CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. L.A. GEELHOED
presentadas el 29 de junio de 2006 [1]

I. Introducción

1. El presente asunto, una petición de decisión prejudicial formulada por la High Court of Justice of England and Wales, se refiere a la compatibilidad con las disposiciones del Tratado sobre libre circulación de las normas del Reino Unido sobre la subcapitalización, según sus varias modificaciones, mediante las cuales el Reino Unido restringe la deducibilidad de los pagos de intereses abonados por las sociedades filiales del Reino Unido a sus sociedades matrices no residentes o a sociedades intermedias del mismo grupo.

2. Este asunto suscita una vez más el problema de la compatibilidad de la legislación nacional «antiabuso» en materia de imposición directa. con las disposiciones sobre libre circulación, planteado en particular en la sentencia Lankhorst-Hohorst (relativa a las normas alemanas sobre subcapitalización) y en el asunto pendiente Cadbury Schweppes (referido a las normas del Reino Unido sobre sociedades bajo control extranjero). [2] A raíz de la sentencia Lankhorst-Hohorst, antes citada, sin embargo, los límites de las restricciones permisibles de la subcapitalización no han quedado aclarados por completo, lo que movió a determinados Estados miembros –incluidos el Reino Unido y Alemania– a ampliar su legislación sobre la subcapitalización a los pagos dentro de un grupo nacional, a pesar de que no puede nacer riesgo de «abuso» en situaciones puramente nacionales. Por tal razón, y dado que las normas del Reino Unido controvertidas difieren en aspectos significativos de la legislación alemana puesta en discusión en el asunto Lankhorst-Hohorst, antes citado, el presente asunto requiere un examen nuevo del problema.

1 — Lengua original: inglés.

2 — Sentencia de 12 de diciembre de 2002 (C-324/00, Rec. p. I-11779); asunto C-196/04, pendiente (véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Léger presentadas en ese asunto el 2 de mayo de 2006).

II. Antecedentes jurídicos

A. *Derecho aplicable del Reino Unido*

1. Contexto y razones de las normas sobre subcapitalización

3. Existen dos medios principales de financiación de las sociedades: el endeudamiento y el capital propio. Muchos Estados miembros diferencian la imposición directa de esas dos formas de financiación. En el caso de la financiación mediante endeudamiento, se permite en general a las sociedades que deduzcan los pagos de intereses por préstamos a los efectos de determinar sus beneficios imponibles (esto es, aún no gravados), dado que esos pagos constituyen gastos corrientes soportados para la prosecución de las actividades empresariales. Sin embargo, en el caso de la financiación mediante capital propio no se permite que las sociedades deduzcan los dividendos repartidos a los accionistas de sus beneficios aún no gravados; en lugar de ello, los dividendos se pagan mediante los beneficios ya gravados.

4. Esa diferencia de trato fiscal significa que, en el contexto de un grupo de sociedades, puede ser ventajoso que una sociedad matriz financie a un miembro del grupo mediante préstamos en lugar de aportación de capital. El incentivo fiscal para actuar así es evidente, en particular, si la filial está establecida en un país de «alta imposición» relativa, mientras que la sociedad matriz (o, en realidad, una sociedad intermedia del grupo, la cual concede el préstamo) está establecida en un país cuya imposición es inferior. En tales circunstancias, lo que en sustancia es una inversión de capital puede presentarse en la forma de deuda, a fin de obtener un trato fiscal más favorable. Este fenómeno se denomina «subcapitalización». Mediante esa manipulación de la forma de proporcionar capital, una sociedad matriz puede efectivamente elegir el lugar en que desea que se graven sus beneficios.

5. Muchos Estados, considerando abusiva la subcapitalización, han puesto en práctica medidas dirigidas a contrarrestar tal abuso. Esas medidas suelen disponer que los préstamos que se ajusten a determinados criterios serán considerados a efectos fiscales como una aportación encubierta de capital. Ello significa que los pagos de intereses son recalificados como distribución de beneficios, por lo que la filial no puede deducir, en todo o en parte, el pago de intereses de sus rendimientos imponibles, y el pago se somete a todas las reglas aplicables a la tributación de dividendos. [3]

3 — Dentro de la Comunidad, la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DO L 225, p. 6) prohíbe la retención en origen del impuesto sobre los beneficios distribuidos por una filial a su sociedad matriz.

2. Reglas aplicables en el Reino Unido hasta 1995

6. En virtud del artículo 209, apartado 2, letra d), de la Income and Corporation Taxes Act 1988 (TA) (Ley de 1988 relativa a los impuestos sobre la renta y de sociedades), todo interés pagado por una sociedad en virtud de un préstamo, que representara un importe superior al rendimiento comercial razonable de un préstamo, debía ser considerado como una distribución de beneficios en la medida en que excediera del referido rendimiento. [4] Esta regla se aplicaba tanto si el pago se abonaba a un prestamista residente o no residente. Significaba que el importe en exceso no era deducible como interés al determinar los beneficios imponibles de la sociedad, sino que se consideraba como una distribución de beneficios una vez gravados éstos. El hecho de que el interés fuera tratado como una distribución también significaba que la sociedad estaba obligada a efectuar un pago a cuenta del impuesto de sociedades (Advance Corporation Tax, «ACT») al realizar el pago. [5]

7. Conforme al artículo 209, apartado 2, letra e), incisos iv) y v), de la TA, todo interés, distinto del que fuera ya considerado como una distribución en virtud del artículo 209, apartado 2, letra d), pagado a un prestamista no residente en el Reino Unido, que fuera miembro del mismo grupo de sociedades (según la definición de éste), era considerado como una distribución. En particular, ese artículo se aplicaba a los préstamos concedidos por una sociedad no residente en el Reino Unido a una sociedad residente en el Reino Unido que fuera filial, respecto al 75 % de su capital, de la sociedad prestamista, o cuando ambas sociedades fueran filiales respecto al 75 % de su capital de una tercera sociedad no residente en el Reino Unido. Como resultado, según las reglas del Reino Unido aplicables hasta 1995 –sin tener en cuenta el efecto de los Convenios de doble imposición («CDI»), que esbozo más adelante– los pagos de intereses abonados por una sociedad residente en el Reino Unido a otra sociedad no residente miembro del grupo (según la definición de éste) se trataban siempre como una distribución, incluso si el interés representaba un rendimiento comercial razonable del préstamo.

8. Las disposiciones de determinados CDI celebrados por el Reino Unido impidieron la aplicación de las reglas antes referidas, enunciadas en el artículo 209 de la TA, y lograron que el interés fuera reconocido como deducible de los beneficios a efectos fiscales, en determinadas circunstancias. Dichas disposiciones fueron eficaces a pesar de las disposiciones opuestas de la legislación nacional del Reino Unido. [6] Aunque la redacción de las disposiciones de esos CDI no es idéntica, en la resolución de remisión el tribunal nacional manifiesta que las mismas pueden formar parte, en términos generales, de dos categorías.

4 — Si bien los términos de la TA y de sus modificaciones se refieren, en general, a títulos de deuda emitidos por el prestatario a favor del prestamista, en lugar de utilizar los términos de empréstito mediante un préstamo, me referiré en estas conclusiones, en aras de la sencillez de expresión, a la concesión de un préstamo por un prestamista a un prestatario.

5 — Artículo 14 de la TA.

6 — Artículo 788, apartado 3, de la TA.

9. La primera categoría de disposiciones centra la atención en el hecho de que el tipo de interés sea normal según criterios comerciales, habida cuenta del principal de la deuda. No consideran si el importe de la deuda en sí es normal según esos criterios. Tales disposiciones se contienen, por ejemplo, en los CDI celebrados con Luxemburgo, Japón, Alemania, España y Austria. De tal forma, por ejemplo, el artículo 11, apartado 7, del CDI entre el Reino Unido y Luxemburgo dispone que, «cuando, debido a una relación especial entre el pagador y el perceptor, o entre ambos y un tercero, el importe del interés pagado, habida cuenta de la deuda exigible en virtud de la cual se abona, exceda del importe que se habría convenido entre el pagador y el perceptor de no existir tal relación ... la parte de los pagos que incurra en tal exceso seguirá siendo imponible de conformidad con la legislación de cada Parte Contratante, teniendo debidamente en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio».

10. La segunda categoría de disposiciones implica un examen más general acerca de si el importe del interés excede, por cualquier motivo, del que se pagaría entre partes independientes. Ello comprendía el examen de si el principal del propio préstamo excedía el importe que se habría concedido entre partes independientes. Tales disposiciones se contienen, por ejemplo, en los CDI celebrados con los Estados Unidos, Irlanda, Suiza, los Países Bajos, Francia e Italia. De tal forma, por ejemplo, el artículo 11, apartado 5, del CDI entre el Reino Unido y los Estados Unidos dispone que «cuando, debido a una relación especial entre el pagador y la persona que percibe el interés, o entre ambos y un tercero, el importe del interés exceda por cualquier motivo del importe que se habría pagado de no existir tal relación [...] la parte de los pagos que incurra en tal exceso seguirá siendo imponible de conformidad con la legislación de cada Estado contratante, teniendo debidamente en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio».

11. El alcance más amplio de la segunda categoría de disposiciones de los CDI se confirma por el artículo 808 A, apartado 2, de la TA, [7] que dispone que, al determinar si existe tal «relación especial», deberán tenerse en cuenta todos los factores, incluido el de si el préstamo mismo se habría concedido, qué principal se habría prestado y el tipo de interés, de no existir tal relación. En lo que se refiere a ambas categorías de CDI, el artículo 808 A, apartado 3, establece que la disposición sobre una relación especial se interpretará en el sentido de que exige que el contribuyente demuestre que no existe tal relación especial, o, en su caso, la prueba del importe del interés que se habría pagado de no existir tal relación especial. Esas disposiciones se aplicaron a los intereses pagados desde el 14 de mayo de 1992.

7 — Añadido por el artículo 52 de la Finance Act (nº 2) (Ley de Presupuestos) de 1992.

3. Las modificaciones de 1995

12. El artículo 209, apartado 2, letra e), incisos iv) y v) de la TA fueron suprimidos por la Finance Act 1995 (Ley de Presupuestos de 1995), y sustituidos por el artículo 209, apartado 2, letra da) de la TA, que, en esencia, dispuso que los intereses pagados entre miembros de un grupo (según la definición de éste), que excedieran del importe que se habría pagado entre partes independientes [8] debían considerarse como un distribución. Ese artículo se aplica cuando el prestatario es filial respecto al 75 % de su capital del prestamista, o cuando ambos son filiales respecto al 75 % de su capital de una tercera sociedad.

13. Conforme al artículo 212, apartados 1 y 3, de la TA, en su versión modificada, el artículo 209, apartado 2, letra da), de la TA, no es aplicable si el pagador y el perceptor de los intereses son ambos sujetos pasivos del impuesto de sociedades del Reino Unido.

4. Las modificaciones de 1998

14. El artículo 209, apartado 8 B, especifica los criterios aplicables para determinar si los pagos de intereses deben considerarse como distribuciones. Los mismos se enumeran así: el nivel adecuado de endeudamiento total del prestatario; si podría presumirse que el prestatario y otra persona cualquiera habrían sido partes en una relación que implicara la emisión de títulos de deuda por la sociedad emisora, o la concesión de un préstamo, o de un préstamo por determinado principal, a esa última sociedad; y el tipo de interés y otras condiciones contractuales que podrían presumirse aplicables a tal operación en cualquier caso concreto. El artículo 209, apartado 8 A, en relación con el artículo 209, apartados 8 D a 8 F, determina en qué medida las sociedades pueden agruparse a los efectos de valorar los niveles de los empréstitos obtenidos por las mismas sobre una base consolidada. En sustancia, las reglas no permiten esa consolidación a los diferentes subgrupos del Reino Unido que formen parte de un grupo extranjero más amplio: la capacidad de tomar a préstamo de cada subgrupo en el Reino Unido se determina con independencia. [9]

15. El Anexo 28 AA de la TA, introducido por la Finance Act de 1998, establece un

8 — Este artículo se aplica cuando la totalidad o parte del préstamo «representa un importe que no se habría concedido a la otra sociedad, si entre las sociedades no hubiera existido (salvo respecto a los títulos de deuda de los que se trata) una relación, entendimiento u otra vinculación (sea formal o informal), excepto en cuanto a la parte, si la hay, de dicha distribución que no represente tal importe, o que constituya una distribución en virtud de la anterior letra d), o un importe que represente el principal garantizado mediante los títulos de deuda» [artículo 209, apartado 2, letra da), punto ii)].

9 — El artículo 209, apartado 8 A, letra b), establece que, al determinar si son aplicables los factores de la clasificación como distribución enunciados en el artículo 209, apartado 8 B, no se tendrá en cuenta ninguna relación, entendimiento o vinculación (salvo la propia relación entre prestatario y prestamista) entre el prestatario y cualquier tercero, excepto cuando éste i) no tenga vinculación relevante (según se define en el artículo 209, apartado 8 C) con el prestatario y ii) sea una sociedad miembro del mismo grupo del Reino Unido (según se define en el artículo 209, apartado 8 D), que el prestatario.

conjunto de reglas detalladas sobre los precios entre sociedades vinculadas, que también se aplican a los pagos de intereses. Las reglas sobre los precios entre sociedades vinculadas se aplican cuando 1) existe una «estipulación a través de una operación», o de una serie de operaciones, entre dos sociedades bajo control común. A estos efectos, el control abarca la participación directa o indirecta en la dirección, el control o el capital de cualquier sociedad interesada; [10] 2) las condiciones de la estipulación son diferentes de las que se habrían acordado si las sociedades no hubieran estado bajo control común; y 3) la estipulación confiere a una de las personas interesadas una ventaja potencial respecto a la imposición del Reino Unido. En tal caso, los beneficios y pérdidas de la(s) persona(s) potencialmente beneficiada(s) «serán calculados a efectos fiscales como si se hubiera acordado o impuesto una estipulación entre partes independientes, en lugar de la estipulación efectivamente convenida». [11]

16. Se consideraba que la estipulación no confería a una de las personas interesadas una ventaja potencial cuando, entre otras cosas, la otra parte en la operación estaba sujeta al impuesto sobre la renta o al impuesto de sociedades en el Reino Unido, y se cumplían otros determinados requisitos. Éstos exigían que 1) la persona no tuviera derecho a ninguna exención en el impuesto sobre la renta o en el impuesto de sociedades respecto a (una parte) de la renta o de los beneficios imponibles; [12] 2) mientras esa persona hubiera estado sujeta al impuesto sobre la renta respecto a los beneficios derivados de esas actividades, la misma fuera residente en el Reino Unido durante los ejercicios imponibles en los que estuvo sujeta a ese impuesto; [13] 3) la persona no tuviera derecho [14] a disfrutar de crédito en ningún ejercicio imponible en virtud de cualquier imposición en el extranjero por o en relación con beneficios derivados de las actividades relevantes, ni habría tenido tal derecho en ninguno de esos ejercicios si hubiera obtenido tales beneficios o si éstos excedieran de un determinado importe; [15] y 4) los importes que se hubieran tenido en cuenta al calcular los beneficios o las pérdidas de la persona derivados de las actividades relevantes durante cualquier ejercicio imponible no incluyeran ningún rendimiento cuyo importe se hubiera reducido en virtud del artículo 811, apartado 1, de la TA (deducción por la imposición extranjera cuando no existe crédito disponible).

17. Esta regla fue modificada por la Finance Act de 2004, de modo tal que se aplica cuando ambas partes en la operación están sujetas a imposición en el Reino Unido.

10 — Anexo 28 AA, punto 1, apartado 1, letra b).

11 — Anexo 28 AA, punto 1, apartado 2. Según el Anexo 28 AA, punto 5 de la TA, ese requisito se cumplía en un caso concreto cuando el efecto de acordar o imponer la estipulación fuera la reducción del importe de los beneficios gravados en cualquier ejercicio imponible de esa persona, y/o el aumento del importe de las pérdidas en cualquier ejercicio imponible de esa persona.

12 — Anexo 28 AA, punto 5, apartado 3, letra b), de la TA.

13 — Anexo 28 AA, punto 5, apartado 3, letra c), de la TA.

14 — De conformidad con cualquier regla sobre doble imposición, o en virtud del artículo 790, apartado 1, de la TA.

15 — Anexo 28 AA, punto 5, apartado 4, de la TA.

III. Antecedentes fácticos de la remisión prejudicial

18. El litigio colectivo, denominado «Thin Cap», sobre la subcapitalización, acumula demandas de restitución y/o indemnización por las desventajas fiscales y otros efectos fiscales adversos sufridos como consecuencia del régimen de la subcapitalización en el Reino Unido, antes esbozado. Esas demandas fueron presentadas ante la High Court of Justice of England and Wales, a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Lankhorst-Hohorst, que declaró contrarias al artículo 43 CE las normas alemanas sobre subcapitalización vigentes en la época relevante. [16] A los efectos de la presente remisión prejudicial, se seleccionaron asuntos «piloto» que representaran diferentes estructuras societarias, sobre cuyos elementos de hecho concordaban las partes. Todos los asuntos piloto afectan a una sociedad filial residente en el Reino Unido cuyo capital, directa o indirectamente, pertenece, al menos en el 75 %, a una sociedad matriz no residente en el Reino Unido, en circunstancias en las que, o bien la matriz ha concedido un préstamo al prestatario, o bien otra sociedad no residente en el Reino Unido, la cual es también filial, directa o indirecta, de la matriz, respecto al 75 % de su capital, ha concedido un préstamo al prestatario. Como resultado, las cuestiones planteadas se formulan sobre la base de los hechos de una operación objeto de un asunto piloto –el del grupo Lafarge–, y de la forma en la que los otros asuntos pilotos difieren de modo relevante del primero.

A. *Grupo Lafarge: hechos relevantes*

19. Lafarge SA, sociedad anónima con domicilio social en Francia, es la sociedad matriz en último grado de un grupo multinacional de sociedades que producen materiales para la construcción. A los efectos que aquí interesan, son miembros relevantes del grupo Lafarge los siguientes: 1) Financière Lafarge SA (la sociedad prestamista), con domicilio social en Francia, que es filial indirectamente perteneciente en su totalidad a la sociedad matriz, Lafarge SA; y 2) Lafarge Building Materials Limited, residente en el Reino Unido, que es la sociedad holding en último grado de la mayoría de las filiales del grupo Lafarge residentes en el Reino Unido, y que es ella misma filial directa de Financière Lafarge. [17] La demanda también comprende a otras nueve sociedades demandantes del grupo Lafarge, las cuales son residentes en el Reino Unido, directa o indirectamente filiales de Lafarge Building Materials (que poseía en cada caso más del 50 % de las acciones representativas del capital de dichas sociedades).

20. En diciembre de 1997, el grupo Lafarge adquirió las acciones de la sociedad Redland plc, residente en el Reino Unido. Para financiar esa adquisición, Financière Lafarge dispuso de diversas facilidades crediticias –con la garantía final de Lafarge SA– proporcionadas por entidades bancarias ajenas

16 — Citado en la nota 2 *supra*.

17 — A lo largo de todo el período relevante, Financière Lafarge poseía más del 75 % de las acciones emitidas por Lafarge Building Materials.

al grupo Lafarge, que le permitieron aportar financiación mediante préstamo a sociedades del grupo, o de las cuales las filiales autorizadas podían obtener financiación directa. En particular, para financiar la adquisición de Redland, Financière Lafarge concedió un préstamo a corto plazo a Lafarge Building Materials, que a su vez otorgó un préstamo similar a otra entidad del grupo Lafarge, Minerals UK. En total, esta disposición de préstamos (es decir, a través de Financière Lafarge y de Lafarge Building Materials), financió aproximadamente el 50 % del precio de compra de las acciones de Redland, y el resto fue financiado mediante disposiciones directas por parte de Mineral UK con cargo a las facilidades crediticias del grupo Lafarge concedidas por entidades bancarias ajenas al grupo. La mayor parte de esas disposiciones directas fueron reembolsadas en 1998 mediante préstamos concedidos por Lafarge SA a Minerals UK, tras la refinanciación por Lafarge SA y Financière Lafarge de sus facilidades de crédito externas mediante la emisión de obligaciones a fin de conseguir mejores condiciones de financiación.

21. Tras completar la adquisición de Redland, y a raíz de la advertencia por parte de sus asesores fiscales en el Reino Unido de que la autoridad fiscal de dicho país consideraría que al menos una parte de los intereses pagados por Lafarge Building Materials en virtud de los referidos préstamos constituían distribuciones con arreglo al artículo 209, apartado 2, letra da) de la TA, el grupo Lafarge redujo el endeudamiento contraído por Lafarge Building Materials con Financière Lafarge alrededor de marzo de 1998, a través de la ampliación de capital mediante conversión de cerca del 75 % de la deuda en aquel momento exigible. Ello se realizó emitiendo nuevas acciones representativas de la ampliación de capital de Lafarge Building Materials, suscritas por sociedades del grupo Lafarge, la mayoría de ellas por Financière Lafarge. Los desembolsos de dichas acciones por esas sociedades se compensaron seguidamente con la deuda contraída por Lafarge Building Materials con Financière Lafarge por igual importe.

22. En marzo de 1999, UK Inland Revenue inició una inspección fiscal de la adquisición de Redland. Inland Revenue no aceptó el criterio de Lafarge, según el cual un banco ajeno al grupo habría concedido normalmente facilidades de crédito similares, en condiciones parecidas a las estipuladas entre Financière Lafarge y Lafarge Building Materials, y entre Minerals UK y Lafarge SA, y mantuvo que parte de los intereses debían calificarse como distribuciones en virtud del artículo 209, apartado 2, letra da), de la TA. Tras celebrarse reuniones entre Inland Revenue y los asesores de Lafarge, se alcanzó un acuerdo conforme al cual parte de los pagos de intereses por Financière Lafarge a Lafarge Building Materials, y por Minerals UK a Lafarge SA, fueron recalificados como distribuciones, en particular si una proporción establecida entre deuda neta total e ingresos de explotación antes del pago del impuesto excedía de determinados límites.

B. *Otros asuntos piloto: hechos relevantes*

23. Los demás asuntos piloto seleccionados a los efectos del presente procedimiento prejudicial afectan a los siguientes grupos de sociedades.

24. El primero de los otros asuntos piloto afecta al grupo Volvo, que en lo que aquí interesa comprende las entidades relevantes siguientes 1) AB Volvo, la sociedad anónima matriz cotizada en bolsa, residente en Suecia; 2) Volvo Treasury AB, sociedad residente en Suecia, y filial directamente perteneciente en su totalidad a AB Volvo; 3) Volvo Truck and Bus Limited, sociedad residente en el Reino Unido y filial indirectamente perteneciente en su totalidad a AB Volvo a través de sociedades intermedias residentes en Suecia y en los Países Bajos; 4) VFS Financial Services (UK) Limited, sociedad residente en el Reino Unido y filial indirecta perteneciente en su totalidad a AB Volvo a través de sociedades intermedias residentes en Suecia. En particular, el asunto piloto se refiere a la financiación proporcionada en octubre de 1999 por Volvo Treasury a Volvo Truck and Bus en virtud de un contrato de préstamo. En circunstancias semejantes a las del grupo Lafarge antes esbozadas, una parte de esa deuda se convirtió en capital de Volvo Truck and Bus en diciembre de 1999. El grupo Volvo alcanzó un acuerdo con Inland Revenue sobre las condiciones conforme a las que sus pagos de intereses no se recalificarían como distribuciones en 2000.

25. El segundo de los otros asuntos piloto afecta al grupo PepsiCo, que en lo que aquí interesa comprende las entidades relevantes siguientes 1) PepsiCo Inc, la sociedad matriz residente en los Estados Unidos; 2) PepsiCo Finance Europe Limited, sociedad constituida en el Reino Unido y residente en Luxemburgo, que operaba en Suiza a través de una sucursal, y era filial indirecta perteneciente en su totalidad a PepsiCo Inc a través de sociedades holding intermedias residentes en Irlanda y en terceros países; 3) PepsiCo Holdings, sociedad residente en el Reino Unido que era filial indirecta perteneciente en su totalidad a PepsiCo Inc a través de sociedades intermedias residentes en Estados miembros y en terceros países. A partir de 1999, PepsiCo Finance Europe proporcionó préstamos a PepsiCo Holdings a través de su sucursal suiza, el pago de cuyos intereses se reguló por el CDI de 1968 entre el Reino Unido y Luxemburgo.

26. El tercer y cuarto de los otros asuntos piloto afectan ambos al grupo Caterpillar, que ha presentado demandas que se han considerado como dos clases diferentes de asuntos piloto.

27. A los efectos del tercer asunto piloto, las entidades relevantes del grupo Caterpillar son 1) Caterpillar Inc, la sociedad matriz

residente en los Estados Unidos; 2) Caterpillar International Finance plc, sociedad residente en Irlanda y filial indirecta perteneciente en su totalidad a Caterpillar Inc a través de sociedades holding intermedias residentes en el Reino Unido o en los Estados Unidos (sociedades holding entre las que está Caterpillar Financial Services Corporation, residente en los Estados Unidos); 3) Caterpillar Financial Services (UK) Ltd, sociedad residente en el Reino Unido y filial indirecta perteneciente en su totalidad a Caterpillar Inc, a través de sociedades holding intermedias residentes en el Reino Unido o los Estados Unidos, sociedades holding entre las que está Caterpillar Financial Services Corporation. En particular, Caterpillar International Finance concedió un préstamo a Caterpillar Financial Services (UK), el pago de cuyos intereses se reguló por el CDI de 1976 entre el Reino Unido e Irlanda.

28. A los efectos del cuarto asunto piloto las entidades relevantes del grupo Caterpillar son 1) Caterpillar Inc; 2) Caterpillar Overseas SA, una sociedad residente en Suiza y, según el período de tiempo pertinente, filial directa o indirecta perteneciente en su totalidad a Caterpillar Inc. En períodos durante los que la sociedad fue filial indirecta, las sociedades holding intermedias eran residentes en los Estados Unidos; 3) Caterpillar Peterlee Limited, sociedad residente en el Reino Unido y filial indirecta perteneciente en su totalidad a Caterpillar Inc a través de sociedades holding intermedias residentes en el Reino Unido. En particular, Caterpillar Overseas concedió un préstamo a Caterpillar Peterlee, el pago de cuyos intereses se reguló por el CDI de 1977 entre el Reino Unido y Suiza.

IV. Cuestiones planteadas y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

29. Previa conformidad de las partes sobre los hechos de los asuntos piloto, el litigio principal se suspendió el 21 de diciembre de 2004, y se plantearon al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones:

«1) ¿Es contrario a los artículos 43 CE, 49 CE o 56 CE que un Estado miembro (en lo sucesivo, "Estado de la sociedad prestataria") mantenga vigentes y aplique disposiciones como las establecidas en los artículos 209, 212 y anexo 28AA de la [ICTA, en lo sucesivo, "disposiciones nacionales"] que imponen restricciones a la facultad de una sociedad residente en dicho Estado miembro (en lo sucesivo, "sociedad prestataria") de deducir a efectos fiscales los intereses de un préstamo financiero concedido por una sociedad matriz directa o indirecta residente en otro Estado miembro, en circunstancias en las que la sociedad prestataria no quedaría sujeta a tales restricciones si la sociedad matriz hubiera sido residente en el Estado de la sociedad prestataria?

2) ¿Qué incidencia tiene, en su caso, en la respuesta a la primera cuestión el hecho de que:

a) el préstamo financiero no sea concedido por la sociedad matriz de la sociedad prestataria, sino por otra sociedad (en lo sucesivo, "sociedad prestamista") del mismo grupo de sociedades, cuya sociedad matriz directa o indirecta sea la misma que la de la sociedad prestataria, y que tanto la sociedad matriz común como la sociedad prestamista sean residentes en Estados miembros distintos del Estado de la sociedad prestataria;

b) la sociedad prestamista sea residente en un Estado miembro distinto del de la sociedad prestataria, pero todas las sociedades matrices, directas o indirectas, comunes a la sociedad prestataria y a la sociedad prestamista sean residentes en un tercer país;

c) todas las sociedades matrices, directas o indirectas, comunes a la sociedad prestamista y a la sociedad prestataria sean residentes en terceros países, y la sociedad prestamista sea residente en un Estado miembro distinto del de la sociedad prestataria, pero conceda el préstamo financiero a la sociedad prestataria a través de una sucursal de la sociedad prestamista establecida en un tercer país;

d) la sociedad prestamista y todas las sociedades matrices, directas o indirectas, comunes a la sociedad prestamista y a la sociedad prestataria sean residentes en terceros países?

3) ¿Incide en las respuestas a las cuestiones prejudiciales primera y segunda el hecho de que pudiera demostrarse que los empréstitos constituían un abuso de derecho o formaban parte de un montaje artificial dirigido a eludir la legislación tributaria del Estado miembro de la sociedad prestataria? En caso de respuesta afirmativa, ¿qué directrices cree apropiado formular el Tribunal de Justicia sobre lo que constituye tal abuso o montaje artificial en el contexto de casos como el presente?

4) Si existe una restricción a los movimientos de capitales entre Estados miembros y terceros países, mencionada en el artículo 56 CE, ¿existía tal

restricción el 31 de diciembre de 1993 a efectos de la aplicación del artículo 57 CE?

5) En el caso de que alguno de los supuestos planteados en las cuestiones prejudiciales primera o segunda sea contrario a los artículos 43 CE, 49 CE o 56 CE, si la sociedad prestataria u otras sociedades del grupo de la sociedad prestataria (en lo sucesivo, "demandantes") formulan las siguientes reclamaciones:

a) una solicitud de devolución de la cuota adicional del impuesto de sociedades pagada por la sociedad prestataria, como consecuencia de que no se le permitiera deducir de sus beneficios gravados por el impuesto de sociedades los intereses pagados a la sociedad prestamista, cuando tales pagos de intereses se habrían considerado deducibles de los beneficios de la sociedad prestataria si la sociedad prestamista también hubiera tenido su residencia en el Estado de la sociedad prestataria;

b) una solicitud de devolución de la cuota adicional del impuesto de sociedades pagada por la sociedad prestataria, cuando el importe total de los intereses del préstamo ha sido efectivamente pagado a la sociedad prestamista, pero la solicitud de deducción en relación con tales intereses se ha reducido como consecuencia de las disposiciones nacionales o de la aplicación de éstas por parte de las autoridades tributarias;

c) una solicitud de devolución de la cuota adicional del impuesto de sociedades pagada por la sociedad prestataria, cuando el importe de los intereses de los préstamos concedidos por la sociedad prestamista deducible de los beneficios de la sociedad prestataria se ha reducido porque se han suscrito acciones por la aportación de capital en lugar de la financiación mediante préstamos, o bien dichos fondos propios han sustituido a los préstamos existentes, como consecuencia de las disposiciones nacionales o de la aplicación de éstas por parte de las autoridades tributarias;

d) una solicitud de devolución de la cuota adicional del impuesto de sociedades pagada por la sociedad prestataria, cuando los intereses de los préstamos concedidos por la sociedad prestamista deducibles de los beneficios de la sociedad prestataria se han reducido, al rebajarse el tipo de interés aplicable al préstamo (o al considerar que dicho préstamo era gratuito), como consecuencia de las disposiciones nacionales o de la aplicación de éstas por parte de las autoridades tributarias;

e) una reclamación de restitución o compensación en relación con pérdidas, u otras desgravaciones o créditos fiscales, de la sociedad

prestataria (o que otras sociedades del grupo de la sociedad prestataria también residentes en el Estado de la sociedad prestataria hayan cedido a ésta), deducidos por la sociedad prestataria de la cuota adicional mencionada en las letras a), b) o c) *supra,* cuando, en otras circunstancias, se habrían podido aplicar tales pérdidas, desgravaciones y créditos a un fin alternativo, o trasladar a un ejercicio posterior;

f) una solicitud de devolución de los pagos a cuenta del impuesto de sociedades no deducidos, abonados por la sociedad prestataria por los pagos de intereses a la sociedad prestamista recalificados como distribuciones;

g) una reclamación de restitución o compensación en relación con los pagos a cuenta del impuesto de sociedades abonados en las circunstancias expresadas en la letra f) *supra,* pero que posteriormente hayan sido deducidos de la cuota del impuesto de sociedades de la sociedad prestataria;

h) una reclamación de compensación por los gastos y costes soportados por las demandantes para adecuarse a las disposiciones nacionales y a la aplicación de éstas por parte de las autoridades tributarias;

i) una reclamación de restitución o compensación por la pérdida de rendimientos de los préstamos invertidos en aportación de capital (o convertidos en capital) en las circunstancias descritas en la letra c), y

j) una reclamación de restitución o compensación por cualesquiera deudas tributarias contraídas por la sociedad prestamista en su Estado de residencia por la presunta o imputada percepción de intereses procedentes de la sociedad prestataria que han sido recalificados como una distribución con arreglo a las disposiciones nacionales mencionadas en la primera cuestión,

¿deben considerarse tales reclamaciones, a efectos del Derecho comunitario, como:

— reclamaciones de restitución o devolución de importes indebidamente recaudados, nacidas como consecuencia y complemento de la infracción de las disposiciones comunitarias antes mencionadas; o

— reclamaciones de compensación o indemnización de daños y perjuicios, o bien como

— reclamaciones del pago de una cantidad equivalente a la ventaja indebidamente denegada?

6) En el caso de que la respuesta a cualquier parte de la quinta cuestión prejudicial sea que las reclamaciones son reclamaciones del pago de una cantidad equivalente a una ventaja indebidamente denegada:

a) ¿son tales reclamaciones consecuencia, y complemento, del derecho conferido por las disposiciones comunitarias antes mencionadas; o

b) es preciso que concurran todos o algunos de los requisitos para el reembolso establecidos en la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur y Factortame (C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029), o bien

c) deben concurrir otros requisitos?

7) ¿Implica alguna diferencia el hecho de que, como cuestión de Derecho interno, las reclamaciones a que se hace referencia en la sexta cuestión prejudicial se interpongan como reclamaciones de restitución o se interpongan, o deban interponerse, como reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios?

8) ¿Qué orientación, en su caso, considera conveniente ofrecer el Tribunal de Justicia en los presentes litigios sobre las circunstancias que el órgano jurisdiccional nacional debería tener en cuenta a la hora de determinar si se ha producido una violación suficientemente caracterizada en el sentido de la sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortame, antes citada, en particular en lo que respecta a si, en el estado actual de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la interpretación de las disposiciones comunitarias pertinentes, el incumplimiento es de carácter excusable?

9) Como cuestión de principio, ¿puede existir una relación de causalidad directa (en el sentido de la sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortame,

antes citada) entre cualquier infracción de los artículos 43 CE, 49 CE y 56 CE y las pérdidas comprendidas en las categorías mencionadas en la quinta cuestión prejudicial, letras a) a h), que derivan de dicha infracción según alegan las demandantes? En caso de respuesta afirmativa, ¿qué orientación, en su caso, considera conveniente ofrecer el Tribunal de Justicia sobre las circunstancias que el órgano jurisdiccional nacional debería tener en cuenta a la hora de determinar si existe tal relación de causalidad directa?

10) A la hora de determinar la pérdida o perjuicio por el que pueda concederse una indemnización, ¿tiene el órgano jurisdiccional nacional la facultad de apreciar si los perjudicados mostraron una diligencia razonable para evitar o limitar su pérdida, en particular ejercitando acciones legales que pudieran haber demostrado que las disposiciones nacionales no tenían el efecto (en virtud de la aplicación de convenios para evitar la doble imposición) de imponer las restricciones mencionadas en la primera cuestión prejudicial? ¿Incide en la respuesta a esta cuestión la opinión de las partes, en su momento, sobre el efecto de los convenios para evitar la doble imposición?»

30. Con arreglo al artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia, presentaron observaciones escritas los demandantes en el asunto principal, los Gobiernos del Reino Unido y de la República Federal de Alemania, y la Comisión. En la vista celebrada el 31 de enero de 2006, presentaron observaciones orales todas las partes citadas así como el Gobierno de los Países Bajos.

V. Análisis

A. *Disposicion(es) aplicable(s) del Tratado*

31. Dado que el tribunal nacional ha suscitado la cuestión de la compatibilidad de la legislación relevante del Reino Unido con las disposiciones del Tratado (artículos 43 CE, 49 CE y 56 CE) relativas a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios y de capitales, la primera cuestión que considerar es la de con cuál de dichas disposiciones del Tratado debe contrastarse esa legislación. Esta cuestión es importante por dos razones. En primer lugar, mientras que los artículos 43 CE y 49 CE se aplican sólo a las restricciones del ejercicio de la libertad de establecimiento y de circulación de servicios entre los Estados miembros, el artículo 56 CE también prohíbe las restricciones del movimiento de capitales entre los Estados miembros y terceros países. En segundo lugar, el alcance temporal del artículo 56 CE es diferente del de los

artículos 43 CE y 49 CE: en particular, el artículo 56 CE entró en vigor y adquirió efecto directo a partir del 1 de enero de 1994, y está sujeto a una disposición «standstill» (el artículo 57 CE) respecto a los terceros Estados (aunque el principio de libre circulación de capital ya había sido establecido por la Directiva 88/361/CEE). [18]

32. En primer lugar, respecto al artículo 43 CE, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que ejerce su derecho de establecimiento una sociedad establecida en un Estado miembro que es titular de una participación tal en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro que le confiere una «influencia real en las decisiones de la sociedad» y le permite «determinar las actividades de ésta». [19]

33. En el presente asunto, considero que, en virtud de la redacción de cada una de sus versiones modificadas presentadas ante el Tribunal de Justicia, la legislación relevante del Reino Unido se aplica sólo a situaciones en las que una sociedad tiene (o tenía en el período de tiempo relevante) una influencia real en las decisiones de otra sociedad, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. De tal forma, en la versión de la legislación en vigor antes de las modificaciones de 1995, el artículo 209, apartado 2, letra e), se aplicaba en particular a los préstamos concedidos por una sociedad no residente en el Reino Unido a una sociedad residente en el Reino Unido, que fuera filial respecto al 75 % de su capital de la sociedad prestamista, o cuando ambas sociedades eran filiales respecto al 75 % de su capital de una tercera sociedad no residente en el Reino Unido (es decir, cuando el préstamo se concedía a través de otra filial de la sociedad matriz). Este requisito de aplicabilidad se mantuvo tras las modificaciones introducidas por la Finance Act de 1995. [20]

34. La situación se modificó en alguna medida en virtud de la Finance Act del Reino Unido de 1998, que sometió las operaciones anteriormente regidas por las reglas específicas sobre subcapitalización a las reglas generales del Reino Unido relativas a los precios entre sociedades vinculadas. Sin embargo, esas últimas sólo se aplican cuando existe una estipulación, a través de una operación, pactada o impuesta entre dos sociedades bajo control común, es decir, cuando una de ambas sociedades participa directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de la otra parte, o cuando la misma persona participa directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de ambas sociedades. [21] Tal requisito es suficiente, a mi juicio, para indicar que se cumple el criterio de «influencia real» a los presentes efectos. En cualquier caso, en cada

18 — Directiva del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado (DO L 178, p. 5).

19 — Sentencia de 13 de abril de 2000, Baars (C-251/98, Rec. p. I-2787), apartado 22. Aun si en este asunto se trataba de la participación accionarial de un nacional de un Estado miembro, no de una sociedad, el principio se aplica igualmente a las sociedades establecidas en ese Estado miembro. Véase también el artículo 58 CE, apartado 2, que dispone que las disposiciones sobre la libertad de movimiento de capitales «no serán obstáculo para la aplicación de restricciones del derecho de establecimiento compatibles con el presente Tratado».

20 — Véase el artículo 209, apartado 2, letra da), de la TA.

21 — Anexo 28 AA, punto 1, apartado 1), letra b) de la TA.

uno de los asuntos piloto interviene una filial residente en el Reino Unido, el 75 % al menos de cuyo capital pertenece, directa o indirectamente, a una sociedad matriz no residente en el Reino Unido, o a otra sociedad no residente en el Reino Unido, que a su vez es también filial directa o indirecta de la matriz respecto al 75 % de su capital. En realidad, podría decirse que la conclusión de que el artículo 43 CE se aplica, basada en el tenor expreso de la legislación del Reino Unido, se refuerza por la propia razón de ser de las reglas nacionales sobre subcapitalización y sobre precios entre sociedades vinculadas, las cuales, como observé antes, se apoyan en la idea de que, en determinadas circunstancias, puede ser ventajoso para la posición fiscal global de los grupos transfronterizos tratar de acordar condiciones contractuales, o la naturaleza misma de la operación, distintas de las que se pactarían en circunstancias de mutua independencia de las partes. Esa idea sólo tiene sentido en situaciones en las que interviene un grupo, es decir, cuando la matriz (y/o las sociedades intermedias del grupo) tiene una influencia real en las sociedades filiales subordinadas. [22]

35. Como consecuencia, la legislación del Reino Unido controvertida en este asunto debe ser apreciada en relación con su compatibilidad con las disposiciones del Tratado sobre libertad de establecimiento. Evidentemente, ello significa que el artículo 49 CE, que presupone una presencia temporal, no permanente, en otro Estado miembro, no se aplica. [23] En cambio, sin embargo, es posible en principio que las disposiciones del Tratado sobre la libre circulación de capital puedan ser aplicables en concurrencia con las relativas a la libertad de establecimiento. [24] Al respecto, deseo referirme a las conclusiones del Abogado General Sr. Alber en el asunto Baars, antes citado, en las que expresó la opinión de que, en un caso en el que la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento pueden ambas hallarse en juego, el Tribunal de Justicia debe atender a cuál de esas libertades resulta directamente restringida por las normas nacionales relevantes. De tal forma, cuando ambas libertades sean directamente afectadas, debe examinarse la compatibilidad de las normas nacionales con los artículos 43 CE y 56 CE. En cambio, en caso de menoscabo directo de la libertad de establecimiento que sólo implica indirectamente una reducción de los flujos de capitales entre los Estados miembros a consecuencia del obstáculo al establecimiento, únicamente se aplican las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento. [25] Concuerdo respetuosamente con ese razonamiento.

36. En aplicación de ese test al presente asunto, si bien el ejercicio de la libertad de establecimiento de las sociedades matrices no residentes en el Reino Unido a través de la

22 — Véase también el artículo 4, apartado 1, del Convenio de Arbitraje, que dispone, como un requisito para la aplicación de las reglas sobre precios entre sociedades vinculadas establecidas por el mismo Convenio, la participación directa o indirecta de una empresa de un Estado miembro en la dirección, el control o el capital de una empresa de otro Estado miembro, y la participación directa o indirecta de las mismas personas en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado y de una empresa de otro Estado. Véase igualmente el artículo 9, apartado 1, del Modelo de la OECD de Convenio de imposición sobre la renta y el patrimonio, con los comentarios a los artículos, París, 1977, según su versión modificada.

23 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania (C-205/84, Rec. p. 3755).

24 — Sentencia de 14 de noviembre de 1995, Svensson y Gustavsson (C-484/93, Rec. p. I-3955).

25 — Sentencia Baars, citada en la nota 19 *supra*, apartado 26. Véanse también mis conclusiones en el asunto Reisch y otros (C-515/99 y C-527/99 a C-540/99, Rec. p. I-2157), punto 59.

constitución de filiales residentes en el Reino Unido necesita ineludiblemente el movimiento de capital hacia el Reino Unido en la medida precisa para constituir esa filial, ese movimiento es, a mi juicio, una consecuencia meramente indirecta de tal establecimiento. De ello resulta que la legislación controvertida del Reino Unido sólo debe apreciarse en relación con su compatibilidad con el artículo 43 CE.

B. *Cuestión 1*

37. Mediante su primera cuestión, el tribunal nacional pregunta si es contrario a los artículos 43 CE, 49 CE o 56 CE, que un Estado miembro mantenga vigentes y aplique disposiciones como las establecidas en los artículos 209, 212 y anexo 28 AA de la Income and Corporation Taxes Act 1988 («ICTA») que imponen restricciones a la facultad de una sociedad residente en dicho Estado miembro de deducir a efectos fiscales los intereses de un préstamo financiero concedido por una sociedad matriz directa o indirecta residente en otro Estado miembro, en circunstancias en las que la sociedad prestataria no quedaría sujeta a tales restricciones si la sociedad matriz fuera residente en el Estado de la sociedad prestataria.

38. El asunto piloto relevante respecto a esta cuestión es el del grupo Lafarge. Por las razones que acabo de exponer, consideraré sólo la compatibilidad de esa legislación con el artículo 43 CE.

39. Según jurisprudencia reiterada, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben, sin embargo, ejercer dicha competencia respetando el Derecho comunitario, lo que incluye la prohibición por el artículo 43 CE de restricciones a la apertura de filiales, sucursales o agencias por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. [26] El artículo 43 CE, párrafo segundo, especifica que la libertad de establecimiento comprende el derecho a la constitución y gestión de empresas en un Estado miembro en las condiciones fijadas por dicho Estado para sus propios nacionales.

40. Como observé en mis conclusiones en los asuntos Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Test Claimants in the FII Group Litigation, Kerckhaert y Morres y Denkavit, [27] el artículo 43 CE se aplica en el caso de que el distinto trato de las situaciones en las que exista un elemento trans-

26 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 13 de diciembre de 2005, Marks &Spencer (C-446/03, Rec. p. I-10837), apartado 29, y las sentencias citadas en él.

27 — Véanse mis conclusiones de 23 de febrero de 2006 en el asunto Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, aún no publicadas en la Recopilación), punto 32 y ss.; mis conclusiones de 6 de abril de 2006 en el asunto Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, aún no publicadas en la Recopilación), punto 37 y ss.; mis conclusiones de 6 de abril de 2006 en el asunto Kerckhaert y Morres (C-513/04, aún no publicadas en la Recopilación), puntos 18 19; y mis conclusiones de 27 de abril de 2006 en el asunto Denkavit (C-170/05, aún no publicadas en la Recopilación), punto 20.

fronterizo y de las situaciones meramente internas no constituya una consecuencia directa y lógica del hecho de que, en el estado actual de desarrollo del Derecho comunitario, los contribuyentes pueden estar sujetos a obligaciones fiscales diferentes en las situaciones transfronterizas y en las situaciones meramente internas. [28] Ello significa, en particular, que, para que un trato fiscal desfavorable esté comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 43 CE, es necesario que sea consecuencia de una discriminación directa o encubierta derivada de las normas de una autoridad fiscal, y no simplemente de la existencia de disparidades o del reparto de la competencia fiscal entre los sistemas tributarios de dos o más Estados miembros, ni tampoco de la coexistencia de las administraciones fiscales nacionales (lo que he denominado «cuasirrestricciones»). [29]

41. Al aplicar ese test al presente asunto, la primera cuestión es si las normas del Reino Unido originan, como alegan los demandantes en el litigio principal, un trato fiscal desfavorable de las filiales residentes en el Reino Unido, basado en el lugar de residencia de sus sociedades matrices directas o indirectas. Si es así, la siguiente cuestión es la de si ese trato fiscal desfavorable es meramente el resultado de una cuasirrestricción, y por tanto queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 43 CE. Si no es ése el caso, la cuestión final es la de si el trato fiscal desfavorable es el resultado de una discriminación, y si ésta puede justificarse.

1. ¿Existe un trato fiscal desfavorable de las filiales residentes en el Reino Unido basado en el lugar de residencia de sus sociedades matrices directas o indirectas?

42. A mi parecer, es evidente que, en sus versiones en vigor hasta 2004, la distinción en el trato fiscal contenida en las normas del Reino Unido constituía un trato fiscal desfavorable de las filiales residentes en el Reino Unido cuyas sociedades matrices eran no residentes en el Reino Unido, en comparación con las filiales residentes en el Reino Unido cuyas sociedades matrices fueran residentes en el Reino Unido.

43. En primer lugar, la distinción en el trato fiscal establecida por las normas del Reino Unido afectaba efectivamente a las filiales residentes en el Reino Unido, en función del lugar de residencia de su sociedad matriz. De esa forma:

— conforme a las normas aplicables hasta 1995, mientras que, en principio, todo interés pagado por una sociedad en virtud de un préstamo –ya fuera pagado a un prestamista residente o no residente– de importe superior a un rendimiento comercial normal del préstamo tenía que considerarse una distribución de beneficios en la medida en que excedía de tal rendimiento, [30] en el caso de intereses pagados a cualquier prestamista no residente en el Reino Unido que fuera miembro del mismo grupo de sociedades, esos intereses

28 — Véanse, para un razonamiento extenso al respecto, los puntos 31 a 54 de mis conclusiones en el asunto Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, citado en la nota 27 *supra*.

29 — *Ibidem*., apartado 55; véanse también mis conclusiones en el asunto Denkavit, citado en la nota 27 *supra*, punto 20.

30 — Artículo 209, apartado 2, letra d), de la TA.

debían considerarse siempre como una distribución. [31] En otros términos, no era en absoluto posible a efectos fiscales tratar los intereses pagados a un prestamista no residente en el Reino Unido como tales intereses.

— conforme a las normas aplicables entre 1995 y 1998, la disposición según la cual los intereses pagados entre miembros del grupo que excedieran del importe que se habría pagado entre partes independientes se consideraba una distribución, [32] no se aplicaba cuando el pagador y el perceptor de los intereses eran ambos sujetos pasivos del impuesto de sociedades del Reino Unido. [33] (Evidentemente, la distinción de trato basada en que el perceptor sea sujeto pasivo del impuesto de sociedades del Reino Unido es probablemente más relevante si el perceptor está legalmente constituido o ejerce su actividad principal en un Estado miembro distinto del Reino Unido).

— según las normas aplicables entre 1998 y 2004, los pagos de intereses dentro del grupo se regían por las reglas generales del Reino Unido sobre los precios entre partes vinculadas. [34] Sin embargo, se consideraba que una estipulación a través de una operación no confería a una de las partes interesadas una ventaja potencial cuando, entre otras cosas, la otra parte en la operación fuera sujeto pasivo del impuesto sobre la renta o del impuesto de sociedades del Reino Unido (y si se cumplían además otros requisitos). [35]

44. En cambio, sin embargo, la Finance Act de 2004 del Reino Unido modificó esa distinción, de modo que las reglas del Reino Unido sobre precios entre parte vinculadas también se aplican cuando ambas partes en la operación son sujetos pasivos del impuesto de sociedades del Reino Unido. Ello tuvo evidentemente por objeto y como efecto la eliminación de la diferencia de trato que he descrito (aun si, como expongo más adelante, puede haber significado extender la aplicación de la legislación del Reino Unido hasta abarcar supuestos ajenos a su *raison d'être).* Como resultado, la legislación del Reino Unido desde 2004 en adelante queda fuera del ámbito del artículo 43 CE: el razonamiento que expongo seguidamente se aplica sólo a la legislación vigente hasta esa fecha.

45. En segundo lugar, el trato conferido a las filiales en las que concurrieran los elementos tipificados de un grupo «ajeno al Reino Unido» equivalía claramente a una desven-

31 — Artículo 209, apartado 2, letra e), inciso iv), de la TA.

32 — Artículo 209, apartado 2, letra da), de la TA.

33 — Artículo 212, apartados 1 y 3, de la TA, en su versión modificada.

34 — Anexo 28 AA de la TA.

35 — Anexo 28 AA, punto 5, apartado 2, de la TA.

taja fiscal. Desde la perspectiva de la filial, la recalificación de (parte de) los pagos de intereses como distribuciones significaba que tales pagos ya no eran deducibles de los beneficios imponibles de la filial de modo tal que, en igualdad de condiciones por lo demás, su deuda fiscal en el Reino Unido era mayor que si no se hubiera producido la recalificación. Además, en los casos en los que el sistema de pago a cuenta del impuesto de sociedades (ACT) del Reino Unido aún estaba en vigor –sistema que fue derogado en 1999– la recalificación significaba que la filial estaba obligada a dicho pago a cuenta al realizar la «distribución».

46. A este respecto, el Reino Unido alega que, dado que el criterio de diferenciación no es la nacionalidad ni la residencia de la filial del Reino Unido, sino la de su sociedad matriz, tal criterio no equivale a una distinción por razón de la nacionalidad en el sentido del artículo 43 CE. Además, en la medida en que pudiera alegarse que la legislación del Reino Unido podría disuadir a las sociedades matrices que así lo desearan de constituir filiales en el Reino Unido, este Estado miembro aduce que esa posibilidad no es una consecuencia lo suficientemente directa y cierta de sus normas para que éstas entren dentro del ámbito del artículo 43 CE, por analogía con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia nacida de la sentencia Keck y Mithouard, citada en la nota 37 *infra*, en el ámbito de la libre circulación de mercancías. A juicio del Reino Unido, no existía ningún obstáculo práctico para que las sociedades matrices no residentes en el Reino Unido constituyeran establecimientos secundarios en ese país, ni prueba de que los demandantes resultaran realmente disuadidos de constituir tales establecimientos secundarios. En realidad, el Reino Unido deseaba estimular esa inversión en su territorio. Antes bien, la finalidad de la legislación del Reino Unido era garantizar la igualdad de trato de las filiales residentes en el Reino Unido, en cuanto sus normas pretendían colmar una «laguna jurídica» aprovechable por los grupos transfronterizos, que no existía para los grupos de conexión exclusiva con el Reino Unido.

47. No me convence ninguno de esos argumentos. En primer lugar, el hecho de que la diferencia de trato no se base en la residencia de la propia filial, sino en la de su sociedad matriz, no significa que no pueda constituir una diferencia de trato relevante a los efectos del artículo 43 CE. Como el Tribunal de Justicia ha declarado en sentencias como Metallgesellschaft y Lankhorst-Hohorst, la normativa que establece una diferencia de trato entre filiales residentes en el Reino Unido, según su sociedad matriz tenga o no su domicilio en el Reino Unido, en virtud de la cual las filiales de sociedades matrices cuyo domicilio está en el Reino Unido pueden acogerse a una ventaja fiscal, queda incluida en el ámbito del artículo 43 CE, en principio. [36] En segundo lugar, en lo que respecta al supuesto efecto indirecto de las normas del Reino Unido en las decisiones de las sociedades matrices no residentes en el Reino Unido sobre la constitución de una filial en este país, observo que, para la aplicación del

36 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 8 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros (C-397/98 y C-410/98, Rec. p. I-1727), apartados 43 y 44; Lankhorst-Hohorst, citada en la nota 2 *supra*, apartados 27 a 32.

artículo 43 CE, basta demostrar una diferencia de trato y una ventaja fiscal relevantes. No es preciso acreditar que determinadas sociedades no residentes resultaron en efecto disuadidas del ejercicio de su libertad de establecimiento por las normas de las que se trata.

48. Añado que no considero que la jurisprudencia nacida de la sentencia Keck y Mithouard, desarrollada en el ámbito de la libre circulación de mercancías, pueda aplicarse sin más al apreciar la compatibilidad de medidas nacionales de imposición directa con el artículo 43 CE. [37] En particular, como expuse en mis conclusiones en el asunto ACT, el concepto de «restricciones» indistintamente aplicables de la libertad de circulación, utilizado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la libertad de circulación en general, no puede trasladarse *per se* en su justo sentido a la esfera de la imposición directa. Antes bien, debido al hecho de que los criterios que determinan la competencia tributaria se basan en general en la nacionalidad o la residencia, la cuestión es si la medida nacional de imposición directa es directa o indirectamente discriminatoria, en cuanto opuesta a una «cuasirrestricción», como he expuesto. [38]

49. Ello no quiere decir que no pueda tenerse en cuenta la gravedad del efecto en el ejercicio de la libertad de circulación, en alguna de las fases de la apreciación de la compatibilidad con el artículo 43 CE. Ésa puede ser una importante consideración en la fase de examen de la justificación, y en particular al valorar la proporcionalidad de la medida.

2. ¿Es el trato fiscal desfavorable el resultado de una cuasirrestricción?

50. La siguiente cuestión es si el trato fiscal desfavorable de las filiales del Reino Unido cuya sociedad matriz directa o indirecta es una sociedad no residente en el Reino Unido resulta sólo de cuasirrestricciones –es decir, de restricciones causadas por las disparidades o por el reparto de la competencia fiscal entre los sistemas fiscales de dos o más Estados miembros (lo que significaría que no se aplica el artículo 43 CE)–, y no de una discriminación nacida de las normas de un sistema fiscal.

51. A este respecto, el Reino Unido alega que las reglas controvertidas sólo pretendían repartir la competencia fiscal entre el Reino Unido y los Estados con los que ha celebrado convenios de doble imposición («CDI»). Según el Reino Unido, del razonamiento del Tribunal de Justicia en la sentencia Gilly [39] se desprende que el artículo 43 CE no es en absoluto aplicable en el presente asunto: ese artículo se aplica sólo al ejercicio, no al reparto, de las competencias fiscales nacionales. En particular, el Reino Unido mantiene que las normas controvertidas reflejaban el reparto llevado a cabo tras

37 — Sentencia de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard (C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097).

38 — ACT, nota 27 *supra*, apartados 32 y ss.

39 — Sentencia de 12 de mayo de 1998 (C-336/96, Rec. p. I-2793).

negociar los CDI aplicables, dado que todos los CDI celebrados por el Reino Unido con otros Estados miembros contienen una disposición que permite a las autoridades competentes respectivas acordar un ajuste compensatorio en virtud del cual todo incremento en los beneficios imponibles sujetos a gravamen en el Reino Unido es correlativo a una reducción por igual importe en los beneficios imponibles del prestamista en el país donde está establecido.

52. No me convence ese argumento.

53. Es cierto que, como señalé en mis conclusiones en el asunto ACT,[40] en el presente estado del Derecho comunitario, la facultad de elegir los criterios de reparto y atribuir (la prioridad) de las competencias tributarias corresponde exclusivamente a los Estados miembros (conforme al Derecho fiscal internacional). El Tribunal de Justicia lo ha reconocido en numerosas ocasiones, en particular en las sentencias Gilly, antes citada, y D.[41] En la actualidad no se encuentran criterios alternativos en el Derecho comunitario, ni existe fundamento para establecerlos. Además, la necesidad de repartir entre los Estados miembros la competencia fiscal respecto a los rendimientos de los operadores económicos transfronterizos (división de la base imponible) es una consecuencia inevitable del hecho de que los sistemas de imposición directa son nacionales: las restricciones nacidas de tal reparto de la competencia fiscal deben considerarse en realidad cuasirrestricciones fuera del alcance del artículo 43 CE.

54. Sin embargo, a mi juicio las normas del Reino Unido controvertidas en el presente asunto van más allá del mero reparto de la competencia entre el Reino Unido y las partes contratantes con ese Estado en los CDI. Antes de 1998, esas reglas exigían, en esencia, la recalificación como distribuciones de los préstamos concedidos por las matrices no residentes en el Reino Unido a sus filiales en ese país (hasta 1995, en todos los casos, excepto si un CDI disponía otra cosa; desde 1995, si el importe de los intereses abonados excedía del que se habría pagado entre partes independientes). A mi parecer, ello representa la elección totalmente unilateral por parte del Reino Unido de la forma en la que desea clasificar las operaciones a efectos fiscales con objeto de estructurar su propio sistema fiscal e impedir el abuso de éste –en otros términos, cómo desea ejercer sus competencias fiscales. El objetivo básico de las normas es patente, ya se exprese en la legislación nacional, o bien, como ocurrió antes de 1995 en algunos casos, mediante una disposición de un CDI. Además, esa elección unilateral se produjo a su vez en el contexto de la previa elección unilateral por parte del Reino Unido de diferenciar el trato fiscal de los pagos de intereses (tratados en el Derecho del Reino Unido como pagos antes de satisfacer el impuesto, deducibles), y el de los pagos de distribuciones (tratados en el Derecho del Reino Unido como pagos una

40 — Citado en la nota 27 *supra*, puntos 48 a 54.

41 — Sentencia de 5 de julio de 2005 (C-376/03, Rec. p. I-5821).

vez satisfecho el impuesto, no deducibles). De modo semejante, si bien desde 1998 en adelante el Reino Unido reguló la subcapitalización a través de sus reglas generales sobre precios entre sociedades vinculadas, en lugar de la normativa especial. sobre subcapitalización, ello también representó la elección unilateral por parte del Reino Unido de tratar determinadas operaciones celebradas en condiciones distintas de las que se pactarían entre partes independientes como si se hubieran celebrado entre partes independientes, en aras de evitar el abuso del sistema fiscal del Reino Unido.

55. Añado que el hecho de que tales prácticas puedan permitirse en el Derecho fiscal internacional no significa necesariamente que equivalgan a una regla de reparto de la competencia fiscal; ni tampoco necesariamente que las mismas se ajusten al artículo 43 CE. [42]

56. Este análisis tampoco resulta afectado por el argumento del Reino Unido según el cual sus CDI celebrados con Estados miembros contienen disposiciones que imponen a la otra Parte contratante una compensación por toda reclasificación practicada por las autoridades del Reino Unido. A mi parecer, esas disposiciones se dirigen a reducir, a través de un CDI bilateral, la doble imposición potencial causada por las reglas unilaterales de reclasificación del Reino Unido (por ejemplo, para evitar casos en los que el Reino Unido recalifica un pago de intereses como una distribución, pero el Estado de residencia de la sociedad matriz sigue considerándolo como pago de intereses). Las disposiciones convencionales referidas no desvirtúan el carácter unilateral de la norma nacional original que constituye la premisa de la disposición del CDI. Sin embargo, como señalé en mis conclusiones en los asuntos ACT y Denkavit [43] y como expongo con mayor extensión más adelante, el efecto de esas disposiciones de los CDI en la situación específica de un contribuyente debe tenerse efectivamente en cuenta al apreciar si la legislación de un Estado miembro es de hecho discriminatoria –en particular, si existe en realidad una diferencia de trato entre residentes y no residentes que constituya una desventaja fiscal.

57. En consecuencia, el trato fiscal desventajoso en virtud de las normas del Reino Unido de las filiales en el Reino Unido cuyas matrices no sean residentes en el Reino Unido, en comparación con las filiales cuyas matrices sean residentes en el Reino Unido, no puede considerarse como una mera cuasirrestricción, sino antes bien como una

42 — Véanse, por ejemplo, mis conclusiones en el asunto Kerkhaert y Morres, citadas en la nota 27 *supra*, punto 37, y en el asunto Denkavit, citado en la nota 27 *supra*, punto 43.

43 — ACT, nota 27 *supra*, puntos 70 y ss.; Denkavit, nota 27 *supra*, puntos 33 y ss.

diferencia de trato resultante únicamente de las normas nacidas de una competencia fiscal nacional.

3. ¿Es el trato fiscal desventajoso el resultado de una discriminación?

58. La última cuestión es si puede afirmarse que el trato fiscal desventajoso es el resultado de una discriminación. El Tribunal de Justicia ha declarado que la discriminación consiste en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o bien en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes, a menos que esté justificada tal diferencia de trato. [44]

59. Como ya he expuesto, antes de las modificaciones de 2004 el Reino Unido aplicaba normas diferentes a las filiales en el Reino Unido cuyas matrices fueran no residentes en el Reino Unido, cuyo resultado era una desventaja fiscal para dichas filiales. A primera vista, parece claro que ello debe considerarse como un trato diferente de empresas en una posición comparable; en realidad, el Reino Unido no ha mantenido lo contrario en sus observaciones. La naturaleza y el alcance de la competencia fiscal relevante ejercida por el Reino Unido respecto a las filiales en ese país cuyas matrices eran no residentes en el Reino Unido era, en principio, la misma ejercida respecto a las filiales en ese país cuyas matrices eran residentes en el Reino Unido. En el ejercicio de esa competencia, el Reino Unido estaba obligado en consecuencia por el artículo 43 CE a no diferenciar el trato fiscal de las filiales residentes en el Reino Unido sólo a causa de la residencia de su sociedad matriz. *Prima facie*, el Reino Unido incumplió esa obligación.

60. Sin embargo, el Reino Unido tiene la posibilidad de demostrar que tal diferencia de trato estaba justificada. Para ello, el Reino Unido debe probar que 1) su legislación persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y se justifica por razones imperiosas de interés general; 2) la aplicación de su legislación es adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y 3) la aplicación de su legislación no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. [45]

61. A este respecto, el Reino Unido mantiene que sus normas constituían un instrumento proporcionado a objetivos legítimos de su política, que se pueden clasificar según varios conceptos, como los objetivos de coherencia fiscal (a los que se refiere la sentencia Bachmann), [46] la prevención de la evasión fiscal (mencionada en la sentencia ICI), [47] o la necesidad de impedir montajes

44 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 29 de abril de 1999, Royal Bank of Scotland (C-311/97, Rec. p. I-2651), y las sentencias citadas.

45 — Véase la sentencia Marks & Spencer, citada en la nota 26 *supra*, apartado 35.

46 — Sentencia de 28 de enero de 1992 (C-204/90, Rec. p. I-249).

47 — Sentencia de 16 de julio de 1998 (C-264/96, Rec. p. I-4695).

puramente artificiales dirigidos a eludir la legislación fiscal. En esencia, esos objetivos equivalen, a juicio del Reino Unido, al objetivo lícito de garantizar un trato fiscal justo y coherente, en particular al disponer que la actividad económica de la sociedad prestataria sea gravada en el país en el que la misma se ha realizado. Consideraré sucesivamente la aplicabilidad de esas justificaciones.

a) Justificación fundada en impedir el abuso

62. El Tribunal de Justicia ha reconocido en numerosas ocasiones que, en principio, los Estados miembros pueden adoptar justificadamente medidas de imposición directa, que serían discriminatorias en circunstancias distintas, a fin de impedir el abuso de derecho, (aunque, de hecho, hasta el presente nunca ha considerado justificada por esa razón una medida nacional). Ello es evidente en la más reciente sentencia, Marks & Spencer, en la que el Tribunal de Justicia declaró que, en principio, una norma nacional restrictiva de la deducción de pérdidas transfronterizas podría justificarse por el riesgo de evasión fiscal, y en particular el riesgo de que, dentro de un grupo de sociedades, las pérdidas se transfirieran a las sociedades establecidas en los Estados miembros que aplicaran los tipos impositivos más elevados y donde el valor fiscal de las pérdidas fuera mayor. [48] El mismo reconocimiento también es evidente en las sentencias del Tribunal de Justicia Lankhorst-Hohorst, X & Y e ICI, [49] así como en las sentencias Leur-Bloem (sobre la Directiva de fusiones), Halifax y otros (sobre imposición indirecta), y en numerosas otras en ámbitos distintos de la fiscalidad. [50]

63. La razón principal que subyace al reconocimiento de esa justificación es la siguiente. En principio, es plenamente válido, y en realidad fundamental para la idea de un mercado interior, que los contribuyentes intenten organizar sus situaciones fiscales (transfronterizas) de la forma más ventajosa para ellos. [51] Sin embargo, ello sólo es permisible en la medida en que tal organización sea conforme a la realidad; es decir, que no se trate de un montaje puramente artificial dirigido a abusar de la legislación fiscal nacional o a eludirla. [52] Por ejemplo, el

48 — Sentencia citada en la nota 26 *supra*, apartados 49 y 50.

49 — Sentencia citada en la nota 2 *supra*; sentencia de 21 de noviembre de 2002 (C-436/00, Rec. p. I-10829); sentencia citada en la nota 47 *supra*.

50 — Sentencia de 17 de julio de 1997 (C-28/95, Rec. p. I-4161); sentencia de 21 de febrero de 2006 (C-255/02, Rec. p. I-1609). Véanse también las sentencias de 12 de mayo de 1998, Kefalas y otros (C-367/96, Rec. p. I-2843), y de 14 de diciembre de 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, Rec. p. I-11569).

51 — Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia Halifax y otros, citada en la nota 50 *supra*, apartado 73. Véase también la sentencia de 26 de octubre de 1999, Eurowings (C-294/97, Rec. p. I-7447): «Una eventual ventaja fiscal que se derive, para los prestadores de servicios, de una carga fiscal menor a la que estén sometidos en el Estado miembro en el que se hallan establecidos no puede permitir que otro Estado miembro justifique un trato fiscal menos favorable de los destinatarios de los servicios establecidos en este último Estado [...], como ha señalado acertadamente la Comisión, tales tributos compensatorios serían contrarios a los propios fundamentos del mercado interior» (apartados 44 y 45).

52 — Véanse, en particular, las formulaciones del Tribunal de Justicia en las sentencias Lankhorst-Hohorst, citada en la nota 2 *supra*, e ICI, citada en la nota 47 *supra*.

mero hecho de que una sociedad residente constituya un establecimiento secundario en otro Estado miembro no puede por sí solo originar una presunción general de fraude o evasión fiscal, [53] incluso si ese Estado miembro tiene un régimen de imposición relativamente baja (o incluso un régimen que encaje en la definición de «medidas fiscales perniciosas» enunciada en el Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas). [54]

64. La siguiente cuestión es si la legislación del Reino Unido es apropiada para lograr ese objetivo. Lo es claramente: si el interés del Reino Unido consiste en impedir que los grupos transfronterizos califiquen abusiva y artificialmente como pagos de intereses por préstamos lo que en realidad son distribuciones, la recalificación de los intereses pagados como distribuciones es evidentemente eficaz para contrarrestar tal abuso.

65. La última cuestión es si la legislación del Reino Unido contra el abuso es un instrumento proporcionado, y si se aplica de forma proporcionada, respecto a ese objetivo.

66. Sobre esa cuestión, mi criterio es que, en función de su formulación y aplicación, una legislación dirigida a impedir la subcapitalización puede, en principio, ser una medida proporcionada contra el abuso. Es verdad que la idea de que las sociedades tienen derecho a estructurar sus negocios como deseen significa que, en principio, deben estar facultadas para financiar a sus filiales con aportación de capital o mediante préstamos. No obstante, esa posibilidad llega a su límite cuando la elección de la sociedad constituye un abuso de derecho. A mi parecer, el principio de actuación como partes independientes, reconocido por el Derecho fiscal internacional como el medio apropiado para impedir la manipulación artificial de las operaciones transfronterizas, es un punto de partida válido, en principio, para apreciar si una operación es o no abusiva. Adoptando el razonamiento del Tribunal de Justicia seguido en la esfera de la imposición indirecta y en otras sin carácter fiscal, el test de actuación como partes independientes representa en el contexto presente un elemento objetivo por medio del cual puede apreciarse si la finalidad esencial de la operación de que se trate consiste en obtener una ventaja fiscal. [55] A mi juicio, además, es válido, y debe fomentarse en realidad, que los Estados miembros establezcan determinados criterios razonables con los que se contrastará el cumplimiento en una operación del principio de actuación como partes independientes, y que, de no cumplirse tales criterios, se presuma que la operación es abusiva, salvo

53 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Léger en el asunto Cadbury Schweppes, nota 2 *supra*, puntos 53 y 56. Véase también la sentencia X e Y, citada en la nota 49 *supra*, apartado 62.

54 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Léger en el asunto Cadbury Schweppes, citado en la nota 2 *supra*, punto 54.

55 — Véase la sentencia del Tribunal de Justicia Halifax y otros, citada en la nota 50 *supra*, apartado 86.

prueba de lo contrario.[56] La definición de esos criterios sirve, a mi parecer, al interés de la seguridad jurídica de los contribuyentes, así como a la capacidad operativa de las autoridades fiscales. Este enfoque debe diferenciarse, por ejemplo, de la utilización de un criterio fijo único aplicable a todos los casos –como una proporción fija de deuda y capital– que no permite tener en cuenta otras circunstancias.

67. No obstante, la formulación y la aplicación en la práctica de ese test debe cumplir también las exigencias de proporcionalidad. A mi juicio, ello significa que:

— el contribuyente tiene que estar facultado para demostrar que, aunque las condiciones de la operación difieran de las que se pactarían entre partes independientes, la operación respondía sin embargo a motivos comerciales reales distintos de la obtención de una ventaja fiscal. En otras palabras, como el Tribunal de Justicia señaló en su sentencia Halifax y otros «la prohibición de prácticas abusivas carece de pertinencia cuando las operaciones en cuestión pueden tener una justificación distinta de la mera obtención de ventajas fiscales».[57] Un ejemplo que acude a la mente es la situación de hecho en la sentencia Lankhorst-Hohorst, en la que la finalidad del préstamo, como reconoció el Tribunal de Justicia, era un intento de salvamento de la filial, mediante la reducción al máximo de los gastos de ésta y la consecución de un importante ahorro de intereses bancarios. Cabe suponer, no obstante, que situaciones similares (es decir, cuando una operación no se celebró en las condiciones que se pactarían entre partes independientes, pero aun así se concluyó sin intención abusiva y sin perseguir únicamente una ventaja fiscal) sean relativamente excepcionales;[58]

— si el contribuyente alega tales motivos comerciales, su validez tiene que apreciarse casuísticamente, para comprobar si las operaciones deben calificarse como montajes puramente artificiales dirigidos sólo a obtener una ventaja fiscal;

— la información que el contribuyente esté obligado a proporcionar a fin de desvirtuar la presunción no debe ser desproporcionada ni significar que esa prueba contraria sea excesivamente difícil o imposible;

56 — Cabe distinguir esa presunción de casos como el de la sentencia Kefalas, citada en la nota 50 *supra*, apartados 26 y ss., en la que el Tribunal de Justicia consideró que la aplicación de una presunción de abuso, en el caso de un contribuyente que se había abstenido de determinada actuación, era contraria al Derecho comunitario (en ese caso, el ejercicio de un derecho preferente en virtud del artículo 29, apartado 1, de la Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, Segunda Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital (DO 1977, L 26, p.1; EE 17/01, p. 44). En tales casos, el factor que originaba la presunción –a diferencia del test de actuación como partes independientes– no podía calificarse como un elemento objetivo mediante el que se pudiera apreciar si la finalidad esencial de la operación en cuestión era obtener una ventaja fiscal.

57 — Sentencia Halifax, citada en la nota 50 *supra*, apartados 74 y 75.

58 — Sentencia Lankhorst-Hohorst, citada en la nota 2 *supra*.

— en los casos en los que se estimen abusivos los pagos (distribuciones encubiertas) en el sentido expuesto, sólo la parte de los pagos que exceda de lo que se habría pactado entre partes independientes debe recalificarse como distribución y someterse en consecuencia a gravamen por el Estado de residencia de la filial, y

— el resultado de ese examen debe ser susceptible de control jurisdiccional. [59]

68. Tampoco pienso que, a los efectos de la conformidad con el artículo 43 CE, los Estados miembros estén necesariamente obligados a extender su legislación sobre la subcapitalización a las situaciones puramente internas en las que no existe riesgo posible de abuso. Considero sumamente lamentable que la falta de claridad acerca del alcance de la justificación por motivos de abuso respecto al artículo 43 CE haya conducido a una situación en la que los Estados miembros, en la duda sobre la amplitud de la legislación contra el abuso, *prima facie* «discriminatoria», que están facultados para adoptar, se hayan considerado obligados a «jugar sobre seguro» mediante la ampliación del alcance de sus normas a situaciones puramente internas en las que no existe riesgo posible de abuso. [60] Tal ampliación de la legislación a situaciones totalmente ajenas a su razón de ser, con fines puramente formalistas y con el resultado de una considerable carga administrativa añadida para las sociedades residentes y para las autoridades fiscales, es del todo carente de sentido, y contraproducente en realidad para la eficiencia económica. Como tal, está en conflicto con el mercado interior.

69. Quiero añadir que concuerdo con la Comisión en que, para que la aplicación de las reglas sobre la subcapitalización sea proporcionada a su finalidad, el Estado miembro que las aplique debe garantizar a través de un CDI que la recalificación de la operación en el ámbito de su competencia fiscal se refleje en una recalificación correlativa (esto es, que la percepción de pagos por intereses se trate como percepción de distribuciones de dividendos) en el Estado miembro de la sociedad matriz. De no cumplirse esa exigencia, se iría, a mi juicio, más allá de lo necesario para lograr el objetivo de las reglas sobre la subcapitalización, y se impondría una carga desproporcionada (doble imposición) al grupo en su conjunto. He señalado ya en otro lugar que el efecto real de un CDI en la situación de un contribuyente debe tenerse en cuenta al apreciar la compatibilidad de la legislación de un Estado miembro con el artículo 43 CE. [61] Ello se somete a la

59 — Véase la sentencia Leur-Bloem, citada en la nota 50 *supra*, apartado 41.

60 — Un ejemplo es la ampliación de las reglas alemanas sobre la subcapitalización a situaciones puramente internas a raíz de la sentencia Lankhorst-Hohorst, citada en la nota 2 *supra*.

61 — Véanse mis conclusiones en los asuntos ACT, citado en la nota 27 *supra*, puntos 71 y ss., y Denkavit, citado en la nota 27 *supra*, puntos 33 y ss.

prevención de que no cabe alegar, frente a una acción basada en la vulneración del artículo 43 CE, la excepción de que el otro Estado contratante del CDI haya infringido sus obligaciones derivadas del Convenio, al no tratar los pagos percibidos por la sociedad matriz de modo coherente con su recalificación por el Reino Unido. [62]

70. De lo anterior se desprende con claridad que la redacción de la legislación singular sobre la subcapitalización de la que se trate, y la forma en la que se aplique en la práctica, son cruciales para apreciar si se supera el test de proporcionalidad.

71. Atendiendo, por ejemplo, al único otro asunto hasta la fecha en el que la sentencia del Tribunal de Justicia ha valorado una legislación nacional sobre la subcapitalización –Lankhorst-Hohorst–, la legislación alemana controvertida en ese asunto disponía que los pagos se recalificarían cuando los recursos ajenos triplicaran el valor de la participación del socio (es decir, un criterio fijo), presunción desvirtuable sólo si la filial «hubiera podido obtener estos recursos ajenos de un tercero en iguales condiciones o si se trata de recursos ajenos prestados para financiar operaciones bancarias habituales». [63] Ello significaba, como antes he señalado, que no era posible rebatir la presunción en casos en los que no existía abuso, pero aun así el préstamo no se ajustaba al criterio legislativo (como ocurría en el referido asunto, en el que el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia que el préstamo se concedió para ayudar a una filial con pérdidas mediante la reducción de la carga de intereses derivada de préstamos bancarios, en circunstancias en las que las pérdidas eran muy superiores a los intereses pagados a la matriz). Además, al parecer la legislación alemana tenía como efecto no sólo la recalificación del pago en la parte que excedía del importe que se habría acordado en condiciones de mercado, sino la de la totalidad del pago de la filial a la matriz. Por último, según parece resultar del tenor de la sentencia, existía un mecanismo a través de los CDI aplicables que garantizaba que la reclasificación por parte de Alemania del interés se «compensaría» por los otros Estados miembros Partes contratantes en los CDI, para evitar el resultado de la doble imposición.

72. La situación conforme a la legislación del Reino Unido examinada en el presente asunto era (y es) diferente en muchos aspectos, como señala el Reino Unido en sus observaciones.

73. En primer lugar, por lo que respecta a la legislación del Reino Unido aplicable hasta 1995, todo interés pagado por una sociedad –ya fuera a un prestamista residente o no residente– por un préstamo, que fuera superior a un rendimiento comercial razonable del préstamo, debía considerarse como una distribución de beneficios en la medida en que el interés excediera de tal rendimiento [artículo 209, apartado 2, letra d), de la TA]. Sin embargo, cualquier interés

62 — Véase, por ejemplo, la sentencia Denkavit, citada en la nota 27 *supra*, apartado 43.

63 — Sentencia Lankhorst-Hohorst, citada en la nota 2 *supra*, apartado 3.

pagado a un prestamista no residente en el Reino Unido que fuera miembro del mismo grupo [distinto del interés que ya se consideraba como una distribución en virtud del artículo 209, apartado 2, letra d)] se calificaba en cualquier caso como una distribución. [64] Esa disposición era claramente desproporcionada, en el sentido que he descrito antes, por dos razones. En primer lugar, un préstamo concedido a una filial del Reino Unido por su sociedad matriz residente en otro Estado miembro se recalificaba en todos los casos como una distribución, sin apreciar el cumplimiento de ningún test de actuación como partes independientes. En segundo lugar, no existía ninguna posibilidad de que esa filial demostrara que el préstamo se concedió por motivos comerciales válidos, y no de forma puramente abusiva a fin de obtener una ventaja fiscal. Esa regla absoluta iba más lejos de lo necesario razonablemente para lograr el objetivo de la legislación del Reino Unido.

74. El Reino Unido alega, sin embargo, que, como efecto de los CDI que ha celebrado con otros Estados miembros, el interés era de hecho deducible, salvo y en la medida en que el tipo de interés fuera excesivo. El interés era excesivo, en el caso de los antiguos CDI basados en el modelo de 1963, [65] si el tipo de interés excedía del que sería usual comercialmente habida cuenta del principal de la deuda, o, en el caso de los CDI más modernos, basados en modelos posteriores de la OCDE, [66] si el importe del interés excedía por cualquier motivo del que se pagaría entre partes independientes, ya fuera porque el tipo de interés o bien el principal del propio préstamo no correspondían a los que serían usuales comercialmente. Además, respecto a la segunda categoría de CDI, desde 1992 en adelante, el artículo 808 A de la TA contenía orientación legislativa de las circunstancias en las que el principal de un préstamo o el tipo de interés del mismo excedían de los que se habrían pactado entre partes independientes. Esa orientación exigía que se tuvieran en cuenta todos los factores al apreciar la independencia entre las partes, incluso la cuestión de si el préstamo mismo se habría convenido de no concurrir la relación especial (entre el prestamista y el prestatario); el importe del préstamo que se habría concedido de no existir tal relación, y el tipo de interés y otras condiciones que se habrían pactado a falta de dicha relación. [67]

75. Considero que, en el caso de ambas categorías de CDI, su redacción es, en principio, proporcionada a la finalidad antiabuso declarada de la legislación del Reino Unido. La base de apreciación en cada caso es, en esencia, el principio de actuación como partes independientes. En ninguno de ambos casos existe una regla fija absoluta (tal como una proporción fija entre deuda y capital) sobre lo que es permisible: cada categoría permite, a tenor de los términos utilizados, que las circunstancias de cada caso singular se tengan en cuenta al deter-

64 — Artículo 209, apartado 2, letra e), incisos iv) y v), de la TA.

65 — Por ejemplo, los CDI con Luxemburgo, Alemania, España y Austria.

66 — Por ejemplo, los CDI con los Países Bajos, Francia, Irlanda e Italia.

67 — Artículo 808 A, apartado 2, de la TA.

minar lo que es usual comercialmente. Además, en cada caso sólo se recalifica como distribución la parte de los pagos transfronterizos estimada excesiva (superior a lo que se habría pagado en condiciones comerciales normales). En principio, por tanto, esas disposiciones me parecen justificadas en relación con el artículo 43 CE. Sin embargo, esa conclusión está sometida a las importantes reservas que seguidamente expongo, la comprobación de cada una de las cuales incumbe al tribunal nacional.

76. En primer lugar, el contribuyente tiene que haber tenido la posibilidad de demostrar, sin una carga de prueba indebida, que una operación se llevó a cabo efectivamente por un motivo comercial real distinto de la obtención de una ventaja fiscal. Aunque, como observé antes, cabe suponer que las circunstancias en las que ello pueda demostrarse sean relativamente limitadas (un ejemplo es el salvamento de una filial por su matriz), no estoy seguro, a partir de la redacción de la muestra de los CDI presentados ante el Tribunal de Justicia, de que existiera tal posibilidad en el sistema del Reino Unido. Corresponde al tribunal nacional determinarlo sobre la base de los hechos del litigio del que conoce.

77. En segundo lugar, este análisis se basa exclusivamente en la redacción formal de los CDI presentados ante el Tribunal de Justicia. Si, por ejemplo, las autoridades del Reino Unido aplicaran en la práctica esas disposiciones de forma equivalente a una regla absoluta inflexible, sin prestar atención a las circunstancias del caso particular examinado, y sin posibilidad real de que el contribuyente alegara tales circunstancias, y de que éstas se tuvieran en cuenta [o en realidad esas autoridades dejaran de aplicar totalmente las disposiciones del CDI, y aplicaran en su lugar el artículo 209, apartado 2, letra e), incisos iv) y v)], ello sería no obstante desproporcionado. A este respecto, si bien la existencia de un «procedimiento de conformidad previa», mediante el cual los contribuyentes pueden cerciorarse de su situación antes de que las reglas sobre subcapitalización les puedan ser aplicadas, añade una transparencia y certeza deseables a los sistemas fiscales de los Estados miembros, en interés de la buena administración, ello no es, a mi juicio, determinante de la compatibilidad de las reglas nacionales, que sean proporcionadas por lo demás, con el artículo 43 CE. Señalo que en el presente asunto los demandantes refutan la eficacia y la fiabilidad del procedimiento de conformidad previa que el Reino Unido invoca en apoyo de sus argumentos.

78. En tercer lugar, el análisis se aplica, evidentemente, sólo en la medida en que el Reino Unido haya celebrado en realidad un CDI así redactado con el Estado miembro interesado. De la resolución de remisión no resulta con claridad el número de CDI similares celebrados entre el Reino Unido y Estados miembros.

79. Por último, incluso en los casos regidos por tales CDI, como señalé antes, la compatibilidad de las disposiciones con el artículo 43 CE dependerá del reconocimiento recíproco de la recalificación del Reino Unido por el otro Estado miembro Parte en el CDI (para garantizar, en particular, que la recalificación no genere la doble imposición). Como observé antes, el Reino Unido no podría alegar que el otro Estado contratante del CDI hubiera infringido sus obligaciones derivadas del Convenio, al no tratar los pagos percibidos por la sociedad matriz de modo coherente con su recalificación por el Reino Unido. Aun si observo que, en el presente asunto, el Reino Unido mantiene que ese ajuste correlativo se realizaba realmente casi siempre, incumbe al tribunal nacional comprobar si así se hizo en un determinado asunto del que conozca.

80. Deseo añadir que, en contra de las alegaciones de los demandantes, el hecho de que el test nacional de actuación como partes independientes a fin de la recalificación, enunciado por el artículo 209, apartado 2, letra d), pueda diferir del test de un CDI (y ser más amplio que éste), no significa, por sí solo, que las normas del Reino Unido infringieran el artículo 43 CE: como ya he señalado, no se puede exigir justificadamente a estos efectos que los Estados miembros aprecien los préstamos dentro de los grupos puramente nacionales de igual modo que los préstamos dentro de los grupos transfronterizos. Además, la ampliación de la apreciación hasta incluir no sólo el examen de si el tipo de interés, sino también el principal del préstamo, se concedió en condiciones comerciales usuales parece perfectamente ajustado a la finalidad antiabuso de la legislación del Reino Unido, dado que el incremento del principal del préstamo hasta una magnitud inusual comercialmente podría en teoría constituir un medio igualmente eficaz de «traslado» de la imposición de los beneficios al ámbito de otra competencia fiscal.

81. Trato ahora de la proporcionalidad de las modificaciones introducidas en 1995. Como señala el Reino Unido, las mismas establecieron, en esencia, el principio de actuación como partes independientes, que anteriormente produjo su efecto a través de la legislación nacional para la incorporación de los CDI. Las modificaciones referidas dispusieron pues que los intereses pagados entre miembros de un grupo que excedieran del importe que se habría abonado entre partes independientes se considerarían distribuciones.[68] Un préstamo se consideraba concedido en condiciones distintas de las que se pactarían entre partes independientes cuando la totalidad o parte del préstamo representara «un importe que no se habría concedido a la otra sociedad, si entre las sociedades no hubiera existido (salvo respecto a los títulos de deuda de los que se trata) una relación, entendimiento u otra vinculación, excepto en cuanto a la parte, si la hay, de dicha distribución que no represente tal importe [...]»[69] Además, la legislación estableció una lista de criterios que se aplicarían al determinar si los pagos de intereses debían considerarse como distribu-

68 — Artículo 209, apartado 2, letra da), de la TA.

69 — Artículo 209, apartado 2, letra da), inciso ii), de la TA.

ciones. Eran éstos: el nivel de endeudamiento total del prestatario; si podría presumirse que el prestatario y otra persona cualquiera habrían sido partes en una relación que implicara la emisión de títulos de deuda por la sociedad emisora, o la concesión de un préstamo, o de un préstamo por determinado principal, a esa última sociedad; y el tipo de interés y otras condiciones contractuales que podrían presumirse aplicables a tal operación en cualquier caso concreto.

82. A primera vista, y por razones similares a las expuestas respecto a la legislación anterior a 1995, pienso que los términos de la legislación de la que trato son, en principio, proporcionados a su finalidad, sin perjuicio de las cuatro importantes reservas que he formulado antes. El test de la recalificación se basa expresamente en el principio de actuación como partes independientes, según se especifica en la lista de criterios. En el presente asunto no se ha alegado que esos criterios, y la forma en la que se redactó la legislación, dejen de expresar apropiadamente el principio de actuación como partes independientes. Una vez más, el hecho de que las disposiciones no se aplicaran si el pagador y el perceptor de los intereses eran ambos sujetos pasivos del impuesto de sociedades del Reino Unido [70] no significa por sí solo que fueran desproporcionadas.

83. Las mismas consideraciones se aplican precisamente al apreciar la proporcionalidad de las modificaciones de las reglas del Reino Unido en 1998, que regulan la subcapitalización conforme a las reglas generales del Reino Unido sobre precios entre partes vinculadas. De nuevo, el punto de referencia adoptado es la pauta de la actuación como partes independientes, expresada en esta ocasión como condiciones «diferentes de las que se habrían acordado si las sociedades no hubieran estado bajo control común». También de nuevo se aplican las mismas reservas que ya he expuesto.

84. Si bien el Reino Unido modificó en 2004 sus reglas sobre precios entre sociedades vinculadas, de modo que se aplicaran también cuando amabas partes en la operación fueran sujetos pasivos del impuesto de sociedades del Reino Unido, de lo que ya he expuesto resulta con claridad que ello no es necesario, a mi juicio, para que las disposiciones sean conformes con el artículo 43 CE.

b) ¿Justificación por motivos de coherencia fiscal?

85. Una justificación alternativa alegada por el Reino Unido es que la legislación controvertida era necesaria para asegurar la coherencia del sistema fiscal. Según el Reino Unido, su legislación tenía como finalidad conseguir que las distribuciones encubiertas fueran gravadas una sola vez, y en el ámbito de competencia fiscal adecuado (aquél en el

70 — Artículo 212, apartados 1 y 3, de la TA.

que se habían generado los beneficios). Además, el Reino Unido alega que, contemplando la coherencia fiscal desde un punto de vista que abarque en su totalidad el grupo y la Comunidad, la aplicación de sus normas sobre subcapitalización preservaba la coherencia, al garantizar que los beneficios no pudieran ser «exportados» por medio de una práctica artificiosa, y resultaran gravados en el ámbito de una competencia fiscal en el que no se obtuvieron los mismos.

86. Puede tratarse con brevedad este argumento, dado que, aplicado en el presente contexto, suscita a mi juicio precisamente las mismas cuestiones, y se somete a las mismas limitaciones, que he expuesto ya respecto a la justificación por motivos de lucha contra el abuso.

87. No obstante, tal argumento ofrece la oportunidad de formular varias observaciones más generales sobre la naturaleza y la función de la «coherencia fiscal», concepto más bien amorfo, como excepción material frente a una acción. El Tribunal de Justicia sólo ha acogido expresamente tal excepción en un asunto –Bachmann– [71] si bien ha sido invocada, sin prosperar, en muchos casos posteriores. En el asunto Bachmann, antes citado, el Tribunal de Justicia hizo uso del concepto para expresar la idea de que Bélgica podía mantener justificadamente un «vínculo» entre la deducibilidad de las primas pagadas en virtud de seguros de vejez y fallecimiento y la imposición consiguiente en Bélgica de las cantidades pagadas por los aseguradores en virtud de dichos seguros. Bélgica podía justificadamente limitar la deducibilidad de las primas a los casos en los que podía gravar las cantidades pagadas como consecuencia de los seguros. Desde entonces, el Tribunal de Justicia ha declarado que, a los efectos de invocar tal excepción material frente a una acción, tiene que existir un «vínculo directo» entre la concesión de un beneficio fiscal y un gravamen fiscal correlativo de dicho beneficio. En asuntos como Verkooijen, la sentencia puso énfasis en que, en la sentencia Bachmann, antes citada, la ventaja y el gravamen fiscal guardaban relación con el mismo impuesto y con un mismo y único contribuyente, y desestimó la excepción habida cuenta de los hechos de ese asunto, porque se trataba de dos impuestos distintos que recaían sobre contribuyentes distintos. [72] Ese criterio se siguió en asuntos como Baars y Bosal. [73]

88. La limitación del alcance de la excepción citada a un criterio formalista como «un impuesto, un contribuyente» se ha criticado, entre otros, por los Abogados Generales Sra. Kokott y Sr. Maduro, en sus respectivas conclusiones en los asuntos Manninen y Marks & Spencer. [74] En realidad, las sentencias del Tribunal de Justicia en esos asuntos parecían adoptar un criterio más amplio sobre el concepto. En la sentencia Manninen, antes citada, si bien desestimó la excepción sobre la base de los hechos del asunto, el Tribunal de Justicia razonó que la coherencia del régimen tributario finlandés en ese caso quedaba garantizada en la medida en que se

71 — Sentencia citada en la nota 46 *supra* (véase también la sentencia de 28 de enero de 1992, Comisión/Bélgica, C-300/90, Rec. p. I-305, sobre cuestiones muy parecidas).

72 — Sentencia de 6 de junio de 2000, Verkooijen (C-35/98, Rec. p. I-4071), apartado 58.

73 — Sentencia Baars, citada en la nota 19 *supra;* sentencia de 18 de septiembre de 2003, Bosal (C-168/01, Rec. p. I-9409).

74 — Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (C-319/02, Rec. p. I-7477); sentencia Marks & Spencer, citada en la nota 26 *supra.*

mantenía la correlación (vínculo) entre la ventaja fiscal concedida al accionista (un crédito fiscal) y el impuesto de sociedades que gravaba los beneficios derivados de las acciones. El hecho de que ese impuesto de sociedades se hubiera pagado en Suecia, no en Finlandia, no desvirtuaba la correlación. [75] En la sentencia Marks & Spencer, antes citada, el Tribunal de Justicia estructuró su razonamiento de modo un poco diferente, utilizando el concepto de «equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros». [76] Aunque, en principio, la normativa nacional que restringía la deducibilidad de pérdidas dentro de un grupo a las pérdidas sufridas por las filiales residentes cuya matriz fuera también residente perseguía el objetivo legítimo de preservar ese equilibrio en el reparto de la potestad tributaria –ya que de conferirse a las filiales la facultad de optar entre el Estado miembro de establecimiento y otro Estado miembro para que se tengan en cuenta sus pérdidas se pondría en grave peligro ese equilibrio– en ese asunto, los medios utilizados por la legislación del Reino Unido para lograr ese objetivo eran desproporcionados a juicio del Tribunal de Justicia.

89. A la luz de ello, puede excusarse la duda acerca del alcance y la función de la referida excepción. A mi juicio, no obstante, en la gran mayoría de asuntos en los que el Tribunal de Justicia ha desestimado la aplicabilidad de dicha excepción (en respuesta a alegaciones específicas de las partes al respecto), en realidad ha expresado solamente los principios básicos de no discriminación que esbocé en mis conclusiones en los asuntos ACT, FII, Kerkhaert y Morres y Denkavit, esto es: 1) los Estados miembros, cuando ejercen su competencia fiscal como Estados de residencia, no deben discriminar entre rendimientos de fuente extranjera y de fuente nacional en la medida en que ejerzan competencia fiscal sobre los primeros; y 2) los Estados miembros, cuando ejercen su competencia fiscal como Estados de la fuente, no deben discriminar entre rendimientos de no residentes y de residentes, en la medida en que ejerzan competencia fiscal sobre los primeros. [77] Ejemplos claros de ello son las sentencias en los asuntos Verkooijen y Manninen, en las que el Tribunal de Justicia confirmó, en esencia, la obligación de no discriminar del Estado de residencia, al desechar las alegaciones de los Gobiernos neerlandés y finlandés de que no existía vínculo suficiente entre la ventaja fiscal (exención y crédito, respectivamente) y el impuesto pagado (que, al gravar rendimientos de fuente extranjera, se había pagado en otro Estado miembro). [78] De igual modo, en la sentencia Marks & Spencer, el Tribunal de Justicia expresó, en esencia, los límites de la obligación de no discriminar (del Estado de residencia), dado que el Reino Unido no ejercía competencia fiscal respecto a las filiales no residentes de sociedades matrices del Reino Unido, era en principio coherente que no permitiera que las pérdidas de esas filiales se dedujeran por parte de la sociedad matriz del Reino Unido. [79] Cualesquiera «restricciones» de la actividad trans-

75 — Sentencia Manninen, citada en la nota 74 *supra*, apartado 46.

76 — Sentencia Marks & Spencer, citada en la nota 26 *supra*, apartado 46.

77 — Véase la nota 27 *supra*.

78 — Sentencia Verkooijen, citada en la nota 72 *supra*; sentencia Manninen, citada en la nota 74 *supra*.

79 — Sentencia Marks & Spencer, citada en la nota 26 *supra*.

fronteriza que nacieran de tales límites a la deducción de pérdidas no serían el resultado de una discriminación, sino de una cuasirrestricción.

90. En tales casos, por tanto, la apreciación de la aplicabilidad de la «excepción de coherencia fiscal» era de hecho conceptualmente indistinta de la apreciación de si la legislación nacional era discriminatoria. En la gran mayoría de casos, por consiguiente, cabe preguntarse si la excepción de «coherencia fiscal» tiene realmente alguna función útil diferenciada.

91. En el presente asunto, el resultado de aplicar el razonamiento basado en la coherencia fiscal es en mi opinión exactamente el mismo que antes expuse respecto a la justificación de la lucha contra el abuso. Así pues, aunque en principio se justifica que el Reino Unido trate de hacer cumplir las normas fiscales aplicables en el ámbito de su competencia tributaria, e impedir el abuso de ellas (es decir, la distinción entre el trato fiscal de los intereses y de las distribuciones de beneficios), basándose en el principio reconocido de reparto de la competencia según el criterio de actuación como partes independientes, sólo puede hacerlo de forma proporcionada.

4. Conclusión sobre la primera cuestión

92. Por esas razones, a mi juicio debe responderse a la primera cuestión del tribunal nacional que el artículo 43 CE no se opone al mantenimiento en vigor y la aplicación de disposiciones fiscales nacionales como las del Reino Unido controvertidas en el presente asunto, que imponen restricciones, basadas en el test de actuación como partes independientes, a la facultad de una filial residente en el Reino Unido de deducir a efectos fiscales los intereses pagados por un préstamo financiero concedido por su sociedad matriz directa o indirecta no residente, cuando la filial no estaría sometida a tales restricciones si su sociedad matriz hubiera sido residente en el Reino Unido, siempre que 1) sea no obstante posible que una filial demuestre, sin una carga de prueba indebida, que la operación se llevó a cabo efectivamente por un motivo comercial real distinto de la obtención de una ventaja fiscal; y 2) el Reino Unido garantice el reconocimiento recíproco por el Estado de residencia de la sociedad matriz de cualquier recalificación por parte del Reino Unido de los intereses pagados por la filial.

C. Segunda cuestión

93. Mediante su segunda cuestión, el tribunal nacional pregunta, en esencia, si la respuesta a la primera cuestión sería dife-

rente si el préstamo financiero no fuera concedido directamente a la sociedad filial residente en el Reino Unido por su sociedad matriz, sino por una sociedad prestamista intermedia miembro también del mismo grupo, y si esa sociedad prestamista y/o la sociedad matriz no fueran residentes en otro Estado miembro, sino en un tercer país.

94. Como ya he expuesto, dado que la legislación controvertida del Reino Unido se aplica sólo a situaciones en las que una sociedad tiene una influencia real en las decisiones de otra sociedad, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, únicamente tiene que apreciarse la compatibilidad de esa legislación con el artículo 43 CE. La prohibición relevante enunciada por ese artículo, a los efectos presentes, es la prohibición de restricciones a la constitución de filiales por sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tengan su sede social, administración central o centro de actividad principal dentro de la Comunidad. [80]

95. A mi entender, ello significa que, siempre que la sociedad matriz directa o indirecta –cuyo derecho de establecimiento supuestamente se restrinja– sea residente en un Estado miembro (distinto del Reino Unido), el artículo 43 CE (y el análisis antes expuesto), son aplicables. La posibilidad de que la sociedad prestamista intermedia que proporcione realmente el préstamo sea residente en un tercer país no altera esa conclusión. Así pues, el análisis es exactamente igual al de la primera cuestión respecto a los supuestos enunciados en la cuestión 2 a) (que las sociedades matriz y la prestamista sean ambas residentes en otro Estado miembro).

96. A la inversa, si la sociedad matriz directa o indirecta es residente en un tercer país, el artículo 43 CE no se aplica en principio, incluso si el préstamo se concede en realidad a través de otro miembro del grupo que sea residente en otro Estado miembro. Como consecuencia, en el supuesto planteado por la cuestión 2 d) (que la sociedad matriz y la prestamista sean ambas residentes en terceros países), el artículo 43 CE no se aplica (ni tampoco en realidad ninguna otra disposición del Tratado sobre libre circulación).

97. La excepción al respecto sería el caso en el que la sociedad prestamista misma ejerciera una influencia real en las decisiones de la filial del Reino Unido (es decir, que la sociedad del Reino Unido fuera de hecho filial de la sociedad prestamista), y las normas del Reino Unido discriminaran en perjuicio de la filial del Reino Unido a causa de la residencia de esa sociedad prestamista. En tal caso, la restricción alegada afectaría al derecho de establecimiento de la sociedad prestamista, y no al de la sociedad matriz de un tercer país. Por tanto, en los supuestos

80 — Véase el artículo 48 CE.

enunciados en las cuestiones 2 b) y c) (que la sociedad prestamista sea residente en otro Estado miembro, y que la sociedad matriz sea residente en un tercer país), el análisis expuesto antes acerca del artículo 43 CE sólo se aplica cuando el prestatario del Reino Unido sea una filial de la sociedad prestamista. Así es también no obstante la variación formulada en la cuestión 2 c) (préstamo concedido por una sucursal en un tercer país de la sociedad prestamista residente en un Estado miembro), siempre que la sociedad prestamista misma reúna los requisitos de aplicabilidad del artículo 43 CE que se definen en el artículo 48 CE (es decir, sea una sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tenga su sede social, administración central o centro de actividad principal dentro de la Comunidad).

98. Por esas razones, la respuesta a la segunda cuestión del tribunal nacional debe ser que el artículo 43 CE, y su análisis expuesto en mi respuesta a la primera cuestión, se aplica cuando a) el préstamo se proporciona por una sociedad prestamista, y no por la propia sociedad matriz, si ambas sociedades son residentes en un Estado miembro distinto del Reino Unido, o b) la sociedad prestamista es residente en un Estado miembro distinto del Reino Unido y la sociedad prestataria es una filial de la sociedad prestamista, aun si la sociedad matriz común de ambas es residente en un tercer país o si la sociedad prestamista concede el préstamo por medio de una sucursal establecida en un tercer país. No obstante, el artículo 43 CE no se aplica cuando a) la sociedad prestamista es residente en un Estado miembro distinto del Reino Unido, la sociedad prestataria no es una filial de la sociedad prestamista, y la sociedad matriz común de ambas es residente en un tercer país, o b) la sociedad prestamista y todas las sociedades matrices directas o indirectas de la sociedad prestamista y de la sociedad prestataria son residentes en terceros países.

D. *Tercera cuestión*

99. Mediante su tercera cuestión, el tribunal nacional pregunta si incide en las respuestas a las cuestiones primera y segunda el hecho de que pudiera demostrarse que los empréstitos constituían un abuso de derecho o formaban parte de un montaje artificial dirigido a eludir la legislación tributaria del Estado miembro de la sociedad prestataria. Dado que he respondido a esta cuestión como parte de mi respuesta a la primera cuestión y en particular al tratar de la aplicabilidad de la justificación antiabuso alegada por el Reino Unido, no propondré una respuesta diferenciada.

E. *Cuarta cuestión*

100. Mediante su cuarta cuestión el tribunal nacional pregunta si, de existir una restric-

ción a los movimientos de capitales entre Estados miembros y terceros países previstos en el artículo 56 CE, existía tal restricción el 31 de diciembre de 1993 a efectos del artículo 57 CE. Dado que he respondido a esta cuestión en la sección V, A, anterior, en la que concluí que sólo debía apreciarse la compatibilidad de la legislación del Reino Unido con el artículo 43 CE, y no con los artículos 49 CE o 56 CE, no propondré una respuesta diferenciada.

F. *Cuestiones quinta a décima*

101. Las cuestiones quinta a décima de la resolución de remisión plantean problemas relativos a la naturaleza de las acciones judiciales que deberían poder ejercitar las filiales residentes en el Reino Unido afectadas, u otras sociedades del mismo grupo, en el supuesto de que cualquier disposición de la legislación del Reino Unido controvertida infringiera cualquiera de las disposiciones comunitarias señaladas en esas cuestiones.

102. De mi respuesta a la primera cuestión se deducirá claramente que el problema de las acciones judiciales sólo podría surgir en circunstancias relativamente limitadas, dado que opino que las normas del Reino Unido, en general, respetan el artículo 43 CE. Por tanto, el problema de las acciones judiciales existirá sólo en los casos en los que 1) un contribuyente pueda demostrar que los pagos recalificados por el Reino Unido conforme a las referidas normas se realizaron de hecho por motivos comerciales reales distintos del logro de una ventaja fiscal; 2) por lo que se refiere a las situaciones regidas por las normas aplicables hasta 1995, no existía ningún CDI aplicable que estableciera un test de actuación como partes independientes, y el contribuyente pueda demostrar que los pagos recalificados por el Reino Unido conforme a las citadas normas habrían superado el test de actuación como partes independientes, o que tales pagos se realizaron de hecho por motivos comerciales reales distintos del logro de una ventaja fiscal; o 3) no existía reconocimiento recíproco por el Estado miembro de la sociedad matriz de la recalificación de los pagos por el Reino Unido, lo que condujo a la doble imposición de los pagos, que de no ser así no habría tenido lugar.

103. Debido al reducido alcance de esas circunstancias, y al hecho de que he tratado de cuestiones muy semejantes en mis conclusiones en el asunto Test Claimants in the FII Group Litigation, [81] seré breve en mis respuestas a esas cuestiones.

104. Como señalé en mis conclusiones en el asunto FII, [82] el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que el derecho a obtener la devolución de los impuestos

81 — Conclusiones en el asunto FII, citado en la nota 27 *supra*, puntos 125 y ss.

82 — *Ibidem*, punto 126, y las sentencias citadas en él.

percibidos en un Estado miembro en contra de las normas del Derecho comunitario es la consecuencia y el complemento de los derechos conferidos a los justiciables por las disposiciones comunitarias, tal como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia. Por lo tanto, en principio, el Estado miembro está obligado a devolver los tributos recaudados en contra de lo dispuesto en el Derecho comunitario. [83] Ante la inexistencia de una normativa comunitaria en materia de recuperación de cantidades indebidamente pagadas, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que, por una parte, dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni, por otra parte, haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad). [84]

105. La cuestión suscitada en el presente asunto es exactamente la misma que en el asunto FII; esto es, si las acciones de los demandantes deben ser calificadas como acciones de restitución, de indemnización de daños y perjuicios, o para el pago del importe de una ventaja indebidamente denegada.

106. En el asunto referido, observé (haciendo referencia al asunto Metallgesellschaft) que, en principio, incumbe al tribunal nacional decidir cómo deben calificarse, según el Derecho nacional, las diversas acciones ejercitadas. No obstante, ello se somete al requisito de que tal calificación debe permitir que los demandantes dispongan de un recurso judicial efectivo para obtener la restitución o la indemnización de la pérdida económica que han sufrido en beneficio de las autoridades del Estado miembro de que se trate a raíz del pago del impuesto ilícitamente recaudado. [85] Esa obligación exige que el tribunal nacional, al calificar las acciones según el Derecho nacional, tenga en cuenta el hecho de que los requisitos de la indemnización de daños y perjuicios enunciados en la sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortame, citada en la nota 87 *infra*, pueden no demostrarse en un caso determinado, y que, en tal situación, ese tribunal debe no obstante garantizar una tutela efectiva.

107. Aplicando lo expuesto al presente asunto, considero que las categorías de acciones que ejerciten los demandantes deben apreciarse con arreglo a los principios enunciados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la devolución de los tributos ilícitamente recaudados; es decir, el Reino Unido no debe beneficiarse, ni las sociedades (o grupos de sociedades) que se han visto obligadas a pagar el tributo ilegal deben sufrir ninguna pérdida, como consecuencia de la imposición del tributo. [86] A los efectos de que la acción de la que dispongan los

83 — *Ibidem*, y las sentencias citadas en él.

84 — Conclusiones en el asunto FII, citado en la nota 27 *supra*, punto 127, y las sentencias citadas en él.

85 — Sentencia Metallgesellschaft y otros, citada en la nota 36 *supra*, apartado 96.

86 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Fennelly en el asunto Metallgesellschaft y otros, citado en la nota 36 *supra*, punto 45.

demandantes sea efectiva para obtener la restitución o la indemnización de la pérdida económica que hayan sufrido, y de la cual se hayan beneficiado las autoridades del Estado miembro interesado, tal acción debe abarcar a mi juicio todas las consecuencias directas de la ilícita percepción del impuesto. *Prima facie,* pienso que deben incluirse: 1) la devolución de la cuota adicional del impuesto de sociedades ilícitamente percibida [cuestión 5 a), b), c), d)]; 2) el restablecimiento de la desgravación fiscal deducida de la cuota del impuesto de sociedades ilícitamente percibida [cuestión 5 e)]; y 3) la devolución del pago a cuenta del impuesto de sociedades satisfecho a causa de la indebida recalificación como distribuciones, que no fue posible deducir [cuestión 5 f)]. Deseo poner de relieve, sin embargo, que incumbe al tribunal nacional asegurarse de que la acción ejercitada sea una consecuencia directa de la recaudación del impuesto ilícito.

108. Quiero añadir que, en el asunto FII, antes citado, que se refería al trato fiscal en el Reino Unido de los dividendos procedentes del extranjero, manifesté serias dudas de que se cumplieran los requisitos enunciados en la sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortame [87]–y en particular el requisito de una violación suficientemente caracterizada– en relación con los aspectos del sistema del Reino Unido que infringían el Derecho comunitario. En el presente asunto, mis dudas al respecto son aún mayores. La aplicación del artículo 43 CE a la legislación nacional sobre subcapitalización no se confirmó por el Tribunal de Justicia hasta 2002, en su sentencia Lankhorst-Hohorst, [88] e incluso tras esa sentencia el alcance de esa aplicación no ha sido plenamente claro. Además, el Reino Unido modificó su legislación en numerosas ocasiones, haciendo más transparente la aplicación de sus reglas, y, en el caso de las modificaciones en 2004, se propuso aparentemente la compatibilidad con el Derecho comunitario. A mi juicio, ello no es suficiente para constituir una inobservancia manifiesta y grave de los límites impuestos a su facultad de apreciación, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

109. Por último, en respuesta a la décima cuestión del tribunal nacional, acerca de la relevancia de la diligencia razonable para limitar las pérdidas por parte de las personas perjudicadas, señalo que, como el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Metallgesellschaft y en línea con el principio general de autonomía procesal nacional, las acciones como las de los asuntos principales están sujetas a las normas procesales nacionales, que, en particular, pueden exigir que los demandantes actuaran con diligencia razonable a fin de evitar el perjuicio o de limitar su alcance. [89] Una vez más, no obstante, ello se somete a los principios de que las normas procesales tienen que ser equivalentes a las que regulan situaciones internas similares, y no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho comunitario. En la sentencia Metallgesellschaft y

87 — Sentencia de 5 de marzo de 1996 (C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029).

88 — Citada en la nota 2 *supra.*

89 — Sentencia Metallgesellschaft y otros, citada en la nota 36 *supra,* apartado 102.

otros, antes citada, por ejemplo, el Tribunal de Justicia declaró que este principio de efectividad no se respetaría si un órgano jurisdiccional nacional desestimara o redujera las acciones de devolución o de indemnización de la pérdida económica sufrida únicamente porque los demandantes no hubieran solicitado a la administración tributaria la aplicación de un determinado régimen tributario, invocando directamente sus derechos nacidos del ordenamiento comunitario, a pesar de que la normativa nacional impedía «en todo caso» que se acogieran a dicho régimen. Observo al respecto que de la resolución de remisión no se desprende claramente que, en un caso concreto, las disposiciones nacionales de las que se trata en el presente asunto, en conjunción con los CDI aplicables, hubieran llevado «en todo caso» a la conclusión de que eran aplicables las restricciones descritas en la primera cuestión. Compete al tribunal nacional determinar si la regla procesal de la que se trata cumple de hecho con los principios de efectividad y de equivalencia.

110. La respuesta a las cuestiones quinta a décima debe ser por tanto a mi juicio que, ante la inexistencia de una normativa comunitaria en materia de recuperación de tributos indebidamente pagados, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los contribuyentes, incluida la calificación de las acciones ejercitadas por los demandantes ante el tribunal nacional. No obstante, al ejercer esa competencia, los tribunales nacionales están obligados a garantizar que los demandantes dispongan de un recurso judicial efectivo para obtener la restitución o la indemnización de la pérdida económica que han sufrido como resultado directo de la recaudación del impuesto con infracción del Derecho comunitario.

G. *Limitación temporal*

111. En sus observaciones orales, el Reino Unido instó que, en el caso de que el Tribunal de Justicia declarara que ese Estado había infringido el Derecho comunitario en el presente asunto, el Tribunal de Justicia considerara la posibilidad de limitar los efectos temporales de su sentencia. El Reino Unido alega que el coste potencial de una sentencia adversa podría alcanzar la suma de 300 millones de euros, dado el amplio número de demandantes afectados por el asunto. Además, pide que los demandantes en el presente asunto piloto no queden exceptuados del efecto de una limitación temporal.

112. A este respecto, basta señalar que la naturaleza sumamente limitada de las circunstancias en las que las normas del Reino Unido infringieron el artículo 43 CE, como expuse anteriormente, significa que es muy

probable que las cantidades inherentes, en su caso, a una sentencia adversa serán considerablemente menores que las estimadas por el Reino Unido. En todo caso, como señalé en mis conclusiones en el asunto FII, antes citado, incumbe al Reino Unido, al pedir una limitación temporal, presentar al Tribunal de Justicia información suficiente para permitir que el Tribunal se pronuncie al respecto. Por razones parecidas a las que expuse en el referido asunto –en el que el Reino Unido no suscitó tampoco la cuestión de la limitación temporal hasta la vista, sin indicar cómo había llegado a estimar el coste en caso de sentencia adversa, ni presentar argumentos en apoyo de la fecha límite propuesta de la eficacia de la sentencia–, el Tribunal de Justicia debe denegar la petición.

VI. Conclusión

113. Por las razones expuestas, el Tribunal de Justicia debe, a mi juicio, responder como sigue a las cuestiones planteadas por la High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division:

«1) El artículo 43 CE no se opone al mantenimiento en vigor y la aplicación de disposiciones fiscales nacionales como las del Reino Unido controvertidas en el presente asunto, que imponen restricciones, basadas en el test de actuación como partes independientes, a la facultad de una filial residente en el Reino Unido de deducir a efectos fiscales los intereses pagados por un préstamo financiero concedido por su sociedad matriz directa o indirecta no residente, cuando la filial no estaría sometida a tales restricciones si su sociedad matriz hubiera sido residente en el Reino Unido, siempre que 1) sea no obstante posible que una filial demuestre, sin una carga de prueba indebida, que la operación se llevó a cabo efectivamente por un motivo comercial real distinto de la obtención de una ventaja fiscal; y 2) el Reino Unido garantice el

reconocimiento recíproco por el Estado de residencia de la sociedad matriz de cualquier recalificación por parte del Reino Unido de los intereses pagados por la filial.

2) El artículo 43 CE, y su análisis expuesto anteriormente, se aplica cuando a) el préstamo se proporciona por una sociedad prestamista, y no por la propia sociedad matriz, si ambas sociedades son residentes en un Estado miembro distinto del Reino Unido, o b) la sociedad prestamista es residente en un Estado miembro distinto del Reino Unido y la sociedad prestataria es una filial de la sociedad prestamista, aun si la sociedad matriz común de ambas es residente en un tercer país o si la sociedad prestamista concede el préstamo por medio de una sucursal establecida en un tercer país. No obstante, el artículo 43 CE no se aplica cuando a) la sociedad prestamista es residente en un Estado miembro distinto del Reino Unido, la sociedad prestataria no es una filial de la sociedad prestamista, y la sociedad matriz común de ambas es residente en un tercer país, o b) la sociedad prestamista y todas las sociedades matrices directas o indirectas de la sociedad prestamista y de la sociedad prestataria son residentes en terceros países.

3) Ante la inexistencia de una normativa comunitaria en materia de recuperación de tributos indebidamente pagados, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los contribuyentes, incluida la calificación de las acciones ejercitadas por los demandantes ante el tribunal nacional. No obstante, al ejercer esa competencia, los tribunales nacionales están obligados a garantizar que los demandantes dispongan de un recurso judicial efectivo para obtener la restitución o la indemnización de la pérdida económica que han sufrido como resultado directo de la recaudación del impuesto con infracción del Derecho comunitario.»