

Sentencia del TJCE de 21 de enero de 2010

Asunto: C-311/08,

Paertes: SGI/*Etat belge*

Síntesis:

Tributación de operaciones vinculadas—Libertad de establecimiento y libre circulación de capitales—Normas que tutelan el reparto poder tributario y previenen la transferencia de bases imponibles—Justificación y condiciones de proporcionalidad de normas anti-tax base shifting.

I. Antecedentes y cuestiones planteadas.

El asunto enjuiciado por el TJCE se plantea con motivo de un litigio entre un contribuyente residente belga (la entidad *Société de Gestion Industrielle*, en adelante SGI) y la Administración tributaria nacional (belga) sobre la aplicación de la normativa de precios de transferencia (el art.26 del *Códe General des impôts sur le revenu*).

Básicamente, la normativa belga articula el principio internacional (OCDE) de plena competencia de forma asimétrica permitiendo el ajuste (extracontable) de operaciones vinculadas exclusivamente con entidades no residentes, no siendo, por tanto, aplicable en un contexto de operaciones vinculadas internas. En concreto, la normativa belga articula una modalidad –la denominada “razonabilidad subjetiva”– del principio de plena competencia a partir del concepto de “*ventaja anormal o benévola*” concedida por una sociedad residente a una no residente, de suerte que tal ventaja existe cuando se concede contraviniendo el orden normal de las cosas, las reglas y usos mercantiles, habida cuenta de las circunstancias económicas del momento y de la situación económica de las partes; una ventaja se considera benévola cuando se concede sin una obligación correspondiente o sin contraprestación.

El conflicto fiscal que generó el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJCE se suscita con motivo de dos operaciones vinculadas realizadas por la entidad holding belga (SGI), a saber:

- a. Una operación de préstamo sin intereses a favor de una filial francesa (*Recydem SA*), participada al 65% por SGI (la holding belga)
- b. Una operación de prestación de servicios por una entidad vinculada luxemburguesa (*Cobelpin SA*) que ostentaba una participación del 34% en el capital de SGI, además de ser su administradora.

La Administración tributaria belga realizó un ajuste positivo sobre la base imponible de SGI en relación con la operación de préstamo imputando un interés de mercado (ficticio) del 5%. Además, se puso de relieve que la operación de préstamo podría ser artificiosa, toda vez que SGI se endeudaba para prestar a su filial francesa en ejercicios donde ésta se encontraba en situación financiera equilibrada obteniendo beneficios.

La operación de prestación de servicios también fue ajustada por las autoridades fiscales belgas, de manera que se excluyó totalmente el gasto (retribuciones de administrador), al considerarse que las

cuantías satisfechas (8.600 euros mensuales) eran desproporcionadas y no guardaban relación económica alguna con la utilidad económica de las prestaciones de que se trataba, esto es, constituían una “ventaja anormal o benévola”.

SGI impugnó las liquidaciones tributarias que articulaban los ajustes y el tribunal de primera instancia de Mons planteó cuestión prejudicial sobre la compatibilidad comunitaria de la normativa belga de operaciones vinculadas que únicamente contemplaba los ajustes positivos cuando la entidad belga concede una ventaja anormal o benévola a una entidad vinculada domiciliada en otro Estado miembro, en tanto que no se aplica cuando la beneficiaria de la ventaja es una entidad residente.

II. Comentario.

Sobre la libertad comunitaria aplicable.

Con carácter preliminar, el Tribunal de Justicia realizó varias consideraciones de interés. En primer lugar, se estableció, tras un interesante debate sobre la “libertad aplicable”, que el asunto (la cuestión prejudicial) debía analizarse principalmente desde la libertad de establecimiento, aunque se admite la posibilidad de análisis a partir de tal libertad y de la libre circulación de capitales. Tal posición se adoptó tras comprobar que la normativa de operaciones vinculadas belga no sólo se plantea sobre situaciones donde existe un “*vínculo de interdependencia*” donde una de las sociedades posee participaciones en el capital de la otra que le permiten ejercer una “*influencia efectiva*” en las decisiones de ésta y determinar sus actividades (lo cual determinaría la aplicación de la libertad de establecimiento de acuerdo con la jurisprudencia *Baars*, C-251/98), sino también sobre otro tipo de situaciones donde exista cualquier tipo de interdependencia, directa o indirecta, entre las sociedades de que se trate que no implique una “*influencia efectiva*” de una sobre las actividades de la otra. Así, se reconoce por el TJCE que la decisión que se adopte en el caso puede afectar igualmente a situaciones cubiertas por la libertad de establecimiento, así como por otras libertades como la libre circulación de capitales. Ello es bastante relevante, en la medida en que ampliaría las consecuencias de esta jurisprudencia (SGI) a situaciones comunitarias donde no existe “*influencia efectiva*” (no se aplica la libertad de establecimiento del art.43 CE) y a situaciones extracomunitarias, esto es, la aplicación del régimen de operaciones vinculadas con países terceros en aplicación de la libre circulación de capitales del art.56 CE. Con todo, el TJCE matizó que en el caso de autos, a la vista de las relaciones de interdependencia entre SGI y Recydem (filial de SGI) y Cobelpin (“matriz” de SGI) procedía responder a las cuestiones planteadas únicamente a la luz de la libertad de establecimiento (arts.43 y 48 CE).

Principales conclusiones resultantes de la sentencia.

Una vez resuelta la cuestión de la libertad comunitaria aplicable el TJCE examinó las cuestiones de fondo alcanzando las siguientes conclusiones:

1ª La existencia de una restricción fiscal a la luz de un enfoque unilateral migrant/non-migrant test (versus enfoque de conjunto del grupo):

La normativa belga es susceptible de generar restricciones al ejercicio de la libertad de establecimiento comunitaria debido a que tal normativa es menos favorable cuando se aplica a operaciones con

entidades vinculadas situadas en otros Estados miembros que cuando están localizadas en Bélgica. En particular, tal diferencia de trato puede agravar la carga fiscal de la entidad que ejerce tal libertad creando una filial en otro Estado miembro, en la medida en que cuando la sociedad residente concede una ventaja anormal a una sociedad comunitaria puede ser objeto de ajuste fiscal incluyendo tal ventaja entre sus beneficios, en tanto que ello no acontece cuando concede tal ventaja a una entidad residente.

Así, el TJCE aplica el *migration/non-migration test* que compara la situación (interna) de una “matriz” residente que concede a una ventaja a una filial residente con una situación (intracomunitaria/internacional) donde una “matriz” residente concede una ventaja anormal a una sociedad (filial/vinculada) domiciliada en otro Estado miembro. El Tribunal de Justicia rechaza una comparación “bilateral” o “de conjunto” entre la situación interna del grupo globalmente considerado (atendiendo a las bases imponibles de las sociedades matriz-filial) versus o frente a la situación internacional del grupo (considerando las bases imponibles de las sociedades matriz-filial). Por tanto, prevalece un análisis comparativo de dos situaciones (*migrant/non-migrant test*): a) una sociedad residente que concede una ventaja a una entidad vinculada residente, y b) una sociedad residente que concede una ventaja a una entidad vinculada no residente (comunitaria).

No obstante, el TJCE aportó un argumento adicional para rechazar el planteamiento esgrimido por los gobiernos belga y alemán en el sentido de que la normativa de operaciones vinculada belga no generaba efectos restrictivos sino que sus efectos eran simétricos sobre situaciones internas y transfronterizas si se consideraban en conjunto las bases imponibles de las sociedades que intervenían en las operaciones vinculadas (enfoque de conjunto o de grupo). Así, el Tribunal de Justicia, siguiendo al A.G. Kokott, argumentó que, por un lado, la tributación de la sociedad beneficiaria en una situación interna no es asimilable a la tributación, en una situación transfronteriza, de la ventaja que se trate a cargo de la sociedad que la haya concedido. Por otro lado, apuntó que la imputación fiscal de renta a una sociedad u otra normalmente tendrá consecuencias fiscales (no neutralidad de la imputación fiscal o el *allocation*). Y en tercer lugar, que en un contexto internacional la normativa de precios de transferencia que permite el ajuste de operaciones vinculadas genera una restricción al existir un riesgo de ajuste no correlativo y doble imposición que el Convenio de Arbitraje no solventa en todo caso (debido a las cargas administrativas y económicas adicionales que conlleva y a su propia limitación de ámbito objetivo que no cubre todas las operaciones vinculadas).

2ª La justificación de la normativa belga de operaciones vinculadas):

El TJCE comenzó indicando que la normativa nacional restrictiva sólo podría admitirse si persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general en el sentido de que su aplicación sea adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo (jurisprudencia *Futura Participations*, C-250/95, *Lasteyrie du Saillant*, C-9/02, *Marks & Spencer*, C-446/03, *Lammers & Van Cleef*, C-105/07).

El Gobierno sueco y la Comisión argumentaron que la normativa controvertida estaba justificada por la necesidad de garantizar un reparto equilibrado del poder tributario entre los Estados miembros, por la prevención de la evasión fiscal y la lucha contra prácticas abusivas, *en su conjunto*. El gobierno belga, sin embargo, invocó únicamente la justificación basada en la prevención de la evasión fiscal, en la medida que

la normativa belga que articula el principio OCDE de plena competencia constituye un mecanismo frente a determinadas conductas o prácticas de evasión fiscal en el marco de los grupos de sociedades.

El Tribunal de Justicia aceptó la argumentación esgrimida por el Gobierno sueco y la Comisión y, apelando a una línea de jurisprudencia precedente (*Marks & Spencer, Oy AA, Lidl Belgium*), admitió que la normativa belga de operaciones vinculadas estaba justificada en razones imperiosas de interés general, a saber: proteger y garantizar el reparto equilibrado de poder tributario entre los Estados miembros y prevenir la evasión fiscal y las prácticas abusivas, *en su conjunto*.

El TJCE razonó que la normativa de operaciones vinculadas perseguía un objetivo legítimo y estaba justificada en una razón imperiosa de interés general, en la medida en que constituía un instrumento adecuado para evitar que se produzcan transferencias de beneficios (anormales o benévolas) en el seno de grupos de sociedades que puedan alterar el reparto equilibrado del poder tributario entre Estados. A su vez, el Tribunal de Justicia reconoció que la normativa de operaciones vinculadas podría justificarse en la prevención de la evasión fiscal, si tuviera como objetivo específico prevenir y proyectarse sobre situaciones que constituyen montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, creados con la finalidad de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios derivados de actividades desarrolladas en el territorio nacional. El TJCE reconoció, aunque veladamente, que la normativa de operaciones vinculadas belga no poseía tal fin específico, al proyectarse sobre montajes puramente abusivos y otros que podrían no serlo. Sin embargo, no dudó en traer a colación su jurisprudencia *Marks & Spencer y Oy AA*, para argumentar que la normativa nacional de operaciones vinculadas puede considerarse justificada igualmente por el objetivo de prevención de la evasión fiscal considerado junto con el del mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre Estados miembros. Es decir, reconoció que existe un riesgo de transferencia de beneficios entre entidades vinculadas (*tax base shifting*) y que pueden arbitrarse tales transferencias a través de montajes puramente artificiales (prevención de la evasión fiscal), de manera que una normativa nacional que pretenda corregir estas situaciones (**operaciones no artificiales o abusivas**) y prácticas (**operaciones artificiales/montajes abusivos carentes de realidad económica**) puede estar justificada desde una perspectiva comunitaria si se toma en consideración su doble fundamento (reparto poder tributario entre Estados y finalidad antievasión fiscal).

Con ello, el TJCE da un paso importante para justificar el principio de plena competencia y las normativas nacionales de precios de transferencia, considerando su denominada “funcionalidad dual”.

Nótese, a su vez, que con esta nueva doctrina de justificación de las normativas nacionales que pivoten sobre el principio OCDE de plena competencia el TJCE está superando su doctrina precedente (la STJCE *Lankhorst*, C-324/00, 2002), dado que en ésta se verificó que la normativa alemana antisubcapitalización se proyectaba sobre operaciones vinculadas con justificación económica válida y sobre montajes abusivos y, precisamente por ello (y no por su carácter discriminatorio) no podía considerarse justificada en la prevención de la evasión fiscal. También en *Test Claimants in the Thin Cap Group* (C-524/04, 2007), el TJCE sigue la estela de *Lankhorst*, aunque la matiza sustancialmente que una normativa (británica) antisubcapitalización solo puede considerarse compatible con el Derecho comunitario cuando se aplica a operaciones que constituyen montajes puramente artificiales carentes de motivos económicos reales, de suerte que la prueba de éstos excluiría la aplicación de tal normativa. En parecidos términos se pronunció frente a la normativa belga antisubcapitalización (STJCE *Lammers & Van Cleeff*, 2008).

3ª El test de proporcionalidad: las condiciones de compatibilidad comunitaria de la normativa de precios de transferencia.

Una vez construida la nueva base o fundamento para justificar la normativa nacional que articula el principio de plena competencia, el TJCE estableció las condiciones aplicativas de la misma que resultan acordes o adecuadas desde una perspectiva comunitaria. Y, lo cierto, es que tales condiciones de compatibilidad comunitaria se establecen por parte del TJCE atendiendo a su jurisprudencia precedente vertida sobre cláusulas nacionales (y discriminatorias) antisubcapitalización, esto es, básicamente su STJCE en el caso *Test Claimants in the Thin Cap Group*.

Así las cosas, la compatibilidad comunitaria de la normativa nacional de precios de transferencia/subcapitalización pasa por su aplicación efectiva en las siguientes condiciones materiales y procedimentales:

- a. La normativa sólo puede proyectarse en la práctica (ajuste/corrección valorativa) sobre montajes artificiales con “fines fiscales”, de suerte que la determinación de la existencia de tales montajes artificiales debe realizarse de forma casuística (no indiscriminada o generalizada) y sobre la base de un examen de elementos objetivos y verificables.
- b. En cada caso en que exista la sospecha de que una transacción va más allá de lo que las sociedades interesadas habrían convenido en circunstancias de plena competencia, el contribuyente puede presentar, sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, elementos relativos a los posibles “motivos comerciales” por los que se celebró la transacción (en unas determinadas condiciones: precio). Por tanto, si el contribuyente probara la justificación comercial de la operación y/o del precio no cabría ni ajuste valorativo ni “no reconocimiento” (“disregard”) de la operación. A mi juicio, ello incluye admitir la justificación comercial/empresarial de las operaciones dentro de la propia lógica de un grupo, la cual puede ser en ocasiones diferente a la de las operaciones entre partes independientes (tal y como ha admitido la OCDE en el año 2008, en su Borrador de Informe sobre *Transfer Pricing and Business Restructuring*). Es decir, hay operaciones que no se realizan por partes independientes pero sí son perfectamente legítimas en el marco de un grupo empresarial, dado que la lógica económica y comercial que preside unas y otras es diferente. Del mismo modo, las “razones comerciales” que pueden justificar que un contribuyente se separe de un “rango de precios de mercado estimados” --me refiero al rango resultante de los comparables externos-- deben entenderse en sentido amplio, considerando: a) las diferencias materiales entre la operación vinculada y la comparada: volumen, diferencias de volumen, de producto/servicio, de mercado; b) estrategias comerciales: posicionamiento competitivo en un mercado, política de expansión; c) situación de pérdidas continuadas de la entidad vinculada, no resultantes directamente de las operaciones vinculadas; d) riesgos de mercado/país; etc.

A mi juicio, la consideración global de todos estos factores objetivos (razones comerciales que inciden materialmente en los precios de transferencia) están reconocidos por la propia OCDE en sus Directrices de Precios de Transferencia (la razonabilidad objetiva). Es cierto que la vertiente regulatoria y aplicativa de esta razonabilidad objetiva no ha experimentado la evolución y desarrollo que hubiera sido deseable --en general este defecto técnico de desregulación material es imputable a un gran número de cuestiones-- y nos encontramos con una “zona de sombras” en el momento aplicativo, tanto para el contribuyente como para las administraciones tributarias. También es cierto que tal razonabilidad objetiva implica subjetivizar en gran medida la aplicación del principio de plena competencia, pero ello es algo intrínseco al mismo

como se indica a lo largo y ancho de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia.

- c. La norma de corrección de beneficios sólo puede aplicarse efectivamente cuando, tras la comprobación de los elementos objetivos que rodean la situación y las alegaciones presentadas por el contribuyente sobre los motivos comerciales de la operación, se constata que la transacción va más allá de lo que sociedades vinculadas habrían convenido en circunstancias de plena competencia.

A este respecto, cabría hacer dos consideraciones. Por un lado, que la carga de la prueba sobre la aplicación de las condiciones de aplicabilidad de la normativa de precios de transferencia no puede ser asignada con exclusividad a ninguna de las partes, sino que la Administración tributaria y los propios contribuyentes deben desplegar un esfuerzo probatorio en el marco del procedimiento; las autoridades fiscales deben comprobar el conjunto de elementos objetivos que concurren en la operación y la fijación de los precios de transferencia y el contribuyente debe colaborar aportando los elementos objetivos y subjetivos con trascendencia económica o comercial que consideró a la hora de fijar los precios, de forma que no pueden ser considerados como arbitrarios o desproporcionados respecto de los que acuerdan partes independientes en situaciones comparables.

Por otro lado, consideramos que el ajuste o corrección sólo debe proyectarse sobre operaciones sin justificación comercial o empresarial, considerando la propia lógica económica de un grupo empresarial, como aquellas cuyos precios fueran arbitrarios o artificiales por no estar soportados económicamente o bien por resultar desproporcionados respecto de la ventaja o utilidad económica que remuneran.¹ En el fondo, esta posición enlaza en gran medida con la doctrina OCDE sobre la razonabilidad objetiva en la aplicación del principio de plena competencia, en el sentido de reconocer la necesidad de evitar el automatismo en la aplicación de la normativa de precios de transferencia considerando la existencia de múltiples situaciones y factores que pueden conducir a las partes independientes (y dependientes) a fijar los precios de las operaciones de forma heterogénea dependiendo de un conjunto de elementos objetivos. La aplicación de la normativa de precios de transferencia requiere el ejercicio de un “juicio” de razonabilidad objetiva sobre la admisibilidad de tales criterios y sobre su influencia sobre la fijación de los precios, de suerte que sólo aquellos que carezcan de explicación plausible desde una perspectiva de la razonabilidad económica o comercial (considerando el conjunto de elementos presentes en la transacción vinculada: análisis funcional, estrategias de mercado, etc) deben ser objeto de ajuste: precios fijados arbitrariamente o desproporcionados. Ello permitiría, por tanto, el ajuste de operaciones que no son montajes puramente abusivos o totalmente artificiales –operaciones reales–, cuando los precios convenidos no se han fijado correctamente de acuerdo con la normativa de precios de transferencia.

Por tanto, este posicionamiento del TJCE, a nuestro juicio, no sólo se reconcilia fácilmente con la doctrina OCDE (Directrices de Precios de Transferencia y Borrador de Informe OCDE sobre *Transfer Pricing and Business Restructuring*), sino que establece unas condiciones de compatibilidad comunitaria de la normativa de precios de transferencia que pasan por excluir la realización de ajustes basados en una aplicación automática y no ponderada de comparables (especialmente los externos obtenidos de las bases de datos comerciales como Amadeus). Ciertamente, tal aplicación automática o no ponderada

1 Ni que decir tiene que las operaciones vinculadas no reales, donde en realidad no existe una verdadera prestación (venta de mercancías, prestación de servicios, cesión de activos), o donde existe una calificación jurídica incorrecta del negocio pueden ser objeto de regularización a través de otras cláusulas antiabuso.

sólo puede tener sentido cuando el contribuyente se niega a colaborar o no aporta una explicación plausible (fundamentada económicamente y dotada de razonabilidad o motivación comercial) que permita considerar que tales precios no son arbitrarios.

- d. El ajuste sólo puede recaer sobre la fracción de la renta que supere lo que habría sido convenido de no existir una relación de interdependencia entre las entidades vinculadas. A mi juicio, a través de esta y las anteriores condiciones el TJCE estaría realizando reconocimiento implícito de la validez del rango de mercado y de la posibilidad de ajuste fuera de él (si no median razones comerciales que justifiquen el precio), también en línea con la doctrina OCDE.

III. Fallo.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

El artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE, debe interpretarse, en el sentido de que, en principio, no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual las ventajas anormales o benévolas se gravan como beneficios de la sociedad residente cuando han sido concedidas a una sociedad domiciliada en otro Estado miembro con la que mantiene vínculos directos o indirectos de interdependencia, mientras que una sociedad residente no queda gravada por tal ventaja cuando ésta se ha concedido a otra sociedad residente con la que mantiene tales vínculos. No obstante, incumbe al tribunal remitente comprobar que la normativa controvertida en el procedimiento principal no va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos que persigue, considerados conjuntamente.

