

CAPÍTULO VI

VENTAJA FISCAL Y PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA (LOS TAX RULINGS)

Luis Moscoso del Prado González (DGComp, COMISIÓN EUROPEA)
y Antonio Barba de Alba y Paula Benítez Regil (CUATRECASAS)*

La información y opinión expresadas en este trabajo son del autor y no reflejan la posición oficial de la Comisión Europea.

1. LA ACCIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA RESPECTO DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA Y LOS *TAX RULINGS* EN EL MARCO DE LAS AYUDAS DE ESTADO

La planificación fiscal agresiva como instrumento de elusión fiscal comenzó a entrar en la agenda política de la UE a partir de la aprobación por el ECOFIN de un "Código de Conducta" sobre la fiscalidad de las empresas⁴⁰¹ y de la constitución de un grupo de trabajo, bajo la presidencia de Dawn Primarolo, que empezó a analizar a partir de 1998 –sin perjuicio de las competencias exclusivas en la materia de los Estados miembros– aquellas medidas fiscales que pudieran ser contrarias a dicho código y que implicaban o pudieran dar lugar a niveles efectivos de imposición más reducidos que los aplicados por los Estados miembros de la Unión.

El Código de Conducta no era un texto jurídico vinculante, pero sirvió de base para la identificación por parte del grupo de trabajo en 1999 de un total de 66 medidas fiscales con características perjudiciales o dañinas (40 en Estados miembros, 3 en Gibraltar y 23 en territorios asociados o de ultramar)⁴⁰². Los resultados de este de este grupo sirvieron de base para la retirada o modificación de estas medidas por parte de los Estados miembros⁴⁰³.

(401) El Código de Conducta se aprobó en la reunión del ECOFIN del 1 de diciembre de 1997.

(402) https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/primarolo_en.pdf.

(403) En paralelo, en 1998 la Organización para la cooperación y el desarrollo económico (OCDE) publicó en 1998 su informe "*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*", en el que se detallan las estrategias de planificación fiscal utilizadas por las multinacionales para aprovecharse de las lagunas e inconsistencias de los sistemas nacionales y trasladar sus beneficios a países de escasa o nula tributación, donde las entidades apenas ejercen ninguna actividad económica, eludiendo de esta forma el pago de impuestos en las jurisdicciones donde estas multinacionales generan valor. A raíz de este in-

Sin embargo, los trabajos del Grupo de Primarolo y las discusiones del ECOFIN sobre el Código de Conducta estaban basados en la cooperación intergubernamental y no analizaban estas medidas desde el punto de vista de las ayudas estatales, que son en general competencia de la CE.

La Comisión adoptó en 1998 la Comunicación (hoy derogada) relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas⁴⁰⁴. Fue el primer instrumento en el que la Comisión analizaba las medidas estatales relativas a la imposición de sociedades desde el punto de vista de las normas de la Unión sobre ayudas de Estado. Posteriormente, y sobre la base de dicha Comunicación, la Comisión adoptó varias decisiones sobre regímenes fiscales aprobados por varios Estados miembros. Algunas de estas decisiones ya afrontaban las reglas que las empresas multinacionales utilizan para determinar los precios de las operaciones intragrupo, o precios de transferencia⁴⁰⁵.

Sin embargo, no fue hasta 2013 cuando la Comisión ha comenzado a investigar de manera sistemática los acuerdos o decisiones fiscales anticipativas (*tax rulings*) que los Estados miembros de la UE conceden a empresas multinacionales – muchos de los cuales conciernen precisamente al establecimiento de precios de transferencia para las operaciones intragrupo. Desde entonces, la Comisión ha revisado más de un millar de *tax rulings* de todos los Estados miembros⁴⁰⁶ y ha adoptado una serie de decisiones contra varios Estados miembros por las que ha declarado que ciertos *ruling* concedidos a empresas multinacionales constituían ayuda de Estado incompatible con el mercado interior y exigiendo la correspondiente recuperación de la ayuda. Las principales decisiones adoptadas, que analizaremos en detalle en este capítulo, se han adoptado contra Luxemburgo

forme, la OCDE creó el "Forum on Harmful Tax Practices". Es en este contexto en el que deben enmarcarse también los trabajos y recomendaciones de esta organización en materia de erosión de base imponible y traslado de beneficios (BEPS).

(404) DOUE 1998 C 384, p. 3.

(405) El ejemplo más significativo de estas investigaciones iniciales de la Comisión es la Decisión de 17 de febrero de 2003 sobre los centros de coordinación belgas (DOUE, L 282, 30.10.2003, p. 25).

(406) Véase para un mayor detalle sobre las investigaciones llevadas a cabo en los primeros años el *working paper* que DG COMP publicó en 2016, resumiendo sus trabajos iniciales y exponiendo sus primeras conclusiones, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/working_paper_tax_rulings.pdf.

(decisiones en relación con los *ruling* fiscales concedidos a *Fiat*⁴⁰⁷, *Amazon*⁴⁰⁸, *McDonald's*⁴⁰⁹ y *Engie*⁴¹⁰), Países Bajos (*Starbucks*⁴¹¹), Irlanda (*Apple*⁴¹²) y Bélgica (régimen de *excess profit exemption*⁴¹³)⁴¹⁴.

La Comisión decidió incoar estas investigaciones sobre los *tax rulings* tras hacerse públicos determinados acuerdos entre multinacionales y Estados miembros que parecían conferir a aquellas un trato fiscal *a priori* ventajoso⁴¹⁵. Estas investigaciones se han enmarcado en una creciente presión de la opinión pública –especialmente intensa tras la recesión de 2008-2012– para que Estados y organizaciones multinacionales limitasen los abusos a los que ha dado lugar la planificación fiscal agresiva que supuestamente habrían favorecido o amparado las administraciones fiscales de varios países.

(407) Decisión de 21 de octubre de 2015, SA.38375 – ayuda concedida por Luxemburgo a *FIAT*, DOUE L/351/2016 (*FIAT*).

(408) Decisión de 4 de octubre de 2017, SA.38944 – ayuda concedida por Luxemburgo a *Amazon*, DOUE L/153/2018 (*Amazon*).

(409) Decisión de 19 de septiembre de 2018, SA.38945 – ayuda concedida por Luxemburgo en favor de *McDonald's Europe*, DOUE L/195/2019 (*McDonald's*).

(410) Decisión de 20 de junio de 2018, SA.44888 – ayuda concedida por Luxemburgo a *Engie*, DOUE L/78/2019. (*Engie*).

(411) Decisión de 21 de octubre de 2015, SA.38374 – ayuda concedida por Países Bajos a *Starbucks*, DOUE L/83/2017 (*Starbucks*).

(412) Decisión de 30 de agosto de 2016, SA.38373 – ayuda concedida por Irlanda a *Apple*, DOUE L/187/2017 (*Apple*).

(413) Decisión de 11 de enero de 2016, SA.37667 – *Excess Profit exemption*, DOUE L/260/2016 (*Belgian Excess Profit*).

(414) La Comisión adoptó también una decisión positiva (ausencia de ayuda) en relación con el *ruling* concedido por Luxemburgo a *McDonalds* (asunto SA.38945, DOUE L/195/2019). Asimismo, hay una serie de expedientes que se encuentran todavía pendientes de resolución, en particular, contra Países Bajos (*IKEA* y *Nike*) y Luxemburgo (*Huhtamäki*), así como *Belgian Excess Profit* tras su anulación por el Tribunal General.

(415) En concreto, véanse las audiencias en el Senado de Estados Unidos (<https://www.hsgac.senate.gov/subcommittees/investigations/hearings/offshore-profit-shifting-and-the-us-tax-code-part-2>; <https://www.hsgac.senate.gov/subcommittees/investigations/media/subcommittee-exposes-caterpillar-offshore-profit-shifting>) y en la Cámara de los Comunes del Reino Unido (<https://publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/compubbacc/716/121112.htm>). Véase igualmente la base de datos sobre *rulings* concedidos por Luxemburgo hecha pública el 9 de diciembre de 2014 por el *International Consortium of Investigative Journalists*, conocida como "Lux Leaks".

2. EL CONCEPTO DE VENTAJA SELECTIVA EN AYUDAS FISCALES: "LA DISTINCIÓN ENTRE "VENTAJA" Y "SELECTIVIDAD"

De los requisitos que el Artículo 107 del TFUE establece para la determinación de una ayuda estatal, el más relevante para analizar las medidas fiscales es el que hace referencia al favorecimiento de "determinadas empresas o producciones"⁴¹⁶, es decir, la exigencia de que la medida estatal analizada confiera una "ventaja selectiva" a sus beneficiarios.

Los conceptos de "ventaja" y "selectividad" en el ámbito fiscal ya se abordan en detalle en otros capítulos de este libro. El objeto de este capítulo es analizar la aplicación que la Comisión ha hecho de estos conceptos respecto de las medidas adoptadas por los Estados miembros de la UE bajo la forma de decisiones fiscales anticipativas o *tax rulings* y los límites a la acción de la Comisión en esta área que han planteado tanto los recientes pronunciamientos del TG en algunos de los asuntos más relevantes examinados hasta ahora, como una parte de la doctrina.

El requisito de la ventaja selectiva ha sido tradicionalmente separado en dos conceptos: por una parte, la ventaja y por otro, su naturaleza selectiva. Aunque, como decimos, ambos requisitos se hayan analizado separadamente por la jurisprudencia, en el análisis de los *tax rulings* es a menudo difícil deslindarlos completamente, como explicaremos en detalle en este capítulo.

Una ventaja es cualquier beneficio económico concedido a una empresa que ésta no podría haber obtenido en condiciones normales de mercado, es decir, sin intervención del Estado⁴¹⁷. En el ámbito fiscal, la ventaja puede concederse mediante una reducción de la carga impositiva a la que normalmente estaría sometida dicha empresa, en particular, mediante una reducción de la base imponible, del tipo impositivo, o minoración en cualquier modo de la carga tributaria así como, por ejemplo un aplazamiento del pago del impuesto debido⁴¹⁸.

(416) Artículo 107 TFUE.

(417) Véase la STJUE de 11 de julio de 1996 en el asunto C-39/94 *SFEI*, apartado 60. Véase igualmente la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del TFUE ("Comunicación sobre el concepto de ayuda"), DOUE 2016/C 262/01, apartado 66.

(418) STJUE de 15 de diciembre de 2005, asunto C-66/02 *Italia c. Comisión*, apartado 78. Véase igualmente el apartado 9 de la derogada Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas.

Por el contrario, el concepto de selectividad implica que la medida estatal favorece a determinadas empresas "en relación con otras que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen, y que por lo tanto reciben un trato diferenciado que, en esencia, puede calificarse de discriminatorio"⁴¹⁹.

La consecuencia de esta distinción entre los conceptos de "ventaja" y "selectividad" es que no todas las medidas que confieren una ventaja pueden considerarse selectivas: únicamente aquellas que confieren tal ventaja de manera selectiva. Puede así haber medidas que, aun confiriendo una ventaja, sean de aplicación general —es decir, no favorecen a determinadas empresas o producciones— y, por tanto, no deban considerarse ayuda estatal.

Es en este contexto en el que cobra sentido la distinción que el TJUE ha realizado entre ayudas individuales y regímenes de ayudas, que resulta de especial aplicación en el ámbito de los *tax rulings* y la planificación fiscal agresiva⁴²⁰. El Tribunal ha establecido que el requisito de selectividad difiere en función de que se aplique a un régimen general o a una ayuda individual. El examen de la selectividad resulta fundamental en el contexto de los regímenes de ayudas ya que estos, debido a su ámbito de aplicación, pueden ser —al menos potencialmente— de aplicación general, en cuyo caso no serían selectivos. No es el caso de las ayudas individuales, pues estas son medidas que se dirigen a una sola empresa, en virtud de sus características específicas. En estos supuestos, poca duda puede existir de que la medida no puede ser de aplicación general, por lo que una vez determinado que confiere una ventaja, deberá presumirse que la misma es, por definición, de naturaleza selectiva. En palabras del Tribunal de Justicia:

(419) STJUE de 21 de diciembre, asunto C-20/15 P *World Duty Free*, apartado 54.

(420) Un régimen de ayudas es "el dispositivo con arreglo al cual se pueden conceder ayudas individuales a las empresas definidas en el mismo de forma genérica y abstracta, sin necesidad de medidas de aplicación adicionales, así como todo dispositivo con arreglo al cual pueda concederse ayuda, no vinculada a un proyecto específico, a una o varias empresas por un período indefinido o por un importe ilimitado", mientras que una ayuda individual viene definida, por exclusión, como "la ayuda que no se concede en virtud de un régimen de ayudas y la ayuda concedida con arreglo a un régimen de ayudas pero que debe notificarse" (Artículos 1(d) y 1(e) del Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo de 13 de julio de 2015 por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del TFUE (DOUE, L/248/2015, p. 9).

"La exigencia de selectividad que se deriva del artículo 107 TFUE, apartado 1, debe diferenciarse claramente de la detección concomitante de una ventaja económica, dado que, cuando la Comisión detecta la existencia de una ventaja, en un sentido amplio, que se deriva directa o indirectamente de una medida determinada, debe acreditar, además, que dicha ventaja beneficia específicamente a una o a varias empresas. Para ello, corresponde a la Comisión demostrar que la medida en cuestión introduce diferenciaciones entre las empresas que se hallan, a la luz del objetivo perseguido, en una situación comparable. Es necesario, por tanto, que la ventaja se conceda de manera selectiva y pueda colocar a determinadas empresas en una situación más favorable que la de otras [...].

No obstante, debe diferenciarse según que la medida en cuestión se prevea como un régimen general de ayuda o como una ayuda individual. En este último caso, la identificación de la ventaja económica permite, en principio, presumir su selectividad. En cambio, al examinar un régimen general de ayuda, es necesario identificar si la medida en cuestión, a pesar de la constatación de que confiere una ventaja de alcance general, lo hace en beneficio exclusivo de determinadas empresas o de determinados sectores de actividad [...]"⁴²¹.

Como es sabido, un *tax ruling* es un acuerdo – vinculante o no, según las jurisdicciones⁴²² – entre un contribuyente y la administración tributaria, mediante el que esta última establece por adelantado cómo se aplicará el sistema impositivo a determinados hechos o circunstancias – a menudo complejas – que el contribuyente ha puesto de manifiesto por adelantado y que quedan reflejadas en el *ruling*. Los *tax rulings* son, por tanto, en principio, medidas de aplicación individual, en cuanto predicen el modo en que se aplicará el ordenamiento tributario a un determinado contribuyente, a la vista de determinados hechos y circunstancias, dotando así de una mayor predictibilidad y seguridad jurídica al sistema.

(421) Véanse las SSTJUE de 30 de junio de 2016 en el asunto C-270/15 P *Bélgica c. Comisión*, apartados 48 y 49, de 4 de junio de 2015 en C-15/14 P *Comisión c. MOL*, apartados 59 y 60; y en *World Duty Free* (cit. supra), apartado 55.

(422) No lo son, por ejemplo, en Irlanda, pero sí en otros Estados miembros como Luxemburgo, Países Bajos o Alemania.

En el apartado 2.1 analizaremos cuál es el estándar que ha utilizado la Comisión en sus decisiones para determinar en qué medida los *tax ruling* analizados en sus decisiones conferirían una ventaja a determinadas empresas. Este análisis se centrará en las cuatro decisiones que han tenido una mayor repercusión: *Fiat*, *Starbucks*, *Apple* y *Amazon*. En el apartado 2.3 explicaremos la metodología empleada para demostrar que estas ventajas eran de naturaleza selectiva tanto en estas cuatro decisiones como en *Belgian Excess Profit* y *Engie*. Ello nos permitirá distinguir la tipología de decisiones que ha adoptado la Comisión hasta ahora en materia de *rulings* y los distintos modos o enfoques que ha adoptado para demostrar la existencia de los requisitos de ventaja y selectividad.

2.1. EL CONCEPTO DE VENTAJA EN LAS DECISIONES DE TRANSFER PRICING: EL PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA (ARM'S LENGTH PRINCIPLE)

En sus decisiones, la Comisión utiliza como parámetro para determinar la existencia de una ventaja el principio de plena competencia o "*arm's length principle*". Se basa para ello en la STJUE en el asunto *Forum 187*⁴²³. Este asunto se refiere al régimen fiscal belga de los centros de coordinación. Este sistema, que establecía determinadas excepciones al régimen fiscal común del sistema de sociedades, permitía a los centros de coordinación aplicar el método denominado "*cost plus*" (uno de los métodos de precios de transferencia propuestos por la OCDE) para determinar su base imponible. Según este método, la base imponible de los centros de coordinación se fijaba como un porcentaje del importe de los gastos generales y de funcionamiento incurridos, de los que se excluían los gastos de personal, los gastos financieros y otros impuestos pagados⁴²⁴.

A la hora de determinar si este régimen confería una ventaja a sus beneficiarios, el Tribunal consideró necesario "*comparar el citado régimen al del Derecho común basado en la diferencia entre el activo y el pasivo de una empresa que desarrolle sus actividades en un entorno de libre competencia*"⁴²⁵. Aplicando este principio, el Tribunal llegó a la conclusión de que la

(423) STJUE en el asunto C-217/03 *Forum 187*.

(424) *Forum 187*, apartado 9.

(425) *Forum 187*, apartado 95.

exclusión de los gastos de personal y financieros de los costes que servían para determinar los ingresos imponibles confería a los centros de coordinación una ventaja económica, ya que no permitía llegar a precios de transferencia “cercanos a los que se aplicarían en condiciones de libre competencia”, y ello puesto que los costes excluidos contribuían de manera preponderante a la generación de ingresos de estas empresas, que prestaban servicios de carácter financiero⁴²⁶.

Este es el punto de partida del examen del requisito de la ventaja económica en las decisiones relativas a *Amazon*, *Apple*, *Fiat* y *Starbucks*. Estas cuatro decisiones se refieren a *tax rulings* que determinaban los precios de transferencia aplicables a transacciones intragrupo. La Comisión parte en sus decisiones de la premisa de que en los Estados miembros en cuestión (Luxemburgo, Irlanda y Países Bajos), el impuesto de sociedades se determina, como regla general, sobre la base de la diferencia entre el activo y el pasivo de una empresa que desarrolla sus actividades en un entorno de libre competencia. Por tanto, al permitir los acuerdos fiscales analizados en estas decisiones la aplicación de precios de transferencia en transacciones intragrupo que no se correspondían con “los precios cobrados en condiciones de libre competencia entre empresas independientes que negocian en circunstancias comparables de plena competencia”⁴²⁷, la Comisión concluyó que dichos acuerdos conferían una ventaja económica a sus beneficiarios.

Como es sabido, los precios de transferencia son precios a los que las empresas transfieren bienes y servicios a otras empresas del grupo. Los precios de transferencia, por tanto, determinan una porción de los ingresos y gastos —e indirectamente del “activo” y del “pasivo”— de las empresas del grupo, y por tanto su base imponible⁴²⁸.

Los precios de transferencia deben respetar el principio de plena competencia, es decir, deben determinarse con arreglo o sobre la base de los precios que empresas independientes, sin ningún vínculo societario, ha-

(426) *Forum* 187, apartado 96.

(427) *Fiat*, apartado 222; *Starbucks*, apartado 258; *Apple* apartado 249; y *Amazon*, apartado 402.

(428) Véanse las Directrices de la OCDE de 1995, 2010 y 2017 OECD sobre precios de transferencia (*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*), Prefacio, párrafos 11 y 12.

brían determinado libremente en el mercado. Solo de esta manera, las empresas pertenecientes a grupos societarios tendrán una carga fiscal equivalente al de empresas que venden u ofrecen bienes y servicios en el mercado, asegurando así una igualdad de trato entre ambas categorías. La determinación de los precios de transferencia supone uno de los principales medios que tienen las empresas multinacionales para distribuir los beneficios del grupo entre las distintas jurisdicciones en que se encuentran establecidas las empresas del grupo. Una incorrecta determinación de estos precios podría abrir la puerta a una transferencia indebida de beneficios (*profit shifting*) hacia jurisdicciones con fiscalidad más reducida, rebajando así la carga fiscal del grupo en su conjunto.

Estas transferencias “indebidas” de beneficio son las que subyacen en la mayoría de las decisiones adoptadas en materia de *tax rulings*. Las decisiones de la Comisión, no obstante, cuestionan el *profit shifting* solo por vía indirecta. El examen de la existencia de una ventaja no se basa en el beneficio que obtiene el grupo en su conjunto al derivar parte de sus ganancias a jurisdicciones de baja tributación. Y ello porque, según jurisprudencia ya consolidada en materia de ayudas estatales, el examen de la ventaja no puede tomar en consideración el trato que el grupo societario pueda recibir en jurisdicciones distintas del Estado miembro contra el que se ha incoado el expediente de ayuda. La ventaja es, por así decirlo, un requisito de ámbito puramente nacional, y debe limitarse a analizar si la sociedad beneficiaria del *ruling* obtiene una tributación más ventajosa al aplicar los precios de transferencia que el *ruling* sanciona que la tributación a la que habría sido sometida aplicando lo que se considera la “regla general”, es decir, si su carga tributaria se hubiera determinado exclusivamente sobre la base de los ingresos y gastos obtenidos en el mercado en condiciones de plena competencia, y ello con total independencia de la ventaja (o desventaja) que esos mismos precios de transferencia puedan implicar para su tributación en otros Estados miembros.

Veamos con algo más de detalle en qué consiste esta “ventaja” en las decisiones sobre precios de transferencia que ha adoptado la Comisión.

En *Starbucks* y en *Amazon* el *profit shifting* se obtendría supuestamente mediante una fijación de gastos artificialmente elevada. En ambas decisiones, la base imponible de las sociedades beneficiarias se veía reducida mediante gastos deducibles, en concreto el pago de *royalties* que estas

sociedades abonaban a otras empresas del grupo por el uso de derechos de propiedad intelectual. La Comisión consideraba que los *tax rulings* en cuestión habían permitido determinar un importe inflado de estos cánones, a un nivel superior a lo que se habría abonado por los mismos derechos en el mercado. Ello suponía, a juicio de la Comisión –y en ello consistía la ventaja–, una desviación de la regla general establecida por la normativa fiscal de Países Bajos y Luxemburgo, según las cuales, la base imponible de un ejercicio fiscal se determina como resultado de sustraer los gastos deducibles incurridos de los ingresos generados en dicho ejercicio.

En *Amazon*, el *ruling* acordado por la administración tributaria luxemburguesa establecía el método para calcular la base imponible de Amazon EU *Société à responsabilité limitée* (“LuxOpCo”), filial operativa del grupo Amazon en este país que funcionaba como la sede del grupo en Europa para sus operaciones de *online retail* y *service business* a través de sus páginas web en la UE⁴²⁹.

El *ruling* autorizaba el uso de uno de los denominados métodos “indirectos” de *transfer pricing* admitidos por la OCDE, el *transactional net margin method* (“TNMM”). Este método se utiliza para determinar el beneficio neto *arm’s length* o de mercado que obtienen sociedades que llevan a cabo operaciones rutinarias, es decir, con escaso valor añadido⁴³⁰. Este beneficio “rutinario” se corresponde típicamente con una porción reducida del beneficio real que se refleja en la cuenta de pérdidas y ganancias de la empresa. La diferencia entre el beneficio realmente obtenido y el beneficio “de mercado” o rutinario determinado aplicando el TNMM, se denomina beneficio “residual”, y se considera el pago (deducible) que la empresa realiza a otra sociedad del grupo por los servicios prestados. Así pues, el TNMM determina “indirectamente” el precio de la transacción intragrupo.

En el caso de *Amazon*, el *tax ruling* consideraba LuxOpCo una empresa con operativa de naturaleza rutinaria y por este motivo, mediante la aplicación del TNMM, se le permitía tributar por un beneficio correspondiente al [4-6]%⁴³¹ de sus gastos operativos. El resto de los beneficios obtenidos por

(429) Nota de prensa IP/17/3701.

(430) Comparando rentabilidad de la empresa en cuestión con la rentabilidad de empresas no integradas que llevan a cabo actividades similares (de naturaleza rutinaria) en el mercado.

(431) La cifra exacta es confidencial.

esta empresa se consideraban el canon que abonaba a otra empresa del grupo, Amazon Europe Holding Technologies SCS (“LuxSCS”), no sujeta a tributación en Luxemburgo. El *royalty* suponía así más del 90% del beneficio anual que generaba LuxOpCo. La lógica subyacente a este pago anual es que la mayor parte del beneficio generado por LuxOpCo debía atribuirse a la sociedad que aporta los derechos de propiedad intelectual –LuxSCS– por ser ésta la que generaba valor en las operaciones del grupo.

La decisión de la Comisión concluye que el importe del *royalty* no se correspondía con la realidad económica de las funciones que la LuxOpCo y LuxSCS realizaban, y por tanto no reflejaban fielmente un resultado de mercado de conformidad con el principio de plena competencia o *arm’s length*⁴³². La LuxOpCo era la entidad que adoptaba decisiones y llevaba cabo actividades relativas al negocio minorista de Amazon en Europa⁴³³. LuxSCS, por su parte, era una *limited partnership* sin empleados, oficinas ni actividad comercial, que actuaba como intermediaria entre LuxOpCo y otras empresas del grupo con sede en Estados Unidos. Como titular de los derechos de propiedad intelectual de Amazon, LuxSCS recibía el *royalty* de LuxOpCo y lo transmitía a Estados Unidos en virtud de un “*cost sharing agreement*”⁴³⁴.

Starbucks concierne igualmente al pago, que la Comisión considera de nuevo inflado, de *royalties* de una sociedad operativa a otra empresa del grupo no sujeta a tributación. La empresa operativa del grupo era en este caso Starbucks Manufacturing EMEA BV (“Starbucks Manufacturing” o SMBV), una sociedad residente en Países Bajos que distribuía café y productos relacionados a las tiendas del grupo en Europa Medio Oeste y África. El *ruling* permitía a esta sociedad reducir su base tributaria mediante una serie de pagos por *royalties* abonados a Alki Limited Partnership –una sociedad residente en Reino Unido –por el *know-how* para el tostado del café. Alki era una *limited partnership* “transparente” con sede en Reino Unido,

(432) Véase a este respecto el análisis funcional que la Comisión lleva a cabo en las secciones 9.2.1.1 y 9.2.1.2 de la Decisión.

(433) LuxOpCo contaba en 2014 con más de 500 empleados, seleccionaba las mercancías que se ponían a la venta en las páginas web de Amazon en Europa, era la propietaria y gestionaba el inventario, así como las operaciones de venta y entrega de estos productos a los consumidores. Véase el apartado 9.2.1.2.

(434) Un *Cost Sharing Agreement* es un acuerdo mediante el que dos empresas comparten el coste de la producción de ciertos activos – típicamente intangibles – definiendo la participación de cada una en el resultado de la comercialización y explotación de los mismos.

que no tributaba por las regalías recibidas ni en Reino Unido ni en Países Bajos⁴³⁵.

Al igual que en el caso de *Amazon*, el *ruling* acepta de nuevo la aplicación del método TNMM para estimar la remuneración de mercado de Starbucks Manufacturing por su contribución –supuestamente rutinaria– al negocio de Starbucks⁴³⁶. Esta remuneración consistía en un porcentaje reducido del beneficio realmente generado por la sociedad y registrado en su contabilidad. El canon que se abonaba a Alki se calculaba en el *tax ruling* como el beneficio residual resultante de Starbucks Manufacturing una vez sustraída su remuneración o beneficio de mercado por sus supuestas funciones rutinarias⁴³⁷.

La Comisión considero también en este caso que el beneficio de Starbucks Manufacturing sujeto a tributación determinado según el *ruling* no reflejaba una aproximación fiable a lo que debería considerarse un resultado de mercado en línea con el principio de plena competencia. La Comisión cuestionó que el TNMM pudiera ser el método de *transfer pricing* más adecuado para determinar el nivel del mercado del canon, abogando por la aplicación del método denominado *Comparable Uncontrolled Price* (CUP). Este método resulta preferible en aquellas situaciones en que es posible estimar la remuneración de una transacción intragrupo mediante su comparación directa con otras operaciones comparables que la misma empresa lleva a cabo con terceros en el mercado. Estas operaciones existían, según la Comisión, y habrían permitido a la administración fiscal neerlandesa establecer el precio de la regalía mediante una comparación con las mismas⁴³⁸. En concreto, la Comisión constata en su decisión que Starbucks Manufacturing había concluido varios acuerdos con terceros para el tueste del café y que en dichos acuerdos no se acordó el pago de ningún *royalty* por el supuesto *know-how*. Ello permitió concluir a la Comisión que, en aplicación del principio de plena competencia, ningún pago debió reali-

(435) La naturaleza “transparente” de estas entidades implica que los beneficios que generaba Alki quedaban sujetos a tributación al nivel de sus socios (*resident partners*) en Estados Unidos, y no al nivel de la sociedad. Países Bajos no aplicaba ninguna retención o *withholding tax* a los pagos de royalties durante el período en que los *ruling* estaban en vigor.

(436) Nota de prensa IP/15/5880.

(437) Véase para mayor detalle los apartados 52-61 de la Decisión.

(438) Véase el análisis incluido en la sección 9.2.3.3 de la Decisión.

zarse por ese *know-how* a Alki⁴³⁹. La Comisión considero además que el precio que Starbucks Manufacturing abonaba por el café crudo a otra empresa del grupo se había visto incrementado de manera injustificada a partir del año 2011⁴⁴⁰.

El importe del canon y del precio por el café crudo reducían –a juicio de la Comisión de manera artificial– el beneficio imponible de Starbucks Manufacturing. Este beneficio se veía así derivado tanto a Alki –que como se ha explicado no se encontraba sujeta a tributación por estos ingresos– como a la entidad vendedora del café crudo, residente fiscal en Suiza.

En *Apple*, la decisión analizaba un *tax ruling* concedido por la administración irlandesa que determinaba la base imponible de Apple Operations Europe (AOE) y Apple Sales International (ASI). Al contrario que *Amazon* o *Starbucks*, este caso no concierne al reparto del beneficio *entre distintas sociedades* del grupo, sino al reparto interno de AOE y ASI.

AOE y ASI eran dos sociedades constituidas en Irlanda pero ninguna de ellas era residente fiscal en ese país (ni, de hecho, en ninguna otra jurisdicción). ASI y AOE se beneficiaban de un régimen existente en Irlanda⁴⁴¹ que permitía a sociedades establecidas en Irlanda no tributar si se encontraban controladas y gestionadas desde fuera del país y reunían otra serie de requisitos. AOE y ASI operaban a través de sucursales radicadas en Irlanda. Sin embargo, los *rulings* cuestionados por la Comisión permitían atribuir la casi totalidad de los beneficios generados por ambas empresas a sus sedes principales (“*head offices*”), donde se llevaban a cabo las actividades de control y gestión mediante sus consejos de administración. Estas sedes centrales, sin embargo, no tenían residencia fiscal en Irlanda (ni en ninguna otra jurisdicción), por lo que ASI y AOE tributaban efectivamente en Irlanda por la mínima porción de sus beneficios que los *ruling* atribuían a las sucursales en Irlanda, a pesar de que era en estas sucursales donde se encontraban todos sus empleados y activos tangibles. Esta mínima porción de los beneficios generados por ASI y AOE remuneraban lo que los acuerdos fiscales

(439) Véanse los apartados 286 y siguientes.

(440) Apartados 342 y siguientes.

(441) El régimen conocido como *Double Irish* estaba incluido en el artículo 23 de la ley tributaria irlandesa (*Taxes Consolidation Act 1997*), que fue modificado en 2014.

consideraban “*contribuciones rutinarias*” de las sucursales al negocio de ASI y AOE⁴⁴².

La Comisión consideraba que, a la vista de las funciones llevadas a cabo por las sucursales y las sedes principales, el reparto interno de beneficios efectuados por los *rulings* no se correspondía con la realidad económica. Las sedes centrales de ASI y AOE, a juicio de la Comisión, carecían de capacidad operativa, puesto que no tenían ni empleados ni oficinas físicas. Según la Comisión, eran las sucursales radicadas en Irlanda las que realizaban las funciones, adoptaban las decisiones y asumían los riesgos relativos a las operaciones de ASI y AOE, mientras las *head offices* se limitaban a adoptar decisiones de naturaleza meramente administrativa, relativa a la distribución de dividendos y gestión de tesorería⁴⁴³.

La Comisión parte en su Decisión de la premisa de que una correcta aplicación del principio de plena competencia debería haber conducido a tratar a las sucursales irlandesas y a las *head offices* de ASI y AOE como entidades jurídicas separadas a efectos del reparto de beneficios, tal como prescribe la OCDE⁴⁴⁴. A la hora de atribuir los derechos de propiedad intelectual que ASI y AOE utilizan para sus operaciones –en virtud de un *Cost Sharing Agreement* con Apple Inc. por el que abonan a esta última una cantidad anual como contribución al coste de desarrollo de estos derechos –y los riesgos asociados a las actividades desarrolladas por ambas entidades entre las sucursales y las *head offices* de ASI y AOE, la administración fiscal irlandesa debería haber tenido en cuenta las funciones efectivamente llevadas a cabo, los activos utilizados y los riesgos asumidos por las sucursales y por las sedes centrales. Según la Comisión, la ausencia de toda actividad, empleados y activos en las *head offices* debería haber conducido a una atribución de la casi totalidad de los beneficios a las sucursales. Es decir, el resultado opuesto al obtenido al aplicar los *rulings*⁴⁴⁵.

(442) La nota de prensa de la Comisión (IP/16/2923) cuantifica la proporción que los impuestos efectivamente pagado por estas sociedades representan en relación con los beneficios generados por las mismas: en 2011, por ejemplo, ASI generó beneficios de aproximadamente 16.000 millones de euros, pero en aplicación del *ruling*, solo 50 millones de euros se consideraron sujetos a tributación en Irlanda. Véanse, para una descripción de los *ruling* contestados, las secciones 2.2.1 y 2.2.2 de la Decisión.

(443) Véanse en particular el análisis incluido en la sección 8.2.2.2 de la Decisión.

(444) Sección 8.2.2.a).

(445) Véase la Nota de prensa de la Comisión IP/16/2923.

La cuestión sobre la remuneración por los derechos de propiedad intelectual de Apple que ASI y AOE utilizaban en sus actividades resulta de particular relevancia para la comprensión de la Decisión. La Comisión no cuestiona los pagos realizados por ASI y AOE a Apple, Inc. por estos derechos en virtud del *Cost Sharing Agreement*. Presume que estos pagos –determinados por Apple– constituían una remuneración adecuada a Apple Inc. por su contribución al desarrollo de estos derechos. Este aspecto resulta esencial para entender la posición de la Comisión en relación con la acusación de que la mayor parte de los beneficios de ASI y AOE no deberían tributar en Europa (Irlanda), sino en Estados Unidos, sede de Apple Inc., donde se había desarrollado la tecnología que usa Apple en sus productos y que en última instancia determina su éxito en el mercado. La Comisión consideró que la parte de los beneficios que remuneran la actividad de Apple Inc. fue ya estimada por Apple al calcular los pagos debidos en virtud del *Cost Sharing Agreement*. La Decisión de la Comisión concierne exclusivamente a la parte restante del beneficio, una vez Apple Inc. ha sido remunerada⁴⁴⁶.

Finalmente, la Decisión de la Comisión en *FIAT* concierne a los acuerdos fiscales de esta empresa con la administración fiscal luxemburguesa en relación con la tributación de la empresa de gestión de tesorería de este grupo en el Ducado. Una vez más, la Comisión considera que estos acuerdos convalidaban una metodología y carga fiscal que no respetaban el principio de plena competencia. La empresa en cuestión, Fiat Finance and Trade Ltd (FFT), prestaba servicios de tesorería y financiación para las actividades del grupo en Europa. La Comisión consideró que los *rulings* en cuestión permitieron que la empresa redujera artificialmente su factura fiscal reduciendo de manera injustificada su base imponible. En primer lugar, el capital que se utilizó para estimar la rentabilidad de la sociedad era sensiblemente inferior al capital efectivo de la sociedad según resultaba de sus escrituras contables⁴⁴⁷. Además, la tasa de rentabilidad aplicada al capital era inferior a la que debería haberse aplicado como resultaba de una comparativa con empresas que operaban actividades de financiación similares en el mercado⁴⁴⁸.

(446) Véanse apartados 310-312 de la Decisión.

(447) Véanse las secciones 7.2.2.5, 7.2.2.6 y 7.2.2.7 de la Decisión.

(448) Sección 7.2.2.9.

La nota de prensa de la Comisión subrayaba que si se hubieran aplicado condiciones correspondientes a las existentes en el mercado, la empresa habría debido abonar un importe por impuesto de sociedades veinte veces superior al efectivamente pagado⁴⁴⁹.

En definitiva, en estas cuatro decisiones la Comisión apreció la existencia del requisito de la *ventaja* por lo que consideró una aplicación incorrecta del principio de plena competencia. Esta aplicación incorrecta se llevó supuestamente a cabo, bien mediante el establecimiento de pagos de *royalties* o precios artificialmente elevados (*Starbucks* y *Amazon*), mediante el cálculo de una tasa de rentabilidad excesivamente reducida para las actividades de una empresa (*Fiat*) o mediante una incorrecta atribución interna del beneficio a las sucursales de dos empresas del grupo (*Apple*).

Nótese que en ninguno de estos casos la carga fiscal combinada del grupo resulta relevante en el razonamiento de la Comisión. El examen de la ventaja toma en consideración *exclusivamente* la carga fiscal de las sociedades beneficiarias en los Estados miembros que concedieron los *ruling*, comparando la carga fiscal resultante de la aplicación de los mismos con la que habría resultado de haber operado en el mercado según el principio *arm's length*. El hecho de que el beneficio que supuestamente les habría sido artificialmente reducido hubiera sido atribuido a sociedades (o *head offices* en el caso de *Apple*) con residencia fiscal en jurisdicciones con una reducida o inexistente fiscalidad resulta completamente irrelevante para la Comisión a pesar de que –como resulta notorio– es este *profit shifting* el propósito de las estructuras de planificación fiscal internacional⁴⁵⁰.

En la práctica, es la aplicación supuestamente incorrecta o desviación del principio de plena competencia lo que resulta en *profit shifting* hacia jurisdicciones de baja o nula tributación. Si bien no sea ese el razonamiento que sigue la Comisión para demostrar la ventaja, ese es en última instancia el resultado en todos los casos: la (doble) no imposición del beneficio del grupo.

Sin embargo, existe otra categoría de casos en los que la Comisión ha adoptado un enfoque distinto a la hora de demostrar los requisitos de ven-

(449) Nota de prensa IP/15/5880.

(450) Este aspecto resulta de particular relevancia en *Fiat*, como se abordará en mayor detalle en el apartado 3.1 de este capítulo

taja y selectividad. Son casos en los que no hay un “desvío” de beneficios hacia otras jurisdicciones, sino que la ausencia de imposición en el ámbito del grupo se produce dentro de una única jurisdicción. Son los asuntos *Belgian Excess Profit* y *Engie*⁴⁵¹. Abordaremos estos casos en la sección dedicada a la selectividad, ya que la demostración de ventaja y selectividad en estos asuntos se encuentran íntimamente ligadas la una con la otra.

2.2. SELECTIVIDAD: LA PRESUNCIÓN DE SELECTIVIDAD EN LAS AYUDAS INDIVIDUALES. LOS ASUNTOS *BELGIAN EXCESS PROFIT* Y *ENGIE*

En los cuatro asuntos analizados anteriormente (*Amazon*, *Starbucks*, *Apple* y *Fiat*), la demostración del requisito de *selectividad* se realiza desde varias perspectivas. La principal está relacionada con la distinción –explicada al principio de este capítulo– entre regímenes generales y ayudas individuales.

En efecto, en la medida en que los *tax rulings* analizados en estas decisiones son ayudas individuales –en cuanto que su ámbito de aplicación se agota en las empresas beneficiarias de los mismos– la Comisión demuestra la existencia de selectividad recurriendo a la presunción establecida por la jurisprudencia –entre otras en las sentencias *MOL* y *World Duty Free*–. Según esta doctrina, si una medida individual concede una ventaja, tal ventaja debe necesariamente considerarse selectiva, ya que ninguna otra empresa puede beneficiarse de la misma⁴⁵².

No obstante, la Comisión procedió igualmente en estas decisiones a demostrar la selectividad mediante el test de tres etapas propuesto por la jurisprudencia para los regímenes de ayudas fiscales⁴⁵³. Este test se enuncia de la siguiente manera: en primer lugar la Comisión debe identificar un marco o sistema de referencia que se aplica a la generalidad de los sujetos pasivos del impuesto; en segundo lugar, analiza en qué medida el régimen exami-

(451) También en *Huhtamäki*, si bien sobre este asunto la Comisión todavía no ha adoptado una decisión final.

(452) Decisión *FIAT*, apartados 216-218; *Starbucks*, apartados 252-254; *Apple*, apartado 224; y *Amazon*, apartados 583-584.

(453) Véase la Comunicación sobre el concepto de ayuda, apartados 128 y siguientes. Véanse *Fiat decision, recitals* (192) et. seq., *Starbucks decision, recitals* (230) et. seq., *Apple decision, recitals* (226) et. seq., and *Amazon decision, recitals* (585) et. seq.

nado constituye una excepción a dicho sistema de referencia al establecer diferencias entre operadores económicos que, habida cuenta de los objetivos intrínsecos del sistema, se encuentren en una situación comparable de hecho y de derecho, en cuyo caso la medida se considera selectiva *a priori*; finalmente, en una tercera fase, el Estado miembro puede alegar una justificación para dicha excepción basada en la naturaleza o la economía general del sistema de referencia. En ausencia de dicha justificación, la medida se considera selectiva.

En las decisiones de *Amazon*, *Starbucks*, *Apple* y *Fiat*, la Comisión consideró, al aplicar la primera fase del test, que el marco de referencia era el sistema impositivo de sociedades en Irlanda, Luxemburgo y Países Bajos⁴⁵⁴.

Por cuanto se refiere a la segunda fase, la Comisión constató que bajo dichos sistemas impositivos todos los sujetos pasivos del impuesto de sociedades se encuentran en una situación comparable, de hecho y de derecho. Así pues, sociedades pertenecientes a grupos societarios y que concluyen contratos con otras sociedades del mismo grupo se encontrarían en una situación comparable a sociedades que concluyen contratos con terceros (no pertenecientes al grupo) habida cuenta de los objetivos intrínsecos del sistema impositivo en cuestión. El hecho de que a las empresas que intervienen en transacciones con otras empresas del grupo se le apliquen disposiciones –las normas sobre precios de transferencia– que no se aplican a las otras no es, a juicio de la Comisión, un motivo para considerarlas no comparables, ya que el propósito de dichas disposiciones es precisamente asegurar que los precios de transferencia aplicados reflejen condiciones de mercado. En otras palabras, el principio de plena competencia –en virtud del cual se aplican los precios de transferencia– no tiene otro objetivo que el de asegurar que el beneficio que obtienen, por un lado, las empresas integradas en un grupo y que concluyen transacciones con otras empresas del grupo, y por otro las empresas que operan con terceros en el mercado se determine de la misma manera⁴⁵⁵.

Así pues, al separarse los *ruling* examinados en estas cuatro decisiones del principio de plena competencia, debían considerarse una excepción al

(454) *Amazon*, apartado 587; *Apple*, apartado 245; *Starbucks*, apartado 231.

(455) Decisión *Fiat*, apartados 210 y siguientes; *Starbucks*, apartados 245 y siguientes; *Amazon*, apartados 592 y siguientes.

sistema de referencia al establecer diferencias entre operadores económicos que, habida cuenta de los objetivos intrínsecos del sistema, se encontraban en una situación comparable de hecho y de derecho, por lo que debían considerarse *prima facie* selectivos⁴⁵⁶. En otras palabras, la reducción de la base imponible de los beneficiarios ocasionada por el incumplimiento por los acuerdos fiscales del principio de plena competencia constituye al mismo tiempo la ventaja y la derogación del sistema de referencia en el test de tres etapas.

En una línea de razonamiento subsidiaria, la Comisión consideró igualmente en estos procedimientos un sistema o marco de referencia más estrecho, compuesto exclusivamente por los sujetos pasivos que forman parte de un grupo societario y a los que se aplican las normas de precios de transferencia. En este marco de referencia estrecho, por tanto, los sujetos pasivos a los que no se aplican estas normas, por operar exclusivamente con terceros en el mercado, no se considerarían comparables.

En cualquier caso, con este marco de referencia más estrecho, la conclusión de la Comisión no cambia. Al desviarse del principio de plena competencia –que constituye el elemento central del sistema de referencia– los *ruling* constituyen igualmente una excepción o derogación del mismo, situando a las beneficiarias en una situación más favorable que las sociedades comparables, que no son otras que aquellas sociedades integradas en grupos a los que se aplique correctamente el principio de plena competencia⁴⁵⁷.

Un razonamiento similar utiliza la Comisión en *Apple* al comparar sociedades residentes y sociedades no residentes que operan en Irlanda mediante un establecimiento permanente. Ambas situaciones, según la Comisión, son comparables y se encuentran incluidas en el mismo sistema de referencia⁴⁵⁸. Para la Comisión, el marco de referencia incluye a contribuyentes residentes y no residentes. La determinación de la base imponible para el cálculo de la carga fiscal es equivalente para las sociedades residentes (en cuyo caso la determinación se realizaría respecto de sus beneficios mundiales) que para el establecimiento permanente de una sociedad no residente (en este caso solo los beneficios originados en Irlanda son relevantes)⁴⁵⁹.

(456) *Amazon*, sección 9.3.2.1; *Apple*, apartado 321; *Starbucks*, apartado 9.2.3.

(457) *Amazon*, sección 9.3.2.2; *Apple*, sección 8.2.3; *Starbucks*, apartado 9.2.4.

(458) Véanse las objeciones planteadas por Irlanda a este respecto (*Decision Apple*, apartado 236).

(459) *Apple*, apartados 237 y siguientes.

Como hemos mencionado anteriormente, hay otra categoría de casos analizados por la Comisión que no están basados en una aplicación errónea de las reglas de precios de transferencia. Se trata de los asuntos *Belgian Excess Profit* y *Engie*.

En *Belgian Excess Profit*⁴⁶⁰, la reducción de la carga impositiva no se obtiene utilizando precios de transferencia para desviar el beneficio a jurisdicciones de fiscalidad reducida, sino introduciendo una diferencia entre el beneficio contable de la empresa y su beneficio fiscal. El régimen de *excess profit* consistía, de hecho, en permitir la no inclusión en la base imponible de la empresa de una parte del beneficio generado por la misma en sus actividades económicas –y registrado en su contabilidad– sin que esa no inclusión estuviera relacionada –como en los asuntos de *transfer pricing* analizados anteriormente– con pago alguno a otra sociedad del grupo por bienes y servicios adquiridos.

En este caso la reducción de la base imponible se lleva a cabo mediante lo que se denomina un ajuste fiscal unilateral a la baja (*unilateral downward transfer pricing adjustment*). La naturaleza unilateral de estos ajustes alude precisamente a la irrelevancia de la otra jurisdicción para que se consiga el ahorro fiscal deseado.

El régimen aplicado por la administración fiscal belga desde 2005 permitía a las empresas multinacionales reducir su base impositiva mediante *tax rulings* individuales que determinaban el denominado “exceso de beneficio” o *excess profit* de cada sociedad, el cual se encontraba exento de tributación. Conceptualmente, ese exceso de beneficio no se correspondía con el pago a otra empresa del grupo por servicios o bienes adquiridos, sino que estaba justificado por los supuestos ahorros por sinergias y economías de escala inherentes a la operativa de grupos multinacionales – que por tanto nunca se generaría entre empresas no integradas en un grupo⁴⁶¹.

Dejando de lado la determinación de importe de la exención, que se obtenía mediante una doble aplicación del método TNMM⁴⁶², el régimen en

(460) Decisión de 11 de enero de 2016, SA.37667 – *Belgian Excess Profit*, DOUE L/260/2016 (*Belgian Excess Profit*).

(461) *Belgian Excess Profit*, apartados 135-140.

(462) *Belgian Excess Profit*, apartado 155.

cuestión se consideró por la Comisión una ventaja por constituir una excepción o derogación del sistema de referencia sobre la base de dos líneas argumentales.

En la primera, la Comisión sostiene el carácter derogatorio de este régimen por constituir una excepción a la regla general del sistema impositivo de sociedades en Bélgica, según el cual la base impositiva de una empresa se calcula partiendo de su beneficio contable. La exención del exceso de beneficio consistía precisamente en reducir el beneficio sujeto a imposición por debajo del beneficio comercial reflejado en su contabilidad.

La segunda línea argumental se basaba en una aplicación incorrecta de principio de plena competencia, básicamente por considerar que no procedía aplicar este principio ni las reglas de precios de transferencia, puesto que no existía transacción intragrupo alguna a la que poner precio. La exención debía considerarse contraria al principio de plena competencia por dar lugar a una situación de doble no-imposición⁴⁶³. Según la Comisión, el principio *arm's length* permite a la administración tributaria realizar ajustes (al alza) de la base imponible de empresas que no respetan este principio en sus precios de transferencia. Sin embargo, un ajuste a la baja que da lugar a una reducción de la base imponible solo está previsto por el principio de plena competencia en aquellas situaciones que en que se haya producido previamente un ajuste al alza en otra jurisdicción, es decir, siempre que se lleve a cabo *de manera simétrica*⁴⁶⁴. En estas situaciones, el ajuste fiscal a la baja tiene como objetivo evitar la doble tributación internacional del mismo beneficio. En el régimen belga de *excess profit* el ajuste a la baja es, argumenta la Comisión, de naturaleza unilateral y asimétrico, ya que no existía transacción alguna que pudiera dar lugar a un ajuste al alza en otra jurisdicción. Al no existir riesgo alguno de doble imposición, la Comisión concluye que no existía justificación para la reducción unilateral de la base imponible de las empresas sujetas a este régimen⁴⁶⁵.

(463) *Belgian Excess Profit*, apartados 162-165.

(464) *Belgian Excess Profit*, apartados 178. La Comisión se apoya en el artículo 9.2 del Modelo OCDE de Convenio para evitar la doble tributación internacional.

(465) *Belgian Excess Profit*, apartados 171-181. Evitar la doble tributación se ha considerado por la jurisprudencia una justificación admisible en el marco de la tercera etapa del análisis de selectividad, véase a este respecto la sentencia de 8 de septiembre de 2011 en los asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08 *Paint Graphos*, apartado 69.

Otro caso de doble no-imposición puramente interno es *Engie*. Este asunto se refiere a una estructura de financiación "híbrida" entre empresas del grupo Engie con residencia fiscal en Luxemburgo. Esencialmente, Engie financió las operaciones de dos de sus empresas mediante un complejo entramado financiero que permitía a estas empresas reducir su base imponible casi a cero mediante pagos deducibles (asimilables al pago de intereses). Estos pagos llegaban posteriormente –mediante la intervención de sociedades intermedias y contratos de compraventa anticipada de acciones– a las sociedades holding en forma de plusvalías de acciones que quedaban exentas por efecto de la aplicación de la exención de participación (que en Luxemburgo se aplica tanto a dividendos como a incrementos del valor de las acciones).

Así pues, el beneficio generado por estas dos sociedades se beneficiaba de una doble no imposición: al nivel de las empresas operativas, el beneficio recibía el tratamiento fiscal de intereses de deuda y por tanto no se incluía en la base imponible de la empresa. Al nivel de las sociedades holding, el mismo flujo financiero era considerado capital, y de nuevo sujeto a una exención⁴⁶⁶. Ese doble tratamiento del flujo financiero –como deuda y capital– se consideró una ventaja selectiva mediante dos líneas argumentales⁴⁶⁷.

Ambas líneas argumentales aplican el test de tres etapas y ambas toman el mismo marco de referencia: el sistema de imposición de sociedades de Luxemburgo, si bien se argumenta la exención o derogación del mismo desde dos perspectivas distintas y complementarias.

En la primera, la Comisión argumenta que la ventaja selectiva se produce en las sociedades holding. La tesis que defiende es que la aplicación por estos holdings de la exención de participaciones a un flujo financiero que ha sido previamente deducido por las filiales operativas supone una excepción a la regla general en derecho luxemburgués, según la cual los dividendos distribuidos –y eventualmente exentos en aplicación de la exención de participaciones– se incluyen en la base imponible de la empresa que los distribuye. Desde este punto de vista, el trato fiscal a las holding –sostiene la Comisión– es más favorable que el que habría recibido, por ejemplo, una holding que financiase a su filial mediante capital o mediante deuda, ya

(466) *Engie*, apartados 23-27.

(467) Un tercer argumento fue la no aplicación de las normas antiabuso, que excede el objeto de este artículo.

que en ambos casos la totalidad del beneficio generado por la filial se habría visto sujeto a imposición (si bien, en función del instrumento, en momentos o en manos de entidades distintas). La complejidad de la estructura de financiación ideada por Engie no justificaba una derogación del principio general. O en otras palabras, a la vista del objetivo perseguido por el régimen fiscal luxemburgués, que es el gravamen de los beneficios generados por los sujetos pasivos del impuesto durante el año fiscal, las distintas características del sistema de financiación empleado por Engie no lo hacían "no comparable" a estructuras de financiación más simples de capital o deuda⁴⁶⁸.

En la segunda línea argumental, la Comisión considera beneficiario de la ventaja al grupo en su conjunto –y no necesariamente a las sociedades holding. En este caso, la Comisión sostiene que el trato fiscal a Engie constituye una ventaja ya que, según la normativa fiscal luxemburguesa, en cualquier otra operación de financiación intragrupo entre empresas residentes en Luxemburgo, el pago de la remuneración por la financiación concedida no daría lugar en ningún caso a una reducción de la base imponible combinada del grupo, como sí ocurría con las estructuras de financiación puestas en funcionamiento por Engie⁴⁶⁹. En ambas líneas argumentales, la Comisión considera que no ha lugar a justificación alguna basada en la naturaleza o la economía general del sistema de referencia, que no fue siquiera invocada por Luxemburgo⁴⁷⁰.

Resulta relevante que, pese a que el trato fiscal a Engie venía validado por distintos *rulings* concedidos por la administración tributaria luxemburguesa, la Comisión no hace uso en este caso de la presunción de selectividad que aplica en los otros casos de *tax rulings*, sino que se decanta por aplicar directamente el razonamiento de tres etapas típico de los regímenes de ayudas.

En definitiva, de los precedentes resumidos hasta ahora pueden definirse dos tipologías de asuntos: por un lado, aquellos de doble no imposición internacional, en que la supuesta aplicación incorrecta de las normas de precios de transferencia da lugar a *profit shifting* hacia jurisdicciones de baja tributación. En estos casos esta aplicación incorrecta del principio de plena

(468) *Engie*, sección 6.2.

(469) *Engie*, sección 6.3.

(470) *Engie*, secciones 6.2.3 y 6.3.4.

competencia se considera por la Comisión una medida individual, por lo que una vez demostrada la ventaja, aplica la presunción de selectividad (el test de tres etapas se aplica solo subsidiariamente). Por otro lado, aquella tipología de casos en que la doble imposición se produce sin aplicar precios de transferencia, en los que la Comisión aplica como principal línea argumental para demostrar la selectividad el sistema de tres etapas de la jurisprudencia.

Caso aparte constituye la decisión de la Comisión en el asunto *McDonald's*, única de entre las analizadas en este artículo en que la Comisión concluyó que el *ruling* analizado *no constituía ayuda*. Se trata de un caso de doble imposición internacional, pero a diferencia de los anteriores, el análisis de la Comisión en la decisión de apertura sobre la existencia de una ventaja selectiva no estaba basado en la doble imposición en sí, ni en la normativa de precios de transferencia, sino en la supuesta aplicación incorrecta por Luxemburgo del tratado de doble imposición suscrito con Estados Unidos.

Luxemburgo aplicó a la filial de McDonald's en Europa, con sede en el Gran Ducado, una exención del impuesto de sociedades prevista en el tratado de doble imposición firmado con Estados Unidos para aquellos casos en que el beneficio exento pudiera ser sometido a tributación en este último país. En el caso concreto, sin embargo, el beneficio exento en Luxemburgo no fue sujeto a gravamen en Estados Unidos ya que la sucursal estadounidense a la que dicho beneficio resultaba imputable no constituía un establecimiento permanente según la normativa de este país, dando por tanto lugar a una situación de doble imposición. Luxemburgo y McDonald's argumentaron que la administración tributaria de este país podía aplicar la exención por ser la sucursal estadounidense un establecimiento permanente según *derecho luxemburgués*, con independencia de la consideración que recibiese según la normativa estadounidense y sin tener que verificar que el beneficio quedase efectivamente sujeto a tributación en Estados Unidos. En última instancia, la Comisión consideró que esta interpretación del tratado de doble imposición no era necesariamente incorrecta aunque pudiese dar lugar –como de hecho así fue– a una situación de doble imposición, por lo que declaró la inexistencia de ayuda⁴⁷¹.

(471) *McDonald's*, apartados 105 y siguientes.

3. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL GENERAL DE JUSTICIA FRENTE A LOS TAX RULINGS

Desde un punto de vista procesal, las decisiones de la Comisión, que determinan la existencia de una ayuda de Estado contraria al TFUE, son objeto de control judicial, en primera instancia, por el TG. Las sentencias dictadas por este Tribunal son susceptibles de recurso de casación frente al TJUE.

En los casos *Amazon* y *Engie* se han interpuesto recursos que solicitan la anulación de las respectivas Decisiones de la Comisión. Ambos recursos están pendientes de resolución por el TG. A la fecha de redacción de este capítulo, el TG sólo se ha pronunciado de manera sustantiva sobre la existencia de ayudas de Estado en tres casos: *Starbucks*, *FIAT* y *Apple*.

Cabe mencionar que, aunque en el caso *Belgian Excess Profits* sí hay una sentencia del TG, dicha sentencia anula la Decisión de la Comisión con base en un error de Derecho: la calificación del sistema belga de beneficios como un "régimen de ayudas", en lugar de una "ayuda individual" en los términos del Reglamento 2015/1589⁴⁷². La diferencia entre ambos supuestos, como se ha expuesto, es que, en el caso de los regímenes de ayudas, la Comisión analiza las características del régimen en abstracto, pero no está obligada a analizar la supuesta ayuda concedida a cada beneficiario del régimen. Al estimar que la Decisión de la Comisión calificaba el régimen belga como régimen de ayudas de manera errónea, el Tribunal anuló dicha decisión sin pronunciarse sobre el contenido del régimen belga y su encaje en el artículo 107 del TFUE, por lo que no será objeto de análisis en el presente epígrafe⁴⁷³. A continuación, examinaremos las SSTG, y en particular, el control que éste hace de las Decisiones y la correcta aplicación del principio de plena competencia.

3.1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL EN EL CASO *FIAT* (ASUNTOS ACUMULADOS T 755/15 Y T 759/15)

Como ya se ha mencionado en el epígrafe anterior, la Comisión estimó que el *tax ruling* por el que Luxemburgo aceptaba la configuración de la

(472) Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del TFUE.

(473) A fecha de redacción del presente artículo sí se ha publicado la opinión de la AG Kokott, en la que se considera que el régimen sí es una ayuda de Estado contraria al Tratado.

base imponible de la filial de FIAT (FFT) en ese Estado constituía una ayuda de Estado contraria al artículo 107 del TFUE, en la medida en que dicho *ruling* otorgaba una ventaja selectiva a FFT de la que no disfrutaban empresas en situaciones comparables.

Tanto Luxemburgo como la propia FFT recurrieron dicha Decisión frente al TG, que dictó su fallo el 24 de septiembre de 2019⁴⁷⁴. El objeto principal de la Sentencia del Tribunal es el análisis de la existencia de una ventaja selectiva, si bien, antes de pronunciarse sobre esta cuestión, el Tribunal realiza unas interesantes apreciaciones sobre el papel de las ayudas de Estado como un instrumento de armonización fiscal en el seno de la Unión.

El primer motivo en el que FFT y Luxemburgo fundamentaron su petición de anulación de la Decisión fue la infracción de los artículos 4 y 5 del TUE, según los cuales *“toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros [...]”* y *“La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad [...]”*. En esencia, a ojos de FFT y Luxemburgo, la Decisión de la Comisión supone una vulneración del reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros, al infringir la competencia exclusiva que estos últimos tienen en materia de fiscalidad directa. Una interpretación supuestamente extensiva del régimen de ayudas de Estado supondría, a su juicio, una injerencia injustificada de las instituciones de la Unión en materias fuera de su competencia, mediante una armonización fiscal encubierta a través de la aplicación del régimen de ayudas de Estado⁴⁷⁵.

Este motivo de oposición es la manifestación de una de las críticas más extendidas a la actuación de la Comisión en materia de *tax rulings* en estos últimos años, recogiendo la acusación de que la Comisión intenta alcanzar mediante la aplicación del régimen de ayudas de Estado la armonización fiscal para la que no es capaz de conseguir un consenso político⁴⁷⁶.

(474) STG de 24 de septiembre de 2019, asuntos acumulados T-755/15 y T-759/15, (ECLI:EU:T:2019:670), en adelante “FIAT”.

(475) FIAT, párrafo 101.

(476) *EU refuses to admit defeat after Apple tax setback*, Financial Times, (<https://www.ft.com/content/6cc18c26-04e0-410d-9c0a-3f1baf1a1685>, consultado el 2 de Noviembre de 2020).

El Tribunal, en la sentencia del caso *FIAT*, se pronuncia para reiterar que el Tratado concede suficiente cobertura legal a estas acciones de la Comisión. Así, reitera el mantra que ya es conocido en los casos sobre compatibilidad de medidas fiscales nacionales con las libertades fundamentales:

“Es cierto que, al no existir normativa de la Unión en la materia, es competencia de los Estados miembros la determinación de las bases imponibles y el reparto de la carga fiscal entre los diferentes factores de producción y los diferentes sectores económicos [...]”

Sin embargo, esto no implica que toda medida fiscal que afecte, en particular, a la base imponible tenida en cuenta por las autoridades fiscales no esté sujeta a la aplicación del artículo 107 TFUE. En efecto, si una medida de este tipo discrimina, de hecho, entre sociedades que se encuentran en una situación comparable tomando en consideración el objetivo perseguido por esta medida fiscal y de este modo confiere a los beneficiarios de la misma ventajas selectivas que favorecen a «determinadas» empresas o producciones, se podrá calificar de ayuda de Estado [...]”

De lo anterior se desprende que, dado que la Comisión es competente para garantizar el respeto del artículo 107 TFUE, no se la puede acusar de haberse exlirmitado en el ejercicio de sus competencias cuando examinó la decisión anticipativa en cuestión con el fin de comprobar si constituía ayuda de Estado y, en caso afirmativo, si era compatible con el mercado interior”⁴⁷⁷

Así, se reitera la competencia de la Comisión para controlar las medidas fiscales de los Estados miembros a la luz del régimen de ayudas de Estado, precisando el Tribunal que la Comisión no tiene competencias para definir de forma abstracta cuál es el nivel de imposición “normal” de una empresa multinacional, pero sí para controlar cuándo una empresa recibe una ventaja en relación al nivel de imposición “normal” de un Estado miembro a la luz de su normativa fiscal⁴⁷⁸.

Una vez determinada la competencia de la Comisión, el punto principal

(477) *FIAT*, párrafos 105-107.

(478) *FIAT*, párrafos 112 y 113.

es determinar si la determinación de la base imponible en Luxemburgo de FFT mediante un *tax ruling* supone una ventaja selectiva. La Decisión de la Comisión analizó estos elementos de forma conjunta, mientras que el TG realiza un análisis individual de cada uno de ellos.

En cuanto a la existencia de una "ventaja" la Comisión defendió en su Decisión que el *ruling* confería una ventaja a FFT, en la medida en que, en relación con el sistema general del Impuesto sobre Sociedades aplicable en Luxemburgo, la metodología aprobada para el cálculo de la base imponible de FFT no era conforme con el principio de libre competencia, tal y como éste es entendido por la Comisión. Ante esta afirmación, surgieron varias cuestiones que el Tribunal tuvo que abordar en su sentencia:

- La existencia de un "principio de libre competencia" inherente al artículo 107 del TFUE.
- La apreciación de dicho principio de libre competencia a la luz del artículo 107 del Tratado, y no de la normativa luxemburguesa

En esencia, una de las cuestiones controvertidas en los expedientes de ayudas de Estado es el concepto del principio de plena competencia, que la Comisión coloca en el centro de la apreciación de la existencia de una ventaja selectiva. Este principio, a ojos de la Comisión, consiste en "*comprobar si se remuneran las transacciones intragrupo como si se hubieran negociado en condiciones de mercado*"⁴⁷⁹. El TG continúa la línea de jurisprudencia iniciada con los casos de centros de coordinación belgas ya analizados, afirmando que una intervención del Estado que otorgue una ventaja que no se hubiera obtenido en condiciones normales de mercado es susceptible de ser calificada como ayuda de Estado contraria al Tratado⁴⁸⁰. En el campo de la fiscalidad, el análisis de la ventaja necesariamente debe apreciarse en contraposición con una imposición "normal". Para el Tribunal, el establecimiento de este marco de referencia debe realizarse comparando la carga fiscal de la empresa objeto de examen con la carga fiscal aplicable a una empresa en una situación fáctica comparable que ejerza su actividad en condiciones de mercado⁴⁸¹.

(479) *FIAT*, párrafo 133.

(480) *FIAT*, párrafo 141.

(481) *FIAT*, párrafo 143.

Así, tanto para la Comisión como para el Tribunal, el principio de libre competencia constituye una herramienta clave para el control de las ayudas de Estado fiscales. Reitera el Tribunal que, en este caso, la Comisión no actúa dejando de lado la configuración del sistema tributario nacional, sino que, una vez establecido que dicho sistema tiene como objetivo el gravamen tanto de compañías individuales como de aquellas integradas en un grupo, es facultad de la Comisión comprobar que los *rulings* que garantizan la aplicación de un nivel de precios determinado para una empresa están en línea con el precio que se habría aplicado en condiciones de mercado⁴⁸². Esta posición se alinea con la posición de la Comisión descrita en el epígrafe anterior.

Una vez confirmado que la Comisión tiene competencia para comprobar que las transacciones recogidas en un *ruling* están de acuerdo al principio de libre competencia, y que, a este respecto, la única restricción que impone el Tribunal es que la Comisión debe justificar la metodología de sus decisiones, no prosperaron las alegaciones del Ducado de Luxemburgo y de FFT, de que la configuración del principio de competencia, tal y como lo entiende la Comisión, resultaba ajeno al sistema fiscal luxemburgués, al entender el Tribunal que la propia configuración del sistema tributario nacional, al establecer que las sociedades integradas en un grupo deben tributar en las mismas condiciones que las sociedades autónomas, ya integra este principio de libre competencia. Por lo tanto, lo que realiza la Comisión es una evaluación de si el *ruling* llega a un resultado manifiestamente contrario a este principio.

Sentado el control que la Comisión (y en un momento posterior, el Tribunal) pueden realizar en base al principio de plena competencia, es necesario analizar qué desviaciones de dicho principio llevan a la Comisión a concluir que no se ha alcanzado un resultado de mercado y, lo que es más relevante, cuáles son los límites a la apreciación del Tribunal en una materia, como los precios de transferencia, de naturaleza imprecisa. Sobre este particular, el Tribunal afirma que el contenido del artículo 107 del TFUE obliga al Tribunal a verificar si los errores de metodología detectados por la Comisión en los *rulings* (y en los que se basa la apreciación de la ventaja) exceden de las imprecisiones inherentes a la propia disciplina de los precios de transferencia⁴⁸³. En el caso *FIAT* la Comisión detectó cinco errores me-

(482) *FIAT*, párrafo 145.

(483) *FIAT*, párrafo 207.

metodológicos en el *ruling* aplicado a FFT, que el Tribunal examina de manera individualizada:

1. La falta de toma en consideración de la totalidad de los fondos propios de FFT a la hora de establecer una remuneración basada en el capital: al remunerar las funciones de financiación intragrupo y de tesorería realizadas por FFT, las partes no discrepan sobre el método más apropiado -que coinciden que es el TNMM- sino en la decisión de las autoridades luxemburguesas de segmentar el capital de FFT a la hora de establecer una remuneración. Así, tanto FFT como Luxemburgo trataron de defender que la segmentación del capital era una metodología correcta a la luz de las Directrices de precios de transferencia de la OCDE, punto sobre el que el Tribunal no llega a una conclusión, afirmando que las directrices ni lo permiten ni lo prohíben. En consecuencia, el análisis debe centrarse en si la segmentación realizada en el caso concreto resulta acorde con el principio de plena competencia. Concluye el Tribunal que la segmentación resultaba inadecuada (i) porque la totalidad de los fondos propios son fungibles y están expuestos a los riesgos del negocio (ii) porque, a la hora de acceder a los mercados de financiación, los terceros tienen en cuenta la totalidad de los fondos propios de FFT a la hora de fijar las condiciones en las que ésta se financia, y (iii) porque los segmentos recogidos en el *ruling* resultan artificiales⁴⁸⁴.
2. La toma en consideración de un hipotético capital regulatorio como base para la remuneración de los riesgos asumidos por FFT: sobre este punto, el Tribunal acepta los argumentos de la Comisión y reconoce que el capital regulatorio no tiene ninguna correlación con los beneficios de la entidad, por lo que no puede ser utilizado para determinar una remuneración de mercado.
3. El cálculo erróneo del capital regulatorio: una vez desmentida la premisa de que el capital regulatorio puede servir de base a la remuneración, el Tribunal considera irrelevante este punto⁴⁸⁵.

(484) *FIAT*; párrafo 242.

(485) *FIAT*; párrafo 264.

4. La exclusión del capital vinculado a las participaciones de FTT en filiales extranjeras del cálculo de la remuneración: tanto Luxemburgo como FFT defendían que los fondos propios representativos del capital en filiales extranjeras debían quedar fuera del ámbito de los precios de transferencia, y por lo tanto, excluirse del capital a efectos del cálculo de la remuneración de las funciones de financiación y tesorería. El Tribunal acepta una vez más las apreciaciones de la Comisión, apuntando que, siendo el capital fungible, todos los fondos propios están expuestos a los riesgos de la sociedad y, por lo tanto, sujetos a ser remunerados, sin que FFT o Luxemburgo pudieran probar satisfactoriamente que excluir las participaciones en filiales era necesario para obtener una muestra de comparables de los que deducir una remuneración de mercado⁴⁸⁶.
5. El tipo de rendimiento vinculado al capital: en este caso el Tribunal no entra a analizar este punto, entendiéndose que, una vez establecido que el capital utilizado como base de la remuneración ya no era correcto, es irrelevante el tipo de remuneración aplicada a éste.

De todo lo anterior entiende el Tribunal que la Comisión ha acreditado con suficiencia que el *ruling* emitido por las autoridades luxemburguesas avalaba una metodología que "no permitía llegar a un resultado de libre competencia"⁴⁸⁷ y, en consecuencia, otorgaba una ventaja a FFT.

Entendiendo que la metodología del *ruling* no permitía acercarse a un resultado de libre competencia, el Tribunal avala la existencia de una ventaja por entender que el *ruling* es tanto una derogación del principio de libre competencia tal y como lo entiende la Comisión como de la propia normativa de precios de transferencia luxemburguesa.

Una vez establecida la existencia de una ventaja, el análisis se desplaza a la selectividad de dicha ventaja. Para FFT y Luxemburgo, la ventaja, de existir, se hubiera otorgado a todas las empresas integradas en un grupo en las mismas condiciones. La Comisión, por su parte, defendió que al tratarse de una ayuda individual, y no de un esquema de ayudas, la selectividad se

(486) *FIAT*, párrafo 244.

(487) *FIAT*, párrafo 286.

presume una vez probada la existencia de ventaja, apreciación que es compartida por el Tribunal⁴⁸⁸.

También fueron rechazados los argumentos de las recurrentes de que la ventaja, pese a ser selectiva, no distorsionaba la competencia entre los Estados⁴⁸⁹.

En resumen, el TG rechazó los recursos de Luxemburgo y FFT, entendiendo que el *ruling* otorgado por Luxemburgo validaba una valoración de las operaciones vinculadas que, en su conjunto, resultaba contraria al principio de plena competencia, por lo que había de calificarse como una ventaja selectiva, susceptible de distorsionar la competencia entre Estados miembros y contraria al Tratado. La sentencia del TG ha sido recurrida en casación tanto por Luxemburgo como por FIAT.

3.2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL EN EL CASO STARBUCKS (ASUNTOS ACUMULADOS T 760/15 Y T 636/16)

El caso *Starbucks*⁴⁹⁰ guarda ciertas similitudes con el caso *FIAT*, y el análisis que el TG realiza sigue la misma estructura que en dicho caso (aunque, como veremos, con distinta conclusión). La Decisión de la Comisión impugnada en el procedimiento dictaminó que el Acuerdo Previo de Precios ("*Advanced Price Agreement*" o "APA") dictado por la administración tributaria neerlandesa y que valoraba las operaciones intragrupo de una de las filiales holandesas de Starbucks (Starbucks Manufacturing Emea BV, o SMBV) llegaba a una valoración de las operaciones contraria al principio de plena competencia y que, en consecuencia, equivalía a la concesión por parte de los Países Bajos de una ventaja selectiva en favor de SMBV, contraria al artículo 107 del TFUE.

Los motivos de oposición a la Decisión tanto de los Países Bajos como de Starbucks son similares a los ya examinados en el contexto del caso *FIAT*: ambos recurrentes entendieron que la Comisión calificó erróneamente el APA como constitutivo de una ventaja, ya sea por la utilización de un marco

(488) *FIAT*, párrafo 366.

(489) *FIAT*, párrafo 385.

(490) STG de 24 de septiembre de 2019, asuntos acumulados T 760/15 y T 636/16 (ECLI:EU:T:2019:669), en adelante ("*Starbucks*").

de referencia erróneo para evaluar la medida o porque el análisis de la metodología del APA y su adecuación al principio de plena competencia son también erróneos. Al contrario que en el caso *FIAT*, en el caso *Starbucks* no se planteó ninguna discusión sobre el hecho de que la ventaja, de existir, no sería susceptible de alterar la competencia entre los Estados miembros. La piedra de toque del caso *Starbucks* es, únicamente, la calificación del APA como constitutivo de una ventaja.

La primera alegación de los recurrentes es la inexistencia de un principio de plena competencia propio del Derecho de la Unión⁴⁹¹. Según Starbucks y los Países Bajos, la Comisión excede sus funciones al examinar una medida no en base a si constituye una derogación de un régimen nacional, sino únicamente en base a si incumple un hipotético principio comunitario de plena competencia. Es reseñable que, en el caso *FIAT* este argumento también fue planteado, si bien fue presentado como una infracción de la división de competencias dispuesta por el TUE, fundamento que no fue utilizado por los recurrentes en el caso *Starbucks*.

El Tribunal, sin afirmar la existencia autónoma de un principio de plena competencia, sí entiende que este principio es inherente al examen de la ventaja selectiva, en la medida en que el sistema fiscal del país tenga como objetivo la imposición de todas las sociedades residentes, con independencia de si están integradas en un grupo o no. Esta definición del sistema fiscal nacional es la que, a ojos del Tribunal, permite la entrada del examen del principio de plena competencia, por lo que será una ventaja selectiva toda aquella medida que conduzca a que las operaciones intragrupo no se remuneren como si se hubieran negociado por partes independientes⁴⁹². En este punto, el Tribunal reitera lo ya dicho en *FIAT* sobre el alcance del control jurisdiccional de las Decisiones de la Comisión, que debe estar circunscrito a validar si la Comisión ha encontrado una desviación del principio de plena competencia que vaya más allá de las imprecisiones inherentes a los métodos de precios de transferencia. En esencia, si la diferencia entre los beneficios de una sociedad integrada en un grupo antes o después de la medida controvertida (en este caso el APA) excede las imprecisiones del método elegido para establecer la remuneración de mercado que sirve de comparación.

(491) *Starbucks*, párrafo 126.

(492) *Starbucks*, párrafo 138.

Al igual que en el caso *FIAT*, se establece como marco de referencia el sistema general de imposición sobre los beneficios de las sociedades en los Países Bajos. En consecuencia, el análisis de la ventaja selectiva se centra en valorar si el contenido del APA se ajusta al principio de plena competencia⁴⁹³.

En este punto es donde comienzan a separarse los caminos de los casos *FIAT* y *Starbucks*. El primero versaba sobre la corrección en la aplicación de un método de determinación del precio (el TNMM) que las dos partes en litigio consideraban como el correcto. En el caso *Starbucks*, las discrepancias entre Comisión y recurrentes comienzan con la propia delineación de las transacciones y la elección del método más apropiado para su valoración.

En primer lugar, la Comisión defiende que el APA no realiza una identificación correcta de las transacciones a valorar⁴⁹⁴. En el parecer de la Comisión, la operación para la que realmente se solicita el APA es el pago de un canon por tostado de SMBV a Alki, la sociedad titular de los derechos de propiedad del Grupo Starbucks. A juicio de la Comisión, esta omisión es uno de los indicios que permiten apreciar la existencia de un resultado contrario al principio de plena competencia. El Tribunal rechaza los argumentos de la Comisión, entendiendo que un error de metodología no podría servir para descartar que el APA llegue a un resultado contrario al principio de plena competencia, pero que, además, aunque no se identificase el canon como transacción a valorar, lo cierto es que el acuerdo de licencia entre SMBV y Alki sí se menciona en la descripción de las operaciones realizadas en los Países Bajos, por lo que sí fue tenido en cuenta a la hora de establecer la remuneración de SMBV⁴⁹⁵.

En segundo lugar, la Comisión defiende la preferencia del método de valoración de operaciones basado en el precio de transacciones comparables no controladas ("*comparable uncontrolled price*" o "CUP") para la valoración del canon, en lugar del TNMM que se utiliza para valorar la actividad de fabricación y distribución (siendo el importe del canon entonces el valor residual). Sin embargo, el Tribunal recuerda que la elección del método no es un fin en sí mismo, sino que se debe efectuar en función de la operación considerada, y no al revés⁴⁹⁶. En consecuencia, la mera discrepancia en la

(493) *Starbucks*, párrafo 137.

(494) *Starbucks*, párrafo 200.

(495) *Starbucks*, párrafo 204.

(496) *Starbucks*, párrafo 209.

elección del método no puede sustentar la existencia de una ventaja fiscal, si la Comisión, a quien corresponde la carga de la prueba, no demuestra que la elección del TNMM lleve a un resultado fuera de mercado. En consecuencia, los Países Bajos, en la conclusión del APA no estaban obligados a analizar las operaciones a la luz de todos los métodos, sino a validar que el método elegido por el contribuyente conduce a un resultado acorde al principio de plena competencia, práctica que resulta correcta a la luz de lo dispuesto en las Directrices de precios de la OCDE⁴⁹⁷.

Las partes también cuestionan la aplicación del método CUP llevada a cabo por la Comisión. A juicio de Starbucks, las transacciones con terceros utilizadas por la Comisión no son plenamente comparables a la transacción entre Alki y SMBV, por lo que la conclusión de la Comisión de que el método CUP hubiera llevado a una valoración cero del canon es también errónea.

En este punto es donde el Tribunal realiza un examen más detenido sobre las consideraciones tenidas en cuenta por la Comisión. El argumento principal en el que la Comisión fundamenta que el APA no llega a un resultado compatible con el principio de plena competencia es que, a su juicio, un tercero independiente nunca habría pagado un canon a Alki por la propiedad intelectual utilizada en el proceso de tostado de los granos de café. Esta afirmación se sustenta en varias observaciones, que el Tribunal contradice una por una:

- Ya desde el inicio, el Tribunal reconduce la cuestión de la existencia del canon a la valoración de este: pese a que la Comisión defiende que el canon debería ser cero, en partes de la Decisión reconoce que la propiedad intelectual asociada al tostado puede tener un valor⁴⁹⁸.
- El siguiente desacuerdo versa sobre la caracterización funcional de SMBV. Para Starbucks, SMBV actúa como un productor de bajo riesgo, mientras que para la Comisión se trata de un vendedor-tostador de granos de café de riesgo pleno⁴⁹⁹.

(497) *Starbucks*, párrafo 2146.

(498) *Starbucks*, párrafo 225.

(499) *Starbucks*, párrafo 236.

- Entre la documentación que la Comisión aporta para validar su posición se encuentra información relativa a periodos posteriores a la conclusión del APA. Los recurrentes argumentan, y el Tribunal acepta, que, en la medida en que la Comisión no ha identificado la no revocación posterior del APA como una ventaja, a la hora de evaluar su calificación como ventaja selectiva, la Comisión debe ceñirse al contexto en el que se celebró el acuerdo y por lo tanto sólo tener en cuenta la información disponible al tiempo de concluir el mismo.
- Sobre si SMBV se beneficiaba de la propiedad intelectual del tostado, la Comisión mantenía la posición de que un tercero independiente sólo hubiera pagado por la propiedad intelectual asociada al tostado en la medida en que SMBV hubiese vendido el producto a los clientes finales. Para el Tribunal, la Comisión incurrió en un error al apreciar que, sin el derecho de uso de esa propiedad intelectual, SMBV no hubiese podido producir y suministrar el café a las tiendas Starbucks⁵⁰⁰.
- En cuanto a los contratos con terceros que, a juicio de la Comisión, apoyaban la ausencia de canon, la Comisión no fue capaz de demostrar que los acuerdos que documentaban dichos contratos tuviesen términos comparables a los acuerdos entre SMBV y Alki, por lo que su utilización para demostrar la ausencia de un canon de mercado no estuvo adecuadamente sustentada.

En consecuencia, a juicio del Tribunal, la Comisión no demuestra suficientemente que el canon de plena competencia entre SMBV y Alki hubiera sido cero, ni tampoco fundamenta suficientemente cuál hubiera sido el valor del canon adecuado (y que, por lo tanto, supuestamente hubiera respetado el principio de libre competencia)⁵⁰¹.

Como argumentos adicionales para tratar de demostrar que el APA conducía a un resultado incompatible con el principio de plena competencia, la Comisión trató de demostrar que al escoger a SMBV como parte a examinar ("tested party") en el APA también suponía una ventaja selectiva en

(500) Starbucks, párrafo 260.

(501) Starbucks, párrafo 346.

favor de SMBV. Según la Comisión, este planteamiento es erróneo, ya que una correcta metodología de aplicación del TNMM habría escogido a Alki como entidad menos compleja y parte a examinar en la transacción, por lo que, al estar el TNMM elaborado en torno a un planteamiento erróneo, no permitía llegar a una aproximación fiable de los precios de libre competencia. Una vez más, el examen del Tribunal se centra en verificar la veracidad de las afirmaciones de la Comisión: teniendo en cuenta que es esta última quien tiene la carga de probar que el APA no respeta el principio de libre competencia, una simple afirmación, no sustentada, de que la parte a examinar no es correcta, no permite por sí sola concluir que el APA no se ha concluido reflejando unas condiciones de mercado⁵⁰². Así, en la medida en que la Comisión no prueba (i) que la elección de SMBV como parte a examinar, aun pudiendo ser errónea, hubiera conducido a un resultado contrario al principio de plena competencia, (ii) que la elección de SMBV como parte a examinar hubiera conducido a un nivel de imposición menor que con Alki como parte examinada y (iii) que los datos disponibles en el momento de conclusión del APA indicasen realmente que la entidad de la que se disponían datos más fiables fuese Alki y no SMBV se desestiman completamente los postulados de la Comisión⁵⁰³.

Al entender que la Comisión no acredita que los supuestos errores metodológicos del APA condujesen a una imposición no acorde con el principio de plena competencia, la conclusión es que la Decisión debe anularse. Sin embargo, el Tribunal enuncia un principio clave en cuanto a cuál debe ser el papel de la Comisión en el examen del principio de plena competencia. A la hora de examinar si la remuneración de SMBV bajo el APA era de mercado, la Comisión elaboró su propia muestra de comparables, sobre la que calculó el rango de beneficios sobre ventas que, a su entender, reflejaba el resultado de plena competencia. El Tribunal, aunque finalmente deseche el rango de comparables de la Comisión por impreciso, sí afirma que el enfoque de la Comisión (realizar un análisis y compararlo con el aprobado en el APA) cumple las exigencias procedimentales a la hora de demostrar que existe una ventaja selectiva⁵⁰⁴.

(502) Starbucks, párrafo 427.

(503) Starbucks, párrafos 426-427.

(504) Starbucks, párrafo 479.

En resumen, al contrario de lo que ocurrió en el caso *FIAT*, en el caso *Starbucks* el Tribunal estimó que la labor probatoria de la Comisión no había sido suficiente para acreditar satisfactoriamente que el APA firmado por la Administración de los Países Bajos en favor de Starbucks se desviase del principio de plena competencia y fuese constitutivo de una ventaja selectiva a los efectos del artículo 107 del TFUE. Es reseñable que, en este caso no se ha presentado recurso de casación al TJUE, por lo que la anulación de la Decisión es firme.

3.3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL EN EL CASO APPLE (ASUNTOS ACUMULADOS T-778/16 Y T-892/16)

El más reciente de los pronunciamientos del TG en la materia es la sentencia sobre el caso *Apple*, de fecha 15 de julio de 2020⁵⁰⁵. En una línea similar a la seguida en el caso *Starbucks*, el Tribunal anuló la Decisión de la Comisión por la cual se dictaminaba que Irlanda, a través de *tax rulings*, había otorgado una ayuda de Estado a Apple contraria a las disposiciones del Tratado.

La mecánica del análisis seguido por el Tribunal es similar a la de los casos *FIAT* y *Starbucks*. En la Decisión, la Comisión sostuvo que los dos *tax rulings* otorgados por Irlanda a favor de dos filiales del grupo Apple (respectivamente, Apple Sales International -ASI- y Apple Operations Europe -AOE-) eran constitutivos de ayudas de Estado. Como ya se ha descrito en el primer epígrafe de este capítulo, los *tax rulings* fijaban la base imponible de los establecimientos permanentes de ASI y AOE en Irlanda como un margen sobre sus costes operativos. La Comisión entendió que los *tax rulings* se desviaban del principio de plena competencia, y otorgaban una ayuda selectiva en la medida en que (i) no atribuían a las sucursales los beneficios de las licencias de propiedad intelectual del Grupo Apple titularidad de ASI y AOE y (ii) incluso si hubiera de entenderse que la propiedad intelectual no era susceptible de atribución a las sucursales, el método de atribución de beneficios aprobado en el *ruling* no conducía a un resultado de plena competencia.

Al igual que en el caso *FIAT*, las partes denunciaron que la Decisión de la Comisión infringía el reparto competencial entre Unión y Estados miem-

(505) STG de 15 de julio de 2020, casos acumulados T-778/16 y T-892/16 (ECLI:EU:T:2020:338) en adelante "Apple".

bro de los artículos 4 y 5 TUE, al estar la materia de imposición directa reservada a los Estados miembros. Una vez más, el Tribunal zanjó la cuestión afirmando que la Comisión tiene la competencia para velar por el cumplimiento de la normativa en materias de ayuda de Estado, lo que incluye la investigación y control de las ayudas de Estado fiscales, por lo que la Comisión puede controlar que los *ruling* otorgados por los Estados miembros no constituyan una ventaja selectiva⁵⁰⁶.

El Tribunal rechaza darle importancia al hecho de que tanto ASI como AOE fuesen apátridas fiscales, reconduciendo el análisis a términos más estrictos: para la Comisión, la no asignación de las licencias a las sucursales —en la medida en que las casas centrales no contaban con personal o activos— supone un tratamiento fiscal ventajoso en favor de las sucursales de ASI y AOE de la que no disfrutaría una empresa no integrada.

El marco de referencia se fija en las normas que rigen la tributación sobre los beneficios de las sociedades en Irlanda, que tiene como objetivo la tributación de los beneficios de las empresas que desarrollen su actividad allí, al margen de que sean entidades residentes o no residentes⁵⁰⁷. En consecuencia, la apreciación que debía demostrar la Comisión es si la determinación de la base imponible de las sucursales confirmada por el *ruling* era acorde con el principio de plena competencia. Aunque Irlanda defendió en un principio que este análisis no era posible, en la medida en que su normativa nacional no recogía el principio de plena competencia como tal, el Tribunal dictaminó que, si la normativa irlandesa gravaba a las sucursales por sus actividades reales en función del valor de mercado de éstas, el *ruling* era examinable bajo el principio de plena competencia⁵⁰⁸.

Según Irlanda, y teniendo en cuenta que el marco de referencia es la propia normativa irlandesa, aunque no existía un método específico de atribución de beneficios a los establecimientos permanentes, en ningún caso se podían incluir en la base imponible de las sucursales beneficios atribuibles a otra parte de la empresa, teniendo en cuenta la jurisprudencia nacional al efecto. En consecuencia, según la posición de Irlanda y Apple, si un activo pertenece a una empresa no residente y es controlado por los directivos

(506) *Apple*, párrafo 109.

(507) *Apple*, párrafo 160.

(508) *Apple*, párrafo 191.

—también no residentes— de ésta, no es posible atribuir dicho activo a la sucursal irlandesa. Por lo tanto, si las licencias de propiedad intelectual del grupo Apple no eran controladas por las sucursales de ASI y AOE, no era posible, bajo derecho irlandés, atribuir los beneficios de éstas a las sucursales.

El Tribunal acepta esta tesis, dictaminando que la Comisión no puede hacer una atribución de beneficios “por exclusión”, atribuyendo dichos beneficios a las sucursales debido a la falta de personal de dichas empresas en otros Estados, sino que sólo es posible esta atribución de beneficios si la atribución se deriva de las actividades realmente llevadas a cabo por las sucursales. Por lo tanto, no cabe asumir, sin más, que todos los ingresos de ASI y AOE corresponden a actividades llevadas a cabo por sus sucursales irlandesas.

Así, partiendo de la base del criterio autorizado recogido por la OCDE en su informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes (que el Tribunal reconoce como no vinculante, pero sí importante en la práctica)⁵⁰⁹, lo correcto hubiera sido identificar las funciones realizadas por las sucursales. La Comisión, a ojos del Tribunal, no demostró que las sucursales hubieran desarrollado una función de gestión de la propiedad intelectual que justificase la atribución, sino que asumió que debían atribuirse a éstas por la falta de medios de las restantes partes de la empresa⁵¹⁰. Este enfoque no permite llegar a un análisis funcional de las sucursales que determine que el *ruling* aplicado por las autoridades irlandesas no era acorde con el principio de plena competencia.

Según Irlanda y Apple, opinión que comparte el Tribunal, la Comisión afirma que las sucursales ejercen las funciones relativas a la propiedad intelectual sin aportar prueba suficiente sobre el ejercicio de funciones y asunción de riesgos por ésta⁵¹¹, lo que el Tribunal no considera razonable.

Una vez considerado que el enfoque de la Comisión no era correcto, el Tribunal pasa a examinar la metodología de atribución de beneficios recogida en los *rulings* de la administración irlandesa. La Comisión defendía que, al margen de la atribución de la propiedad intelectual, los *rulings* no

(509) *Apple*, párrafo 240.

(510) *Apple*, párrafos 241-245.

(511) *Apple*, párrafo 310.

eran correctos en ningún caso, en la medida en que (i) determinaban erróneamente a las sucursales como parte objeto de análisis, (ii) escogían los costes como indicador del nivel de beneficios y (iii) aplicaban un nivel de beneficios que, a ojos de la Comisión, era demasiado bajo como para considerarse acorde con el principio de plena competencia.

Pues bien, el Tribunal reconoce que, si bien los *rulings* de la administración irlandesa pueden contener errores metodológicos, a su juicio la Comisión no ha demostrado suficientemente que dichos errores conduzcan a un resultado manifiestamente incompatible con el principio de plena competencia, sin que una mera constatación de errores metodológicos pueda equipararse a una ventaja selectiva⁵¹². Teniendo en cuenta que es la Comisión la que soporta la carga de la prueba, no puede entenderse probado que los *rulings* otorgados a ASI y AOE supongan una ventaja selectiva contraria al artículo 107 del TFUE, por lo que el Tribunal dictamina que la Decisión de la Comisión debe anularse. En este caso, la Comisión sí ha presentado recurso frente al TJUE.

4. CONCLUSIONES

La batalla de la Comisión frente a la planificación fiscal agresiva a través de *tax rulings* no ha hecho más que empezar. Desde 2013, la Comisión ha comenzado un examen en detalle de aquellas prácticas fiscales agresivas, que, validadas por las administraciones a través de decisiones vinculantes, sean susceptibles de otorgar una ventaja a ciertas multinacionales, alterando así la competencia entre los Estados miembros y el funcionamiento del mercado interior.

Las prácticas examinadas por la Comisión son de diversa índole, pero giran fundamentalmente en torno a la aplicación de la normativa de precios de transferencia en las transacciones entre entidades vinculadas, y cómo las multinacionales pueden, si la aplicación de estas normas no es correcta, alcanzar un nivel de tributación en un Estado miembro inferior al que hubiera tenido lugar en concurrencia de condiciones de mercado.

(512) *Apple*, párrafo 435.

Hasta ahora, son numerosos los expedientes en los que la Comisión ha encontrado que los *rulings* de los Estados miembros otorgados a ciertos contribuyentes vulneraban el principio de plena competencia. Sin embargo, por el momento, el TG ha anulado dos de las tres Decisiones en las que ha realizado un examen de fondo del contenido de la Decisión.

Sin perjuicio de que el TJUE aún no se ha pronunciado, de las sentencias del TG se pueden extraer algunos principios sobre el encaje de los *tax rulings* en el control de ayudas de Estado.

- La Comisión tiene plena competencia, en virtud de la distribución de competencias efectuada por el TUE, para controlar los *tax rulings* aprobados por las autoridades fiscales a la luz de la prohibición de las ayudas de Estado. Por lo tanto, este control de la Comisión en las prácticas fiscales de los Estados miembros no supone una armonización no permitida por el Tratado.
- No existe un “principio de plena competencia” autónomo a nivel de la UE ni una obligación de aplicarlo al margen de la normativa nacional. El control de una ayuda de Estado fiscal sigue exigiendo una comparativa con un nivel de tributación “normal” en ese Estado miembro, sin que pueda entenderse que existe un concepto independiente de “tributación normal” a nivel comunitario.
- El marco de referencia para el examen del nivel de tributación normal de una empresa es el propio sistema del Impuesto de Sociedades, no el marco más restringido de la normativa de precios de transferencia.
- En consecuencia, aunque no exista una norma específica que recoja la aplicación del principio de plena competencia en la legislación nacional, si la normativa general del Impuesto sobre Sociedades está diseñada para gravar de la misma manera a las entidades independientes que a aquellas que forman parte de un grupo, el requisito de ventaja puede apreciarse si el resultado del *ruling* se aparta de una situación de plena competencia.
- La carga de la prueba corresponde a la Comisión. Por lo tanto, la Comisión tiene que estar en posición de acreditar que el *ruling* controvertido llega a una situación incompatible con el principio de

plena competencia. Para ello, la diferencia entre el resultado del *ruling* y el beneficio que se hubiera obtenido en condiciones de mercado debe exceder de las imprecisiones inherentes al método aplicado para llegar al valor de mercado. La constatación de errores, inconsistencias, e incoherencias en los métodos aplicados en los *rulings* no basta, por sí sola, para concluir que se haya otorgado una ventaja.

En consecuencia, de la jurisprudencia del TG hasta la fecha, podemos colegir que, en la litigación relativa a los *tax rulings*, los elementos probatorios van a ocupar un lugar clave, teniendo la Comisión que acreditar fehacientemente que los *rulings* controvertidos aprueban condiciones de tributación que llevan a un resultado incompatible con el principio de plena competencia.