

LA COORDINACIÓN EUROPEA DE LAS NORMAS DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL Y DE SUBCAPITALIZACIÓN

JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de La Coruña*

Extracto:

A través de esta nota se da noticia de los acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros de Finanzas de la Unión Europea, en su reunión de 8 de junio de 2010, sobre medidas que tratan de ordenar y coordinar a nivel europeo la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, así como frente a la competencia fiscal perniciosa. Tales acuerdos comprenden varias materias: medidas frente al fraude del IVA en operaciones transfronterizas, de impulso a los trabajos del Grupo del Código de Conducta frente a la competencia fiscal perniciosa en la Unión Europea y respecto a Suiza y Liechtenstein, y de coordinación de principios en materia de cláusulas antiabuso de transparencia fiscal internacional y de subcapitalización.

Palabras clave: fraude fiscal, competencia fiscal perniciosa, cláusulas antiabuso, transparencia fiscal internacional y subcapitalización.

THE EUROPEAN COORDINATION OF THE CONTROLLED FOREIGN COMPANIES AND THIN CAPITALIZATION RULES

JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de La Coruña*

Abstract:

THROUGH this paper we try to expose the resolutions adopted by the Council of Finance Ministers from the EU, at its meeting of June 8, 2010, on measures that seek to combat fraud and tax evasion, as well as against harmful tax competition at European level. Such resolutions include measures against VAT fraud in cross-border transactions, the promotion of the work of the Group's code of conduct against harmful tax competition in the EU and with regard to third countries such as Switzerland and Liechtenstein, and the coordination of principles on anti-abuse clauses on controlled foreign companies and thin capitalization.

Keywords: tax fraud, harmful tax competition, antiabuse clauses, controlled foreign companies clause and thin capitalization rules.

Sumario

1. Introducción.
2. Acuerdos en materia de imposición indirecta: fraude en el IVA, cooperación transfronteriza, Red EuroFisc.
3. Acuerdos en materia de competencia fiscal perniciosa, Código de Conducta.
4. La resolución del ECOFIN sobre coordinación de cláusulas antiabuso de TFI y subcapitalización.
 - 4.1. Los principios sobre la aplicación de la cláusula de TFI.
 - 4.2. Los principios en materia de cláusulas de subcapitalización.
5. Una reflexión final.

1. INTRODUCCIÓN

A través de esta nota tratamos de dar noticia de los acuerdos alcanzados por el Consejo de Ministros de Finanzas de la Unión Europea (UE), en su reunión de 8 de junio de 2010, referidos a medidas que tratan de ordenar y coordinar a nivel europeo la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, así como frente a la competencia fiscal perniciosa ¹.

Básicamente, se trata de medidas frente al fraude del IVA en operaciones transfronterizas, de impulso a los trabajos del Grupo del Código de Conducta frente a la competencia fiscal perniciosa en la UE y respecto a Suiza y Liechtenstein, y de coordinación de principios en materia de cláusulas antiabuso de transparencia fiscal internacional (TFI) y de subcapitalización. Consideramos que lo más relevante sea esto último, donde el Consejo, a nuestro entender, ha adoptado una posición maximizadora de la aplicación de las referidas cláusulas, en línea con unos tiempos cuyo signo también trae consigo activismo administrativo y revigorización de la lucha contra el fraude fiscal internacional.

2. ACUERDOS EN MATERIA DE IMPOSICIÓN INDIRECTA: FRAUDE EN EL IVA, COOPERACIÓN TRANSFRONTERIZA, RED EUROFISC

El ECOFIN alcanzó un acuerdo político sobre la propuesta de reglamento IVA dirigido a permitir a los Estados miembros avanzar en su lucha contra el fraude fiscal en operaciones transfron-

¹ ECOFIN 10689/10, Presse 162.

terizas (fraude carrusel). La principal innovación consiste en la creación de EuroFisc, como red de autoridades fiscales nacionales establecida para detectar y combatir los casos de fraude transfronterizo de IVA, y un sistema de intercambio de información más adecuado (incluyendo el intercambio espontáneo).

3. ACUERDOS EN MATERIA DE COMPETENCIA FISCAL PERNICIOSA, CÓDIGO DE CONDUCTA

El ECOFIN llegó a las siguientes conclusiones:

- Se congratula de los esfuerzos obtenidos por el Grupo del Código de Conducta (imposición empresarial) durante la presidencia española.
- Solicita al grupo que continúe con su monitorización y control del desmantelamiento de las medidas consideradas perniciosas, así como proseguir con las tareas asignadas por el ECOFIN el 5 de diciembre de 2008 (*Work Package*).
- En aras de facilitar el trabajo del grupo sobre la promoción de la adopción de los principios del Código de Conducta en países terceros, se invita a la Comisión a iniciar un diálogo con Liechtenstein y Suiza sobre la aplicación de los principios y criterios del Código, e informar al Grupo del Código de Conducta antes de que termine el turno de presidencia belga.
- Se invita al Grupo del Código de Conducta a informar sobre sus trabajos al término del turno de presidencia belga.

A nuestro juicio, la mayor novedad en este punto reside en el enfoque «extra-comunitario» o «internacional» de la aplicación de los criterios del Código Conducta de Fiscalidad Empresarial, de forma que sean observados por países terceros como Liechtenstein y Suiza. Este enfoque coincide con la posición de la Comisión en su Comunicación sobre la *Promoción de la Buena Gobernanza en Materia Tributaria* [COM(2009)201 final ²], y es complementario a los intentos de la Comisión de extender la aplicación de la prohibición de ayudas de estado recogida en el Tratado de Lisboa más allá del ámbito de aplicación territorial del Derecho Comunitario. Así, en el caso de Suiza, la Comisión viene considerando que el Tratado de libre comercio de 1972 debe ser interpretado de forma simétrica a las disposiciones de ayudas de estado comunitarias a efectos de desmantelar determinados regímenes fiscales especiales como las *management, auxiliary y holding companies* ³. En el caso de Liechtenstein no puede perderse de vista que el Tratado que regula el Espacio Económico Europeo contiene disposiciones que prohíben las ayudas de estado.

² Sobre esta Comunicación, puede consultarse mi comentario en *Avance. Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, Julio 2009, págs. 37-40.

³ Decisión de la Comisión de 13 de febrero de 2007. El Departamento Federal de Finanzas suizo ha hecho públicas varias notas contra-argumentando la posición de la Comisión (www.edf.admin.ch).

4. LA RESOLUCIÓN DEL ECOFIN SOBRE COORDINACIÓN DE CLÁUSULAS ANTIABUSO DE TFI Y SUBCAPITALIZACIÓN

El Consejo adoptó una resolución sobre la coordinación de las políticas fiscales de los Estados miembros sobre cláusulas antiabuso. Tal resolución del Consejo, de 8 de junio de 2010, sobre cláusulas antiabuso aparece adjunta al Acta del ECOFIN y ha sido publicada en el DOUE ⁴.

Su contenido se refiere únicamente a las cláusulas antiabuso especiales de TFI y subcapitalización. En concreto, el Consejo:

«Recomienda que los Estados miembros, cuando apliquen en la UE normas transfronterizas sobre transparencia fiscal internacional (SEC) o subcapitalización que no sean aplicables a situaciones nacionales similares, adopten los principios rectores siguientes: (...)»

Se trata de un acuerdo o compromiso de carácter político (con vocación de *soft-law*) por el que se recomienda a los Estados miembros que sigan los principios establecidos en la resolución cuando establezcan cláusulas de TFI y de subcapitalización que se apliquen en *situaciones* transfronterizas (no en las situaciones internas ⁵). Tal recomendación parece estar concebida fundamentalmente para operar en el ámbito normativo (guiar la articulación de normativas nacionales bajo principios uniformes), aunque no cabe descartar ciertos efectos en el terreno aplicativo-interpretativo (*read down approach*).

La resolución del ECOFIN sobre cláusulas antiabuso tiene como principal antecedente y punto de referencia la propia Comunicación de la Comisión sobre *Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa –dentro de la UE y en relación con terceros países–* ⁶, aunque a nuestro juicio el Consejo podría estar desviándose en ciertos aspectos del enfoque de la Comisión [más alineado con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)] adoptando una posición más estricta en aras de salvaguardar en mayor medida el «interés fiscal» de los Estados miembros. La otra gran referencia y fundamento de la resolución del Consejo es la jurisprudencia del TJUE sobre cláusulas anti-elusión fiscal, aunque a nuestro entender

⁴ DOUE C 156, 16.6.2010.

⁵ La referencia a la aplicación de los principios rectores recomendados a las cláusulas antiabuso de TFI y subcapitalización que no se proyecten sobre situaciones nacionales similares resulta muy llamativa. No está claro si lo que se pretende es que tales cláusulas no se proyecten frente a situaciones internas (posición de la Comisión –Comunicación (2008)785 final– y del A.G. Geelhoed en *Test Claimants in the Thin Cap*, respecto de subcapitalización, y que podría llevarse a precios de transferencia tras la STJUE *SGI*) o que se apliquen principios o criterios distintos cuando este tipo de cláusulas antiabuso (la de subcapitalización) u otras de corte similar se proyecten sobre operaciones nacionales (v. gr., operaciones que impliquen un endeudamiento excesivo). A mi juicio, posiblemente sea esta segunda finalidad la que podría perseguir el Consejo con esta indicación, lo cual plantea la cuestión de si resulta compatible con el Derecho Comunitario aplicar de forma distinta la normativa antiabuso dependiendo de si se está atacando una operación nacional o transfronteriza. Tal cuestión, posiblemente, no pueda responderse de la misma forma en todos los casos, en la medida en que el TJUE ha admitido la existencia de cláusulas antiabuso que sólo se proyecten sobre operaciones transfronterizas como las de precios de transferencia y TFI (SSTJUE *Cadbury Schweppes* y *SGI*). Ahora bien, allí donde una misma cláusula o principio antiabuso se proyectara sobre operaciones nacionales y transfronterizas, pero se aplicara de forma más amplia o gravosa sobre las transacciones comunitarias, se plantearían dudas sobre su compatibilidad comunitaria.

⁶ COM(2008)785 final.

la posición adoptada podría no coincidir plenamente con los principios resultantes de las sentencias del Tribunal de Justicia en esta materia.

La justificación de la resolución del ECOFIN parece residir en la conveniencia de que los Estados miembros regulen esta materia atendiendo a principios comunes que tengan en cuenta y logren un equilibrio entre el interés público en combatir el abuso y proteger las bases imponibles de los Estados miembros y la necesidad de evitar restricciones desproporcionadas sobre la actividad transfronteriza dentro de la UE. No obstante, se insiste en que la resolución no es más que un compromiso político, cuya ejecución depende de la voluntad de cada Estado miembro, y no afecta a los derechos y obligaciones de los Estados miembros ni a sus competencias, particularmente no requiriendo que los Estados que no hayan establecido este tipo de cláusulas antiabuso deban hacerlo.

4.1. Los principios sobre la aplicación de la cláusula de TFI

Para la aplicación de las disposiciones de TFI, el ECOFIN ha establecido una lista no exhaustiva de criterios indicativos de transferencia artificial de bases imponibles a la sociedad extranjera controlada (SEC). Es decir, el ECOFIN considera que la normativa de TFI puede aplicarse de forma compatible con el Derecho UE cuando se proyecte sobre montajes puramente abusivos o totalmente artificiales, de manera que puede presumirse la existencia de un montaje artificial cuando concurren determinadas «situaciones», siempre y cuando el contribuyente pueda probar en contrario, esto es, destruir la presunción de montaje artificial.

Así, el ECOFIN recomienda que

«A. Para la aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional (SEC), se podrán utilizar indicadores que sugieran que los beneficios han podido desviarse artificialmente a una sociedad extranjera controlada, en particular los siguientes (lista no exhaustiva):

- a) Insuficiencia de razones económicas o comerciales válidas para la atribución de beneficios, lo que por tanto no refleja la realidad económica.
- b) La constitución no corresponde esencialmente a un establecimiento real que realice actividades económicas genuinas.
- c) No existe una correlación proporcionada entre las actividades aparentemente realizadas por la sociedad extranjera controlada y su existencia material, en términos de instalaciones, personal y equipos.
- d) La sociedad no residente está sobrecapitalizada, es decir, tiene mucho más capital que el necesario para llevar a cabo su actividad.
- e) El sujeto pasivo ha celebrado acuerdos que carecen de realidad económica, tienen una finalidad empresarial escasa o nula, o pueden ser contrarios a los intereses generales de la sociedad, o haberse celebrado incluso para eludir el pago de impuestos.»

La posición adoptada por el ECOFIN sobre los principios aplicables en materia de configuración de cláusulas de TFI suscita varias observaciones. Básicamente, el enfoque adoptado maximiza el interés fiscal de los Estados miembros dado que parece instrumentar una minimización de los principios establecidos por el TJUE en la materia (STJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto *Cadbury Schweppes*, C-196/04, y Auto de 23 de abril de 2008, asunto *Test Claimants in the CFC*, C-201/05). En la misma línea consideramos que la posición del Consejo tampoco está plenamente alineada con la Comunicación de la Comisión de 2009 sobre cláusulas antiabuso a la que ya hicimos referencia. El TJUE considera que no existe montaje abusivo en casos de interposición o establecimiento de una entidad en un Estado miembro de baja tributación (o con régimen fiscal ventajoso) cuando la entidad posee un vínculo económico estable con el territorio de tal Estado (implantación real o efectiva *vs.* implantación formal: *letter-box/sham company*) y realiza actividades económicas genuinas contando con medios humanos y materiales adecuados. El hecho de que la principal motivación del establecimiento de la SEC sea un motivo fiscal, carece de relevancia en este contexto; dicho de otro modo, la presencia de un motivo fiscal no es suficiente para establecer la existencia de un abuso requiriéndose además que la SEC no realice una actividad económica en el territorio de tal Estado a través de medios humanos y materiales⁷. Tampoco la localización de la SEC en un Estado miembro para disfrutar de un régimen privilegiado (menos tributación que en Estado origen) y la realización de operaciones vinculadas SEC-Matriz son criterios determinantes *per se* de abuso.

Sin embargo, el ECOFIN no parece asumir plenamente esta jurisprudencia cuando establece una serie de presunciones de abuso que, a nuestro juicio, no están claramente conectadas de los criterios establecidos por el Derecho Comunitario para la aplicación de la normativa de TFI, aunque ciertamente todo dependerá de cómo se interpreten. En este sentido, resulta dudoso que los criterios establecidos por el ECOFIN resulten compatibles con la jurisprudencia comunitaria, toda vez que algunos de ellos [*v. gr.*, a),⁸ d), y e)]⁹ poseen gran amplitud e indeterminación de manera que podrían ser aplicados al margen de los criterios elaborados por el TJUE: la prueba del establecimiento real y de la realización de una actividad económica por la SEC. Da la impresión de que el Consejo, en aras de recuperar terreno en la aplicación de la cláusula de TFI –posiblemente persiga «resucitar» la TFI en el contexto UE–, está integrando en la misma una norma antiabuso de máximos, incluyendo en sus presupuestos (criterios de abuso) situaciones que deben controlarse a través de otro tipo de dis-

⁷ Ni que decir tiene que la concurrencia de un motivo comercial o económico que fundamente la implantación de la SEC en otro Estado miembro excluye la existencia de abuso.

⁸ Este criterio es particularmente confuso. No parece que se refiera a casos de falta de sustancia económica, dado que tal criterio ya aparece en la letra c). Sin embargo, pensamos que la interpretación más correcta de este criterio, a la luz de la jurisprudencia comunitaria, debería pasar por un examen de sustancia económica y de realización de actividades económicas que justifiquen la obtención de renta por parte de la SEC. La cuestión de la valoración de tal renta debe resolverse a partir de otras normas (*v. gr.* precios de transferencia), al igual que la cuestión de la atribución de la renta (*v. gr.* cláusulas de simulación, beneficiario efectivo, entre otras). El supuesto recogido en el apartado c) –falta de correlación entre las actividades aparentemente realizadas por la SEC y su existencia material–, es decir, los casos de falta de adecuación de los niveles de sustancia a la actividad económica pretendidamente realizada posiblemente sean los más complejos en la práctica, dado que no resulta claro cuál es el adecuado nivel de sustancia para realizar determinado tipo de actividades (siendo más evidente la falta de sustancia en determinados supuestos). Surgen dudas de si en casos donde hay un cierto nivel de sustancia económica pero puede no resultar «adecuada» a la actividad pretendidamente realizada, el enfoque correcto deriva de la aplicación de las cláusulas de TFI o de otro tipo de disposiciones (*v. gr.* precios de transferencia).

⁹ Este criterio también posee gran amplitud e indeterminación. Allí donde este criterio se emplee para determinar la realización de actividades económicas genuinas por parte de la SEC podrá resultar compatible con el Derecho Comunitario.

posiciones, muy en particular la normativa de precios de transferencia, las cláusulas generales antiabuso (fraude de ley/sustancia *vs.* forma/simulación) o normas sobre la correcta atribución de la renta (*v. gr.*, beneficiario efectivo).

Una presunción de fraude en el contexto de TFI que emplee criterios que no revelan abuso en la concepción del TJUE e invierten la carga de la prueba sobre el contribuyente puede plantear dudas sobre su compatibilidad comunitaria ¹⁰, aunque todo dependerá de cómo se configure y aplique/interprete la cláusula ¹¹. Por el contrario, todo aquello referido con la prueba de la implantación real y la sustancia económica y su adecuación a las actividades, funciones y riesgos asumidos tiene todo el sentido y se ajusta plenamente a la jurisprudencia comunitaria, siempre que el contribuyente no soporte dificultades administrativas excesivas en materia probatoria y para rebatir la presunción ¹². Una normativa de TFI será compatible con el Derecho UE si permite una interpretación (*read down approach*) de sus «puertos seguros» (*v. gr.* test de los motivos o de sustancia económica) que limita su aplicación a montajes puramente artificiales: SEC que no poseen un vínculo económico estable con el territorio del Estado miembro de implantación ni realizan una actividad económica genuina en el mismo con adecuados niveles de sustancia.

4.2. Los principios en materia de cláusulas de subcapitalización

El ECOFIN establece en primer lugar que las cláusulas de subcapitalización deben respetar el principio de plena competencia, y la evaluación o análisis sobre su aplicación debe realizarse de forma casuística. La resolución indica igualmente que tales cláusulas sólo deben proyectarse sobre situaciones abusivas y no sobre toda forma de infracapitalización.

En concreto, el Consejo recomienda:

«B. Respecto de las normas sobre subcapitalización, que respetarán el principio de plena competencia, la evaluación se realizará caso por caso. Se podrán utilizar indicadores que sugieran una atribución artificial de beneficios, en particular los siguientes (lista no exhaustiva):

¹⁰ La mera inversión de la carga de la prueba en el contexto de TFI no plantea problemas al haber sido aceptada por el TJUE, siempre y cuando el contribuyente pueda rebatir la presunción sin soportar dificultades administrativas excesivas.

¹¹ En este sentido, se pronunció la *High Court* inglesa en el caso *Vodafone 2 vs. HMRC* (2008), EWHC 1569; (2008) STC 2391. Nótese que la *High Court* inglesa, en su Sentencia de 4 de julio de 2008, excluyó la aplicación de la normativa inglesa de CFC a la sociedad *holding* luxemburguesa del grupo Vodafone sobre la base de que el «test de los motivos», tal y como estaba configurado en la normativa británica, no podría construirse de forma compatible con el Derecho Comunitario y por tanto tal normativa debía quedar inaplicada. La *Court of Appeals* en su Sentencia de 22 de mayo de 2009, sin embargo, consideró que la normativa inglesa de CFC no era incompatible con el Derecho Comunitario en la medida en que podía ser interpretada de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE y así salvar su compatibilidad comunitaria allí donde resultara de aplicación el Derecho Comunitario. En concreto, se declaró que cuando el contribuyente probara la implantación de la SEC en el Estado miembro de establecimiento y la realización de una actividad económica genuina en tal Estado, la cláusula de TFI debe quedar inaplicada.

¹² Nótese que en muchas ocasiones el TJUE ha establecido que la Directiva de asistencia mutua e intercambio de información tributaria opera como canon de proporcionalidad del deber de colaboración del contribuyente. *Vid.* CALDERÓN, «La Directiva 77/799/CEE de Asistencia mutua e Intercambio de información entre administraciones tributarias» en *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Valencia, 2010.

- a) El coeficiente de endeudamiento es excesivo.
- b) El importe del interés neto pagado por la sociedad supera determinado umbral de beneficios antes de intereses e impuestos (EBIT), o bien del resultado bruto de explotación antes del pago de intereses, impuestos, depreciación y amortización (EBITDA).
- c) La comparación entre el porcentaje de patrimonio neto de la sociedad y la del grupo en todo el mundo parece demostrar que la deuda es excesiva.»

El ECOFIN, a través de esta lista de criterios indiciarios de endeudamiento excesivo, trata de confirmar la compatibilidad comunitaria de las principales cláusulas antiscapitalización basadas ya en un test de endeudamiento a partir de coeficientes objetivos (modelo español), ya en un test de endeudamiento a partir de referencias a otros umbrales objetivos como el EBIT/EBITDA o el endeudamiento del grupo (modelo adoptado en los últimos años por Alemania y seguido, aunque con matices, por Italia y Dinamarca ¹³).

No obstante, no debe perderse de vista que para que una cláusula de subcapitalización sea acorde con el principio de plena competencia debe permitirse al contribuyente justificar su nivel de endeudamiento, probando que es de mercado en su sector o considerando sus circunstancias ¹⁴, lo cual plantea problemas evidentes en el caso de la normativa española como han confirmado nuestros tribunales.

A su vez, los principios recomendados por el ECOFIN (aunque reconoce el enfoque casuístico) no acaban de encajar plenamente con la propia jurisprudencia comunitaria en la materia (SSTJUE *Lankhorst, Test Claimants in the Thin Cap, Lammers & Van Cleeff*¹⁵), en la medida en

¹³ Alemania fue el primer Estado miembro UE que adoptó en el año 2007 este modelo objetivo estableciendo la denominada «barrera de deducibilidad de los intereses». Posteriormente, Italia (2008) y Dinamarca (2008) adoptaron medidas en el mismo sentido aunque con particularidades (SCHEUNEMAN, «New German tax rules for financing expenses», *Intertax*, vol. 35, 2007, págs. 518 y ss.; STRIEGEL en IFA, *New Tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations*, Kluwer, 2008, págs. 313 y ss.; GALEANO/RHODE, «Italy sets the barrier to deduction of Financing costs at 30 per cent of EBITDA», *Intertax*, vol. 36, n.º 6/7, 2008, págs. 292 y ss.; WITTENDORF, «Denmark: Jensen presents Corporate Tax Proposals», *TNI*, October, 2008, pág. 196). Algunos autores también han interpretado esta tendencia a restringir la deducibilidad de los intereses como un mecanismo para contrarrestar el excesivo apalancamiento de las entidades financieras y las empresas por la vía de reducir o limitar el incentivo fiscal a la financiación ajena (WEINER, «Excessive Leverage in Europe», *TNI*, vol. 52, n.º 5, 2008, págs. 364-366). En todo caso, parece que la tendencia es a restringir sustantivamente la deducibilidad de los gastos generados por los pagos de intereses retornando hacia modelos impositivos más toscos –como el que articulaba nuestra Tarifa III de la Contribución de Utilidades de 1922 que excluía la deducibilidad de los intereses exigidos por las matrices extranjeras a filiales españolas– en relación con la aplicación del principio de capacidad económica (y una de sus derivaciones: el gravamen de la renta neta). Curiosamente, el tratamiento de los intereses, en último análisis, estaría evolucionando en el sentido de acercarse progresivamente al que resulta aplicable a los dividendos, cuando lo cierto es que tradicionalmente se ha considerado que la falta de neutralidad entre las formas de financiación de las sociedades resultaba contraproducente en particular debido a la doble imposición económica que soportaban los dividendos frente a los intereses (RUIZ GARCÍA, *La deducción por dividendos en el sistema tributario español*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 41 y ss.).

¹⁴ *Vid.* Informe OCDE, *Thin capitalization*, París, 1989, para. 79.

¹⁵ En torno a esta jurisprudencia y sus implicaciones *vid.* CALDERÓN/MARTÍN, «La regulación española de la subcapitalización» en *Fiscalidad de las operaciones vinculadas* (Dir. CARMONA FERNÁNDEZ), CISS, Valencia, 2009, y «La Jurisprudencia del TJUE en materia tributaria: los efectos del principio de no discriminación y las libertades básicas comunitarias

que el Tribunal de Justicia ha declarado que si bien el principio de plena competencia constituye un canon adecuado para establecer la presencia de una situación abusiva en esta materia, el contribuyente en todo caso debe tener la oportunidad de probar, sin soportar restricciones administrativas excesivas, no sólo que su endeudamiento es de mercado sino que concurren motivos comerciales válidos¹⁶ que justifican su nivel de endeudamiento. Y de hecho así se han pronunciado tribunales ingleses en el caso *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation vs HMCR.*, aceptando los motivos comerciales subjetivos de los grupos empresariales que justificaban el nivel de endeudamiento de sus filiales¹⁷. Por tanto, la cuestión de la compatibilidad comunitaria de este tipo de cláusulas que tratan de evitar el abuso a través de un endeudamiento excesivo dependerá de si están configuradas de manera que observen las condiciones de proporcionalidad que ha establecido el TJUE permitiendo que la cláusula quede inaplicada cuando el contribuyente pruebe (sin soportar dificultades administrativas excesivas) que su nivel de endeudamiento está justificado por un motivo comercial. De esta forma, los criterios elaborados por el Consejo pueden aplicarse presuntivamente, a expensas de lo que resulte de un test de motivos comerciales (y sin perjuicio de su compatibilidad con el *arm's length*).

Por último, el ECOFIN enfatiza el hecho de que la cooperación entre Administraciones tributarias posee una importancia clave para garantizar la efectividad de las medidas antiabuso, y por tanto, los Estados miembros deben cooperar entre sí a los efectos de detectar y combatir los montajes abusivos. En suma, una llamada a la aplicación efectiva de los mecanismos comunitarios de asistencia mutua entre Administraciones tributarias.

5. UNA REFLEXIÓN FINAL

Como ya indicamos al principio, los acuerdos adoptados por el ECOFIN en su reunión de 8 de junio de 2010 reflejan un contexto donde la lucha contra el fraude fiscal constituye un elemento relevante de las políticas fiscales de los Estados de cara a reducir los actuales niveles de déficit público y trascender hacia mayores niveles de justicia en la aplicación del sistema tributario. Posiblemente, uno de los aspectos más relevantes de esta reunión del ECOFIN, desde un prisma tributario, sea la resolución sobre principios en materia de cláusulas de TFI y subcapitalización. Ciertamente, esta resolución/recomendación del ECOFIN puede provocar que algunos Estados miembros pongan en

sobre la legislación nacional en materia de imposición directa» en *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea* (Dir. CARMONA FERNÁNDEZ), CISS, Valencia, 2010.

¹⁶ Existe un cierto debate, no obstante, sobre si son admisibles tanto los motivos comerciales objetivos como los subjetivos. Vid. MARTÍN JIMÉNEZ 2010, «Operaciones vinculadas y Derecho Comunitario: ¿Es necesaria una reforma del artículo 16 TRLIS?», en *Fiscalidad de los Precios de Transferencia*, (Dir. T. CORDÓN), EF, Madrid, 2010; BOONE/CASLEY/VAN DE GUCHT/CHATAR, «SGI Case: The Impact of the Decision of the ECJ from a European Perspective», *International Transfer Pricing Journal*, May/June, 2010. Nótese que la apreciación de la presencia de tales motivos comerciales le corresponderá normalmente a los tribunales nacionales, tal y como ha indicado el TJUE. Ahora bien, cabe apuntar que en breve plazo el TJUE se pronunciará sobre el concepto de motivos comerciales a los efectos de la Directiva de Fusiones, al haber sido planteada una cuestión prejudicial por el Tribunal Supremo de Portugal con tal objeto (Caso *Foggia*, presentado el 10 de marzo de 2010).

¹⁷ Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Case No: HC03C04130, 2009 EWHC 2908 (Ch).

marcha una reforma de tales cláusulas a efectos de alinearlas con estos principios, lo cual maximizaría su impacto y afectaría a determinados esquemas de planificación fiscal internacional. En el caso español, lógicamente no cabe descartar (es más parece lógico) un reestablecimiento de la normativa de subcapitalización para operaciones con entidades comunitarias, ni tampoco una reconfiguración de las condiciones de aplicación de la normativa de transparencia fiscal internacional (IRPF e IS) a las SEC comunitarias. Con todo, a nuestro juicio, el margen de maniobra del legislador español resulta claramente más amplio en el primer caso que en el segundo, considerando la jurisprudencia comunitaria en la materia.