Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. NICHOLAS EMILIOU
presentadas el 14 de marzo de 2024[1]

Asunto C-585/22

X BV
contra
Staatssecretaris van Financiën

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos)]

«Procedimiento prejudicial — Libertad de establecimiento — Artículo 49 TFUE — Impuesto sobre sociedades — Préstamo intragrupo transfronterizo destinado a financiar una adquisición externa — Imposibilidad de deducir los intereses de tal préstamo de la base imponible — Montaje puramente artificial — Concepto — Proporcionalidad»

I. Introducción

1. El conocido apotegma de Benjamin Franklin, «en esta vida no hay nada seguro, salvo la muerte y los impuestos», describe una verdad universal. Sin embargo, a menudo parece que la naturaleza humana tiene una predisposición que le hace tender a eludir tales circunstancias inevitables.

2. La presente petición de decisión prejudicial se enmarca en el contexto de disposiciones de Derecho interno relativas al impuesto sobre sociedades, destinadas específicamente a luchar contra las prácticas de elusión fiscal. En virtud de dicha normativa, se presume, en determinadas circunstancias, que la deuda de un contribuyente, a través de un préstamo concedido por una entidad vinculada, a efectos de adquirir o ampliar una participación en otra entidad, constituye un montaje artificial diseñado para erosionar la base imponible de los Países Bajos. Por consiguiente, se prohíbe que dicha persona deduzca los intereses de la deuda de la base imponible, a menos que pueda desvirtuar tal presunción.

3. Mediante esta petición del Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos) se solicita al Tribunal de Justicia que precise su jurisprudencia relativa, entre otras cosas, a la libertad de establecimiento prevista en el artículo 49 TFUE, en particular, la cuestión de si es compatible con dicha libertad que las autoridades tributarias de un Estado miembro denieguen a una sociedad perteneciente a un grupo transfronterizo el derecho a deducir de su base imponible los intereses que abona por el préstamo. En particular, se insta al Tribunal de Justicia a que precise

[1] Lengua original: inglés.

su postura expuesta en la sentencia Lexel,[2] sobre si los préstamos intragrupo, a tales efectos, pueden considerarse montajes puramente artificiales aunque se concedan en condiciones de plena competencia y los intereses se fijen al tipo habitual de mercado.

II. Marco jurídico

4. El artículo 10a de la Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1969; en lo sucesivo, «Ley del Impuesto sobre Sociedades»), en su versión vigente durante los hechos del litigio principal, dispone:

«1. En la determinación del beneficio […], no se deducirán los intereses —incluidos los gastos y los resultados derivados del cambio de divisa— relativos a las deudas contraídas de hecho o de derecho, directa o indirectamente, con una entidad o persona física vinculada, siempre que la deuda guarde relación directa o indirecta, de hecho o de derecho, con una de las operaciones jurídicas siguientes:

[…]

c. la adquisición o ampliación por el sujeto pasivo, por una entidad vinculada al sujeto pasivo y sujeta al impuesto sobre sociedades o por una persona física vinculada al sujeto pasivo, residente en los Países Bajos, de una participación en una entidad que se convierta en una entidad vinculada al sujeto pasivo con posterioridad a la adquisición o ampliación de dicha participación.

[…]

3. El apartado 1 no será aplicable si el sujeto pasivo acredita que:

a. el préstamo y la operación jurídica vinculada a la que aparece ligado se basan principalmente en razones económicas; o

b. en definitiva, se gravan los intereses al sujeto pasivo a quien de hecho o de derecho, directa o indirectamente, se adeudan esos intereses con un impuesto sobre los beneficios o la renta, que, según los criterios aplicados en los Países Bajos, sea razonable […]. Un impuesto que grave los beneficios será razonable, según los criterios aplicados en los Países Bajos, si conlleva un tipo impositivo como mínimo del 10 % de la base imponible determinada de conformidad con dichos criterios […].

4. A efectos del presente artículo […], se considerarán entidades vinculadas al sujeto pasivo:

a. la entidad en la que el sujeto pasivo tenga una participación, como mínimo, de una tercera parte;

b. la entidad que tenga en el sujeto pasivo una participación, como mínimo, de una tercera parte;

c. la entidad en la que un tercero tenga una participación, como mínimo, de una tercera parte, cuando dicho tercero tenga a su vez una participación, como mínimo, de una tercera parte en el sujeto pasivo;

[2] Sentencia de 20 de enero de 2021, Lexel (C-484/19, en lo sucesivo, «sentencia Lexel», EU:C:2021:34).

[…]».

III. Hechos, procedimiento nacional y cuestiones prejudiciales

5. La sociedad X (en lo sucesivo, «X» o «recurrente») es una sociedad *holding*, constituida con arreglo al Derecho neerlandés. Pertenece a un grupo multinacional que comprende, entre otras, a las sociedades A y C (en lo sucesivo, respectivamente, «A» y «C»).

6. A es la sociedad matriz domiciliada en Bélgica. Es la única accionista de la recurrente y titular de la mayor parte del capital de C.

7. C es un banco interno, asimismo con domicilio social en Bélgica. Ofrece servicios intragrupo, entre los que se incluyen servicios de reestructuración y gestión financieras. Entre 1999 y 2010 tenía la condición, a efectos fiscales, de «centro de coordinación» con arreglo al Derecho belga, lo que le permitía beneficiarse de un régimen fiscal preferente en virtud del cual su base imponible se determinaba a tanto alzado.

8. En 2000, X adquirió el capital de la sociedad F (en lo sucesivo, «F»), con domicilio social en los Países Bajos. A raíz de dicha adquisición, F se convirtió en una entidad vinculada a la recurrente.

9. X financió esta adquisición mediante préstamos contraídos con C. Esta última sociedad los concedió con cargo a sus fondos propios, que había obtenido poco antes a raíz de una aportación de capital por parte de A. Los préstamos en cuestión contemplaban intereses fijados al tipo normal de mercado.

10. A partir del 1 de enero de 2001, X y F fueron consolidadas en una unidad fiscal, en la que X fue designada como sociedad matriz. Esta última sociedad era, por tanto, la obligada al pago del impuesto adeudado tanto por ella como por F. X también podía deducir los gastos por intereses pagados a C de los beneficios generados por F. Debido a esta deducción, la unidad fiscal estaba sujeta a un impuesto sobre sociedades muy reducido en los Países Bajos.

11. En 2007, X dedujo, en su declaración del impuesto sobre sociedades, los intereses de los préstamos contratados con C. No obstante, el Staatssecretaris van Financiën (Secretario de Estado de Hacienda, Países Bajos) no admitió esta deducción sobre la base del artículo 10a de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

12. La recurrente impugnó dicha denegación ante el Rechtbank Gelderland (Tribunal de Primera Instancia de Güeldres, Países Bajos) y posteriormente ante el Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Tribunal de Apelación de Arnhem-Leeuwarden, Países Bajos).

13. Mediante resolución de 20 de octubre de 2020, este último órgano jurisdiccional concluyó que la denegación de la deducción de los intereses era compatible con el Derecho de la Unión. Declaró que el objetivo de esta normativa (que es impedir la erosión de la base imponible de los Países Bajos mediante prácticas abusivas, por las cuales los gastos por intereses generados artificialmente se deducen de los beneficios) estaba justificado y era proporcionado.

14. La recurrente interpuso recurso de casación contra dicha resolución ante el Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos).

15. Conforme a la jurisprudencia reiterada de dicho órgano jurisdiccional, las deudas contraídas de manera arbitraria y sin justificación económica constituyen montajes puramente artificiales, destinados únicamente a crear un gasto deducible, con independencia de si el tipo de interés es idéntico al que se habría acordado entre empresas no vinculadas en condiciones de libre competencia.

16. Por consiguiente, en línea con las apreciaciones del Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Tribunal de Apelación de Arnhem-Leeuwarden), el órgano jurisdiccional remitente considera que, cuando concurren tales circunstancias, la denegación total de la deducción de intereses a los deudores es adecuada y proporcionada, puesto que dicha medida tiene por objeto luchar contra la elusión fiscal y va dirigida específicamente a los casos en los que la deuda se ha generado mediante un montaje puramente artificial.

17. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si, a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Lexel, esta postura es correcta.

18. En efecto, dicha sentencia puede interpretarse en el sentido de que las operaciones intragrupo, como el endeudamiento con una entidad vinculada al contribuyente, no pueden considerarse montajes puramente artificiales si se efectúan en condiciones de plena competencia. Si tal interpretación fuera correcta, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, además, sobre la compatibilidad de la denegación total de la deducción de los intereses con el principio de proporcionalidad del Derecho de la Unión.

19. Por último, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si reviste alguna importancia la distinción entre el Derecho nacional controvertido en el presente asunto, relativo tanto a las reestructuraciones internas como a las adquisiciones externas, y la legislación controvertida en la sentencia Lexel, que no se refería a las adquisiciones externas.

20. En tales circunstancias, el Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Deben interpretarse los artículos 49 TFUE, 56 TFUE y 63 TFUE en el sentido de que se oponen a una normativa nacional con arreglo a la cual no son deducibles en la determinación del beneficio del contribuyente los intereses devengados en virtud de un préstamo concedido por una entidad vinculada, relacionado con la adquisición o ampliación de la participación en el capital de una entidad que, tras dicha adquisición o ampliación, se convierte en entidad vinculada, al considerarse que dicha deuda constituye un montaje puramente artificial (o forma parte de tal montaje), con independencia de que la deuda en sí se haya contratado en condiciones de plena competencia?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿deben interpretarse los artículos 49 TFUE, 56 TFUE y 63 TFUE en el sentido de que se oponen a una normativa nacional con arreglo a la cual, en la determinación del beneficio del contribuyente, se deniega la deducción íntegra de los intereses devengados por un préstamo concedido por una entidad vinculada que es considerado un montaje puramente artificial (o que forma parte de tal montaje) y relacionado con la adquisición o ampliación de una participación en el capital de una entidad que, tras dicha adquisición o ampliación, se convierte en entidad vinculada, incluso en caso de que los referidos intereses en sí no superen el importe que se habría pactado entre empresas independientes?

3) ¿Reviste alguna relevancia en la respuesta que se dé a las cuestiones primera o segunda el hecho de que la adquisición o ampliación de la participación en cuestión se refiera a) a una entidad que ya era antes de tal adquisición o ampliación una entidad vinculada al contribuyente, o b) a una entidad que pasa a estar vinculada al contribuyente solamente después de dicha adquisición o ampliación?»

21. Han presentado observaciones escritas la recurrente, los Gobiernos belga, español y neerlandés, y la Comisión Europea. La recurrente y los Gobiernos español y neerlandés, así como la Comisión, formularon observaciones orales en la vista celebrada el 15 de noviembre de 2023.

IV. Análisis

22. Las tres cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente tienen su origen en las normas relativas al impuesto sobre sociedades de los Países Bajos. Estas cuestiones se refieren, más concretamente, al problema siguiente: mientras que, con arreglo a dicha normativa, una sociedad con residencia fiscal en los Países Bajos, en principio, puede deducir de su base imponible los intereses de las deudas que haya contraído y, por tanto, reducir su deuda tributaria, la disposición controvertida, a saber, el artículo 10a, apartado 1, letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades restringe esa posibilidad en el caso de los préstamos intragrupo.

23. Esta disposición se aplica cuando el contribuyente contrae una deuda con una entidad vinculada, es decir, con otra empresa del mismo grupo, por ejemplo, un banco interno, para financiar una adquisición o una ampliación de una participación en una entidad que ya era una entidad vinculada al contribuyente antes de dicha adquisición o ampliación (reestructuración interna) o en una entidad que solo a raíz de esas operaciones se convierte en una entidad vinculada (adquisición externa).

24. En cualquiera de los dos supuestos, se prohíbe al contribuyente deducir los intereses correspondientes a tal deuda, aun cuando los intereses sean equivalentes a los que se habrían acordado con una entidad no vinculada, como un banco externo. Esto se debe a que dicha disposición establece una presunción según la cual la deuda contraída con otra sociedad del mismo grupo constituye (o forma parte de)[3] un montaje puramente artificial, cuya única finalidad consiste en erosionar la base imponible de los Países Bajos.

25. Sin embargo, con arreglo al artículo 10a, apartado 3, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, el contribuyente puede desvirtuar esa presunción y, por tanto, deducir los intereses de su base imponible si acredita que a) el préstamo, en realidad, se basa principalmente en razones económicas, o b) que, en definitiva, los intereses percibidos por la sociedad prestamista soportan un impuesto sobre los beneficios o la renta que, según los criterios aplicados en los Países Bajos, es razonable (es decir, en torno al 10 % de tipo impositivo).

26. Mediante sus tres cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, en esencia, si dicha normativa nacional es compatible con el artículo 49 TFUE, relativo a la libertad de establecimiento, con el artículo 56 TFUE, relativo a la libre prestación de servicios, y con el artículo 63 TFUE, relativo a la libre circulación de capitales.

[3] Un montaje de este tipo puede estar compuesto por varias fases, entre ellas, el préstamo (véase, por ejemplo, el punto 92 de las presentes conclusiones).

27. Dado que estas cuestiones se refieren a varias libertades fundamentales, procede determinar, con carácter preliminar, cuál es la libertad pertinente en el presente asunto (sección A). A continuación, examinaré si el Derecho nacional controvertido crea una restricción a la libertad pertinente (sección B), antes de analizar si tal restricción es admisible (sección C).

A. La libertad pertinente es la libertad de establecimiento

28. Según reiterada jurisprudencia, para determinar la libertad fundamental aplicable a una determinada normativa nacional procede tomar en consideración el objeto de dicha normativa. [4]

29. Como alegan los Gobiernos interesados en el procedimiento y la Comisión, me parece claro que, habida cuenta de su finalidad, el artículo 10a, apartado 1, letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades se refiere a la libertad de establecimiento, consagrada en el artículo 49 TFUE.

30. A este respecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que las normas nacionales que solo se refieren a las relaciones en el seno de un grupo de sociedades afectan principalmente a la libertad de establecimiento, de conformidad con el artículo 49 TFUE. De forma similar, una legislación nacional que esté destinada a aplicarse únicamente a las participaciones que permitan a su titular ejercer una influencia cierta en las decisiones de la sociedad y decidir sobre sus actividades también está comprendida en el ámbito de aplicación de esta disposición del Derecho de la Unión. [5]

31. Debe recordarse que el artículo 10a, apartado 1, letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades se aplica cuando un contribuyente contrae una deuda i) con una «entidad vinculada» y ii) para la financiación de una adquisición o ampliación de una participación en una entidad que ya estaba «vinculada» a esa persona con anterioridad a la adquisición o la ampliación, o en una entidad que se convierte en «vinculada» a esa persona a raíz de esas operaciones. Con arreglo al artículo 10a, apartado 4, se considerará que nos encontramos ante entidades «vinculadas», a efectos de la primera disposición, cuando cada una de ellas posea, directa o indirectamente, al menos el 33,3 % de las participaciones de la otra, o cuando una entidad tercera posea el 33,3 % de las participaciones de ambas entidades.

32. Por consiguiente, las disposiciones controvertidas se refieren únicamente a las relaciones dentro de un grupo de sociedades, ya que su objeto se limita a los préstamos intragrupo. Además, solo se aplican a los intereses de un préstamo de este tipo contratado por el contribuyente con vistas a la adquisición de un porcentaje de participación lo suficientemente elevado como para permitirle ejercer una influencia real en la entidad de que se trate. [6] En efecto, la resolución de remisión precisa que X posee, efectivamente, una participación en F que es significativamente superior al mínimo exigido por dichas disposiciones.

33. Por consiguiente, considero oportuno examinar el Derecho nacional controvertido y responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente únicamente a la luz del artículo 49 TFUE. [7]

[4] Véase, entre otras, la sentencia de 16 de febrero de 2023, Gallaher (C-707/20, en lo sucesivo, «sentencia Gallaher», EU:C:2023:101), apartado 55 y jurisprudencia citada.

[5] Sentencia Gallaher, apartados 56 a 58 y jurisprudencia citada.

[6] Véase, en este sentido, la sentencia de 13 de octubre de 2022, Finanzamt Bremen (C-431/21, EU:C:2022:792), apartados 25 y 26.

[7] En el supuesto de que la legislación nacional controvertida tuviera efectos restrictivos sobre la libre prestación de servicios o sobre la libre circulación de capitales, tales efectos serían las consecuencias inevitables de dicho obstáculo a la libertad de establecimiento, de modo que no resulta necesario realizar una valoración por separado. Véase la sentencia Gallaher, apartado 61 y jurisprudencia citada.

B. La normativa nacional supone una restricción a la libertad de establecimiento

34. Cabe recordar que la libertad de establecimiento que el artículo 49 TFUE reconoce a los nacionales de la Unión Europea comprende, conforme al artículo 54 TFUE, para las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal en el seno de la Unión, el derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro por medio de una filial, sucursal o agencia. [8]

35. En el presente asunto, X alega que el artículo 10a, apartado 1, letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades supone una restricción a esta libertad, ya que tal disposición ha establecido para las situaciones transfronterizas un trato menos favorable que para las puramente internas.

36. En particular, X sostiene que, si el contribuyente contrata un préstamo con una entidad vinculada (por ejemplo, el banco interno del grupo al que pertenece) domiciliada en los Países Bajos, puede deducir sistemáticamente de su base imponible los intereses de dicho préstamo, ya que el requisito establecido en el artículo 10a, apartado 3, letra b), de la Ley se sigue cumpliendo. Evidentemente, la entidad vinculada está sujeta, por lo que respecta a dichos intereses, a un impuesto sobre los beneficios o sobre la renta «que, según los criterios aplicados en los Países Bajos, sea razonable», ya que se aplica el tipo impositivo neerlandés, que es del 10 %. En cambio, si el contribuyente contrata tal préstamo con una entidad vinculada domiciliada en otro Estado miembro, le resulta más difícil deducir los intereses de dicho préstamo, ya que este requisito no siempre se cumple, dado que otros Estados miembros pueden aplicar a esa entidad un impuesto sobre los beneficios o sobre la renta más reducido, como hizo Bélgica con respecto a C en el momento de los hechos. Cuando no se cumple dicho requisito, el contribuyente solo puede obtener esa ventaja cumpliendo el requisito establecido en el artículo 10a, apartado 3, letra a), es decir, demostrando que el préstamo y la operación jurídica vinculada a la que aparece ligado se basan principalmente en razones económicas. El órgano jurisdiccional remitente y la Comisión comparten esta apreciación.

37. En cambio, el Gobierno neerlandés alega que no existe restricción alguna a la libertad de establecimiento. Señala que, en el asunto principal, solo A (la sociedad matriz), domiciliada en Bélgica, ejerció dicha libertad, en particular, al constituir su filial X en los Países Bajos. Precisa que la libertad de establecimiento pretende garantizar a la sociedad matriz el beneficio del trato nacional en el Estado miembro en el que crea una filial, al prohibir toda discriminación basada en el lugar de su domicilio social. En el caso de autos, considera que tal discriminación no se desprende del artículo 10a, apartado 1, letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. En efecto, a su juicio, por lo que respecta a la posibilidad de que una sociedad domiciliada en los Países Bajos pueda deducir los intereses de los préstamos intragrupo, esta disposición se aplica del mismo modo tanto si la sociedad matriz esta domiciliada en los Países Bajos como si lo está en otro Estado miembro. [9]

38. Con carácter subsidiario, el Gobierno neerlandés sostiene que, aunque la ubicación de la entidad prestamista, a saber, el banco interno del grupo, fuera una consideración pertinente a la hora de apreciar la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento, tampoco habría una diferencia de trato constitutiva de tal restricción. En efecto, aduce que el artículo 10a, apartado 1, letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades se aplica sin distinción a las deudas contraídas entre entidades vinculadas domiciliadas en los Países Bajos y a las deudas contraídas

[8] Véase, entre otras, la sentencia de 8 de octubre de 2020, Impresa Pizzarotti (Ventaja anormal concedida a una sociedad no residente) (C-558/19, EU:C:2020:806), apartado 21.

[9] El Gobierno neerlandés se refiere, por analogía, a la sentencia Gallaher, apartados 69 a 74.

entre entidades vinculadas domiciliadas en diferentes Estados miembros, y la condición que se contempla en el artículo 10a, apartado 3, letra b), puede, de hecho, satisfacerse incluso cuando el banco interno tiene su domicilio en otro Estado miembro. El Gobierno español comparte, en esencia, este punto de vista.

39. Comparto la opinión de X y de la Comisión.

40. Ciertamente, como señala el Gobierno neerlandés, el punto central del análisis en este asunto debe ser si el artículo 10a, apartado 1, letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades restringe la libertad de establecimiento de A, ya que es la única sociedad que ha hecho uso de dicha libertad, en particular, al constituir una filial (X) en un Estado miembro (los Países Bajos) distinto del de su domicilio social (Bélgica). Asimismo, admito que esta disposición no implica una discriminación basada en el lugar del domicilio de dicha sociedad. En virtud de la citada disposición, la filial de A, X, habría sido tratada del mismo modo si A hubiera tenido su domicilio social en los Países Bajos y no en Bélgica.

41. Sin embargo, el concepto de restricción a la libertad de establecimiento no se limita a tal discriminación. Si bien las disposiciones del TFUE relativas a esta libertad tienen por objeto asegurar que se disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que la libertad de establecimiento es muy amplia. Así, deben considerarse restricciones a dicha libertad todas aquellas medidas que prohíban su ejercicio, lo obstaculicen o le resten interés. [10]

42. En el presente asunto, ha de señalarse, antes de nada, que, si las disposiciones controvertidas del Derecho neerlandés tratan de manera diferente, con respecto a la posibilidad de deducir los intereses de un préstamo intragrupo, a una filial (como X) residente fiscal de una sociedad matriz domiciliada en otro Estado miembro (como A) en función de que el banco interno del grupo que concedió dicho préstamo (en el caso de autos, C) esté domiciliado en los Países Bajos o en otro Estado miembro, esa diferencia de trato puede restar interés al ejercicio, por la sociedad matriz, de su libertad de establecimiento.

43. Tal diferencia podría disuadir a la sociedad matriz de estructurar su grupo de la manera que considere adecuada y de domiciliar su banco interno en un Estado miembro distinto de los Países Bajos. *De facto*, coloca a los grupos de sociedades transfronterizos, cuya existencia se deriva del ejercicio de la libertad de establecimiento, en una situación de desventaja frente a los grupos que son «puramente internos» de los Países Bajos. En efecto, los primeros, a diferencia de los segundos, a menudo se estructurarán de modo que su banco interno esté situado en otro Estado miembro.

44. El razonamiento es el mismo si se invierte la perspectiva y se parte del supuesto hipotético, mencionado por el Gobierno neerlandés, en el que A tuviera su domicilio social en los Países Bajos. También en este supuesto, tal diferencia de trato podría hacer menos atractivo el ejercicio por parte de dicha sociedad de su libertad de establecimiento mediante la creación de un banco interno en otro Estado miembro. [11] En efecto, si dicha sociedad lo hiciera, podría sufrir una desventaja en relación con una sociedad similar que no ejerciera esa libertad y que, por el contrario, constituyera un banco interno en los Países Bajos.

[10] Sentencia de 21 de diciembre de 2023, Cofidis (C-340/22, EU:C:2023:1019), apartado 40 y jurisprudencia citada.

[11] Véase, por analogía, la sentencia de 22 de febrero de 2018, X y X (C-398/16 y C-399/16, en lo sucesivo, «sentencia X y X», EU:C:2018:110), apartado 32.

45. En mi opinión, en su sentencia Lexel, el Tribunal de Justicia [12] confirma esta interpretación. Cabe recordar que este asunto versa sobre la imposibilidad, en Derecho sueco, de que una sociedad sueca, que forma parte de un grupo internacional, deduzca los intereses de una deuda contraída con el banco interno del grupo, a saber, otra sociedad domiciliada en Francia. La sociedad matriz de dicho grupo también tenía su domicilio social en Francia. En ese asunto, la diferencia de trato radicaba en el hecho de que, si el banco interno hubiera estado en Suecia, la deducción hubiera sido posible. El Tribunal de Justicia consideró, fundadamente, que tal diferencia constituía una restricción a la libertad de establecimiento. [13]

46. Por otra parte, ha de observarse que las disposiciones controvertidas del Derecho neerlandés parecen crear, en efecto, tal diferencia de trato basada en el domicilio social del banco interno de los grupos de sociedades.

47. Como alega el Gobierno neerlandés, está claro que las disposiciones pertinentes del Derecho neerlandés no distinguen directamente en función de que el banco interno que haya concedido al sujeto pasivo el préstamo intragrupo esté domiciliado en los Países Bajos o en otro Estado miembro. [14] En particular, el criterio que establece el artículo 10a, apartado 3, letra b), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades no es si ese banco, en relación con esos intereses, está sujeto a un impuesto sobre los beneficios o sobre la renta «en los Países Bajos». Se trata de una diferencia notable con respecto al asunto que dio lugar a la sentencia Lexel, en el que un requisito análogo exigía, para poder deducir los intereses, que el banco interno tributara en Suecia. [15]

48. No obstante, como alega X, el criterio utilizado en el artículo 10a, apartado 3, letra b), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades —a saber, que el banco interno esté sujeto, por dichos intereses, a «un impuesto sobre los beneficios o la renta, que, según los criterios aplicados en los Países Bajos, sea razonable» (es decir, como mínimo del 10 %)—, si bien parece objetivo, puede ser desfavorable *de facto* para las situaciones transfronterizas. [16]

49. Es cierto que las alegaciones del Gobierno neerlandés en sentido contrario tienen cierto peso. Dicho Gobierno sostiene, por analogía con la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Köln-Aktienfonds Deka, [17] que este criterio no es específico del mercado neerlandés, de modo que únicamente puede cumplirse cuando los contribuyentes obtienen préstamos intragrupo de bancos internos domiciliados en los Países Bajos. Considera que, en el momento de los hechos, todos los Estados miembros aplicaban un tipo del impuesto sobre sociedades del 10 % o superior. Así pues, en su opinión, este requisito se cumple, como regla general, incluso cuando el préstamo se obtiene de bancos internos domiciliados en otros Estados miembros, salvo en la situación excepcional en la que el banco en cuestión disfruta (como C) de un régimen fiscal preferente en el Estado en el que tiene su domicilio social. Dicho Gobierno afirma, asimismo, que, en determinadas circunstancias, los intereses de los préstamos tributan a un tipo inferior al 10 % en los Países Bajos. Por consiguiente, estima que existen situaciones en las que las condiciones previstas en el artículo 10a, apartado 3, letra b), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades no se

[12] Apartados 35 a 41.

[13] Véase, asimismo, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, en lo sucesivo, «sentencia Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation», EU:C:2007:161), apartado 95.

[14] Véase, por analogía, la sentencia X y X, apartado 35.

[15] Véase la sentencia Lexel, apartados 12 y 38.

[16] Véase, por analogía, la sentencia de 9 de septiembre de 2021, Real Vida Seguros (C-449/20, EU:C:2021:721), apartados 20 y 21.

[17] Sentencia de 30 de enero de 2020 (C-156/17, EU:C:2020:51), apartado 56.

cumplen, aunque el banco interno esté domiciliado en ese Estado miembro. De este modo, concluye que no se disuade a una sociedad matriz como A de establecer un banco en un Estado miembro distinto de los Países Bajos, ni esta resultaría perjudicada si decidiera hacerlo.

50. Ahora bien, en mi opinión, las legislaciones nacionales no tienen que utilizar necesariamente criterios propios de un mercado nacional, ni en beneficio *exclusivo* de las sociedades nacionales que radican en él, para que las situaciones transfronterizas resulten desfavorables *de facto*. A este respecto, la cuestión crucial es si los criterios que utilizan pueden afectar *más* a las situaciones transfronterizas que a las meramente internas. Para determinar si es así en el presente asunto, procedería comparar la proporción (potencial) de grupos de sociedades con bancos internos domiciliados en los Países Bajos que no podrían cumplir el requisito establecido en el artículo 10a, apartado 3, letra b), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades con la proporción (potencial) de grupos de sociedades con bancos internos en otros Estados miembros que se verían perjudicados por ese requisito. [18]

51. Aunque corresponde al órgano jurisdiccional remitente realizar esta comprobación, parece que, proporcionalmente, la segunda categoría de grupos de sociedades se ve más afectada que la primera por el requisito en cuestión.

52. Por un lado, el Gobierno neerlandés admitió, en la vista, que el requisito establecido en el artículo 10a, apartado 3, letra b), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades se cumple prácticamente *siempre* cuando el banco interno tiene su domicilio en los Países Bajos. En efecto, en los Países Bajos los gastos por los intereses de un préstamo tributan a un tipo inferior al 10 % únicamente en el supuesto anecdótico en que el préstamo es concedido por una fundación o una asociación que no desarrolla una actividad mercantil. En la vista, X alegó, y dicho Gobierno confirmó, que esta excepción nunca se aplica a los bancos comerciales internos, como C, y que el Derecho neerlandés no contempla ninguna otra excepción. Por tanto, la proporción de grupos de sociedades que disponen de bancos internos con domicilio social en los Países Bajos que no pueden cumplir este requisito es insignificante.

53. Por otro lado, el Gobierno neerlandés admite que el requisito establecido en el artículo 10a, apartado 3, letra b), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades no se cumple cuando el banco interno tiene su domicilio en un Estado miembro que le aplica un régimen fiscal preferente. Es razonable suponer que en los veintisiete Estados miembros de la Unión Europea existan regímenes similares. Por su parte, la Comisión señala, no sin fundamento, que, si bien todos los Estados miembros aplican un tipo general, o teórico, del impuesto de sociedades del 10 %, el tipo efectivo suele ser más bajo. En definitiva, una parte suficientemente significativa de grupos de sociedades con bancos internos en Estados miembros distintos de los Países Bajos puede verse perjudicada.

54. Por último, no me convence el argumento del Gobierno español según el cual tal diferencia de trato queda atenuada por la condición alternativa, prevista en el artículo 10a, apartado 3, letra a), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que permite a un contribuyente deducir los intereses de un préstamo intragrupo si puede justificar las razones económicas que subyacen al préstamo en cuestión y a la operación jurídica vinculada a la que aparece ligado. En efecto, dicha disposición representa una carga para esa persona, a efectos de la deducción de los intereses, que no tendría que soportar (prácticamente) nunca si el banco interno que le concede el préstamo tuviera su

[18] Véanse, por analogía, las conclusiones del Abogado General Saugmandsgaard Øe presentadas en el asunto Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach (C-437/17, EU:C:2018:627), punto 24.

domicilio social en los Países Bajos, puesto que, como ya se ha expuesto, el requisito previsto en el artículo 10a, apartado 3, letra b), se cumpliría prácticamente siempre en tal supuesto. Esto confirma la diferencia de trato en cuestión.

C. La restricción a la libertad de establecimiento es admisible con arreglo al artículo 49 TFUE

55. Sentado lo anterior, comparto la opinión de los Gobiernos interesados y de la Comisión de que la restricción a la libertad de establecimiento que implica el artículo 10a, apartado 1, letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades es admisible con arreglo al artículo 49 TFUE. En efecto, como se explicará en las subsecciones siguientes, esta restricción está justificada por una razón imperiosa de interés general (1). Además, dicha restricción es adecuada para garantizar la consecución del objetivo legítimo que persigue (2) y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo (3).

1. La restricción está justificada

56. Los Gobiernos interesados y la Comisión alegan que la restricción a la libertad de circulación que implica el artículo 10a, apartado 1, letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades se justifica por motivos relacionados con la lucha contra la elusión fiscal abusiva. El objetivo específico de esta disposición es precisamente evitar comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, que no reflejan una realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en los Países Bajos. El órgano jurisdiccional remitente comparte esta apreciación.

57. Según reiterada jurisprudencia, tal objetivo constituye una razón imperiosa de interés general en materia fiscal.[19] En mi opinión, no cabe duda de que el artículo 10a, apartado 1, letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades persigue verdaderamente este objetivo y, por tanto, puede estar justificado por tal razón imperiosa.

58. El Tribunal de Justicia ya llegó a esta conclusión en su sentencia X y X, en relación con una disposición de la misma Ley (pero en una versión anterior) que, en esencia, era idéntica al artículo 10a, apartado 1, letra c). La única diferencia entre ambas es que la versión anterior solo se refería a la reestructuración interna, mientras que el artículo 10a, apartado 1, letra c), también se aplica a las adquisiciones externas.[20] No obstante, el objetivo perseguido por ambas disposiciones es el mismo. Como señaló el Tribunal de Justicia en dicha sentencia, «se trata de impedir que los fondos propios de un grupo se presenten de manera artificial como fondos prestados por una entidad neerlandesa de dicho grupo y que los intereses de dicho préstamo puedan deducirse del resultado imponible en los Países Bajos»,[21] cuando estos intereses no se gravan (razonablemente). El objetivo de la prohibición de deducir los intereses de los préstamos intragrupo queda expresamente confirmado por la norma según la cual los intereses de préstamo pueden deducirse, en virtud del artículo 10a, apartado 3, letra a), si dicho préstamo y la operación asociada están justificados económicamente.

[19] Véase, entre otras, la sentencia de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), apartados 51 y 55.

[20] Véase, sobre estos conceptos, el punto 22 de las presentes conclusiones.

[21] Sentencia X y X, apartado 48.

2. La restricción es adecuada

59. De acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el requisito de que toda restricción a la libertad de establecimiento sea «adecuada» comprende dos criterios acumulativos: la medida en cuestión debe ser en primer lugar apropiada para garantizar la realización del objetivo perseguido y, en segundo lugar, debe responder verdaderamente al empeño por hacerlo y aplicarse de forma congruente y sistemática. [22]

60. Es indiscutible que, en el presente asunto, se cumple el primer criterio. Al establecer que un contribuyente no puede deducir de su base imponible los intereses de un préstamo intragrupo que constituye (o forma parte de) un montaje puramente artificial destinado a erosionar la base imponible de los Países Bajos, el artículo 10a, apartado 1, letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades puede frustrar tal montaje. Resulta evidente que esta normativa contribuye a la consecución del objetivo perseguido. [23]

61. En cambio, X considera que, en el presente asunto, el segundo criterio no se cumple. A su modo de ver, el artículo 10a, apartado 1, letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades no combate los préstamos intragrupo artificiales de manera coherente y sistemática. En efecto, si los intereses de un préstamo de este tipo tributan a un tipo razonable en el Estado miembro en el que tiene su domicilio la sociedad prestamista, la sociedad prestataria puede deducir dichos intereses [en virtud del artículo 10a, apartado 3, letra b), de la Ley], incluso aunque el préstamo o la operación a la que aparezca ligado carezcan de toda justificación económica.

62. En mi opinión, el hecho de que las disposiciones controvertidas permitan deducir los intereses de un préstamo intragrupo en el supuesto mencionado por X es, en realidad, conforme con el objetivo perseguido. Es cierto que, en este supuesto, la admisión de tal deducción puede implicar un desplazamiento de la base imponible de los Países Bajos al Estado miembro en el que está domiciliada la sociedad prestamista. No obstante, si dichos intereses se gravan a un tipo razonable en este último Estado, la tributación no se elude totalmente. Así, la lucha contra la elusión fiscal no puede justificar la denegación de dicha deducción en el supuesto de que se trata. [24]

3. La restricción es necesaria

63. A mi juicio, la restricción que suponen las disposiciones controvertidas del Derecho neerlandés no va más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo legítimo, ya que su aplicación se limita a los montajes puramente artificiales (a) y las consecuencias derivadas de la calificación de una operación como tal no son excesivas (b).

[22] Véase, entre otras, la sentencia de 7 de septiembre de 2022, Cilevičs y otros (C-391/20, EU:C:2022:638), apartados 74 y 75 y jurisprudencia citada.

[23] Véase, por analogía, la sentencia Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, apartado 77.

[24] Véase, por analogía, la sentencia de 12 de diciembre de 2002, Lankhorst-Hohorst (C-324/00, EU:C:2002:749), apartado 37.

a) La aplicación de las disposiciones controvertidas se limita a los montajes puramente artificiales

64. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para que las disposiciones nacionales se consideren necesarias a la luz del objetivo de prevención de montajes puramente artificiales, destinados a eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional, la aplicación de dichas disposiciones debe limitarse a tales montajes, dejando al margen las operaciones legítimas. [25]

65. El Tribunal de Justicia, en su sentencia X y X, dejó sin dirimir la cuestión de si la normativa neerlandesa cumple este requisito. No obstante, los Gobiernos interesados y la Comisión sostienen que sí se cumple. Efectivamente, consideran que el artículo 10a, apartado 1, letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades solo se refiere a las operaciones que no reflejan la realidad económica, cuando los préstamos intragrupo se contratan con una entidad sujeta al impuesto en los Países Bajos con la única (o principal) finalidad de generar una deuda deducible de la base imponible de dicha entidad, erosionando, así, la base imponible de los Países Bajos. Por el contrario, cuando el préstamo y la operación a la que está ligado se basen principalmente en razones económicas válidas, esta disposición no se aplica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10a, apartado 3, letra a), de la Ley.

66. X no está de acuerdo con esta posición. En su opinión, la sentencia Lexel revela la conclusión contraria. En dicho asunto, el Tribunal de Justicia examinó la compatibilidad con el artículo 49 TFUE de la normativa sueca en materia de impuesto sobre sociedades, en particular las disposiciones relativas a la deducción de los gastos por intereses. Al igual que la normativa neerlandesa, estas disposiciones precisaban, en esencia, que tal deducción no estaba autorizada, excepcionalmente, cuando el sujeto pasivo había contratado el préstamo en cuestión con una entidad vinculada, salvo si se demostraba que dicho préstamo estaba justificado principalmente por razones económicas y, por tanto, no se había celebrado simplemente para generar una deuda deducible. Asimismo, el Gobierno sueco alegó que dichas disposiciones tenían por objeto evitar los montajes puramente artificiales destinados a eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional. El Tribunal de Justicia consideró que las disposiciones suecas no podían justificarse por este motivo, ya que, en su opinión, su aplicación no se limitaba a tales montajes. A este respecto, el Tribunal de Justicia precisó lo siguiente:

«53 En efecto, como admitió, en esencia, la Administración tributaria [sueca] en la vista, dicha cláusula [de excepción del derecho a deducción] afecta a deudas derivadas de transacciones de Derecho civil sin afectar, no obstante, únicamente a montajes ficticios. Así, conforme a la apreciación realizada por la Administración tributaria de los objetivos de la transacción de que se trate, también pueden quedar comprendidas en el ámbito de aplicación de la cláusula de excepción las transacciones celebradas en condiciones de plena competencia, es decir, en condiciones análogas a las que se aplicarían entre sociedades independientes.

54 En otras palabras, el aspecto ficticio de la transacción no constituye un requisito determinante para denegar el derecho a deducción, ya que la intención de la sociedad de que se trate de contraer una deuda, principalmente por motivos fiscales, es suficiente para justificar la denegación del derecho a deducir. […]

[…]

[25] Véase la sentencia Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, apartado 79.

56 Es obligado señalar que la cláusula de excepción [del derecho a deducción] puede incluir en su ámbito de aplicación operaciones realizadas en condiciones de plena competencia y que, por consiguiente, no constituyen montajes puramente artificiales o ficticios llevados a cabo con el fin de evadir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades desarrolladas en el territorio nacional.»

67. Según X, de ello se desprende que las autoridades tributarias nacionales no pueden considerar un préstamo intragrupo (ni el conjunto de transacciones del que forma parte) como un montaje puramente artificial y denegar, por este motivo, la deducción de los intereses simplemente porque dicho préstamo se contrató por motivos fiscales. Es perfectamente legítimo que un grupo proceda de esa manera. Para X, tal préstamo sería artificial solamente en la medida en que los intereses pagados por la sociedad prestataria a la sociedad prestamista superaran lo que habrían acordado en condiciones de libre competencia, es decir, si el tipo de interés aplicable fuera superior al tipo de mercado que habrían acordado las partes si no hubieran estado integradas en un mismo grupo. En cambio, si tal préstamo se contrata en condiciones de plena competencia, no puede considerarse artificial, cualquiera que sea su finalidad. Tal es el caso de los préstamos concertados entre X y F. [26]

68. X entiende además que, dado que el artículo 10a, apartados 1, letra c) y 3, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades se centra erróneamente en la finalidad para la que se contrata un préstamo intragrupo (ya se trate de un motivo de elusión fiscal o de razones económicas) en lugar de centrarse en las condiciones aplicables a dicho préstamo, la deducción de los intereses puede denegarse no solo para los préstamos con unos tipos de interés excesivos (que son artificiales, como se ha explicado anteriormente), sino también para los préstamos a los que se aplica el tipo habitual del mercado, y que, por este motivo, no pueden considerarse artificiales. Por consiguiente, al igual que en el asunto que dio lugar a la sentencia Lexel, el ámbito de aplicación de estas disposiciones no se limita a los montajes puramente artificiales, sino que comprende también las operaciones legítimas.

69. Este debate constituye el núcleo de la primera cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente. Es evidente que no se puede determinar si el artículo 10a, apartado 1, letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades solo se aplica a los «montajes puramente artificiales» cuando resulta controvertido el propio sentido de este concepto. También es evidente que, por una parte, los Gobiernos interesados y la Comisión y, por la otra, X, sugieren enfoques muy diferentes a este respecto. El primer enfoque consiste en centrarse en la *finalidad* para la que se contrató el préstamo. El segundo se centra únicamente en las *condiciones* aplicables a dicho préstamo. El primer enfoque ofrece a las autoridades tributarias neerlandesas un margen discrecional mucho mayor que el segundo, que, por el contrario, concede una mayor certeza a los contribuyentes. [27] Según el primer enfoque, las autoridades tributarias nacionales pueden calificar un préstamo intragrupo de «montaje puramente artificial» (o de transacción que forma parte de tal «montaje») y denegar, por ello, la deducción de los intereses, si se ha concedido con la finalidad principal de obtener una ventaja fiscal, con independencia de las condiciones aplicables a dicho préstamo. Según el segundo enfoque, un préstamo intragrupo es «inmune» a tales consecuencias siempre que sus condiciones, incluido el tipo de interés, sean, por decirlo así, «normales», aunque se hayan establecido con fines fiscales.

[26] En opinión de X, así lo demuestra el hecho de que un banco comercial no vinculado ofreciera un préstamo en las mismas condiciones.

[27] Véanse, en este sentido, los puntos 80 y 87 de las presentes conclusiones.

70. En tal contexto, me parece oportuno subrayar que, si bien los Gobiernos interesados y la Comisión dedicaron una parte importante de sus respectivos escritos a explicar que «su» enfoque no es contrario a la sentencia Lexel, ya que i) el presente asunto debe distinguirse del que dio lugar a dicha sentencia, o ii) esa sentencia no puede leerse en el sentido sugerido por X, sus explicaciones no me convencen. Del punto 66 de las presentes conclusiones se desprende que, en todos los aspectos pertinentes,[28] las disposiciones controvertidas del Derecho neerlandés presentan una llamativa semejanza con la normativa controvertida en el asunto Lexel. En particular, estas normas tienen el mismo objeto, a saber, préstamos intragrupo cuya única (o principal) finalidad es obtener una ventaja fiscal. Por tanto, la cuestión general es la misma: en qué medida dicho préstamo puede considerarse un «montaje puramente artificial» (o de transacción que forma parte de tal «montaje») y ser tratado como tal por las autoridades tributarias. Además, la sentencia Lexel no es vaga ni ambigua y, por tanto, no puede ser objeto de diferentes lecturas a este respecto. En mi opinión, únicamente puede interpretarse del modo en que lo hizo X.[29] En efecto, el Tribunal de Justicia declaró que la finalidad para la que se celebró el préstamo no es pertinente y, por el contrario, estableció una distinción entre los préstamos contratados en condiciones de plena competencia (que consideró auténticos) y los que no se contratan sobre esta base (que consideró artificiales). Por tanto, la única cuestión que se plantea es si, en el presente asunto, el Tribunal de Justicia debería confirmar la sentencia Lexel o apartarse de ella.

71. En mi opinión, el enfoque sugerido por los Gobiernos interesados y la Comisión es el correcto. Por consiguiente, invito al Tribunal de Justicia a reconsiderar la postura por la que se decidió en el asunto Lexel a efectos del presente asunto.

72. La libertad de establecimiento, que garantiza el artículo 49 TFUE, ofrece una posibilidad bastante amplia de «optimización» fiscal. El Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que los grupos de sociedades europeos pueden hacer uso legítimamente de esta libertad para crear filiales en Estados miembros al objeto de beneficiarse de un régimen fiscal favorable.[30] Así pues, como sostiene X, A podía legítimamente optar por establecer el banco interno de su grupo, C, en Bélgica, con ese mismo fin. Del mismo modo, C puede perfectamente conceder préstamos a otras sociedades del grupo establecidas en otros Estados miembros, como X en los Países Bajos. Los préstamos intragrupo transfronterizos no son, en sí mismos, cuestionables.[31] Es cierto que este tipo de préstamo puede dar lugar a una reducción de la base imponible del impuesto sobre sociedades de la sociedad prestataria en el Estado miembro en el que está domiciliada. Es cierto que, al deducir los intereses de dicho préstamo de su base imponible, la sociedad reduce su deuda tributaria frente a ese Estado miembro. En efecto, algunos de los beneficios obtenidos por la sociedad prestataria se transfieren, en concepto de gastos por intereses, del Estado miembro en el

[28] En primer lugar, los Gobiernos interesados y la Comisión subrayan que la legislación sueca era aplicable indistintamente a situaciones puramente internas y a situaciones transfronterizas, mientras que las normas neerlandesas no lo son (véase la sección B de las presentes conclusiones). Sin embargo, esta diferencia carece de pertinencia a efectos de la interpretación del concepto de «montajes puramente artificiales». En segundo lugar, la Comisión alega que, en el asunto que dio lugar a dicha sentencia, tanto la reestructuración interna para la que se contrataron los préstamos en cuestión como los propios préstamos tenían justificaciones comerciales válidas, y solo las condiciones aplicables a los préstamos eran artificiales. No tengo certeza de que así fuera y, en cualquier caso, el Tribunal de Justicia, en la sentencia Lexel, formuló su razonamiento de manera amplia, sin relación con las circunstancias particulares del caso de autos.

[29] Véanse, en el mismo sentido, van der Weijden, M., «ECJ Lexel AB Decision Casts a Shadow Over Dutch Interest Limitation Provision», *European Tax Blog*, 21 de junio de 2021, y García Prats, G., y otros, «Opinion Statement ECJ-TF-1/2021 on the ECJ Decision of 20 January 2021 in Lexel AB (Case C-484/19) Concerning the Application of the Swedish Interest Deductibility Rules», 30 de junio de 2021, *European Taxation*, vol. 61, n.º 6, 2021.

[30] Véase, en particular, la sentencia de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), apartados 34 a 38.

[31] Véase la sentencia Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, apartado 73.

que está domiciliada al Estado miembro en el que la sociedad prestamista tiene su domicilio social. Sin embargo, esto es algo que los Estados miembros deben aceptar, en principio, en un mercado único e integrado como el mercado interior de la Unión.

73. No obstante, en este sentido, el Tribunal de Justicia ha reconocido un límite claro. Existe en el ordenamiento jurídico de la Unión, que comprende la libertad de establecimiento, un principio general del Derecho según el cual no se puede invocar el Derecho de la Unión con fines abusivos. El concepto de «montajes puramente artificiales» debe interpretarse a la luz de dicho principio. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es abusivo que los operadores económicos establecidos en diferentes Estados miembros realicen «operaciones puramente formales o artificiales, carentes de toda justificación económica y comercial» (o, en otras palabras, que «no reflejen la realidad económica»), cumpliendo, así, los requisitos para beneficiarse de una ventaja fiscal solo formalmente, «con el objetivo esencial de obtener una ventaja indebida». [32]

74. Además, en su sentencia X (Sociedades intermedias domiciliadas en terceros países), [33] el Tribunal de Justicia precisó que, en relación con la libre circulación de capitales garantizada por el artículo 63 TFUE, «puede concurrir en diversas formas la creación artificial de las condiciones requeridas para eludir indebidamente la tributación en un Estado miembro o para acogerse indebidamente a un beneficio fiscal en este, por lo que se refiere a los movimientos de capitales transfronterizos». En este contexto, declaró que el concepto de «montaje puramente artificial» puede incluir «cualquier estructura cuyo objetivo principal o uno de cuyos objetivos principales sea la transferencia artificial de los beneficios obtenidos gracias a actividades realizadas en el territorio de un Estado miembro y destinadas a terceros países con baja tributación».

75. En mi opinión, esta interpretación es igualmente válida en lo que respecta a las operaciones intragrupo comprendidas en el ámbito de la libertad de establecimiento. En efecto, esta interpretación se ajusta perfectamente a la explicación contenida en el punto 73 de las presentes conclusiones. Además, en el caso de una normativa nacional relativa a las operaciones intragrupo, como la normativa neerlandesa controvertida, la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento están indisociablemente vinculadas. La libertad de establecimiento está restringida porque los capitales no pueden circular libremente entre sociedades de un mismo grupo. De este modo, dicha normativa podría, en teoría, examinarse a la luz de cualquiera de las dos libertades fundamentales. Por tanto, no hay ninguna razón para aplicar criterios diferentes en función de cuál sea la libertad pertinente.

76. En suma, tal como sostienen los Gobiernos que han presentado observaciones y la Comisión, para determinar si un préstamo intragrupo constituye (o forma parte de) un «montaje puramente artificial», el *objetivo* que persigan los operadores económicos en cuestión resulta decisivo. Un préstamo intragrupo constituye un «montaje» de este tipo cuando tal operación se ha realizado con la única (o principal) *finalidad* de obtener una ventaja fiscal (como la deducción de los intereses del préstamo de la base imponible), como demuestra el hecho de que, por lo demás,

[32] Véase, entre otras, la sentencia de 26 de febrero de 2019, N Luxembourg 1 y otros (C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, EU:C:2019:134), apartados 96, 124 y 125 y jurisprudencia citada. Véase también, por analogía, la sentencia de 21 de diciembre de 2023, BMW Bank y otros (C-38/21, C-47/21 y C-232/21, EU:C:2023:1014), apartados 282 y 283.

[33] Sentencia de 26 de febrero de 2019 (C-135/17, EU:C:2019:136), apartado 84.

carece de toda justificación económica o comercial (o, dicho de otro modo, «no refleja la realidad económica»). La cuestión de si tal es el caso requiere una apreciación global de los hechos y de las circunstancias pertinentes del presente asunto. [34]

77. Como señala el Gobierno neerlandés, y el Tribunal de Justicia sugirió en la sentencia Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, [35] pueden distinguirse dos hipótesis a este respecto.

78. Por una parte, un préstamo intragrupo celebrado por motivos económicos o comerciales válidos puede contener cláusulas específicas que «no reflejan la realidad económica». Puede pactarse un tipo de interés demasiado elevado (artificialmente, puesto que el grupo, al fin y al cabo, paga intereses a sí mismo) en el marco de una operación que de otra forma sería legítima, con el fin de beneficiarse de una correspondiente deducción fiscal por ese importe elevado en el Estado miembro en el que está domiciliada la sociedad prestataria. El principio de plena competencia, según el cual dos sociedades no vinculadas habrían acordado las mismas condiciones en circunstancias comparables, sirve de referencia objetiva para determinar si este es efectivamente el caso. [36]

79. Por otra parte, las sociedades vinculadas también pueden suscribir un préstamo que, en general, carezca de justificación económica o comercial, con la única (o principal) finalidad de generar pagos de intereses en el domicilio social de la sociedad prestataria. Contrariamente a lo que declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 54 de la sentencia Lexel, como se ha indicado en el punto 76 de las presentes conclusiones, este motivo, demostrado por dicha falta de justificación, constituye una consideración determinante. Por esa misma razón, tal préstamo debe considerarse «puramente artificial». La cuestión de si las condiciones aplicables a dicho préstamo se corresponden con las que habrían acordado entidades no vinculadas en circunstancias similares es, en cambio, una consideración carente de pertinencia. Como alega el Gobierno neerlandés, no puede considerarse que tal préstamo «responde a una realidad económica» por el mero hecho de que el tipo de interés aplicable se fije de acuerdo con el valor de mercado. De hecho, el préstamo no «refleja la realidad económica» porque, de no existir la relación entre las sociedades y la ventaja fiscal perseguida, no se habría celebrado nunca. [37] Estas deudas generadas artificialmente constituyen precisamente el objeto del artículo 10a, apartado 1, letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

80. Como señalan los Gobiernos interesados y la Comisión, si las operaciones intragrupo carentes de justificación económica o comercial nunca pudieran considerarse «montajes puramente artificiales» cuando se realizan en condiciones de plena competencia, se obstaculizaría gravemente la posibilidad de que las autoridades tributarias nacionales pudieran combatir la evasión fiscal abusiva. Efectivamente, el principio de plena competencia se convertiría en un indeseable «puerto seguro» para los grupos multinacionales. Sus sagaces asesores fiscales serían libres de maquinar toda clase de montajes enrevesados, concebidos con la única finalidad de socavar la sujeción al impuesto de sociedades de una sociedad en un Estado miembro y transferir

[34] Véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2019, N Luxembourg 1 y otros (C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, EU:C:2019:134), apartado 125 y jurisprudencia citada.

[35] Apartado 81.

[36] Véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26), apartados 58 y 71 y jurisprudencia citada. Véase, asimismo, el artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio, elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

[37] Véase, en este sentido, la sentencia Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, apartado 81.

sus beneficios a otro Estado con un tipo impositivo más bajo. Siempre que esos asesores estipulasen astutamente condiciones que reflejen las que habitualmente se dan en el mercado, tales montajes serían «inmunes» a las medidas adoptadas por las autoridades tributarias. [38]

81. La inconveniencia de tal resultado se pone de manifiesto si se tiene en cuenta que las autoridades tributarias nacionales tienen, en virtud del principio general de prohibición de abuso del Derecho de la Unión, no solo el derecho, sino la obligación de evitar que se obtengan ventajas fiscales mediante «montajes puramente artificiales». En efecto, las medidas eficaces contra la evasión fiscal resultan esenciales no solo para garantizar el derecho soberano de los Estados miembros a gravar la renta y los beneficios generados en su territorio, sino también para el buen funcionamiento del mercado interior en general. La evasión fiscal abusiva amenaza la cohesión económica y el buen funcionamiento del mercado interior, al falsear la competencia. [39]

82. De hecho, el creciente impacto de la erosión de la base imponible y de las estrategias de traslado de beneficios llevadas a cabo por los grupos multinacionales en el erario de los Estados miembros y el funcionamiento del mercado interior han llevado a la Unión Europea a abordar esta cuestión. En este sentido, el legislador de la Unión ha adoptado diversas medidas, entre ellas la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior [40] (en lo sucesivo, «Directiva anti elusión fiscal»). [41] Esta Directiva contiene, en su artículo 6, una «norma general contra las prácticas abusivas», redactada a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia mencionada en el punto 73 de las presentes conclusiones, que debe interpretarse en consonancia. [42] Si las autoridades tributarias nacionales no pudieran tratar las operaciones intragrupo desprovistas de justificación económica o comercial como «montajes puramente artificiales» cuando se efectúan en condiciones de plena competencia, esta política se vería comprometida. Además, la «norma contra las prácticas abusivas» en cuestión perdería una parte significativa de su eficacia. Una gran parte de las operaciones realizadas no «por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica», sino «teniendo como propósito principal […] la obtención de una ventaja fiscal» (según los términos de esta disposición), quedaría fuera de su alcance.

83. Por las razones anteriormente expuestas, opino que, en el presente asunto, el Tribunal de Justicia debería apartarse de lo declarado en los apartados 53, 54 y 56 de la sentencia Lexel. [43] Los préstamos intragrupo, concedidos sin una justificación comercial o económica válida, con la única (o principal) finalidad de generar una deuda deducible en el domicilio social de la sociedad

[38] En mi opinión, el principio de plena competencia existe para evitar que las operaciones económicas justificadas sean manipuladas con fines fiscales indebidos. No debería utilizarse para legitimar operaciones que no tengan, ante todo, una justificación económica.

[39] Véase la sentencia de 26 de febrero de 2019, N Luxembourg 1 y otros (C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, EU:C:2019:134), apartado 107.

[40] DO 2016, L 193, p. 1.

[41] Véase también la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE (DO 2011, L 64, p. 1), en su versión modificada por la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información (DO 2018, L 139, p. 1).

[42] Cabe señalar que la Directiva anti elusión fiscal no es aplicable, *ratione temporis*, al asunto del litigio principal. En efecto, las disposiciones de esta Directiva se aplican desde el 1 de enero de 2019. Los hechos del presente asunto tuvieron lugar antes de esa fecha.

[43] Entiendo la tesitura en la que se encontraría el Tribunal de Justicia si compartiera mi apreciación. La sentencia Lexel fue dictada por una sala compuesta por cinco jueces, al igual que ocurrirá con la sentencia del presente asunto. No obstante, habida cuenta de que los apartados de la sentencia Lexel en cuestión no reflejan el enfoque de los conceptos de «montaje puramente artificial» y abuso de Derecho adoptados en la jurisprudencia general, que incluye las resoluciones dictadas por la Gran Sala, tanto antes como *después* de la sentencia Lexel (véanse los puntos 73 y 74 de las presentes conclusiones), cabe considerar que dicha sentencia ya ha sido implícitamente invalidada. El Tribunal de Justicia no necesita la competencia de la Gran Sala para confirmar esta circunstancia en el presente asunto.

prestataria, constituyen «montajes puramente artificiales», independientemente de que se efectúen o no en condiciones de plena competencia. Las disposiciones nacionales que tienen por objeto tales préstamos deben considerarse necesarias habida cuenta del objetivo de impedir los mencionados «montajes».

84. Una vez aclarado esto, todavía quedan por examinar algunos argumentos presentados por X en relación con el ámbito de aplicación del artículo 10a, apartado 1, letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

85. En primer lugar, X sostiene que las autoridades tributarias neerlandesas pueden aplicar esta disposición a una gama indefinida de operaciones intragrupo, dado que su ámbito de aplicación depende de una condición formulada en términos vagos y ambiguos, a saber, con arreglo al artículo 10a, apartado 3, letra a), de la Ley, si el préstamo y el correspondiente acto jurídico se basan o no «principalmente en razones comerciales». Por el mismo motivo, la normativa neerlandesa controvertida no respeta el principio de seguridad jurídica, ya que las sociedades no pueden prever con suficiente precisión qué operaciones podrían ser consideradas abusivas por las autoridades tributarias.

86. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de seguridad jurídica exige, en particular, que las reglas jurídicas sean claras, precisas y de efectos previsibles, en especial cuando puedan tener consecuencias desfavorables para los contribuyentes. [44]

87. A este respecto, cabe observar que la norma neerlandesa controvertida se formula en términos similares a los de otras disposiciones contra el abuso que se contemplan en el Derecho nacional y en el Derecho de la Unión. En particular, la aplicación de la «norma general contra las prácticas abusivas» del artículo 6 de la Directiva anti elusión fiscal a una operación determinada depende también de si dicha operación se efectuó «por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica» y no «teniendo como propósito principal […] la obtención de una ventaja fiscal». En efecto, se trata de conceptos abiertos que, por su naturaleza, crean cierto grado de incertidumbre en cuanto a su alcance. Además, como he señalado en el punto 76 de las presentes conclusiones, la cuestión de si se cumplen tales requisitos en un caso concreto requiere una apreciación caso por caso y global de un conjunto de hechos y circunstancias, lo que también genera cierto grado de incertidumbre.

88. Sin embargo, este grado de incertidumbre es un efecto colateral inevitable y aceptable de tales disposiciones contra el abuso. Como señaló la Abogada General Kokott en sus conclusiones presentadas en el asunto SGI, [45] «las normas destinadas a combatir prácticas abusivas tienen que contener necesariamente conceptos jurídicos indeterminados, a fin de abarcar todas las maniobras imaginables que se realicen con fines de evasión fiscal». Además, esas disposiciones pretenden hacer frente a comportamientos aparentemente legítimos que, por lo tanto, son difíciles de analizar.

[44] Véase, entre otras, la sentencia de 11 de junio de 2015, Berlington Hungary y otros (C-98/14, EU:C:2015:386), apartados 74, 76 y 77 y jurisprudencia citada.

[45] Conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto SGI (C-311/08, EU:C:2009:545), punto 70.

89. Esto no quiere decir que la aplicación de tal normativa se deje a la entera discreción de las autoridades tributarias, de modo que sus efectos sean imprevisibles. Como indican el órgano jurisdiccional remitente y el Gobierno neerlandés, el carácter «puramente artificial» de un determinado montaje se establece sobre la base de elementos objetivos y verificables. [46]

90. Como se indica en el punto 79 de las presentes conclusiones, la cuestión determinante es la de si el préstamo intragrupo en cuestión acaso hubiera sido formalizado de no existir la relación entre las sociedades y la ventaja fiscal perseguida. El tipo de análisis que debe efectuarse en tal sentido es suficientemente claro. La apreciación de los hechos y circunstancias pertinentes implica examinar la estructura de conjunto y la finalidad aparente del montaje del que forma parte el préstamo. Como indica el órgano jurisdiccional remitente, las cuestiones son esencialmente las siguientes: de no existir la ventaja fiscal, ¿habría tenido interés el contribuyente en poner en marcha el montaje en cuestión? ¿Parece la estructura del montaje —a la luz de su finalidad— excesivamente compleja o incluye pasos que (de no ser por su impacto en la deuda tributaria) parecen innecesarios? Se trata de cuestiones que no deberían ser difíciles de abordar para los profesionales de la fiscalidad y los grupos de empresas multinacionales, los cuales pueden adaptar su comportamiento consecuentemente. [47]

91. En el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente y el Gobierno neerlandés explican que, si bien es habitual considerar que la adquisición de una entidad externa y la formalización de un préstamo con tal fin entre un contribuyente y una entidad vinculada «se basan principalmente en razones comerciales», en el sentido del artículo 10a, apartado 3, letra a), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, el montaje en torno a la adquisición de F por X se consideró «totalmente artificial» debido a su compleja naturaleza y a las fases (aparentemente) innecesarias que implica. Cabe recordar que tales fases fueron: i) la transferencia de los fondos propios de A a C; ii) la posterior transformación de esos fondos en un préstamo concedido a X; iii) la adquisición de F por parte de X, y iv) la constitución de una única unidad fiscal entre F y X, de modo que los intereses pagados por X a C fueran deducibles de la base imponible generada por F en los Países Bajos. [48]

92. En particular, el hecho de que el préstamo concedido a X estuviera constituido por fondos «transferidos» desde A contamina, *prima facie*, la totalidad del montaje. Suscita la pregunta de si dicho préstamo era realmente necesario y de por qué fue X, en lugar de A, quien adquirió F. La Comisión sostiene que, en el supuesto contrario, que refleje la realidad económica, A habría adquirido F y, como tal, la adquisición habría implicado menos trámites. Sin embargo, en ese caso, X pagaría dividendos a A por los beneficios generados por ella y por F en los Países Bajos. Tal distribución no daría lugar a una reducción de la deuda fiscal por el impuesto sobre sociedades en los Países Bajos. En cambio, en el montaje en virtud del cual F fue adquirida por X mediante un préstamo concedido por C con fondos transferidos de A, dado que X dedujo los intereses de dicho préstamo de su base imponible y de la de F en los Países Bajos, el impuesto adeudado por estas dos sociedades en dicho Estado miembro se redujo a casi cero. [49]

[46] Véase, en relación con este requisito, la sentencia de 21 de enero de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26), apartado 71 y jurisprudencia citada.

[47] Véanse, por analogía, mis conclusiones presentadas en el asunto Belgian Association of Tax Lawyers y otros (C-623/22, EU:C:2024:189), puntos 93 a 103 y jurisprudencia citada.

[48] Véanse los puntos 8 a 10 de las presentes conclusiones.

[49] Véase el punto 10 de las presentes conclusiones.

93. En tal situación, el órgano jurisdiccional remitente y el Gobierno neerlandés subrayan que incumbe al contribuyente justificar suficientemente las razones económicas o comerciales que explican las fases del montaje y, en particular, la «transferencia» de los fondos prestados. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se ofrece debidamente al contribuyente la posibilidad, sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, de presentar pruebas a este respecto. [50] Además, si las autoridades tributarias, a la luz de las explicaciones y de los elementos de prueba aportados por el contribuyente, siguen considerando que el montaje es artificial, este puede impugnar judicialmente tal decisión de la Administración. X, simplemente, no consiguió presentar tales pruebas en el litigio principal y los órganos jurisdiccionales nacionales confirmaron la decisión adoptada por la Administración tributaria.

94. X sostiene que la cuestión de cuáles son las razones económicas o comerciales que pueden invocarse válidamente para justificar tal «transferencia» de fondos no está clara en la práctica de las autoridades tributarias y de los órganos jurisdiccionales neerlandeses. Para X, hasta ahora, se han rechazado siempre las explicaciones. Además, a este respecto, dichas autoridades y órganos jurisdiccionales no tienen en cuenta consideraciones relativas a la estructura del grupo en cuestión, como el hecho de que la sociedad prestamista generalmente desempeña, como C en el caso de autos, un papel clave en la financiación del grupo. [51]

95. En mi opinión, siempre habrá zonas grises en la aplicación de una norma contra las prácticas abusivas como el artículo 10a, apartado 1, letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Pero eso no convierte a la norma en incompatible con el principio de seguridad jurídica. En el presente asunto, la práctica de las autoridades tributarias y de los órganos jurisdiccionales neerlandeses irá clarificando progresivamente la problemática puesta de relieve por X. A este respecto, me limitaré a observar que, al evaluar si un montaje debe considerarse artificial o económicamente justificado, las autoridades tributarias y los órganos jurisdiccionales deben tener en cuenta *todas* las razones económicas válidas, incluidas las de carácter financiero. [52] No cabe excluir que la razón aducida por X pueda considerarse como tal. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar este extremo.

96. En segundo lugar, X impugna el reparto de la carga de la prueba que resulta de las disposiciones controvertidas de Derecho neerlandés. En particular, la recurrente sostiene que el artículo 10a, apartado 1, letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades introduce una presunción general de abuso, que va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido. [53] Las autoridades tributarias neerlandesas pueden, en virtud de esta disposición, denegar a un contribuyente la deducción de los intereses que paga por un préstamo intragrupo sin estar obligadas a aportar ni siquiera un principio de prueba de la existencia de un abuso, mientras que dicha entidad, para obtener esa ventaja fiscal, soporta la carga de probar, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10a, apartado 3, letra a), de dicha Ley, que el préstamo y la operación jurídica vinculada a la que aparece ligado se basan principalmente en razones económicas.

[50] Véase, entre otras, la sentencia de 21 de enero de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26), apartado 71 y jurisprudencia citada.

[51] X explica que, habida cuenta de la estructura del grupo de A, el mecanismo en cuestión debería haberse considerado económicamente justificado. En efecto, precisa que la financiación general del grupo está centralizada en la sede de C (véase el punto 7 de las presentes conclusiones), que dispone de una cantidad significativa de personal y recursos destinados a tal efecto. Añade que esta es la razón por la que la adquisición de F se realizó mediante un préstamo concedido por C. Afirma que los fondos se transfieren con regularidad de A a C simplemente porque esta última necesita capital para desempeñar sus funciones.

[52] Véase, por analogía, el considerando 11 de la Directiva anti elusión fiscal.

[53] X se remite a las sentencias de 7 de septiembre de 2017, Eqiom y Enka (C-6/16, EU:C:2017:641), apartados 31, 32 y 36, y de 20 de diciembre de 2017, Deister Holding y Juhler Holding (C-504/16 y C-613/16, EU:C:2017:1009), apartados 61 y 62.

97. No estoy de acuerdo con esta posición. Evidentemente, si las autoridades tributarias nacionales pretenden denegar una ventaja fiscal a un contribuyente por razones de abuso, deben probar, en términos generales, que este intenta obtener dicha ventaja mediante un «montaje puramente artificial», teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias pertinentes del asunto, a la luz de los criterios examinados anteriormente. [54] Sin embargo, ello no significa que los Estados miembros no puedan establecer presunciones legales en su Derecho nacional, siempre que sean específicas y se basen en motivos suficientes.

98. En el presente asunto, el artículo 10a, apartado 1, letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, así como la obligación del contribuyente de justificar que el montaje en cuestión es auténtico, en principio solo se aplican en los casos en que un contribuyente ha formalizado un préstamo intragrupo con una entidad vinculada, establecida en otro Estado miembro, en el que los intereses percibidos por esta última no tributan o no lo hacen a un tipo razonable. [55] Estas circunstancias concretas pueden considerarse legítimamente como indicios de un comportamiento que puede constituir una elusión fiscal abusiva, que justifique la inversión de la carga de la prueba. [56]

99. Una vez que las autoridades fiscales nacionales han determinado que tal préstamo intragrupo está comprendido en el ámbito de aplicación de dicha disposición y, por tanto, pudiera haberse celebrado con fines de elusión fiscal, no es excesivo que dichas autoridades exijan al contribuyente que aporte la prueba del carácter económico o comercial del montaje y que, de no hacerlo, le deniegue la deducción de los intereses del referido préstamo. [57] Al fin y al cabo, el contribuyente es el mejor situado para aportar explicaciones y pruebas de las razones de las operaciones que efectúa. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que «nada impediría que las autoridades fiscales afectadas exigieran al sujeto pasivo las pruebas que estimasen necesarias para la liquidación correcta de los impuestos de que se trate y, en su caso, denegaran la exención solicitada de no aportarse tales pruebas». [58]

[54] Véase, por analogía, la sentencia de 26 de febrero de 2019, N Luxembourg 1 y otros (C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, EU:C:2019:134), apartado 142.

[55] Si los intereses se gravan a un tipo razonable en otro Estado miembro, la condición establecida en el artículo 10 *bis*, apartado 3, letra b), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades es de aplicación y, como se ha expuesto en la sección B de las presentes conclusiones, la deducción no puede denegarse.

[56] Véase, por analogía, la sentencia de 26 de febrero de 2019, X (Sociedades intermedias domiciliadas en terceros países) (C-135/17, EU:C:2019:136), apartado 86. Véase, en cambio, la sentencia de 20 de diciembre de 2017, Deister Holding y Juhler Holding (C-504/16 y C-613/16, EU:C:2017:1009), apartados 65, 67 y 71. Evidentemente, el legislador de la Unión es de la misma opinión. A este respecto, el anexo IV de la Directiva 2011/16 contiene, a efectos de las obligaciones de información que contempla, una lista de las «señas distintivas», es decir, de las características o cualidades de los montajes que presentan «indicaci[ones] de un riesgo potencial de elusión fiscal» (véase el artículo 3, apartado 20, de dicha Directiva). En particular, la parte II, categoría C, apartado 1, letra d), establece que un mecanismo «que implica la deducibilidad de los pagos transfronterizos efectuados entre dos o varias empresas asociadas cuando […] el pago se beneficia de un régimen fiscal preferente en la jurisdicción en que el destinatario reside a efectos fiscales» constituye tal «seña distintiva».

[57] Véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de enero de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26), apartado 73, y de 5 de julio de 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415), apartado 53.

[58] Véase, entre otras, la sentencia de 26 de febrero de 2019, N Luxembourg 1 y otros (C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, EU:C:2019:134), apartado 141 y jurisprudencia citada.

b) Las consecuencias que se derivan de la calificación de una operación como montaje artificial no son excesivas

100. Con arreglo al artículo 10a, apartado 1, letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, cuando se comprueba que un préstamo intragrupo constituye un montaje puramente artificial, de conformidad con los requisitos analizados en la subsección anterior, la deducción de los intereses de dicho préstamo queda totalmente excluida en la determinación de la base imponible de la entidad prestataria en los Países Bajos.

101. Si bien el órgano jurisdiccional remitente considera que tal consecuencia se deriva lógicamente de la constatación del carácter artificial del préstamo, se pregunta, no obstante (en concreto, mediante su segunda cuestión prejudicial), si, a la luz del apartado 51 de la sentencia Lexel, una denegación total del derecho a la deducción va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido. En efecto, el Tribunal de Justicia precisó, en dicho apartado, que, cuando la Administración tributaria considera que un préstamo formalizado por un contribuyente con una entidad vinculada constituye un montaje puramente artificial, «el principio de proporcionalidad exige que la denegación del derecho a deducir se limite a la fracción de los intereses que supere lo que se habría acordado de no haber existido relaciones especiales entre las partes». [59]

102. Estoy de acuerdo con los Gobiernos interesados y con la Comisión en que no es tal el presente caso. A este respecto, procede también distinguir aquí los dos supuestos mencionados en los puntos 78 y 79 de las presentes conclusiones.

103. Por una parte, cuando el artificio consiste en el tipo de interés excepcionalmente elevado, estipulado en un préstamo intragrupo que, por lo demás, es auténtico, la respuesta conforme al principio de proporcionalidad consiste en excluir como gasto deducible la fracción de los intereses que rebase el tipo habitual del mercado. Sería ir más allá del objetivo de prevención de los montajes puramente artificiales denegar absolutamente la deducción de cualquier importe de los intereses del préstamo.

104. Por otra parte, cuando el préstamo, en sí mismo, carece de justificación económica o comercial y nunca se hubiera contraído de no ser por la relación existente entre las sociedades y la ventaja fiscal perseguida, es perfectamente lógico y proporcionado denegar la deducción de la totalidad de los intereses y no solo de una mera fracción. En efecto, tal montaje puramente artificial debe ser ignorado por las autoridades fiscales al calcular el impuesto sobre sociedades adeudado, y sin préstamo, no hay intereses que deducir.

[59] Véase, asimismo, la sentencia Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, apartado 83.

105. Si las autoridades fiscales solo denegaran la deducción de una parte de los intereses del préstamo en el segundo supuesto, la coherencia del régimen antiabuso quedaría en entredicho. En efecto, al final, el contribuyente obtendría la ventaja fiscal buscada, aunque fuera parcialmente, por medios abusivos, contrariamente al objetivo perseguido. [60]

V. Conclusión

106. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos):

«El artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que impide deducir, en la determinación de los beneficios del contribuyente, los intereses de un préstamo contratado con una entidad vinculada, si la concesión de dicho préstamo no obedece principalmente a razones económicas, sino que se formalizó con la finalidad de generar una deuda deducible, aun cuando el tipo de interés estipulado no exceda del que habrían acordado sociedades independientes entre sí. En tal supuesto, la deducción de los intereses debe denegarse en su totalidad.»

[60] En la vista, el Tribunal de Justicia preguntó a las partes coadyuvantes si la Administración tributaria ni siquiera debía considerar los intereses abonados por la sociedad prestataria a la sociedad prestamista como una distribución (encubierta) (véase, a este respecto, el punto 92 de las presentes conclusiones). En efecto, si lo hiciera, la obligación tributaria de la sociedad prestataria podría aumentar significativamente, no solo porque el beneficio imponible no podría reducirse en el importe de los intereses abonados, sino también porque, al tratar dichos intereses como beneficios distribuidos, según las normas fiscales aplicables, dicha sociedad podría estar sujeta al impuesto sobre sociedades en el momento de dicha operación (véase, por analogía, la sentencia Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, apartados 38 y 39). Considero que, como alegó la Comisión en la vista, es ciertamente proporcionado y, por tanto, compatible con el Derecho de la Unión, que las autoridades fiscales lo hagan. No obstante, el trato apropiado de los intereses es una cuestión que deben apreciar las autoridades tributarias nacionales, con arreglo a la legislación nacional (véase, por analogía, el artículo 6, apartado 3, de la Directiva anti elusión fiscal).