

PLANIFICACIÓN FISCAL Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

por

Andrea Mondini

Universidad de Bolonia

SUMARIO: 1. Introducción. Definición del ámbito de estudio y cuestiones generales - 1.1. El concepto de planificación fiscal - 1.2. Las proporciones del concepto de planificación fiscal en la jurisprudencia en materia de IVA - 1.3. Las proporciones del concepto de planificación fiscal en la jurisprudencia en materia de libertades económicas fundamentales e impuestos sobre las rentas y fiscalidad societaria - 1.4. La delimitación “en negativo” del concepto comunitario de planificación fiscal legítima a través de la doctrina comunitaria del abuso de derecho y el problema de la seguridad jurídica - 2. La planificación internacional en el ámbito de la fiscalidad de las sociedades y la jurisprudencia comunitaria: entre el amparo de las libertades fundamentales y la erosión del interés fiscal estatal.- 2.1 Algunos esquemas básicos de planificación fiscal internacional (PFI) - 2.2. La PFI dentro del marco normativo comunitario: entre una armonización positiva parcial y la armonización negativa de la jurisprudencia - 2.3. Los efectos de la jurisprudencia comunitaria sobre el principio de no discriminación con respecto a la localización de las empresas y la elección de su forma jurídica - 2.4 Dividendos transfronterizos y doble imposición - 2.5. Sigue: distribución de beneficios en el marco del derecho comunitario y relevancia de los CDI - 2.6. Abono de intereses y subcapitalización - 2.7. Circulación de las participaciones, plusvalías latentes y transferencia de residencia - 2.8. El riesgo de dobles deducciones, el principio de territorialidad y el límite “natural” del amparo de la PFI en el ámbito comunitario - 2.9 La PFI en el mercado común y las relaciones con los Países terceros - 3. La prohibición comunitaria de prácticas abusivas y la necesidad de proporcionalidad en la lucha a la elusión fiscal: ¿una teoría general (y jurisprudencial) del abuso como límite de la planificación fiscal lícita? - 3.1. El abuso en el asunto Halifax y otros en materia de IVA - 3.2. El abuso en el asunto Cadbury Schweppes y otros en materia de fiscalidad directa - 3.3. Abuso del derecho comunitario y elusión de la ley tributaria nacional: ¿hacia una teoría general? - 3.4. ¿El principio comunitario de abuso de derecho es directamente aplicable en los ordenamientos nacionales con independencia de la adopción de medidas nacionales determinadas? - 3.5. La medidas anti-abuso nacionales en el marco del principio comunitario de proporcionalidad y de efectividad del derecho de defensa - 4. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN. DEFINICIÓN DEL ÁMBITO DE ESTUDIO Y CUESTIONES GENERALES

La planificación fiscal no es un asunto que, por lo menos hasta ahora, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJCE) haya afrontado explícita y directamente. Así, basta una búsqueda rápida para comprobar que el TJCE no ha utilizado nunca la locución “planificación fiscal” en el texto de sus sentencias.

Sólo en una ocasión un Abogado General aludió a la “planificación fiscal” en sus Conclusiones. Resulta por otro lado muy significativo el hecho de que –como veremos a continuación- esto ocurriera en el conocido asunto *Halifax*, en el que el Tribunal desarrolló la doctrina del “abuso del derecho” en el ámbito de la legislación tributaria armonizada (IVA). Pero en este caso también, el Abogado General Poiares Maduro señaló que los conceptos de evasión fiscal, fraude fiscal y abuso de la legislación tributaria difieren entre los distintos Estados miembros, de manera que esta falta de univocidad conceptual hace difícil, a menudo, establecer una distinción, que sea aceptada por todos los Estados miembros, entre “planificación fiscal abusiva”, que normalmente se considera ilícita, y “planificación fiscal simple”, que aunque normalmente es impopular para la Administración tributaria, sí es lícita¹.

Sin embargo, la referida ausencia lingüística no supone una ausencia de relevancia del problema de la planificación fiscal en la jurisprudencia del TJCE. Por el contrario, son muchísimos los casos en los que la jurisprudencia comunitaria ha tomado en consideración, directamente o indirectamente, la cuestión de la planificación fiscal, de su alcance y sus límites.

1.1. El concepto de planificación fiscal

¹ Así el Abogado General Poiares Maduro en sus Conclusiones presentadas el 7 de abril del 2005 en el asunto C-255/02, *Halifax*, nota n. 75.

La planificación fiscal, tal y como la conceptualiza la doctrina, consiste en una estrategia económica que trata de elegir o construir la vía de acción más eficiente fiscalmente, es decir, aquella que, entre todas las alternativas posibles e *igualmente legales*, permite minimizar lo más posible la carga tributaria.

Como bien se sabe, la “optimización fiscal” puede llevarse a cabo tanto en negocios individuales, como en complejas operaciones económicas o bien respecto a toda la actividad de una empresa o grupo de sociedades. En cualquier caso, a pesar de que la planificación fiscal sea sólo una parte de la programación y gestión de la empresa, es decir, un apoyo a la estrategia empresarial global, lo que la caracteriza propiamente es la *coordinación* de distintos comportamientos dirigidos todos ellos de manera unívoca a crear relaciones y situaciones jurídicas con el fin de optimizar la carga tributaria.

Además, debe tenerse en cuenta que el ahorro fiscal depende tanto de la disminución de la cuantía del tributo a pagar, como del diferimiento del devengo de los distintos impuestos y de la reducción de los gastos fiscales indirectos, conectados con los cumplimientos de los deberes instrumentales de pago de la deuda tributaria.

Por tanto, la planificación se sitúa en un territorio cuyas fronteras son, por un lado, el “ahorro fiscal” o “economía de opción”, que son conductas lícitas y legítimas y, por otro lado, el resto de conductas -elusión fiscal, o abuso de la legislación, o fraude de ley- cuyo rasgo común radica en ser formalmente *secundum legem*, pero en la substancia *contra legem*; esto es, son ilícitas por ir en contra de la intención de la ley pero sin ser ilegítimas en su significado propio puesto que no suponen violación de ninguna prohibición legal, es decir, *evasión*.

1.2. Las proporciones del concepto de planificación fiscal en la jurisprudencia en materia de IVA

¿Cuál es la planificación fiscal legítima según el Derecho comunitario? Para responder a esta pregunta es preciso por un lado utilizar un método negativo, identificando dónde empieza el *abuso* de la planificación fiscal en el marco comunitario, y por otro lado identificar, de un modo positivo, el espacio de libertad en el que el Derecho comunitario tolera que se busque el máximo “ahorro fiscal” así como la *protección jurídica* que otorga a esta búsqueda.

Así pues, aceptando la definición anterior, para poder analizar el tan extenso y variado fenómeno de la planificación fiscal a la luz de la jurisprudencia del TJCE se hace preciso acotarlo en razón de las competencias de la Comunidad, de las distintas tipologías de tributos y de las técnicas de planificación más proporcionadas a éstas.

En el campo del IVA, hay que subrayar en primer lugar que la armonización comunitaria del tributo implica, entre otras cosas, que la planificación fiscal que puede ser objeto de la jurisprudencia del TJCE es también aquella “interna”, es decir la que no se actúa precisamente a través de operaciones internacionales o transfronterizas². Esto implica también que las conductas de planificación fiscal se lleven a cabo esencialmente no aprovechando las diferencias entre los distintos ordenamientos tributarios nacionales, sino aprovechando las posibilidades de ahorro fiscal que la legislación comunitaria armonizada ya permite.

Además, dado que en el caso del IVA las sentencias prejudiciales del TJCE interpretan el derecho armonizado,

² En particular, podemos excluir del ámbito del presente estudio justamente las técnicas en las que se utilizan cadenas de transacciones intracomunitarias fraudulentas conocidas como “fraudes carrusel”, dado que en estos casos no hay nunca una planificación fiscal legítima, sino solamente evasión, de modo que en estos casos el pilar de toda la operación es siempre la violación de los deberes que la normativa tributaria estatal establece en materia de recaudación voluntaria y el consciente incumplimiento del deber de pagar el impuesto por parte del llamado *missing trader*.. Este es un testaferro o una sociedad ficticia creada o controlada por el contribuyente, el cual se encuentra al final de la cadena y disfruta de la ventaja fiscal (que consiste en la posibilidad de deducir el IVA repercutido pero nunca ingresado y de aprovecharse de un precio más bajo del valor normal de los bienes).

es indudablemente más fácil aplicar de manera uniforme y directa en todos los Estados miembros el principio de derecho impuesto por una sentencia que por ejemplo establezca que una determinada conducta de planificación es abusiva.

Ya que el IVA es un tributo neutral con respecto a los sujetos pasivos, pero no totalmente, la optimización fiscal se alcanza sobre todo minimizando precisamente los efectos negativos y las desventajas que derivan de aquellos aspectos del sistema normativo del tributo que afectan a la neutralidad. Esto es, por ejemplo, exclusiones generales o restricciones parciales del derecho de deducción del IVA con respecto a bienes o servicios determinados a pesar de ser utilizados en la actividad empresarial, existencia de operaciones exentas respecto a las cuales no compete el derecho a deducción o se aplica el sistema de deducción *pro rata*, tipos diferentes, etc.

En particular, en este caso la planificación fiscal concierne esencialmente a operaciones individuales y no a la actividad global de la empresa. Con respecto a una determinada operación económica, puede resultar fiscalmente más eficiente y ventajoso elegir un determinado negocio jurídico en lugar de otro, o fraccionar un negocio en muchos contratos distintos pero encadenados entre sí, o calificar jurídicamente el supuesto de hecho de manera que se pueda disfrutar de un régimen especial, o del tipo más favorable o de una deducción de importe más alto.

En todos estos casos está claro que el contribuyente intenta manipular las normas fiscales y diseñar los supuestos de hecho en orden a alcanzar un determinado resultado económico sin aplicar el impuesto correspondiente o para obtener unas ventajas fiscales a las que de otro modo no se tendrían derecho.

Por todas estas razones, y en particular por la existencia de un sistema normativo armonizado entre todos los Estados miembros, con respecto al IVA es más fácil identificar cuales son los límites a la planificación fiscal legítima según el Derecho comunitario. En efecto, fuera de los casos en los que el contribuyente disfrute de eventuales lagunas en el sistema dibujado por la Directiva IVA, o de “economías de opción” toleradas por la misma, las otras prácticas de optimización fiscal acaban por ser elusión de las *normas fiscales* comunitarias o de las nacionales de adaptación, o (lo que es lo mismo) abuso de los derechos que la misma Directiva IVA otorga al contribuyente (el derecho a deducción en primer lugar), puesto que aspiran a maximizar el efecto de neutralidad del impuesto, pero superando sus límites legales y no cumpliendo los requisitos prescritos.

1.3. Las proporciones del concepto de planificación fiscal en la jurisprudencia en materia de libertades económicas fundamentales e impuestos sobre las rentas y fiscalidad societaria

La cuestión se hace más compleja con respecto a los impuestos sobre la renta y las sociedades. En relación a éstos, no hay competencias comunitarias específicas, así pues no hay armonización, sino con respecto a los flujos transfronterizos de los dividendos e intereses y las operaciones de reorganización internacional de las sociedades (fusiones, escisiones, etc.). Pero se trata de una armonización limitada y parcial en la medida en que tiende sólo a eliminar en el marco comunitario unos casos de posible doble imposición internacional en la medida en que podrían distorsionar la competencia en el mercado único. Precisamente la falta de armonización de la fiscalidad directa -es decir las grandes diferencias que existen entre los ordenamientos internos de los Estados miembros- puede explicar por qué, aunque el mercado comunitario es único, las grandes sociedades prefieren multiplicarse en los Estados y actuar actividades y negocios a través de filiales y estructuras o grupos multinacionales bastante estables, construyendo más de un centro de imputación de las relaciones jurídicas y comerciales, en lugar de constituir *joint ventures* o un solo centro por todas las actividades.

Por eso, es evidente que lo que nos interesa en relación a estos impuestos es sólo la *planificación fiscal internacional*. En este caso, por supuesto, las estrategias de planificación son más complejas que en el caso del IVA, puesto que pueden referirse a toda la actividad económica o a toda la estructuración del grupo de empresas.

La jurisprudencia del TJCE puede influir sobre la elección de los medios de planificación fiscal en este sector de la tributación, según veremos, cuando toma en consideración la protección de las libertades comunitarias de circulación de capitales y de establecimiento y sus violaciones por parte de las normativas tributarias nacionales que resulten discriminatorias o restrictivas. Es útil recordar, aunque sea de sobra conocido, que como sigue diciendo el TJCE desde el asunto C-279/93, *Schumacker*, “*aunque la materia de los impuestos directos no está incluida, como tal, en la esfera de competencia de la Comunidad, los Estados miembros deben ejercer las competencias que conservan respetando el Derecho comunitario*”.

Al fin y al cabo, la cuestión de la planificación fiscal internacional entronca aquí el complejo tema de la llamada *armonización negativa* de los impuestos directos. El TJCE no se ocupa directamente de la planificación fiscal internacional, sino en la medida en que los objetivos y los medios de planificación en este campo coinciden con el ejercicio de las libertades económicas o exigen gozar de su amparo.

De un modo aproximativo, se puede decir que el alcance y los límites de la planificación fiscal internacional, en el marco comunitario y en los impuestos sobre sociedades, son los mismos que los de las libertades económicas fundamentales del Tratado CE. Es decir que si se ejercen los derechos de libre circulación de manera legítima, entonces la planificación fiscal que se realiza a través de ellos será probablemente lícita, pudiendo resultar por su parte correlativamente ilegítimas (según el derecho comunitario) las medidas anti-abuso nacionales.

Además la jurisprudencia del TJCE ha contribuido a aclarar en qué medida discriminaciones o restricciones fiscales que afectan a los contribuyentes no residentes o a actividades transfronterizas obstaculizan la optimización fiscal (en efecto, al eliminarse estos obstáculos se eliminan también los motivos que llevan a buscar medios para eludir las normas discriminatorias o restrictivas).

Finalmente, estrategias de planificación fiscal internacional que pretendan eludir normas fiscales nacionales, pueden resultar incompatibles con el Derecho comunitario del Tratado, si hay alguna práctica abusiva. Pero es preciso evidenciar, como veremos después, que en este caso lo que se llama “abuso” puede ser diferente en el ordenamiento tributario nacional y en Derecho comunitario.

En este último caso hay una planificación fiscal elusiva si hay abuso del ejercicio de los derechos de libre circulación mediante el cual se actúa el esquema de planificación. Lo que cae en el “campo visual” del TJCE no es directamente el “abuso” de las disposiciones fiscales, es decir, su elusión. Los jueces comunitarios toman en consideración la elusión fiscal sólo si está combinada con el ejercicio abusivo de los derechos de circulación. En cambio, en la perspectiva del ordenamiento nacional, a menudo se pretende obstaculizar como “elusión fiscal internacional” no sólo el abuso de las normas fiscales internas y de las formas jurídicas para construir montajes puramente artificiales -es decir, sin ninguna realidad económica-, sino también conductas que se aprovechan de las diferencias y discordancias existentes entre los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados. Pero éstas se enmarcan en la competencia fiscal entre los Estados, que no está prohibida en el estado actual del Derecho comunitario, aunque no sea deseable. Además, con respecto a esta cuestión, cabe distinguir entre la aplicación de las medidas anti-abuso nacionales en relación con Estados miembros del UE y su aplicación en relación con terceros

países³. Esto, según veremos, plantea también el problema los distintos alcances y límites de las libertades fundamentales, en concreto, de la de establecimiento y de circulación de capitales (esta, en particular, es la única que se encuentra amparada por el Tratado también con respecto a los movimientos de capitales con destino a terceros países).

1.4. La delimitación “en negativo” del concepto comunitario de planificación fiscal legítima a través de la doctrina comunitaria del abuso de derecho y el problema de la seguridad jurídica

También en el derecho comunitario es preciso plantear la cuestión de la planificación fiscal de manera diferente según las distintas ramas del sistema impositivo (i.e. Iva o fiscalidad directa) porque, según hemos dicho, entre ellos cambian no sólo las estrategias, al variar la estructura de los tributos, sino también el nivel jerárquico de las fuentes normativas comunitarias (derecho comunitario primario -Tratado CE- y secundario -Directivas-), lo que puede implicar diferentes técnicas interpretativas por parte del TJCE.

Pese a esto, no cabe ninguna duda de que la jurisprudencia más reciente del TJCE está desarrollando un concepto comunitario de practica abusiva y de elusión fiscal, que aplica de manera tendencialmente uniforme en todos los asuntos (ya se trate de Iva o de impuestos sobre la renta) para averiguar si un contribuyente puede perder los derechos comunitarios que le asisten, abusando de ellos, y si unas medidas anti-elusión nacionales puedan restringir de manera legítima estos derechos para prevenir e impedir precisamente este abuso.

Mediante esta doctrina del abuso de derecho, el TJCE está enfocando indudablemente el problema principal que plantea la planificación fiscal legítima, es decir, cuáles son sus límites. Éstos terminan donde empiezan el abuso, la elusión, y además el fraude fiscal. A este respecto, el TJCE está dibujando “en negativo” el perímetro legal de la planificación, según el Derecho comunitario. A ese respecto, se tiene que tener en cuenta que está reconocido también por el TJCE que “*el sujeto pasivo tiene derecho a elegir la estructura de su actividad de modo que limite su deuda fiscal*”⁴.

Los principios comunitarios de prohibición de discriminación y de proporcionalidad también delimitan la aplicación de las normativas nacionales en este campo. Sobre todo, según veremos, imponen a los Estados límites en la construcción de presunciones legales, que son imprescindibles para distinguir los casos en los que es mas elevado el riesgo de prácticas abusivas, pero donde no puede ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, afectando a los no residentes de peor manera que a los residentes, a menos que la situación en que se hallan los primeros sea objetivamente distinta de la de los segundos. En realidad, la cuestión de los límites legales a la planificación fiscal se transforma en el problema de quién (la Administración o el contribuyente) debe probar, y cómo, la existencia o la inexistencia de una práctica abusiva o de un peligro para el interés fiscal del Estado en el asunto concreto.

El desarrollo por parte del TJCE de un concepto comunitario de abuso y elusión, y de unos criterios para equilibrar los diferentes intereses en juego respetando los principios comunitarios es el hilo conductor que une, no siempre de un modo explícito, muchas sentencias del Tribunal y permite reunir en una reflexión todas las cuestiones heterogéneas que la planificación fiscal plantea respecto a los distintos tributos, a los diversos esquemas y a las

³ Vid. la Comunicación de la Comisión Europea del 10 octubre del 2007, COM(2007)785 final, “*Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa dentro de la UE y en relación con terceros países*”.

⁴ TJCE, sentencia de 21 de febrero de 2006, C-255/02, *Halifax*, apartado 73.

distintas garantías o derechos que la normativa comunitaria reconoce, directa o indirectamente, a los contribuyentes europeos.

Esta reflexión es aún más necesaria porque, como reconoció la Comisión Europea en su mencionada Comunicación de 2007, si en relación con este asunto se pueden derivar de la jurisprudencia comunitaria criterios claros, “*aún existe cierto margen para explorar la aplicación práctica de dichos principios de forma más general y más allá de las circunstancias particulares en las que se han planteado*”. Es decir, que el método de interpretación que el TJCE utiliza, según el cual, los “principios generales” que establece nunca se hallan desvinculados de un análisis esmerado del asunto concreto (análisis que influencia, al final, la misma conformación de dichos principios), implica que no es fácil obtener todas las consecuencias implícitas en sus decisiones para generalizarlas y establecer efectivamente normas de aplicación general.

A menudo, en efecto, el TJCE establece que corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si a las situaciones concretas que son objeto del juicio se deben aplicar o no los “principios” sentados en materia de prácticas abusivas en la sentencia prejudicial. El órgano que debe ofrecer la interpretación uniforme del derecho comunitario es precisamente el TJCE, pero ¿qué ocurre si sus decisiones, sobre todo en el campo de la tributación directa, que no está armonizada, pueden llevar los Estados miembros a reaccionar de manera diferente y sin coordinación entre ellos mismos, como por ejemplo con respecto a la modificaciones de una legislación anti-abuso que se sea parecida o semejante a la de otro Estado y que haya sido juzgada discriminatoria o restrictiva? ¿Qué puede ocurrir si las Agencias tributarias o los jueces de los distintos Estados miembros “interpretan” y aplican de manera diferente los mismos principios establecidos por la jurisprudencia comunitaria? ¿Y si, además, el mismo TJCE, en sus sentencias sucesivas, al “aclarar” su doctrina precedente, extiende o restringe su alcance, según sea el asunto concreto con respecto al cual tiene que interpretar el Derecho comunitario?

Esto nos lleva hacia el último problema conectado con la planificación fiscal internacional: el de la seguridad jurídica. En este caso los medios de Derecho interno que unos Estados normalmente ofrecen a empresas internacionales para poder identificar previamente cuales son las elecciones lícitas según el ordenamiento, y garantizar así a los inversores extranjeros un nivel adecuado de seguridad jurídica, como el instituto del *ruling*, no pueden ser suficientes. La posible inseguridad, en este caso, procede directamente del carácter gradual del desarrollo y la “revelación” de todas las consecuencias que la jurisprudencia comunitaria ha deducido de las libertades de circulación en el ámbito de la fiscalidad directa, durante más de veinte años (desde el asunto *avoir fiscal* del 1986 hasta hoy). El mismo TJCE en sentencias recientes ha puesto en evidencia esta graduación⁵, lo que constituye también un progreso, desde la perspectiva de los jueces comunitarios, aunque a veces imprevisible y no completamente controlable, ni siquiera en los momentos de *self-restraint*, como testifica precisamente su última jurisprudencia.

En este sentido, una planificación fiscal eficiente necesita seguridad como garantía, que el marco jurídico de los principios comunitarios sentados por el TJCE se desarrolle de forma coherente y sin contradicciones, y que en la interpretación por parte de la doctrina esa jurisprudencia alcance a ser lo más posible clara y sistemática.

Este problema de la estabilidad y la seguridad en la significación de la jurisprudencia comunitaria con

⁵ Véase, por ejemplo, el auto del TJCE de 23 de abril de 2008, C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, apartado 124 y la sentencia del TJCE de 12 diciembre de 2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, apartado 215.

respecto a la planificación fiscal repercute también en la posibilidad de obtener la indemnización por las pérdidas económicas y la reparación de los daños que los contribuyentes europeos hayan sufrido por una infracción del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro. En efecto podría plantearse esta cuestión también en el caso de que una normativa estatal haya obstaculizado de manera ilegítima una planificación fiscal lícita y amparada por el Derecho comunitario o de que haya disuadido al contribuyente de adoptarla. También cuando, como ha aclarado el TJCE, el contribuyente no se ha opuesto a la negativa de la Administración tributaria o a la denegación del disfrute de un determinado régimen tributario. Entre los tres requisitos que el TJCE ha establecido para que un Estado incurra en responsabilidad, el de la suficiente caracterización de la violación depende, entre otras cosas, del grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada y del carácter excusable o inexcusable de un eventual error de interpretación del Derecho comunitario⁶. Estos son todos los elementos que pueden depender también de dicho carácter gradual del desarrollo de la jurisprudencia comunitaria, esencialmente en materia de libertades de circulación (y no, evidentemente, en materia del IVA: vuelve a tener importancia la distinción entre las áreas de la fiscalidad, según su nivel de armonización y el carácter positivo o negativo de ésta).

Tomando como premisa las consideraciones anteriores, a continuación intentaremos llevar a cabo un análisis y un comentario lo más sistemático posible de la jurisprudencia del TJCE y de su impacto en las prácticas de planificación fiscal.

En el camino que la jurisprudencia comunitaria ha recorrido en los últimos veinte años, va delineándose una trayectoria que intentaremos poner en evidencia. Ésta procede desde el sencillo amparo de las libertades comunitarias contra las limitaciones que los Estados miembros quieren ponerles en nombre del interés fiscal (en todas sus versiones: eficiencia de los controles fiscales, coherencia del sistema fiscal, reducción de ingresos fiscales, etc.), hacia la expansión de las potencialidades implícitas en ellas, a pesar de la falta de armonización de la fiscalidad directa. Sin embargo, al mismo tiempo el TJCE ha “filtrado”, en sentido metafórico, este amparo mediante el *rule of reason test*, que le ha permitido diferenciar y seleccionar las causas de justificaciones presentadas por los Estados, destacando algunas de ellas en particular y circunscribiendo el alcance de los derechos fundamentales comunitarios. Después, en un balance dialéctico, el Tribunal ha llegado no sólo a reconocer límites extrínsecos a estos derechos (como el principio de territorialidad o del equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, según veremos), sino a desarrollar casi una teoría (¿general?) de sus límites intrínsecos, cuyo eje es el concepto de “abuso”. Esta es una consecuencia del mismo otorgamiento de derechos (por parte del Tratado o las Directivas) que tienen un carácter “finalista” porque están esencialmente dirigidos a la realización del mercado interior y son funcionales a su mantenimiento. El límite del “abuso de derecho” se revela como un recurso poderoso para los Estados que quieren evitar la elusión de su legislación tributaria mediante los límites establecidos por su propia normativa anti-abuso. Pero el TJCE ha sentado pronto los contra-límites, valorizando otra vez, como en un círculo, los principios generales de derecho comunitario (no discriminación, proporcionalidad), a los cuales tiene que adecuarse las medidas anti-abuso nacionales.

Es preciso fijar la atención, en primer lugar, en la planificación fiscal internacional en el ámbito de la fiscalidad directa y de los grupos de sociedades. En relación a esta, la jurisprudencia comunitaria reciente presenta

⁶ Entre las otras sentencias, véase pro ejemplo la de 13 de marzo de 2007, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, apartados 106-127.

un elevado nivel de complejidad y plantea más problemas, porque precisamente en relación a estas elecciones de planificación fiscal puede desarrollar distintos papeles así como influir sobre ellas de diferentes maneras, tanto indicando sus límites como favoreciendo indirectamente algunas de las prácticas más frecuentes en el marco internacional o, por el contrario, haciéndolas menos ventajosas.

Después se pondrá en evidencia que los límites que la jurisprudencia comunitaria pone hoy a estas prácticas se condensan sobre todo en el instituto del abuso, que aún siendo unitario se encuentra matizado de manera distinta según se tome en consideración la normativa comunitaria - la planificación fiscal en el ámbito del IVA permite destacar bien el concepto comunitario de práctica abusiva y de elusión fiscal - o la de los Estados miembros. Con respecto a ésta, se hará sobre todo referencia a las medidas anti-abuso en tema de *controlled foreign companies* o de subcapitalización, las cuales han chocado contra el derecho comunitario.

2. LA PLANIFICACIÓN INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO DE LA FISCALIDAD DE LAS SOCIEDADES Y LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: ENTRE EL AMPARO DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES Y LA EROSIÓN DEL INTERÉS FISCAL ESTATAL.

2.1 Algunos esquemas básicos de planificación fiscal internacional (PFI)

En el ámbito de la fiscalidad directa, la optimización de la carga tributaria que grava una empresa internacional o multinacional se realiza a través de una heterogénea tipología de estrategias, que pueden ser clasificadas muy esquemáticamente como sigue: según los objetivos, las fases de la actividad, los medios y las operaciones que en concreto resultan utilizados.

Con respecto a los objetivos principales, la PFI pretende esencialmente:

1) evitar o atenuar la doble imposición internacional; 2) aprovechar la posibilidad de una falta de imposición, es decir una situación de doble no imposición, aprovechando las diferencias o la falta de coordinación entre los varios ordenamientos; 3) localizar y distribuir los capitales y los beneficios entre aquellas jurisdicciones fiscales que permitan mejorar la eficiencia del proceso de inversión, minimizando la tributación de los beneficios en el Estado de su origen y en el de su destino o repatriación.

Todos estos objetivos se persiguen en los tres momentos principales que hay que tener en consideración cuando se planifica una actividad empresarial multinacional. El primer momento es el de la elección del establecimiento y de la localización de las entidades: es necesario fijar la sede principal y las subsidiarias, decidir como articular el grupo de sociedades en el territorio, elegir las formas jurídicas de las entidades y de las actividades económicas (filiales, establecimientos permanentes, etc.), seleccionar los recursos de financiación para ellas (capitalización mediante fondos propios o endeudamiento comercial o financiero). El segundo se refiere al desarrollo de la actividad: se hace preciso decidir el modo más racional y eficiente de distribuir las distintas actividades entre las entidades, cuándo y cómo deslocalizar los beneficios o ponerlos en circulación dentro de la estructura de la empresa, en qué sociedades colocar preferentemente las pérdidas, etc. Y por último, el momento de la repatriación de la inversión: hay que elegir entre los distintos caminos posibles (con respecto a los vehículos para canalizar los beneficios, los ordenamientos a través de los cuales hacerlos transitar y las calificaciones jurídicas) para distribuir los beneficios extraídos de la actividad económica desarrollada en el extranjero.

En concreto, en relación a la estructura del tributo, tanto el calificar jurídicamente el hecho imponible, como

el determinar los elementos de los que se compone la base imponible (mediante reducciones y exenciones), o cómo buscar el tipo más favorable sirven para alcanzar los dichos objetivos en cada fase. La conveniencia fiscal de una determinada elección de inversión multinacional ha que ser considerada desde la perspectiva de intentar minimizar el gravamen fiscal en los cuatro pasos que siguen, dos relativos al Estado de destino de la inversión, dos relativos al Estado de origen del inversor.

A) *Tributación en el Estado de la fuente de los beneficios de las entidades establecidas en el extranjero.* En relación a estos beneficios, contribuyen a reducir el gravamen tributario en el extranjero tanto la localización de las actividades y de las sedes secundarias de la empresa (reales o ficticias, así dichas “*letterbox companies*”) en Estados con tributación baja (*tax heaven* o *tax haven*) o que apliquen regímenes menos exigentes o de favor (como la *participation exemption*), como el desplazamiento de los beneficios y de la base imponible hacia entidades situadas en los citados Estados, en concepto de capital o de remuneración por servicios intragrupo (por ejemplo contables, de asesoría o *management*, de arrendamiento de intangibles, etc.) prestados por las filiales a la matriz (es el caso de los precios de transferencia superiores al valor de mercado). Asimismo, también la financiación de las entidades subsidiarias mediante endeudamiento, no sólo intragrupo, permite maniobrar las bases imponibles en los Estados de recepción que tengan un nivel normal o alto de tributación, produciendo allí gastos deducibles.

B) *Tributación sobre la circulación y la distribución de beneficios en el Estado de la fuente.* Atañe sobre todo a los dividendos transfronterizos abonados por una sociedad del grupo a otra (*outbound dividends*). Lo que se persigue esencialmente es eliminar o atenuar el gravamen en salida, para eliminar una de las potenciales causas de doble imposición, y también para disfrutar una posible doble no imposición. Lo que puede ocurrir, por ejemplo, si se elige una determinada tipología de negocios que determine una calificación de los beneficios que impida que estén sujetos a retención en la fuente, o como intereses (también deducibles en el Estado de la fuente) o *royalties*, que a menudo están sujetos a retenciones en la fuente menores o inexistentes, también en función de los convenios internacionales contra la doble imposición (CDI conformes al Modelo OCSE de convenio). En la misma línea encontramos la elección de instrumentos financieros híbridos, no considerados en los CDI, que pueden utilizarse precisamente porque los ordenamientos en cuestión no los califican de manera coincidente, así que no hay tributación ni en el Estado de la sociedad que paga ni en el Estado de la sociedad beneficiaria. En los casos en los que no existen convenios internacionales – lo que puede implicar un alto riesgo de doble imposición – se utilizan *conduit companies*, esto es, sociedades cuyo fin exclusivo o principal es (sólo) operar como intermediarias en la circulación de los beneficios por encontrarse en Estados que tienen una buena red de CDI; así pues, pueden disfrutar las ventajas relativas y practicar el *treaty shopping*. Asimismo, minimiza el coste fiscal de la circulación de los beneficios la concentración de todas las participaciones y la acumulación de todos los dividendos en una filial holding situada en una jurisdicción fiscal conveniente (por el bajo nivel de tributación, por la red de CDI aplicables, por no aplicarse retenciones en la fuente a los dividendos en salida, por conceder exenciones). De esta manera se puede obtener una suerte de efecto de consolidación internacional de las bases imponibles.

C) *Tributación en el Estado de residencia de la sociedad dominante.* También en este caso, el fin esencial es evitar o minimizar la doble imposición internacional sobre los dividendos (*inbound dividends*), localizando la sociedad matriz en un Estado que aplica un régimen de exención o medidas favorables para eliminar la imposición sufrida en el extranjero. Asimismo, operaciones intragrupo (por ejemplo financieras, que producen intereses

deducibles) podrían ser realizadas precisamente para compensar el mayor gravamen que se produce cuando el Estado de origen de la inversión realizada en el extranjero adopta el método de imputación en lugar del de exención.

D) *Tributación de la renta de la sociedad dominante en su Estado de residencia.* En este último caso las relaciones comerciales y de financiación con otras entidades extranjeras, vinculadas o no, puede permitir minimizar el gravamen fiscal de muchas maneras pero, en sustancia, siguiendo siempre dos líneas directrices fundamentales: desplazando la base imponible hacia el extranjero, produciendo gastos para deducir en la matriz o atrayendo hacia ésta las pérdidas de establecimientos permanentes o filiales extranjeras (los medios principales, como bien se sabe, son los precios de transferencia, los servicios o financiaciones intragrupo, la devaluación de las participaciones, la subcapitalización). También al elegir el Estado en que tendrá su residencia la sociedad dominante, normalmente se tiene en cuenta si existe un régimen de *participation exemption* relativo tanto a los dividendos como a las eventuales plusvalías por transmisión de participaciones y si este régimen es de aplicación general o hay limitaciones en función de la estructura internacional del grupo, de la residencia de las controladas, etc. Asimismo se tienen en consideración los límites que la normativa impone a causa de la residencia de las sociedades del grupo en la compensación de bases imponibles negativas con las rentas positivas obtenidas en ejercicios pasados o futuros, en la transferencia intragrupo de pérdidas (régimenes de transparencia fiscal de las sociedades, de consolidación de las bases imponibles), o en las transmisiones patrimoniales (inmuebles, participaciones) entre sociedades del mismo grupo.

No debe considerarse que estas elecciones tengan sólo la finalidad de construir situaciones de apariencia jurídica sin sustancia económica. Un ejemplo conocido de efectiva exigencia de ahorro fiscal es la constitución de filiales destinadas a hacer préstamos a las demás sociedades del grupo cuando las operaciones financieras tienen una justificación económica para que la actividad de financiación sea más racional y se pueda evitar la doble imposición de los intereses activos y una carga tributaria redundante en relación con operaciones distintas que, precisamente por el hecho de que se realizan en el marco del grupo, tienen que estar consideradas unitariamente (así cuando una filial hace un préstamo a la matriz para que ésta pueda hacer un préstamo a otra filial del grupo).

2.2. La PFI dentro del marco normativo comunitario: entre una armonización positiva parcial y la armonización negativa de la jurisprudencia

El breve resumen anterior sobre los esquemas más frecuentes de PFI no debe parecer redundante, más bien se revela útil precisamente porque ayuda a poner en evidencia que el Derecho comunitario y la jurisprudencia del TJCE les afectan y les condicionan, aunque de una manera indirecta.

Con carácter preliminar, debe recordarse que en materia de fiscalidad de las sociedades, el marco normativo comunitario que hay que tomar en consideración al planificar una actividad económica internacional incluye también el derecho armonizado.

Empecemos por lo que, según hemos visto, es un objetivo fundamental de las estrategias de PFI, es decir, evitar la doble imposición (tanto económica como jurídica) a nivel internacional. Las Directivas 90/435/CEE (sociedades matrices y filiales) y 2003/49/CE (pago de intereses y cánones entre sociedades) proporcionan este objetivo repartiendo las competencias impositivas entre los Estados miembros y haciendo que la circulación internacional de los beneficios entre las sociedades, bajo ciertas condiciones, sea neutral. Con respecto a los dividendos, por ejemplo, corresponde al Estado de residencia de la matriz eliminar la doble imposición económica (adoptando los métodos de la exención o de la imputación), mientras que por el Estado de la fuente está prohibido

aplicar retenciones en salida (para evitar una doble imposición internacional en cadena, o jurídica,).

Las Directivas 90/434/CEE (fusiones y escisiones de sociedades) y 2005/19/CE (con respecto a la transferencia de la sede de una Sociedad Europea de un Estado miembro a otro) establecen por su parte un régimen de neutralidad fiscal por las operaciones internacionales de reorganización empresarial, con el objetivo de que las disposiciones fiscales de los Estados miembros no las obstaculicen.

Sin embargo, el marco de aplicación de estas Directivas no es general, de momento se aplican sólo a los flujos financieros o a las operaciones entre sociedades que posean unos determinados requisitos. Por ejemplo, por lo que respecta a las distribución de dividendos y al pago de intereses, la condición necesaria es que la sociedad beneficiaria posea directamente una participación mínima en la sociedad pagadora durante un determinado periodo sin interrupción (por ejemplo, en relación con los dividendos, el umbral de participación mínima es 25% -10% a partir del 2009- durante 2 años; en relación con los intereses, el umbral es del 25%; etc.). Además, en el caso del pago de intereses entre sociedades, la Directiva se aplica sólo si la beneficiaria no actúa como intermediaria, es decir, si es “*beneficial owner*”. Entonces, los alcances muy elevados de las participaciones, y el resto de los requisitos exigidos, hacen que las Directivas se puedan aplicar sólo en unos casos particulares.

Así pues, en el ámbito de una PFI hay que tomar en consideración estos límites de aplicación de los medios armonizados para eliminar la doble imposición internacional o para garantizar la neutralidad fiscal. Y además, hace falta considerar que las Directivas tampoco perjudican a la posibilidad, por parte de los Estados, de no aplicarlas en presencia de operaciones que tengan como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. Por lo tanto, fuera del área armonizada, y como reconoce el TJCE, “*corresponde a los Estados miembros determinar, en relación con las participaciones no comprendidas en la Directiva 90/435, si se deben evitar, y en qué medida, la doble imposición en cadena y la doble imposición económica de los beneficios distribuidos e introducir, a estos efectos, de forma unilateral o mediante CDI celebrados con otros Estados miembros, mecanismos dirigidos a evitar o atenuar ambos tipos de doble imposición*”⁷.

Sin embargo al ejercer su propia competencia en este sector, los Estados miembros se encuentran igualmente atados por una red de obligaciones y prohibiciones que se desprenden de las libertades fundamentales y del los principios generales del Tratado CE. Además, como el TJCE aclaró en el asunto *Leur-Bloem* de 1997, con referencia a una normativa nacional en materia de fusiones y escisiones societarias, “*cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho comunitario con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones en contra de los propios nacionales o eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme*” - por el mismo TJCE - “*cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse*”⁸. Y también, cuando nos encontramos dentro del área armonizada, la jurisprudencia del TJCE aclara, según veremos, que el hecho de que el sistema fiscal nacional se halle adaptado a las Directivas no quita que no deba producir efectos contrarios a los objetivos del Tratado (discriminación o restricción)⁹. El círculo, en suma, está cerrado.

⁷ TJCE, sentencia de 12 de diciembre de 2006, C-374/04, *Test Claimants in class IV*, apartado 54.

⁸ TJCE, sentencia de 17 de julio de 1997, C-28/95, *Leur-Bloem*, apartado 32.

⁹ Véase la sentencia de 23 de febrero de 2006, C-471/04, *Keller Holding*, y con respecto a los dividendos transfronterizos, la sentencia de 12

La diferencia es precisamente que, en el caso del Tratado, no se trata de disposiciones específicamente tributarias. Su eficacia sobre la fiscalidad directa es la consecuencia del desarrollo, precisamente por parte de la jurisprudencia del TJCE, de una cláusula general y implícita del Derecho comunitario según la cual los Estados miembros deben ejercer también su competencias exclusivas respetando el Derecho comunitario y evitando efectos discriminatorios o restrictivos que perjudiquen a los ciudadanos y a las empresas comunitarias.

2.3. Los efectos de la jurisprudencia comunitaria sobre el principio de no discriminación con respecto a la localización de las empresas y la elección de su forma jurídica

Debe considerarse que los derechos de establecimiento (art. 43 TCE) y de libre circulación de capitales (art. 56 TCE), tal y como son interpretados por la jurisprudencia comunitaria –en el marco general de la prohibición de discriminación en base a la nacionalidad y, en particular, por lo que atañe al campo tributario, a la residencia– influyen ciertamente sobre la PFI en el ámbito europeo.

Los derechos fundamentales del Tratado, cómo bien se sabe, comportan el principio de igualdad de trato entre los contribuyentes residentes y no residentes. Es verdad que la residencia es un factor que diferencia, en línea general, a los contribuyentes, sobre todo porque es en función de ésta que, en todos los ordenamientos tributarios, cambia el carácter limitado o ilimitado de la responsabilidad y de la obligación tributaria (véase en este sentido también el art. 58 TCE). Sin embargo, una diferencia de trato entre estas dos categorías de contribuyentes, impuesta por la normativa nacional, debe calificarse de discriminación a efectos del Tratado cuando no exista diferencia alguna de situación objetiva que pueda fundamentar la citada diferencia de trato¹⁰. Es decir, cuando las situaciones de residentes y no residentes son perfectamente comparables, con respecto a los elementos que la norma nacional toma en consideración¹¹.

Esto significa que el Tratado protege la libertad de establecimiento, de prestación de servicios, de circulación de capitales “en ingreso” (el comunitario no nacional /no residente no puede recibir un trato peor del nacional/residente o, de todas formas, hallarse obstaculizado). Además, por otro lado, el Tratado ampara el ejercicio de las libertades “en salida”: efectos restrictivos de las normas fiscales que impidan o hagan menos atractivo el ejercicio de las libertades hacia otros Estados miembros (porque “discriminan” las actividades e inversiones en el extranjero, pese a que todos sus titulares sean nacionales o residentes), constituyen una violación del Derecho comunitario.

Con respecto a una de las primeras cuestiones que normalmente se plantean en el marco de la PFI, esto es, la localización de las sedes de la empresa, esta “endiadis”, no discriminación/no restricción, atribuye al contribuyente el derecho a ver reconocido por parte de los Estados miembros que las diferentes formas jurídicas de establecimiento son equivalentes, aunque en la perspectiva del ordenamiento nacional puedan llevar a configurar la empresa como fiscalmente residente o no residente. Es decir, que la normativa fiscal estatal, sobre todo en relación a las ventajas y a

diciembre de 2006, C- 446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

¹⁰ A partir de la sentencia de 13 de julio de 1993, C-330/91, *Commerzbank*, el TJCE ha dicho muy claramente que aunque se aplique con independencia del domicilio de las sociedades y, por tanto, de su conexión al ordenamiento jurídico de un Estado, el criterio de residencia fiscal sobre el territorio nacional, para conceder o denegar una ventaja fiscal, puede operar más especialmente en detrimento de las sociedades que tengan su domicilio en otros Estados miembros, pues estas serán con mayor frecuencia las que hayan establecido su residencia fiscal fuera del territorio del Estado miembro de que se trate.

¹¹ Conforme a un principio de no discriminación como simetría en el trato de situaciones iguales, si un Estado trata de manera igual, a unos determinados efectos fiscales como por ejemplo con respecto al sometimiento a un impuesto, a sociedades establecidas en su territorio y sociedades establecidas en otros Estados comunitarios, es decir, con independencia de su residencia fiscal, no puede denegar a las segundas las ventajas que ha concedido a las primeras. Véase el asunto conocido como *avoir fiscal*: sentencia de 28 de enero de 1986, C-270/83, *Comisión/Francia*.

las oportunidades que ofrece, no puede tratar de manera peor (a menos que esta diferencia de trato no sea justificada objetivamente) sucursales, establecimientos permanentes y sociedades filiales, o menoscabar un grupo de sociedades presente en su territorio, denegando a la sociedad *holding* residente una desgravación fiscal sólo porque una de las sociedades del grupo haya establecido su domicilio social en otros Estados comunitarios.

En este sentido, son muy claras unas sentencias ya citadas del TJCE. Basta con mencionar uno de tantos asuntos: *Halliburton* de 1994, *ICI* de 1998, *Saint Gobain* de 1999¹². Hace ya diez años que esta jurisprudencia aclaró que una empresa establecida en la UE tiene el derecho, fundamentado en el Tratado, a no ser condicionada y obstaculizada por las normas nacionales a la hora de cómo y donde desarrollar su actividad, o como estructurar el grupo. Un Estado cuya normativa tributaria disuada a una sociedad establecida en otro Estado a elegir una determinada forma jurídica (sucursal) más bien que otra (sociedad filial) para ejercer su derecho de establecimiento en su territorio quebranta el Derecho comunitario (asunto *Halliburton*). Una sociedad no residente en un Estado tiene el mismo derecho que una sociedad residente a disfrutar el trato fiscal previsto en un CDI con respecto a otro Estado (sea o no comunitario), cuando tenga relaciones económicas con dicho Estado a través de un establecimiento permanente situado en el primero, y por supuesto no necesita crear en el Estado de su establecimiento secundario una sociedad filial nueva (asunto *Saint Gobain*). Una sociedad puede ejercer su derecho de establecimiento adquiriendo el control de una sociedad *holding* residente que a su vez adquiera una participación de control en sociedades en otros Estados miembros, sin que su Estado de residencia pueda obstaculizarla, supeditando la concesión de una desgravación fiscal a la condición de que la *holding* (es decir el grupo) no tenga participaciones en sociedades extranjeras (asunto *Imperial Chemical Industries*).

Esto significa que al eliminar las normas discriminatorias o restrictivas las posibilidades legales de planificación fiscal se encuentran ampliadas. Mejor dicho, puede cambiar el modo de planificar: el Derecho comunitario garantiza a las empresas la posibilidad remover los obstáculos sentados por las normativas nacionales en lugar de buscar cómo estructurar operaciones, actividades y sociedades al rededor de ellos, exclusivamente para sortearlos.

Sin embargo, esto, más que optimizar el gravamen tributario, optimiza precisamente la actividad de planificación fiscal. La jurisprudencia comunitaria, de todas formas, ha ido más allá. Ha reconocido no sólo que el objetivo de ahorrar los impuestos es legítimo en sí mismo, sino también que se halla cubierto por las libertades del Tratado. En efecto, el hecho de que una sociedad se haya constituido en un Estado miembro con el objetivo de beneficiarse de una legislación (societaria o tributaria) más favorable no es, por sí sola, razón suficiente para llegar a la conclusión de que existe un uso abusivo de dicha libertad¹³. Además, el hecho de que una empresa saque provecho de la circunstancia que en el Estado miembro en el que se halla establecida está sometida a una carga fiscal menor de la que se aplica en el Estado miembro en el que presta sus servicios no puede justificar que éste último aplique un

¹² TJCE, sentencia de 12 de abril de 1994, C-1/93, *Halliburton*; sentencia 16 julio 1998, C-264/96, *Imperial Chemical Industries*; sentencia de 21 de septiembre de 1999, C-307/97, *Saint Gobain*.

¹³ En este sentido, véase: TJCE, sentencia de 30 de septiembre de 2003, C-167/01, *Inspire Art*, apartado 96; sentencia de 12 de septiembre de 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, apartado 37. En la sentencia de 9 de marzo de 1999, C-212/07, *Centros*, el TJCE afirma: “En efecto, puesto que el derecho a constituir una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro y a crear sucursales en otros Estados miembros es inherente al ejercicio, dentro de un mercado único, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado, el hecho de que un nacional de un Estado miembro que quiere crear una sociedad elija constituir la en otro Estado miembro cuyas normas de Derecho de sociedades le parezcan las menos rigurosas y abra sucursales en otros Estados miembros no puede constituir por sí solo un uso abusivo del Derecho de establecimiento”.

trato fiscal menos favorable a los destinatarios de los servicios establecidos en este último Estado¹⁴. Lo que significa, en substancia, que el Derecho comunitario no prohíbe la competencia fiscal entre los Estados europeos, y esta competencia representa tanto la presuposición de la PFI, como, en ciertas circunstancias, un obstáculo a la optimización fiscal.

De todas formas, se debe subrayar que los derechos fundamentales, con independencia del su ejercicio abusivo, no pueden ser invocados fuera del perímetro sentado por el Tratado, y de manera no conforme a su propio carácter. El derecho de establecimiento, por ejemplo, no es un derecho de circulación y no comporta la posibilidad de transferir la sede de dirección de una sociedad de un Estado al otro en orden a transferir de esta manera la residencia fiscal en un Estado distinto y así eludir la aplicación de la normativa tributaria más gravosa o disfrutar del régimen de tributación más favorable¹⁵.

Esto nos lleva al problema de distinguir el diverso alcance del derecho de establecimiento y de la libertad de circulación de capitales, sobre todo en relación con la estructuración del grupo o la realización de inversiones en el extranjero. En la opinión del TJCE, el alcance y la naturaleza de las participaciones determinan el alcance de las libertades comunitarias ejercidas en concreto: las participaciones directas que confieren al titular una *influencia real en las decisiones* de la sociedad participada y le permiten *determinar las actividades* de ésta concretan un ejercicio del derecho de establecimiento. En cambio, la adquisición, la posesión y la transmisión de las participaciones que no tienen estos requisitos (*portfolio investment*) concretan el ejercicio de la libertad de circulación de capitales. Por lo general, no hay situaciones cubiertas por ambas libertades en el mismo tiempo. Mejor dicho, el Tribunal normalmente averigua a cuál de estas dos libertades la normativa nacional controvertida afecta y obstaculiza de manera más directa. Es decir, una restricción directa del derecho de establecimiento implica indirectamente también una restricción de la circulación de capitales. Así, sólo cuando la norma nacional controvertida se aplica con independencia del alcance de la participación, y ambas libertades se hallan invocadas frente del TJCE, éste examina la legislación nacional a la luz de las disposiciones del Tratado relativas tanto al derecho de establecimiento como a la libre circulación de capitales¹⁶.

Así, con respecto a la estructuración de una empresa multinacional, es evidente que en las relaciones en el seno del grupo de sociedades esta más involucrado el ejercicio del derecho de establecimiento. Es preciso distinguir los dos derechos fundamentales por que pueden conferir una protección de amplitud diferente. Esto, según veremos, resulta muy claro en relación a las empresas que ejercen sus derechos a partir de, o con destino a, Países terceros no comunitarios, que están mencionados sólo en el art. 56 TCE. La formulación de este artículo, también, es más ancha que aquella de los artículos 43 TCE (establecimiento) y 49 (servicios), porque prohíbe “todas las restricciones” a los movimientos de capitales y sobre los pagos entre Estados miembros. Además, sólo el art. 58, hace una expresa referencia a la posibilidad de que los Estados traten a los contribuyentes de manera distinta, aunque no discriminatoria, en función de su residencia o del lugar de inversión del capital, y que adopten las medidas necesarias para impedir las infracciones a su propio derecho tributario nacional.

¹⁴ TJCE, sentencia de 26 de octubre de 1999, C-294/97, *Eurowings*, apartado 44.

¹⁵ TJCE, sentencia de 27 de septiembre de 1988, C-81/87, *Daily Mail*.

¹⁶ TJCE, sentencia de 13 de abril de 2000, C-251/98, *Baars*, apartado 22: “*ejerce su derecho de establecimiento el nacional de un Estado miembro que es titular de una participación tal en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro que le confiere una influencia real en las decisiones de la sociedad y le permite determinar las actividades de ésta*”. Véase también, entre otras, sentencia de 12 de diciembre de 2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, apartado 36-38.

De todas formas, el TJCE ha admitido que medidas nacionales con efectos restrictivos sobre cualquiera de las libertades comunitarias puedan ser justificadas por *razones imperiosas de interés general* también en materia fiscal, siempre que el resultado del *rule of reason test* demuestre que son legítimas a la luz del Derecho comunitario y conformes al principio de proporcionalidad.

Sin embargo, muy pocas de las varias causas de justificación presentadas por lo Estados en materia tributaria han sido acogidas por el TJCE. El interés fiscal del Estado no puede justificar discriminaciones o restricciones si se presenta como mera compensación entre ventajas y desventajas fiscales, o como objetivo de evitar la reducción de los ingresos y de impedir la “erosión” de la base imponible. Más suerte han tenido, pero sólo en apariencia, la coherencia del sistema fiscal y la eficacia de los controles fiscales. La primera ha sido en concreto reconocida por el TJCE como efectivamente existente, sólo en el asunto *Bachmann* del 1992¹⁷. Debe ser considerada como la expresión de la exigencia de una absoluta simetría del sistema normativo tributario del Estado y de todos los momentos de ejercicio (positivo o negativo) de su potestad tributaria. Sobre ella influyen la existencia de CDI y el alcance de todos los diferentes regímenes de tributación que el Estado aplica, así que es muy difícil que un ordenamiento nacional, que obstaculiza los derechos comunitarios fundamentales, se halle en la posición adecuada para invocarla a su amparo. Además, el hecho de que el TJCE tienda a calificar como “ventaja” fiscal cualquier instituto jurídico tributario que pueda favorecer bajo el aspecto económico al contribuyente, hace que sea muy difícil distinguir entre elementos estructurales del sistema fiscal nacional y los auténticos beneficios fiscales. También el segundo argumento, es decir, las dificultades que puede causar el ejercicio sin límites de las libertades comunitarias, en relación con la eficiencia de los controles fiscales para luchar contra la evasión fiscal, ha sido neutralizado muchas veces por el TJCE. El Tribunal recurre, a estos efectos, a la existencia de aquellas Directivas comunitarias, como la 77/799/CEE, que han establecido obligaciones y medios de asistencia mutua y de intercambio de informaciones entre las administraciones fiscales de los Estados miembros.

En conclusión, se puede decir que la jurisprudencia de TJCE ha llegado a un punto que hoy permite destacar que existen derechos concretos de los contribuyentes (y relativos deberes de los Estados), fundamentados en los principios comunitarios, a que sistemas fiscales nacionales en materia de tributación de las sociedades sean conformados en una manera determinada. Estos derechos conciernen la tributación de los flujos financieros entre sociedades establecidas en distintos Estados y la eliminación de la doble imposición, la financiación de las empresas, la circulación de participaciones, la circulación de gastos y pérdidas, el disfrute de ventajas que derivan de los CDI, etc. Se trata, como es evidente, de las principales cuestiones que se plantean en el ámbito de la planificación fiscal. A continuación, intentaremos verlas bajo sus aspectos más relevantes y en la perspectiva de este “derecho jurisprudencial”.

2.4 Dividendos transfronterizos y doble imposición

La eliminación o la atenuación de la doble imposición es un objetivo importante en búsqueda de la optimización fiscal. Según hemos visto, sólo parcialmente se halla perseguido a través de la armonización. El art. 220 TCE “apadrina”, se diría, este objetivo, pero no vincula a los Estados a concluir CDI (si acaso los obliga a *no*

¹⁷ TJCE, sentencia de 28 de enero de 1992, C-204/90, *Bachmann*.

concluir o aplicar convenios bilaterales que quebranten el derecho comunitario¹⁸). La doble imposición que el TJCE toma en consideración es tanto aquella económica (tributación sobre la sociedad que distribuye beneficios, en concepto de impuesto sobre su renta, y más tributación sobre la renta del socio que los recibe) y aquella jurídica internacional (cuando el mismo beneficiario se encuentra sometido a tributación “en salida”, como “no residente”, mediante retención en la fuente, sobre los dividendos distribuidos y después, como “residente”, en su Estado de residencia, sobre los beneficios realizados en concepto de impuesto sobre la renta), generando así aquella concurrencia de diversos niveles de tributación que el TJCE llama “imposición en cadena”¹⁹.

Los Estados no se hallan obligados a eliminar la doble imposición, pero cuando adopten por vía de CDI o de modo unilateral medidas para asegurar el eliminación de doble imposición económica o en cadena (y también, *a fortiori*, cuando están cumpliendo los deberes impuestos por la Directiva 90/435/CEE) deben hacerlo sin provocar discriminaciones o restricciones a efectos del Tratado. De este principio general se pueden sacar los siguientes corolarios:

1) *Estado de residencia del beneficiario*. Cuando un Estado aplica una medida contra la doble imposición económica de los dividendos procedentes de una sociedad residente a un socio también residente, debe garantizar el mismo trato a los dividendos procedentes de sociedades no residentes (asuntos *Verkooijen*, *Manninen*, *Lenz*)²⁰. El Estado de residencia del beneficiario no está obligado a adoptar un método idéntico, es decir, un sistema de imputación o de exención, en ambos casos, pero debe llegar al mismo resultado. Lo que significa que si un Estado adopta el método de exención en relación a los dividendos internos y el método de la imputación en relación a los dividendos de origen comunitaria, esta distinción es legítima sólo en presencia de dos condiciones: que el tipo del impuesto que se aplica en el otro Estado miembro sobre la sociedad que distribuye los beneficios no sea superior a lo que se aplica en el Estado de la sociedad beneficiaria, y que con el método de la imputación el crédito fiscal concedido por el Estado de la beneficiaria sea al menos igual al importe efectivamente pagado en el Estado de la sociedad que distribuye los dividendos, hasta el límite de la cuantía impositiva debida por la sociedad beneficiaria (es decir que si el tipo aplicado en el Estado de la fuente fuera superior, el Estado de residencia que adopte el sistema de la imputación sólo en relación a los dividendos de origen extranjero se hallaría obligado a conceder un crédito fiscal completo y a reembolsar el importe excedente pagado en el Estado de la fuente) (Asunto *Test Claimants in the FII Group Litigation* citado). Es relevante también que el TJCE haya aclarado que el mero hecho de que el sistema de imputación implique gastos indirectos (cargas administrativas) mayores para los contribuyentes que el sistema de exención, no puede considerarse una diferencia de trato contraria a la libertad de establecimiento, porque esta “desventaja” es inherente, de modo intrínseco, al funcionamiento del crédito fiscal.

2) *Estado de la sociedad que distribuye los beneficios (Estado de la fuente, desde el cual proceden los*

¹⁸ TJCE, sentencia de 19 de enero de 2006, C-265/04, *Bouanich*, apartados 49-50.

¹⁹ Véase, entre otras, TJCE, sentencia de 20 de mayo de 2008, C-194/06, *Orange European Smallcap*, apartado 31; sentencia de 12 de diciembre de 2006, C-374/04, *Test Claimants in Class IV*, apartado 49.

²⁰ En particular, concediendo el crédito fiscal también a los accionistas residentes en relación con el impuesto sobre sociedades pagado en el extranjero por la sociedad no residente que abona los dividendos. En este sentido véase la sentencia de 7 de septiembre de 2004, C-319/02, *Manninen*, y la sentencia de 15 de julio de 2004, C-315/02, *Lenz*. El argumento de la preservación de la coherencia del sistema fiscal, por lo cual hay que mantener una relación entre la ventaja fiscal concedida al accionista (crédito fiscal) y el impuesto de sociedades, no fue aceptada por el Tribunal. Mejor dicho, la jurisprudencia traslada la coherencia a nivel internacional: es verdad que la condición necesaria para poder conceder el crédito fiscal es que haya tributación de la sociedad, pero no es necesario que esta tributación se aplique en *el mismo Estado* que concede el crédito, es suficiente que se aplique en *uno* de los Estados miembros. Véase sentencia d 6 de marzo de 2007, C-292/04, *Meilicke*, apartado 29. Véase también la sentencia de 6 de junio de 2000, C-35/98, *Verkooijen*, en la cual se afirma por primera vez, en relación a la libre circulación de capitales, la prohibición de aplicar a los accionistas residentes un diferente trato fiscal en función del Estado de su inversión.

outbound dividends, *en inglés*). Por un lado debe considerarse que si el accionista beneficiario no reside en el mismo Estado de la sociedad que distribuye los beneficios, aquel Estado no se encuentra en la misma posición que el Estado de residencia de dicho accionista en lo relativo a evitar o atenuar la doble imposición económica o en cadena, porque correspondería precisamente al Estado de residencia solucionar este problema (Asunto *Test Claimants in Class IV* citado).

Cuando un Estado se encuentra en la posición de Estado de la fuente no está obligado por el Derecho comunitario a evitar la doble imposición y en particular a eximir los dividendos “en salida” o a conceder a la sociedad beneficiaria no residente un crédito fiscal correspondiente al impuesto pagado por tales beneficios por la sociedad pagadora. El TJCE reconoció que exigir esto al Estado sería lo mismo que obligarlo “*a renunciar a su derecho a gravar una renta generada por una actividad económica ejercida en su territorio*”²¹. Sin embargo, en cuanto el mismo Estado aplicase una retención en la fuente sobre los beneficios “en salida”, ejerciendo así su potestad impositiva, entonces dará lugar a un riesgo de doble imposición (económica y en cadena) con independencia de cualquier tributación en otro Estado miembro produciéndose como efecto -en el razonamiento del Tribunal- que las posiciones jurídicas en las cuales se hallan el accionista residente y el no residente se aproximen, dado que ambos resultan sujetos a tributación. A este punto, el Estado no puede hacer alguna discriminación entre las dos categorías. En consecuencia, si se quiere evitar la doble imposición económica sobre los dividendos obtenidos por las sociedades “internas”, debe hacerse lo mismo con respecto a aquellos que son pagados “en salida” con destino a otro Estado miembro. Por supuesto, el Estado de la fuente debe plantearse este problema sobre todo cuando aplica a los dividendos “internos” un sistema de *participation exemption* (asuntos *Denkavit*, *Amurta*)²².

En cambio, el Estado de residencia de la sociedad beneficiaria de los dividendos no está obligado a eliminar la desventaja que deriva de una doble imposición en cadena íntegramente efectuada por el Estado de la fuente, donde se halla establecida la sociedad que distribuye los beneficios. A menos que no contribuya, con su propia normativa o con los CDI que ha negociado y que son aplicables en el asunto concreto, a crear los supuestos de esta doble imposición. Por ejemplo: una entidad residente exenta de impuesto sobre la renta, recibe dividendos gravados en otro Estado comunitario en el momento de la distribución. En este caso, es evidente que hay una carga tributaria más gravosa sobre los dividendos procedentes de otro Estado, pero esto sólo puede imputarse al ejercicio paralelo de potestades fiscales autónomas por Estados distintos (el primero tributa, el segundo exime), en falta de armonización comunitaria, y no tiene nada a que ver con un supuesto trato discriminatorio (asunto *Orange*)²³. Asimismo, si un residente que recibe dividendos ya gravados en el extranjero, reside en un Estado que no aplica algún sistema para evitar la doble imposición económica interna, tampoco tiene derecho a que este Estado introduzca un sistema de crédito fiscal para compensar los impuestos pagados en el extranjero (es decir la doble imposición en cadena – sociedad / socio– que se realiza en el otro Estado). Indudablemente hay un efecto disuasivo porque la presión fiscal que grava los dividendos de origen extranjera es mayor, pero esto depende siempre del ejercicio paralelo de potestades tributarias independientes. No hay alguna discriminación ni restricción contrarias al Tratado CE (asunto

²¹ TJCE, sentencia de 12 de diciembre de 2006, C-374/04, *Test Claimants in class IV*, apartado 59.

²² TJCE, sentencia de 14 de diciembre de 2006, C-170/05, *Denkavit Internationaal*; sentencia de 8 de noviembre de 2007, C-379/05, *Amurta*. Lo mismo vale en el caso del sistema de exención de las plusvalías obtenidas por transmisión de participaciones societarias: debe aplicarse tanto en relación a transmisiones sólo internas como en relación a transmisiones a sociedades o sujetos domiciliados en el extranjero: véase TJCE, sentencia de 8 de junio de 2004, C-268/03, *De Baeck*.

²³ TJCE, sentencia de 29 de mayo de 2008, C-194/06, *Orange*.

Kerckaert)²⁴.

Pero es preciso matizar que un Estado, aun cuando aplique su sistema para atenuar la doble imposición económica de manera no discriminatoria, puede infringir igualmente el Tratado. Esto puede ocurrir si no tiene un sistema, podemos decir, “clásico” para evitar la doble imposición. Así, cuando un Estado aplica un tipo reducido a las filiales residentes de una matriz tanto residente en su territorio como residente en otro Estado miembro (en virtud de un CDI), pero no lo aplica al establecimiento permanente de una sociedad domiciliadas en este otro Estado, por supuesto no hay discriminación de las filiales en relación a la residencia de la matriz, pero hay discriminación entre una forma de establecimiento de los no residentes y otra. Este asunto (*CLT-UFA*) bien señala los efectos de la “red invisible” de obligaciones y prohibiciones que el Tratado ha tejido y que el TJCE sigue desvelando²⁵.

Todavía es demasiado temprano para decir si este reparto de competencias efectuado por la jurisprudencia comunitaria al fin y al cabo resulta simétrico y bien balanceado en todos los casos. Por supuesto, con respecto a la elección del lugar donde fijar las matrices o la filiales, esta jurisprudencia proporciona unos criterios (que son la repercusión de los derechos que ella reconoce tanto al contribuyente como a los Estados) útiles para considerar la conveniencia fiscal de la dirección en la que se realiza la distribución de los dividendos. Pero el marco jurídico todavía no es completo porque es preciso tomar en cuenta también cómo se combinan estos criterios con los CDI.

2.5. Sigue: distribución de beneficios en el marco del derecho comunitario y relevancia de los CDI

Tanto la tributación de los dividendos “en salida”, y su medida, como el sistema para evitar la doble imposición, pueden derivar de una norma de un convenio bilateral o de una medida unilateral del Estado. Los Estados miembros tienen derecho a concluir los CDI con el objetivo de repartir entre ellos sus poderes impositivos fijando los criterios territoriales de sujeción a los impuestos. El Tribunal ha puesto en evidencia que la falta de armonización deja los Estados libres de negociar los CDI, pero no de dejar de respetar los principios comunitarios y de cumplir con sus deberes²⁶.

El TJCE considera los CDI como un elemento que, por su naturaleza vinculante, obliga a los Estados que los han negociado y forma parte del marco jurídico aplicable a los asuntos sometidos al mismo Tribunal. Por lo tanto deben ser tenidos en cuenta tal y como cualquier otra norma estatal²⁷. Es preciso preguntarse si, en el caso de perdurar la infracción del Derecho comunitario, en la medida en que un efecto discriminatorio o restrictivo, producida por la normativa fiscal del Estado, ésta puede ser neutralizada por la disciplina contenida en el CDI aplicable y, en particular, por una medida adoptada por el otro Estado conforme a dicho convenio.

En efecto, esto es posible siempre que haya simetría y no discriminación con respecto a los residentes. Por lo tanto, si los dividendos están exentos en su Estado de origen y el CDI aplicable establece el método de la imputación en el Estado de residencia del beneficiario, el crédito fiscal concedido puede no ser suficiente. La existencia del CDI, en estos casos, puede revelarse trascendental dado que en caso de su ausencia el hecho de que el otro Estado aplique una medida unilateral que pueda neutralizar, por ejemplo, la doble imposición, no puede ser tomada en consideración (la medida unilateral constituye sólo un mero hecho externo al marco jurídico de referencia) (asuntos *Denkavit*, *Amurta*, citados).

²⁴ TJCE, sentencia de 14 de noviembre de 2006, C-513/04, *Kerckhaert-Morres*.

²⁵ TJCE, sentencia de 23 de febrero de 2006, C-253/03, *CLT-UFA*.

²⁶ Véase los asuntos *Gilly* de 1998 y *Saint Gobain* de 1999, y entre los más recientes, la sentencia de 14 de diciembre de 2006, C-170/05, *Denkavit*.

²⁷ TJCE, sentencia de 19 de enero de 2006, C-265/04, *Bouanich*, apartado 51.

El segundo problema que plantean los CDI es el de la Nación más favorecida. Un Estado miembro no puede tratar a un contribuyente comunitario/no residente peor que a uno nacional/residente (cuando se hallen en situaciones comparables). Sin embargo, en la opinión del TJCE, el mismo Estado puede legítimamente tratar diferentemente a dos contribuyentes ambos no residentes y comunitarios pero procedentes de dos Estados miembros distintos con los cuales el primer Estado ha negociado dos CDI de contenido diferente (asunto *D*)²⁸.

Un contribuyente no residente que ejerce sus derechos comunitarios “en ingreso”, hacia un Estado miembro en el que no reside, no pueden pretender que este Estado le extienda el trato fiscal más favorable de un CDI negociado con otro Estado miembro del cual él no es nacional y con el cual no tenga conexión. Es decir que no puede pretender el trato fiscal convencional de otro *no residente*. Pero puede pretender la aplicación del trato convencional que *el residente* disfruta en sus relaciones con un tercero Estado, cuando él también tenga relaciones con aquel Estado a través de un establecimiento permanente en el segundo (asunto *Saint Gobain*, citado).

Es evidente que tampoco el residente puede pretender que su Estado de residencia le aplique el trato fiscal más favorable de entre todos los que están previstos en sus CDI. En todos estos casos la justificación es muy sencilla, y consiste en el mismo alcance bilateral de los convenios, en su reciprocidad. Cuando un trato fiscal ventajoso, establecido en un CDI, no es separable del resto del convenio porque forma parte integrante de éste y contribuye a su equilibrio general, no puede ser aplicado fuera del alcance bilateral que lo caracteriza. Toda la red de convenios bilaterales de un Estado se colapsaría si este límite fuera desconocido. En este sentido, el TJCE ha reconocido que también las “clausulas de limitaciones de beneficios” de los CDI contra el *treaty shopping* son compatibles con el Derecho comunitario (asunto *Test Claimants in Class IV*, citado). Pero el TJCE ha ido más allá, en relación a una normativa nacional que diferencie el trato de las sociedades residentes en función del nivel de tributación de las sociedades controladas (lo que es muy significativo con respecto a las planificaciones cuyos ejes son los paraísos fiscales). En relación con el ejercicio de las libertades comunitarias “en salida” por parte de los residentes, ha juzgado que no hay infracción de libertad de establecimiento o de circulación de capitales (porque en definitiva no hay discriminación respecto a los nacionales/residentes) cuando un ordenamiento tributario nacional trata de manera diversa una matriz residente según controle una filial o posea una participación en una sociedad domiciliada en un Estado miembro con tributación baja o inferior, o según tenga una filial en otro Estado de la UE con tributación normal. En cambio, hay discriminación si trata, en función del nivel de tributación de la filial, de manera diferente las matrices con filiales nacionales que aquellas con filiales en el extranjero (asunto *Columbus*)²⁹.

Esta jurisprudencia del TJCE -efectivamente muy ambigua porque llega a conclusiones contradictorias y prescinde completamente del hecho que en este caso falta una norma bilateral- se justifica sólo porque evita abrir una puerta al principio de la nación más favorecida. Afirmó en efecto el Tribunal: “*La libertad de las sociedades para elegir los diferentes Estados miembros de establecimiento no implica en absoluto que éstos tengan obligación de adaptar su propio régimen tributario a los diferentes regímenes tributarios de los demás Estados miembros para garantizar que una sociedad que haya elegido establecerse en un determinado Estado miembro tribute, a nivel nacional, del mismo modo que una sociedad que haya optado por establecerse en otro Estado miembro*”³⁰.

²⁸ TJCE, sentencia de 5 de julio de 2005, C-376/03, *D*.

²⁹ TJCE, sentencia de 6 de diciembre de 2007, C-298/05, *Columbus*.

³⁰ En en asunto *Columbus*, en particular, los dividendos de origen extranjero están exentos, pero si la filial que los distribuye está situada en un Estado

¿Cómo puede influir todo esto en la planificación fiscal? Hay que considerar, en primer lugar, que del deber de no discriminar a los contribuyentes residentes en relación al lugar de su inversión o de su establecimiento se desprende el derecho, para ellos, de pretender que las medidas para evitar la doble imposición económica o en cadena se apliquen simétricamente a todos los beneficios de origen tanto nacional como europea. Además, los contribuyentes no residentes adquieren el mismo derecho en el Estado de la fuente, pero sólo a condición que sean gravados en éste, o sea que este Estado contribuya a provocar la doble imposición en cadena.

Además es preciso señalar que esta jurisprudencia altera el contexto general en que normalmente se desarrollan las planificaciones fiscales. En efecto el Derecho internacional convencional se mueve normalmente en la dirección de evitar la doble imposición jurídica y no aquella económica. Esto es relevante en el planificar establecimientos, prácticas de *treaty shopping*, etc. En cambio, la jurisprudencia del TJCE parece moverse en dirección contraria, obligando a los Estados a eliminar la doble imposición económica pero no aquella jurídica, a menos que no concurran a producirla con efectos discriminatorios o restrictivos de las libertades fundamentales³¹.

Asimismo, esta jurisprudencia puede influir sobre las estrategias de PFI con el objetivo de atenuar la doble imposición internacional, al utilizar sociedades intermediarias o filiales *holding*. Por ejemplo, normalmente la falta de un CDI entre dos Estados mueve a localizar una sociedad controlada o un establecimiento permanente en un país tercero que tiene una red de CDI conveniente y favorable con los dos citados Estados. Es paradójico que esto, en el contexto comunitario, pueda llevar a consecuencias menos ventajosas. En efecto, ya hemos visto que si falta un CDI, el Estado en el que está domiciliada la sociedad que reparte los beneficios no puede invocar que el otro Estado aplique una medida unilateral para negarse, así, a eliminar los efectos negativos de doble imposición a los que ha dado lugar su legislación en contra del beneficiario situado en otro Estado sin CDI. Esto, sin duda, puede comportar situaciones de doble ventaja por las sociedades. En cambio, si existe un CDI aplicable, éste debe ser tomado en cuenta para averiguar si se alcanza una neutralización de los efectos negativos de los que se ha quejado el beneficiario no residente³².

2.6. Abono de intereses y subcapitalización

La subcapitalización tanto de las filiales situadas en el extranjero o el recurso al endeudamiento por parte de la matriz para adquirir participaciones en otras sociedades son prácticas frecuentes de PFI con el objetivo de minimizar la carga tributaria mediante una distribución encubierta de dividendos, o de disfrutar gastos deducibles relativos a dividendos exentos de imposición. También los préstamos concedidos por una sociedad extranjera a una filial del grupo residente pueden garantizar una transferencia de beneficios, en concepto de intereses, hacia otra jurisdicción fiscal más favorable.

En todos estos casos, la jurisprudencia comunitaria sigue afirmando los mismos principios de la tributación de los dividendos transfronterizos: no discriminación y no restricción de las libertades de establecimiento y de circulación. El principio general que se puede sacar de esta jurisprudencia, es que los Estados pueden obstaculizar estas prácticas, pero no pueden hacerlo sólo en relación a situaciones transfronterizas y comunitarias, o con

cuyo nivel de tributación es inferior de aquel del Estado del residencia de la matriz, entonces los dividendos se gravan y se aplica un sistema de imputación para atenuar la doble imposición.

³¹ P. Farmer, *Striking a Proper Balance between the National Fiscal Interests and the Community Interest – A perpetual Struggle?*, en D. Webber (Dir.), *The influence of the european law on direct taxation: recent and future developments*, Alphen an den Rijn, 2007, p. 31 y ss.

³² Véase J.M. Almodí Cid, *La relevancia de los convenios de doble imposición internacional para determinar el incumplimiento de las libertades comunitarias por el estado de la fuente*, en *Quinzena Fiscal Aranzadi*, n. 9 de 2008.

normativas asimétricas que padezcan de contradicciones o discriminaciones. Por ejemplo: una matriz *holding* residente controla indirectamente, a través de un filial residente, una sociedad situada en otro Estado miembro. El Estado de residencia de la matriz le deniega la deducción de los gastos de financiación (intereses) sufridos para adquirir la sociedad intermediaria residente. La justificación es que los intereses deducibles serían relativos a dividendos exentos (porque proceden del otro Estado miembro). Sin embargo, al permitir a las matrices residentes deducir los mismos gastos cuando posean participación indirecta en una sociedad residente, que también distribuye dividendos en régimen de exención, el Estado evidentemente efectúa una discriminación restrictiva contraria a la libertad de establecimiento “es salida” (asunto *Keller Holding*)³³.

Hay normativas *thin cap* de unos Estados miembros, que recalifican como dividendos (no deducibles y sometidos a retención en la fuente) los intereses pagados entre sociedades vinculadas, es decir, por una filial prestataria a la matriz prestamista que se halla domiciliada en otro Estado miembro en el que la tributación de los intereses puede ser muy baja o nula. Por un lado, el TJCE ha juzgado que si éste sistema de recalificación afecta sólo los préstamos intragrupo entre residentes y no residentes, el mismo será discriminatorio (asunto *Lankhorst*)³⁴. En efecto, el mero hecho que la sociedad prestamista esté domiciliada en el extranjero no autoriza a presumir un riesgo de evasión. De lo contrario, esto significaría que el mero ejercicio de las libertades comunitarias correspondería a una evasión fiscal. El Estado tiene que probar que la operación es abusiva o elusiva para justificar esta discriminación o restricción. Puede dar esta prueba también mediante presunciones, pero éstas tienen que ser objetivas, verificables por terceros y no pueden reducirse al mero ejercicio de las libertades comunitarias. Por ejemplo, no es suficiente el mero hecho de que la sociedad prestamista sea administradora de la sociedad prestataria (asunto *Lammers*)³⁵ mientras que sí podría serlo el hecho de que las condiciones de la operación no sean las mismas de las que las sociedades hubieran acordado en condición de libre competencia, si no fueran vinculadas. Los requisitos que la legislación nacional anti-abuso debe poseer para ser considerada compatible con el Derecho comunitario, a la luz del principio de proporcionalidad (asunto *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*)³⁶, se estudiarán más tarde. De todas formas, hay que señalar que la Comisión europea ha expresado su preocupación porque esta jurisprudencia, junto con la falta de coordinación entre los Estados miembros, podría llevar a los Estados a generalizar sus normativas *thin cap*, extendiéndolas tanto a las operaciones comunitarias como a aquellas sólo internas (Comunicación COM -2007-785 final de 10 de octubre de 2007, citada).

2.7. Circulación de las participaciones, plusvalías latentes y transferencia de residencia

Otra posibilidad que el derecho comunitario, según interpretado por el TJCE, ofrece a los contribuyentes en su PFI, es aprovechar de los regímenes fiscales que favorecen la circulación de participaciones dentro del grupo, más allá de los límites establecidos por la legislación nacional. El principio comunitario es que también un diferimiento del devengo del impuesto (objetivo perseguido también en muchos esquemas de PFI), si está denegado de manera discriminatoria, puede hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades comunitarias. Nos referimos a los regímenes que difieren la tributación de las plusvalías obtenidas sobre participaciones por el cedente, en caso de transmisión a otra sociedad participada o otra sociedad del grupo, hasta que el mismo cedente enajena su

³³ TJCE, sentencia de 23 de febrero de 2006, C-471/04, *Keller Holding*.

³⁴ TJCE, sentencia de 12 de diciembre de 2002, C-324/00, *Lankhorst*.

³⁵ TJCE, sentencia de 17 de enero de 2008, C-105/07, *Lammers*.

³⁶ TJCE, sentencia de 13 de marzo de 2007, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*.

participación en la sociedad cesionaria. Normalmente, el alcance de dichos regímenes es limitado a las transmisiones hacia sociedades cuyo domicilio no se halle en el extranjero y que no sean controladas, directa o indirectamente, por sociedades *holding* extranjeras controladas por el cedente. El objetivo es precisamente evitar el riesgo de que el Estado pierda la posibilidad de tributar estas plusvalías si el cedente (persona física) traslada su domicilio al extranjero o la sociedad cesionaria a su vez sea cedida por la sociedad *holding* no residente (según los CDI OCSE, en efecto, corresponde exclusivamente al Estado de residencia del cedente tributar esta plusvalías). Sin embargo, la jurisprudencia del TCJE ha establecido que esta limitación constituye una restricción tanto del ejercicio de la libertad de establecimiento (si las participaciones confieren el control) como de la libertad de circulación de los capitales (asunto *X e Y*)³⁷. Lo mismo vale en caso de régimen de *participation exemption* (véase asunto *De Baeck*, citado).

El único obstáculo que el TJCE ha reconocido compatible con el Derecho comunitario, aunque bajo ciertas condiciones, es en el caso del traslado de domicilio a otro Estado miembro por parte del contribuyente. Para prevenir una falta de imposición y preservar su derecho a gravar las rentas que se generan en su territorio (principio de territorialidad fiscal), el Estado puede considerar las plusvalías latentes en estas participaciones ya realizadas, y por eso gravarlas, en el momento del traslado del domicilio. En este caso el “impuesto de salida” (*exit tax*) o mejor dicho, la tributación por anticipado, que no se aplicaría si el contribuyente no trasladase su residencia en otro Estado miembro, por general es contrario al Derecho comunitario (asunto *Lasteyrie du Saillant*)³⁸. Pero con algunas excepciones. A saber, se trata de los casos en que la recaudación del “impuesto de salida” se suspende hasta el momento de la efectiva cesión, sin obligación de constituir garantías para la concesión del aplazamiento del pago, sin formalidades administrativas que no sean absolutamente necesarias. Es decir, la sola forma de *exit tax* conforme al principio de proporcionalidad, es el así llamado *preserving assesment*, una forma de determinación previa del impuesto con suspensión automática de la recaudación (asunto *N*)³⁹.

2.8. El riesgo de dobles deducciones, el principio de territorialidad y el límite “natural” del amparo de la PFI en el ámbito comunitario

Si la jurisprudencia comunitaria ha ampliado las posibilidades de optimizar la carga tributaria, ha señalado también lo que podemos llamar el límite “natural” de la PFI. Lo que ya se podía vislumbrar en los asuntos en materia de “impuestos de salida”, ha sido aclarado en los asuntos en materia de consolidación de las bases imponibles, con particular referencia a las transferencias intragrupo de pérdidas (*Marks and Spencer, Rewe Zentralfinanz, Lidl Belgium*)⁴⁰ y de activos (*X AB e Y AB, Oy AA*)⁴¹. Aparte de las prácticas abusivas, que analizaremos después, el Tribunal reconoció que los contribuyentes comunitarios no tienen derecho a que, bajo el amparo del Tratado y de la prohibición de restricciones, sea sacrificado “*el interés legítimo de los Estados miembros en prevenir comportamientos que pueden poner en peligro su derecho a ejercer las competencias fiscales que les corresponden*”, y, en particular, la competencias que están en relación con las actividades desarrolladas en su territorio. Es decir que la salvaguardia del equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, puede requerir “*que a las actividades económicas de las sociedades establecidas en uno de dichos Estados se les aplique únicamente la*

³⁷ TJCE, sentencia de 21 de noviembre de 2002, C-436/00, *X e Y*.

³⁸ TJCE, sentencia de 11 de marzo de 2004, C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*.

³⁹ TJCE, sentencia de 7 de septiembre de 2006, C-470/04, *N*.

⁴⁰ TJCE, sentencia de 13 de diciembre de 2005, C- 446/03, *Marks and Spencer*; sentencias de 29 de marzo de 2007, C-347/04, *Rewe Zentralfinanz*; sentencia de 15 de mayo de 2008, C-414/06, *Lidl Belgium*.

⁴¹ TJCE, sentencia de 18 de noviembre de 1999, C- 200/98, *X AB e Y AB*; sentencia de 18 de julio de 2007, C-231/05, *Oy AA*.

*normativa tributaria de éste, tanto en lo relativo a los beneficios como a las pérdidas*⁴². Detrás de estas formulaciones sugestivas se encuentra sencillamente el principio de territorialidad de la imposición o, como considera la doctrina, una nueva formulación de la coherencia fiscal fundamentada en este principio. Lo que quiere decir el Tribunal es que invocar la cobertura de las libertades comunitarias no puede llegar hasta el punto de forzarlas para obligar a un Estado a conceder a los contribuyentes un margen de maniobra tan amplio como para poder decidir si el Estado puede o no tributar sobre ellos. Es legítimo que una sociedad pueda actuar eligiendo cómo optimizar el gravamen fiscal global, pero otra cosa distinta es pretender que el Derecho comunitario le otorgue un verdadero derecho subjetivo a disponer de las normas tributarias estatales según ella quiera.

Hubo pretensiones semejantes con respecto a aquellas normativas fiscales, en materia de consolidación de las bases imponibles de las sociedades del grupo, que permiten transferir las pérdidas de una sociedad filial, o de una sede secundaria o sucursal, a la matriz. Denegando esta transferencia en el caso en que la filial o el establecimiento permanente estén situados en el extranjero, los Estados, en opinión del TJCE, no han infringido el Derecho comunitario siempre que su normativa cumpla unos requisitos de proporcionalidad. Precisamente, que sea formulada de manera que no impida esta transferencia cuando esté probado por el contribuyente que no hay posibilidad de doble deducción de pérdidas y que, en el momento que él ha agotado las posibilidades de deducir (también en otros periodos impositivos) las pérdidas en el otro Estado o de transferirlas a otras sociedades en el extranjero, no hay algún riesgo de evasión fiscal, es decir, riesgo de que se vaya buscando una mera reducción del imponible de la matriz (asuntos *Marks and Spencer, Lidl Belgium*). Es decir que la transferencia de pérdidas producidas en el extranjero sería legítima, en el marco de la PFI, sólo si fuera un remedio extremo para subsanar una objetiva imposibilidad de deducción en la jurisdicción fiscal en la cual se han producido.

Lo mismo ha pasado, *a fortiori*, con las normativas estatales que permiten la transferencia de activos entre sociedades del grupo (deducidos de la base imponible de la cedente e ingresado en la base imponible de la cesionaria). En este caso sin alguna condición puesto que, aunque la normativa no haga distinción entre casos diferentes, se trataría siempre de una deslocalización directa de la renta con destino a otra jurisdicción fiscal y por tanto bien inadmisibles (asunto *Oy AA*).

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia del TJCE sí formula principios generales pero éstos deben ser adaptados a los asuntos en concreto. Así, hay casos de transferencia de activos o de pérdidas en los que la restricción efectuada por la legislación nacional no es más justificada. Por ejemplo, si se deniegan las transferencias de activos interna a una sociedad residente por la sola razón de que se halla controlada por otra sociedad domiciliada en otro Estado miembro (asunto *X AB e Y AB*). Además, si la “circulación” de pérdidas entre sociedades se realiza a través de la amortización contable de la depreciación del valor de las participaciones en filiales extranjeras que tengan una base imponible negativa, en este caso es discriminatorio denegar esta forma de “deducción de pérdidas”, en la medida en que es posible y legítima en relación a las participaciones en filiales residentes (asunto *Rewe Zentralfinanz*).

2.9 La PFI en el mercado común y las relaciones con los Países terceros

En conclusión, procede señalar que los esquemas más frecuentes de PFI se realizan a través de paraísos

⁴² Sentencia *Lidl Belgium*, cit., apartado 49.

fiscales que, en su mayoría, son Estados fuera de la UE o en un mercado internacional más extenso del comunitario (aunque sea, por acaso, el Espacio Económico Europeo). Por eso, hace falta preguntarse si las conclusiones y los resultados a los que hemos llegado hasta ahora son válidos también cuando los contribuyentes planifican una optimización fiscal a partir de, o con destino a, terceros Países fuera de la UE.

En efecto, en este caso la jurisprudencia tiende a valorar más los límites de las libertades comunitarias⁴³. Valora que el contexto jurídico en que se inscriben los movimientos de capitales con destino a terceros países es distinto así que, en estos casos, las operaciones intragrupo transfronterizas pueden no ser comparables con aquella que se desarrollan en un contexto exclusivamente comunitario. Asimismo, valora los diferentes supuestos de aplicación de las libertades de establecimiento y de circulación de los capitales. Sólo esta última, en efecto, cubre, aunque con unas limitaciones, las inversiones con destino a terceros Estados. Así va señalando las fronteras también geográficas de la PFI que puede disfrutar el amparo de las libertades económicas fundamentales.

Por ejemplo, tómesese en consideración el caso de una normativa nacional que tiene como objetivo obstaculizar la subcapitalización y la distribución encubierta de dividendos sólo entre sociedades vinculadas. No es preciso que esta normativa cumpla con los requisitos de proporcionalidad impuestos por el deber de no restringir la libertad de establecimiento, toda vez que la sociedad residente, que abona los intereses a su socia sociedad prestamista establecida fuera de la UE, posee en aquélla una participación de control. El TJCE considera que un asunto como éste se halla comprendido exclusivamente dentro de ámbito de aplicación material de las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento (porque la restricción a la libre circulación de capitales sería en este caso una mera consecuencia secundaria). Y dicha libertad no puede ser invocada en relación con una filial domiciliada en un país tercero (asunto *Lasertec*)⁴⁴. Esta conclusión es discutible pues aunque la normativa nacional quisiera afectar sólo a aquellas operaciones que se presumen elusivas precisamente porque la sociedad prestataria puede ejercer una influencia real sobre la prestamista, no hay motivo para excluir una libertad cuyo ámbito de aplicación material (según el criterio del alcance de la participación) se haya incluido en aquél de otra. Esto prueba que el TJCE es más cauteloso cuando están en juego países terceros. Además, en el único asunto (*Holböck*)⁴⁵ en el que el TJCE ha reconocido (de modo indirecto) que también en caso de participación de control en una filial domiciliada en un país tercero no se puede excluir la posibilidad de invocar el amparo del art. 56 TCE, este consideró que se podía aplicar también lo dispuesto en el art. 57 TCE, apartado 1. Esta norma permite a los Estado miembros aplicar las medidas restrictivas que existieran el 31 de diciembre de 1999 en su ordenamiento, y que afecten los movimientos de capitales con destino a terceros países que supongan inversiones directas, es decir, que tengan el objetivo de crear o mantener vínculos económico duraderos, lo que implica, en la opinión del TJCE (asunto *Test Claimants in the FII Group Litigation*)⁴⁶, la existencia de participaciones de control. Así, la cuestión queda todavía abierta.

La misma cautela el TJCE ha demostrado en muchos otros asuntos en relación, por ejemplo, a la doble imposición de dividendos procedentes de terceros países (asunto *A*) o a regímenes de transparencia fiscal

⁴³ Cfr. R. Lyal, *Free Movement of Capital and Non-Member Countries – Consequences for Direct Taxation*, en D. Webber (Dir.), *The influence of the european law on direct taxation: recent and future developments*, cit., p. 17 y ss.

⁴⁴ TJCE, auto de 10 mayo de 2007, C-492/04, *Lasertec*.

⁴⁵ TJCE, sentencia de 24 de mayo de 2007, C-157/05, *Holböck*.

⁴⁶ TJCE, sentencia de 12 diciembre de 2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

internacional (asunto *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*)⁴⁷. El Tribunal ha establecido sobre todo que las justificaciones de las restricciones o discriminaciones que no son consideradas válidas en el caso de que las libertades comunitarias sean ejercidas exclusivamente dentro del mercado común, pueden en cambio resultar válidas cuando se trate un país tercero. En particular, ha matizado la falta de medidas de intercambio de información o de asistencia mutua como la Directiva 77/799/CEE, o de medidas armonizadas en materia de contabilidad. Así que un Estado pueda denegar una “ventaja fiscal” si resulta imposible o excesivamente difícil obtener la información necesarias del país tercero o comprobar los datos que el mismo contribuyente le proporciona.

3. LA PROHIBICIÓN COMUNITARIA DE PRACTICAS ABUSIVAS Y LA NECESIDAD DE PROPORCIONALIDAD EN LA LUCHA A LA ELUSIÓN FISCAL: ¿UNA TEORÍA GENERAL (Y JURISPRUDENCIAL) DEL ABUSO COMO LÍMITE DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL LÍCITA?

Según ya hemos dicho, la elaboración de un concepto comunitario de abuso del derecho en el sector tributario es probablemente lo que puede delimitar de un modo preciso y tendencialmente unitario (en los sectores del IVA y de la fiscalidad directa) el marco de la planificación fiscal lícita. Esta es la posición que ha tomado también el TJCE. En el conocido asunto *Halifax*, en efecto, el Tribunal reconoció de manera expresa que “*el sujeto pasivo tiene derecho a elegir la estructura de su actividad de modo que limite su deuda fiscal*”, y el derecho comunitario no le obliga a maximizar el pago del impuesto, *cuando le permite una opción*. Pero para determinar el alcance de esta “economía de opción”, el Tribunal diseña su perímetro “en negativo”, empezando precisamente con el concepto de abuso.

3.1. El abuso en el asunto *Halifax* y otros en materia de IVA

En los asuntos *Halifax*, citado, y *Part Service*⁴⁸, el TJCE interpretó la Directiva IVA en relación a operaciones en los que los sujetos pasivos buscaban el ahorro fiscal esencialmente fraccionando el mismo contrato en varios negocios conectados o partiendo la misma operación económica entre distintas sociedades del mismo grupo. Uno de los objetivos era maximizar la deducción del IVA minimizando la desventaja derivada del hecho que la sociedad contratante, en virtud de la regla de la prorrata general, tenía un porcentaje de deducción muy bajo. Así un banco, que quería llevar a cabo una determinada operación comercial fundó unas sociedades intermediarias controladas por él con derecho a la deducción integral. A éstas, junto con el capital, les transfirió también los gastos de la operación y el IVA soportado. En otro caso, se fraccionó una operación de *leasing* en distintos contratos negociados por distintas sociedades del grupo con el objetivo de minimizar la carga tributaria global al dividir el precio pagado por los adquirentes del servicio en dos cuotas, una en concepto de restitución del capital (canon de *leasing* en sentido propio), sujeta a IVA, y la otra en concepto de intereses de financiación, no sujetos al impuesto.

El Tribunal consideró estas prácticas como abuso del régimen de exención y abuso del derecho a deducción (que constituyen las practicas abusivas más frecuentes y la más lógicas en materia de IVA, en relación a la estructura de este tributo). A estos efectos, ha identificado en abstracto los elementos constitutivos del abuso y ha proporcionando al juez nacional unos criterios para averiguar si hay abuso en los supuestos concretos.

Procede referir la definición que ha formulado el mismo TJCE: “*la comprobación de que existe una práctica abusiva exige, por una parte, que, a pesar de la aplicación formal de los requisitos establecidos en las disposiciones*

⁴⁷ TJCE, auto de 23 de abril de 2008, C-201/05, *Test Claimants in the CFC e Dividend Group Litigation*

⁴⁸ TJCE, sentencia de 21 de febrero 2006, C-425/06, *Part Service*.

relevantes de la Sexta Directiva y de la legislación nacional por la que se adapte el Derecho interno a esta Directiva, las operaciones de que se trate tengan como resultado la obtención de una ventaja fiscal cuya concesión sería contraria al objetivo perseguido por tales disposiciones. Por otra parte, de un conjunto de elementos objetivos también debe resultar que la finalidad esencial de las operaciones de que se trate consista en obtener una ventaja fiscal. En efecto [...] la prohibición de prácticas abusivas carece de pertinencia cuando las operaciones en cuestión pueden tener una justificación distinta de la mera obtención de ventajas fiscales”.

Además, con particular referencia al IVA, “*permitir a los sujetos pasivos que deduzcan la totalidad del IVA soportado cuando, en el curso de sus transacciones comerciales normales, ninguna operación conforme con las disposiciones del régimen de deducciones de la Sexta Directiva [...] les habría permitido deducir este IVA, [...], sería contrario al principio de neutralidad fiscal y, por consiguiente, al objetivo del referido régimen”.* A estos efectos, “*incumbe al órgano jurisdiccional nacional establecer el contenido y el significado reales de [las] operaciones. De este modo, dicho órgano jurisdiccional puede tomar en consideración el carácter puramente artificial de estas operaciones, así como los vínculos de carácter jurídico, económico y/o personal entre los operadores implicados en el plan de reducción de la carga fiscal”.*

Lo elementos de abuso están muy claros: respeto formal y aplicación formal de lo dispuesto por la normativa fiscal; obtención de una ventaja fiscal que, según una lectura sistemática y teleológica del sistema impositivo, sería *contra legem* (elemento objetivo); finalidad *esencial*, por parte del sujeto pasivo, de obtener esta ventaja, pero resultante de elementos objetivos, verificables por terceros. ¿Cuáles pueden ser, en definitiva, estos elementos? El TJCE señala unos posibles de ellos: carácter anormal de las operaciones económicas, existencia de montajes puramente artificiales, vínculos entre los operadores económicos. Son todos elementos que normalmente el legislador nacional utiliza para fundar presunciones.

Esta definición, en substancia, es parecida a aquella de elusión fiscal que se encuentra, aunque con formas distintas, en la mayoría de los ordenamientos tributarios de los Estados miembros.

La duda principal que la sentencia *Halifax* había dejado entre los primeros comentaristas, ha sido al final aclarada en el asunto *Part Service*: el carácter esencial del objetivo de eludir las normas fiscales o disfrutar de manera ilegítima unas ventajas fiscales, no significa exclusividad. No es necesario que este objetivo sea el único perseguido, sino que sea el *esencial*. Si concurren otras razones económicas es preciso averiguar, mediante un balance entre las distintas finalidades perseguidas (pero siempre en relación con elementos objetivos y no arbitrarios), si aquélla de obtener la ventaja fiscal prevalece o si bien otras razones pueden revelarse como la esencial y justificar así la opción del contribuyente, como es el caso del ahorro fiscal, que aunque obtenido a través de una “distorsión” del sistema fiscal, no se puede calificar abusivo.

El TJCE pone en evidencia también que el abuso es distinto de la evasión y del fraude. Por ejemplo: ¿se puede considerarse “abusivo” el disfrute del derecho de deducción del IVA soportado cuando el operador económico sabe, o tenía que haber sabido aplicando la diligencia de un medio operador económico que mediante su adquisición ha participado en una entrega fraudulenta de bienes o en una cadena fraudulenta de operaciones (se trata del caso clásico del “fraude carrusel” en el IVA comunitaria)? En opinión del TJCE, no hay abuso, sino complicidad en el

fraude y la evasión (asunto *Kittel*)⁴⁹.

Esto es significativo porque el Tribunal, en el mismo asunto *Halifax*, también ha matizado las consecuencias del abuso, y las medidas con las que el ordenamiento tributario puede reaccionar, por lo menos en el sector del IVA. En su opinión el abuso, es decir, la elusión fiscal, puede llevar sólo a la obligación de devolver las cantidades deducidas indebidamente de forma abusiva sin que el Estado pueda aplicar una sanción “*para la cual sería necesaria una base legal clara y exenta de ambigüedad*”. Es decir que las conductas abusivas o elusivas no pueden ser tipificadas a los efectos de la ley penal o de las sanciones aplicadas en vía administrativa, precisamente porque no hay simulación o apariencia jurídica, ni infracción de ley, sino sólo aplicación formalmente correcta de la ley tributaria.

3.2. El abuso en el asunto *Cadbury Schweppes* y otros en materia de fiscalidad directa

Debido a la falta de una armonización sistemática de la fiscalidad directa, como ya hemos evidenciado, es el del abuso de los derechos de establecimiento y de circulación fundamentados en el Tratado CE el problema que se encuentra planteado en la jurisprudencia comunitaria en este ámbito. Pues bien el problema de cómo y en qué medida los Estados puedan restringir estos derechos fundamentales para prevenir que se abuse de ellos contra sus intereses (incluso el fiscal)

Si bien hace tiempo que el TJCE en sus sentencias en materia de fiscalidad directa menciona la cuestión del abuso, unas decisiones recientes han desarrollado un papel de relieve en la elaboración del concepto del abuso, sobre todo porque en ellas el Tribunal ha enfocado directamente unos regímenes anti-abuso nacionales que muchos Estados miembros adoptan y que tienen que ver directamente con el tema de la PFI, a saber, el régimen de transparencia fiscal internacional de las *controlled foreign companies*, o *CFC rule*, y las reglas contra la subcapitalización de las sociedades vinculadas o *thin capitalization rule* (asuntos *Cadbury Schweppes*, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*)⁵⁰.

El TJCE considera que si un Estado aplica un trato fiscal peor a una sociedad residente que posee participaciones en una sociedad situada en un otro Estado miembro en el que la tributación es baja (paraíso fiscal), o inferior a un determinado umbral mínimo, esto restringe e infringe las libertades económicas fundamentales (el trato peor, evidentemente, es la tributación, en concepto de impuesto de sociedad de la matriz, de los beneficios de la filial que todavía no los ha repartido). Esta restricción puede resultar justificable precisamente para luchar contra la elusión fiscal que, en este caso, mediante la acumulación en un “refugio fiscal” de los beneficios obtenidos de su propia actividad económica, podría llevar a diferir sin fin la tributación. Esto ocurre cuando se pueda averiguar que el contribuyente que invoca, en su amparo, el derecho de establecimiento en verdad lo ha ejercido de forma abusiva, es decir, a través de *montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica*, y con objetivo específico de *eludir los impuestos nacionales* normalmente adecuados sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional. La misma doctrina ha sentado el Tribunal en relación a la recalificación del abono de intereses a una sociedad extranjera vinculada como distribución encubierta de dividendos.

En ambos casos, el Tribunal matiza que la finalidad perseguida por las libertades comunitarias es

⁴⁹ Véase a este respecto TJCE, sentencia de 6 de julio de 2006, C-439/04, *Kittel*, apartados 56-57.

⁵⁰ TJCE, sentencia de 12 de septiembre de 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*; sentencia de 13 de marzo de 2007, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*.

precisamente el desarrollo de actividades económicas en otros Estados y la interpenetración económica y social en el interior del mercado común. Lo que supone el *ejercicio efectivo* de las actividades y su *implantación real* en otros Estados, distinto del aquel de origen. En este sentido, se abusa de un derecho de circulación cuando, en realidad, esta circulación es más formal que real. ¿Se trata de la doctrina *substance over form*? Esta es una formulación demasiado restrictiva. Está claro que, en los asuntos jurídicos, es difícil distinguir forma y substancia. La forma, en cualquier contexto jurídico, es substancia⁵¹. Esta distinción es posible sólo a condición -y es precisamente lo que señala el TJCE- que una forma jurídica determinada se pueda considerar *funcional* a un objetivo o un resultado determinado, porque en este caso se puede distorsionar la relación paralela que hay entre los dos. Se utiliza una forma, reglada en la legislación, para desviar de su propósito auténtico y para perseguir otro objetivo distinto. Por ejemplo: constituir formalmente una sociedad filial en otro país conforme a su ley mercantil, ¿acaso no es ya, en sí mismo, una forma de ejercicio de la libertad de establecimiento bajo el amparo del Tratado? La respuesta es que sí, pero en la opinión del TJCE, es preciso también considerar la auténtica finalidad subjetiva que se persigue y que, de todas formas, debe resultar de elementos objetivos. Se podría decir que el abuso de derecho, en casos como éste, no es otra cosa que abuso de las formas jurídicas.

En todos estos asuntos, el problema real es cómo pasar del reconocimiento abstracto que es legítimo restringir el derecho comunitario si hay abuso, a la formulación concreta de los elementos que la legislación nacional debe valorar para identificar los casos de abuso efectivo, y que son condiciones de la legitimidad de ella misma, según el principio de proporcionalidad. Esto lo veremos a continuación, pero antes procede detenernos en una comparación de los resultados a los que ha llegado la jurisprudencia en el sector del IVA y de la fiscalidad directa⁵².

3.3. Abuso del derecho comunitario y elusión de la ley tributaria nacional: ¿hacia una teoría general?

Si desde hace tiempo el problema del abuso se había planteado en la jurisprudencia comunitaria y en otros sectores antes que en el fiscal, ¿porqué la sentencia *Halifax* ha hecho tanto ruido? Esto se puede explicar si se considera que en su interpretación prejudicial, el TJCE trata el abuso exclusivamente en la perspectiva del derecho comunitario, y no del derecho tributario. Pero en materia de IVA, las dos perspectivas se sobreponen: el abuso del derecho comunitario es también abuso de la norma fiscal, y sobre todo de un sistema normativo fiscal integralmente comunitario. Por eso, sólo en el sector armonizado del IVA el TJCE ha logrado desarrollar un concepto específicamente comunitario de *elusión fiscal*. En cambio, en la jurisprudencia en materia de fiscalidad directa, no hay una perfecta coincidencia entre abuso y elusión fiscal: se abusa de una norma comunitaria *para eludir una norma fiscal nacional*. La elusión fiscal es precisamente el objetivo del abuso del derecho comunitario, aunque ambas conductas pueden calificarse, en su conjunto, como *practica abusiva*. Es decir que en el segundo caso la elusión de la norma fiscal no es el elemento principal de la conducta abusiva, sino un elemento suyo, instrumental: el concepto de abuso, en este caso, es lo mismo que se encuentra en otras sentencias dictadas en relación a otros asuntos distintos del fiscal.

Pero, aunque si bien el enfoque de las dos jurisprudencias son diferentes, se pueden igualmente poner en evidencia muchos puntos de conexión entre ellas.

⁵¹ Con respecto a este tema véase R. Lupi, *Elusione: esperienze europee tra l'uso e l'abuso del diritto tributario*, en A. Di Pietro (Dir.), *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, Milano, 1999, p. 261 y ss.

⁵² Véase a este respecto F. Vanistendael, *Halifax and Cadbury Schweppes: one single european theory of abuse in tax law?*, en *European Taxation*, 2006, n. 4, p. 162 y ss.

En primer lugar tanto en *Halifax* como en *Cadbury* hay una interpretación teleológica: se trata de averiguar si la finalidad perseguida de la norma se alcanza realmente en concreto. Segundo: en ambas sentencias se matiza un elemento subjetivo. El contribuyente quiere disfrutar una ventaja o un régimen fiscal para ahorrar el tributo. Este objetivo es lícito, pero se persigue de un modo que es contrario al sistema y que pone de manifiesto que esta finalidad subjetiva es la esencial o exclusiva que impulsa el contribuyente. Y por último, la contrariedad al sistema, se desvela en algo “anormal” en la realidad económica de la operación o de la actividad de la empresa, que puede ser verificado objetivamente. El parámetro para juzgar este nivel de “anormalidad económica” es diferente: puede ser la efectividad, el carácter artificial, algo que no se conforma en la práctica del mercado (por ejemplo un precio diferente del valor de mercado). Estos tres elementos componen la elusión fiscal.

La doctrina⁵³ ha señalado que el concepto de “montaje puramente artificial” crea confusión porque pone al mismo nivel fraude, evasión y elusión. En efecto, éste resulta determinante en el asunto *Cadbury*, más que en el la sentencia *Halifax*, en la cual se hace referencia, más correctamente en la perspectiva tributaria, a la obtención de una “ventaja fiscal indebida” como objetivo esencial con independencia de la correspondencia entre forma y sustancia económica. En nuestra opinión, sin embargo, esto se justifica tomando en consideración que, tanto con respecto al disfrute de la competencia fiscal entre los Estados como en relación al abuso de la libertad comunitaria de establecimiento (y no directamente de una norma fiscal, tal y como ya hemos dicho), el elemento objetivo que puede señalar una finalidad elusiva sin que pueda caber alguna duda es, precisamente, el montaje puramente artificial. Ésta es la “forma” de la anormalidad económica, de “inautenticidad”, que pone de manifiesto al mismo tiempo tanto el abuso del derecho comunitario como la elusión de la norma fiscal estatal.

En realidad, lo que todavía no queda claro comparando las dos jurisprudencias, es el alcance del término “esencial” con referencia a la finalidad del ahorro fiscal. Este carácter -utilizando un juego de palabras - es esencial porque es precisamente éste el que concurre a determinar el carácter abusivo de la conducta, en conjunto con los demás elementos. Tanto en el asunto *Cadbury* como en otros, ha sido utilizado el término “exclusivo”. La sentencia más reciente, la ya mencionada *Part Service* de 2008, ha aclarado que esencialidad no significa exclusividad, pero siempre en relación a operaciones elusivas que se enmarcan en el sector de la tributación indirecta. Esta ambigüedad hace posible que se abra una grieta en la unidad del concepto comunitario de abuso/elusión, por lo menos hasta que el TJCE no aclare mejor la cuestión. En efecto, en relación con el IVA está claro que no cabe excluir la elusión fiscal aunque hubiese otras razones económicas auténticas que concudiesen con la búsqueda del ahorro fiscal si ésta última fuera la “principal”, es decir, aquella razón que determina la conducta del contribuyente. En este caso, sería necesario un balance, una graduación entre los distintos objetivos. En cambio, con respecto al impuesto sobre la renta y las sociedades, al averiguar que la opción de estructurar la actividad o una operación de una determinada manera, o de localizar la filial en un determinado país tiene no sólo la finalidad de ahorrar (o eludir) el tributo sino también otras justificaciones, cabría excluir el abuso del derecho comunitario porque no habría algún montaje puramente artificial y no sería posible alguna graduación del nivel de ejercicio de las libertades comunitarias puesto que no puede haber abuso en el ejercicio aunque “mínimo” de éstas. Esto significaría que la presencia de “montajes puramente

⁵³ P. Pistone, *L'elusione fiscale come abuso del diritto: certezza giuridica oltre le imprecisioni terminologiche della Corte di Giustizia Europea in materia di Iva*, en *Rivista di Diritto tributario*, 2007, n. 1, p. 17 y ss.; Id., *Abuso del diritto ed elusione fiscale: l'impatto del diritto comunitario sull'ordinamento tributario italiano*, en *Actos de la conferencia para los 80 años de "Diritto e Pratica Tributaria"*, Padova, 2007, p. 91 y ss.

artificiales” es el umbral mínimo y absolutamente necesario para tener el nivel de elusión fiscal que, desde el enfoque del derecho comunitario, únicamente puede legitimar la restricción de las libertades del Tratado. Lo que, por otro lado, no debería extrañar porque es conforme tanto al carácter “finalista” del derecho comunitario como a la falta de armonización de la fiscalidad directa.

Sin embargo, hay casos en los que no sería fácil coordinar la lucha de los Estados contra claros ejemplos de elusión fiscal internacional con este concepto restringido de abuso del derecho comunitario. Por ejemplo, como ha señalado también la Comisión europea, en caso de una sociedad filial establecida en otro Estado miembro que exclusivamente haga préstamos a otras sociedades del grupo. Por un lado esta actividad puede tener efectivamente también en el marco de un plano de ahorro fiscal internacional unas razones económicas validas distintas del mismo ahorro fiscal. Pero puede tratarse también de una sociedad creada con el objetivo esencial de producir gastos deducibles en otras sociedades del grupo y encubrir repartos de dividendos. De todas formas, según la interpretación mencionada por último, el hecho de que la actividad financiera sea real no permitiría llegar a la conclusión que hay abuso del derecho de establecimiento. Sin embargo, es preciso adaptar el concepto de “montaje artificial” a las diversas libertades y a los distintos casos. En el caso propuesto algún elemento objetivo como por ejemplo condiciones económicas de préstamo que no sean conformes a las que las sociedades habrían contratado si fueran en condición de libre competencia, podría constituir la señal de aquella anomalía económica de la transacción que, en el caso concreto, podría demostrar el abuso tanto de la libertad de establecimiento como de la libertad de circulación de los capitales.

3.4. ¿El principio comunitario de abuso de derecho es directamente aplicable en los ordenamientos nacionales con independencia de la adopción de medidas nacionales determinadas?

Así desarrollado el concepto de abuso, procede preguntarse si se puede aplicar directamente en los ordenamientos nacionales o si haga falta introducir en ellos medidas específicas anti-abuso. A estos efectos, hay que distinguir todavía los sectores del IVA y de la fiscalidad directa.

Por lo que atañe al IVA, su carácter de impuesto integralmente armonizado y el hecho de que la interpretación del TJCE caiga directamente sobre la normativa fiscal hacen que el concepto de abuso pueda ser directamente aplicado en la medida que haya una legislación interna de adaptación de la directiva. De esta manera, la administración tributaria de cualquier Estado, o los jueces nacionales, podrán denegar el derecho a la deducción del IVA o desconocer los efectos de un negocio que implica exención de IVA simplemente en cuanto averigüen que hubo abuso o elusión fiscal dado que, en el sistema del IVA, como ha reconocido expresamente el TJCE, en principio, el abuso está prohibido.

Con respecto a la fiscalidad directa, esto no puede ocurrir tampoco cuando a la materia litigiosa atañe a las pocas directivas que hay en este sector de la tributación, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia comunitaria en el reciente asunto *Kofoed*⁵⁴. En este caso, el TJCE ha establecido que las disposiciones de la directiva 90/435/CEE que autorizan a los Estados a negarse a aplicar el régimen de neutralidad de las operaciones de reestructuración de grupo, cuando éstas tengan, como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal (pero se tiene que leer elusión, según el traslado correcto del término inglés “tax evasion”), reflejan el

⁵⁴ TJCE, sentencia de 5 de julio de 2007, C-321/05, *Kofoed*.

principio general de prohibición del abuso. Sin embargo, la directiva no puede crear, por sí misma e independientemente de una ley interna de adaptación, obligaciones para los particulares, es decir que el Estado no puede invocar la directiva para aplicar el principio general del abuso de derecho si no ha adoptado determinadas medidas anti-abuso. Sólo puede invocar frente a los contribuyentes una interpretación del derecho nacional que no sea adaptación específica de la directiva conforme al derecho comunitario. Esto significa que de todas formas hace falta que existan normas aplicables de derecho interno que ya prohíban el abuso o otras medidas contra la elusión fiscal que puedan interpretarse conforme al principio comunitario del abuso de derecho.

Esta conclusión es muy importante porque circunscribe el marco jurídico que los jueces nacionales deben tener en cuenta en el recibir y adaptar conceptos jurisprudenciales de origen comunitario y tan generales como el abuso de derecho. Lo que es necesario, también, para la seguridad jurídica, y en consecuencia para una adecuada planificación fiscal. En este sentido, hay que criticar comportamientos como aquellos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo italiano⁵⁵ que invoca y aplica el “principio comunitario del abuso del derecho” procedente del caso *Halifax* en concepto de “principio general de derecho” también en asuntos en materia de fiscalidad directa, en relación a la cual el ordenamiento italiano no posee una norma general anti-elusiva, sino sólo unas disposiciones particulares que afectan algunas conductas determinadas.

3.5. La medidas anti-abuso nacionales en el marco del principio comunitario de proporcionalidad y de efectividad del derecho de defensa

Por último, cabe decir que precisamente con respecto a las medidas nacionales anti-abuso, el TJCE ha especificado los requisitos que las normas deben cumplir para poder ser consideradas legítimas a la luz de los principios generales del derecho comunitario, en particular aquello de proporcionalidad. En efecto, aunque el ejercicio abusivo de una libertad comunitaria comporta su pérdida y, en consecuencia, la posibilidad para los Estados miembros de aplicar normas restrictivas, esto no es suficiente para considerar legítima cualquier norma restrictiva. Las medidas anti-abuso deben ser idóneas para alcanzar su objetivo pero no pueden ir más allá de lo necesario para alcanzarlo. En este sentido, una norma puede ser idónea pero desproporcionada en relación a su propósito.

De la jurisprudencia comunitaria se desprende, en particular, que las normas anti-abuso no pueden ser formuladas de manera demasiado general, sino que deben tener por objetivo único y específico impedir precisamente la elusión, es decir, excluir de una ventaja fiscal indebida los montajes artificiales. En efecto, una norma nacional que se propone afectar unas determinadas prácticas abusivas, pero cuya formulación textual lleva a la consecuencia que también prácticas lícitas se hallan afectadas, no es proporcionada y por eso infringe el derecho comunitario. Además, si la norma, en lugar de resultar excedente, es demasiado restrictiva porque no permite afectar todas las conductas abusivas homogéneas, esto significa que tampoco es idónea para alcanzar su objetivo, y por eso no puede justificar restricciones de las libertades comunitarias.

En este sentido, es preciso que las normas anti-abuso identifiquen exactamente aquellos elementos objetivos de los que se puede inferir tanto el carácter artificial y la carencia de realidad en la actividad económica que se supone elusiva, como el objetivo de eludir la aplicación de las normas tributarias. Se trata, está claro, de indicios, que deben ser razonablemente relacionados con el supuesto abuso. El TJCE, en relación a las normativas *CFC* y *Thin*

⁵⁵ Corte di Cassazione, sentencia de 29 de septiembre de 2006, n. 21221.

Cap, ha señalado, por ejemplo, el hecho de que el Estado miembro de establecimiento aplique un nivel de tributación bastante inferior al que se aplica en el Estado de residencia o que las condiciones de una transacción entre sociedades vinculadas o con especiales relaciones no se conformen a aquellas que se habrían acordado en régimen de libre competencia.

De todas maneras, esto no es todavía suficiente para que la norma supere el control de proporcionalidad. En muchas ocasiones, el Tribunal ha aclarado que las presunciones absolutas no son compatibles con el derecho comunitario. Por eso, si una normativa anti-abuso se fundamenta en una presunción de abuso, por cuanto ésta sea razonable y corresponda a prácticas normalmente reconocidas como abusivas, se debe de todas formas conceder al contribuyente el derecho a aportar prueba en contrario así como elementos aptos para demostrar que no existe un montaje artificial, que hay validas razones económicas y comerciales distintas del ahorro fiscal, o también que la operación controvertida en concreto no logra al resultado de obtener una reducción significativa de la tributación.

A la luz de la más reciente jurisprudencia comunitaria (asunto *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, citado), también normativas nacionales como aquellas sobre los precios de transferencia, que se hallan aplicadas en el ámbito de las prácticas de PFI frecuentemente y, por lo menos hasta ahora, sin que se planteasen particulares litigios con respecto al derecho comunitario, podrían considerarse contrarias a él en la medida en que resulten en definitiva fundamentadas en presunciones absolutas. Lo que puede pasar, por ejemplo, si no se concede al contribuyente la posibilidad de presentar prueba de que los precios practicados, a pesar de no ser precios de mercado, tienen una justificación comercial y no fiscal.

En la lucha contra el abuso de derecho y contra la planificación fiscal abusiva, a la ahora de disciplinar las medidas contra la elusión fiscal, el legislador nacional debería tener en cuenta estos límites, o contra-límites, que derivan de los principios generales comunitarios. Pero también pueden tenerlo en cuenta los contribuyentes para que, a la ahora de planificar sus actividades, puedan prever que se hallarán afectados por aquellas medidas. En efecto, un extenso y completo conocimiento de la jurisprudencia del TJCE, de los criterios de compatibilidad con el derecho comunitario que esta sigue desvelando y, por último, de sus previsibles desarrollos, pueden revelarse como un poderoso instrumento para la planificación fiscal.

4. CONCLUSIONES

En nuestra opinión, de esta análisis de la jurisprudencia comunitaria, si bien incompleta, pueden desprenderse unos principios, o mejor dicho, unos “cánones de comportamiento” que los contribuyentes deberían tener en cuenta al planificar su actividad económica en la perspectiva del ahorro fiscal. Se pueden resumir muy brevemente:

1. Por un lado, la interpretación del Tratado CE por parte del TJCE tiene el efecto de aumentar las posibilidades de planificación fiscal (la lícita según el derecho comunitario), al sentar, para los contribuyentes, determinados derechos a que los Estados miembros conformen sus ordenamientos de una determinada manera, para que se puedan eliminar unos obstáculos a la libre circulación de los factores de producción, cuya eliminación puede contribuir también a la “optimización fiscal”.

2. Por otro lado, esta interpretación hace que en unos casos el enfoque a la planificación fiscal tenga que cambiar, es decir dejar medidas y soluciones tradicionales. El derecho comunitario, según está interpretado por el TJCE, hecha una nueva luz sobre muchos de los asuntos clásicos de la fiscalidad internacional. Esto pasa sobre todo

con respecto al papel que los CDI desarrollan en el marco del derecho comunitario, y a los efectos que producen al “combinarse” con el contexto jurídico creado por el Tratado y las directivas comunitarias.

3. Dichas posibilidades de planificación fiscal tienen límites “extrínsecos”, a saber geográficos, los mismos que tiene el mercado común. El efecto de amparo y también de “implementación” de la planificación fiscal acaba o queda restringido en relación a las estrategias de planificación que implican terceros países fuera de la Comunidad europea (a determinados efectos, en los “terceros países” se hallan incluidos también unos Estados del EEE).

4. Dichas posibilidades de planificación fiscal tienen también límites “intrínsecos”. En este sentido, su límite principal es el “abuso de derecho comunitario”. Es un concepto que se diría “poderoso”, si se consideran sus efectos y su potencialidad de expansión, a pesar de que la armonización fiscal es parcial y limitada. El notable que, a través de éste, el TJCE haya llegado a elaborar un concepto específicamente comunitario de elusión fiscal, puesto que en el sector del IVA el abuso es “abuso de derecho *tributario* comunitario”. Sin embargo, tanto en el sector de la fiscalidad armonizada, cuanto en “campo libre” de la fiscalidad directa, no cabe olvidar que su aplicación presupone siempre la existencia de un conjunto normativo con carácter “finalista”. Y sólo el derecho tributario comunitario (IVA, o directivas en materia de fiscalidad de sociedades) tiene este carácter, ya que su objetivo esencial (el objetivo de la misma armonización) es la neutralidad del “fenómeno” fiscal con respecto al funcionamiento del mercado, es decir la realización del mercado interno. De todas formas, en el marco comunitario la planificación fiscal puede encontrar una delimitación *jurídica* potencialmente igual en todos los Estados miembros: lo que no es abuso de derecho es (ahorro fiscal) lícito.

5. Sin embargo, el abuso es un “límite” (para la planificación fiscal lícita) que tiene también *sus límites*. Por lo menos en la medida que, a través de él, los Estados miembros disponen de un instrumento para obstaculizar los derechos comunitarios de los contribuyentes europeos (es decir sus “derechos a la libre planificación fiscal”, en la medida en que ésta se halle amparada efectivamente por el derecho comunitario). La jurisprudencia comunitaria determina y desarrolla estos contra-límites, en concepto de prohibición de presunciones absolutas, efectividad del derecho de defensa, necesidad de una comprobación del abuso fundamentada en elementos objetivos y razonables, etc. Esto implica también, para los contribuyentes, el poder de “neutralizar” aquellas medidas anti-abuso que no resulten legítimas según los cánones del derecho comunitario, es decir según los principios generales de derecho, como aquél de proporcionalidad. Y así se reafirma que la libertad económica es de verdad “libre” sólo en el marco del derecho y de sus garantías.