima la finalidad exclusivamente fiscal. A mi juicio, el art. 80 de la Propuesta de Directiva, que constituye un relevante precedente normativo como canon hermenéutico de la GAAR, no contiene una definición cerrada, ni agota toda la planificación fiscal legítima imaginable. En un espacio económico integrado, pero con fragmentación de sistemas tributarios, la elección de la jurisdicción fiscal para localizar una operación o transacción con sustancia económica, más allá de que exista o no una pluralidad de alternativas negociales disponibles, constituye una simple manifestación de una libertad comunitaria fundamental.

Más problemático será extender todas estas consideraciones en relación a terceros Estados no miembros, sobre los que también se proyecta el ámbito de aplicación de la GAAR, por la eventual colisión con la cláusula antiabuso *ad hoc* introducida por BEPS. El denominado *Principal Purpose Test* (PPT) deja sin efecto las consideraciones hasta ahora vertidas sobre la *legitimate tax planning*, y aun cuando existe una específica Recomendación de la Comisión para su adaptación al patrón comunitario, poco se podrá hacer en relación a la reforma sincrónica ya operada en una vasta red de CDI bilaterales por el *Multilateral Instrument*. La nueva cláusula PPT no deja de ser una excrecencia jurídica de la tesis disyuntiva de la doctrina norteamericana de la sustancia económica, que casa con dificultad con la GAAR comunitaria, cuando no anula completamente, el legítimo espacio de las *tax driven transactions* en actos o negocios genuinos.

2.4. Efectos fiscales de la aplicación de la GAAR

El art. 6.3 de la Directiva establece que «cuando un mecanismo no se tenga en cuenta de acuerdo con lo establecido en el párrafo 1, la deuda tributaria se determinará con arreglo a la legislación nacional» (41). En esta proposición normativa se absorbe la jurisprudencia en materia de IVA, que había llegado a la misma solución técnica, si bien ahora ya no se remite al Derecho nacional como en *Weald leasing* (42), STJUE de 22 de diciembre de 2010 (C-103/09) o en la propia *Halifax* (43), sino que se comunitarizan los

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

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

(43) En los párrafos 90 y ss. de *Halifax*, tras recordar que la Sexta Directiva carece de disposiciones en materia recaudatoria, atribuye al órgano jurisdiccional la redefinición de las operaciones para restablecer la situación originaria, sin aplicación de la norma abusada, que aquí se concreta

concretos efectos jurídicos que desplegará la GAAR. Es decir, no se considera la norma abusada para determinar la deuda tributaria, o dicho en términos de una típica cláusula antielusión, se aplicaría la norma nacional defraudada. Desde la perspectiva de una moderna cláusula antiabuso, era más preciso el art. 7 de la Propuesta de Directiva antielusión, que aludía a la exigencia de la deuda tributaria de acuerdo con la «realidad económica» (44).

En relación a posibles efectos sancionadores, el precepto armonizado guarda silencio sobre el particular, aun cuando el párrafo 11 del Preámbulo de la Directiva contiene una previsión específica cuando advierte que «no debería impedirse a los Estados miembros aplicar sanciones» cuando proceda aplicar la norma general antiabuso. La Directiva, consciente de que va a proyectarse también sobre un amplio segmento de la fiscalidad no armonizada, emplaza al legislador nacional a establecer posibles consecuencias sancionadoras, y es aquí donde, a nuestro juicio, cobra sentido en relación a la GAAR, la previsión del art. 3 de la Directiva que identifica al conjunto de la norma de armonización con un «nivel mínimo de protección», confiriendo a los Estados miembros la facultad de reforzarlo, sin que, a nuestro juicio, pueden alterar los elementos estructurales de la cláusula antiabuso sin distorsionar su función armonizadora, pero sí reforzarla con imposición de sanciones. Ahora bien, y comoquiera que estamos ante una norma comunitaria, parece indeclinable la aplicación de los derechos y garantías que adornan el ejercicio la potestad sancionadora de acuerdo con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y entre ellos, el principio de legalidad y de culpabilidad (art. 49 de la Carta) (45).

3. LA TRANSPOSICIÓN DE LA GAAR COMUNITARIA AL DERECHO INTERNO: SU COMPATIBILIDAD CON LAS CLÁUSULAS ANTELUSIÓN NACIONALES. ESPECIAL REFERENCIA A ESPAÑA

La función armonizadora que el Preámbulo de la Directiva ATAD asigna a la GAAR codificada plantea el problema de su transposición al Derecho interno, particularmente en aquellos ordenamientos tributarios que carezcan de una cláusula general antiabuso (Letonia o Países Bajos, entre otros), o no sea operativa en el ámbito de aplicación de ATAD o, –y ya en un sentido más preciso–, su cláusula nacional sea incompatible con el estándar de la Directiva. En rigor, la norma general antiabuso no traspuesta no puede oponerse a un contribuyente, so pena de incurrir en el denostado «efecto directo inverso» de la Directiva que, silente su legislación nacional, operaría *in peius*, agravando la esfera jurídica inicial de aquel. Sin embargo, y como ya estudiamos en otro lugar, en *Kofoed*, y con el indisimulado propósito de soslayar ese prohibido efecto directo inverso, se sostiene la tesis que, comoquiera que la prohibición de prácticas abusivas constituye un principio general del Derecho de la Unión, no es necesaria esa transposición cuando de las normas nacionales se infiera la existencia de una cláusula antiabuso de similar naturaleza y significación. Por tanto, aplicando la doctrina *Kofoed*, el problema se recon-

en la facultad de la Administración de solicitar la devolución de las cantidades deducidas, al haberse ejercitado de forma abusiva el derecho a la deducción del IVA soportado.

(44) Véase, en este sentido, DELGADO PACHECO, A. (2017): *Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea*, Tesis doctoral, Madrid, Abril, pp. 313 y ss.

(45) Esta solución sería plenamente coherente con *Halifax* que, intentando salvaguardar neutralidad fiscal del IVA, exige para imponer sanciones una «base legal clara y exenta de ambigüedad». En contra, CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ sostienen que la previsión del párrafo 11 del Preámbulo de la Directiva no está alineado con *Halifax*. CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ: «La Directiva antielusión...», *op. cit.*, p. 34.

duce, para aquellos sistemas tributarios nacionales que disponen de sus propias normas domésticas antiabuso, a determinar la acomodación de la GAAR comunitaria en sus sistemas tributarios internos en los que coexisten diversas cláusulas antiabuso, o más precisamente, a analizar su compatibilidad con el estándar comunitario.

En nuestro Derecho, el problema se reconduce básicamente a determinar si las cláusulas generales de recalificación del art 13 LGT, la simulación del art 16 LGT y, sobre todo, el conflicto en la aplicación de la norma del art 15 LGT, se ajustan al patrón comunitario de práctica abusiva. En este punto, las posiciones doctrinales han oscilado entre quienes consideran que nuestras cláusulas generales no plantean ningún problema de compatibilidad con el Derecho de la Unión (46), los que sostienen que el moderno conflicto en la aplicación de la norma del art 15 LGT se acomoda perfectamente al concepto comunitario de abuso (47), o, los que, por el contrario, consideran que la GAAR comunitaria dibuja una práctica abusiva muy estricta próxima a la simulación, próxima a la *sham* anglosajona, por lo que, sostienen, el estándar interno sería más elevado que el estrictamente *iuscomunitario* (48).

A nuestro juicio, una conclusión sobre el particular pasa por una previa reflexión sobre el sentido y alcance de la cláusula general del art 15 LGT. Como es sabido, el conflicto en la aplicación de la norma constituye una de las principales innovaciones de la nueva y vigente Ley General Tributaria de 2003, al desplazar el fraude de ley de la vieja LGT de 1963, remozado por la modificación parcial de la Ley 25/95. Según el art. 15 LGT existirá conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se eluda total o parcialmente la realización del hecho imponible, o exista minoración de la base o de la deuda tributaria, mediante actos o negocios jurídicos que, individualmente o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución de un resultado, del que no resulte otro efecto jurídico o económico relevante distinto del ahorro fiscal, y de los efectos que hubieran resultado de los actos o negocios usuales o propios.

Aun cuando la nuestra doctrina administrativa y jurisprudencia internas, quizás por el propio peso de nuestra tradición jurídica, se han esforzado en mantener la línea de continuidad con el viejo fraude de ley, lo cierto es que el nuevo conflicto en la aplicación de la norma tributaria tiene una vocación más amplia, y su propia textura normativa híbrida, a nuestro modo de ver, dos tradiciones jurídicas distintas. En primer lugar, sigue el modelo de la cláusula alemana del abuso de las posibilidades de configuración jurídica del reformado art. 42 de la vigente Ordenanza Tributaria de 1977 como, por lo demás, demuestra el propio *iter* prelegislativo del precepto legal. En segundo lugar, y probable-

(46) Desde una perspectiva institucional, vinculada al Ministerio de Economía y Hacienda, esta es la posición del Instituto de Estudios Fiscales. En este sentido, véase COMISIÓN PARA LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO TRIBUTARIO AL COMUNITARIO (2011): «La adaptación de la regulación del Derecho Tributario General al ordenamiento comunitario», Instituto de Estudios Fiscales, Junio, pp. 53 y ss. Por ello, la doctrina ha considerado que, supuesta la similitud conceptual de la GAAR con el art. 15 LGT la Directiva ATAD, puede ya considerarse traspuesta en este punto.

(47) Esta es la tesis central del Profesor PALAO TABOADA en «El abuso del Derecho...», *op. cit.* En el mismo sentido, FUNDACIÓN IMPUESTOS Y COMPETITIVIDAD: «Directiva ATAD («Anti Tax Avoidance Directive»): Especial referencia a la medida relativa a la imposición de salida («Exit tax») y a la norma general contra las prácticas abusivas», p. 20. Otros autores rechazan que en nuestro ordenamiento interno exista una única cláusula antieleusión, que se agote en el art. 15 LGT, toda vez que también lo serían la recalificación del art. 13 LGT o la simulación del art. 16 LGT, con el aval del Tribunal Supremo que ha venido a admitir el uso alternativo de todas ellas. Pero, en todo caso, la cláusula general del art. 15 LGT recogería el concepto comunitario de abuso. Véase, en este sentido, DELGADO PACHECO, A. (2017): *Las normas generales antieleusión en la jurisprudencia tributaria española y europea*, Tesis doctoral, Madrid. Abril, pp. 313 y ss.

(48) RUIZ ALMENDRAL, V.: «¿Tiene futuro el test de los “motivos económicos válidos”...», *op. cit.*, p. 43 y ss.

mente por influencia de la Directiva de Fusiones, es indudable la influencia de técnica hermenéutica anglosajona del *business purpose test*, a la sazón todavía no codificada ni en USA ni en el Reino Unido, y que facilita enormemente su adaptación comunitaria. El precepto legal, se traduce, a efectos prácticos, en que solo cabrá conflicto en la aplicación de la norma tributaria por la concurrencia cumulativa (49) de un triple presupuesto: i) la existencia de un beneficio fiscal que se conecta bien a la elusión del hecho imponible, bien a la minoración de la carga tributaria (base imponible o deuda tributaria); ii) *test de idoneidad negocial*, de factura alemana, del acto o negocio realizado para producir un determinado resultado; iii) test de motivos económicos válidos.

En nuestra opinión, el art. 15.1 LGT desborda las estrechas costuras del fraude de ley (50), ya no se refiere solo a un típico fenómeno de elusión del hecho imponible, sino que abraza también supuestos de erosión de bases imponibles o minoración de deuda tributaria, propios de la fiscalidad internacional. El test de idoneidad negocial se proyecta no solo sobre la «artificiosidad» formal, sino también sobre la «impropiedad» negocial para desplegar un determinado efecto jurídico práctico, lo que nos aproxima, en nuestro bagaje dogmático causalista interno, a la adulteración de la causa. E indisolublemente conectado con ello, se incrusta en el precepto legal la doctrina de los motivos económicos válidos, la solución técnica de ordenamientos no causalistas, que amplía considerablemente los horizontes de la cláusula general antiabuso. En definitiva, con el novedoso conflicto en la aplicación de la norma tributaria, nuestro sistema jurídico-tributario habría transitado de una típica cláusula antieleusión, necesitada del complemento antieleusivo de la recalificación (art. 13 LGT) y de la simulación (art. 16 LGT), a una auténtica cláusula antiabuso, apta para superar el anquilosado esquema de la norma de cobertura y la norma defraudada, y el controvertido «propósito de eludir el tributo», para cubrir complejos fenómenos de moderna elusión territorial de la carga tributaria.

No es tan fácil determinar, como se ha pretendido, si nuestro art. 15.1 LGT se ajusta al estándar de la GAAR comunitaria. A nuestro modo de ver, depende de la significación que quiera atribuirse a lo que nosotros hemos llamado el «test de idoneidad negocial». Si lo concebimos restrictivamente como un abuso de las formas jurídicas, o como un remedo de la ya superada interpretación económica del hecho imponible, desde una perspectiva puramente formalista, puede ser difícil de acomodar al patrón comunitario. Y ello aun cuando la artificiosidad negocial podría subsumirse en las «transacciones comerciales normales» de *Halifax*, aunque no en los «montajes puramente artificiales» de *Cadbury*. De ahí la sugerente distinción que en otro lugar establecíamos entre «artificiosidad y artificialidad». Por lo demás, tampoco podemos olvidar que esa noción de «montajes puramente artificiales», o la conexión que establece el art. 6 de la Directiva ATAD entre el falseamiento de mecanismos y la ausencia de motivos económicos válidos, –lo que nosotros hemos llamado el «test de racionalidad económica»–, puede relegar a un segundo plano ese análisis de la idoneidad negocial y no ya solo en su entendimiento meramente formalista. No es inimaginable un acto o negocio genuino, con sustancia económica, que no utilice el ropaje de los negocios usuales o típicos para producir un determinado efecto jurídico típico. O de operaciones mercantiles que no siguen un itinerario negocial usual o típico, y aun cuando pudieran tener, entre otras, una finalidad fiscal, no presentan un déficit de sustancia económica. La práctica mercantil conoce

(49) El art. 15.1 LGT exige *ab initio* que la ventaja fiscal derive de «actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias» (la cursiva es nuestra, con la que enfatizamos el carácter acumulativo, que no alternativo, de los dos requisitos que exige).

(50) En contra, el Instituto de Estudios Fiscales oreaba, al menos en 2011, la novedosa cláusula de conflicto del art. 15 LGT como un mero *continuum* respecto del mortecino fraude de ley del art. 24 LGT de 1963. COMISIÓN PARA LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO TRIBUTARIO AL COMUNITARIO: «La adaptación de la regulación del Derecho Tributario General...», p. 83 y ss.

casos de esta naturaleza, como por ejemplo, el recurso al establecimiento permanente en lugar de la sociedad mercantil por razones regulatorias financieras extrafiscales, o la *subholding* europea, de una matriz española, que percibe dividendos de una filial no europea beneficiándose de un menor *withholding tax* por el CDI aplicable que el que le correspondería a su propia matriz. Por el contrario, existen casos de falta de sustancia económica, o de montajes puramente artificiales, como el de las sociedades pantallas de las que hablaba *Eurofoods*, que escapan del art. 15 LGT y son subsumibles dentro de la simulación absoluta del art. 16 LGT. De hecho, existe una zona borrosa entre el conflicto en la aplicación de la norma y la simulación relativa que, sin embargo, tiene una solución unívoca bajo la GAAR comunitaria.

En cuanto al elemento subjetivo, nuestra cláusula interna de conflicto tampoco se ajusta exactamente al estándar comunitario. El art. 15. 1 b LGT exige que 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», que debería cohonestarse con el propósito principal, o uno de los propósitos principales, de obtener una ventaja fiscal del art. 6 de la Directiva ATAD. El juicio de relevancia del efecto fiscal de nuestra LGT, no es exactamente intercambiable con el propósito principal, o uno de los propósitos principales, de la GAAR, porque puede existir un efecto fiscalmente relevante que sea meramente accesorio respecto del propósito negocial perseguido. Con todo, cabe la interpretación conforme a la Directiva, e incluso entender que nuestro art. 15.1 b LGT es más exigente, y por tanto garantista, que la propia GAAR al exigir la producción de un exclusivo efecto fiscal. La distorsión se produce cuando se incrusta en el elemento subjetivo de nuestra cláusula interna de conflicto lo que hemos dado en llamar el test de idoneidad negocial, que no se contempla *expressis verbis* en la GAAR comunitaria, y que puede acarrear que se cumpla este requisito cuando, junto al efecto fiscal relevante, no se aprecie en un acto o negocio atípico otros efectos distintos de los que «se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios».

Al margen de este desajuste conceptual, que puede ser soslayado con cierto esfuerzo interpretativo, existen, a nuestro modo de ver, dos razones prácticas que abonan la tesis de la conveniencia de la transposición de la GAAR a nuestro Derecho interno. La primera es que indefectiblemente la cláusula general antiabuso del Derecho de la UE, y la jurisprudencia que la estableció y ahora ha sido codificada, va a erigirse ahora inexorablemente en canon interpretativo de las cláusulas internas. Y la segunda es que esa interpretación que van a establecer los tribunales nacionales va a someterse al escrutinio del TJUE. Y ello va a ser así, también para situaciones jurídicas puramente internas, y mucho nos tememos que extenderá sus efectos más allá de los linderos precisos acotados por la Directiva ATAD que, en principio, se agotarían con el IS o nuestro IRNR, para proyectarse también en el IVA, tributo armonizado al que, *a fortiori*, debería aplicarse un principio general antiabuso de raíz comunitaria.

En otras palabras, concurren razones de seguridad jurídica para transponer la GAAR a nuestro ordenamiento jurídico-tributario interno. Otra cosa es la solución legislativa que se adopte, que puede pasar por añadir una cláusula más a las actualmente existentes, con la caótica agravación del panorama actualmente existente, o construir una cláusula general sectorial para el IS o el IRNR, con sustitución de las cláusulas específicas diseminadas en ambos textos legales, o sencillamente, construir una cláusula antiabuso general en sustitución del art 15 LGT, aprovechando la ocasión para reordenar y racionalizar las normas de simulación (art. 16 LGT) o de calificación (art. 13 LGT) (51),

(51) Esta es una de las posibilidades que sugieren CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ: «La Directiva antielusión...», p. 35 y ss. En la misma línea, parece pronunciarse DELGADO PACHECO, que, tras subrayar el confusionismo que supondría la incorporación de una nueva cláusula tras-

y diluirlas, en la medida de lo posible, dentro de un concepto omnicomprendivo y plenamente homologable al Derecho de la Unión. Esta solución técnica es, desde el punto de vista de política legislativa y de seguridad jurídica, la que nos parece más razonable.

puesta, sugiere como alternativa legislativa, la construcción de una nueva cláusula general alineada con la moderna exigencia de sustancia económica y justificación económica de la operación, que, si lo entendemos correctamente, superaría la dicotomía con la simulación que, en nuestro Derecho, es básicamente de creación jurisprudencial, todo ello sin perjuicio de la necesaria delimitación de los supuestos merecedores o no de infracción tributaria. DELGADO PACHECO, A.: «Las normas generales antielusión...», *op. cit.*, p. y ss.

