

 **CARLOS PALAO TABOADA***Universidad Autónoma de Madrid***Extracto:**

EN vista de la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la aplicación de las libertades fundamentales del Derecho comunitario en materia de imposición directa, los comentaristas ya habían advertido de que la transparencia fiscal internacional, como se designa en España a este régimen, era difícilmente compatible con dichas libertades. Sin embargo, recientemente se han publicado las conclusiones del Abogado General en el asunto *Cadbury Schweppes*, con el que la cuestión se planteó finalmente ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y en ellas apunta una flexibilización de dicha jurisprudencia, en la línea iniciada por la sentencia *Marks & Spencer*. Si, como es muy posible, la sentencia acepta en lo fundamental la propuesta del Abogado General, sentará una nueva doctrina acerca de los límites de la conformidad con el Derecho comunitario de las normas internas para combatir formas específicas de elusión fiscal, cuya importancia excederá con mucho del supuesto concreto de la transparencia fiscal internacional. De aquí el gran interés de estas conclusiones generales incluso para aquellos Estados que, como España, ya han resuelto, en principio, el problema de este régimen por vía legislativa.

---

## Sumario:

---

- I. Introducción. Estado actual del Derecho español.
- II. La difícil compatibilidad de la TFI con el Derecho comunitario.
  - A. Justificación de la TFI como medida de lucha contra la elusión fiscal.
  - B. Justificación basada en la baja fiscalidad del Estado de residencia de la filial. Neutralidad en la exportación de capitales y competencia fiscal dañina.
- III. Los antecedentes del caso *Cadbury Schweppes* y cuestiones planteadas al TJCE.
- IV. Las conclusiones del Abogado General.
  - A. Abuso de la libertad de establecimiento.
  - B. Existencia de un obstáculo a la libertad de establecimiento.
  - C. La justificación basada en la elusión fiscal.
- V. Conclusión.

**NOTA:** Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación SEC 2003-00696, financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

## I. INTRODUCCIÓN. ESTADO ACTUAL DEL DERECHO ESPAÑOL

El pasado día 2 de mayo el Abogado General (AG) Sr. Philippe Léger presentó sus conclusiones en el asunto C-196/04, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, abreviadamente asunto *Cadbury Schweppes*. El interés que tiene este caso es que con él se lleva ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) por primera vez el régimen fiscal denominado en España «transparencia fiscal internacional» (TFI) y universalmente conocido como normas o régimen CFC por las siglas de su denominación en inglés «controlled foreign corporations» o «sociedades extranjeras controladas».

Es bien conocido que la TFI, en la medida en que afecte a filiales residentes en Estados miembros de la Unión Europea (UE), es muy probablemente contraria al Derecho comunitario tal como éste es interpretado por el TJCE. Tanto es así que la regulación española de este régimen fue modificada para excluir de su aplicación a las entidades residentes en otros Estados miembros. En efecto, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de «acompañamiento» a la de Presupuestos para 2004, añadió sendos apartados a los artículos 75 de la Ley 40/1998, del IRPF, y 121 de la Ley 43/1995, del IS, en los que se disponía que el régimen de TFI «no será de aplicación cuando la entidad no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal». Esta norma se halla actualmente recogida en el apartado 13 del artículo 92 del TR del IRPF y 15 del 107 del TR del IS.

SANZ GADEA <sup>1</sup> calificó en su día la referida exclusión de «repliegue espectacular de la norma sobre transparencia fiscal internacional», añadiendo que «el repliegue es absoluto e incondicionado, incluso frente a Estados miembros de la Unión Europea que apliquen sus normas sobre transparencia fiscal internacional en relación con entidades residentes en territorio español». Quizá como consuelo, apostillaba este autor que la «eficacia práctica [de la TFI] es tan menguada como elevadas sus aspiraciones de justicia tributaria».

La misma radical medida fue adoptada también por la Ley 62/2003 con relación a la norma anti-subcapitalización, si bien en esta ocasión la venda se puso sobre la herida, y no antes de ella como en el caso de la TFI, pues una norma alemana similar a la española ya había sido declarada no conforme con el Derecho comunitario por la sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 2002, en el asunto C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*. Es posible que la exclusión de las entidades residentes en otros Estados miembros de la UE de la aplicación de la norma anti-subcapitalización estuviese más justificada que la exclusión de la norma sobre TFI, en la medida en que la sentencia *Lankhorst*

<sup>1</sup> SANZ GADEA, E., «Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Impuesto sobre Sociedades (II)», *Revista de Contabilidad y Tributación (comentarios y casos prácticos)*, CEF, núm. 252, 2004, págs. 53 y ss. (pág. 77).

dejaba pocos resquicios para mantener la aplicación de la norma a dichas entidades, ya que incluso cabía entender que no era suficiente para ajustarla al Derecho comunitario la posibilidad, que admitía la norma alemana, de prueba en contra del ratio legal de endeudamiento en el caso concreto <sup>2</sup>. En cambio, a la vista de las conclusiones del AG en el caso *Cadbury Schweppes*, es posible que el recorte de la norma sobre TFI haya sido precipitado.

Por lo demás, al igual que sucede en relación con la norma anti-subcapitalización <sup>3</sup>, la exclusión de las entidades residentes en otros Estados miembros no proporciona a la norma sobre TFI plena seguridad frente al Derecho comunitario. En efecto, por un lado, dicha norma, incluso después de esa modificación, puede contravenir la libertad de circulación de capitales, que, con arreglo al artículo 56.1 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), alcanza también a terceros países. Por otro lado, las libertades fundamentales del Derecho comunitario se extienden a los tres Estados incluidos en el Espacio Económico Europeo que no son miembros de la UE (Islandia, Liechtenstein y Noruega) y a otros Estados con los que la UE ha celebrado acuerdos de asociación <sup>4</sup>.

También puede causar problemas la excepción de los territorios calificados reglamentariamente como paraíso fiscal (RD 1080/1991, de 5 de julio), entre los que figuran Chipre y Malta, Estados miembros de la UE desde el 1 de mayo de 2004 <sup>5</sup>.

## II. LA DIFÍCIL COMPATIBILIDAD DE LA TFI CON EL DERECHO COMUNITARIO

Parece evidente que la vigencia de un régimen de TFI en el Estado de residencia de la matriz constituye un obstáculo para el establecimiento de filiales en aquellos Estados a los que por su bajo nivel de tributación de los beneficios alcanza la aplicación de aquél y, por tanto, es contraria, en principio, a la correspondiente libertad comunitaria (arts. 43 y 48 del TCE) y quizá también a las libertades de circulación de capitales y prestación de servicios. La cuestión es si semejante restricción está justificada de acuerdo con el Derecho comunitario tal como es interpretado por el TJCE.

### A) Justificación de la TFI como medida de lucha contra la elusión fiscal.

Una primera justificación se basa en la finalidad de la TFI de combatir la elusión de la imposición del Estado de la matriz desplazando las rentas a Estados con baja imposición, erosionando los ingresos fiscales de aquél. La norma sobre TFI es, pues, una «cláusula específica» antielusión o antiabuso, así llamada por contraposición con la cláusula general, representada actualmente por el denominado «conflicto en la aplicación de la norma tributaria» regulado en el artículo 15 LGT.

<sup>2</sup> Cfr. PALAO TABOADA, C., «La subcapitalización», cap. 21 de SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Fiscalidad internacional*, 2.ª ed., CEF, Madrid, 2005, págs. 822 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. *ibidem*, pág. 827 y ss.

<sup>4</sup> Cfr. ALMUDÍ CID, J.M., *El régimen jurídico de transparencia fiscal internacional*, IEF, Madrid, 2005, págs. 371 y ss.

<sup>5</sup> Véase sobre esta cuestión CALDERÓN CARERO, J.M.; MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el Derecho comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea*, Instituto de Estudios Fiscales, Documento núm. 11/04.

Sin embargo, el TJCE ha establecido severísimas condiciones a la compatibilidad de tales cláusulas especiales antiabuso con las libertades comunitarias. La doctrina en este sentido del Tribunal, que se inicia con la sentencia de 16 de julio de 1998, asunto C-264/96, asunto *Imperial Chemical Industries (ICI)*, está confirmada en iguales términos por las sentencias de 21 de diciembre de 2002, asunto C-436/00, *X e Y, Lankhorst*, antes citada y 11 de marzo de 2004, asunto C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*. La sentencia *Lankhorst* formula dicha doctrina en los siguientes términos (párrafo 37):

«Por lo que se refiere más concretamente a la justificación basada en el riesgo de evasión fiscal, es preciso señalar que la normativa controvertida en el litigio principal no tiene por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir el peso de la obligación fiscal alemana, sino que contempla, en general, cualquier situación en la que la sociedad matriz tenga, sea cual fuere el motivo, su domicilio fuera de la República Federal de Alemania».

La consecuencia de esta doctrina es la incompatibilidad con el Derecho comunitario de las cláusulas antielusión específicas, puesto que la técnica que éstas utilizan consiste en la descripción de las actuaciones elusivas o fraudulentas por medio de supuestos generales en los que normalmente estarán comprendidas tales actuaciones, pero que pueden incluir también conductas que no pueden calificarse de ese modo. En otros términos, las cláusulas antielusión específicas se basan generalmente en presunciones absolutas o ficciones, que como tales no admiten prueba en contrario del carácter no fraudulento del supuesto en el caso concreto. Incluso, como hemos indicado más atrás, la sentencia *Lankhorst* puede entenderse en el sentido de que la admisión de tal prueba no es bastante para salvar la conformidad de la norma con el Derecho comunitario.

Por consiguiente, las únicas cláusulas antielusión compatibles con este Derecho son las generales, basadas precisamente en el carácter fraudulento o abusivo de la operación o negocio, una de cuyas características es su artificiosidad (cfr. art. 15 LGT). Ahora bien, las cláusulas generales antielusión, cuya aplicación requiere un considerable esfuerzo probatorio en cada caso, son poco eficaces para luchar contra fenómenos masivos de elusión y esto es precisamente lo que ha llevado al legislador fiscal a recurrir a cláusulas especiales cuya utilización resulta vedada por la doctrina del TJCE <sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. ALMUDÍ CID, op. cit., págs. 381 y ss. Con anterioridad, ALMUDÍ CID, J.M., «Las libertades fundamentales comunitarias impiden la aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional incluso cuando la entidad participada es residente en terceros Estados», *Quincena Fiscal* 19/2003, págs. 33 y ss. Sobre la contradicción de las cláusulas antielusión específicas con el Derecho comunitario véase también en la doctrina española, LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., «La libertad comunitaria de establecimiento y la transparencia fiscal internacional», *Revista de Contabilidad y Tributación (comentarios y casos prácticos)*, CEF, núm. 245-246, 2003, págs. 137 y ss.; GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.; HERRERA MOLINA, P.M., «¿Asedio a la justicia fiscal en Europa? (Reflexiones ante la jurisprudencia comunitaria sobre las cláusulas antiabuso y la reacción del legislador español)», *Revista de Contabilidad y Tributación (comentarios y casos prácticos)*, CEF, núm. 251, 2004, págs. 47 y ss.; RUIZ ALMENDRAL, V., «Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-Avoidance Rules?», *Intertax*, 2005-12, págs. 562 y ss.; CALDERÓN, J.M., «Spain's Antiabuse Approach and ECJ Jurisprudence», *Tax Notes International*, 2005, págs. 1.031 y ss. Véase además acerca de la TFI a la luz de la doctrina del TJCE sobre las cláusulas antiabuso, SCHÖN, W., «CFC Legislation and European Community Law», *British Tax Review*, 4/2001, págs. 250 y ss. (pág. 256 y ss.); LANG, M., «CFC Legislation and Community Law», *European Taxation* 2002-9, págs. 374 y ss. (pág. 375 y ss.); AIGNER, H.-J., SCHEUERLE, U., STEFANER, M., «General Report», en LANG, M. et al. (eds.), *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Kluwer, 2005, págs. 43 y ss.; HELMINEN, M., «Is There a Future for CFC-regimes in the EU?», *Intertax*, 2005-3, págs. 117 y ss. (pág. 121).

Si el problema en relación con el Derecho comunitario de las cláusulas antielusión específicas es que éstas constituyen presunciones absolutas o ficciones que impiden comprobar caso por caso si se está ante un «montaje puramente artificial», y por tanto van más allá de lo necesario para combatir las conductas verdaderamente abusivas, cabe pensar que dicho problema se resolvería, totalmente o en gran parte, si se atribuyese carácter relativo a la presunción admitiendo prueba contra ella. En esto consiste una interesante propuesta de GARCÍA-HERRERA y HERRERA MOLINA<sup>7</sup> formulada en relación con la norma anti-subcapitalización, pero generalizable a toda cláusula específica, que, como veremos, anticipa perspicazmente la opinión del AG Léger en el asunto *Cadbury Schweppes*, por lo que es oportuno detenerse en su exposición.

En palabras de GARCÍA-HERRERA y HERRERA MOLINA, «[s]e trataría de articular la subcapitalización mediante una presunción iuris tantum aplicable tan sólo a los préstamos otorgados por no residentes. Una vez que la Administración hubiera probado la ratio de subcapitalización y los demás requisitos objetivos exigidos por la ley sería el contribuyente quien debería probar que el préstamo no responde a un montaje artificioso» (cursiva del original). Los citados autores consideran que esta propuesta «borda peligrosamente el límite de la jurisprudencia», teniendo en cuenta sobre todo que de acuerdo con ella se invertiría la carga de la prueba, que recaería sobre el contribuyente<sup>8</sup>; pero, como veremos, el AG Léger no atribuye demasiada importancia a esta cuestión.

## **B) Justificación basada en la baja fiscalidad del Estado de residencia de la filial. Neutralidad en la exportación de capitales y competencia fiscal dañina.**

Otra posible justificación de la TFI se basaría en el bajo nivel de la imposición del otro Estado. El argumento puede revestir varias formas, aparte de la consideración de que dicho régimen es una medida para evitar la disminución de los recursos fiscales, justificación rotundamente rechazada por una doctrina consolidada del TJCE. Una de ellas está relacionada con la idea de discriminación: ésta no existiría puesto que no es comparable la situación del socio de una entidad residente en un Estado de baja tributación con la del socio de una entidad residente en un Estado cuyo nivel de imposición no es considerado bajo o de una entidad residente en el Estado que aplica el régimen de TFI<sup>9</sup>. Se aduce también que no existe discriminación si se considera el grupo de sociedades en su conjunto, dado que la mayor carga fiscal de la matriz es una compensación por la baja tributación de la filial<sup>10</sup>.

Tales justificaciones se consideran generalmente inaceptables para el Derecho comunitario. Se cita a este respecto la doctrina del TJCE en el caso *Eurowings*<sup>11</sup>, en el que el TJCE declaró que «una eventual ventaja fiscal que se derive, para los prestadores de servicios, de una carga fiscal menor a la que estén sometidos en el Estado miembro en el que se hallan establecidos no puede permitir que otro Estado miembro justifique un trato fiscal menos favorable de los destinatarios

<sup>7</sup> GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., HERRERA MOLINA, P.M., op. cit. (nota 6), págs. 58 y ss.

<sup>8</sup> AIGNER, SCHEUERLE, *Stefaner*, op. cit. (nota 6) observan que esta carga puede constituir una infracción del TCE, basándose en las sentencias del TJCE en los casos *Safir*, C-118/96, y *Vestergaard*, C-55/98.

<sup>9</sup> Cfr. LANG, M., op. cit. (nota 6), pág. 376.

<sup>10</sup> AIGNER, SCHEUERLE, *STEFANER*, op. cit. (nota 6), pág. 45.

<sup>11</sup> C-297/97, sentencia de 26 de octubre de 1999.

de los servicios establecidos en este último Estado» (párrafo 44), añadiendo que «tales tributos compensatorios serían contrarios a los propios fundamentos del mercado interior» (párrafo 45). Se señala, por otro lado, que quien disfruta directamente de la baja imposición es la filial extranjera, no el socio nacional; aceptar esta justificación supondría que la discriminación de éste podría basarse en la baja imposición de aquélla<sup>12</sup>. En el caso *Baars*<sup>13</sup> el TJCE rechazó que existiese una relación entre el impuesto sobre el patrimonio del único socio de una sociedad residente en el extranjero y el gravamen sobre los beneficios de ésta. La justificación basada en la coherencia del sistema fiscal es también reiteradamente rechazada por el TJCE<sup>14</sup>.

Otra variante del argumento de la baja fiscalidad es la propuesta por SCHÖN<sup>15</sup>, según la cual la TFI se justificaría como instrumento para lograr la neutralidad en la exportación de capitales (NEC), es decir, el objetivo de que todas las inversiones realizadas por los residentes en un país soporten la misma tributación independientemente del lugar en el que se realizan. La TFI, en efecto, somete las rentas obtenidas por medio de filiales extranjeras al nivel de la imposición del Estado de la matriz. Según este autor, la TFI promueve el mercado común en la medida en que las decisiones de los empresarios están basadas únicamente en las condiciones naturales y técnicas del lugar de la inversión, y por tanto asegura la asignación óptima de recursos dentro de la Comunidad. Observa, sin embargo, que la NEC puede perjudicar la deseable competencia entre distintos sistemas fiscales, por lo que algunos autores, entre los que cita a VOGEL, propugnan una cierta orientación hacia el principio contrario de la neutralidad en la importación de capitales; controversia que está estrechamente relacionada, observamos nosotros, con la que contrapone el criterio de la residencia con el criterio de la fuente en el Derecho tributario internacional<sup>16</sup>.

A juicio de SCHÖN, la posición del TJCE respecto a la NEC en relación con las libertades comunitarias fundamentales es algo inconsistente y si, de una parte, la doctrina de *Eurowings*, que hemos visto más atrás, haría inadmisibles la TFI, un examen en profundidad de la jurisprudencia del Tribunal pone de manifiesto una serie de decisiones que apuntan hacia una cierta tolerancia hacia la idea de la NEC. Alude SCHÖN al principio de la imposición de la renta mundial, que, afirma, deriva de la NEC, y que el citado autor considera que ha sido aceptado sin vacilación por el TJCE,

<sup>12</sup> LANG, M., op. cit. (nota 6), pág. 376.

<sup>13</sup> C-251/98, sentencia de 13 de abril de 2000.

<sup>14</sup> Cfr. ALMUDÍ CID, *El régimen jurídico...*, cit. (nota 6), págs. 385 y ss. Sobre la aplicación estricta que hace el TJCE del criterio de la coherencia fiscal y la doctrina del «vínculo directo», véase últimamente SANZ GADEA, E., «La compensación de pérdidas de las filiales extranjeras: Marks & Spencer», *Revista de Contabilidad y Tributación (comentarios y casos prácticos)*, CEF, núm. 276, 2006, págs. 89 y ss. (págs. 108 y ss.).

<sup>15</sup> SCHÖN, op. cit. (nota 6), págs. 257 y ss.

<sup>16</sup> Para un resumen del debate doctrinal sobre la compatibilidad de la NEC con el Derecho comunitario véase PINTO, C., *Tax Competition and EU Law*, Kluwer, 2003, págs. 332 y ss. Su opinión es que el principio opuesto, CIN, es más conforme con el mercado común y estima que tiene el apoyo del TJCE, tesis que basa en las sentencias *Verkooijen* (asunto C-35/98), *Eurowings*, citado, y *Centros* (asunto C-212/97). Sin embargo, considera que sacar la conclusión de que la NEC, y *a fortiori* la legislación sobre TFI general, es decir, no dirigida a supuestos específicos, son incompatibles con el Derecho comunitario sería excesivamente simplista, teniendo en cuenta que éste permite a los Estados miembros elegir entre el método de imputación y el de exención, como resulta de las Directivas en materia de imposición directa. La conclusión a la que llega es que incluso en ausencia de una clara respuesta jurídica a la compatibilidad de la NEC con el Derecho comunitario, en el estado actual de éste el TJCE probablemente no decidirá contra ella en línea de principio. En definitiva, el principio de la NEC puede estar justificado en la UE en ciertas situaciones y, por consiguiente, la normativa sobre TFI no es incompatible *a priori* con el Derecho comunitario.



puesto que ha admitido el método de imputación para evitar la doble imposición internacional, que es consecuencia de dicho principio. Cita a este respecto la sentencia del TJCE en el caso *Gilly*<sup>17</sup> en la que, como dice SCHÖN, el Tribunal no formuló reserva alguna acerca de dicho método. En vista de ello, observa este autor que quienes consideran que la NEC no es compatible con los principios básicos del mercado común deberían preguntarse si también lo es el método de imputación.

Frente a la objeción de que la separación de la personalidad jurídica de la filial impide el gravamen de sus rentas por el Estado del socio/matriz<sup>18</sup>, señala SCHÖN que también las sociedades de personas (*partnerships*) pueden acogerse a la libertad de establecimiento y, sin embargo, se acepta que el gravamen de los socios de estas sociedades por las rentas de éstas –habría que puntualizar: en los Estados que las tratan como fiscalmente transparentes– es compatible con el Derecho comunitario. A juicio del autor citado, es mucho más importante determinar si la pantalla protectora de las filiales tiene efectos económicos reales que hacen imposible atribuir al accionista renta que ha sido retenida en la sociedad extranjera. Ahora bien, este gravamen estaría justificado, en opinión de SCHÖN, si de acuerdo con el Derecho de sociedades el accionista tiene acceso a la renta de la sociedad, lo cual sucede solamente cuando tiene la mayoría de los derechos de voto.

La justificación de la TFI propuesta de SCHÖN fue objeto de crítica por LANG<sup>19</sup>, quien observa, en primer lugar, que sólo es admisible si el legislador nacional actúa coherentemente sometiendo a imposición la renta que no es obtenida por una filial sino directamente por el contribuyente. Por otra parte, tampoco sería coherente la exención de la renta de los establecimientos permanentes en el extranjero en virtud de un convenio de doble imposición con la aplicación de la TFI a las sociedades residentes en el mismo Estado contratante. En consecuencia, este régimen sólo está justificado cuando se aplica el método de imputación a las rentas obtenidas directamente por los contribuyentes residentes.

Si el argumento en defensa de la TFI es someter a imposición la renta mundial, sigue diciendo LANG, no sería razonable distinguir entre rentas activas y pasivas y tomar en consideración el nivel de imposición en el otro Estado. Cuando el método de imputación es aplicable, sea en virtud de un convenio sea por efecto de normas internas, observa LANG, la imposición interior depende en definitiva del nivel del gravamen extranjero. Si dicho método es compatible con el Derecho comunitario, sigue diciendo este autor, cabría argumentar que también lo es compensar la baja imposición extranjera con impuestos nacionales más elevados. Pero, concluye, esto no justifica necesariamente la TFI, ya que tales efectos son inherentes al método de imputación y podrían ser aceptados desde el punto de vista de la coherencia. Sin embargo, son las normas reguladoras de la TFI las que determinan taxativamente cuando una renta está sometida a baja imposición; por tanto dichas normas son claramente especiales, es decir, que el gravamen de la renta extranjera no es consecuencia necesaria del sistema general.

<sup>17</sup> C-336/96, sentencia de 12 de mayo de 1998.

<sup>18</sup> En este sentido también HELMINEN, op. cit. (nota 6), págs. 121 y ss.: se trata de dos personas distintas sometidas a distintos impuestos. Añade que el argumento de la NEC podría ser relevante como justificación para la restricción de las libertades fundamentales, al igual que el de la coherencia de los sistemas fiscales, sólo si existiese un vínculo directo entre el beneficio y la carga fiscal que afectan a un mismo contribuyente por el mismo impuesto. Invoca a estos efectos el asunto *Verkooijen* (C-35/98).

<sup>19</sup> LANG, M., op. cit. (nota 5), págs. 377 y ss.



Otra variante de la justificación basada en la baja tributación en el Estado extranjero es la que considera que la TFI sería aceptable desde el punto de vista del Derecho comunitario cuando la entidad transparente está sujeta a un régimen calificado como competencia fiscal perjudicial con arreglo al Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas aprobado el 1 de diciembre de 1997. Esta, como veremos, era precisamente la situación en el caso *Cadbury Schweppes*. El argumento sería que puesto que la Unión Europea ha decidido luchar contra dicha competencia, no puede negarse la legitimidad de una de las medidas adecuadas para este fin<sup>20</sup>. Se recuerda a este respecto que la OCDE en su informe sobre la competencia fiscal perjudicial<sup>21</sup> recomendó para combatirla la introducción de la legislación sobre TFI por aquellos países que aún no la tuvieran establecida<sup>22</sup>.

Respecto al razonamiento expuesto se señala por algunos autores<sup>23</sup>, en primer lugar, el carácter no vinculante («soft law») del Código de conducta, que no puede contradecir las libertades fundamentales consagradas en el TCE. Otros autores, en cambio, consideran que el Código constituye Derecho cuyo cumplimiento es exigible por las instituciones de la UE y, por otra parte, muchas de las medidas consideradas perniciosas por ese documento entrarían en la definición de ayudas de Estado con arreglo al artículo 87 del TCE<sup>24</sup>. Más peso tiene la observación de que el ámbito de aplicación de las normas sobre TFI es más amplio que el de las situaciones de competencia dañina y podrían ser aplicables a regímenes fiscales favorables aprobados como ayudas de Estado por la UE<sup>25</sup>.

La conclusión que se extrae de la jurisprudencia del TJCE y de las distintas opiniones doctrinales es que los argumentos que se alegan para justificar la restricción que el régimen de TFI supone para

<sup>20</sup> Se trata de un argumento de coherencia normativa. Como señala RUIZ ALMENDRAL, op. cit. (nota 6), pág. 577, la limitación de las medidas nacionales antielusión por aplicación de las libertades fundamentales debe ser coherente con la limitación de los regímenes de baja tributación (se refiere a las ayudas de Estado); tan incoherentes con los principios de la UE pueden ser los esquemas con los que se abusa de determinados beneficios fiscales como estos beneficios en sí mismos. Cita esta autora la tesis de U. PASCHEN en el sentido de que los esquemas adoptados con la finalidad de aprovecharse de un régimen de baja imposición no conforme con las libertades fundamentales constituiría elusión fiscal, si bien discrepa de ella por considerar que las normas antielusión y las ayudas de Estado son muy distintas.

<sup>21</sup> *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*, 1998, párrafos 97 y ss. En la literatura española puede verse VALLEJO CHAMORRO, J.M., «La competencia fiscal perjudicial», en CORDÓN EZQUERRO, T. (dir.), *Manual de fiscalidad internacional*, 2.ª ed., IEF, Madrid, 2004, cap. 32, págs. 1.153 y ss.

<sup>22</sup> En este sentido SANZ GADEA, op. cit. (nota 1), pág. 82, observa que «[m]ientras la OCDE recomienda el reforzamiento de las normas sobre transparencia fiscal internacional (*Harmful Tax Competition*) y la Comisión renuncia a proponer una directiva armonizadora de los tipos de gravamen sobre los beneficios, en nuestro sistema tributario la transparencia fiscal internacional retrocede». Y añade: «Seguramente el retroceso tiene relación con una cierta percepción de la línea que en sus sentencias viene trazando el Tribunal de Justicia. Pero, en tal caso, la preocupación que respecto del valor de la justicia fiscal en Europa se viene expresando por algún sector de la doctrina [cita el trabajo de GARCÍA-HERRERA y HERRERA MOLINA, citado más arriba, nota 6] no es gratuita».

<sup>23</sup> Cfr. HELMINEN, M., op. cit. (nota 6), pág. 121.

<sup>24</sup> Cfr. SCHÖNFELD, J., «The *Cadbury Schweppes* Case: Are the Days of the United Kingdom's CFC Legislation Numbered?», *European Taxation*, 2004, págs. 441 y ss. (pág. 450). Sobre la «soft law» en general véase MAZUELOS BELLIDO, A., «Soft law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?», *Revista electrónica de estudios internacionales*, 8/2004 (www.reei.org).

<sup>25</sup> HELMINEN, loc. cit., quien añade que en tal caso la aplicación de la TFI vulneraría el deber de lealtad comunitaria que se deriva del artículo 10 del TCE. SCHÖNFELD, op. cit. (nota 24), pág. 451, considera que la legislación británica sobre TFI aplicable en el caso *Cadbury Schweppes* incurre en este defecto. Por otra parte, se adhiere a la posición de SCHÖN, expuesta más arriba, según la cual para que la TFI sea aceptable es necesario que el accionista tenga control de la sociedad extranjera, cosa afirma que no sucede de acuerdo con las normas británicas, que someten a imposición la renta imputada a los accionistas minoritarios. Señala asimismo que la legislación finlandesa en materia de TFI se adaptó al Código de Conducta para aplicarse solamente a los regímenes fiscales especiales de los otros Estados miembros.

las libertades de establecimiento y de circulación de capitales no son muy convincentes y que la compatibilidad de dicho régimen, en su forma típica, con el Derecho comunitario es sumamente dudosa. Habría que hacer, sin embargo, la salvedad de que existen numerosas variantes de dicho régimen, con diverso grado de adecuación a este Derecho <sup>26</sup>.

El planteamiento del Tribunal nacional del caso *Cadbury Schweppes* de una cuestión prejudicial de acuerdo con el artículo 234 del TCE <sup>27</sup> brinda finalmente al TJCE la oportunidad de pronunciarse sobre una normativa nacional de TFI, la del Reino Unido <sup>28</sup> y fijar los criterios de conformidad de dichos regímenes con el Derecho europeo.

### III. LOS ANTECEDENTES DEL CASO *CADBURY SCHWEPPE*S Y CUESTIONES PLANTEADAS AL TJCE

Los antecedentes del caso *Cadbury Schweppes* son los siguientes <sup>29</sup>: las partes del litigio principal son Cadbury Schweppes plc. («Cadbury») y Cadbury Schweppes Overseas Limited (CSO), de un lado, y los Commissioners of Inland Revenue, por otro. Cadbury es la dominante de un grupo del que forman parte filiales residentes en el Reino Unido, en otros Estado miembros y en terceros países a través de la holding CSO. Dos de estas filiales son Cadbury Schweppes Treasury Services (CSTS) y Cadbury Schweppes Treasury International (CSTI), participadas indirectamente por Cadbury en su totalidad, las cuales se hallaban establecidas en el Centro Internacional de Servicios Financieros (International Financial Services Centre) de Dublín (Irlanda), donde estaban sometidas a un tipo impositivo del 10%. El objeto de estas dos sociedades es prestar servicios financieros al grupo.

Las autoridades fiscales del Reino Unido entendieron que CSTS y CSTI estaban sujetas al régimen de TFI y liquidaron a CSO, primera entidad de la cadena del grupo residente en dicho Estado, una deuda por el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio de 1996 de 8.638.633,54 GBP. Cadbury y CSO interpusieron recurso ante los Special Commissioners, alegando que la legislación británica de TFI era contraria a las libertades de establecimiento, de prestación de servicios y de circulación de capitales.

Las normas británicas sobre TFI aplicables a los hechos eran en síntesis las siguientes: una filial extranjera es tratada como transparente si la matriz tiene una participación superior al 50% y aquella está sometida en el Estado de residencia a un «nivel de tributación inferior» («*lower level of taxation*»). Se entiende que este nivel existe cuando el impuesto pagado por la filial extranjera es

<sup>26</sup> Para una exposición de los regímenes de TFI de muchos países, no sólo miembros de la UE (con la significativa ausencia del país de origen de este régimen, los Estados Unidos), véase LANG, AIGNER, SCHEUERLE, STEFANER (dirs.), *CFC Legislation, tax Treaties and EC Law*, cit. (nota 6). El autor del capítulo sobre España (págs. 559 y ss.) es ALMUDÍ CID.

<sup>27</sup> Otros tribunales nacionales ante los cuales se suscitó el problema de Derecho comunitario no consideraron necesario plantear la cuestión al TJCE. Cfr. SCHÖNFELD, op. cit. (nota 24), pág. 442.

<sup>28</sup> HELMINEN, op. cit. (nota 5), pág. 122, en vista del análisis realizado en su trabajo, aventura un pronóstico sobre el caso *Cadbury Schweppes* en el sentido de que es muy improbable que el TJCE decida que el régimen británico de TFI es aceptable.

<sup>29</sup> Seguimos la exposición del AG Léger en sus conclusiones. Véase también SCHÖNFELD, op. cit. (nota 5), pág. 442.

inferior a tres cuartas partes del impuesto que se pagaría en el Reino Unido si los beneficios de la filial hubiesen tributado en este último Estado.

Existían, sin embargo, una serie de excepciones, que de acuerdo con la legislación aplicable a los hechos eran resumidamente las siguientes:

- La filial extranjera llevaba a cabo una «política de reparto [de beneficios] aceptable», definida por la ley;
- La filial se dedicaba a actividades exentas;
- La filial es cotizada públicamente;
- Su beneficio no excede de 50.000 GBP;
- La constitución y el funcionamiento de la filial extranjera cumplen el «criterio de los motivos».

Dada la importancia que esta última excepción tiene en las conclusiones del AG, transcribimos literalmente su exposición:

«Este criterio se compone de dos elementos y el contribuyente debe demostrar que cumple ambos.

- El primer elemento se refiere a las operaciones llevadas a cabo entre la SEC [sociedad extranjera controlada] y su sociedad matriz. Así, si las operaciones que aparecen en los beneficios de la filial correspondientes al ejercicio económico de que se trate han obtenido una reducción en el impuesto del Reino Unido (se trata de una reducción en comparación con la cuantía del impuesto que se hubiera adeudado en el Reino Unido si no se hubiesen realizado dichas operaciones) y ésta sobrepasa el importe mínimo, el contribuyente debe acreditar que la reducción del impuesto del Reino Unido no era el objetivo principal, ni uno de los objetivos principales, de dichas operaciones.
- El segundo elemento se refiere a la implantación de la SEC. El contribuyente debe demostrar que el motivo principal, o uno de los motivos principales, de la existencia de la filial en dicho ejercicio económico no era obtener una reducción en el impuesto del Reino Unido mediante el desvío de beneficios. La legislación señala que existe un desvío de beneficios si resulta razonable suponer que, en caso de no haber existido la filial o una sociedad conexas no residente en el Reino Unido, los ingresos habrían sido percibidos por un hipotético residente en el Reino Unido, quien habría debido tributar por ellos».

El AG aclara además:

«El órgano jurisdiccional remitente indica que, si ninguna de las cuatro primeras excepciones se aplica, el criterio de los motivos permite a la administración tributaria estudiar la situación particular

del contribuyente en relación con la finalidad esencial de la legislación sobre las SEC, relativa a la tributación de los beneficios que se acumulan en el extranjero o se desvían al extranjero procedentes del Reino Unido».

El tribunal británico manifiesta que «se enfrenta a las siguientes incertidumbres»:

«Si [Cadbury], al constituir y capitalizar sociedades en otro Estado miembro exclusivamente porque en dicho Estado miembro existe un régimen fiscal más favorable (en comparación con el régimen fiscal del Reino Unido) está ejerciendo las libertades fundamentales o si ello constituye un abuso de dichas libertades.

»Si [Cadbury] está ejerciendo las libertades fundamentales, si el planteamiento correcto en las circunstancias del presente asunto es examinar si cabe considerar la legislación del Reino Unido sobre las [SEC] como una restricción al ejercicio de dichas libertades, o si entraña una discriminación.

»Por lo que respecta a la cuestión de si la legislación debe considerarse una restricción, si el hecho de que [Cadbury] puede pagar impuestos no superiores a los que habrían pagado CSTS y CSTI si hubieran sido constituidas en el Reino Unido significa que no existe tal restricción; y si resulta pertinente que:

- a) Las normas para calcular la obligación tributaria en relación con los ingresos de CSTS y CSTI difieran en algunos aspectos de las normas ordinarias aplicables a las filiales del Reino Unido de [Cadbury], y
- b) No exista desgravación de las pérdidas de una filial con los beneficios de la otra o con los beneficios de [Cadbury] y sus filiales en el Reino Unido (dicha compensación por pérdidas se habría producido si CSTS y CSTI hubieran sido constituidas en el Reino Unido en lugar de en Irlanda).

»Por cuanto se refiere a si la legislación debe considerarse discriminatoria, qué comparación debe hacerse y si dicha comparación es posible; en particular, si los hechos deben compararse con el supuesto de que [Cadbury] hubiera constituido las filiales en el Reino Unido (admitiendo que los beneficios de [Cadbury] no pueden incluir los beneficios de sus filiales en el Reino Unido) o en un Estado miembro que no aplica un tipo impositivo inferior.

»En el supuesto de que exista una restricción relativa a la constitución o una discriminación, si puede justificarse la legislación porque trata de evitar la evasión fiscal, habida cuenta del objetivo de la legislación de prevenir la reducción o el desvío de beneficios sujetos al impuesto del Reino Unido; y si ello puede justificarse así, si la legislación se justifica, de hecho, como una medida proporcional para conseguir dicho objetivo legítimo, teniendo en cuenta el alcance de la legislación y de las exenciones y, en particular, la posibilidad que el criterio de los motivos proporciona a [Cadbury] para acreditar que no tenía un objetivo de evasión fiscal por cumplir ambas partes del criterio de los motivos, según se ha descrito más arriba, acreditación que [Cadbury] no puede llevar a cabo».

En vista de las anteriores dudas plantea al TJCE la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Se oponen los artículos 43 [CE], 49 [CE] y 56 CE a una legislación fiscal nacional como la controvertida en el litigio principal, que dispone, en circunstancias determinadas, la tributación de una sociedad residente en ese Estado miembro por los beneficios obtenidos por una sociedad filial residente en otro Estado miembro y sujeta a un nivel de tributación inferior?»

Veamos ahora cuál es el análisis que realiza el AG Léger y las conclusiones a las que llega.

#### IV. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

El AG se pregunta, en primer lugar, cuál de las libertades comunitarias invocadas por el recurrente en el proceso *a quo* es la que ha de tomarse en consideración, a lo que se contesta <sup>30</sup> que «la compatibilidad de la legislación controvertida debe examinarse a la luz de la libertad de establecimiento», afirmación que basa en la jurisprudencia consolidada según la cual «cuando el nacional de un Estado miembro es titular de una participación en una sociedad establecida en otro Estado miembro que le confiera una influencia real en las decisiones de dicha sociedad y le permita determinar las actividades de ésta, serán de aplicación las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento y no las relacionadas con la libre circulación de capitales» <sup>31</sup>.

Rechaza, por otra parte, que entre en juego la libertad de prestación de servicios, puesto que la naturaleza de éstos no es tomada en cuenta por la legislación nacional en cuestión. «Es cierto –añade– que, si bien la legislación controvertida tiene como efecto disuadir a una sociedad residente de crear una filial en otro Estado miembro, consigue también impedir la prestación de servicios por dicha filial desde el referido Estado miembro. No obstante, esta última restricción constituye una consecuencia del obstáculo al establecimiento» <sup>32</sup>.

Una vez hecho este planteamiento, el AG expone la estructura de su análisis <sup>33</sup>:

«Estudiaré, en primer lugar, si el hecho de que una sociedad matriz cree una filial en otro Estado miembro con el objetivo de acogerse a un régimen fiscal más favorable que el vigente en el Estado en el que está establecida constituye en sí mismo un ejercicio abusivo de la libertad de establecimiento. En segundo lugar, analizaré, en su caso, si la legislación del Reino Unido sobre las SEC constituye un obstáculo al ejercicio de dicha libertad. Por último, examinaré si este obstáculo puede estar justificado».

El AG distingue, pues, claramente dos cuestiones: una es si la sociedad de un Estado miembro al constituir una filial en el otro Estado ha abusado de la libertad de establecimiento; la otra es si,

<sup>30</sup> Párrafo 31.

<sup>31</sup> Párrafo 32, citando el asunto *X e Y*, C-436/00.

<sup>32</sup> Párrafo 36.

<sup>33</sup> Párrafo 38.

suponiendo que las normas internas (en este caso las relativas a la TFI) constituyen una restricción a dicha libertad, tal restricción está justificada por la finalidad de impedir el abuso del Derecho interno del Estado de la matriz. En el primer caso se trata del abuso del Derecho comunitario; en el segundo el abuso se refiere a la legislación interna del Estado miembro.

No son, sin embargo, cuestiones inconexas, puesto que la utilización para eludir las leyes fiscales nacionales de operaciones o mecanismos que implican el Derecho de otro Estado miembro (y por tanto, generalmente, ejercicio de las libertades fundamentales) pueden constituir también abuso de estas libertades. De aquí que los criterios de la jurisprudencia del TJCE para determinar cuándo existe este abuso y cuándo son compatibles con el Derecho comunitario las medidas internas antielusión son en gran medida coincidentes <sup>34</sup>.

### A) Abuso de la libertad de establecimiento.

La cuestión es «si el hecho de que una sociedad matriz cree una filial en otro Estado miembro con la finalidad de acogerse al régimen fiscal más favorable de ese otro Estado constituye, en sí mismo, un ejercicio abusivo de la libertad de establecimiento. El órgano jurisdiccional remitente indica que se plantea esta cuestión porque Cadbury constituyó CSTS y CSTI como filiales indirectas, residentes a efectos fiscales en Irlanda, únicamente para que las actividades de préstamo financiero realizadas dentro del grupo pudiesen beneficiarse del régimen del Centro Internacional de Servicios Financieros» <sup>35</sup>.

El AG responde negativamente, recordando la reiterada jurisprudencia según la cual cuando se cumple el objetivo perseguido por la libertad de establecimiento, que es ejercer una actividad económica en el Estado miembro de acogida, «las razones por las que el nacional comunitario o la sociedad de que se trate pretendieron ejercer dicha libertad no pueden desvirtuar la protección que obtienen del Tratado». Invoca a estos efectos la doctrina de los asuntos *Centros* <sup>36</sup> e *Inspire Art* <sup>37</sup>. En este último caso el TJCE reiteró el principio de la irrelevancia de los motivos por el que la sociedad se constituye en un Estado miembro, excepto en caso de fraude, y «confirmó que no constituye un abuso la circunstancia de que la sociedad que invoca los artículos 43 CE y 48 CE se haya constituido en un Estado miembro con el único fin de disfrutar de una legislación más ventajosa, aun cuando la sociedad de que se trate ejerza lo fundamental de sus actividades, o incluso la totalidad, en el Estado en que se haya creado el establecimiento secundario» <sup>38</sup>.

La cuestión, para resolver la cual es competente el órgano jurisdiccional remitente, reside, entonces, en si CSTS y CSTI ejercen actividades reales y efectivas en Irlanda, pero «el hecho de que Cadbury haya decidido implantar sus filiales en Irlanda únicamente con la finalidad de que éstas

<sup>34</sup> Véase *infra* nota 58.

<sup>35</sup> Párrafo 39.

<sup>36</sup> C-212/97.

<sup>37</sup> C-167/01.

<sup>38</sup> Párrafo 48.

queden sujetas al régimen fiscal muy favorable aplicable en el Centro Internacional de Servicios Financieros, no constituye en sí mismo un uso abusivo de la libertad de establecimiento»<sup>39</sup>. «El nivel de tributación constituye un elemento que puede legítimamente tener en cuenta una sociedad a la hora de elegir el Estado de acogida en el que prevé crear una filial. Una sociedad puede, sin vulnerar el alcance y el espíritu del artículo 43 CE, decidir ejercer sus actividades con carácter secundario en otro Estado miembro para beneficiarse del régimen fiscal más favorable de ese otro Estado por lo que a la tributación de las actividades gravadas en éste se refiere»<sup>40</sup>.

Señala, por otra parte, el AG que es «jurisprudencia consolidada que la mera circunstancia de que una sociedad residente cree un establecimiento secundario en otro Estado miembro no puede fundar una presunción general de fraude o de evasión fiscales y justificar una medida que menoscabe el ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado»<sup>41</sup>; y que «puede deducirse también de la jurisprudencia que un Estado miembro no puede obstaculizar el ejercicio de las libertades de circulación en otro Estado miembro con el pretexto del reducido nivel de tributación de éste»<sup>42</sup>.

Se refiere luego el AG a la competencia fiscal entre los Estados miembros en el siguiente párrafo<sup>43</sup>, que deja traslucir una inclinación a favor de la NIC:

«A la luz de estas consideraciones, a falta de armonización comunitaria, es preciso reconocer que los regímenes fiscales de los diferentes Estados miembros pueden entrar de este modo en situación de competencia. Esta competencia, que se traduce concretamente en una gran disparidad de los tipos impositivos de los beneficios de las sociedades en los Estados miembros, puede tener un impacto significativo en la elección por parte de las sociedades de la localización de sus actividades dentro de la Unión Europea [cita los informes de la Comisión "Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales", COM (2001) 582 final, y el titulado *Company Taxation in the Internal Market*, SEC (2001) 1681 final]. Cabe lamentar que pueda existir en este ámbito una competencia sin límite alguno entre los Estados miembros. Se trata, no obstante, de una cuestión de índole política».

A la NEC se refiere el AG más adelante<sup>44</sup>, al tratar de las posibles justificaciones de la restricción que el régimen de TFI representa para la libertad de establecimiento. Indica el AG que según algunos Estados miembros «la legislación sobre las SEC persigue [...] un objetivo de neutralidad fiscal, al hacer que la carga fiscal global que recae sobre la unidad económica constituida por una sociedad matriz británica y sus filiales sea idéntica, tanto si se han constituido las filiales en el Reino Unido como en otro Estado miembro». Sin embargo, el análisis de este argumento aparece confundido con la cuestión de la discriminación.

<sup>39</sup> Párrafo 50.

<sup>40</sup> Párrafo 51.

<sup>41</sup> Párrafo 53, con cita de los asuntos *Comisión c. Bélgica*, C-478/98, y *X e Y*, C-436/00.

<sup>42</sup> Párrafo 54, con cita de los asuntos *Eurowings*, C-29/97, *Skandia*, C-422/01, y *Barbier*, C-364/01.

<sup>43</sup> Párrafo 55.

<sup>44</sup> Párrafos 69 y ss.



## B) Existencia de un obstáculo a la libertad de establecimiento.

En el segundo punto de su esquema analítico el AG se plantea la cuestión de si la legislación británica sobre la TFI constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento. Comienza por mencionar la jurisprudencia consolidada del TJCE según la cual no solamente son contrarias a la libertad de establecimiento las medidas obstaculizadoras adoptadas por el Estado de acogida, sino también aquellas mediante las cuales el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales (obstáculos «a la salida») <sup>45</sup>; medidas estas segundas que pueden ser también de naturaleza fiscal <sup>46</sup>.

También observa el AG que «en su jurisprudencia más reciente, el Tribunal de Justicia no analiza si la medida en cuestión debe calificarse como discriminación directa o indirecta. Se limita a constatar la existencia de una diferencia de trato fiscal, que ocasiona una desventaja en detrimento del operador económico que ha ejercido los derechos conferidos por el artículo 43 CE y que podría disuadirle de ejercer tales derechos» <sup>47</sup>. Esta evolución de la jurisprudencia del TJCE en materia de imposición directa de un análisis basado en la discriminación a uno basado en la restricción ha sido atentamente estudiado por los comentaristas <sup>48</sup>.

El Reino Unido alegó que su legislación sobre TFI no constituía un obstáculo discriminatorio a la libertad de establecimiento, argumentando que la situación de Cadbury debía ser comparada únicamente con la de una sociedad residente que hubiera creado una filial en el Reino Unido. Arguyó, en consecuencia, que la referida legislación no es discriminatoria puesto que el impuesto reclamado a Cadbury no es superior al que habrían soportado globalmente dicha sociedad y sus filiales si estas últimas hubieran sido constituidas en el Reino Unido <sup>49</sup>. En este punto de la exposición es donde el AG se refiere a la argumentación de varios Gobiernos basada en la NEC, a la que hemos aludido más atrás. También se refiere aquí al argumento de los Gobiernos alemán y francés, según el cual la diferencia de tratamiento atendiendo al lugar de establecimiento de las filiales está justificada por la diferencia en los tipos impositivos.

El AG rechaza estos argumentos por la consideración fundamental de que en el régimen de TFI los beneficios de la filial controlada se incluyen en la base imponible de la matriz a medida que se obtienen.

«Constituye, pues, una desventaja para la sociedad matriz a la que se aplica con relación, por un lado, a una sociedad residente que haya creado su filial en el Reino Unido y, por otro lado, a

<sup>45</sup> Párrafo 62, citando los asuntos *Daily Mail*, caso 81/87, y *Marks & Spencer*, C-446/03. Véase el comentario a la sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 2005 en este último caso de SANZ GADEA, E., «La compensación de pérdidas de las filiales extranjeras: Marks & Spencer», cit. (nota 14), págs. 92 y ss.

<sup>46</sup> Asuntos *ICI*, C-264/96, *X e Y*, C-436/00, *Lasteyrie du Saillant*, C-9/02, y *Keller Holding*, C-471/04.

<sup>47</sup> Párrafo 63, con cita de los siguientes asuntos: *AMID*, C-141/99, *X e Y*, cit., *Lankhorst*, cit. *Bosal*, C-168/01, *Marks & Spencer*, cit., y *Keller Holding*, cit.

<sup>48</sup> Cfr. VANISTENDAEL, F., «The compatibility of the basic economic freedoms with the sovereign national tax systems of the Member States», *EC Tax Review*, 2003/3, págs. 136 y ss.

<sup>49</sup> Párrafo 68.

una sociedad residente que haya creado tal filial en un Estado miembro cuyo régimen fiscal no sea suficientemente ventajoso como para quedar comprendido dentro de su ámbito de aplicación. En el primer caso, en efecto, la sociedad residente no tributa nunca por los beneficios de su filial nacional. En el segundo caso, la sociedad residente no tributa por los beneficios de su filial extranjera en el momento de su obtención. Sólo lo hará en el momento en que dichos beneficios le sean repartidos en forma de dividendos <sup>50</sup>.»

Esta discriminación «disuade efectivamente a una sociedad residente de ejercer [en Irlanda] su derecho de establecimiento» <sup>51</sup>. Aquí la argumentación basada en la discriminación se confunde con la basada en la restricción. La primera pasa, sin embargo, inmediatamente al primer plano.

En efecto, frente al término de comparación alegado por el Reino Unido, el AG sostiene que la situación comparable debía ser la de una sociedad residente que haya establecido una filial en otro Estado miembro con un régimen fiscal menos ventajoso que el del Centro Internacional de Servicios Financieros irlandés, ya que en ambos casos se trata de una sociedad residente en el Reino Unido que ha creado una filial en otro Estado miembro <sup>52</sup>. Planteada así la cuestión, el AG niega que la disparidad de los tipos impositivos del Impuesto sobre Sociedades constituya una diferencia objetiva que justifique el diverso tratamiento previsto por la legislación sobre TFI <sup>53</sup>, y añade que «seguir esta tesis sería tanto como admitir que un Estado miembro tiene derecho, sin infringir las normas del Tratado, a seleccionar a los demás Estados miembros en los que sus sociedades nacionales pueden crear filiales beneficiándose del régimen fiscal aplicable en el Estado de acogida. Ahora bien, como han afirmado las partes demandantes e Irlanda, tal solución conduciría claramente a un resultado contrario al propio concepto de "mercado único"» <sup>54</sup>.

La fijación del tipo impositivo del Impuesto sobre Sociedades, alega el AG, es competencia soberana de los Estados miembros y los artículos 43 y 48 del TCE confieren a las sociedades el derecho a crear una filial en el lugar de su elección dentro de la Unión. Por tanto, un Estado miembro no puede tratar de manera distinta a sus sociedades residentes que creen filiales en otros Estados miembros en función del tipo impositivo aplicable en el Estado de acogida. Esta solución, afirma el AG, iría contra la posición adoptada por el TJCE en los casos *Eurowings* y *Barbier* <sup>55</sup>.

He aquí, pues, que el discurso del AG, partiendo del planteamiento de la discriminación, regresa, en un razonamiento que tiene algo de fatigosamente circular <sup>56</sup>, a la justificación de la TFI basada en la diferencia de los tipos impositivos y, por tanto, en el fondo a la contraposición entre la

<sup>50</sup> Párrafo 74.

<sup>51</sup> Párrafo 75.

<sup>52</sup> Párrafos 77 y 78.

<sup>53</sup> Párrafo 79.

<sup>54</sup> Párrafo 80.

<sup>55</sup> Párrafos 81 y 82.

<sup>56</sup> En el párrafo 64, dentro del apartado de las conclusiones dedicado a analizar si la legislación examinada constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento, el AG se plantea ya la cuestión de las posibles justificaciones de la restricción, y en el párrafo 69 se refiere de nuevo a la NEC. Finalmente, en el párrafo 84, último de este apartado, anuncia que se dispone a examinar a continuación si el obstáculo consistente en la diferencia de tratamiento en función del Estado de establecimiento de la filial está justificado.

NEC y la NIC, ante la que se inclina claramente por la segunda. Sin embargo, la conclusión no es todavía que la TIF británica es contraria al Derecho comunitario, sino únicamente que constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento, cuya compatibilidad con el TCE debe ser examinada por el TJCE. A ello dedica el AG el tercer apartado de su análisis, la parte más extensa y sin duda más interesante de su escrito, dedicada a examinar la posible justificación de dicho régimen por su finalidad de lucha contra la elusión fiscal<sup>57</sup>.

### C) La justificación basada en la elusión fiscal.

El AG recuerda que, según la jurisprudencia del TJCE, la lucha contra la elusión fiscal es una de las razones imperiosas de interés general que pueden justificar una restricción al ejercicio de las libertades comunitarias fundamentales; pero admite acto seguido las restricciones señaladas por los comentaristas:

«No obstante, la posibilidad de que se admita efectivamente tal justificación se ha enmarcado dentro de límites bastante estrictos. Así, según una fórmula recogida habitualmente en la jurisprudencia, un obstáculo a una libertad de circulación garantizada por el Tratado únicamente puede estar justificado por la lucha contra la evasión fiscal si la legislación controvertida tiene por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la ley nacional»<sup>58</sup>.

Por el contrario, la medida restrictiva no está justificada cuando se aplica a situaciones definidas en términos demasiado generales. «En cambio, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden en cada caso concreto, basándose en elementos objetivos, tener en cuenta el comportamiento abusivo o fraudulento de las personas afectadas a fin de denegarles el beneficio de las disposiciones de Derecho comunitario invocadas»<sup>59</sup>.

La conclusión de esta jurisprudencia es que

<sup>57</sup> La traducción española de las conclusiones se ha dejado llevar una vez más por el término «*évasion fiscale*» utilizado por el original francés, sin advertir que dicho término no tiene el mismo significado que su homónimo español, sino el de elusión fiscal. La versión inglesa traduce correctamente dicho término por «*tax avoidance*». Nosotros emplearemos sistemáticamente el término «elusión fiscal» en lugar de «evasión fiscal».

<sup>58</sup> Párrafo 87, con cita de los asuntos *ICI, X e Y, Lankhorst y Lasteyrie du Saillant*. En el párrafo siguiente afirma el AG que la fórmula utilizada en esta jurisprudencia («montajes puramente artificiales») reproduce la empleada al enunciar la doctrina del abuso de derecho (comunitario), poniendo así de manifiesto la confluencia de este enfoque con el de la elusión del Derecho interno del Estado miembro como justificación de la legislación enjuiciada, que hemos distinguido más atrás. A este respecto cita el AG la sentencia del TJCE de 14 de diciembre de 2000, en el asunto C-110/99, *Emsland-Stärke*. Se discutía en este caso sobre la devolución de derechos a la exportación de determinados productos agrícolas que después de su salida del país comunitario de origen (Alemania) hacia un tercer Estado (Suiza) habían sido reintroducidos sin alteración y por el mismo medio de transporte en dicho país o en otro país comunitario (Italia). Antes de su reexportación a la UE los productos habían sido transmitidos por el importador a otra empresa vinculada a él. El TJCE en el párrafo 56 de la sentencia citada, al que se remite el AG del caso *Cadbury Schweppes*, la obligación de reembolso de la devolución sería «consecuencia de la constatación de que las condiciones exigidas para la obtención del beneficio resultante de la normativa comunitaria fueron creadas artificialmente, haciendo que las restituciones concedidas fueran indebidas y justificando, por consiguiente, la obligación de devolverlas».

<sup>59</sup> Párrafo 91. El AG cita como autoridad las sentencias *Centros y X e Y*. Podía haber añadido la sentencia *Leur-Bloem*, asunto C-28/95 (v. su párrafo 41).

«para que pueda estar justificada por la lucha contra la evasión fiscal, la legislación nacional no debe limitarse a referirse a una situación definida en términos generales, sino que debe permitir al juez nacional denegar, en cada caso concreto, el beneficio del Derecho comunitario a determinados contribuyentes o a determinadas sociedades que hayan realizado un montaje artificial con la finalidad de eludir el impuesto <sup>60</sup>».

Sin embargo, el AG pone de manifiesto la rectificación introducida en la anterior doctrina por la sentencia *Marks & Spencer*: «En la sentencia *Marks & Spencer* [...] el Tribunal de Justicia, por primera vez que yo sepa, hizo una aplicación más amplia de la justificación basada en la lucha contra la evasión fiscal [*rectius*: elusión fiscal]» <sup>61</sup>. Tras exponer el razonamiento del TJCE en dicha sentencia, el AG afirma que de él pueden extraerse dos consideraciones para el presente caso <sup>62</sup>:

- «La primera de ellas se basa en que las libertades de circulación establecidas por el Tratado no tienen por objeto permitir a las sociedades transferir sus pérdidas o sus beneficios de un Estado miembro a otro en función de su propia conveniencia. Dicho de otro modo, el Tribunal de Justicia confirma que tales reglas no van dirigidas a cuestionar el reparto por los Estados miembros de su potestad tributaria ni el derecho de cada Estado a imponer las actividades económicas que han de realizarse en su territorio. Los Estados miembros pueden oponerse, por tanto, a tales transferencias, que tienen por objeto beneficiarse de las disparidades de los tipos impositivos aplicables a los beneficios ya obtenidos.»
- «La segunda consideración que puede deducirse de la sentencia *Marks & Spencer*, antes citada, se refiere a que la primera consideración no debe cuestionar el alcance de los artículos 43 CE y 48 CE que he descrito en la primera parte de mi análisis. En el apartado 44 de la citada sentencia, el Tribunal de Justicia confirma en efecto su reiterada jurisprudencia según la cual la reducción de ingresos fiscales no constituye una razón imperiosa de interés general que pueda justificar una restricción del ejercicio de las libertades garantizadas por el Tratado. El Estado miembro en el que está establecida la sociedad matriz no puede oponerse, por tanto, a la creación por ésta de una filial en otro Estado miembro con el pretexto, por ejemplo, de que las actividades en él ejercidas por ésta podrían serlo en su propio territorio y estar sujetos a su soberanía fiscal.»

Mediante estas consideraciones, el AG parece tratar de establecer los límites dentro de los que tiene que moverse la doctrina del TJCE sobre la elusión fiscal. La segunda formula la posición tradicional basada en las libertades comunitarias fundamentales. En la primera, por el contrario, apunta una flexibilización de esta posición tradicional. El AG la formula en los términos del caso *Marks & Spencer*, y de manera no muy clara, porque ni en ese caso ni en la TFI enjuiciada en el *Cadbury Schweppes* se trataba de gravar actividades económicas realizadas en el territorio del Estado de la residencia de la matriz.

Sin embargo, cabe entender la afirmación del AG en el siguiente sentido: las libertades establecidas por el TCE no prohíben de manera absoluta a los Estados miembros adoptar medidas

<sup>60</sup> Párrafo 92.

<sup>61</sup> Párrafo 93.

<sup>62</sup> Párrafos 101 a 103.

destinadas a impedir el desplazamiento de beneficios sociales a otro Estado con el fin de aprovechar los bajos tipos impositivos. La matización de la doctrina tradicional es importante: después de todo resulta que la diferencia de nivel de imposición en el Estado de establecimiento de la filial sí permite, al menos dentro de ciertos límites, adoptar algunas medidas restrictivas de las libertades comunitarias. Pero, en primer lugar, ¿en qué casos puede el Estado de la matriz adoptar tales medidas? y, en segundo lugar, ¿en qué pueden consistir éstas?

La respuesta del AG a la primera de estas preguntas <sup>63</sup> no se separa de la doctrina consolidada del TJCE: la restricción de las libertades comunitarias requiere que exista un abuso, entendido como la ausencia de una actividad económica real y efectiva en el Estado de la filial, siendo indiferente a estos efectos que los servicios se presten a terceros o a sociedades del grupo. Si existe una actividad real, afirma el AG, la situación no puede considerarse en sí misma como fraude o elusión fiscal, aunque el pago de los servicios determine una reducción de la base imponible de la matriz. Ello no obsta, naturalmente, a que dichos servicios se valoren de acuerdo con el principio de independencia (*arm's length*). En definitiva, las operaciones entre una sociedad sujeta al régimen de TFI y su sociedad matriz que tengan por efecto reducir los beneficios imponibles de esta última únicamente pueden considerarse elusión fiscal si el establecimiento de aquélla constituye, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, un «montaje puramente artificial» cuyo objetivo sea eludir la ley nacional. El concepto de elusión adoptado por la aludida jurisprudencia viene, pues, a coincidir en gran medida con la simulación o con el *sham* del Derecho anglosajón <sup>64</sup>.

Por otra parte, añade el AG,

«el hecho de que una sociedad centralice en otro Estado miembro de reducido nivel impositivo la realización de determinadas actividades útiles para el conjunto del grupo y que pretenda por este medio reducir la carga fiscal global soportada por el citado grupo no me parece tampoco que constituya en sí mismo una práctica abusiva. En tal supuesto, dado que la filial que realiza dichas prestaciones intragrupos ejerce una actividad económica real en el Estado de acogida, a cuya soberanía fiscal está sujeta, no se vulnera, a priori, el reparto territorial de la potestad tributaria de los Estados miembros. En efecto, la pérdida de beneficios imponibles en el Estado de origen es el resultado de la actividad económica que se realiza en el Estado de acogida y se grava en éste» <sup>65</sup>.

De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, la apreciación de la existencia de un «montaje puramente artificial» debe hacerse, como sabemos, mediante un examen caso por caso de la realidad de la implantación de la filial en el Estado de acogida y de la sustancia de sus actividades en este Estado con relación a los servicios prestados a la sociedad matriz. El AG menciona tres criterios propuestos por el Reino Unido y la Comisión que son relevantes a estos efectos <sup>66</sup>:

1. El nivel de presencia física de la filial en el Estado de acogida. Se trata de determinar si la filial dispone de los locales, el personal y los equipos necesarios para la realización de los servicios.

<sup>63</sup> Párrafos 105 y ss.

<sup>64</sup> Cfr. RUIZ ALMENDRAL, op. cit. (nota 6), págs. 573 y 577.

<sup>65</sup> Párrafo 109.

<sup>66</sup> Párrafos 111 y ss.

2. La verdadera naturaleza de los servicios prestados por la filial. La aplicación de este criterio supone examinar la competencia del personal de la filial con relación a los servicios prestados así como el nivel de toma de decisiones en la realización de dichos servicios. Si, por ejemplo –aclara el AG–, la filial resulta ser tan sólo un mero instrumento de ejecución, puesto que las decisiones necesarias para la realización de las prestaciones se toman a otro nivel, está justificado considerar que la sujeción de dichas prestaciones a la soberanía fiscal del Estado de acogida constituye un montaje puramente artificial <sup>67</sup>.
3. El valor económico de la actividad con relación a la sociedad matriz y al conjunto del grupo (el valor añadido por la actividad de la filial). Aunque el AG reconoce que este criterio es delicado de aplicar si los servicios prestados por la filial corresponden efectivamente al ejercicio de actividades reales en el Estado de acogida, considera que permite tomar en consideración la situación objetiva en que los servicios prestados por la filial carecen de todo interés económico con relación a la actividad de la sociedad matriz. En tal caso, el pago por ésta de dichos servicios carece de contrapartida y podría considerarse como una transferencia pura y simple de beneficios de la sociedad matriz a la filial.

Por otra parte, manifiesta el AG su opinión en el sentido de que los motivos de la creación de la filial y de la elección de su país de establecimiento no son un criterio relevante para determinar la existencia del abuso. «Dicho de otro modo, la existencia de un montaje puramente artificial no puede deducirse de la intención confesada de la sociedad matriz de obtener una reducción de sus impuestos en el Estado de origen». Añade que «las razones subjetivas por las que un operador económico ejerció los derechos de circulación que le otorga el Tratado no pueden cuestionar la protección que le confieren dichos derechos, a partir del momento en que se cumple la finalidad perseguida por éstos. Cuando así suceda, el hecho de que una sociedad matriz haya decidido deslocalizar determinados servicios necesarios para el ejercicio de sus actividades en un Estado de reducido nivel impositivo con el fin de disminuir su carga fiscal no constituye un elemento pertinente para caracterizar una evasión fiscal». Y concluye: «Por tanto, la existencia de un montaje puramente artificial destinado a eludir la ley fiscal nacional únicamente puede acreditarse sobre la base de elementos objetivos» <sup>68</sup>.

Considera el AG que esta opinión coincide con la doctrina del TJCE sobre el concepto de «abuso de Derecho», por lo que, concluye, las autoridades nacionales a las que incumbe comprobar la existencia de este abuso «no deben examinar, por tanto, cuál era la intención subjetiva de las partes, cuya prueba sería muy difícil de aportar y constituiría una fuente de inseguridad jurídica» <sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Este criterio recuerda la llamada «cláusula de agencia» de la definición de establecimiento permanente. V. el artículo 5.5 del Modelo de Convenio de la OCDE y el correspondiente comentario, y el artículo 13.1, a) LIRNR.

<sup>68</sup> Párrafos 115 a 117.

<sup>69</sup> Párrafo 119. Las sentencias del TJCE en las que apoya su afirmación son las correspondientes a los asuntos *Emsland-Stärke* y *Halifax*, esta última de 21 de febrero de 2006, asunto C-255/02. En realidad, la sentencia *Emsland-Stärke*, párrafos 52 y 53 afirma que el abuso requiere tanto unas circunstancias objetivas como «un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa comunitaria, creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención». La sentencia *Halifax*, párrafos 74 y 75, por su parte, formula el concepto de abuso en términos más objetivos, al afirmar que éste «exige, por una parte, [...] que las operaciones de que se trate tengan como resultado la obtención de una ventaja fiscal cuya concesión sería contraria al objetivo perseguido por [la Sexta Directiva del IVA y por la legislación nacional de desarrollo]» y, 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». Véase el comentario de RUIZ ALMENDRAL, op. cit. (nota 6), págs. 579 y ss. a las importantes conclusiones del AG de este asunto, Sr. Póiares Maduro, el mismo que el del asunto *Marks & Spencer*.

Una vez hecho el anterior análisis, el AG lo aplica al caso en presencia y se pregunta si la legislación británica sobre TFI es adecuada para luchar contra la elusión fiscal y si no va más allá de este objetivo. A lo primero responde afirmativamente. Es en la respuesta al segundo interrogante donde se encuentran las aportaciones más sustanciosas de sus conclusiones.

Comienza el AG por recordar el sistema de las normas británicas sobre TFI, integrado, como hemos visto, por un lado, por una regla general según la cual están sometidas a dicho régimen las sociedades cuya participación en la filial sea superior al 50%, siempre que el Estado de establecimiento de ésta tenga un «nivel inferior de imposición», y, por otro lado, por ciertas excepciones a esta regla general, entre las cuales figura el denominado «criterio de los motivos». Reconoce el AG que dichas normas establecen una presunción, de manera que «cuando no son aplicables ninguno de los cuatro primeros requisitos citados y las transacciones realizadas entre la filial y su sociedad matriz tienen por efecto una reducción, superior a un importe mínimo, del impuesto que ésta hubiera adeudado si dichas transacciones no hubieran sido realizadas, incumbe al contribuyente demostrar la inexistencia de evasión fiscal [*rectius*: elusión fiscal]»<sup>70</sup>.

El AG rechaza<sup>71</sup>, en primer lugar, la alegación de Irlanda de que el objetivo de la TFI podría alcanzarse mediante el intercambio de información, sea por el cauce de la Directiva 77/799<sup>72</sup>, sea por el de la correspondiente cláusula del CDI Reino Unido-Irlanda; considera que «habida cuenta de la situación especial contemplada en la legislación de que se trata, no estoy convencido de que los intercambios de información en el marco de la Directiva 77/799 puedan tener una eficacia comparable a la de la referida legislación».

Sobre todo, hace la siguiente fundamental afirmación: «no comparto el análisis según el cual debe considerarse que dicha legislación, debido a la presunción que establece, impone a las sociedades a las que se aplica una carga desproporcionada».

Ahora bien, el establecimiento de la presunción tiene que estar justificado por el hecho de que su presupuesto o hecho base esté compuesto por circunstancias en las que existe un riesgo elevado de elusión fiscal. El AG estima que este requisito de razonabilidad o proporcionalidad concurre en el caso examinado: la legislación del Reino Unido sobre TFI, «a la luz del conjunto de sus requisitos de aplicación y de exención, únicamente es de aplicación en circunstancias muy concretas, que corresponden al supuesto de que existan más probabilidades de riesgo de evasión fiscal»<sup>73</sup>. En efecto,

«es mucho más fácil crear una SEC [sociedad extranjera controlada] artificial cuando se considere que debe prestar servicios que cuando debe realizar una actividad de producción de un bien de consumo. De este modo, cuando los servicios de que se trata consisten, como en el caso

<sup>70</sup> Párrafo 135.

<sup>71</sup> Párrafo 136.

<sup>72</sup> Desarrollada en España por el Real Decreto 1326/1987, de 11 de septiembre, por el que se establece el procedimiento de aplicación de las directivas de la Comunidad Europea sobre intercambio de información tributaria.

<sup>73</sup> Párrafo 137.



de autos, en captar fondos y proporcionarlos a las filiales del grupo mundial Cadbury, pueden ser prestados en nombre de la SEC por personal e instrumentos informáticos que no se encuentran física y materialmente en Irlanda. En el caso de tales servicios, la sociedad creada formalmente en Dublín puede no tener allí ninguna consistencia material y ser únicamente lo que se ha dado en llamar un "buzón"»<sup>74</sup>.

«Además, es probable que sean más de temer tales montajes cuando la SEC se cree en un Estado con muy reducido nivel impositivo. Por último, la comprobación de que las transacciones realizadas entre ésta y su sociedad matriz tuvieron por efecto una disminución superior a un importe mínimo del impuesto adeudado en el Reino Unido y la inexistencia de reparto de dividendos imponibles en el Estado de origen constituyen elementos objetivos que pueden corroborar la hipótesis de una evasión fiscal»<sup>75</sup>.

«En tal supuesto, habida cuenta de la facilidad con la que pueden deslocalizarse dichos servicios, no considero excesivo que un Estado miembro establezca una presunción de evasión fiscal en lugar de remitirse a una comunicación de información *a posteriori*»<sup>76</sup>.

Como habíamos anticipado más arriba, el AG acepta plenamente la propuesta que, con cierta vacilación, por considerarla excesivamente atrevida en vista de la restrictiva jurisprudencia del TJCE sobre las libertades fundamentales, habían adelantado GARCÍA-HERRERA y HERRERA MOLINA<sup>77</sup>. Acepta incluso una idea apuntada también por estos profesores españoles: la presunción constituye un «refugio seguro» o «*safe harbour*» para los contribuyentes<sup>78</sup>; es decir, en los supuestos no comprendidos en el hecho base de la presunción el contribuyente tendría la seguridad de que su posición no podría ser cuestionada por la Administración tributaria en aplicación de normas generales antielusión.

En efecto, se afirma en las conclusiones que estamos comentando que «la existencia de tal legislación ofrece el interés de contribuir a la seguridad jurídica de los operadores económicos.

<sup>74</sup> Párrafo 138.

<sup>75</sup> Párrafo 139.

<sup>76</sup> Párrafo 140.

<sup>77</sup> Véase *supra*, nota 6. En vista de esta notable coincidencia, se pregunta uno si el AG conocía la sugerencia de los citados autores, más aún teniendo en cuenta que existe una versión en inglés de su artículo, a la que el Sr. Léger podía tener más fácil acceso: GARCÍA-HERRERA, C.; HERRERA MOLINA, P.M., «Is tax fairness in Europe under siege? Spanish law and anti-avoidance provisions», *EC Tax Review*, 2004/2, págs. 57 y ss.

<sup>78</sup> Señalan GARCÍA-HERRERA y HERRERA MOLINA, op. cit. pág. 59, que «la presunción podría delimitarse negativamente con un *safe harbour* que no permitiese aplicar la cláusula antiabuso en supuestos en que el riesgo de abuso sea limitado». La estructura de la norma británica sobre TFI es algo distinta: define primero el ámbito de aplicación de la TFI en términos muy amplios; establece después determinadas excepciones, que sustraen a la aplicación del régimen los supuestos en que el riesgo de elusión es bajo; finalmente el «criterio de los motivos» (en inglés «*motive test*») permite excluir la aplicación del régimen caso por caso en supuestos no comprendidos en las excepciones «objetivas». Se trata de una técnica muy utilizada en los países anglosajones: una cláusula de cierre que permite destruir la presunción en vista de los «*facts and circumstances*» del caso, con la carga de la prueba naturalmente sobre el interesado. Esta estructura coincide con una sugerencia de E. OTERO-NOVAS MIRANDA de la que informan GARCÍA-HERRERA y HERRERA MOLINA en la nota 29, pág. 59 del trabajo citado.

Les permite, en efecto, saber por anticipado que, en el supuesto antes mencionado, existe una presunción de evasión fiscal. Así, dichos operadores están advertidos de que deberán poder justificar la realidad de la implantación de su filial en el Estado de acogida así como la sustancia de las transacciones realizadas con ésta»<sup>79</sup>. El AG considera que el levantamiento de esta carga de la prueba, que se rige por el Derecho nacional<sup>80</sup>, no impone al contribuyente una tarea desproporcionada o irrazonable.

Insiste el AG<sup>81</sup> en que lo importante es que la presunción pueda ser contradicha, es decir, en la terminología usual entre nosotros, que sea *iuris tantum*, de manera que la aplicación de la norma sobre TFI se limite a los «montajes puramente artificiales cuya finalidad es eludir la legislación fiscal nacional». Es, pues, la admisión de la prueba en contrario, en forma del «criterio de los motivos», lo que salva a la norma TFI británica: «Es el criterio de los motivos el que, dentro del sistema de la legislación controvertida, debe permitir a la administración nacional tener en cuenta la situación específica de cada contribuyente»<sup>82</sup>.

La Comisión y determinados Gobiernos alegaron que el «*motive test*» diseñado por la legislación británica no satisfacía en realidad tales exigencias, pero el AG no se pronuncia sobre esta cuestión: «no sé con certeza si el primer elemento de este criterio, relativo a las prestaciones que tienen por efecto una reducción significativa del impuesto adeudado en el Reino Unido, permite o no al contribuyente quedar exento justificando la sustancia de dichas prestaciones. De igual modo, no puede concluirse claramente si el segundo elemento se vincula a las motivaciones subjetivas de los socios o si puede cumplirse cuando el contribuyente prueba la realidad de la implantación de la filial en el Estado de acogida»<sup>83</sup>.

Lo decisivo es, por tanto, que sea verdaderamente una prueba en contrario basada en la realidad, y no una presunción más, si bien formulada en términos más generales o indeterminados. Considera el AG «que es al órgano jurisdiccional remitente, al que incumbe verificar la compatibilidad de su Ley nacional sobre las SEC con el Derecho comunitario, a quien corresponde apreciar si el criterio de los motivos puede ser objeto de una interpretación que permita limitar la aplicación de dicha Ley a los montajes artificiales destinados a eludir la legislación fiscal nacional»<sup>84</sup>.

Como conclusión final, el AG propone al TJCE que responda a la cuestión planteada en los siguientes términos:

«Los artículos 43 CE y 48 CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una legislación fiscal nacional que prevé la inclusión en la base imponible de una sociedad matriz residente de los beneficios obtenidos por una sociedad extranjera controlada establecida en otro Estado miembro cuando dichos beneficios estén sujetos en este Estado a un nivel impositivo

<sup>79</sup> Párrafo 141.

<sup>80</sup> Párrafo 145.

<sup>81</sup> Párrafos 143 y 144.

<sup>82</sup> Párrafo 146.

<sup>83</sup> Párrafo 149.

<sup>84</sup> Párrafo 150.

muy inferior al vigente en el Estado de residencia de la sociedad matriz, si dicha legislación se aplica únicamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir la ley nacional. Tal legislación debe, pues, permitir al contribuyente quedar exento justificando que la filial controlada está realmente implantada en el Estado de establecimiento y que las transacciones que tuvieron por efecto una disminución de la carga impositiva de la sociedad matriz corresponden a prestaciones efectivamente realizadas en dicho Estado y que no carecían de interés económico con respecto a la actividad de la referida sociedad».

## V. CONCLUSIÓN

Si en su sentencia el TJCE acepta finalmente en lo fundamental las conclusiones y la propuesta del AG, la jurisprudencia de aquél sobre la aplicación de las libertades comunitarias en materia de imposición directa, y en particular sobre la validez de las cláusulas antiabuso de las legislaciones nacionales, darán un paso significativo en la dirección de una cierta relajación del rigor con el que dicha jurisprudencia ha aplicado hasta el presente las normas del Tratado. Se vendría así a confirmar la tendencia apuntada por la sentencia del caso *Marks & Spencer*, como han puesto de manifiesto varios comentaristas de este fallo<sup>85</sup>. Es significativo que el AG del asunto *Cadbury Schweppes* declare apoyarse en los razonamientos de dicha sentencia, por más que esta declaración tenga un alcance más genérico que concreto; «político», si se quiere, en el sentido de política jurídica: posiblemente el Tribunal haya llegado a la conclusión de que no era posible seguir constriñendo como hasta ahora la soberanía de los Estados miembros en este sector de la imposición en la medida en que hasta ahora lo había venido haciendo.

La opinión del AG en el caso *Cadbury Schweppes* no se separa de la doctrina anterior del TJCE en cuanto que no admite la aplicación sin restricciones de cláusulas especiales antiabuso, sino que permite solamente las medidas internas que se dirigen contra lo que denomina «montajes puramente artificiales», que en estos o parecidos términos constituye el elemento central de las cláusulas antiabuso generales. Inevitablemente surgirán discrepancias entre los órganos administrativos y jurisdiccionales de los distintos Estados miembros en cuanto a la interpretación de dicho concepto<sup>86</sup>; pero estas diferencias no afectan al Derecho comunitario, que, por otra parte, no está en condiciones de eliminarlas.

<sup>85</sup> Cfr. SANZ GADEA, E., op. cit. (nota 1), págs. 11 y ss.; RAVENTÓS CALVO, S., «La sentencia Marks & Spencer: una ocasión perdida», *Quincena Fiscal*, 6/2006, págs. 33 y ss. (pág. 39); LANG, M., op. cit., pág. 66; ISENBAERT, M.; VALJEMARK, C., «M & S judgement: the ECJ caught between a rock and a hard place», *EC Tax Review*, 2006/1, págs. 10 y ss. (pág. 17).

<sup>86</sup> Cfr. ALMUDÍ CID, op. cit. (2003), (nota 6), págs. 53 y ss., sobre las diferencias entre el concepto de abuso del Derecho adoptado por el TJCE y el del Derecho interno español. En el sentido de que la aplicación de la norma general antiabuso española (actualmente art. 15 LGT) respeta la jurisprudencia comunitaria y relativizando las diferencias entre ambos conceptos, GARCÍA-HERRERA y HERRERA MOLINA, op. cit. (nota 6), pág. 53 y nota 12. RUIZ ALMENDRAL, op. cit. (nota 6), pág. 578, estima que la jurisprudencia del TJCE puede hacer más estricto el ámbito de las cláusulas generales antielusión de los Estados miembros. También pone de manifiesto la dificultad de formular un concepto común de abuso o fraude a la ley GARCÍA PRATS, F.A., «Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho comunitario», en SOLER ROCH, M.T. y SERRANO ANTÓN, F. (dirs.), *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho comunitario*, cap. 5, págs. 163 y ss. (pág. 166).

Lo verdaderamente importante de la opinión del AG Léger es la tesis de que no se opone al Derecho comunitario que las normas antielusión específicas de los Estados miembros establezcan presunciones de elusión que trasladan al contribuyente la carga de la prueba. Tales presunciones, sin embargo, tienen que ser razonables, es decir, basarse en supuestos que ordinariamente denotan la existencia del «montaje puramente artificial» o, en palabras del AG, en los que «existan más probabilidades de riesgo de evasión fiscal».

El legislador español renunció enseguida a la aplicación del régimen de TFI a las sociedades residentes en otros Estados miembros de la UE, sin explorar otras posibilidades, como la que, de no haber actuado con tanta rapidez, le habría brindado el TJCE si sigue las propuestas del AG.