

Análisis - Fiscal 1/2010

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

José Manuel Calderón

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Consejero académico de Gómez Acebo & Pombo*

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

El Consejo de Ministros de Finanzas de la UE, en su reunión de 8 de junio de 2010, ha acordado a nivel político varias 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 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 re-vigorización de la lucha contra el fraude fiscal internacional.

Imposición Indirecta: Fraude en el IVA—Cooperación transfronteriza—Red EuroFisc

El ECOFIN alcanzo 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 transfronterizas (fraude carousel). 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).

Competencia Fiscal Perniciosa—Código de Conducta

El ECOFIN llego 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), y es complementario a los intentos de la Comi-

¹ ECOFIN 10689/10, Presse 162.

sión 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 dismantelar determinados regímenes fiscales especiales como las "management, auxiliary y holding companies".² 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.

Sistemas de Imposición Directa—Coordinación de Cláusulas Antiabuso

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.³

Su contenido se refiere únicamente a las cláusulas antiabuso especiales de Transparencia Fiscal Internacional 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 de 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 transparencia fiscal internacional y de subcapitalización que se apliquen en situaciones transfronterizas (no en las situaciones internas).⁴ 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*,⁵ aunque a nuestro juicio el Consejo podría estar desviándose en ciertos aspectos del enfoque de la Comisión (más alineado con la jurisprudencia del 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 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

² Decisión de la Comisión de 13 de febrero de 2007. El Departamento Federal de Finanzas suizo ha hecho públicas varias notas contraargumentando la posición de la Comisión (www.edf.admin.ch).

³ DOUE C 156, 16.6.2010.

⁴ 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 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 solo se proyecten sobre operaciones transfronterizas como las de precios de transferencia y transparencia fiscal internacional (SSTJUE *Cadbury Schweppes* y *SGI*). Ahora bien, allí donde una misma cláusula o principio antiabuso se proyectara sobre operaciones nacionales e transfronterizas, pero se aplicara de forma más amplia o gravosa sobre las transacciones comunitaria, se plantearían muchas dudas sobre su compatibilidad comunitaria.

⁵ COM(2008)785 final.

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 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.

Principios sobre la aplicación de la Cláusula de Transparencia Fiscal Internacional (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 con 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 y reduce a la mínima expresión 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 materiales.⁶ Tampoco la localización de la SEC en un Estado miembro de 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, están desconectadas de los criterios establecidos por el Derecho Comunitario para la aplicación de la normativa de TFI. En mi modesta opinión, resulta dudoso que los criterios establecidos por el ECOFIN resulten compatibles con la jurisprudencia comunitaria, toda vez que algunos de ellos (v.gr, a, d, y e) no tienen mucho que ver con 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, 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 disposiciones, muy en particular la normativa de precios de transferencia o las cláusulas generales antiabuso (fraude de ley/sustancia vs forma/simulación).

A mi juicio, 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 muchas dudas sobre su compatibilidad comunitaria,⁷ aunque todo dependerá de cómo se

configure y aplique.⁸ 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. 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: SECs 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.

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 solo 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):

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ En este sentido se pronunció la *High Court* inglesa en el caso *Vodafone 2 v HMRC* (2008), EWHC 1569; (2008) STC 2391. Nótese que la *High Court*, en su sentencia de julio de 2008, inglesa 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.

- 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 el 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 antisubcapitalización 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).

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 (vid: Informe OCDE, *Thincapitalization*, Paris, 1989, para.79), 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),⁹ en la medida en 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 solo que su endeudamiento es de mercado sino que concurren motivos comerciales válidos¹⁰ que justifican su nivel de endeudamiento. Y de hecho así se han pronunciado tribunales nacionales como la *High Court* británica en el caso *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation vs HMCR*.¹¹

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.

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 transparencia fiscal internacional y subcapitalización. Ciertamente,

⁹ En torno a esta jurisprudencia y sus implicaciones vid. Calderón/Martin, "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 sobre la legislación nacional en materia de imposición directa" en *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE* (Dir. Carmona Fernández), CISS, Valencia, 2010.

¹⁰ Existe un cierto debate, no obstante, sobre si son admisibles tanto los motivos comerciales objetivos como los subjetivos. Vid. 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; y Martin Jimenez 2010, "Operaciones vinculadas y Derecho Comunitario: ¿Es necesaria una reforma del artículo 16 TRLIS?", en (Dir. T.Cordón), EF, Madrid, 2010.

¹¹ Sentencia de 17/11/2009, Case No: HC03C04130, 2009 EWHC 2908 (Ch).

esta resolución/recomendación del ECOFIN puede provocar que algunos Estados miembros pongan en 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 un re-establecimiento 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.