

Este documento está publicado en:

Calderón Carrero, J.M. ; Ruiz Almendral, V. (2005). ¿Es compatible la norma española anti "Directive- Shopping" con el Derecho Comunitario? *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, n. 11, pp. 35-66

¿Es compatible la norma española anti «Directive-Shopping» con el Derecho Comunitario?.

BIB 2005\1708

José Manuel Calderón Carrero. Universidad de La Coruña

Violeta Ruiz Almendral. Universidad Carlos III de Madrid

Publicación: Jurisprudencia Tributaria Aranzadi num.11/2005 parte Estudio
 Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2005.

1 . Introducción.

La Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC, en adelante) de 15 de octubre de 2004 ²nos brinda una excelente oportunidad para llevar a cabo una reflexión, a la luz del Ordenamiento comunitario, sobre la norma española anti-abuso de Directiva (*Directive-Shopping*), contenida en el artículo 14.1.g) del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (TRLIRNR, en adelante). Como es sabido, la finalidad de la norma radica en evitar la utilización indebida, *en fraude* , de los beneficios contenidos en la Directiva del Consejo, de 23 de julio de 1990 , *relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes* , 90/435/CEE (Directiva Matriz-Filial, en adelante), y concretamente por lo que hace a nuestro caso, la exención de la distribución de dividendos cuando ésta tiene lugar entre matrices y filiales en el ámbito de la Unión Europea.

2 Número de Resolución: 00/5275/2002, Vocalía 3ª .

La Resolución del TEAC aplica la citada norma anti-abuso a la distribución de dividendos llevada a cabo por una filial española a su matriz holandesa, que a su vez está participada totalmente por una matriz estadounidense. Tal estructura triangular constituye posiblemente una economía de opción diseñada para reducir los costes tributarios (fundamentalmente, la retención en la fuente -*Withholding Tax*-) que genera normalmente la repatriación de dividendos de España a EE UU, aunque no puede desconocerse que este tipo de estructuras que pivotan sobre sociedades holding poseen otro tipo de justificaciones. La norma que facilita la opción es la citada Directiva Matriz-Filial.

La relevancia de este supuesto va mucho más allá de la citada estructura triangular, pese a su indudable interés. Teóricamente al menos, el aspecto central de un caso como el que nos ocupa radicaría en determinar si concurren motivos económicos o negociales válidos que justifiquen la adopción de dicha estructura. La ausencia de los mismos determinaría, en buena lógica, la denegación de los posibles beneficios tributarios que se pretenden obtener con la operación. En la práctica, la discusión del supuesto de hecho, entre las distintas instancias del procedimiento de inspección hasta llegar a la Resolución del TEAC, es un claro reflejo del umbral (o quizá mejor los umbrales) de fraude a la ley tributaria utilizado por las autoridades tributarias españolas, que como veremos no pivota necesariamente sobre la cuestión de los citados motivos económicos.

Finalmente, el análisis de este caso es sobre todo una buena oportunidad para examinar la norma española anti-abuso a la luz del Derecho Comunitario, muy especialmente teniendo en cuenta la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE, en adelante). En este sentido, no está de más recordar que, en los momentos actuales, el Derecho Comunitario, en especial gracias a su interpretación por la jurisprudencia del TJCE, está teniendo una influencia expansiva sobre las normas nacionales anti-abuso establecidas por los Estados miembros. Tal influencia se proyecta de manera asimétrica según se trate de normas especiales, procedan o no de Convenios de Doble Imposición (CDI, en adelante), o generales, teniendo efectos mucho más restrictivos en el caso de las primeras. Así, mientras las normas generales anti-fraude, como el flamante artículo 15 de la Ley General Tributaria (LGT, en adelante), tienen una mayor flexibilidad en su interpretación, y son más adaptables a dicha jurisprudencia, las normas específicas, generalmente más rígidas, se encuentran en una posición mucho más difícil.

2 . Análisis de la Resolución del TEAC que interpreta la norma española anti-abuso

2.1 . Relato de los hechos

El supuesto de hecho es una operación triangular entre una sociedad española (X, SA), dos holandesas (Y, LTD, y X, BV) y una estadounidense (X, INC). La española, X, SA, está participada al cien por cien por Y, LTD, a su vez participada totalmente por X, BV que, finalmente, está participada al cien por cien por la matriz estadounidense, X, INC. Así las cosas, una repatriación directa de beneficios de España a EE UU hubiera comportado una retención en la fuente del 10 por 100 (artículo 10.2 CDI España-EE UU). Si la misma se realiza desde Holanda, y de acuerdo con el CDI entre Holanda y EE UU, el citado *Withholding Tax* hubiera ascendido al 5 por 100. Finalmente, siendo de aplicación el régimen previsto en la Directiva Matriz-Filial, la distribución de dividendos entre sociedades residentes en los Estados miembros está exenta de gravamen. De no ser así, la operación estaría sujeta a un gravamen del 5 por 100, de acuerdo con lo establecido en el CDI España-Holanda . Todo ello explica que pueda ser razonable pensar, al menos *a priori* , que el diseño de una operación como la descrita haya sido motivado por consideraciones exclusivamente tributarias (*tax driven transaction*). Pero, como es sabido, esta conclusión es de todo punto insuficiente para calificar una operación de abusiva o en fraude a la ley tributaria, pues la obtención de una ventaja tributaria es siempre condición necesaria, pero nunca puede ser *per se* condición suficiente a estos efectos.

En cuanto a los hechos concretos objeto de controversia, se refieren a los ejercicios de 1999 y 2000, durante los cuales X, SA había abonado rendimientos del capital mobiliario (en forma de dividendos, a Y, LTD, (por importe de 5.825.000.000 pesetas (35.008.955,08 €) y 9.900.000.000 pesetas (59.500.198,33 €) en 1999 y 2000, respectivamente). En las declaraciones presentadas (modelo 210), X, SA hizo constar que el abono de dichos dividendos se encontraba exento por ser de aplicación el citado régimen de matrices-filiales establecido en el apartado 13.1.g) de la LIRNR [actual artículo 14.1.g) del TRLIRNR].

2.2 . Las actuaciones inspectoras y el informe de la inspección

Durante 1999 se iniciaron actuaciones de comprobación sobre X, SA, relativas a la posible sujeción de las distribuciones de dividendos citadas a la retención en la fuente dispuesta por la entonces LIRNR.

La labor inspectora se centró en determinar si resultaba o no aplicable el régimen de exención contenido en la citada Directiva . La conclusión fue negativa, por considerar que la primera matriz holandesa (Y, LTD) era en realidad simulada, sirviendo únicamente de «enlace» (*conduit company*) para permitir precisamente la aplicación de dicho régimen de exención, con el consiguiente ahorro tributario final de la repatriación de dividendos a EE UU. Finalmente, en 2002 se incoa la correspondiente acta de inspección, en la que se fundamenta lo anterior en los motivos que a continuación se exponen resumidamente:

1 . Los porcentajes de participación del capital determinan una modificación del sujeto pasivo

Puesto que el capital de Y, LTD pertenece en su totalidad a X, BV, y el de esta última pertenece también en su totalidad a la matriz principal del grupo, la norteamericana X, INC, la inspección considera que el verdadero sujeto pasivo por obligación real en el Impuesto sobre Sociedades, como resultado del abono de los dividendos *supra* referidos, es la entidad X, INC.

2 . La exención no es aplicable

No es aplicable la exención del régimen matriz-filial a la distribución de dividendos de España a Holanda, por ser de aplicación el artículo 13.1.g) de la Ley 41/98, en su penúltimo párrafo, que establece que la misma « *no será de aplicación cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se ostente, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea* ». La regla anterior tiene una excepción, que conforma la auténtica cláusula anti-abuso, y que establece que sí será aplicable la citada exención cuando, pese a producirse la citada circunstancia, la persona física o jurídica no residente en la UE «*(...) realice efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad empresarial desarrollada por la sociedad filial o tenga por objeto la dirección y gestión de la sociedad filial mediante la adecuada organización de medios materiales y personales o pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto en la presente letra* ». Sin embargo, en este caso dicha excepción no se considera aplicable debido a que se aprecia la:

3 . Existencia de simulación

El *iter* argumental seguido por la inspección para justificar la apreciación de simulación en el elemento subjetivo del contrato de sociedad de X, SA, es el siguiente: (1) la matriz estadounidense (X, INC) comenzó la repatriación masiva de beneficios en 1995, (2) la filial española, X, SA, también distribuyó elevados dividendos durante el período de comprobación. (3) De haber sido distribuidos *directamente* a EE UU, los citados dividendos habrían soportado una tributación en la fuente del 10 por 100 (*ex* CDI España-EE UU). (4) Por otro lado, Y, LDT fue domiciliada en Holanda en 1995 (precisamente coincidiendo con la citada repatriación masiva de dividendos a EE UU), lo que tuvo como consecuencia tributaria directa una reducción del coste fiscal de la operación, pues la repatriación de dividendos desde Países Bajos está sujeta a un tipo del 5 por 100 (CDI, Países Bajos-EE UU), encontrándose a su vez exenta la que se produce de España a Países Bajos. (5) Es así evidente la existencia de una *mayor ventaja* tributaria de esta estructura, frente a la que hubiera arrojado una estructura *directa* , sin intermediación de las filiales neerlandesas. De todo lo anterior deduce la inspección la existencia de « *un caso de simulación de negocios jurídicos, en concreto, de*

simulación relativa ».

El razonamiento de la inspección, empero, no resulta sencillo de comprender, pues no termina de quedar claro qué es simulado, y qué está siendo encubierto. Se afirma así que el negocio disimulado sería el de la sociedad unipersonal X, SA, pero *al mismo tiempo*, se afirma que se ha encubierto otro distinto: contrato de sociedad de X, SA, con un único socio: la matriz «real», no simulada, X, INC, quien en definitiva, es la titular indirecta del 100% de las acciones y perceptora final de los dividendos por la primera sociedad (negocio disimulado). Todo ello, finaliza la inspección, en violación de la Ley, si bien sólo menciona el CDI (entendemos que se refiere al de España-EE UU).

Además de no resultar sencillo de comprender, el razonamiento de la inspección parece girar en torno a la ventaja tributaria, cuya existencia como sabemos, no es suficiente a efectos de considerar una determinada operación como abusiva, ni como simulada.

4 . Aplicación del artículo 25 LGT (1963)

Por todo ello, se considera aplicable el artículo 25 LGT/1963 (actual artículo 16 LGT/2003) donde se establece que « *en los actos o negocios en los que se produzca la existencia de simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes, con independencia de las formas o denominaciones jurídicas utilizadas por los interesados* ». De esta forma, estima la inspección que los dividendos deberán tributar según lo establecido en el CDI España-EE UU.

2.3 . La respuesta del contribuyente y el acto de liquidación emitido por el Inspector-Jefe

El principal argumento en contra esgrimido por el contribuyente consiste en negar la simulación. Por ello, afirma no tener sentido la aplicación del CDI entre España y EE UU ya que las operaciones se habían realizado entre una sociedad española y una holandesa. La norma aplicable, por lo tanto, sería la Directiva matriz-filial, o en último caso, el CDI entre España y Holanda si es que las autoridades tributarias entienden inaplicable el régimen de la citada Directiva.

El inspector-jefe solicitó la asistencia del equipo de tributación internacional de la Oficina Nacional de inspección (ONI, en adelante), que dictó un informe concluyendo que sí debe ser aplicable el CDI España-Países Bajos. Se procede así a rectificar la propuesta inspectora, de manera que si bien resulta procedente practicar la regularización indicada por la inspección, esto debe realizarse al tipo limitado de gravamen que resulta de la aplicación del Convenio hispano-neerlandés, esto es al 5 por 100, en lugar del 10 por 100 que hubiera resultado de la aplicación del Convenio hispano-estadounidense.

2.4 . Los argumentos del contribuyente en su reclamación ante el TEAC

El contribuyente disiente de todo lo anterior e interpone la correspondiente reclamación ante el TEAC. La argumentación de dicha reclamación pivota en torno a la aplicación, que el contribuyente entiende procedente, del régimen de exención de dividendos derivado del citado artículo 5 de la Directiva Matriz-Filial incorporada a nuestro derecho interno a través del artículo 13.1.g) de la LIRNR.

Dicho precepto [también en su dicción actual, artículo 14.1.g) TRLIRNR] contiene tres vías de escape (las denominadas «puertos seguros», *safe harbours*) para aquellos casos en los que, como el

que nos ocupa, la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se ostente por una sociedad no residente en la Unión Europea. Recordemos que las vías de escape son,

(a) que la sociedad matriz realice efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad de la filial, o

(b) que tenga por objeto la dirección y gestión de la sociedad filial mediante la adecuada organización de medios materiales y personales, o

(c) que se pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen especial.

El contribuyente, X, SA, alega que en el presente caso se cumplen las tres cláusulas de escape a la excepción de la regla general de inaplicabilidad de la Directiva Matriz-Filial, aunque bastaría con se cumpliera una de ellas. De hecho, el cumplimiento de tales requisitos viene refrendado por un informe técnico aportado al escrito de alegaciones³.

³ Según consta en el texto de la Resolución, las circunstancias citadas quedarían acreditadas por los siguientes extremos: (1) La matriz holandesa efectúa la gestión de la tesorería de X, SA, y participa en los procesos empleados por ésta en la fabricación de productos químicos aromáticos. La primera de las actividades incluye la gestión de los acuerdos bancarios empleados para pagar a proveedores, planificación de flujos financieros, implantación del euro, consejos sobre la gestión y organización de préstamos de riesgo realizados a las sociedades filiales. La segunda actividad se viene desarrollando a través del ..., el cual informa trimestralmente sobre los proyectos en que se investiga y desarrolla (documentación aportada a la Inspección en su momento). (2) En cuanto al segundo requisito, se aportó al actuario en fecha 7 de octubre de 2002 la siguiente documentación: (a) Relación de trabajadores de la entidad holandesa, así como descripción de las funciones encomendadas y duración del puesto de trabajo (b) Nóminas de trabajadores dados de alta en la entidad holandesa durante los ejercicios comprendidos entre 1995 y 2000, e (c) Informe de fecha 5 de febrero de 2001 de la inspección llevada a cabo por la Seguridad Social Z, BV en relación con los salarios satisfechos por la entidad a sus trabajadores desde 1996 hasta 1999 (d) Cartas de pago a la Seguridad Social holandesa (e) Documento en el que se describe el ... e informes trimestrales de la actividad desarrollada por el mismo. Por lo que se refiere al tercer requisito, la interesada alega que la matriz holandesa Y, LTD, se concibe por X, BV, para desarrollar los procesos útiles para la creación de nuevos productos y mejorar y modificar los procesos ya existentes en la rama de ... Para ello se requieren especialistas ... con experiencia y conocimientos en la rama de ..., encontrándose la mayor parte de los mismos en el triángulo Holanda-Francia-Alemania.

2.5 . La Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central

En relación con el tema que aquí nos interesa, el régimen jurídico de los citados dividendos, el TEAC finaliza por seguir el criterio de la ONI y confirmar la conclusión final de la inspección, la aplicación del CDI España-Países Bajos. No obstante, la conclusión del TEAC se sustenta en motivos parcialmente distintos a los que inicialmente habían sido objeto de discusión.

Tras reproducir, en su FJ. 6, la normativa aplicable al caso, (anterior artículo 13 LIRNR), donde se contiene la norma española que transpone la citada Directiva, y relatarla nuevamente, aunque de forma más resumida y sucinta en el FJ. 7, finalmente entra en el fondo del problema en su FJ. 8, para afirmar que X, SA no ha acreditado de forma suficiente la concurrencia de las tres cláusulas de escape o requisitos ya citados. Se aparta así claramente del criterio inicialmente sostenido por la inspección, para quien la matriz neerlandesa era el equivalente a una sociedad fantasma que debía ser ignorada en España a efectos tributarios. El TEAC acepta el criterio resultante del informe del equipo de Fiscalidad Internacional de la ONI (que también fue seguido en cierta medida por el Inspector-Jefe cuando dictó la liquidación tributaria); se considera, por tanto, que la sociedad neerlandesa sí tendría

sustancia, al menos si atendemos a la conclusión de considerar aplicable el citado CDI España-Países Bajos. Es de especial interés, a los efectos de este trabajo, examinar la interpretación que realiza el TEAC de las citadas cláusulas de escape, que analiza separadamente para desestimar su aplicación en el caso:

En relación con la primera, relativa a que la matriz realice una actividad económica directamente relacionada con la de la filial, el Tribunal desestima dicha vinculación rechazando los argumentos del contribuyente, por entender que la actividad de la matriz holandesa *« no supone más que un puente entre los laboratorios de Investigación y Desarrollo existentes en EE UU y algunas plantas productivas, prestando su ayuda muy ocasionalmente en las mejoras de los procesos ya en producción o en la puesta en marcha de la producción de nuevos productos pero siempre según las instrucciones de los laboratorios centrales del Grupo. Incluso, en los informes de la Inspección se pone de manifiesto que el ... presta sus servicios también a otras entidades del Grupo que no son filiales de Y, LTD »*.

La segunda cláusula, que exige que la actividad de la matriz tenga por objeto la dirección o gestión de la sociedad filial mediante la adecuada organización de medios materiales o personales, es también rechazada por no entenderse suficientemente probada su concurrencia. Ello se justifica en que el sistema informático, la contabilidad y los documentos relativos a la gestión de la entidad se encuentran en las propias dependencias de la filial española, sin que a estos efectos considere el Tribunal necesario tener en cuenta las pruebas aportadas relativas a la plantilla de la matriz holandesa.

Finalmente, también se considera incumplida la última cláusula de escape, que exige que el contribuyente pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto en la presente letra. El elemento central del razonamiento del TEAC es que dicha sustancia económica no ha quedado acreditada *porque tampoco lo han sido las dos anteriores*. Se establece por lo tanto una relación de causalidad entre las cláusulas, de forma que las tres quedan vinculadas mediante un silogismo cuyo encaje en el texto de la norma nos parece dudoso. En concreto, afirma el TEAC: *« En consecuencia, resultando demostrado que las relaciones entre la filial y la matriz carecen de fundamento empresarial o de gestión, se llega a la conclusión de que la interesada no ha logrado demostrar que la matriz haya sido constituida por motivos económicos válidos, no resultando acreditado por tanto el cumplimiento del tercer requisito antes citado »*.

De lo anterior deduce el Tribunal la inaplicabilidad de la exención derivada del régimen de la Directiva, si bien considera aplicable el CDI suscrito entre España y los Países Bajos, lo que tiene como principal consecuencia jurídica la aplicación del tipo del 5 por 100 sobre la percepción de los dividendos. Es decir, la matriz neerlandesa, cuya sustancia económica no habría quedado acreditada a efectos del régimen de la Directiva, sí se considera de suficiente entidad a efectos de aplicar el citado CDI.

3 . Comentario de la Resolución y la norma anti-abuso: consecuencias desde la perspectiva comunitaria

La presente Resolución del TEAC merece un detenido comentario, pues plantea cuestiones que afectan a un amplio abanico de materias. Más allá del supuesto de hecho concreto, cuyo interés es también evidente, la interpretación del TEAC a la norma específica anti-elusión contenida en el TRLIRNR , así como la construcción del propio precepto, nos plantean algunas dudas de compatibilidad con el marco jurídico comunitario. Dichas dudas se pueden ver además seriamente agudizadas si se tienen en cuenta los últimos desarrollos jurisprudenciales en el citado marco jurídico;

en este sentido, los mayores problemas de compatibilidad del art.14.1.g) TRLIRNR con el Derecho Comunitario resultarían de la interpretación que de tal precepto han realizado las autoridades fiscales españolas y el propio TEAC.

Adicionalmente, el supuesto presenta también cierto interés por cuanto pone de manifiesto la persistencia de una cierta confusión en torno a los conceptos de fraude y simulación en la doctrina del TEAC. Esto tiene relevancia más allá de la propia norma especial anti-abuso, contenida en el TRLIRNR, pues puede dar una pista acerca de cómo se interpretará el resto de normas, y en particular, la citada cláusula general anti-fraude (« *norma de conflicto* ») incorporada tras la última reforma a la LGT, en su artículo 15 .

3.1 . Fraude de ley y simulación

La distinción entre fraude de ley y simulación, aunque relativamente clara en la teoría⁴, resulta en la práctica especialmente ardua debido a que, *mutatis mutandi* , en ambos casos se produce un cierto engaño. Si bien en la simulación el engaño es total, pudiéndose referir a distintos aspectos de la operación, en el caso del fraude es más sutil, pues se refiere básicamente a la razón o propósito que justifica la adopción de una determinada forma jurídica. La conducta en fraude, en tanto que implica la adopción una serie de actos o negocios, el montaje de una estructura jurídica determinada, no genera un engaño directo sino una falta de claridad o confusión generalizada, que se concreta en el hecho de que se utiliza un instrumento jurídico o forma cuyos efectos típicos y naturales no se quieren, siendo sólo buscadas sus posibles ventajas tributarias⁵. Sin duda es este aspecto el que en mayor medida acerca ambas figuras, pues en suma se trata únicamente de ubicar el engaño en la utilización de una forma artificiosa (fraude), o en una burda ocultación de un negocio por otro (simulación). Esto explica, por ejemplo, que en Estados Unidos y en Inglaterra las tesis del « *sham* » (simulación) y del « *business purpose test* » (examen del propósito comercial) hayan estado tan cercanas⁶, confusión que también se ha debido a que con frecuencia la jurisprudencia norteamericana ha utilizado un concepto amplio de simulación (*sham*) para recalificar algunos casos carentes de todo sentido económico⁷. Al margen de esto, y habida cuenta de la cercanía práctica de ambas figuras, en muchos casos la distinción entre simulación y fraude de ley será un problema de prueba.

4 ZORNOZA PÉREZ«La simulación en Derecho Tributario», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* , núm. 16, 3ª época, septiembre 2000, pg. 182;GARCÍA NOVOA, *La cláusula antielusiva* . Madrid: Marcial Pons, 2004;RUIZ ALMENDRAL;ZORNOZA PÉREZ, «Interpretación, calificación, integración y medidas anti-elusión en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria». *Estudios de Derecho Judicial* , núm. 57/2005 (número monográfico titulado *La reforma de la Ley General Tributaria* , pgs. 1-74.

5 PALAO TABOADA«Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria». *Crónica Tributaria* , núm. 98/2001, pg. 133.

6 NEVERMANN *Justiz und Steuerumgehung (Ein kritischer Vergleich der Haltung der Dritten Gewalt zu kreativer steuerlicher Gestaltung in Großbritannien und Deutschland)* . Berlín: Duncker & Humblot, 1994, pgs. 127 y ss.

7 En relación con dicho *test* del propósito o motivos comerciales, debe verse: AVERY JONES, John F., WARD, David A., *et al.* . «The Business purpose test and abuse of rights». *British Tax Review* , núm. 2/1985, pg. 70 (y nota a pie núm. 4). Así, la « *sham-transaction doctrine* » , también denominada « *economic-substance doctrine* »; *vid.* casos: *United Parcel Service of America, Inc. v. Commissioner* , 254 F.3d 1014, 1015, 1018 [11th Cir. 2001], donde con ayuda de un *business purpose test* , se concluye la ausencia de todo sentido económico de las operaciones. *Vid.* también los casos *Nicole Rose Corp. v. Commissioner* , 320 F.3d 282, 284 [2nd Cir. 2003]; *Zmuda v. Commissioner* , 731 F.2d 1417 [9th Cir. 1984]. Finalmente, en la jurisprudencia norteamericana es frecuente encontrar casos donde se califica de simulación aquellos supuestos en que la operación carece totalmente de motivos económicos *distintos* del puro ahorro tributario, que por ello se considerada razonablemente la única

razón por la cual el contribuyente se embarcó en la operación. Esto es así claramente en *Rice's Toyota World, Inc. v. Commissioner*, 752 F.2nd 89, 91-92 (4th Cir. 1985).

En todo caso, la distinción sigue siendo de vital importancia en España, en especial debido a su diferente tratamiento jurídico, habida cuenta de la imposibilidad de imponer sanciones en los supuestos de fraude, lo que se extendería además al terreno penal, como viene sosteniendo la doctrina mayoritaria y ha refrendado recientemente el Tribunal Constitucional en su Sentencia 120/2005, de 10 de mayo ⁸.

⁸ El análisis de los problemas de sancionabilidad o no del fraude a la ley tributaria, y de su extensión o no al ámbito penal excedería del objeto de este trabajo. Baste señalar que la doctrina mayoritaria española es contraria a dicha punibilidad, fundamentalmente por entender que en el fraude la norma eludida se aplica por analogía, de forma que no se cumpliría la tipicidad necesaria en el ámbito sancionador; sin ánimo de exhaustividad, véase en este sentido: FALCÓN Y TELLA, «El Anteproyecto de LGT y la técnica jurídica: definición de tributo, carga de la prueba y fraude de ley», núm. 6/7/2003; por el mismo autor, recientemente: «El fraude de ley o «conflicto en la aplicación de la norma» y el delito fiscal: la importante STC 10 mayo 2005 », *Quincena Fiscal*, 12/13, 2005 ; FERREIRO LAPATZA, «Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal». *Quincena Fiscal*, núm. 8/2001 ; y por el mismo autor: «El abuso en la aplicación de la norma tributaria en el Anteproyecto de Ley General Tributaria». *Quincena Fiscal*, núm. 11/2003 ; PALAO TABOADA «Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria», cit. pg. 137; GARCÍA NOVOA, *La cláusula antielusiva*, cit. entre otros. Además de la jurisprudencia allí citada, una postura doctrinal favorable a la imposición de sanciones en los supuestos de fraude a la ley tributaria puede verse en: BÁEZ MORENO; LÓPEZ LÓPEZ, «Nuevas perspectivas generales sobre la elusión fiscal y sus consecuencias en la derivación de responsabilidades penales: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2003». *Revista Estudios Financieros*, núm. 250/2004, y en: RUIZ ALMENDRAL; SEITZ, «El fraude a la ley tributaria (análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana)». *Revista Estudios Financieros*, no. 257-258/2004.

Por otro lado, la distinción es también importante porque, si hay simulación, la estructura simulada no desplegará ningún efecto en el ámbito jurídico-tributario, sin que ello tenga por qué afectar al plano jurídico-privado. Ahora bien, la declaración de simulación sí debería desplegar sus efectos sobre *todo* el ámbito tributario, con independencia de la procedencia de la norma que deba ser aplicable (CDI, Directiva, Leyes nacionales, etc.). No es ésta la conclusión alcanzada por el TEAC, que parece apreciar simulación a efectos de la aplicación de la Directiva cuando considera que la sociedad neerlandesa no se ha constituido por motivos económicos válidos; sin embargo, el mismo TEAC no extiende su razonamiento simulatorio a la aplicación del CDI España-Países Bajos por parte de la misma sociedad neerlandesa. El motivo seguramente radica, en nuestra opinión, en que el razonamiento de la inspección es *materialmente* un razonamiento de fraude a la ley tributaria. En realidad no se considera que la sociedad holandesa sea simulada, lo que se cuestiona es que se utilice para obtener una ventaja tributaria contenida en la Directiva. Por eso, nada impide a la inspección aplicar el CDI España-Países Bajos, lo cual habría sido imposible de haberse apreciado simulación. En todo caso, la argumentación del Tribunal nos plantea bastantes cuestiones, que trataremos de dilucidar en las páginas que siguen.

3.2 . La interpretación de la norma española anti Directive-Shopping

Entrando ya en el análisis de la concreta norma anti-abuso que nos ocupa, conviene adelantar nuestra conclusión: no podemos compartir la interpretación del artículo 13.1.g) LIRNR (actual 14.1.h) TRLIRNR) llevada a cabo por el TEAC en esta Resolución . La misma nos parece discutible porque la norma es objeto de una interpretación estricta, y posiblemente también inadecuada a su sentido y finalidad. Esto plantea al mismo tiempo, como veremos, ciertos problemas de compatibilidad con el Derecho Comunitario, que serán examinados más adelante.

En primer lugar, el entendimiento inadecuado de la norma anti-abuso por el TEAC viene dado, a

nuestro entender, porque se interpretan los tres requisitos o cláusulas de escape (*safe harbours*) de forma *cumulativa* , siendo así que, por el contrario, del texto de la norma se infiere su relación *alternativa* , lo que en su dicción literal se expresa mediante el empleo de la conjunción disyuntiva «o». De esta manera, la exención de la distribución de dividendos no será aplicable cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea. Pero dicha regla encuentra tres excepciones: « *excepto cuando aquélla realice efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad empresarial desarrollada por la sociedad filial o tenga por objeto la dirección y gestión de la sociedad filial mediante la adecuada organización de medios materiales y personales o pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto [la exención]* ». Basta por tanto el cumplimiento de uno sólo de los tres requisitos para que pueda ser de aplicación la exención tributaria.

Asimismo, en segundo lugar, el Tribunal lleva a cabo una interpretación de las citadas cláusulas de escape que en nuestra opinión resulta excesivamente literal, o estricta. La finalidad última de la norma anti-abuso no es otra que la de evitar que sociedades «fantasma», sin sustancia económica ni fin comercial alguno, puedan servir de instrumento para que empresas domiciliadas en terceros Estados (no europeos), terminen por beneficiarse de las exenciones establecidas en la Directiva matriz-filial, (incurriendo así en *Directive-shopping*). De ahí que las cláusulas de salvamento específicas hagan hincapié precisamente en determinar si dicha sociedad no residente realiza efectivamente una actividad económica que merezca la protección de la Directiva.

En buena lógica, por lo tanto, las cláusulas de escape citadas tienen una naturaleza *interpretativa* en relación con la norma anti-abuso. Su finalidad radica en prevenir una aplicación excesivamente estricta de dicha cláusula, pues ello conduciría a negar el beneficio fiscal en cualquier caso en el que la empresa domiciliada en la Unión Europea esté participada por otra no Europea. Por eso, parece más coherente llevar a cabo una interpretación más laxa, (o más estricta, según se mire), de forma que se denieguen dichos beneficios únicamente cuando la sociedad situada en la Unión sea efectivamente una sociedad sin sustancia o actividad económica alguna.

Pero no ha sido ésta la interpretación seguida por el TEAC, que pese a admitir que la primera filial neerlandesa no era una sociedad simulada, como había sostenido inicialmente la inspección, deniega igualmente la aplicación de los beneficios de la Directiva. De prosperar esta interpretación, terminarían por excluirse del régimen de la Directiva la distribución de dividendos de sociedades españolas a empresas situadas en la Unión Europea pero controladas por no residentes en la Unión en un gran número de casos. Tanto la forma de interpretar las normas anti-abuso, como su resultado final, nos parecen difícilmente compatibles con el espíritu y finalidad de la citada Directiva.

3.3 . La asimétrica interpretación de las normas anti-abuso

Además de la interpretación de la norma española anti-abuso, un segundo aspecto destacable de la Resolución es la asimétrica interpretación que se lleva a cabo de la normativa anti-fraude. Adelantando conclusiones, el principal efecto de tal asimetría es que dichas normas anti-abuso reciben una interpretación distinta, y más o menos estricta, en función de cuál sea el beneficio o ventaja fiscal pretendidos.

Para que sea de aplicación el CDI España-Países Bajos es necesario determinar si la matriz holandesa es la beneficiaria efectiva de dichos dividendos. Por otro lado, para que sea de aplicación el

régimen de la Directiva Matriz-Filial es preciso, *inter alia*, la verificación de que efectivamente la distribución de dividendos tiene lugar en la Unión Europea, de ahí todas las cláusulas de escape establecidas para los supuestos en que hay una participación por un tercer Estado. Pues bien, podría decirse que ambas reglas son esencialmente iguales: se trata simplemente de garantizar que recibe el tratamiento tributario –el *Withholding Tax* en el caso del CDI, la exención en el caso de la Directiva– la persona que realiza el hecho imponible definido por la norma. Son así normas equivalentes, aunque los supuestos de aplicación sean diferentes.

Sin embargo, el TEAC despliega un razonamiento sustancialmente diferente en función de cada una de ellas. La razón fundamental por la que se deniega el régimen de la Directiva es porque se entiende que la matriz neerlandesa no es el beneficiario final (*beneficial owner*) de los dividendos. En tanto que se encuentra participada y está controlada por no residentes, se considera que ni desarrolla una actividad económica ligada con la de la filial, ni satisface el test de motivos económicos válidos. Al margen de la crítica que esta última vinculación lógica merece, a la que se le dedica atención más adelante, interesa resaltar ahora que lo anterior no impide al TEAC considerar que la matriz neerlandesa no es una sociedad simulada, sino una residente de Países Bajos que es además la beneficiaria efectiva de los dividendos y que, en consecuencia, puede reclamar legítimamente los beneficios del Convenio hispano-neerlandesa. Dicho con otras palabras, la sociedad neerlandesa no se considera *de suficiente entidad* a los efectos de aplicación del régimen de Matriz-Filial, pero sí, sin embargo, a los efectos de la aplicación del CDI España-Países Bajos. El umbral de fraude es, por tanto, asimétrico en función de que se aplique una norma u otra.

Tal asimetría plantea numerosos problemas. Sin ánimo de exhaustividad, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, genera cierta confusión acerca de qué criterios interpretativos deben ser aplicables a cada supuesto, y a qué obedecen las diferencias. Entre otras consideraciones, tal diferente tratamiento podría plantear un problema desde la perspectiva del principio de no discriminación. En este sentido, los tribunales alemanes han reiterado que una norma general anti-abuso no puede ser interpretada de forma diferente cuando se aplica a transacciones internas o internacionales, pues eso sería contrario al principio de no discriminación en la Unión Europea⁹. Por otro lado, y como se verá en detalle más adelante, también los tribunales de aquel país han sentado tempranamente que ni la obtención de rentas pasivas, ni la traslación o colocación de rentas en una sociedad en el extranjero pueden ser consideradas, *per se*, como fraude de ley tributaria. Para merecer tal calificación deben darse condiciones adicionales, como que la sociedad se califique como «fantasma», (por ej. sociedades sin personal, medios, teléfono, etc.) o que no haya ninguna razón económica ni de otra clase que justifique su interposición en el extranjero, lo que siempre será el caso cuando ésta no desempeñe ninguna tarea propia o con sustancia ni participe en el tráfico comercial normal¹⁰.

9 Sentencia del *Bundesfinanzhof* (en adelante, BFH) de 25.02.2004; véase en este sentido: EHLERMANN; NAKHAI, «German Court clarifies taxation of interposing EU companies», *Tax Notes International*, 9 August 2004, pgs. 496 y ss.; YTHÖMMES; NAKHAI, «New Case Law on Anti-Abuse provisions in Germany», *Intertax*, vol. 33, núm. 2, 2005, pgs. 74 y ss. Todas las Sentencias del BFH, desde 1997, pueden verse en: www.bundesfinanzhof.de.

10 En este sentido, y entre otras: BFH de 29.07.1976, BStBI II 1977, 261; de 19.01.2000, BStBI II 2001, 222; de 20.03.2002, BStBI II 2003, 50, 53 (estas dos últimas disponibles en la página web *supra* citada, el resto, en el Tomo II de las recopilaciones del *BundesSteuerBlatt* -BStBI-, por donde se citan).

Finalmente, esta forma de razonar del TEAC podría plantear también problemas desde una perspectiva puramente interna, pues entronca con la propia interpretación de las normas anti-abuso, como veremos en las próximas páginas.

3.4 . Una reflexión sobre la relación entre las normas generales y especiales anti-fraude

Un tercer aspecto relevante de la Resolución, que trasciende igualmente el caso concreto en ella decidido, es la forma de interpretar la relación entre las normas general y las especiales anti-fraude. Nótese que, pese a la existencia de una norma especial como la contenida en el TRLIRNR, la inspección no tiene ningún problema en entender aplicable el entonces artículo 25 LGT (actual artículo 16), que contiene una norma general anti-abuso referida a los supuestos de simulación. Dicha relación entre normas merece un comentario, pues de una adecuada coordinación entre las normas especiales y las generales depende también una lucha eficaz y efectiva contra el fraude a la ley tributaria. Como es sabido, este problema es especialmente complicado cuando se trata de aplicar la norma general anti-abuso a un supuesto internacional, donde hay varios ordenamientos, y normalmente también varias normas posibles anti-abuso en liza, así como un contexto fáctico normalmente más complejo.

En la doctrina es generalmente aceptado que las normas especiales anti-fraude desplazan a las generales¹¹. También de la errática jurisprudencia española sobre la materia puede extraerse una aplicación prioritaria de las normas especiales anti-abuso (como las referidas a Transparencia Fiscal Internacional/ *CFC*) sobre las generales¹², pero la cuestión dista de ser meridianamente clara, como muestra precisamente la Resolución aquí referida.

11 Vid. ZORNOZA PÉREZ «La simulación en Derecho Tributario», cit. pgs. 176, 177 y doctrina española allí citada.

12 Véase, por ejemplo la Resolución del TEAC de 26 de abril de 1989 y de 29 de marzo de 1995 . Ver al respecto MARTÍN JIMÉNEZ, «Las Medidas anti-elusivas/anti-abuso internas y los Convenios para la eliminación de la doble imposición», en *Las Medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario* , IEF, Madrid, 2002, pgs.147-148; DELGADO PACHECO, *Las Normas Antielusión en la Jurisprudencia Tributaria española* . Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2004, pg. 53.

Nótese que, en realidad, no hay estrictamente una imposibilidad *material* , técnico-jurídica, de aplicar la norma general anti-fraude a un supuesto internacional. La limitación es indirecta, y viene dada fundamentalmente por la mayor complejidad fáctica y jurídica que presenta la aplicación de norma general nacional a una operación o estructura internacional. En este sentido, y entre otros aspectos, debe tenerse en cuenta que el órgano nacional tributario que pretenda aplicar la norma general a una operación internacional tendrá un menor nivel de intermediación sobre los hechos, y deberá además enfrentarse a la interpretación de normas de derecho privado y tributarias de otro país (o internacionales: por ejemplo un CDI), lo cual sin duda complica el análisis. Éstas y otras razones han conducido a una tendencia prevalente consistente en la articulación de cláusulas específicas anti-abuso en relación con las operaciones transnacionales (como las cláusulas *CFC* o de transparencia fiscal internacional, las de limitación de beneficios o anti *Treaty-Shopping* , etc.).

En fin, la utilización de una norma especial anti-abuso facilita la propia interpretación del supuesto de hecho, pues se adapta a la realidad económica subyacente que se pretende gravar. Sirve así de hoja de ruta, tanto para contribuyentes como para la Administración, facilitando la tarea interpretativa. En efecto, mientras que la norma general anti-fraude, de carácter necesariamente más abstracto, precisa de una interpretación previa y detallada del supuesto de hecho, la norma especial ofrece una parte del camino ya recorrido, pues incluye parcialmente dicha interpretación, adaptada a la norma tributaria en concreto. Así por ejemplo, en el supuesto de la Directiva Matriz-Filial, el elemento relevante es la existencia de motivos económicos válidos, puesto que los beneficios fiscales relevantes se conceden precisamente para facilitar las transacciones internacionales. Pero es evidente que dicho análisis, una

especie de *business purpose test* , no siempre será útil en todos los casos de fraude, como se verá más abajo.

En todo caso, la relación norma general-especial no siempre resulta sencilla, pues cabe que el supuesto no sea realmente equivalente. Por ello, la norma especial deberá considerarse preferente únicamente cuando se trate del mismo supuesto o el mismo tipo de abuso. De no ser así, es perfectamente posible sostener la aplicación de la norma general anti-abuso¹³. Con carácter general, pueden surgir numerosos problemas de aplicación por los distintos objetivos perseguidos por unas y otras, por ejemplo porque, en línea de principio, las normas de Derecho tributario internacional no tienen como objetivo *prioritario* garantizar el justo reparto de la capacidad económica sino facilitar las transacciones económicas y distribuir el poder tributario entre los Estados¹⁴. Conviene a estos efectos recordar que las cláusulas generales anti-abuso, lejos de plantear problemas respecto de los principios constitucionales tributarios contribuyen a su protección. Precisamente por ello, allí donde tales cláusulas generales anti-abuso son cuestionadas o restringida su aplicación, lo que termina resultando afectado es una parte del núcleo duro de los ordenamientos tributarios. Ello es debido a que la normativa anti-fraude tiene como finalidad primaria garantizar la capacidad económica en su vertiente de igualdad (*Lastengerechtigkeit*) en la imposición, de ahí que pueda encuadrarse en el conjunto de normas tributarias cuya finalidad es hacer efectivo el principio de capacidad económica, y que la lucha contra esta clase de prácticas constituya una auténtica exigencia constitucional¹⁵.

13 Así lo ha confirmado, por ejemplo, la jurisprudencia del *Bundesfinanzhof* , entre otras en su Sentencia de 25.2.2004, (I R 42/02); véase en relación con esta Resolución, *inter alia* :RÄDLER;LAUSTERER;BLUMENBERG, «Tax abuse and EC law. Does the general application of the German Anti-Abuse Rule under section 42 of the German General Tax Act to German participations in Irish IFSC subsidiaries infringe community law?». *EC Tax Review* , núm. 2/1997, pgs. 99 y ss.

14 PASCHEN, *Steuerumgehung im nationalen und internationalen Steuerrecht* . Wiesbaden: Deutscher Universitäts-Verlag GmbH, 2001, pg. 4.

15 Véase:BARQUERO ESTEVAN, *La función del tributo en el Estado Social y Democrático de Derecho* . Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, pgs. 81 y ss. En la doctrina alemana, *inter alia* :TIPKE, *Die Steuerrechtsordnung* . Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt. Tomo III, 1993, pgs. 1330 y ss.;BIRK, *Steuerrecht I. Allgemeines Steuerrecht* . München: Verlag C. H. Beck, 1994, pgs. 106, 107;PASCHEN, *Steuerumgehung im nationalen und internationalen Steuerrecht* , cit. pg. 55. En la jurisprudencia constitucional véase también la sentencia alemana BVerfG de 02.10.1968 - 1 BvF 3/65, BVerfGE 24, 174, y las españolas: SSTC 76/1990, 46/2000 y 194/2000.

En fin, que esta cuestión no se encuentra pacíficamente resuelta lo demuestra la diversidad de las soluciones adoptadas por los diversos ordenamientos. Si bien es cierto que, como regla general, la norma especial anti-abuso dirigida a prevenirlo en el ámbito internacional (o europeo), es de aplicación preferente¹⁶, no es infrecuente que tal lógica sea invertida en ocasiones. Así por ejemplo, precisamente para permitir la aplicación de la norma general anti-abuso, se llevó a cabo una reforma del § 42 AO, con el objeto de incluir un segundo apartado, que establece que dicha norma general se aplicará salvo que una norma expresamente excluya dicha aplicación¹⁷. Aquella reforma recibió duras críticas por parte de la doctrina alemana, entre otras razones, por entenderse que atenta contra la lógica jurídica más básica y evidente, según la cual la norma especial debe aplicarse con preferencia a la general¹⁸. Esta cuestión ha suscitado también problemas en Canadá, donde hay una propuesta de reforma encaminada precisamente a permitir la aplicación de la norma general anti-abuso a contextos internacionales, regulados por CDI¹⁹.

16 Así es también en gran parte de los Estados de la OCDE, por ejemplo, EE UU, véase:SHEPPARD, «Why the US IRS should argue the Statute first», *Tax Notes International* , 30 July 2001, pgs. 550 y ss.

17 Véase al respecto: KRAMMER, «Tax Avoidance, Tax Evasion, and Tax Fraud-German National Rules», *Tax Notes International*, 27 agosto 2001, pgs. 1095-1096. RUIZ ALMENDRAL, SEITZ, «El fraude a la ley tributaria, cit.

18 Véase duras críticas, *inter alia*, en: CLAUSEN, «Struktur und Rechtsfolgen des § 42 AO». *Der Betrieb*. Heft 30, von 25.07.2003. Este problema ha sido parcialmente resuelto por la Sentencia del BFH de 25.2.2004 (I R 42/02), donde se confirman las relaciones entre el artículo 42 AO y los artículos 7 y ss. de la *Au_ensteuergesetz* (AstG), de manera que esta segunda es la norma *especial* anti-abuso, y por lo tanto debe ser aplicada preferentemente. Esto tiene relevancia porque de esta manera el BFH confirma su jurisprudencia anterior en esta materia, y zanja la polémica de la modificación de dicho precepto cuya finalidad última había sido, precisamente, propiciar la aplicación del 42.1 en todo caso, en contra del criterio manifestado por el propio BFH, *inter alia*, en sentencias de 20.03.2002 (I R 63/99), de 20.03.2003 (I R 38/00) o de 23.10.2002 (I R 39/01). Véase RUIZ ALMENDRAL, SEITZ, «El fraude a la ley tributaria», cit.; y RUIZ ALMENDRAL; SEITZ, «Die neue spanische Umgehungsvorschrift des Artículo 15 Ley General Tributaria (LGT) -Ist der deutsche §42 AO als Vorbild geeignet?». *Steuer und Wirtschaft*, núm. 4/2004, pgs. 331 y ss.

19 La norma canadiense está contenida en el artículo 245 de la Ley del Impuesto sobre la Renta [*Income Tax Act (Statutes Canada 1970, chapter 63)*]. En relación con la propuesta citada véase, *inter alia*: CHAI, «An overview of Canada's proposed extension of GAAR to tax treaties», *Tax Notes International*, December 6 2004, pgs. 865 y ss.; y BERNSTEIN, «GAAR and Treaty Shopping: An International Perspective», *Tax Notes International*, March 21, 2005, pgs. 1107 y ss.

4 . Análisis de la norma española anti Directive-Shopping a la luz del Derecho Comunitario

Como adelantábamos al principio, la Resolución del TEAC constituye una buena ocasión para reflexionar acerca de la propia norma anti-abuso contenida en el TRLIRNR a la luz del Derecho comunitario, pues el caso sirve para poner de manifiesto la panoplia de problemas que surgen en este tipo de supuestos. En este sentido, es posible distinguir entre un antes y un después en la interpretación de dicha norma, contenida originalmente en el artículo 1.2 de la Directiva de matrices y filiales, a partir de la STJCE *Denkavit*. Aunque, en nuestra opinión, la actual norma española es seguramente incompatible con ambos momentos interpretativos, tras la citada Sentencia dicha incompatibilidad resulta más evidente.

4.1 . La interpretación tradicional de la norma anti-abuso contenida en la Directiva matriz-filial

Tradicionalmente, se ha interpretado que la Directiva matriz-filial contiene dos tipos de cláusulas anti-abuso, una general y varias específicas²⁰. La general es en realidad una remisión, y está contenida en el artículo 1.2 de la Directiva, que establece que la misma « *no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos* ». El precepto contendría una autorización a los Estados miembros de establecer y aplicar normas específicas y generales para evitar el abuso del régimen previsto en la Directiva. Al parecer, tal precepto fue introducido durante las deliberaciones del ECOFIN con el objeto de que las autoridades de los Estados miembros pudieran aplicar tanto sus disposiciones generales como sus principios generales anti-abuso *para evitar el abuso de las disposiciones de la Directiva*²¹. Desde esta perspectiva, no habría una incompatibilidad evidente entre el citado precepto del TRLIRNR y la Directiva.

20 En este sentido: FARMER; LYAL, *EC Tax Law*, Clarendon Press, London, 1994, pgs. 256-261; VAN DER GELD, «Some general problems in the implementation of the Parent-Subsidiary Directive», *EC Tax Review*, núm. 4, 1992, pgs. 227 y ss.; y DE HOSSON; VAN NOORDENNE, «Current status of the implementation of the direct tax directives», *EC Tax Review*, núm. 3, 1992, pgs. 162-163.

21 DE HOSSON, F., «The Parent-Subsidiaries Directive», *Intertax*, 1990, pg.427.

Sin embargo, se ha sostenido que la Directiva no permitiría a los Estados miembros estipular que la participación del 25 por 100²² del período de mantenimiento de la matriz y la filial deba tener en sí mismo un fin económico distinto de la mera tenencia de activos (*passive investment purposes*)²³. Por otro lado, también se ha afirmado que una norma anti *Directive-Shopping* podría exigir la existencia de una conexión entre la matriz (controlada por un no residente en la UE) que invoca el beneficio de la Directiva y el territorio del Estado miembro donde tiene su residencia fiscal. En todo caso, tal norma anti-abuso nacional sólo sería compatible con el Derecho comunitario si el factor de conexión pivotara en torno a la existencia (a su prevención) de finalidades puramente artificiosas y ajenas al objeto y finalidad de la normativa comunitaria que se pretende aplicar. Es decir, como ha señalado el B.TERRA²⁴, a partir de la jurisprudencia del TJCE se puede concluir que los Estados miembros podrían denegar la aplicación del Derecho comunitario únicamente en estos supuestos; (1) cuando puedan probar que el operador económico que solicita su aplicación está intentando obtener, de forma artificiosa, un tratamiento tributario (normalmente ventajoso) que no le corresponde, y; (2) el resultado de la aplicación del Derecho comunitario sería totalmente ajeno al objetivo y finalidad de la norma comunitaria invocada.

22 Nótese que la Directiva 2003/123/CE redujo el umbral de participación establecido por la anterior, 90/435/EEC, del 25 al 10 por cien, si bien dicha reducción debe ser implantada de manera gradual.

23 TERRA;WATTEL, *European Tax Law*, Kluwer, Deventer, 2001, pg. 346. Es dudoso, por otro lado, que las sociedades holding de la UE que sean controladas por no residentes en la UE puedan invocar la presente Directiva en aquellos supuestos en que tengan un nivel muy bajo de actividad económica o sustancia. El principal problema en liza es si la sociedad holding controlada por un no residente en la UE mantiene una vinculación económica de cierta continuidad con el territorio de residencia europea de su filial.

24 TERRA;WATTEL, *European Tax Law*, cit. pg. 368. Ver también al respecto:WEBER, «A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive», *EC Tax Review*, núm. 2, 1996, pgs. 63 y ss.

Quizá de lo anterior resulte que la compatibilidad de la norma española con el marco comunitario en que pretende ser aplicada es algo más dudosa. Es posible admitir, no obstante, que esta interpretación no es meridianamente clara y por lo tanto puede ser sujeta a múltiples matices. Las cosas son, empero, distintas, a la luz de la jurisprudencia más reciente del TJCE. En particular, consideramos que tras la sentencia del Tribunal de Justicia CEE en el caso *Denkavit* puede mantenerse una interpretación más radical respecto de la compatibilidad de las normas anti-abuso nacionales con la Directiva Matriz-Filial. Tal cuestión es analizada en el siguiente epígrafe.

4.2 . Consecuencias de la Sentencia Denkavit para las normas españolas anti-abuso

4.2.1 . Consecuencias para las normas anti-abuso

Ciertamente, tras las conclusiones del TJCE en su sentencia de 17 de octubre de 1996, caso *Denkavit*²⁵, las anteriores afirmaciones deben ser sometidas a una severa reflexión, pues la compatibilidad de la norma española con el propósito y finalidad de dicha Directiva no es nada evidente, debido a varias razones:

25 Asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94. Sobre los efectos de esta jurisprudencia para el ordenamiento jurídico-tributario español, en general, véase:CAAMAÑO;CALDERÓN;MARTÍN, *Jurisprudencia Tributaria del TJCE*, vol. 2, Madrid: La Ley, 2001, pgs. 427 y ss.

En primer lugar, en este caso el TJCE realiza una relevante afirmación en relación con la naturaleza y función del artículo 1.2 de la Directiva que, en nuestra opinión, no ha recibido suficiente atención. Siguiendo la interpretación más tradicional, *supra* referida, el *Bundesamt* y el Gobierno alemán habían sostenido durante el procedimiento que el citado precepto autorizaba a los Estados a aplicar sus propias cláusulas anti-abuso en casos que recayeran en el ámbito de la Directiva. Pues bien, el Tribunal rechaza lo que hasta ese momento había sido generalmente aceptado y afirma de forma clara que « *el apartado 2 del artículo 1 de la Directiva constituye una disposición de principio, cuyo contenido se explicita en detalle en el apartado 2 del artículo 3 de la misma Directiva . Así, la finalidad de esta última disposición es en particular [...] combatir los abusos resultantes de la adquisición de participaciones en el capital de sociedades con el único fin de beneficiarse de las ventajas fiscales previstas, y sin que tales participaciones vayan a ser duraderas. Por ello , no es oportuno recurrir al apartado 2 del artículo 1 para interpretar el apartado 2 del artículo 3* » (párr. 31, el subrayado es nuestro).

En otras palabras, el Tribunal niega que dicho precepto constituya una cláusula general anti-abuso y la conecta directamente con el artículo 3.2 de la norma, que autoriza a los Estados miembros a no aplicar la misma « *a aquéllas de sus sociedades que no conserven, durante un período ininterrumpido de por lo menos dos años, una participación que dé derecho a la calidad de sociedad matriz, ni a las sociedades en las cuales una sociedad de otro Estado miembro no conserve, durante un periodo ininterrumpido de por lo menos dos años, una participación semejante* ». En la práctica, esta afirmación del TJCE supone una cierta «mutación» del concepto, al menos por relación a lo que se venía sosteniendo del artículo 1.2 de la Directiva Matriz-Filial como norma anti-abuso. Implica además una clara restricción a la aplicación de las normas nacionales con esta finalidad.

En segundo lugar, el TJCE hace especial hincapié en que las normas anti-abuso, sean estrictamente nacionales o derivadas de los CDI, están sujetas a importantes limitaciones o restricciones que derivan de los propios requisitos materiales establecidos para la aplicación del régimen de la Directiva. Para algunos autores, el razonamiento expresado en *Denkavit* implicaría la imposibilidad total de que las normas domésticas anti-abuso puedan ser aplicadas en el contexto de esta Directiva²⁶. Una opinión más matizada, que compartimos, defiende que tal pronunciamiento del TJCE se limitaría a establecer la aplicación prioritaria de las normas específicas anti-abuso establecidas en la propia Directiva, frente a las nacionales. Estas últimas deben partir de y tomar en cuenta los requisitos materiales establecidos en la norma comunitaria, como por ejemplo el referido al período de permanencia²⁷. Lo que en todo caso resulta evidente es que, en este contexto, la aplicación prioritaria de las normas anti-abuso establecidas en la Directiva y de sus normas materiales implica que éstas *predeterminan* la forma en que deberán ser configuradas, y posteriormente interpretadas y aplicadas, las normas nacionales.

26 En este sentido: KNOBBE-KEUK, «The EC corporate tax directives -anti-abuse provisions, direct effect, German implementation law». *Intertax* , núm. 8-9/1992, pg. 489.

27 En sentido similar: SCHÖN, *Die Auslegung europäischen Steuerrecht. Das harmonisierte Steuerrecht zwischen nationalem Zivilrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht* . Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1993, pgs. y ss. y; WEBER, «A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive», cit. pg. 64; WEBER, «The first steps of the ECJ concerning an abuse-doctrine in the field of harmonized direct taxes». *EC Tax Review* , núm. 1/1997, pg. 30; CALDERÓN, «Spain's Antiabuse Approach and ECJ Jurisprudence». *Tax Notes International* , September 12, 2005. Por otro lado, también se ha sostenido que la configuración del período de permanencia establecido en el artículo 3.2 es controvertido; en este sentido: GARCÍA PRATS, «Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho Comunitario», en *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios de doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario* , IEF, Madrid, 2002, pgs. 189 y ss.

En tercer lugar, del caso *Denkavit* puede concluirse que, como regla general, las normas nacionales anti-abuso que se aparten de los requisitos materiales establecidos en una Directiva no pueden ser aplicados en el ámbito de dicha Directiva. O dicho con otras palabras: las normas específicas anti-fraude contenidas en la Directiva operan como *lex specialis* que por lo tanto no impiden, pero sí restringen o limitan notablemente, la aplicación de las cláusulas anti-abuso nacionales, *siempre que se trate del mismo tipo de abuso*²⁸. Por ello, cuando una norma nacional anti-abuso tenga como objeto la prevención del *mismo tipo de abuso* a través de una *vía distinta* de la prevista en la Directiva, ésta será difícilmente compatible con el Derecho comunitario. En concreto, las normas antiabuso nacionales que se proyectan sobre *el mismo tipo de abuso* que las cláusulas previstas en la Directiva Matriz-Filial, no pueden articular condiciones o requisitos materiales más estrictos que estas últimas a los efectos de delimitar el ámbito de aplicación de la referida Directiva; en este sentido, la sentencia del TJCE en el caso *Denkavit* ha dejado meridianamente claro que tales cláusulas antiabuso nacionales no pueden ampararse en el artículo 1.2 de la Directiva Matriz-Filial para ampliar el ámbito de aplicación de disposiciones antiabuso previstas en tal norma de armonización comunitaria. Nótese igualmente que el referido precepto de la Directiva Matriz-Filial permite la aplicación de normas anti-abuso internas (o convencionales) « *que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos*»; a este respecto, no puede menos que destacarse los estrictos términos en los que está habilitada la aplicación de normas anti-abuso internas en el ámbito de la Directiva Matriz-Filial. En particular, el empleo del término « *necesarias*» (*required*) es especialmente indicativo de las especiales cautelas y proporcionalidad que debe presidir la aplicación de normas anti-abuso internas en este ámbito²⁹. Asimismo, consideramos que el artículo 1.2 sólo habilita la aplicación de normas para evitar abusos de la Directiva, pero no otro tipo de normas que tutelen otros intereses ajenos al objeto y fin de tal norma comunitaria.

28 Véase al respecto:HOENJET, «The Leur-Bloem judgement: the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger Directive». *EC Tax Review* , núm. 4/1997, pg. 212.WEBER, «A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive», cit. pgs. 68-69;THÖMMES; NAKHAI, «New Case Law on Anti-Abuse provisions in Germany», cit. pg. 78. Por otro lado, una regla similar había sido también expresada por el Tribunal en el caso *Knoors* (Asunto C-115/78)

29 En parecidos términos,THÖMMES, *EC Corporate Tax Law* , IBFD, 1992, 6.1.Comm.on Art. 1, pg.16.

Si se trata, por el contrario, de *otra forma de abuso* , también los requisitos del Derecho comunitario deberán ser estrictamente respetados, aunque su eficacia sobre la norma anti-abuso nacional se proyectará de forma diferente. En este último caso lo primordial será averiguar si la cláusula nacional interfiere con o distorsiona los requisitos materiales de la Directiva, o sus normas específicas anti-abuso. De todo lo anterior resulta evidente que las normas nacionales anti-fraude tienen su ámbito de aplicación notablemente restringido cuando pretenden ser aplicadas a los supuestos contemplados por la Directiva.

Pero esto no es exclusivo de la Directiva Matriz-Filial. Para comprender el alcance y la importancia de *Denkavit* es preciso ubicarla en el contexto de la jurisprudencia del TJCE en relación con la normativa anti-abuso. Las consecuencias de esta jurisprudencia, quizá en ocasiones pasadas por alto en nuestra doctrina, son mucho más amplias de lo que a primera vista podría pensarse con relación a nuestro ordenamiento jurídico-tributario y, en especial, a las normas anti-abuso, cuyo relevante papel en relación con la protección de los principios esenciales en materia tributaria ya ha sido resaltado *supra* .

En el caso que nos ocupa, es preciso tener en cuenta que sostener una interpretación restrictiva del artículo 1.2 de la Directiva Matriz-Filial, como la que podría deducirse de la citada jurisprudencia, tiene

todo tipo de consecuencias que van mucho más allá de la concreta cláusula anti-abuso aquí examinada. Por poner sólo un ejemplo, dicha jurisprudencia podría ser utilizada para restringir notablemente la aplicación de reglas nacionales anti-abuso contenidas en las legislaciones de los Estados miembros en la medida en que, en algunos casos, la aplicación de dichas cláusulas, que no tienen como finalidad principal evitar el abuso de la Directiva, pueden ser sin embargo contrarias a su finalidad y objetivos³⁰. Es decir, por mucho que se trate de normas «externas» al ámbito de la Directiva, su aplicación al mismo debe ser coherente con tal norma comunitaria³¹. Éste sería el caso, por ejemplo, de una cláusula anti-abuso nacional que excluyera la aplicación del beneficio de la Directiva Matriz-Filial a una distribución de dividendos a las matrices europeas que desempeñan buena parte de su actividad fuera de la Unión, sin articular a estos efectos ninguna cláusula de escape a favor del contribuyente. El establecimiento de una *bright red line* de este tipo sería sin duda contraria al Derecho comunitario, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE aquí citada. Dicho en otros términos, tras la sentencia *Denkavit* la aplicación de cláusulas antiabuso internas que previenen el fraude o la evasión en relación con lo previsto en la legislación tributaria nacional (que no está directamente conectada con las disposiciones de la Directiva), esto es, cláusulas nacionales *externas* respecto de las normas materiales de la Directiva Matriz-Filial, sólo pueden aplicarse en el marco de tal norma comunitaria de armonización cuando tales disposiciones internas no contravienen o distorsionan, directa o indirectamente, la finalidad y objeto de la Directiva.

30 En este sentido, AIGNEUR; SCHEUERLE; STEFANER, «General Report», en *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Kluwer, 2004, pgs. 51-52, consideran que la aplicación de las normas de TFI/CFC en el marco de la Directiva Matriz-Filial resulta contraria a las disposiciones, finalidad y objeto de tal norma comunitaria.

31 Se ha sostenido que de *Denkavit* resulta una interpretación restrictiva de la norma anti-abuso contenida en el artículo 1.2 de la Directiva matriz-filial; BROKELIND, «Ten years of application of the Parent-Subsidiary Directive», *EC Tax Review*, 2003-3, pgs. 159 y 162.

Ciertamente, una de las cuestiones que de inmediato se plantean sería la delimitación de lo que debe considerarse como « *cláusula externa* » a la Directiva; en principio, toda cláusula (interna o convencional) que se proyectara sobre el ámbito de aplicación de la Directiva Matriz-Filial y afectara, directa o indirectamente, al cumplimiento de su finalidad y objeto o lo distorsionara merecería la calificación de « *cláusula interna* ». Así, las normas sobre TFI o sobre subcapitalización³² dudosamente pueden calificarse como cláusulas externas a la Directiva Matriz-Filial³³. Sin embargo, podría mantenerse que las reglas de atribución de rentas (*allocation of income rules*) constituyen un ejemplo de cláusula nacional externa que podría ser aplicada en el marco de la Directiva Matriz-Filial.

32 En este sentido, debe señalarse que el Abogado General Mischo, en sus conclusiones al caso *Lankhorst* (C-324/00) sostuvo que las normas internas sobre subcapitalización no podían ser incluidas en la excepción establecida en el artículo 1.2 de la Directiva Matriz-Filial.

33 En estos dos casos (cláusulas de TFI y antisubcapitalización) el problema que plantea su carácter interno con respecto a la Directiva Matriz-Filial no conduce directamente a la exclusión de su aplicación en el ámbito cubierto por la Directiva. La incompatibilidad con la Directiva Matriz-Filial no surge de tal circunstancia, ni del carácter anti-abuso de tales normas, sino de los efectos resultantes de su aplicación en tal ámbito, esto es, la doble imposición residual que surge debido a que los dividendos imputados (o los intereses recalificados en dividendos) no reciben el trato que la Directiva dispensa a esta operación (no retención en la fuente y eliminación de la doble imposición económica en la residencia de la matriz) (en parecidos términos, THÖMMES, *EC Corporate Tax Law*, op. Cit., 6.1. Comm. on Art. 1, pg. 15). Precisamente, la modificación que tuvo lugar en el art. 4.1 de la Directiva Matriz-Filial, a través de la Directiva 2003/123/CE ha sido interpretada por algunos comentaristas como una forma para garantizar la compatibilidad de las normas de TFI con la Directiva Matriz-Filial; nosotros nos inclinamos a pensar que tal disposición fue introducida para resolver los problemas de doble imposición que resultaban de la legislación de determinados Estados miembros que calificaban (asimétricamente) entidades extranjeras como transparentes a efectos de la imposición en su territorio de la entidad matriz (residente) que participa en tales entidades extranjeras (calificadas como

transparentes por la legislación del Estado de residencia de la matriz).

En aras de una mejor comprensión de su alcance, nos parece pertinente realizar a continuación una somera recapitulación de los límites concretos que se pueden derivar de dicha jurisprudencia. A este respecto, téngase en cuenta que las conclusiones que acabamos de apuntar en relación con la compatibilidad de las cláusulas nacionales antiabuso se aplican igualmente a las cláusulas antiabuso convencionales (*agreement-based*), cuando se pretendiera su aplicación en el marco cubierto por la Directiva Matriz-Filial.

4.2.2 . El contexto del caso Denkavit: breve reflexión sobre las implicaciones del derecho comunitario en la construcción de las normas anti-abuso

Como es sabido, *Denkavit* no es la primera Sentencia que limita notablemente el alcance y contenido de las normas anti-abuso cuando pretenden ser aplicadas al ámbito comunitario. El contexto en que se ubica está cobrando importancia creciente. Por eso creemos pertinente realizar aquí unos breves apuntes sobre las implicaciones que el Derecho comunitario, en especial con la interpretación que viene recibiendo por el TJCE, tiene sobre dichas normas.

El Tribunal de Justicia ha ido perfeñando un concepto de fraude de ley tributaria a lo largo de los años, aunque dicho concepto no esté plenamente acotado y haya ido desarrollándose a base de distintos casos (con cierta descoordinación, por tanto)³⁴. Lo relevante de dicho concepto es que está directamente vinculado con las libertades comunitarias, que operan así como un punto de referencia esencial al objeto de determinar la finalidad y el espíritu de la normativa en liza. En realidad el Tribunal lleva a cabo la única labor interpretativa posible, al tomar como punto de partida el propio Derecho comunitario, del que es el máximo intérprete, siendo además la única normativa que le está permitido interpretar. En fin, las medidas anti-abuso de cualquier tipo deben ser compatibles con la doctrina del TJCE acerca de dichas libertades. De alguna manera, y con todas las matizaciones que este aserto requiere, las libertades comunitarias operan en ocasiones, en cierto modo, como una cláusula de escape imperfecta o una *quasi-safe harbour rule*³⁵.

34 SCHÖN, «Gestaltungsmißbrauch im europäischen Steuerrecht». *Internationales Steuerrecht*, Beihefter zu Heft 2, 1996, pgs. 11 y 12; RÄDLER; LAUSTERER; BLUMEMBERG, «Tax Abuse and EC Law», cit. pgs. 86 y ss. y 97 y ss.; GARCÍA PRATS, «Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho Comunitario»; en: SERRANO ANTÓN; SOLER ROCH: *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, Madrid: IEF, 2001, pgs. 169 y ss.; RUIZ ALMENDRAL, «Tax Avoidance and the EC Court of Justice: What is at Stake for European GAARs?», *Intertax* (de próxima publicación en diciembre 2005).

35 Esto resulta especialmente evidente en el caso *ICI* (264/96), donde el TJCE lleva a cabo una interpretación «creativa», o más bien extensiva, de la libertad de establecimiento, al interpretarla a la luz del objetivo último del Tratado: la realización de un mercado interior; al respecto véase: CAAMAÑO ANIDO; CALDERÓN CARRERO: «La erosión de las medidas de control fiscal del Estado de residencia: una reflexión al hilo de la jurisprudencia comunitaria en el caso *ICI*». *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 207/2000, pgs. 21 y 24.

Al mismo tiempo que reconoce que el objetivo de luchar contra el fraude a la ley tributaria debe ser generalmente aceptado por el Derecho comunitario, el TJCE ha rechazado el argumento de la existencia de un «riesgo» de fraude o evasión para aceptar medidas de los Estados que limitan alguna libertad fundamental (*inter alia*, *Comisión/Francia*, C-270/83, párr. 25). No obstante, en ocasiones la finalidad de evitar el fraude a la ley tributaria sí puede constituir una excepción de interés general que pueda justificar una restricción a una libertad fundamental; en ese sentido, apunta el Tribunal que « *la necesidad de preservar la coherencia de un régimen tributario, la lucha contra la evasión fiscal y la*

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

En todo caso, las normas anti-abuso deben guardar una adecuada proporción con el objetivo que persiguen (*Centros* , C-212/97, párr. 34 , y *Futura Participations* , C-250/95). Concretamente, el Tribunal ha reiterado la importante limitación de que los Estados miembros no podrán presumir la existencia de fraude salvo que ésta haga referencia a supuestos de operaciones totalmente artificiales. Hay muchos ejemplos de esto en la jurisprudencia; así, no podrá presumirse el fraude: en el caso de establecimiento de una filial fuera del Estado de residencia (*ICI* , C-264/96); para cualquier situación en la que la sociedad matriz tiene su residencia en otro Estado miembro (*Lankhorst* , C-324/00); o para el establecimiento de una matriz fuera del Estado de residencia (*X and Y II* , C-436/00) o para aquellas situaciones en las que una persona física meramente transfiere su residencia a otro Estado miembro (*Lasteyrie* , C-9/02). Es decir, no es que estas situaciones no puedan ser consideradas fraudulentas, lo podrán ser cuando *sustancialmente* ello se justifique, por ejemplo porque cualquiera de las actuaciones anteriores sea artificial. Pero lo que no podrá ser considerado en fraude es la actuación en sí misma.

Por otro lado, si bien el TJCE ha tenido ya ocasión de resaltar que toda norma anti-abuso debe ser interpretada de acuerdo con la norma comunitaria donde pretende ser de aplicación (*Centros* , C-212/97, párrs. 24 and 25), hay que tener especialmente en cuenta que la interpretación del Tribunal varía sustancialmente en función de que la norma anti-abuso se encuentre o no contemplada en una Directiva. Es en este segundo caso, que aquí nos ocupa, donde el TJCE ha desarrollado en mayor medida un concepto propio de fraude.

En fin, el carácter «expansivo» de la jurisprudencia del TJCE resulta evidente. Pero las consecuencias no terminan en las normas específicas anti-abuso, aunque éstas sean las más afectadas, sino que también tienen importancia en relación con las generales. Según se examinó *supra* , no hay una imposibilidad material de aplicar las normas generales anti-abuso a contextos internacionales, pero sí hay motivos de coordinación y de eficacia que abogan por la aplicación preferente de la norma especial cuando ésta exista. En ausencia de esta última, o incluso en los supuestos (cada vez más frecuentes en la práctica) de su incompatibilidad con el ordenamiento jurídico-comunitario, la norma general anti-abuso podrá ser de aplicación. Ahora bien, operan para la misma similares exigencias que para las especiales: su interpretación debe ser coherente con el objeto y finalidad del marco comunitario.

4.3 . Aplicación de la interpretación post-Denkavit a la norma española anti Directive-Shopping

A la vista de lo anterior, y en especial tras las consideraciones de *Denkavit* , es difícil que la norma española anti *Directive-shopping* pueda considerarse compatible con el Derecho Comunitario, en la forma en que ha sido interpretada por las autoridades fiscales españolas y por el propio TEAC. Concretamente, debido a las siguientes razones:

La primera objeción de fondo que puede hacerse es que la norma española contiene una regla específica anti-abuso que no está contemplada ni es autorizada expresamente por la Directiva. En la medida en que tal regla excluye de aplicación operaciones en fraude no contempladas en aquella norma, que quedan por lo tanto, extramuros de la misma, podría afirmarse la imposibilidad total, por ser

incompatible con el marco jurídico comunitario, de aplicar la norma anti-abuso española a cualquier operación que se desarrolle en el ámbito de la Directiva.

Alternativamente, podría afirmarse que la norma española ha sido diseñada para prevenir *el mismo tipo de fraude* contemplado por el artículo 2.b de la Directiva, si bien esto se habría llevado a cabo desviándose de lo previsto en la norma comunitaria. Este precepto establece que el término « *sociedad de un Estado miembro* » designa, además de las formas societarias establecidas en el anexo, toda sociedad que « *con arreglo a la legislación fiscal de un Estado miembro, se considere que tiene su domicilio fiscal en dicho Estado y que, a tenor de un convenio en materia de doble imposición, celebrado con un Estado tercero, no se considera que tiene su domicilio fiscal fuera de la Comunidad* ». Es decir, si fuera de aplicación alguna norma « *tie-breaker* » como consecuencia de un CDI firmado, la sociedad que de acuerdo con dicho *tie breaker* no se considere residente en ese Estado, no podrá tampoco invocar los beneficios de la Directiva. Esta norma, cuya dicción parece bastante lógica, toda vez que en ausencia de residencia de la sociedad no concurren tampoco los motivos por los que debería aplicarse la Directiva (integración del mercado común, etc.), constituye a su vez, o representa también el papel de norma anti-abuso (anti *Directive-Shopping*), cuya finalidad es limitar los efectos, beneficios, de la Directiva a aquellos sujetos que legítimamente puedan invocarlos. Así las cosas, una norma nacional que pretenda evitar el mismo tipo de abuso, pero por una vía diferente, es difícilmente compatible con el Derecho comunitario³⁶. Desde esta perspectiva, es también dudosa la compatibilidad de la norma española con el Derecho comunitario, toda vez que, como ya se ha señalado *supra* , las normas especiales anti-abuso previstas en la Directiva operan como *lex specialis* que restringen la aplicación de las normas nacionales anti-abuso establecidas para prevenir el mismo tipo de abuso. No obstante, nos inclinamos a pensar que la norma anti-elusión española (art. 14.1.h TRLIRNR) no se proyecta sobre el mismo tipo de abuso que el art. 2.b) de la Directiva Matriz-Filial, toda vez que este último sólo excluiría sociedades doblemente residentes (« *dual resident companies* ») de su ámbito subjetivo de aplicación, pero no ataca estructuras que pivotan sobre sociedades instrumentales/conductoras (*conduit companies*).

36 En este sentido: BROKELIND, «Ten years of application of the Parent-Subsidiary Directive», cit. pg. 162.

Así las cosas, la norma española sería compatible con el citado marco comunitario si su aplicación estuviera restringida a excluir aquellas operaciones o montajes puramente artificiales cuya finalidad residiera únicamente en intentar obtener los beneficios de la Directiva. En este sentido, conviene recordar que la libertad de establecimiento sólo puede ser invocada por no residentes en la UE cuando éstos operan en el territorio de la Unión a través de una sociedad creada de acuerdo con el derecho de un Estado miembro que además tiene en cuenta el requisito del mantenimiento de una vinculación real y continua con la economía de un Estado miembro³⁷. No ha sido ésta, empero, la interpretación de la norma española que ha prosperado, al menos hasta el momento. Por ello, y a la luz de lo examinado más arriba, y de acuerdo con las conclusiones de *Denkavit* y también de la jurisprudencia más reciente del TJCE (*inter alia* , casos *Leur Bloem*, *Lankhorst*, *ICI*, *X e Y II*, *Lasteyrie du Saillant* , ya citados), creemos que la interpretación de las autoridades españolas es difícilmente compatible con el tenor literal y con el propósito de la Directiva Matriz-Filial.

37 Concretamente, ésta fue la posición adoptada por el Abogado General, La Pergola, en sus conclusiones al caso *Centros* (C-212/97, párrs. 12-13), que se sustentaba sobre el Programa General para la abolición de las restricciones a la libertad de establecimiento adoptado por el Consejo el 18 de diciembre de 1961 (OJ. 1962, 2, pg. 36; EE 06/01, pg. 7). Ver también las Sentencias del TJCE en los casos: *Überseering* (C-208/00 , en especial párrs. 74-75), *Centros* (C-212/97), *ICI* (C-264/96) y *Gebhard* (C-55/94). Al respecto debe verse también: CALDERÓN; MARTÍN, «La armonización jurisprudencial de la imposición directa», en: *Manual de Fiscalidad Internacional* , Madrid: IEF, 2004, pgs. 1216-1217.

La segunda objeción de fondo que se puede realizar a la norma española, es que va mucho más allá de lo necesario para establecer una cláusula anti *Directive-Shopping*. Puede afirmarse que las cláusulas de escape o *safe harbours* no han sido configuradas para garantizar la protección de la Directiva a las sociedades domiciliadas en la UE que, siendo participadas por terceros Estados, cumplen el requisito de mantener una vinculación real y continua con la económica del Estado de la UE en el que están establecidas.

Adicionalmente, la configuración de estas cláusulas también resulta problemática porque pueden tener como consecuencia la producción de una serie de efectos «secundarios», que por otro lado no parecen haber sido tenidos en cuenta por el legislador:

(i) La primera cláusula de escape establece que la sociedad matriz « *realice efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad empresarial desarrollada por la sociedad filial* ». Interpretada en sentido estricto, puede suponer una severa restricción de las relaciones entre matrices y filiales.

(ii) Mucho más problemática resulta la segunda regla, que aplicada en sentido estricto, puede llegar a generar conflictos impositivos para la entidad filial española. Recordemos que la cláusula requiere que la sociedad residente de un tercer Estado miembro lleve a cabo *la dirección y gestión de la sociedad filial mediante la adecuada organización de medios materiales y personales*. Por un lado, parece evidente que esta cláusula no tiene nada que ver con el requisito de vinculación *supra* referido. Por otro, su aplicación podría ser problemática desde la perspectiva de los criterios de sujeción fiscal. Piénsese que su cumplimiento supondría que la filial española debería tener su sede de dirección efectiva en el Estado de residencia de la matriz. Pues bien, en algunos Estados de la OCDE, la sede de dirección efectiva de una sociedad es el principal punto de conexión o criterio de sujeción para determinar la residencia fiscal de la sociedad. Adicionalmente, nótese que dicha circunstancia es también la *tie-breaker rule* para resolver los supuestos de doble residencia de sociedades según el artículo 4.3 del Modelo de Convenio OCDE ³⁸.

38 Vid. : los comentarios de VEGA BORREGO al artículo 4 MC OCDE en la obra colectiva (RUIZ/CALDERÓN coord.), *Comentarios a los Convenios de Doble Imposición concluidos por España*, A Coruña: FPBM, 2004.

En fin, a los efectos del abuso de Directiva, lo relevante es determinar si la matriz de la empresa residente de un Estado miembro de la UE cumple el requisito de la conexión económico-territorial; es decir, si tal sociedad posee un vínculo económico estable con el territorio y la economía del Estado miembro en el que está establecida³⁹. Por ello, incluso si parte de la actividad económica se desarrolla fuera de la UE, ello no empece, *a priori*, que pueda interpretarse que existe una suficiente vinculación a efectos de aplicar el Derecho comunitario⁴⁰. A efectos de comprender mejor el alcance de los requisitos comunitarios, debe tenerse en cuenta que la Comisión y el TJCE consideraron contrarios a la libertad de establecimiento algunas medidas nacionales que requerían, como paso previo al registro de un buque en un Estado miembro (Países Bajos), que los *accionistas*, directores y personas físicas responsables de la gestión cotidiana de la sociedad comunitaria propietaria del buque tuvieran nacionalidad comunitaria o del Espacio Económico Europeo (caso *Comisión/Holanda*, C-299/02)⁴¹. Sin embargo, la afirmación más elocuente del TJCE en esta materia posiblemente se encuentre recogida en el caso *Inspire Art*⁴², donde el Tribunal de Justicia llega a identificar la falta de vínculo real de una sociedad con su Estado de constitución con los casos de «sociedades buzón».

39 Una opinión más radical es la defendida por VAN THIEL, que afirma que únicamente estarían excluidos de los beneficios del Tratado CE, la utilización de estructuras empresariales en la Comunidad como un mero instrumento (*conduit*) para canalizar

inversiones de fuentes situadas fuera de la Unión. Sin embargo, no se excluiría la utilización de las mismas estructuras cuando éste se lleve a cabo en un Estado Miembro con la intención de atraer inversiones de otros Estados miembros que serían posteriormente canalizados a beneficiarios situados fuera de la Comunidad; en VAN THIEL, *Free Movement of Persons and Income tax law: the European court in search of principles*, op. cit. pgs. 213-214.

40 Véanse en este sentido los casos *Boukhalfa* (C-214/94) y *Gebhard* (C-55/94). De la misma opinión es PINTO, en: *Tax Competition and EU Law*, Deventer: Kluwer, 2003, pgs. 347-348. En este sentido, tiene interés tener en cuenta el caso *Factortame* (C-221/89), donde el TJCE afirmó que las medidas unilaterales establecidas para evitar el aprovechamiento ilegítimo de cuotas de pesca (*fishing quota hopping*), pueden ser de aplicación con exclusión de las sociedades basadas en terceros Estados que no cumplan la condición de estar integrados de forma continuada, y con el suficiente nivel de estabilidad, en la vida económica de la Comunidad Europea. Asimismo, el Tribunal entendió que nada impedía al Reino Unido exigir, a efectos de su registro, que el barco pesquero debía ser «operado y dirigido desde el territorio del Reino Unido» (en sentido similar, el caso *Levin*, C-53/81). La postura adoptada por el Tribunal en el caso *Factortame* implica una aproximación más «material», o menos formalista, al ámbito de las normas anti-abuso (pues se requiere un vínculo económico-territorial con el Estado de la fuente) que el adoptado en el caso *Centros* (C-212/97) en el que no se requería sustancia económica alguna en dicho Estado. Tal acercamiento asimétrico puede explicarse teniendo en cuenta que en el primer caso la libertad de establecimiento se interpretó a partir del objeto y la finalidad de la normativa europea de cuotas de pesca, mientras que en el último caso el TJCE sólo tuvo en cuenta las normas del TCE sobre la libertad de establecimiento (PINTO, *Tax Competition and EU Law*, cit. pg. 310).

41 El TJCE hacía hincapié, nuevamente, en la falta de proporcionalidad de la medida en relación con el objetivo perseguido; «Una restricción como la controvertida no puede justificarse por la necesidad de ejercer un control y una jurisdicción efectivos sobre los buques de pabellón neerlandés. El régimen neerlandés de gestión de buques no es adecuado para garantizar la realización de estos objetivos y va más allá de lo necesario para alcanzarlo. En efecto, es difícil concebir cómo pueden afectar la nacionalidad y el domicilio del administrador de la empresa armadora propietaria del buque al ejercicio de un control efectivo sobre el buque por parte del Estado del pabellón» (párr. 33).

42 STJCE de 30 septiembre de 2003, C-167/01, especialmente su apartado 102.

(iii) Por último, la tercera regla exige que la sociedad en cuestión «pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto». En nuestra opinión, esta cláusula plantea ciertos problemas desde la perspectiva de la carga de la prueba y del tipo de la misma. Por otro lado, sin embargo, es seguramente la única cláusula que puede «escapar» de la incompatibilidad con el Derecho comunitario, siempre que sea interpretada en línea con lo establecido por el TJCE en relación con la prueba de los motivos económicos válidos. A continuación examinamos esta primera cuestión, para ocuparnos posteriormente de los problemas de la prueba.

4.3.1 . El «business purpose test» como única cláusula admisible (siempre que se cumplan algunas condiciones)

La última cláusula, que exige la verificación de que concurren motivos económicos válidos, incorpora una especie de examen de propósito comercial, o *business purpose test*, que como es sabido tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana⁴³, de gran influencia en todos los países de la *Commonwealth*⁴⁴, aunque también en el derecho continental⁴⁵. En última instancia, el *business purpose test* no es más que una interpretación finalista o teleológica de las normas tributarias, que ha demostrado ser muy efectiva en la lucha contra el fraude en otros Estados⁴⁶. En nuestro ordenamiento, tal influencia es ahora evidente en la dicción del artículo 15 LGT, que establece una modalidad de *business purpose test*⁴⁷.

43 El caso más representativo es *Helvering v. Gregory*, primero decidido en el Tribunal del *Second Circuit Court of Appeals*, presidido por el juez Learned Hand, que desestimó una operación de reorganización empresarial que había sido llevada a cabo por motivos exclusivamente tributarios, esto es, para aprovechar la ventaja fiscal prevista; la sentencia de este Tribunal [293 US 465, 468] terminó llegando al Tribunal Supremo, que asumió plenamente la doctrina del *business purpose test* [(1935) 293 US

465]. Tal doctrina puede verse también, entre otros muchos casos, en: *Segal v. Commissioner*, 41 F.3d 1144, 1148 (7th Cir. 1994); *Yosha v. Commissioner*, 861 F.2d 494 (7th Cir. 1988); *ACM Partnership v. Commissioner*, 157 F.3d 231, 246-47 (3d Cir. 1998).

44 Tal influencia es especialmente evidente en el Reino Unido. Precisamente basándose en esta doctrina, el caso *W T Ramsay vs. Inland Revenue Commissioners* dio un giro radical al excesivo literalismo que había prevalecido hasta entonces en la jurisprudencia inglesa. La influencia es también especialmente clara en *Furniss v. Dawson* (1984) 55 TC 324. Los elementos centrales de este caso son muy similares a los del caso *Helvering*. Véase al respecto el informe: IFSThe Institute for Fiscal Studies, *Tax Avoidance: A report by the Tax Law Review Committee*. Noviembre, 1997.

45 Véase tal influencia y su evolución en: AVERY JONES, WARD, *et al.* «The Business purpose test and abuse of rights», cit. pg. 70 (y nota a pie núm. 4); NEVERMANN, *Justiz und Steuerumgehung*, cit. pgs. 180 y ss.; GAMMIE, «Tax Avoidance and the Rule of Law: a perspective from the United Kingdom», en: AA VV (Ed. Graeme S. Cooper): *Tax Avoidance and the Rule of Law*. Amsterdam: IBFD, 1997, pgs. 189 y ss. En nuestra doctrina, véase: PALAO TABOADA, «Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria», cit. pgs. 133 y ss.; RUIZ ALMENDRAL, SEITZ, «El fraude a la ley tributaria», cit. pgs. 22 y ss.

46 VANDERWOLK, «Purposive Interpretation of Tax Statutes: Recent UK Decisions on Tax Avoidance Transactions». «Bulletin», *IBFD*, 2002, pgs. 75 y 76. NEVERMANN, *Justiz und Steuerumgehung*, cit. pgs. 240 y ss.

47 PALAO TABOADA «Los "motivos económicos válidos" en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales» cit. pgs. 81 y ss.; LÓPEZ TELLO, «La "cláusula antiabuso" del anteproyecto de la nueva ley general tributaria». *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 5/2003, pgs. 51 y 52.

Pues bien, dicho *test*, bien conocido en materia de fraude a la ley tributaria, puede ser compatible con el Derecho comunitario siempre y cuando se tenga en cuenta la interpretación que del mismo ha realizado el TJCE. En este sentido, es especialmente ilustrativo el caso *Leur-Bloem*, donde el Tribunal acepta el criterio de los motivos económicos válidos, admitiendo que los Estados Miembros restrinjan la aplicación de los beneficios fiscales establecidos por las Directivas a los casos en que concurren efectivamente tales motivos (párr. 40, *Leur-Bloem*). Tal análisis, se precisa en la Sentencia, deberá llevarse a cabo caso por caso, de forma que « *las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados*» (párr. 41 *ibidem*). No se permite así, por ejemplo, el establecimiento de normas generales que priven de tal ventaja fiscal a categorías de operaciones sin que quede acreditado si se ha producido tal fraude o evasión fiscal, pues la introducción de tales normas « *excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva*» (párr. 44, *idem*). Hasta aquí, nada nuevo con respecto del marco comunitario ya examinado, que limita la eficacia de las normas especiales anti-abuso con vocación de aplicación «general», esto es, a categorías de supuestos sin verificar que se incurre en tal abuso.

Lo relevante de esta sentencia es que el Tribunal es también extremadamente cuidadoso a la hora de analizar los elementos concretos que se han tomado en cuenta a la hora de denegar los beneficios fiscales, lo que termina resultando en una interpretación considerablemente laxa de dichos motivos económicos válidos. En ese sentido, se afirma que « *una fusión o una reestructuración realizada mediante un intercambio de acciones en la que intervenga una sociedad de nueva creación que, por tanto, no posee una actividad empresarial propia, puede considerarse efectuada por motivos económicos válidos. De la misma forma, tales motivos pueden hacer necesaria la reestructuración jurídica de sociedades que constituyen ya una entidad desde el punto de vista económico y financiero. Tampoco cabe excluir, aunque pudiera constituir un indicio de fraude o de evasión fiscal, que una fusión mediante canje de acciones destinada a crear una estructura determinada para un período limitado, y no de forma duradera, pueda obedecer a motivos económicos válidos* » (párr. 42, el subrayado es nuestro).

Con carácter general, el umbral de actividad económica que requiere el Tribunal europeo para entender cumplido el *test* es «de mínimos»⁴⁸. Puede por tanto afirmarse que, a efectos de la aplicación de los beneficios de las Directivas, incluso funciones económicas con mínima sustancia económica deben ser admitidas⁴⁹, de suerte que la jurisprudencia comunitaria aporta numerosos ejemplos del bajo umbral de actividad económica fijado por el TJCE para otorgar la protección del Derecho comunitario⁵⁰. Tal concepto de fraude, que incluye una cierta laxitud en el análisis de los motivos económicos válidos, ha sido objeto recientemente de una cierta matización en Conclusiones del Abogado General Miguel Poiares Maduro, que apunta en otra dirección⁵¹.

48 Hay un evidente contraste entre la manera de razonar del TJCE y la doctrina del *business purpose test*. En este sentido, véase una comparación entre el caso *Helvering vs. Gregory* y el caso *Leur-Bloem* en: RUIZ ALMENDRAL, «Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European GAARs?», cit.

49 En sentido similar, MAISTO, *Il regime tributario dei dividendi nei rapporti tra società madre e società figlie*, Milán: Giuffrè, 1996, pgs. 301 y ss.; CUATRECASAS, *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes*, Pamplona: Aranzadi, 2003, pg. 266; y GARRIDO, «La aplicación de la cláusula antiabuso en las distribuciones de beneficios realizadas a entidades residentes en la UE», *Jurisprudencia Tributaria*, vol. 2003, entre otros. VAN THIEL, *Free Movement of Persons and Income tax law: the European court in search of principles*, Amsterdam: IBFD, 2002, pgs. 628-629.

50 *Inter alia*, el caso *Daily Mail* (C-81/87); *ICI* (C-264/96); *Barbier* (C-264/01) o *Inspire Art* (C-167/01).

51 La Opinión, de 7 de abril de 2005, se refiere a los casos acumulados C-255/02 (*Halifax v. Commissioners of Customs*); C-419/02 (*BUPA Hospitals v. Commissioners of Customs and Excise*) y C-223/03 (*University of Huddersfield Higher Education Corporation v. Commissioners of Customs and Excise*), y ya ha recibido una dura crítica en la doctrina: BRENNAN, «Why the ECJ Should Not Follow Advocate General Maduro's Opinion in *Halifax*», *International Vat Monitor*, julio/agosto 2005, pgs. 247 y ss.; una opinión favorable a esta opinión puede verse en: RUIZ ALMENDRAL, «Tax Avoidance and the EC Court of Justice: What it is at Stake for European GAARs?», cit.

Nótese, en todo caso, que el Tribunal interpreta la norma en función del ámbito en que debe ser aplicada por lo que, en este sentido, no se aparta del criterio teleológico. El análisis de los motivos económicos válidos es tenido en cuenta, lo que sucede es que dichos motivos económicos válidos son interpretados de forma algo más laxa, lo cual es debido al contexto en que se aplica la norma anti-abuso, que no es la normativa tributaria de un Estado, sino el conjunto del Derecho comunitario o, por lo que hace a nuestro caso, la Directiva (en este sentido, claramente, *Centros* (párrs. 24 y 25). Por ello, el concepto de sustancia económica se conforma por relación a los objetivos prioritarios de las Directivas, que no serían tanto proteger los ingresos tributarios como facilitar determinadas operaciones en aras del cumplimiento de los fines del mercado común. Las finalidades entre las normas anti-abuso nacionales y las contenidas en las Directivas no son así totalmente coincidentes, pero las primeras deben adaptarse a las segundas para poder ser aplicadas en su contexto.

Tal adaptación está teniendo ya reflejo en la jurisprudencia nacional de algunos Estados miembros, donde empieza a manejarse tal umbral más bajo de actividad económica, a la hora de calificar un supuesto de fraude a la ley tributaria. Un ejemplo relativamente reciente lo constituye la citada Sentencia del BFH de 25.2.2004⁵², donde se reduce de forma significativa el umbral de aplicación de la normativa anti-abuso, admitiendo como válida una sociedad con bajo nivel de actividad económica y vinculación sustancial (temporal) con el territorio. Basta con que exista una mínima actividad económica sustancial, para que la interposición de la sociedad merezca pleno reconocimiento a efectos tributarios, lo que para el caso que nos ocupa implicaba conceder la exención por dividendos contenida en el CDI entre Alemania e Irlanda. Se traza así una certera distinción entre las sociedades fantasma, sin actividad, o de mero «buzón de correos» (*Briefkastengesellschaften* o *funktionslosen Basisgesellschaften*) y las sociedades de mera tenencia de activos (*passiv tätigen*)

Kapitalanlagegesellschaften). En el caso de las segundas, siempre que tengan cierta actividad, cierta duración (en el caso, dos años), y teniendo en cuenta, como era el caso, que su residencia estaba en otro Estado miembro, no se las podrá calificar de fraudulentas por esos motivos, mereciendo por tanto el tratamiento tributario que persiguen⁵³. La más reciente jurisprudencia del *Conseil d'Etat* francés también refleja la tenencia a integrar la doctrina comunitaria anti-abuso para aplicar las normas nacionales anti-elusión fiscal, allí donde, claro está, la operación o estructura goza de la protección del Derecho comunitario⁵⁴.

52 Sentencia ésta de gran importancia, (citada también *supra* , notas 13 y 18) que confirma la jurisprudencia vertida en la anterior, de 19.01.2000 [I R 94/97] y que además también tiene interés aquí porque expresamente aplica el canon de fraude del TJCE, citando expresamente el caso *Inspire Art* , Asunto C-167/01; THÖMMES; NAKHAL, «New Case Law on Anti-Abuse provisions in Germany», cit. pgs. 75 y ss.

53 En sentido similar, Sentencia del BFH de 20.03.2002, [I R 38/00]; véase al respecto: WEYDE; KRAMMER, «German Tax Court Ruling takes aim at Treaty Shopping», *Tax Notes International* , 7 october 2002, pgs. 7 y ss.; y FÜGER; RIEGER, «German Anti-Avoidance rules and tax planning of non-residents taxpayers», «Bulletin», IBFD, agosto/septiembre 2000, pgs. 434 y ss.

54 Nos estamos refiriendo a la decisión del Tribunal Supremo Administrativo Francés, de 18 de mayo de 2005 (caso 267987, IBFD TNS-63/2004), que interpreta la normativa doméstica anti-abuso a la luz de la jurisprudencia del TJCE sobre la libertad de establecimiento, concretamente para determinar si una operación realizada entre una empresa francesa y una empresa holding 1929 luxemburguesa era o no en fraude. El Tribunal afirma que la aplicación de la norma anti-abuso (artículo 64 del Código de Procedimientos Tributarios) debe limitarse a aquellos casos en que pueda probarse que la estructura es ficticia o simulada, o ha sido establecida únicamente por motivos tributarios.

Distinta es la situación en España. Al menos por el momento, las autoridades tributarias no comparten este concepto «comunitario» de *business purpose* , ni tienen en cuenta ninguno de los criterios que aquí se han ido apuntando para la interpretación de las normas anti-abuso. En la Resolución que comentamos, esto se pone de manifiesto durante el procedimiento al excluirse la aplicación de la Directiva Matriz-Filial, a pesar de considerarse que la matriz neerlandesa no era una empresa simulada (*sham*) o mero intermediario artificial (*conduit company*) y reconocerse que desempeñaba una actividad y función económica (autónomamente y dentro de un grupo de empresas), y contaba con medios personales y materiales, y también por todo ello poseía una evidente conexión económico-territorial con su Estado de residencia (Países Bajos). Esta interpretación no es, empero, exclusiva de esta Resolución, sino que es compartida también por otros órganos de la Administración, como la Dirección General de Tributos⁵⁵. Esto resulta problemático, pues es claro, y lo ha expresado así claramente el propio TJCE (*Leur-Bloem* , párr. 44), que el alcance de dicha jurisprudencia no se limita a la construcción de las normas anti-abuso, sino que también se extiende a su interpretación por los Tribunales internos y las autoridades tributarias.

55 Véanse las Resoluciones de la Dirección General de Tributos de 16 de julio de 1992 y de 19 de febrero de 2002, y un comentario a las mismas en: GARRIDO, «La aplicación de la cláusula antiabuso en las distribuciones de beneficios realizadas a entidades residentes en la UE. Doctrina de la Dirección General de Tributos», *Jurisprudencia Tributaria* , vol. 2003.

El problema de fondo es que todo el razonamiento de la Resolución que aquí comentamos pivota en torno a la ventaja tributaria. Sin embargo, a la luz de los elementos del caso, y de la finalidad y espíritu de la norma específica anti-abuso, la única interpretación que habría tenido sentido es la que hace referencia a los motivos económicos válidos.

4.3.2 . El problema de la carga de la prueba

En último lugar, la norma española puede ser también problemática desde la perspectiva de la carga

de la prueba. Lo que en definitiva parece implicar la norma es que en aquellos casos de sociedades participadas por otras residentes en terceros Estados, se presume *iuris tantum* que *no* se ha constituido por motivos económicos válidos, y que *sí* se ha constituido, por el contrario, *para disfrutar indebidamente del régimen fiscal favorable*. No otra cosa cabe entender del texto de la norma, que exige al contribuyente que «*pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto*». En una interpretación estricta, la segunda parte de la frase, a partir de la disyuntiva «y» podría plantear problemas por constituir una prueba prohibida, en tanto que *probatio diabolica* referida a la prueba de hechos negativos. Sin embargo, entendemos que el legislador ha querido aclarar la primera parte, de manera que no habrá motivos económicos válidos cuando se haya constituido la operación para disfrutar indebidamente del régimen previsto. La dicción, no obstante, no deja de ser tortuosa y poco clara, pues en ausencia de dichos motivos, habrá necesariamente un disfrute indebido de dicho régimen. En fin, hasta aquí sin embargo, es posible «salvar» la norma con una interpretación teleológica. Menos sencillos de resolver resultan el resto de aspectos problemáticos:

El primero de ellos es si es admisible la presunción, habida cuenta de que se sustenta sobre un hecho objetivo -matriz residente fuera de la UE- que por sí mismo no debería ser indicativo de fraude. En nuestra opinión, desde la perspectiva comunitaria, es dudosa su admisibilidad. Nótese que en el citado caso *Leur-Bloem*, el fundamento de la presunción de evasión fiscal es la ausencia de motivos económicos válidos en sí misma considerada, en tanto que en el TRLIRNR tal presunción pivota sobre un hecho o circunstancia (objetiva) que en sí mismo no revelador de fraude o evasión, como es el control ejercido por una matriz no comunitaria. No parece suficiente para invertir la carga de la prueba a favor de la Administración, lo cual plantea dudas desde la perspectiva del Derecho comunitario⁵⁶, pero también desde el interno;

56 En este sentido, se ha afirmado que «No sólo las medidas adoptadas deben ser apropiadas para combatir el fraude detectado, sino que las empresas afectadas deben tener al menos la oportunidad de probar en contra cualquier presunción legal de abuso, demostrando que sus operaciones han sido realizadas de buena fe, aunque puedan integrarse a priori en el ámbito de una norma anti-abuso nacional o derivada de un Tratado»; Cfr. :TERRA;WATTEL, *European Tax Law*, cit. pg. 366. La norma española, al invertir la carga de la prueba, reduce significativamente esta posibilidad.

En efecto, en segundo lugar, es cierto que, al igual que la simulación⁵⁷, el fraude a la ley tributaria puede tenerse por probado a través de pruebas indiciarias o presunciones, suficientes para enervar la presunción de inocencia «*siempre que no se trate de meros indicios o sospechas, se parta del hecho básico objetivamente acreditado y no aparezca la inferencia lógica como irrazonable o irrazonada*» (STC 150/1987, de 1 de octubre, FJ. 2º)⁵⁸. Por eso, con carácter general, es la Administración tributaria quien debe probar la existencia de fraude⁵⁹, sin que pueda considerarse que la existencia de una forma atípica o extraña constituya una presunción de ningún tipo a favor del fraude. Sobre el contribuyente recae, en todo caso, una obligación de colaborar (*Mitwirkungspflicht*), cuando la forma empleada pueda parecer en fraude, y sólo pueda ser «salvada» por la concurrencia de otros motivos que así la justifiquen⁶⁰. Pues bien, en este caso por idénticos motivos que los señalados en relación con el marco europeo, es dudoso que la situación referida por la norma española tenga suficiente *entidad* como para encapsular una presunción de fraude.

57 ZORNOZA PÉREZ«La simulación en Derecho Tributario», cit. pg. 189.

58 Véase, extensamente:ZORNOZA PÉREZ, *El sistema de infracciones y sanciones tributarias: (los principios constitucionales del derecho sancionador)*, Madrid: Civitas, 1992, 146.

59 En este sentido, la Sentencia BFH 05.02.1992, BStBl II 1992, 532 y ss.

60 Entre otras, véanse las Sentencias BFH 04.08.1987, BStBl II 1987, 756, y de 13.07.1989, BStBl II 1990, 100 y 101.

5 . Conclusiones

Hay razones para pensar que la interpretación del TEAC no es adecuada a la finalidad y espíritu de la norma contenida en el TRLIRNR. Pero hay también razones para pensar que tal norma no es en sí misma, al margen de su interpretación por el TEAC, compatible con el Derecho comunitario. En especial esto se pone de manifiesto tras los últimos desarrollos jurisprudenciales del TJCE.

Los requisitos sentados por el TJCE para admitir las normas anti-abuso que pretenden ser aplicadas en el ámbito comunitario son efectivamente muy estrictos. Y lo son mucho más cuando tal ámbito está regulado por una Directiva, como la Matriz-Filial que aquí nos ocupa. Del caso *Denkavit* se desprende claramente que las normas anti-abuso específicamente contempladas en tal norma comunitaria, como por ejemplo la cláusula del periodo mínimo de permanencia, deben ser aplicadas con carácter *prioritario* cuando el supuesto sea idéntico, y conforme así *el mismo tipo de abuso* . En otras palabras, las normas anti-abuso de las Directivas conforman una *lex specialis* «cualificada», en tanto que operan con preferencia a la *lex specialis* doméstica, como la contenida en el TRLIRNR, que a su vez debe ser aplicada también con preferencia a las cláusulas generales (actuales artículos 15 y 16 LGT).

Las normas especiales anti-abuso no son más que interpretaciones específicas que ayudan al aplicador del derecho (sirven de hoja de ruta) a la hora de aplicar la norma tributaria *material* . Tal tipo de normas tienen así todo tipo de ventajas frente a las generales, desde la perspectiva del interés fiscal (recaudación) y de la instrumentación al servicio de la Administración tributaria (menor carga de trabajo). Esto es así porque tales normas «objetivan» los presupuestos del abuso, lo cual tiene cierta relevancia en materia de carga de la prueba. Así por ejemplo, en casos como la transparencia fiscal, resulta más sencillo desde el punto de vista probatorio para la Administración probar el abuso -por vía de aportar pruebas de las circunstancias objetivas que marca la norma correspondiente- que si tratara de aplicar el artículo 15 LGT a la misma estructura. Por otro lado, tales normas permiten incluso la imposición de sanciones de forma indubitada, pudiendo así criminalizar la conducta abusiva sin incurrir en la prohibición de analogía que, según doctrina y jurisprudencia mayoritarias, estaría en el fondo de la imposibilidad de sancionar. Nótese además, por último, que con las normas especiales anti-abuso se evita también acudir al procedimiento especial, o al actual trámite especial, para declarar el fraude a la ley, lo cual ahorra sin duda recursos a la Administración, entre otros motivos porque, en el momento de escribir estas líneas, tal trámite especial aún no tiene desarrollo reglamentario, por lo que hay altas probabilidades de que se termine generando el *impasse* que la ausencia del anterior produjo en la (in)aplicación del antiguo artículo 24 LGT .

En todo caso, la actual norma española anti-abuso de Directiva, contenida en el artículo 14 TRLIRNR , ha sido construida en términos muy amplios y no alineados con la Directiva Matriz-Filial. Dicha incoherencia es aún más evidente si se examina la interpretación por el TJCE en general relativa a las cláusulas anti-abuso, y específicamente referida a las contenidas en esta Directiva. Por otro lado, la interpretación que dicha norma ha recibido por los órganos de nuestra Administración tributaria es también excesivamente amplia, susceptible por lo tanto de incluir supuestos no claramente en fraude a la norma, y por lo tanto no coherentes con el objetivo y finalidad de la Directiva, ni mucho menos con su interpretación por la jurisprudencia comunitaria.

Quizá podría afirmarse que, en ocasiones, la jurisprudencia del TJCE resulta excesivamente estricta, o apegada a un desarrollo muy amplio de las libertades comunitarias. En todo caso, esto no es

exclusivo de las normas anti-abuso. Conviene recordar, siguiendo las palabras de F.VANISTENDAEL, que la soberanía tributaria «se encuentra limitada en la medida en que restrinja las libertades fundamentales, (...) los Estados miembros aún retienen su competencia sobre la recaudación tributaria, pero no siempre retienen el derecho a definir la configuración exacta de su imposición sobre la renta. Los Estados miembros deberían aprender a convivir con este fenómeno, y si quieren hacer algo al respecto, más les vale ponerse de acuerdo para legislar a nivel comunitario»⁶¹.

61 VANISTENDAEL, «The compatibility of the basic economic freedoms with the sovereign national tax systems of the Member States». *EC Tax Review*, núm. 3/2003, pg. 143.

Pero no sólo la integración en la Unión Europea, también el actual contexto de creciente globalización está transformando radicalmente los sistemas tributarios tal y como los conocemos. En los momentos actuales, los sistemas tributarios de los Estados europeos se encuentran en la encrucijada entre la globalización y las libertades fundamentales⁶². De cómo se resuelva esta difícil ecuación dependerá la pervivencia de dichos sistemas en su forma actual, o su radical transformación en el siglo XXI.

62 Véase al respecto:CAAMAÑO ANIDO;CALDERÓN CARRERO, «Globalización Económica y Poder Tributario: ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario?», *Civitas REDF*, núm. 114, 2002. Un botón de muestra de los nuevos retos, con especial hincapié en los precios de transferencia, puede verse en:CALDERÓN CARRERO, *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*. Valencia: Tirant lo blanch; y, por el mismo autor: «European Transfer Pricing Trends at the Crossroads: Caught between Globalization, Tax Competition and EC Law». *Intertax*, vol. 33/2005. En relación con las disposiciones anti *Treaty-Shopping* véase:VEGA BORREGO, *Las medidas contra el Treaty Shopping*. Madrid: *Instituto de Estudios Fiscales*, 2003.