

GONZÁLEZ, S.: *Tax*
s. Ed. Tirant lo Blanch,

s de planificación fiscal
s Fiscalidad Lefebvre,

secreto profesional.
ción de información
anismos transfrontera-
ria, n.º 47, 2019.

ueva ley de represión
ción CEF, n.º 461-462,

scal perniciosa en el
Nuevas Tendencias en

e Estado como límite
) *Competencia fiscal y*
n Reuters Aranzadi,

El abuso fiscal desde la nada hasta una generalización abusiva: cien años de soledad

JACQUES MALHERBE

Catedrático emérito de la UCLouvain

Abogado (Simont Braun, Bruselas)

SUMARIO: I. EL ABUSO FISCAL EN EL DERECHO NACIONAL. II. LA EXTENSIÓN INTERNACIONAL DEL ABUSO DE DERECHOS. III. EL ABUSO FISCAL EN EL DERECHO EUROPEO. IV. LOS CASOS DANESSES. V. LOS CASOS DE INTERÉS. VI. BENEFICIARIO EFECTIVO. VII. ELEMENTOS DEL ABUSO. VIII. EXISTENCIA DE UN CONVENIO CON EL PAÍS DEL BENEFICIARIO EFECTIVO. IX. LOS CASOS DE DIVIDENDOS. X. EL ABUSO FISCAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL. XI. DIRECTIVA EUROPEA ANTIABUSO. XII. LOS CONVENIOS PREVENTIVOS DE LA DOBLE IMPOSICIÓN (CDIS). XIII. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO. XIV. ABUSO DE LOS CDIS ENFRENTADO A UNA CAG DE DERECHO INTERNO. XV. TREATY SHOPPING. XVI. RULE SHOPPING. XVII. POSICIÓN DE LA OCDE. XVIII. CLÁUSULA CONVENCIONAL PRESERVANDO EL USO DE LA CAG DE DERECHO INTERNO. XIX. EL INFORME FINAL SOBRE LA ACCIÓN 6 DE BEPS. XX. CONVENIO MULTILATERAL. XXI. PREÁMBULO. XXII. CAG CONVENCIONAL DEL INSTRUMENTO MULTILATERAL. XXIII. LOB SIMPLIFICADA. XXIV. PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA E INFORMACIÓN OBLIGATORIA.

I. EL ABUSO FISCAL EN EL DERECHO NACIONAL

Desde los primeros tiempos de la aplicación del derecho fiscal moderno, la búsqueda de la "vía menos gravosa" ha sido considerada como legítima, incluso cuando resulta en una economía de impuestos. Es calificada en espa-

ñol como elusión fiscal y en otros idiomas como "tax avoidance, elusione fiscale, Steuerumgehung, évasion fiscale, belastingontduiking". Esta actitud del contribuyente, no sancionable, se opone al fraude fiscal, caracterizado por una violación de la ley, calificado en otras lenguas como "evasione fiscale, Steuerhinterziehung, tax evasion, evasión fiscal". Los defensores de los derechos del Tesoro Público han recurrido, según las épocas y los países, a dos técnicas: la multiplicación de las cláusulas anti-evasión particulares y la introducción de una cláusula general destinada a oponerse a la elusión fiscal¹.

De manera general, distinguimos el uso de cláusulas generales, el uso de cláusulas especiales y, a veces, el cúmulo de ambos tipos de cláusulas, las segundas excluyendo la aplicación de las primeras. Estas cláusulas generales son formalizadas en los países de derecho civil bajo diversas denominaciones: conflicto en la aplicación de la norma fiscal (España); abuso de las formas jurídicas (Alemania); abuso de derecho (Francia y Bélgica); ineficacia de los actos u operaciones jurídicas (Portugal).

Por el contrario, en los países de derecho anglosajón, la aplicación de un "business purpose test" fue primero jurisprudencial, contribuyendo a la inseguridad jurídica, la cual es menor en los países de derecho civil que han adoptado las cláusulas generales².

En principio, según la doctrina clásica, los contribuyentes pueden arreglar sus negocios como quieren y escoger la vía que produce menos impuestos que otra (economía de opción). El fraude de ley no se concebía en materia penal o fiscal porque supone que el sujeto de derecho haga ineficaz una regla obligatoria. La ley fiscal no manda cumplir con un acto; grava una situación en la cual el contribuyente no es obligado a colocarse³.

Los países de derecho civil recurren a las nociones de la "simulación", del "fraude a la ley" y del abuso de derecho. La *simulación* es una noción del

derecho civil: las partes celebran un contrato aparente pero su real voluntad es generar otros efectos jurídicos (simulación objetiva) o realizarlos por razones tributarias (simulación subjetiva). Tanto en el derecho civil como en el derecho fiscal, la operación simulada no produce los efectos jurídicos deseados y sólo la operación real es tenida en cuenta por los terceros e impuesta por el fisco.

Por su parte, el *fraude a la ley* consiste en evitar la ley normalmente aplicable situándose en condiciones que permiten la aplicación de otra norma. La última técnica utilizada en los países de derecho civil es la del *abuso de derecho*, que consiste en utilizar el derecho por fuera de los límites previstos por el ordenamiento jurídico respectivo, por ejemplo, para perjudicar a otro sin un fin diferente.

La noción de abuso de derecho encuentra su origen en el derecho civil y particularmente en el derecho romano que designaba como *abusus* el uso de un derecho subjetivo con el propósito de causar un daño a un tercero. Del abuso del derecho de propiedad, el concepto se trasladó al derecho de obligaciones contractuales y se conectó con la obligación de ejecución de buena fe. De hecho, el abuso de derecho consiste en utilizar un derecho que merece protección con un objetivo que permite conseguir un resultado contrario a la finalidad de la protección del derecho.

II. LA EXTENSIÓN INTERNACIONAL DEL ABUSO DE DERECHOS

La generalización de las cláusulas anti-abuso conoció una evolución internacional que ha sido lenta pero que se ha acelerado desde finales del siglo pasado⁴. Para ello, basta con examinar los informes presentados en los dos congresos internacionales de la Asociación Fiscal Internacional celebrados en Oslo en 2002 y en Seúl en 2018.

En 2002, el ponente general, Frédéric Zimmer, señaló que son pocos los países que no cuentan con algún tipo de disposición anti-abuso. Muchos países han introducido normas generales contra la evasión («GAAR»). Otros se basan en las normas de la jurisprudencia, como, en su momento, la del

1. P. PISTONE, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Milano, CEDAM, 1995; A. Di Pietro, *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, Milano, Giuffrè, 1999; L. De Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, IBFD, 2003; G. Maisto, *Norme antielusive*, abuso del diritto e convenzioni internazionali, in G. Maisto, ed., *Elusione ed abuso del diritto tributario*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 289.

2. T. AFSCHRIFT, *L'abus fiscal*, Bruselas, Larcièr, 2013, p. 68.

3. J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*. Le principe "fraus omnia corrumpit", Paris, Dalloz, 1957, pp. 96 à 101. En el mismo sentido, G. LEROUX, *Théorie de la fraude en droit fiscal*, Paris, LGDJ, 1944, p. 103; Th. DELAHAYE, *Etude de droit fiscal comparé*, Bruselas, Bruylant, 1977, pp. 200-201; J. MALHERBE y L. DE BROE, obs. sub. Cass., 29 de enero de 1988, *Réalité juridique et réalité économique*, *Journal de Droit Fiscal*, 1988, p. 322.

4. Cf. sobre esta evolución, J.-M. TIRARD, «L'abus de droit en droit comparé», en *Ecrits de fiscalité des entreprises, Etudes à la mémoire du professeur Maurice Cozian*, Paris, Lexis Nexis, 2009, p. 209.

Reino Unido y la de Estados Unidos⁵. La conclusión del ponente general es clara e inequívoca: para él, las normas generales contra la evasión son una parte necesaria de los sistemas fiscales modernos. El uso de la simulación no es suficiente. El juez podría tender a extender esta noción más allá de su alcance normal⁶.

La situación ha evolucionado en la misma dirección en 2018. Los ponentes generales señalan que las normas generales antielusión se asemejan a un barco de guerra: los principios de legalidad y seguridad jurídica, por un lado, y los de igualdad fiscal en la contribución a la carga y la recaudación eficiente, por otro, entran en conflicto⁷. Mientras tanto, el Reino Unido y Estados Unidos han introducido una versión legal de la doctrina de la jurisprudencia. Los ponentes concluyen que no existe un sistema fiscal perfecto: el riesgo de abuso existe, así como el riesgo de que una conducta perfectamente válida sea considerada abusiva. La primera víctima de esta lucha es la seguridad jurídica, que puede quedar completamente anulada si la cláusula anti-abuso está mal redactada. Este tipo de cláusulas conlleva un tratamiento diferente de las transacciones en el derecho fiscal que en el derecho común⁸.

Los elementos de una cláusula anti-abusiva general (CAG) en el derecho tributario son los siguientes: un arreglo anormal o artificial, la ausencia de sustancia económica, la obtención de una ventaja fiscal, comparar con la situación en la ausencia del arreglo, la intención del contribuyente de eludir el impuesto (elemento subjetivo) y la contrariedad con el objetivo de la disposición legal utilizada.

La consecuencia de la aplicación de la CAG será la aplicación de la ley tributaria suponiendo inexistente el arreglo abusivo. No cambia las consecuencias civiles del contrato.

III. EL ABUSO FISCAL EN EL DERECHO EUROPEO

El concepto de abuso de derecho existe en derecho europeo. El Tribunal de Justicia lo dedujo del ordenamiento jurídico de la mayoría de los Estados

Miembros aun cuando el mismo no es conocido por todos estos. Este concepto se desarrolla en la frase según la cual el derecho comunitario no puede ser utilizado con fines abusivos o fraudulentos.

El Tribunal de Justicia aplica el concepto del abuso de derecho en dos casos: cuando un operador económico ejerce una libertad reconocida por el Tratado con el fin de escapar a una disposición de su derecho nacional y colocarse bajo el efecto del derecho de otro Estado Miembro; cuando un operador económico reclama la aplicación del derecho comunitario secundario, particularmente de las directivas, de modo tal que la finalidad de la disposición en cuestión es desviada⁹.

El Tribunal de Justicia claramente definió esta doctrina en la sentencia Emsland Stärke. El abuso de derecho, según el Tribunal, se caracteriza por dos elementos: un elemento subjetivo, como la intención de obtener una ventaja de las reglas comunitarias creando artificialmente las condiciones que dan derecho a ellas; un elemento objetivo que demuestra que, a pesar de la observación formal de las condiciones para el otorgamiento de las ventajas, el beneficiario obtuvo un resultado contrario al objetivo y la finalidad de la regla¹⁰.

En el caso Halifax¹¹, el Tribunal confirmó la existencia de un principio general de derecho comunitario que prohíbe el abuso de derecho. El Tribunal sigue así la tesis defendida por el fiscal. En el caso, la sociedad de banco Halifax, cuya prorrata de deducción fiscal de IVA era mínima debida a su actividad, había puesto en marcha una construcción que pretendía obtener la deducibilidad de gran parte del IVA pagado sobre las construcciones inmobiliarias.

El Tribunal decidió primero que si no existe regla nacional anti-abuso, hay que averiguar si un principio general de derecho nacional no prohíbe la elusión fiscal¹², pero después, se decidió que el principio europeo de prohibición de prácticas abusivas se pueda aplicar también en la ausencia de reglas europeas o internas¹³.

9. K. LENAERTS, Le juge de l'Union, promoteur de la lutte contre l'abus de droit en matière fiscale, *Revue générale du Contentieux fiscal*, pp. 448-449; Ph. Malherbe, De l'abus fiscal et de l'abus en droit fiscal, *Journal de droit fiscal*, 2019, p. 214.
10. TJCE, 14 de diciembre de 2000, C-110/99, Emsland-Stärke, EU:C:2000:695.
11. TJCE, 21 de febrero de 2006, C-256/02, Halifax, EU:C:2006:121.
12. TJCE, 5 de julio de 2007, Kofosed, C-321/05, EU:C:2007:408.
13. TJCE, 22 de noviembre de 2017 Cussens, C-251/16, EU:C:2017:881.

5. F. ZIMMER, General Report, International Fiscal Association 2020 Oslo Congress, *Cah. Droit fisc. Int.*, vol. 87A, *Form and substance in tax law*, p. 38.
6. *Ibid.*, p. 64.
7. P. ROSENBLATT y M.E. TRON, General Report, IFA 2018 Seoul Congress, *Cah. Droit fisc. Int.*, vol. 103A, *Anti-avoidance measures of general nature and scope-GAARs and other rules*, p. 17.
8. *Ibid.*, p. 54.

Por último, en la sentencia Cadbury-Schweppes¹⁴, el Tribunal trató de la aplicación de la legislación británica sobre las sociedades extranjeras controladas, gravando a la sociedad matriz sobre los beneficios de sus dos filiales financieras establecidas en Irlanda, país que tiene un sistema de contribuciones bajo. El Tribunal consideró que tal imposición era posible sólo si se aplicaba en el marco de un arreglo totalmente artificial que no tenía otro fin que el de evitar el impuesto. Tal sería el caso si las sociedades extranjeras controladas no tuvieran establecimientos reales en Irlanda o una actividad económica efectiva ejercida y si el contribuyente tuviera como única intención obtener una ventaja fiscal. En cambio, como el Tribunal frecuentemente lo ha decidido, el hecho de escoger la localización fiscalmente menos onerosa en Europa para ejercer una actividad no puede estar considerado como un abuso. Reconocemos la aplicación de la prueba doble, objetiva y subjetiva, que caracteriza el abuso de derecho.

El TJUE rechaza presunciones generales de abuso de derecho, como la regla francesa que denegaba la exención de retención en la fuente a una sociedad matriz de una sociedad francesa controlada por una matriz ubicada fuera de la Unión: necesita prueba de un arreglo artificial¹⁵.

Lo mismo fue decidido en el caso de una regla alemana que denegaba la exención a una matriz extranjera que no cumplía con tres criterios: 10 % de actividad económica propia, razones económicas y sustanciales para tomar la participación y acción en el comercio general¹⁶.

IV. LOS CASOS DANESSES

Dos decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea arrojan luz sobre las estructuras de holding diseñadas para aprovechar las directivas de la UE con el fin de garantizar una exención de la retención en origen sobre los flujos de intereses o dividendos destinados en última instancia a beneficiarios no pertenecientes a la UE ("Directive Shopping")¹⁷.

14. TJUE, 12 de septiembre de 2006, Cadbury-Schweppes, C-196/07, EU:C:2006:544.
15. TJUE, 7 de septiembre de 2017, C-6/16, Egiom SAS, EU:C:2017:641.
16. TJUE, 20 de diciembre de 2017, C-504/16 y C-613/16, Deister Holding y Juhler Holding, EU:C:2017:1009.
17. TJUE, Gran Sala, 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados, C-115/16, N Luxembourg 1, C-116/16, X Denmark A/G, C-119/16, C Denmark, C-299/16, Z Denmark ApS, EU:C:2019:134; TJUE, Gran Sala, asuntos acumulados C-116/16, T Denmark y C-117/16, T Denmark ApS, EU:C:2019:136. Comentarios: S.H. BAERENTZEN, Cross-Border Dividend and Interest Payments and Holding Companies – An Analysis of Advocate General Kokott's Opinions in the Danish Beneficial Ownership Case, *Bull. Int'l*

V. LOS CASOS DE INTERÉS

La sentencia del TJUE en el asunto N Luxembourg 1 y los tres asuntos acumulados adicionales se refieren a estructuras de grupo en las que una empresa danesa pagó intereses a una empresa luxemburguesa, mientras que los intereses se canalizaron posteriormente, eventualmente a través de otra empresa luxemburguesa, a los beneficiarios finales que no podían, si habían concedido el préstamo con intereses directamente a la empresa danesa, beneficiarse de la exención de la retención en la fuente aplicable entre empresas asociadas de la UE en virtud de la directiva sobre intereses y regalías.

VI. BENEFICIARIO EFECTIVO

La directiva prevé una exención de impuestos por parte del Estado miembro de origen de la participación si el beneficiario efectivo de la misma es una empresa asociada a la empresa pagadora. La asociación se define por una participación mínima del 25% de una empresa en la otra o de una tercera empresa tanto en el pagador como en el beneficiario. La primera cuestión que examina el TJUE es si el beneficiario de los intereses podría ser el bene-

Taxation, n° 8, 2018, p. 343; S.H. BAERENTZEN, Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest - A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity, *World Tax Journal*, 2020, p. 3; S.H. BAERENTZEN, Limitation of Holding Structures for Intra-EU Dividends: An End to Tax Avoidance?, *World Tax Journal*, 2020, p. 259; A. Ballancini y F. Cannas, The Development of the Doctrine of Abuse of Law and the Danish Cases: Time to Shift the Focus from Non-Genuine Arrangements to Single (Abusive) Transactions?, *EC Tax Review*, 2021, p. 70; R. DANON, D. GUTMANN, G. MAISTO, M. LUKKEN, A. MARTÍN JIMÉNEZ y B. MALEK, The Prohibition of Abuse of Rights After the ECJ Danish Cases, *Intertax*, 2021, p. 482; N. DE BOYNES, observaciones sub TJUE, gran sala, 26 de febrero de 2019, asuntos. C-116/16 y C-117/16, T Denmark, *Droit fiscal*, 2019, 275, p. 44; L. DE BROE y S. GOMMERS, Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases, *EC Tax Review*, 2019, p. 270; J.-M. Decaë y E. TRAVERSA, Exonération de précompte mobilier sur les dividendes « mère-fille » et disposition anti-abus. Etat des lieux en droit fiscal belge, *Journal de droit fiscal*, 2021, p. 5; J. Englisch, The Danish Tax Avoidance Cases: New milestones in the Court's anti-abuse doctrine, *Common Market Law Review*, 2020, p. 503; P.A. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, Holding Companies and Leveraged Buy-Outs in the European Union Following BEPS: Beneficial Ownership, Abuse of Law and the Single Taxation Principle (Danish ECJ Cases C-115/16, 116/16, 117/16, 118/16, 119/16 and 299/16), *European Taxation*, 2019, p. 409; A. MARTÍN JIMÉNEZ, Beneficiario efectivo, cláusulas generales antiabuso, Directivas UE, CDI y "sentencias danesas" del TJUE: cómo integrar las piezas evitando conflictos e inseguridad jurídica (que no elimina el caso Colgate), *Revista de Contabilidad y Tributación*, 2020, p. 75.

ficiario efectivo. La directiva establece que una sociedad será tratada como el beneficiario efectivo de los intereses sólo si recibe el pago en su propio beneficio y no como un intermediario, como un agente, fideicomisario o firmante autorizado, para alguna otra persona¹⁸.

Para el Tribunal, este término no se refiere a un receptor formalmente identificado sino a una entidad «que se beneficia económicamente de los intereses recibidos y, por consiguiente, tiene la facultad de determinar libremente el uso que se le da». Como se desprende de la propuesta inicial, la directiva se basó en el artículo 11 de la versión de 1996 de la Convención Fiscal Modelo de la OCDE. Perseguía el mismo objetivo, es decir, evitar la doble imposición internacional. Por lo tanto, el Tribunal interpreta el concepto de beneficiario efectivo de acuerdo con el Comentario de la Convención. Sin embargo, no hace referencia a la versión de 1996 del Comentario, en la que se adoptaba una visión literal y jurídica del receptor que no es el beneficiario efectivo, sino a la versión revisada de 2003, pasando por alto el «sentido técnico estricto» y excluyendo no sólo a los representantes o agentes, sino también a una sociedad conducto que normalmente, aunque es un propietario formal, tiene «poderes muy estrechos que la convierten, en relación con los ingresos en cuestión, en un fiduciario o administrador más que actúa por cuenta de las partes interesadas»¹⁹.

Asimismo, el Tribunal da al concepto de beneficiario efectivo una interpretación económica, mientras que el abogado general prefería una interpretación de derecho civil, más acorde con la redacción utilizada para definir el concepto: el beneficiario efectivo es el que «recibe pagos por su propia cuenta y no como agente, fideicomisario o firmante autorizado, por alguna otra persona». El Tribunal es en consonancia con la ampliación del concepto que figura en el informe de la OCDE sobre las sociedades conductos en relación con el Treaty Shopping.

El Tribunal aplica el principio general de que no se puede confiar en ninguna disposición de la legislación de la Unión Europea, ya sea que se encuentre en el tratado, en una directiva o en un reglamento, para fines abusivos. El beneficio de las disposiciones del derecho de la UE debe denegarse cuando se invoque una

disposición no con miras a lograr su objetivo, sino con el fin de beneficiarse de una ventaja cuando las condiciones de la misma sólo se cumplen formalmente²⁰.

No es necesario que la legislación nacional incluya una disposición específica contra el abuso –inexistente en ese momento en la legislación danesa–. El principio general del derecho de la Unión Europea de que el abuso está prohibido puede aplicarse como tal, incluso en ausencia de una disposición nacional y no está sujeto a transposición como las disposiciones de una directiva, lo que permite a un Estado miembro negarse a aplicar la directiva en caso de abuso. El Abogado General, por el contrario, opina que el principio general contra el abuso de la legislación de la Unión Europea no puede aplicarse en un ámbito que esté armonizado por una directiva que incluya una disposición específica contra el abuso. Deja que el tribunal local que aplica el derecho interno de Dinamarca decida si una disposición interna prohíbe un abuso de derecho.

VII. ELEMENTOS DEL ABUSO

A continuación, el Tribunal enumera los elementos constitutivos de un abuso de derecho en un caso como este. El abuso requiere, por un lado, un elemento objetivo, que es un conjunto de circunstancias que demuestran que no se ha logrado el propósito de una norma y, por otro lado, un elemento subjetivo, la intención de obtener una ventaja de la norma creando artificialmente las condiciones previstas para obtenerla.

Aunque el TJCE no evalúa los hechos, puede especificar indicios como orientación para los tribunales nacionales. Algunos de ellos se esbozan en la sentencia.

- (i) Un grupo de empresas es un arreglo artificial cuando su creación no es un reflejo de la realidad económica, su estructura es de forma y su principal objetivo es obtener una ventaja fiscal contraria a propósito de la norma aplicable. Este es el caso cuando se interponen una sociedad vehículo entre el pagador de intereses y el beneficiario efectivo. El interés pasará muy pronto después de su recepción a una empresa que no cumple con los requisitos de la directiva;
- (ii) La artificialidad resulta también del hecho de que la empresa que recibe los intereses debe pasarlos a otra empresa que no esté cubierta por la directiva, conservando sólo un beneficio insignificante;

18. Art. 1.4.

19. D. WEBER, EU Beneficial Ownership Further Developed: A View from a Different Angle, *World Tax Journal*, 2022, p. 51; G. REMBRY, H. CHRISTOPHE y G. EXERJEAN, Mise en perspective du concept de bénéficiaire effectif à la lumière de la décision N Luxembourg 1 et a., *Revue de droit fiscal*, 2019, 248, p. 3; E. SANZ GADEA, Beneficiario efectivo: Análisis de la STJUE de 26 de febrero de 2019: asuntos acumulados C-115/16 C-118/16, C-119/16 y C-299/16, *Revista de Contabilidad y Tributación*, 2020, p. 97.

20. TJCE, 14 de diciembre de 2000, C-110/99, Emsland-Stärke, EU:C:2000:695.

- (iii) Otro factor es la ausencia de otra actividad que no sea el traspaso de intereses, lo que se evidencia en la gestión, el personal y los locales de la empresa y la estructura de sus costos;
- (iv) Indicios se encuentran en los contratos entre las empresas del grupo o en su financiación de facto, en su capital social o en su incapacidad para hacer un uso económico de los intereses;
- (v) La entrada en vigor de la legislación que impulsa el plan de elusión es un elemento. La ley danesa que permite el pago de intereses sin retención acababa de ser derogada, incitando a los receptores a interponer una sociedad de la UE capaz de reclamar la exención de la directiva;
- (vi) También lo es el establecimiento de transacciones financieras complejas y de préstamos intragrupo.

El abogado general considerará, por el contrario, que el arreglo no era artificial, sino que era abusivo porque se podía presumir que tenía por objeto ocultar los ingresos al Estado de residencia de los inversores recurriendo a paraísos fiscales.

VIII. EXISTENCIA DE UN CONVENIO CON EL PAÍS DEL BENEFICIARIO EFECTIVO

El Tribunal declara de alguna manera contradictoriamente que la existencia de un tratado preventivo de la doble imposición con el país del beneficiario efectivo es irrelevante en presencia de un abuso de derecho porque la existencia de dicho convenio no puede establecer que el pago se haya efectuado realmente a los residentes del Estado del tratado. Al mismo tiempo, dice que si el pago debe ser eximido si se efectúa directamente a la empresa residente en el Estado del tratado, no se puede reprochar el pago indirecto. Añade que la autoridad tributaria nacional no tiene que identificar al beneficiario efectivo de la participación. Esto podría ser imposible. Basta con establecer que el receptor no es el beneficiario efectivo de los intereses.

Para el abogado general, la autoridad tributaria debe identificar al beneficiario efectivo: el arreglo es abusivo sólo si da un resultado más favorable que el arreglo nacional, es decir, la inversión directa. Por consiguiente, la jurisdicción fiscal debe indicar a quién considerara como beneficiario efectivo.

IX. LOS CASOS DE DIVIDENDOS

La sentencia del TJCE en el caso *T Danmark y Y Denmark ApS* trata de dos estructuras relativas a la distribución de dividendos. La primera es similar a la estructura adoptada para el pago de intereses en *N Luxemburgo 1*. La segunda es diferente y es objeto de la opinión del abogado general. Se solicitó la exención de la retención de impuestos en virtud de la directiva sobre sociedades matrices y filiales.

El propósito de la directiva matriz-filial es facilitar la agrupación de las empresas de la UE. Un acuerdo financiero concertado con el objetivo esencial de obtener el beneficio fiscal resultante de la directiva no es coherente con este objetivo y, por el contrario, distorsionaría la competencia y socavaría el funcionamiento del mercado interior. La denegación del beneficio de la directiva no equivale a la aplicación de la directiva para crear obligaciones para los individuos. Es la consecuencia de la constatación de que las condiciones establecidas para la aplicación de la directiva sólo se cumplen formalmente.

X. EL ABUSO FISCAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Los casos suscitan preocupación en cuanto a la certidumbre jurídica a mezclar el requisito de la propiedad efectiva y el principio de lucha contra el abuso. El concepto de propiedad efectiva no forma parte de una medida contra el abuso. Es una condición previa necesaria para aplicar una disposición de un tratado o, como en este caso, una directiva. El Tribunal parece hacer de la propiedad no beneficiosa uno de los indicios de abuso. La administración tributaria danesa lo introdujo en el debate debido a la ausencia en la legislación danesa de una disposición nacional contra el abuso que transponga la cláusula contra el abuso de la directiva. Es poco probable que esta situación se produzca en el futuro.

En varias directivas se introdujeron disposiciones específicas contra las prácticas abusivas en sustitución de las disposiciones originales, que se limitaban a excluir la aplicación de los textos sobre la base de las disposiciones nacionales o convencionales que prohíben el fraude o el abuso, o en el caso de las transacciones con el objetivo de evadir o eludir impuestos. Las nuevas disposiciones introducidas en la Directiva sobre sociedades matrices y filiales²

21. Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, en su versión modificada, art. 1.2.

y en la Directiva sobre fusiones²² privan al contribuyente de los beneficios previstos cuando la finalidad principal o una de las finalidades principales de las operaciones es obtener una ventaja fiscal contraria al objeto o finalidad de la Directiva y no auténtica. La falta de autenticidad se debe a que el acuerdo no se ha establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

XI. DIRECTIVA EUROPEA ANTIABUSO

La directiva ATAD (“*anti-tax abuse directive*”)²³, emanada en el marco del movimiento iniciado por las acciones BEPS, contiene una cláusula antiabuso que todos los Estados de la Unión tendrán que insertar en su orden interno:

“A efectos del cálculo de la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre sociedades, los Estados miembros no tendrán en cuenta ningún mecanismo o serie de mecanismos que, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable, resulten no ser auténticos una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes. Tales mecanismos podrán estar constituidos por más de una fase o parte.

A efecto del apartado 1, un mecanismo o serie de mecanismos se considerarán falsos en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

Cuando un mecanismo o serie de mecanismos no tenga en cuenta lo dispuesto en el apartado 1, la deuda tributaria se calculará con arreglo a la legislación nacional”.

La directiva quiere evitar la proliferación de cláusulas distintas en los Estados Miembros²⁴.

22. Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o SCE de un Estado miembro a otro, en su versión modificada, art. 15.

23. Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo del 12 de junio de 2016, por la que se establecen normas para luchar contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el mercado interior, DO L-193 de 2010, p. 1.

24. L. NEYBERG y N. VERGNET, La clause anti-abus générale de la directive ATAD, Réflexions sur la codification du principe européen de lutte contre les pratiques abusives, *Fiscalité internationale*, 2019, 9.41, p. 224; E. RAINGEARD DE LA BLÉTIÈRE y V.

XII. LOS CONVENIOS PREVENTIVOS DE LA DOBLE IMPOSICIÓN (CDIS)

Los CDIs son instrumentos internacionales en los cuales los Estados contratantes acuerdan limitar sus potestades tributarias sobre determinadas rentas, ya sea estableciendo una potestad tributaria exclusiva para gravar determinada renta y, por consiguiente, limitando la potestad tributaria del otro Estado; estableciendo una potestad tributaria compartida o, estableciendo un límite al ejercicio de la potestad tributaria de uno de los Estados. Adicionalmente, los CDIs prevén normas de no discriminación y medidas para evitar el fraude fiscal, a través de la cooperación internacional entre administraciones tributarias de los Estados contratantes. De este modo, coordinan ciertos aspectos de los ordenamientos de los Estados contratantes.

XIII. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

La cuestión es ligada a la antigua controversia sobre las relaciones del derecho internacional y del derecho interno. Constituyen los Estados dos órdenes jurídicos diferentes (dualismo)? O entran en un orden jurídico unitario (monismo) donde quedará por determinar cuál tiene prioridad? El derecho interno, sobre el fundamento de la soberanía, exprimida por la Constitución? O el derecho internacional?

En el Reino Unido, país dualista, el contenido de la convención es transpuesto en el orden interno. La regla internacional se convierte en una regla interna y la cuestión del conflicto no se plantea. En Francia, país monista, el artículo 55 de la Constitución consagra la primacía de aplicación del Tratado sobre la ley – pero no sobre la Constitución misma – sin más discusión desde la sentencia Jacques Vabre del Tribunal de casación y Nicolo del Consejo de Estado. El “control de convencionalidad” se ejercerá por el juez en cuanto a las leyes, aunque es preciso examinar primero la ley interna que, sola “puede directamente servir de base legal a una decisión en el marco de la imposición”. En EE.UU, aunque los tratados son “la ley suprema del país”, tienen un efecto directo (“self-executing”) y tienen primacía sobre las legislaciones de los Estados de la Unión, se sitúan sobre el mismo plano jerárquico que las leyes federales. La disposición más reciente se aplica.

LEROY, Adoption formelle de la directive anti-évasion fiscale: premier aperçu, *Droit fiscal*, 2016, 424, p. 11.

XIV. ABUSO DE LOS CDIS ENFRENTADO A UNA CAG DE DERECHO INTERNO

Si bien es legítimo recurrir a los tratados para evitar una doble imposición, se abusa de un tratado cuando se utiliza el mismo para eludir la aplicación normal de las reglas tributarias²⁵. El abuso de un tratado puede materializarse esencialmente de dos modos.

XV. TREATY SHOPPING

El "treaty shopping" consiste en que el beneficiario de una renta proveniente de un Estado de la fuente que no tiene tratado con el Estado de su residencia, interponga una entidad localizada en un tercer país que sí tiene un tratado con el Estado de la fuente para beneficiarse de los tipos reducidos de retención en la fuente.

XVI. RULE SHOPPING

El "rule shopping" consiste en modificar la naturaleza de una renta de modo que se ubique en el mismo tratado dentro del beneficio de una exención prevista por un tratado: por ejemplo, un dividendo imponible en el país de la renta es transformado en plusvalía imponible únicamente en el país de la residencia²⁶.

XVII. POSICIÓN DE LA OCDE

La OCDE en su comentario ha modificado totalmente su respuesta a esta cuestión. En 1977, el comentario implicaba claramente que las disposiciones nacionales antielusión no podían ser aplicadas a CDIs, excepto mediante la inserción de una cláusula expresa incluyendo un reenvío a esas reglas nacionales en el tratado. En 1992, el comentario fue modificado. Sobre la base de informes enfocados en las sociedades conductos y las sociedades de base, se introduce la doctrina según la cual la sustancia tiene que prevalecer sobre la forma, la que podía ser aplicada, entre otros, en el caso de esos tipos de sociedades. Después de una clarificación preguntada en el informe sobre la concurrencia fiscal perniciosa, el comentario fue otra vez modificado en 2003 declarando que no existía con-

25. Sobre el problema, K. JESTIN, La notion d'abus de convention fiscale internationale. Réflexions à la lumière des droits français et américains. Thèse, Université d'Aix-Marseille, 2017, p. 57; J. MALHERBE, Mesures anti-abus et conventions préventives de la double imposition: BEPS, Instrument multilatéral et ATAD, Entre tradition et pragmatisme, in Liber Amicorum Paul-Alain Fofiers, vol. 2, Bruselas, Larcier, 2021, p. 1809.

26. L. DE BROE y J. LUTS, BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse, *Intertax*, 2015, p. 122.

flicto entre las reglas nacionales antielusión y los tratados: las reglas antielusión forman parte de los hechos a los cuales se aplica el tratado. El resultado de esas reglas es contenido en las circunstancias que determinan la imposición. Los tratados no son una fuente de imposición, pero sólo reparten los derechos de imposición de los Estados contratantes. Las disposiciones generales anti-abuso forman parte de las disposiciones fundamentales de la legislación nacional que determinan los hechos generadores del impuesto; esas reglas no son cubiertas por las convenciones fiscales que por eso no las afectan.

El informe de la Acción 6 del plan BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) de la OCDE adopta la concepción previa de la OCDE según la cual las cláusulas anti-abuso de derecho interno pueden ser utilizadas en contra del abuso de tratados.

XVIII. CLÁUSULA CONVENCIONAL PRESERVANDO EL USO DE LA CAG DE DERECHO INTERNO

Numerosos tratados preservan el derecho de los Estados de aplicar sus reglas anti-abuso en el marco convencional. Suiza fue uno de los primeros países que adoptó disposiciones a fin de desconocer el uso de CDIs firmados por el país, en caso de utilización abusiva. En el mismo sentido, la cláusula de limitación de los beneficios de los tratados encontró su primera expresión en el Tratado-modelo americano.

XIX. EL INFORME FINAL SOBRE LA ACCIÓN 6 DE BEPS

Todos recordamos el camino que siguió la acción BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) de la OCDE. Un documento general: "Addressing Base Erosion and Profit Shifting" (2013). Después un plan de acción: "Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting" (2013) enumerando varias acciones, entre las cuales la acción 6 es la referida a la prevención del abuso de tratados.

El mandato de la acción 6 en contra del abuso de tratados incluye el desarrollo de disposiciones convencionales o internas para prevenir el abuso de tratado, una clarificación señalando que los CDIs no tienen como propósito generar doble no-imposición y la identificación de las consideraciones de política fiscal a las cuales Estados deben revisar antes de concluir un tratado fiscal.

El uso impropio de los beneficios de un tratado se obtiene de dos maneras: en la primera, el contribuyente esquivaba las limitaciones previstas por el mismo tratado, bajo las formas del "treaty shopping".

El informe sugiere un triple modo de acción:

1º El informe propone insertar como título y como preámbulo del tratado una declaración en el sentido que el tratado no intenta crear situaciones de elusión o evasión fiscal, incluido "treaty shopping" según el principio guía ("guiding principle"), recogido en el Comentario OCDE;

2º El informe propone en segundo lugar insertar en el tratado una cláusula bajo la forma de la cláusula de limitación de los beneficios de los tratados emanada del tratado-modelo de EE.UU.;

3º El plan de acción propone por fin insertar una CAG en la forma de un test de propósito principal ("*principal purpose test*" - PPT).

XX. CONVENIO MULTILATERAL

Bajo el mando de la acción 15 del Plan BEPS, la OCDE redactó un "Convenio multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios", objeto de una nota explicativa. El Convenio modifica los convenios fiscales comprendidos, sean los Convenios en vigor entre Partes, sean los Estados para los que el Convenio multilateral este en vigor.

XXI. PREÁMBULO

Siguiendo la recomendación del informe BEPS sobre la acción 6, el convenio impone insertar en los convenios comprendidos el siguiente preámbulo: "Con la intención de eliminar la doble imposición en relación con los impuestos comprendidos en este convenio sin generar oportunidades para la no-imposición o para una imposición reducida mediante evasión o elusión fiscales (incluida la práctica de la búsqueda del convenio más favorable que persigue la obtención de los beneficios previstos en este Convenio para el beneficio indirecto de residentes de terceras jurisdicciones)".

XXII. CAG CONVENCIONAL DEL INSTRUMENTO MULTILATERAL

El convenio también impone insertar una CAG formulada según los términos del PPT sugerido por el Informe sobre la acción 6, identifica a la cláusula que fue introducido en el Convenio modelo de la OCDE²⁷:

27. Art. 29.

"No obstante las disposiciones de este Convenio, los beneficios concedidos en virtud del mismo no se otorgarán respecto de un elemento de renta o de patrimonio cuando sea razonable considerar, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias pertinentes, que el acuerdo u operación que, directa o indirectamente, genera el derecho a percibir ese beneficio tiene entre sus objetivos principales la obtención del mismo, excepto cuando se determine que la concesión del beneficio en esas circunstancias es conforme con el objeto y el propósito del Convenio".

La cláusula se aplicará en sustitución o en ausencia de disposiciones semejantes del Convenio comprendido. Su puede prever que, en el caso de denegación de los beneficios del tratado comprendido, la autoridad competente del Estado que hubiera concedido los beneficios pueda otorgarlos sin determinar que el contribuyente los hubiera obtenido sin la operación criticada. La autoridad del Estado del residente consultará con la autoridad de la otra jurisdicción. La regla PPT será compatible con la regla europea sólo si supone la ausencia de una actividad económica genuina²⁸.

XXIII. LOB SIMPLIFICADA

Cada parte puede añadir al PPT una disposición simplificada sobre limitación de beneficios cuyo texto está contenido en el Convenio multilateral. La disposición se aplicará sólo si todas las jurisdicciones contratantes optan por ella²⁹.

El contribuyente se enfrenta a una plétora de cláusulas generales anti-abuso: las cláusulas nacionales, las cláusulas de los tratados bilaterales, la cláusula del Instrumento Multilateral, las de las directivas y, por último, la cláusula de la directiva antievasión³⁰. La terminología utilizada es poco

28. L. DE BROE, Tax Treaty and the EU Law Aspects of the LOB and PPT provision proposed by BEPS Action 6, in R. Danon, (ed.), Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)-Impact for European and International tax policy, Zurich, Schulthess, 2016, p. 197; M. LANG, F. PISTONE, A. RUST y al., The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties, Analysis and Effects, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2018, p. 128; J. CALEJO GUERRA, Limitation on Benefits Clauses and EU Law, *European Taxation*, 2011, p. 85; J. MALHERBE y O. DELATTRE, Compatibility of limitation of benefit in recent tax treaties with EU law, *European Taxation*, 1996, p. 12.

29. E. KÚZNIACKI, The Limitation of Benefits Provision in BEPS Action 6, Multilateral Instrument, Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity, *Intertax*, 2018, p. 68 y p. 124.

30. C. ÖNER, "Comparative Analysis of the General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Effective Tool to Tackle Tax Avoidance?", *Eur. Tax. Rev.* 2020, p. 51.

clara, los efectos de la cláusula de la directiva antievasión se dejan a la legislación nacional y la cláusula «parece crear más incertidumbre que nunca»³¹.

En 2021, la Comisión Europea publicó una comunicación que contenía, entre otras cosas, la intención de neutralizar, mediante una nueva iniciativa legislativa, el uso indebido de las sociedades ficticias, que, según la Comisión, seguía creando un riesgo de evasión fiscal a pesar de los instrumentos existentes³².

La Comisión publicó un proyecto de directiva³³ solicitando observaciones.

Esta iniciativa parece superflua. La creación del registro de propietarios efectivos³⁴ ha eliminado el anonimato de los principales accionistas. Las disposiciones antiabuso se oponen a las construcciones totalmente artificiales del segundo tipo. En cuanto a las sociedades financieras o de cartera, no son sociedades sin sustancia, ya que su objeto social puede alcanzarse con una estructura limitada pero adecuada³⁵.

XXIV. PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA E INFORMACIÓN OBLIGATORIA

El concepto de planificación fiscal agresiva es más amplio que el de abuso de derecho: abarca acuerdos que no constituyen necesariamente un abuso, sino que forman parte de una planificación fiscal legítima³⁶. La idea fue reco-

gida en el informe sobre la acción 12 del Plan BEPS de la OCDE³⁷. Inspirada en algunas legislaciones nacionales, la Unión Europea introdujo un sistema de declaración obligatoria de determinados regímenes fiscales transfronterizos mediante la llamada Directiva DAC 6 de 25 de mayo de 2018³⁸. Los intermediarios, incluidos en particular los abogados, los contables y los asesores fiscales, tendrán que comunicar a la autoridad los acuerdos transfronterizos notificables, es decir, los que corresponden a determinados «marcadores», tan pronto como estén disponibles para su aplicación. La misma norma se aplicará a los intermediarios que presten asistencia en este contexto.

La Directiva es, según los profesionales autorizados, «catastrófica: un texto rápido y chapucero, a menudo incoherente, que plantea muchos interrogantes y es incomprensible en algunos aspectos»³⁹, «lleno de incertidumbres, vaguedades y dificultades; redactado sin tener en cuenta a los intermediarios»⁴⁰, que merece una valoración crítica en cuanto a los principios de seguridad jurídica y legalidad⁴¹.

El historiador del derecho que, en el futuro, eche un vistazo a esta evolución del derecho fiscal que abarca casi un siglo, podrá sorprenderse al estudiar sus causas y efectos.

A corto plazo, los que han vivido las últimas fases de esta evolución pueden hacerse algunas preguntas.

37. Informe final de 2015, Tackling Aggressive Planning through Improved Transparency and Disclosure.
38. Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los acuerdos transfronterizos notificables, DO, L-139 de 5.06.2018, p. 1.
39. L. PINTE y Ph. MAES, "DAC 6: How to make sense", *Revue Internationale du Patrimoine* 2019, p. 101.
40. A. BLANCO, DAC 6 and the Challenge Arising from its Disclosure Obligation, *EC Tax Rev.*, 2021, p. 23.
41. S. MORENO GONZÁLEZ, «La Directiva sobre revelación de mecanismos transfronterizos de planificación agresiva y su transposición en España. Transparencia, certeza jurídica y derechos fundamentales», *Nueva Fiscalidad*, 2019, p. 68; M. STÖBERN «Anzeigepflichten au Steuergestaltungen im deutschen und europäischen Recht», *BB*, 2018, 1559; B. PEETERS y L. VANNESTE, «European Union/International - DAC 6: An Additional Common EU Reporting Standard», *World Tax Journal*, 2020, p. 564. Contra, A. BALLANCIN y F. CANNAS, "The DAC and its Compatibility with Some of the Founding Principles of the European Legal System(s)", *EC Tax Rev.* 2020, p. 125; J. VOJTE, "European Union - EU Implementation of BEPS Action 12 in Light of Human Rights Requirements", *European Taxation*, 2017, pp. 199-200; I. ANDRZEJEWSKA-CZERNEK, ed., *How Do You Do it? MDR in Different EU Member States*, *European Taxation*, 2021, p. 20.

31. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Business Taxation for the 21st Century, COM (2021) 251 final, Brussels 18.05.2021; I. KIENDL KRISVTO y E. THEIXON, *An overview of shell companies in the European Union*, Study, EPRS/European Parliamentary Research Service, 2018, 1.
32. *Ibid.*, 3.
33. Proposal for a Council Directive laying down rules to prevent the misuse of shell entities for tax purposes and amending Directive 2016/116/UE, Bruselas, 22 December 2021, COM(2021)565 final, 2021/0434 (CNS).

34. Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, DOCE L41/73, de 5.06.2015, art. 30.

35. O.R. HERR y K. O'DONNELL, "The New EU Initiative on Fighting Shell Entities: Tackling a Non Issue?", *Tax Notes International*, 2021, p. 459.

36. Informe de la OCDE de 2011, Combating Aggressive Planning through Improved Transparency and Disclosure; Recomendaciones de la Comisión Europea de 6 de diciembre de 2012, C(2012), 8806 Final.

¿Es posible evitar una cláusula general antiabuso (GAAR) mediante la redacción de cláusulas específicas (SAAR - «Specific anti-abuse rules») que dejen sin efecto determinados tipos de comportamiento que el legislador considera abusivos? La respuesta es, sin duda, afirmativa. Los ejemplos abundan⁴².

Es una falacia que la definición uniforme del abuso de derecho a través de las definiciones conjuntas de varios instrumentos internacionales aumente la seguridad jurídica al reducir las divergencias nacionales. De este modo, se aprovecha poco la incertidumbre creada por la extensión del concepto intrínsecamente impreciso de abuso de derecho a las cuestiones fiscales.

Tanto la represión de los abusos fiscales como la declaración obligatoria de los mecanismos agresivos se han justificado por la supuesta incapacidad de la administración para seguir el rápido desarrollo de las técnicas de evasión fiscal, obra de las grandes consultoras. Cabe señalar que, suponiendo que esta afirmación sea correcta, el Estado sólo tendría que consultar periódicamente a uno de estos grandes bufetes para obtener un asesoramiento detallado sobre las técnicas en vigor. Sin embargo, la administración cuenta con suficientes funcionarios de alto nivel como para rastrear estas técnicas, que los datos recogidos durante los controles les revelan con bastante rapidez.

En el equilibrio entre la mejora del sistema fiscal para evitar la evasión de impuestos, que por otra parte es lícita, y la necesidad de seguridad jurídica y el respeto de principios como el secreto profesional, el peso ha recaído sin duda en el primero. La función del derecho es establecer normas cuya aplicación sea segura y previsible. Ante una legislación fiscal compleja, a menudo imprecisa o inestable, el contribuyente necesita más que nunca seguridad jurídica⁴³. Cabe preguntarse si un sistema que contiene en sí mismo la posibilidad de dejar de lado estas normas a discreción de un funcionario o incluso de un magistrado no se aparta de la noción de derecho y vuelve a otro *corpus* que corresponderá calificar al filósofo o al sociólogo⁴⁴. Aristide Briand, de visita en el Palacio de Justicia de París, se detuvo ante un cuadro que representa a la Ley y la Justicia cayendo en brazos. Exclamó: «Mira, se están abrazando; se están despidiendo».

42. Cfr. P.-F. CORRENS, *Le contribuuable belge face aux mesures fiscales anti-abus*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 75-234.

43. B. PEETERS, «De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking», *Algemeen Fiscaal Tijdschrift*, 2010/3, p. 42.

44. S. GNEDASJ y E. RAVOET, «Les décisions anticipées et la réalité juridique: réalité ou chimère», *RGCF*, 2020, p. 267; I. MOSQUERA VALDERRAMA y yo, *BURGERS, Review of Anti-Avoidance Measures of a General Nature and Scope - General Anti-Avoidance Rules and Other Measures*, *Bull. Int'l Taxation*, 2019, pp. 3-4.

Los nuevos requisitos del régimen fiscal de las SICAV para evitar que constituyan un instrumento de planificación fiscal de las grandes fortunas: antecedentes y consecuencias de la reforma

LUIS A. MALVÁREZ PASCUAL
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Huelva

SUMARIO: I. ANTECEDENTES. II. LA REFORMA OPERADA EN EL RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LAS SICAV POR LA LEY 11/2021, DE 9 DE JULIO: LAS NUEVAS REGLAS PARA LA APLICACIÓN DEL TIPO DEL 1 POR 100 EN EL IS. III. EL RÉGIMEN TRANSITORIO PREVISTO PARA LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LAS SICAV. IV. LAS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA REFORMA OPERADA EN EL RÉGIMEN DE LAS SICAV. REFLEXIONES FINALES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. ANTECEDENTES

Las Sociedades de Inversión de Capital Variable (en adelante, SICAV) son instituciones de inversión colectiva (en adelante, IIC) de carácter financiero¹, que tienen forma de sociedad anónima y cuyo objeto social es la captación de fondos, recursos, bienes o derechos del público para gestionarlos de forma colectiva e invertirlos de forma diversificada en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, siempre que el rendimiento del inversor se establezca

1. El artículo 29 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de IIC, define este tipo de entidades.

ESTUDIOS

SOBRE LA PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR
DR. D. ALEJANDRO MENÉNDEZ MORENO

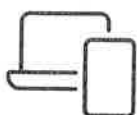
AMABLE CORCUERA TORRES
SUSANA ANÍBARRO PÉREZ
COORDINADORES



INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO

III ARANZADI

Primera edición, 2023



Incluye soporte electrónico

Esta publicación se enmarca en el Proyecto de investigación "El Derecho tributario en la era del compliance", con nº de referencia PID2020-118261RB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación / Agencia Estatal de Investigación (10.13039 / 501100011033) y en el Grupo de Investigación Reconocido de la Uva "Haciendas Públicas Territoriales".

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

© 2023 [Editorial Aranzadi, S.A.U. / Amable Corcuera Torres y Susana Anibarro Pérez (Coord.)]
© Portada: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-1162-021-5
DL NA 2634-2023
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona