

## CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. PHILIPPE LÉGER

presentadas el 2 de mayo de 2006<sup>1</sup>

1. El presente procedimiento prejudicial versa sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de una normativa nacional como la legislación del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativa a las «sociedades extranjeras controladas».<sup>2</sup>

2. Dicha legislación tiene por objeto luchar contra la evasión fiscal. Se propone, en efecto, combatir la práctica consistente en que una sociedad residente en el Reino Unido transfiera sus beneficios imposables a una sociedad controlada por ella e implantada en otro Estado, que aplica un tipo impositivo muy inferior al vigente en el Reino Unido.

3. Por tanto, la referida legislación es de aplicación cuando los beneficios obtenidos por una SEC por una sociedad que tiene su residencia fiscal en el Reino Unido estén sujetos a una tributación muy inferior a la vigente en dicho Estado miembro. La citada legislación establece que, como excepción al régimen general y a menos que se cumpla

una de las excepciones previstas, dichos beneficios se incluirán en la base imponible de la sociedad matriz en el momento en que se obtengan.

4. Como han señalado numerosos Estados miembros que han intervenido en el presente procedimiento, varios de ellos han adoptado una legislación de este tipo. La adopción de tal legislación fue recomendada por la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) con el objetivo, en particular, de luchar contra la competencia fiscal perjudicial.<sup>3</sup> Según un estudio publicado por dicha organización en 1996, si bien las legislaciones sobre las SEC en vigor en los Estados que son miembros de ésta varían en cuanto a su contenido, tienen en común que disponen que los accionistas residentes tributarán por la totalidad o una parte de los beneficios de la SEC cuando no sean distribuidos.<sup>4</sup>

5. Es la primera vez que se solicita al Tribunal de Justicia que examine la compatibilidad de la referida legislación con el Derecho comunitario.

1 — Lengua original: francés.

2 — En lo sucesivo, «SEC».

3 — *Harmful Tax Competition — An Emerging Global Issue*, OCDE, París, 1998, p. 44.

4 — *Controlled Foreign Company Legislation*, OCDE, París, 1996, p. 19.

6. No creo que el Derecho derivado contenga disposiciones pertinentes para dicho examen. Por lo que se refiere, por un lado, a la lucha contra la evasión fiscal, la acción emprendida a nivel comunitario en esta materia sigue siendo muy limitada. En la medida en que la fiscalidad directa sigue siendo competencia de los Estados miembros y, por consiguiente, los regímenes tributarios varían dentro de la Unión Europea, parece lógico que cada Estado tenga también sus propias medidas destinadas a luchar contra el fraude o la evasión fiscales. Si bien en su Resolución de 10 de febrero de 1975,<sup>5</sup> el Consejo de la Unión Europea ratificó su intención de luchar contra la evasión y el fraude fiscales, limitó las acciones previstas a nivel comunitario a la mejora de la cooperación entre las administraciones de los diferentes Estados miembros al objeto de permitir un establecimiento correcto del impuesto.<sup>6</sup>

7. Por lo que respecta, por otro lado, a las disposiciones de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes,<sup>7</sup> no son aplicables al caso de autos, puesto que tienen únicamente por objeto establecer un régimen común por lo que se refiere a la tributación de los beneficios distribuidos por una filial. Estas disposiciones no se refieren a un sistema como el previsto por la legislación del Reino

Unido sobre las SEC, consistente en atribuir a la sociedad matriz los beneficios de su filial extranjera, en el momento en que se obtengan.

8. En consecuencia, los Special Commissioners (Reino Unido) solicitan al Tribunal de Justicia que examine la compatibilidad de la legislación de que se trata con las normas del Tratado CE relativas a las libertades de circulación. El órgano jurisdiccional remitente pretende, en este sentido, que se dilucide si dicha legislación constituye una discriminación o una restricción al ejercicio de las mencionadas libertades de circulación y, en su caso, si puede estar justificada en aras de la lucha contra la evasión fiscal.

9. Antes de realizar este análisis, procede presentar el contenido de la legislación nacional controvertida así como los hechos que originaron el litigio principal.

## I. Legislación nacional

10. Con arreglo a la legislación fiscal del Reino Unido, toda sociedad residente en dicho Estado miembro en el sentido de esta legislación, es decir, toda sociedad británica o cuyos órganos centrales de gestión o de control se encuentren en el referido Estado, está sujeta al impuesto de sociedades sobre sus beneficios obtenidos en todo el mundo.

5 — Resolución relativa a las medidas que deben tomarse por la Comunidad en el ámbito de la lucha contra el fraude y la evasión internacionales (DO C 35, p. 1; EE 09/01, p. 49).

6 — Esta cooperación fue establecida por la Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos (DO L 336, p. 15; EE 09/01, p. 94).

7 — DO L 225, p. 6.

Así pues, tributa por los beneficios obtenidos fuera del Reino Unido a través de un establecimiento permanente, como una sucursal o una agencia. Tributa asimismo por los dividendos que le reparta una sociedad extranjera en la que posea una participación.

11. Para evitar que esos beneficios de origen extranjero sean objeto de doble imposición, la legislación fiscal del Reino Unido prevé la concesión a la sociedad residente de un crédito fiscal por el importe del impuesto extranjero que se haya pagado.

12. Las sociedades matrices residentes en el Reino Unido no tributan por los beneficios de sus filiales en el momento de su obtención. Por lo que se refiere a los beneficios obtenidos por sus filiales establecidas en el Reino Unido, no tributan tampoco cuando sean repartidos en forma de dividendos a la sociedad matriz residente en dicho Estado.

13. La legislación del Reino Unido sobre las SEC prevé una excepción a la regla según la cual una sociedad matriz residente en dicho Estado miembro no tributa por los beneficios obtenidos por una filial establecida en el extranjero en el momento en que se obtienen.

14. Dicha legislación figura en los artículos 747 a 756 y en los anexos 24 a 26 de la Ley de 1988 del impuesto sobre la renta

y el impuesto de sociedades (Income and Corporation Taxes Act 1988). En virtud de dicha legislación, una filial extranjera en la que según la versión aplicable en el momento de los hechos la sociedad matriz posea una participación de más del 50 %, es tratada como una entidad transparente. Así, los beneficios obtenidos por esta filial extranjera se atribuyen a la sociedad matriz en el Reino Unido y se incluyen en la base imponible de ésta, aunque no hayan sido percibidos por esta última. La tributación de estos beneficios incluye la deducción de un crédito fiscal por el impuesto pagado por la filial en el Estado de establecimiento. Si esos mismos beneficios se pagan a continuación en forma de dividendos a la sociedad matriz, el impuesto pagado por ésta en el Reino Unido por los beneficios de su filial se asimila a un impuesto adicional pagado por la filial en el Estado de establecimiento y da lugar a un crédito contra el impuesto que debe pagar sobre los dividendos.

15. La legislación sobre las SEC es de aplicación cuando la filial establecida en otro Estado distinto del Reino Unido está sujeta en ese otro Estado a un «nivel de tributación inferior». Existe un «nivel de tributación inferior» en los ejercicios económicos en que el impuesto pagado por la filial extranjera es inferior a tres cuartas partes del impuesto que se pagaría en el Reino Unido si los beneficios de la filial hubiesen tributado en este Estado miembro.

16. Sin embargo, la legislación sobre las SEC prevé una serie de excepciones que han ido variando con el tiempo. Según la versión de dicha legislación aplicable en el momento de

- producirse los hechos del litigio principal, ésta no era de aplicación cuando se diese alguna de las siguientes circunstancias:
- 1) La filial extranjera lleva a cabo una «política de reparto aceptable». Ello significa que un porcentaje específico (en 1996, el 90 %) de los beneficios de la filial se distribuyen en un plazo de 18 meses y tributan en poder de una sociedad residente en el Reino Unido.
  - 2) La filial extranjera se dedica a «actividades exentas». Se trata de actividades especificadas en la legislación, como determinadas actividades de comercialización llevadas a cabo por un establecimiento comercial.
  - 3) La filial extranjera cumple el «requisito de cotización pública». Ello significa que el 35 % de los derechos de voto se encuentra en manos del público, y que la filial cotiza y sus títulos se negocian en una Bolsa reconocida.
  - 4) El beneficio imponible de la filial extranjera no sobrepasa las 50.000 GBP.
  - 5) La constitución y el funcionamiento de la filial extranjera cumplen el «criterio de los motivos». Este criterio se compone de dos elementos y el contribuyente debe demostrar que cumple ambos.
    - El primer elemento se refiere a las operaciones llevadas a cabo entre la SEC y su sociedad matriz. Así, si las operaciones que aparecen en los beneficios de la filial correspondientes al ejercicio económico de que se trate han obtenido una reducción en el impuesto del Reino Unido (se trata de una reducción en comparación con la cuantía del impuesto que se hubiera adeudado en el Reino Unido si no se hubiesen realizado dichas operaciones) y ésta sobrepasa el importe mínimo, el contribuyente debe acreditar que la reducción del impuesto del Reino Unido no era el objetivo principal, ni uno de los objetivos principales, de dichas operaciones.
    - El segundo elemento se refiere a la implantación de la SEC. El contribuyente debe demostrar que el motivo principal, o uno de los motivos principales, de la existencia de la filial en dicho ejercicio económico no era obtener una reducción en el impuesto del Reino Unido mediante el desvío de beneficios. La legislación señala que existe un desvío de beneficios si resulta razonable suponer que, en caso de no haber existido la filial o una sociedad conexas no residente en el Reino

Unido, los ingresos habrían sido percibidos por un hipotético residente en el Reino Unido, quien habría debido tributar por ellos.

sociedades Cadbury Schweppes plc<sup>8</sup> y Cadbury Schweppes Overseas Ltd,<sup>9</sup> por una parte, y a los Commissioners of Inland Revenue, por otra, en relación con la tributación de CSO a la Hacienda británica por los beneficios obtenidos por una de las filiales del grupo Cadbury en Irlanda.

17. El órgano jurisdiccional remitente indica que, si ninguna de las cuatro primeras excepciones se aplica, el criterio de los motivos permite a la administración tributaria estudiar la situación particular del contribuyente en relación con la finalidad esencial de la legislación sobre las SEC, relativa a la tributación de los beneficios que se acumulan en el extranjero o se desvían al extranjero procedentes del Reino Unido.

18. Dicho órgano jurisdiccional señala igualmente que, a tal efecto, la administración tributaria publicó en 1996 una relación de países en los cuales, siempre que concurrieran determinados requisitos, una filial podía constituirse y considerarse que cumplía los requisitos que permitían eludir la aplicación de la Ley sobre las SEC.

20. Cadbury es una sociedad residente en el Reino Unido. Es la sociedad matriz de un grupo de sociedades integrado por filiales constituidas en dicho Estado y en otros Estados miembros así como en países terceros, a la cabeza de las cuales se encuentra CSO. El grupo comprende así a dos filiales indirectas al 100 % de Cadbury, Cadbury Schweppes Treasury Services<sup>10</sup> y Cadbury Schweppes Treasury International,<sup>11</sup> constituidas en el seno del Centro Internacional de Servicios Financieros (International Financial Services Centre) de Dublín.

21. En el momento en que se produjeron los hechos, estas dos filiales estaban sujetas a un tipo impositivo del 10 %.

## II. Hechos que originaron el litigio principal

19. El presente procedimiento tiene su origen en el litigio que enfrenta a las

22. El objeto social de CSTS y de CSTI es captar financiación y facilitar dicha financiación a las filiales del grupo Cadbury.

8 — En lo sucesivo, «Cadbury».

9 — En lo sucesivo, «CSO».

10 — En lo sucesivo, «CSTS».

11 — En lo sucesivo, «CSTI».

23. Según el órgano jurisdiccional remitente, Cadbury creó CSTS para sustituir una estructura anterior en la que existía una sociedad establecida en Jersey, con tres objetivos. Se trataba, en primer lugar, de resolver un problema fiscal en Canadá relativo a los accionistas preferentes de Cadbury residentes en Canadá; en segundo lugar, de evitar la necesidad de obtener el consentimiento de la Hacienda Pública del Reino Unido para efectuar préstamos en el extranjero y, en tercer lugar, de reducir las retenciones fiscales sobre los dividendos pagados en el marco de la estructura del grupo al acogerse a la Directiva 90/435. El órgano jurisdiccional remitente señala que todos estos objetivos podían haberse conseguido si CSTS se hubiera establecido en el Reino Unido.

24. El referido órgano jurisdiccional indica asimismo que Cadbury constituyó a CSTS y a CSTI como filiales indirectas, residentes fiscales en Irlanda, exclusivamente con el fin de que los beneficios derivados de sus actividades de préstamos de tesorería entre sociedades del grupo pudieran acogerse al régimen del Centro Internacional de Servicios Financieros para sociedades del grupo que desempeñan actividades de tesorería en Irlanda y no tributan en el Reino Unido.

25. Habida cuenta del tipo impositivo aplicado a las sociedades constituidas en dicho Centro, los beneficios obtenidos por CSTS y por CSTI estaban sujetos a un nivel de tributación inferior en el sentido de la Ley sobre las SEC. La Hacienda Pública británica estimó igualmente que, por lo que respecta al ejercicio económico de 1996, no era de aplicación ninguno de los requisitos que permiten excluir la aplicación de dicha Ley.

Reclamó a CSO, primera sociedad residente en el Reino Unido en la cadena del grupo, la cantidad de 8.638.633,54 GBP en concepto de impuesto de sociedades sobre los beneficios obtenidos por CSTI correspondientes al ejercicio económico cerrado a 28 de diciembre de 1996. La liquidación corresponde únicamente a los beneficios obtenidos por CSTI ya que, en el referido ejercicio, CSTS tuvo pérdidas.

26. Cadbury y CSO interpusieron un recurso contra dicha liquidación ante los Special Commissioners, tribunal que conoce de los recursos presentados contra las resoluciones de la administración tributaria. Ante dicho órgano jurisdiccional, sostuvieron que la legislación sobre las SEC era contraria a la libertad de establecimiento prevista en el artículo 43 CE, a la libre prestación de servicios a que se refiere el artículo 49 CE y a la libre circulación de capitales enunciada en el artículo 56 CE.

### III. La cuestión prejudicial

27. El órgano jurisdiccional remitente señala que se enfrenta a las siguientes incertidumbres:

«Si [Cadbury], al constituir y capitalizar sociedades en otro Estado miembro exclusivamente porque en dicho Estado miembro existe un régimen fiscal más favorable (en

comparación con el régimen fiscal del Reino Unido) está ejerciendo las libertades fundamentales o si ello constituye un abuso de dichas libertades.

filiales en el Reino Unido (dicha compensación por pérdidas se habría producido si CSTS y CSTI hubieran sido constituidas en el Reino Unido en lugar de en Irlanda).

Si [Cadbury] está ejerciendo las libertades fundamentales, si el planteamiento correcto en las circunstancias del presente asunto es examinar si cabe considerar la legislación del Reino Unido sobre las [SEC] como una restricción al ejercicio de dichas libertades, o si entraña una discriminación.

Por cuanto se refiere a si la legislación debe considerarse discriminatoria, qué comparación debe hacerse y si dicha comparación es posible; en particular, si los hechos deben compararse con el supuesto de que [Cadbury] hubiera constituido las filiales en el Reino Unido (admitiendo que los beneficios de [Cadbury] no pueden incluir los beneficios de sus filiales en el Reino Unido) o en un Estado miembro que no aplica un tipo impositivo inferior.

Por lo que respecta a la cuestión de si la legislación debe considerarse una restricción, si el hecho de que [Cadbury] puede pagar impuestos no superiores a los que habrían pagado CSTS y CSTI si hubieran sido constituidas en el Reino Unido significa que no existe tal restricción; y si resulta pertinente que:

- a) las normas para calcular la obligación tributaria en relación con los ingresos de CSTS y CSTI difieran en algunos aspectos de las normas ordinarias aplicables a las filiales del Reino Unido de [Cadbury], y
- b) no exista desgravación de las pérdidas de una filial con los beneficios de la otra o con los beneficios de [Cadbury] y sus

En el supuesto de que exista una restricción relativa a la constitución o una discriminación, si puede justificarse la legislación porque trata de evitar la evasión fiscal, habida cuenta del objetivo de la legislación de prevenir la reducción o el desvío de beneficios sujetos al impuesto del Reino Unido; y si ello puede justificarse así, si la legislación se justifica, de hecho, como una medida proporcional para conseguir dicho objetivo legítimo, teniendo en cuenta el alcance de la legislación y de las exenciones y, en particular, la posibilidad que el criterio de los motivos proporciona a [Cadbury] para acreditar que no tenía un objetivo de evasión fiscal por cumplir ambas partes del criterio de los motivos, según se ha descrito más arriba, acreditación que [Cadbury] no puede llevar a cabo.»

28. Habida cuenta de estos interrogantes, los Special Commissioners decidieron suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Se oponen los artículos 43 [CE], 49 [CE] y 56 CE a una legislación fiscal nacional como la controvertida en el litigio principal, que dispone, en circunstancias determinadas, la tributación de una sociedad residente en ese Estado miembro por los beneficios obtenidos por una sociedad filial residente en otro Estado miembro y sujeta a un nivel de tributación inferior?»

#### IV. Análisis

29. Es jurisprudencia reiterada que si bien los impuestos directos no están comprendidos dentro del ámbito de competencia de la Comunidad, no es menos cierto que los Estados miembros deben ejercer las competencias que conservan respetando el Derecho comunitario.<sup>12</sup> Esta limitación al ejercicio por los Estados miembros de sus competencias reservadas se aplica igualmente a las medidas dirigidas a evitar el fraude y la evasión fiscales. Si bien la competencia de los Estados miembros para aceptar tales medidas es recordada expresamente tanto por el

Tratado<sup>13</sup> como por normas de Derecho derivado,<sup>14</sup> no es menos cierto que dichas medidas no deben incumplir los compromisos que hayan asumido en el marco de dicho Tratado y, en particular, las libertades de circulación establecidas por éste.

30. El órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide en el caso de autos si la legislación del Reino Unido sobre las SEC es compatible con la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios y la libre circulación de capitales.

31. Considero, al igual que varias de las partes que han presentado observaciones, que la compatibilidad de la legislación controvertida debe examinarse a la luz de la libertad de establecimiento.

12 — Sentencias de 4 de octubre de 1991, Comisión/Reino Unido (C-246/89, Rec. p. I-4585), apartado 12, y de 11 de marzo de 2004, De Lasteyrie du Saillant (C-9/02, Rec. p. I-2409), apartado 44 y la jurisprudencia allí citada.

13 — El artículo 58 CE, apartado 1, letra b), dispone que el artículo 56 CE, relativo a la libre circulación de capitales, se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar todas las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal.

14 — El artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DO L 225, p. 1), dispone que un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente disposiciones de ésta cuando la operación de que se trate tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscales. Véanse también el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 90/435, a tenor del cual la citada Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos, así como el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (DO L 157, p. 49), según el cual los Estados miembros podrán denegar el amparo de la presente Directiva o negarse a aplicarla a cualquier transacción cuyo móvil principal o uno de cuyos móviles principales sea el fraude fiscal, la evasión fiscal o el abuso.

32. De la jurisprudencia se desprende que cuando el nacional de un Estado miembro es titular de una participación en una sociedad establecida en otro Estado miembro que le confiera una influencia real en las decisiones de dicha sociedad y le permita determinar las actividades de ésta, serán de aplicación las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento y no las relacionadas con la libre circulación de capitales.<sup>15</sup> Además, el artículo 48 CE extiende los derechos conferidos por el artículo 43 CE a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad.

33. En consecuencia, puede deducirse de estos elementos que la legislación del Reino Unido sobre las SEC, que define las normas aplicables a la tributación de los beneficios de una filial extranjera cuyo vínculo con la sociedad matriz residente no se limita a una mera participación, sino que consiste en un control por esta última, no se enmarca en la libertad de circulación de capitales, sino en la libertad de establecimiento.

34. Las partes demandantes sostienen que las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios son también de aplicación en el caso de autos. Alegan que la legislación controvertida dificultaría el suministro de servicios financieros por parte de

CSTS y de CSTI a su sociedad matriz residente en el Reino Unido. Citan como ejemplos las sentencias *Safir*<sup>16</sup> y *Eurowings Luftverkehr*.<sup>17</sup>

35. No me convence la argumentación de las demandantes. El presente procedimiento versa sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de una legislación de un Estado miembro que prevé la atribución a una sociedad matriz residente de los beneficios de su filial creada en otro Estado miembro cuando dicha filial esté sujeta en éste a un nivel de tributación muy inferior. La naturaleza de la actividad ejercida por CSTS y por CSTI no está contemplada específicamente en dicha legislación. La situación es diferente, por tanto, a las de los asuntos que dieron lugar a las sentencias *Safir* y *Eurowings Luftverkehr*,<sup>18</sup> antes citadas.

36. Es cierto que, si bien la legislación controvertida tiene como efecto disuadir a una sociedad residente de crear una filial en otro Estado miembro, consigue también impedir la prestación de servicios por dicha filial desde el referido Estado miembro. No obstante, esta última restricción constituye una consecuencia del obstáculo al estableci-

15 — Sentencia de 21 de noviembre de 2002, X e Y (C-436/00, Rec. p. I-10829), apartado 37 y la jurisprudencia allí citada.

16 — Sentencia de 28 de abril de 1998 (C-118/96, Rec. p. I-1897).

17 — Sentencia de 26 de octubre de 1999 (C-294/97, Rec. p. I-7447).

18 — En la sentencia *Safir*, antes citada, se trataba de un régimen impositivo distinto para el ahorro constituido en forma de seguro de vida en función de que la compañía de seguros estuviese establecida o no en el Estado miembro. En la sentencia *Eurowings Luftverkehr*, antes citada, la normativa nacional controvertida reservaba una ventaja fiscal, consistente en una dispensa de proceder a la integración en la base imponible del precio del alquiler de bienes, a las empresas que alquilan dichos bienes de arrendadores establecidos en el territorio nacional.

miento. En el presente caso, el centro del litigio está en la libertad de crear una filial en el citado Estado miembro.<sup>19</sup> No veo, por tanto, qué interés puede tener invocar igualmente las normas relativas a la libre prestación de servicios. En cualquier caso, no creo que el examen de la legislación controvertida a la luz de dicha libertad, además de a la de la libertad de establecimiento, pueda modificar el resultado de mi análisis.

en sí mismo un ejercicio abusivo de la libertad de establecimiento. En segundo lugar, analizaré, en su caso, si la legislación del Reino Unido sobre las SEC constituye un obstáculo al ejercicio de dicha libertad. Por último, examinaré si este obstáculo puede estar justificado.

*A. Sobre la existencia de un ejercicio abusivo de la libertad de establecimiento*

37. Por consiguiente, propongo limitar el examen de la cuestión prejudicial a la cuestión de si los artículos 43 CE y 48 CE se oponen a una legislación fiscal nacional que prevé la inclusión en la base imponible de una sociedad matriz residente de los beneficios obtenidos por una SEC establecida por otro Estado miembro cuando dichos beneficios estén sujetos en ese otro Estado a un nivel de tributación muy inferior al vigente en el Estado de residencia de la sociedad matriz.

39. Se trata pues, ante todo, de determinar si el hecho de que una sociedad matriz cree una filial en otro Estado miembro con la finalidad de acogerse al régimen fiscal más favorable de ese otro Estado constituye, en sí mismo, un ejercicio abusivo de la libertad de establecimiento. El órgano jurisdiccional remitente indica que se plantea esta cuestión porque Cadbury constituyó CSTS y CSTI como filiales indirectas, residentes a efectos fiscales en Irlanda, únicamente para que las actividades de préstamo financiero realizadas dentro del grupo pudiesen beneficiarse del régimen del Centro Internacional de Servicios Financieros.

38. El análisis que debe permitir responder a esta cuestión va a conducirme a examinar sucesivamente los tres principales interrogantes a los que afirma enfrentarse el órgano jurisdiccional remitente. Estudiaré, en primer lugar, si el hecho de que una sociedad matriz cree una filial en otro Estado miembro con el objetivo de acogerse a un régimen fiscal más favorable que el vigente en el Estado en el que está establecida constituye

40. No creo que el hecho de que una sociedad matriz cree una filial en otro Estado miembro con la finalidad reconocida de beneficiarse del régimen fiscal más favorable vigente en éste constituya, en sí mismo, un uso abusivo de la libertad de establecimiento que prive de este modo a la referida sociedad de la posibilidad de invocar los derechos conferidos por los artículos 43 CE y 48 CE. Baso este análisis en el alcance de estas disposiciones, tal como ha sido precisado por la jurisprudencia.

<sup>19</sup> — Véase, en este sentido, la sentencia de 14 de octubre de 2004, Omega (C-36/02, Rec. p. I-9609), apartado 26.

41. Procede recordar, en primer lugar, que los artículos 43 CE y 48 CE confieren expresamente a una sociedad que cumpla los requisitos establecidos en este último artículo el derecho a crear una agencia, una sucursal o una filial en otro Estado miembro, en las condiciones establecidas por la legislación de éste para sus propios nacionales. Esta libertad fundamental, consagrada por dichas disposiciones que son directamente aplicables desde el final del período transitorio,<sup>20</sup> tiene así por objeto permitir a dicha sociedad crear un establecimiento secundario en cualquier otro Estado miembro. Por tanto, cualquier sociedad constituida con arreglo a la legislación de un Estado miembro puede abrir una filial en el lugar de la Comunidad que elija.

42. En segundo lugar, parece importante subrayar, en el marco del presente asunto, que el concepto de «establecimiento» implica la posibilidad de que un nacional comunitario participe de manera estable y continuada en la vida económica de cualquier Estado miembro distinto de su Estado de origen y se beneficie de ello.<sup>21</sup> Así pues, la libertad de establecimiento tiene por objeto permitir el ejercicio de una actividad económica real y efectiva en el Estado de acogida.<sup>22</sup> Como indicaba el Abogado General Darmon en el punto 3 de sus conclusiones

en el asunto *Daily Mail and General Trust*,<sup>23</sup> «establecerse “es integrarse en una economía nacional”». Es, pues, el ejercicio de una actividad económica en el Estado miembro de acogida lo que constituye la razón de ser de la libertad de establecimiento.

43. Por último, de la jurisprudencia se deduce que cuando el objetivo perseguido por la libertad de establecimiento está satisfecho, las razones por las que el nacional comunitario o la sociedad de que se trate pretendieron ejercer dicha libertad no pueden desvirtuar la protección que obtienen del Tratado.

44. Así, en la sentencia *Centros*,<sup>24</sup> la cuestión que debía resolverse era la de si las autoridades danesas competentes podían negarse a registrar una sucursal de una sociedad de responsabilidad limitada constituida legalmente en el Reino Unido, basándose en que ésta no ejercía ninguna actividad en dicho Estado miembro y en que, en definitiva, únicamente pretendía eludir las normas danesas relativas a la creación de una SARL.<sup>25</sup>

45. Se trataba, pues, de determinar si el Estado de acogida podía denegar a una sociedad que cumpliera los requisitos esta-

20 — Sentencias de 21 de junio de 1974, *Reyners* (2/74, Rec. p. 631), apartado 25, y de 5 de noviembre de 2002, *Überseering* (C-208/00, Rec. p. I-9919), apartado 60.

21 — Véanse, en este sentido, las sentencias *Rayners*, antes citada, apartado 21, y de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard* (C-55/94, Rec. p. I-4165), apartado 25.

22 — Sentencias de 25 de julio de 1991, *Factortame y otros* (C-221/89, Rec. p. I-3905), apartado 20, y *Comisión/Reino Unido*, antes citada, apartado 21.

23 — Sentencia de 27 de septiembre de 1988 (81/87, Rec. p. 5483).

24 — Sentencia de 9 de marzo de 1999 (C-212/97, Rec. p. I-1459).

25 — Las normas danesas sometían la constitución de una SARL al desembolso de un capital mínimo de 200.000 DKK mientras que la legislación aplicable en el Reino Unido no supeditaba la creación de este tipo de sociedad a ningún requisito relativo al desembolso de un capital social mínimo.

blecidos en el artículo 48 CE la creación de un establecimiento secundario en su territorio a causa de las razones que habían impulsado a los socios a tomar la decisión de constituir su sociedad en otro Estado miembro. Dicho de otro modo, los motivos que habían movido a los socios, ¿podían impedirles ampararse en los derechos conferidos por el artículo 43 CE, cuando precisamente esta disposición era invocada conforme a su finalidad, a saber, permitir a una sociedad constituida legalmente con arreglo a las normas de un Estado miembro ejercer sus actividades con carácter secundario en otro Estado miembro?

46. El Tribunal de Justicia ha hecho prevalecer la finalidad del derecho de establecimiento conferido por el Tratado. Así, en la sentencia *Centros*, antes citada, indicó que el derecho a constituir una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro y a crear sucursales en otros Estados miembros es inherente al ejercicio, dentro de un mercado único, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado. El Tribunal de Justicia consideró que el hecho de que un nacional de un Estado miembro que quiere crear una sociedad elija constituir la en otro Estado miembro cuyas normas de Derecho de sociedades le parezcan las menos rigurosas y abra sucursales en otros Estados miembros no puede constituir por sí solo un uso abusivo del derecho de establecimiento.<sup>26</sup>

47. Esta solución, que fue adoptada por el Pleno del Tribunal de Justicia, no constituye

un hecho aislado. Fue confirmada en la sentencia *Inspire Art*,<sup>27</sup> en la cual se extendió a la legislación neerlandesa que, en circunstancias comparables a las del asunto *Centros*, antes citado, no se oponía al registro de una sucursal sino que sometía la creación de dicho establecimiento secundario al cumplimiento de determinados requisitos previstos en el Derecho interno para la constitución de sociedades.

48. En la sentencia *Inspire Art*, antes citada, el Tribunal de Justicia indicó expresamente que las razones por las que una sociedad decide constituirse en un Estado miembro no influyen en la aplicación de las normas sobre libertad de establecimiento, salvo en caso de fraude.<sup>28</sup> El Tribunal de Justicia confirmó que no constituye un abuso la circunstancia de que la sociedad que invoca los artículos 43 CE y 48 CE se haya constituido en un Estado miembro con el único fin de disfrutar de una legislación más ventajosa, aun cuando la sociedad de que se trate ejerza lo fundamental de sus actividades, o incluso la totalidad, en el Estado en que se haya creado el establecimiento secundario.<sup>29</sup>

49. Puedo deducir de esta jurisprudencia, por lo que al presente asunto se refiere, que cuando la filial controlada ejerza una actividad real y efectiva en el Estado miembro en el que fue creada, las razones por las que la

27 — Sentencia de 30 de septiembre de 2003 (C-167/01, Rec. p. I-10155).

28 — Sentencia *Inspire Art*, antes citada, apartado 95.

29 — *Ibidem*, apartado 96.

26 — Sentencia *Centros*, antes citada, apartado 27.

sociedad matriz decidió implantar dicha filial en el referido Estado de acogida no pueden desvirtuar los derechos que el Tratado confiere a la referida sociedad.<sup>30</sup>

50. El derecho de Cadbury a ampararse en la protección conferida por los artículos 43 CE y 48 CE depende, por tanto, en el caso de autos, de la cuestión de si CSTS y CSTI ejercen actividades reales y efectivas en Irlanda. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente resolver esta cuestión, que es objeto de una viva controversia entre las partes demandantes y el Reino Unido. No obstante, en esta fase del procedimiento, creo que puede afirmarse que el hecho de que Cadbury haya decidido implantar sus filiales en Irlanda únicamente con la finalidad de que éstas queden sujetas al régimen fiscal muy favorable aplicable en el Centro Internacional de Servicios Financieros, no constituye en sí mismo un uso abusivo de la libertad de establecimiento.

30 — En sentido inverso, cuando los objetivos de la libertad de establecimiento no se hayan alcanzado, la sociedad no puede invocar lo dispuesto en el artículo 43 CE. Véase la sentencia *Daily Mail and General Trust*, antes citada. En dicho asunto, la sociedad *Daily Mail*, constituida con arreglo a la legislación del Reino Unido, deseaba trasladar su dirección y su administración central fuera del citado Estado miembro sin perder su personalidad jurídica o su condición de sociedad británica, como prevé el Derecho del citado Estado miembro. Negaba, sin embargo, que tuviera que someterse al requisito previsto en dicha legislación, que exigía la obtención de la autorización del Ministerio de Hacienda. La sociedad *Daily Mail* quería, en efecto, trasladar la sede de la dirección de la empresa a los Países Bajos con la finalidad de poder, tras haber establecido su residencia fiscal en dicho Estado miembro, vender una parte importante de los títulos que componían su activo no permanente y adquirir, gracias al producto de esta venta, una parte de sus propias acciones, sin tener que pagar los impuestos con que están gravadas estas operaciones con arreglo a la legislación fiscal británica. El Tribunal de Justicia declaró que el Derecho comunitario a la sazón vigente no se oponía a una legislación como la controvertida porque no confería a las sociedades de Derecho nacional el derecho a trasladar la sede de su dirección y su administración central a otro Estado miembro conservando su condición de sociedades del Estado miembro con arreglo a cuya legislación se habían constituido.

51. El nivel de tributación constituye un elemento que puede legítimamente tener en cuenta una sociedad a la hora de elegir el Estado de acogida en el que prevé crear una filial. Una sociedad puede, sin vulnerar el alcance y el espíritu del artículo 43 CE, decidir ejercer sus actividades con carácter secundario en otro Estado miembro para beneficiarse del régimen fiscal más favorable de ese otro Estado por lo que a la tributación de las actividades gravadas en éste se refiere.

52. Confirma este análisis una jurisprudencia reiterada, según la cual un Estado miembro no puede impedir que una sociedad ejerza su derecho de establecimiento en otro Estado miembro basándose en que dicha operación le ocasionaría una pérdida fiscal por lo que respecta a los impuestos que hubieran sido exigibles debido a una actividad futura, si la sociedad hubiese ejercido dicha actividad en su Estado de origen.<sup>31</sup>

53. En el mismo sentido, es también jurisprudencia consolidada que la mera circunstancia de que una sociedad residente cree un establecimiento secundario en otro Estado miembro no puede fundar una presunción general de fraude o de evasión fiscales y justificar una medida que menoscabe el ejercicio de una libertad fundamental garan-

31 — Véanse, en particular, las sentencias de 16 de julio de 1998, *ICI* (C-264/96, Rec. p. I-4695), apartado 28; *De Lasteyrie du Saillant*, antes citada, apartado 60, y de 13 de diciembre de 2005, *Marks & Spencer* (C-446/03, Rec. p. I-10837), apartado 44.

tizada por el Tratado.<sup>32</sup> Como ha declarado el Tribunal de Justicia en varias ocasiones, el establecimiento de una sociedad en otro Estado miembro no implica, en sí, la evasión fiscal, ya que la sociedad en cuestión estará sujeta, de todos modos, a la legislación de dicho Estado.<sup>33</sup>

54. Por último, puede deducirse también de la jurisprudencia que un Estado miembro no puede obstaculizar el ejercicio de las libertades de circulación en otro Estado miembro con el pretexto del reducido nivel de tributación de éste.<sup>34</sup>

55. A la luz de estas consideraciones, a falta de armonización comunitaria, es preciso reconocer que los regímenes fiscales de los diferentes Estados miembros pueden entrar de este modo en situación de competencia. Esta competencia, que se traduce concretamente en una gran disparidad de los tipos impositivos de los beneficios de las sociedades en los Estados miembros, puede tener un impacto significativo en la elección por parte

de las sociedades de la localización de sus actividades dentro de la Unión Europea.<sup>35</sup> Cabe lamentar que pueda existir en este ámbito una competencia sin límite alguno entre los Estados miembros. Se trata, no obstante, de una cuestión de índole política.

56. Procede recordar a este respecto que el Consejo de «Asuntos económicos y financieros» (Consejo «Ecofin») adoptó un código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas,<sup>36</sup> que se refiere a «las medidas que influyen o pueden influir de manera significativa en la radicación de la actividad empresarial dentro de la Comunidad» y a tenor del cual los Estados miembros se comprometieron a paralizar y suprimir tales medidas. Parece útil subrayar aquí que el régimen fiscal irlandés aplicable a las sociedades establecidas en el Centro Internacional de Servicios Financieros ha sido citado en el informe del grupo «Código de conducta», encargado de evaluar las medidas nacionales que pueden entrar en el ámbito de aplicación del citado Código, como una medida perjudicial. En consecuencia, este régimen fiscal ha sido objeto de supresión progresiva.<sup>37</sup>

32 — Véase, en este sentido, la sentencia de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Bélgica (C-478/98, Rec. p. I-7587), apartado 45. Véase también la sentencia X e Y, antes citada, apartado 62.

33 — Sentencias ICI, antes citada, apartado 26; de 8 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros (C-397/98 y C-410/98, Rec. p. I-1727), apartado 57, y de 12 de diciembre de 2002, Lankhorst-Höhorst (C-324/00, Rec. p. I-11779), apartado 37.

34 — Sentencia Eurowings Luftverkehr, antes citada, apartado 44. Véanse también, en este sentido, las sentencias de 26 de junio de 2003, Skandia y Ramstedt (C-422/01, Rec. p. I-6817), apartado 52, y de 11 de diciembre de 2003, Barbier (C-364/01, Rec. p. I-15013), apartado 71.

35 — Véanse, a este respecto, los trabajos de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el régimen fiscal de las empresas en el seno de la Unión, en particular la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo — Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales [COM(2001) 582 final], y el informe de los servicios de la Comisión sobre la fiscalidad de las empresas en el mercado interior [SEC(2001) 1681 final].

36 — Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 1 de diciembre de 1997, relativa a un Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas (DO 1998, C 2, p. 2).

37 — Este informe está disponible en el sitio de Internet: [http://ue.eu.int/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressdata/fr/misc/04901.f9.html](http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/fr/misc/04901.f9.html)

57. No obstante, dichos elementos no pueden influir en el alcance de los derechos conferidos a los operadores económicos por los artículos 43 CE y 48 CE. Como se desprende de su exposición de motivos, el Código de conducta constituye un compromiso político y, por tanto, no influye en los derechos y obligaciones de los Estados miembros ni en las competencias respectivas de los Estados miembros y de la Comunidad tal y como se derivan del Tratado. Por consiguiente, la adopción del Código de conducta y la mención del régimen fiscal irlandés controvertido entre las medidas fiscales nacionales perjudiciales para el mercado único no pueden limitar ni *a fortiori* restringir con carácter retroactivo el derecho conferido por el Tratado a cualquier sociedad conforme al artículo 48 CE de crear un establecimiento secundario en el Estado miembro de su elección, inclusive en un Estado en el que se aplique un régimen fiscal que se considere perjudicial para el mercado único.

58. La circunstancia de que este régimen fiscal pueda calificarse también de ayuda de Estado incompatible con el mercado común<sup>38</sup> no modifica dicho análisis. Como ha indicado la Comisión en sus observaciones, el Tratado contiene disposiciones especiales, en sus artículos 87 CE y 88 CE, que tienen por objeto garantizar el control de la compatibilidad de tal medida con el mercado común y la anulación de sus efectos perjudiciales para éste. Por tanto, la circunstancia

38 — Del informe del grupo «Código de conducta» se desprende que la Comisión había autorizado en 1987 la creación del Centro Internacional de Servicios Financieros, que posteriormente había estimado que los tipos impositivos preferenciales establecidos en el marco de dicho Centro constituían ayudas al funcionamiento que vulneraban las normas del Tratado y, por último, que había celebrado con las autoridades irlandesas un acuerdo dirigido a la supresión progresiva de este régimen.

de que dicho régimen fiscal no sea conforme con las normas del Tratado no puede autorizar a un Estado miembro a adoptar medidas unilaterales destinadas a combatir sus efectos menoscabando las libertades de circulación.

59. Podría objetarse asimismo a este análisis que subsiste la totalidad del problema por lo que respecta a la disparidad de los tipos impositivos fijados en las legislaciones de los Estados miembros que tienen un alcance general. Por un lado, en efecto, la evaluación de las medidas fiscales consideradas perjudiciales, a la que procedió el grupo «Código de conducta» y cuya supresión ha sido programada, se limitó a los regímenes particulares o específicos. Por otro lado, en virtud del artículo 94 CE, la aproximación de las legislaciones nacionales por lo que se refiere a los tipos impositivos aplicables sigue estando sujeta a la regla de la unanimidad en el seno del Consejo. Pues bien, hasta la fecha no se ha adoptado ninguna medida en este sentido, ni parece previsible en un futuro próximo, como indicaron en la vista los Estados miembros.

60. No obstante, los efectos perjudiciales de una ausencia total de armonización de los tipos impositivos de los beneficios de las sociedades dependen, como he señalado, de una solución de carácter político y no creo que justifiquen que se cuestione el alcance de los derechos conferidos por los artículos 43 CE y 48 CE, tal como ha sido definido por la jurisprudencia. Estimo, por tanto, que ha de considerarse que el hecho

de que una sociedad que tiene su residencia a efectos fiscales en un Estado miembro cree una filial en el Centro Internacional de Servicios Financieros, con la finalidad reconocida de beneficiarse del régimen fiscal más favorable allí aplicable, no constituye, en sí mismo, un ejercicio abusivo de la libertad de establecimiento.

61. Voy a analizar a continuación si la legislación del Reino Unido sobre las SEC constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento.

#### *B. Sobre la existencia de un obstáculo a la libertad de establecimiento*

62. Con carácter preliminar, procede recordar que el artículo 43 CE no prohíbe únicamente las restricciones a la creación de una filial en otro Estado miembro que proceden del Estado de acogida, sino también las que son imputables al Estado de origen. Así, conforme a una jurisprudencia consolidada, aun cuando, según su tenor literal, las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento se proponen en especial asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, las mismas se oponen, asimismo, a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación.<sup>39</sup> Esta

prohibición de los obstáculos «a la salida» se aplica también a las medidas fiscales.<sup>40</sup>

63. De la jurisprudencia se desprende igualmente que las restricciones prohibidas por el artículo 43 CE pueden adoptar diferentes formas. Puede tratarse de discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, o el domicilio social por lo que respecta a las sociedades. Pueden adoptar también la forma de «discriminaciones indirectas», es decir, de medidas que, sin estar basadas en el domicilio social, se funden en requisitos aplicables indistintamente, que tengan como efecto perjudicar fundamentalmente a los nacionales de los demás Estados miembros, como el criterio de la residencia fiscal.<sup>41</sup> Por último, en su jurisprudencia más reciente, el Tribunal de Justicia no analiza si la medida en cuestión debe calificarse como discriminación directa o indirecta. Se limita a constatar la existencia de una diferencia de trato fiscal, que ocasiona una desventaja en detrimento del operador económico que ha ejercido los derechos conferidos por el artículo 43 CE y que podría disuadirle de ejercer tales derechos.<sup>42</sup>

40 — La prohibición de un obstáculo a la salida por una medida fiscal tuvo su primera aplicación en la sentencia ICI, antes citada, en relación con la legislación del Reino Unido que reservaba el beneficio de una desgravación fiscal a las sociedades residentes que controlaban únicamente o con carácter principal a filiales que tenían su domicilio social en el territorio nacional. Fue objeto, a partir de dicha sentencia, de varias ilustraciones [véanse, en particular, las sentencias de 18 de noviembre de 1999, X e Y (C-200/98, Rec. p. I-8261), así como De Lasteyrie du Saillant, antes citada, y, por lo que respecta a una aplicación reciente, la sentencia de 23 de febrero de 2006, Keller Holding (C-471/04, Rec. p. I-2107)].

41 — Sentencia de 13 de julio de 1993, Commerzbank (C-330/91, Rec. p. I-4017), apartados 14 y 15.

42 — Véanse, en particular, las sentencias de 14 de diciembre de 2000, AMID (C-141/99, Rec. p. I-11619), apartados 22 y 23; de 21 de noviembre de 2002, X e Y, antes citada, apartados 36 a 39; Lankhorst-Hohorst, antes citada, apartados 27 a 32; de 18 de septiembre de 2003, Bosal (C-168/01, Rec. p. I-9409), apartado 27, así como las sentencias, antes citadas, Marks & Spencer, apartados 32 a 34, y Keller Holding, apartados 31 a 35.

39 — Sentencias, antes citadas, Daily Mail and General Trust, apartado 16, y Marks & Spencer, apartado 31.

64. El último elemento que parece de utilidad señalar aquí en la jurisprudencia relativa al examen de los regímenes fiscales nacionales a la luz de las libertades de circulación se refiere a las justificaciones posibles de una restricción. En principio, las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad sólo pueden estar justificadas por razones contempladas en el artículo 46 CE, apartado 1, de orden público, seguridad y salud públicas. Sólo las medidas aplicables indistintamente pueden serlo también por una razón imperiosa de interés general, es decir, por una razón no contemplada en dicha disposición, pero que según la jurisprudencia persiga un interés legítimo. Por otra parte, en el contexto de los artículos 43 CE y 48 CE, el domicilio social de las sociedades, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, sirve para determinar su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro.<sup>43</sup> No obstante, en materia fiscal, la comprobación de la existencia de diferencia de trato basada en el domicilio social de las sociedades no excluye que esta desigualdad de trato pueda estar justificada por una razón imperiosa de interés general.<sup>44</sup>

65. Vamos a examinar a la luz de estas consideraciones si la legislación de que se trata constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento. El órgano jurisdiccional

43 — Sentencia ICI, antes citada, apartado 20 y la jurisprudencia allí citada.

44 — Véanse, en particular, las sentencias, antes citadas, ICI, en relación con la legislación del Reino Unido que reserva la concesión de una desgravación fiscal a las sociedades de consorcio establecidas en dicho país que controlen única o principalmente filiales que tengan su domicilio social en el territorio nacional (apartados 23 y 24), y Lankhorst-Hohorst, en relación con el régimen alemán sobre la tributación de los intereses abonados por las filiales a su sociedad matriz, que prevea un trato diferenciado en función del domicilio social de ésta, dependiendo de que se encuentre o no en el territorio nacional.

remitente se pregunta, a este respecto, si dicha legislación debe considerarse una restricción al ejercicio de la libertad de establecimiento o una discriminación.

66. En el primer supuesto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si la posibilidad de que Cadbury no pague un impuesto superior al que CSTS y CSTI habrían pagado si hubieran sido constituidas en el Reino Unido, o incluso el hecho de que las pérdidas sufridas por dichas filiales extranjeras no puedan ser objeto de desgravación sobre los beneficios imponibles en el Reino Unido, mientras que tal desgravación habría sido posible si dichas filiales hubieran sido constituidas en este Estado miembro, influyen en la existencia de una restricción.

67. En el segundo supuesto, el órgano jurisdiccional remitente se interroga sobre la comparación que debe hacerse para determinar la existencia de una discriminación. Así, se pregunta si la situación de Cadbury debe compararse con la de una sociedad residente que hubiera creado una filial en el Reino Unido o bien con la de una sociedad residente que hubiera creado tal establecimiento secundario en otro Estado miembro, en el que el tipo impositivo no fuera suficientemente ventajoso como para que hubiera de aplicarse la legislación sobre las SEC.

68. El Reino Unido sostiene que la legislación controvertida no constituye un obstáculo discriminatorio a la libertad de

establecimiento. Alega, en primer lugar, que la situación de Cadbury debe compararse únicamente con la de una sociedad residente cuya filial se hubiera establecido en el territorio nacional. Expone en segundo lugar, apoyado a este respecto por los Gobiernos danés, alemán, francés, portugués, finlandés y sueco, que la referida legislación no es discriminatoria, puesto que el impuesto reclamado a Cadbury no es superior al que habría soportado globalmente dicha sociedad y sus filiales si estas últimas hubieran sido constituidas en el Reino Unido. A su juicio, el efecto económico para Cadbury es, por tanto, el mismo en los dos supuestos.

69. Según dichos Estados miembros, la legislación sobre las SEC persigue, de este modo, un objetivo de neutralidad fiscal, al hacer que la carga fiscal global que recae sobre la unidad económica constituida por una sociedad matriz británica y sus filiales sea idéntica, tanto si se han constituido las filiales en el Reino Unido como en otro Estado miembro.

70. Por último, los Gobiernos alemán y francés señalan que la diferencia de trato prevista por la legislación controvertida en función del lugar de implantación de las filiales está justificada objetivamente por la diferencia entre los tipos impositivos a los que dichas filiales están sujetas en su respectivo Estado de establecimiento.

71. No comparto este análisis, por los motivos siguientes.

72. Como hemos visto, la legislación controvertida establece un régimen especial, que es de aplicación únicamente a las sociedades residentes que hayan creado una filial en un Estado miembro que prevea un tipo impositivo de los beneficios de las sociedades muy inferior al vigente en el Reino Unido. La legislación sobre las SEC no se aplica, recordémoslo, si la filial ha sido constituida en el Reino Unido o en otro Estado miembro cuyo régimen fiscal no establezca una tributación de los beneficios de dicha filial inferior a las tres cuartas partes el impuesto que debería pagarse sobre esos mismos beneficios en el Reino Unido.

73. La legislación controvertida prevé que los beneficios de la filial controlada pueden incluirse en la base imponible de la sociedad matriz desde el momento en que se obtienen.

74. Constituye, pues, una desventaja para la sociedad matriz a la que se aplica con relación, por un lado, a una sociedad residente que haya creado su filial en el Reino Unido y, por otro lado, a una sociedad residente que haya creado tal filial en un Estado miembro cuyo régimen fiscal no sea suficientemente ventajoso como para quedar comprendido dentro de su ámbito de aplicación. En el primer caso, en efecto, la sociedad residente no tributa nunca por los beneficios de su filial nacional. En el segundo caso, la sociedad residente no tributa por los beneficios de su filial extranjera en el momento de su obtención. Sólo lo hará en el momento en que dichos beneficios le sean repartidos en forma de dividendos.

75. Se trata, pues, de un trato fiscal diferenciado, que perjudica a las sociedades que, como Cadbury, han creado una filial en Irlanda, en el Centro Internacional de Servicios Financieros, y dicho trato disuade efectivamente a una sociedad residente de ejercer allí su derecho de establecimiento.

76. La circunstancia de que el impuesto reclamado a Cadbury no sobrepase el importe global del impuesto que habría soportado la unidad económica constituida por la sociedad matriz y sus filiales si estas últimas hubieran sido residentes en el Reino Unido no desvirtúa dicho análisis. En efecto, esa circunstancia no hace desaparecer la desigualdad de trato por lo que a las sociedades matrices se refiere.

77. Pero, aun suponiendo que la legislación controvertida sea fiscalmente neutra con relación a una situación puramente interna, ello no cuestionaría la existencia de la desigualdad de trato y la desventaja para Cadbury con relación a la situación de una sociedad residente que haya creado una filial en otro Estado miembro cuya fiscalidad sea menos ventajosa que la vigente en el Centro Internacional de Servicios Financieros.

78. Al contrario de lo que sostiene el Reino Unido, no veo por qué la situación de Cadbury no debe compararse con la de tal sociedad. Estimo que la apreciación de la compatibilidad de la legislación controver-

tida con el Derecho comunitario debe permitir examinar ésta con todas sus implicaciones. El concepto de «discriminación» se define, como es sabido, como la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o bien como la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes.<sup>45</sup> La única cuestión que se plantea para determinar si el trato diferente de dos situaciones constituye una discriminación es, por tanto, la de si esas dos situaciones son comparables. Considero que así sucede en el caso de la situación de Cadbury y la de una sociedad residente que haya creado una filial en otro Estado miembro cuya fiscalidad sea menos ventajosa que la vigente en el Centro Internacional de Servicios Financieros, puesto que, en los dos supuestos, una sociedad residente en el Reino Unido ha creado una filial en otro Estado miembro.

79. En contra del análisis que defiende, se sostiene que la disparidad de los tipos impositivos de los beneficios de las sociedades vigentes en el seno de la Unión constituye una diferencia objetiva de situación que justifica el trato diferenciado previsto por la legislación de que se trata.

80. Seguir esta tesis sería tanto como admitir que un Estado miembro tiene derecho, sin infringir las normas del Tratado, a seleccionar a los demás Estados miembros en los que sus sociedades nacionales pueden crear

45 — Sentencia de 29 de abril de 1999, Royal Bank of Scotland (C-311/97, Rec. p. I-2651), apartado 26 y la jurisprudencia allí citada.

filiales beneficiándose del régimen fiscal aplicable en el Estado de acogida. Ahora bien, como han afirmado las partes demandantes e Irlanda, tal solución conduciría claramente a un resultado contrario al propio concepto de «mercado único».

81. La fijación del tipo impositivo de los beneficios de las sociedades es, como se ha visto, competencia soberana de cada Estado miembro y los artículos 43 CE y 48 CE confieren a cada sociedad conforme a este último artículo el derecho a crear una filial en el lugar de su elección dentro de la Unión. Por tanto, un Estado miembro no puede tratar de manera distinta a sus sociedades residentes que creen filiales en otros Estados miembros en función del tipo impositivo aplicable en el Estado de acogida.

82. Esta solución iría también contra la posición adoptada por el Tribunal de Justicia en las sentencias, antes citadas, *Eurowings Luftverkehr* y *Barbier*, en las que declaró que la menor carga fiscal vigente en un Estado miembro no puede justificar un trato fiscal desfavorable en otro Estado miembro<sup>46</sup> y que un nacional comunitario no puede ser privado de la posibilidad de invocar disposiciones del Tratado por sacar provecho de las ventajas fiscales ofrecidas legalmente por las normas en vigor en un Estado miembro distinto de aquel en el que reside.<sup>47</sup>

46 — Sentencia *Eurowings Luftverkehr*, antes citada, apartado 44.

47 — Sentencia *Barbier*, antes citada, apartado 71.

83. La diferencia de trato prevista por la legislación del Reino Unido sobre las SEC en función del tipo impositivo en el Estado miembro de establecimiento basta, a mi juicio, para que se considere que este régimen constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento y para que su compatibilidad con las normas del Tratado sea sometida necesariamente al control del Tribunal de Justicia.

84. Voy a examinar a continuación si dicho obstáculo puede estar justificado.

### *C. Sobre la justificación basada en la lucha contra la evasión fiscal*

85. Como se desprende de los documentos obrantes en autos, la legislación del Reino Unido sobre las SEC se adoptó para luchar contra una forma específica de evasión fiscal, que se realiza a través del desvío artificial de beneficios obtenidos en el Reino Unido. Se trata, según dicho Estado miembro, de luchar contra los desvíos de beneficios, realizados por una sociedad residente creando una filial en un país con un nivel de tributación reducido y efectuando transacciones intragrupos cuyo objetivo principal es la transmisión de dichos beneficios a esta filial. El órgano jurisdiccional remitente pregunta si la legislación nacional controvertida puede estar justificada por este objetivo.

86. La lucha contra la evasión fiscal forma parte de las razones imperiosas de interés general que pueden justificar un obstáculo al ejercicio de las libertades de circulación. El Tribunal de Justicia lo ha reconocido en varias ocasiones, al aceptar examinar si la restricción a la libertad de establecimiento creada por la legislación nacional en cuestión podía estar justificada por tal motivo.<sup>48</sup> He indicado igualmente que, en la sentencia ICI, antes citada, el Tribunal de Justicia procedió a tal examen en relación con la legislación del Reino Unido que utilizaba el criterio del domicilio social de las filiales controladas para establecer un trato fiscal diferenciado de las sociedades de consorcio constituidas en dicho Estado miembro.

87. No obstante, la posibilidad de que se admita efectivamente tal justificación se ha enmarcado dentro de límites bastante estrictos. Así, según una fórmula recogida habitualmente en la jurisprudencia, un obstáculo a una libertad de circulación garantizada por el Tratado únicamente puede estar justificado por la lucha contra la evasión fiscal si la legislación controvertida tiene por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la ley nacional.<sup>49</sup>

88. La utilización de esta fórmula, cuyo tenor reproduce el del concepto de «abuso de derecho»,<sup>50</sup> puede entenderse como la voluntad de evitar que la lucha contra la

evasión fiscal sirva como pretexto para una actitud proteccionista. La aplicación del Derecho comunitario solamente puede denegarse cuando la sociedad de que se trate lo invoque de manera abusiva, porque haya realizado un montaje artificial para eludir el impuesto.

89. El Tribunal de Justicia ha negado, por tanto, que una medida nacional restrictiva pueda estar justificada por la lucha contra la evasión fiscal cuando dicha legislación regule una situación definida en términos demasiado generales. Así, según el Tribunal de Justicia, para que dicha justificación pueda ser de aplicación, la legislación nacional controvertida no debe contemplar «en general, cualquier situación en la que la mayoría de las sociedades filiales de un grupo se hallen establecidas fuera del Reino Unido por la razón que sea»<sup>51</sup> ni referirse «de manera general a cualquier situación en la que, por el motivo que sea, la transmisión a muy bajo precio se realice a favor de una sociedad constituida con arreglo a la legislación de otro Estado miembro en la cual participa el cedente o de una filial de dicha sociedad en el Reino de Suecia».<sup>52</sup>

90. No debe contemplar tampoco, «en general, cualquier situación en la que la sociedad matriz tenga, sea cual fuere el motivo, su domicilio fuera de la República Federal de Alemania»<sup>53</sup> ni referirse «de

48 — Sentencias, antes citadas, ICI, apartado 26; de 21 de noviembre de 2002, X e Y, apartados 60 y 61; Lankhorst-Hohorst, apartado 37, y De Lasteyrie du Saillant, apartado 50.

49 — *Idem*.

50 — Véase, en particular, la sentencia de 14 de diciembre de 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, Rec. p. I-11569), apartado 56.

51 — Sentencia ICI, antes citada, apartado 26.

52 — Sentencia de 21 de noviembre de 2002, X e Y, antes citada, apartado 61.

53 — Sentencia Lankhorst-Hohorst, antes citada, apartado 37.

manera general, a cualquier situación en la que un contribuyente que posee un porcentaje considerable de participaciones en una sociedad sujeta al impuesto de sociedades traslada, por cualquier razón, su domicilio fiscal fuera de Francia». <sup>54</sup>

91. En cambio, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden en cada caso concreto, basándose en elementos objetivos, tener en cuenta el comportamiento abusivo o fraudulento de las personas afectadas a fin de denegarles el beneficio de las disposiciones de Derecho comunitario invocadas. <sup>55</sup>

92. De lo anterior se deduce que, para que pueda estar justificada por la lucha contra la evasión fiscal, la legislación nacional no debe limitarse a referirse a una situación definida en términos generales, sino que debe permitir al juez nacional denegar, en cada caso concreto, el beneficio del Derecho comunitario a determinados contribuyentes o a determinadas sociedades que hayan realizado un montaje artificial con la finalidad de eludir el impuesto.

93. En la sentencia *Marks & Spencer*, antes citada, el Tribunal de Justicia, por primera vez que yo sepa, hizo una aplicación más amplia de la justificación basada en la lucha contra la evasión iscal. Esta aplicación se

produjo en un contexto especial, en relación con la legislación del Reino Unido relativa a la «consolidación fiscal». Conforme a esta legislación, las sociedades de un mismo grupo, residentes en el Reino Unido, pueden proceder entre ellas a una compensación de sus beneficios y de sus pérdidas. Sin embargo, esta posibilidad se deniega a una sociedad matriz residente por lo que respecta a las pérdidas sufridas por sus filiales que estén establecidas en otro Estado miembro. Esta diferencia de trato entre filiales en función de su residencia ha sido analizada de manera previsible como constitutiva de un obstáculo a la libertad de establecimiento.

94. Para justificar la referida diferencia de trato se invocaban tres motivos. Se sostenía, en primer lugar, que los beneficios y las pérdidas debían tratarse de forma simétrica en el marco de un sistema fiscal para salvaguardar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros. Se trataba, en segundo lugar, de evitar que las pérdidas fuesen tenidas en cuenta dos veces. El tercer motivo invocado consistía en evitar el riesgo de evasión fiscal.

95. El examen realizado por el Tribunal de Justicia de las justificaciones así invocadas aporta elementos que me parecen pertinentes para el presente asunto. Parece de utilidad recordar el contenido de éstos.

54 — Sentencia *De Lasteyrie du Saillant*, antes citada, apartado 50.

55 — Sentencias, antes citadas, *Centros*, apartado 25, y de 21 de noviembre de 2002, *X e Y*, apartado 42.

96. Por lo que se refiere a la primera justificación, el Tribunal de Justicia recordó su reiterada jurisprudencia, según la cual la reducción de ingresos fiscales no puede considerarse una razón imperiosa de interés general susceptible de ser invocada para justificar una medida contraria, en principio, a una libertad fundamental.<sup>56</sup>

97. El Tribunal de Justicia realizó, sin embargo, la siguiente precisión. Añadió que, sin embargo, el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros podría requerir que a las actividades económicas de las sociedades establecidas en uno de dichos Estados se les aplique únicamente la normativa tributaria de éste, tanto en lo relativo a los beneficios como a las pérdidas. En efecto, según el Tribunal de Justicia, «dar a las sociedades la facultad de optar entre el Estado miembro de establecimiento y otro Estado miembro para que se tengan en cuenta sus pérdidas pondría en grave peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, ya que la base imponible aumentaría en el primer Estado y disminuiría en el segundo por el valor de las pérdidas transferidas».<sup>57</sup>

98. Por lo que se refiere al riesgo de doble imputación de las pérdidas, el Tribunal de Justicia indica que los Estados miembros deben ser capaces de combatirlo.<sup>58</sup>

99. Por último, en cuanto al riesgo de evasión fiscal, el Tribunal de Justicia reconoce que la posibilidad de transferir las pérdidas de una filial no residente a una sociedad residente conlleva el riesgo de que las transferencias de las pérdidas se organicen dentro del grupo de sociedades y se imputen a sociedades establecidas en los Estados miembros que apliquen los tipos impositivos más elevados y donde, por consiguiente, el valor fiscal de las pérdidas sea mayor. El Tribunal de Justicia indica que excluir de la consolidación fiscal las pérdidas sufridas por filiales no residentes impide tales prácticas, que pueden verse alentadas por la existencia de diferencias notables entre los tipos impositivos aplicados en los distintos Estados miembros.<sup>59</sup>

100. El Tribunal de Justicia estimó, habida cuenta de estos tres motivos considerados conjuntamente, que la referida restricción perseguía objetivos legítimos y que era adecuada para alcanzarlos. Procedió a continuación a examinar su proporcionalidad y determinó en qué condiciones podía estar justificada.

101. Puedo deducir de esta motivación dos consideraciones que son pertinentes para el presente asunto.

56 — Sentencia Marks & Spencer, antes citada, apartado 44.

57 — *Ibidem*, apartados 45 y 46.

58 — *Ibidem*, apartados 47 y 48.

59 — *Ibidem*, apartados 49 y 50.

102. La primera de ellas se basa en que las libertades de circulación establecidas por el Tratado no tienen por objeto permitir a las sociedades transferir sus pérdidas o sus beneficios de un Estado miembro a otro en función de su propia conveniencia. Dicho de otro modo, el Tribunal de Justicia confirma que tales reglas no van dirigidas a cuestionar el reparto por los Estados miembros de su potestad tributaria ni el derecho de cada Estado a imponer las actividades económicas que han de realizarse en su territorio. Los Estados miembros pueden oponerse, por tanto, a tales transferencias, que tienen por objeto beneficiarse de las disparidades de los tipos impositivos aplicables a los beneficios ya obtenidos.

103. La segunda consideración que puede deducirse de la sentencia Marks & Spencer, antes citada, se refiere a que la primera consideración no debe cuestionar el alcance de los artículos 43 CE y 48 CE que he descrito en la primera parte de mi análisis. En el apartado 44 de la citada sentencia, el Tribunal de Justicia confirma en efecto su reiterada jurisprudencia según la cual la reducción de ingresos fiscales no constituye una razón imperiosa de interés general que pueda justificar una restricción del ejercicio de las libertades garantizadas por el Tratado. El Estado miembro en el que está establecida la sociedad matriz no puede oponerse, por tanto, a la creación por ésta de una filial en otro Estado miembro con el pretexto, por ejemplo, de que las actividades en él ejercidas por ésta podrían serlo en su propio territorio y estar sujetos a su soberanía fiscal.

104. La cuestión de si las transacciones entre una SEC y su sociedad matriz que tengan por efecto la disminución del beneficio imponible de esta última constituyen una evasión fiscal pasa por la búsqueda de un justo equilibrio entre estos dos principios.

105. Tal búsqueda conduce, a mi juicio, a partir del criterio tomado en consideración cuando se trata de apreciar la existencia de una práctica abusiva, que es el de saber si el objetivo perseguido por la disposición de Derecho comunitario invocada se cumple.<sup>60</sup> Se trata, pues, de apreciar si la implantación de la SEC en un Estado de reducido nivel impositivo y las transacciones realizadas por ésta con la sociedad matriz que tengan por efecto una disminución de los impuestos adeudados por esta última en el Estado de origen constituyen operaciones que se enmarcan efectivamente dentro del ámbito del objetivo de la libertad de establecimiento.

106. Ya hemos visto que el concepto de «establecimiento» en el sentido de los artículos 43 CE y siguientes del Tratado, implica el ejercicio efectivo de una actividad económica en el Estado de acogida. Si la filial ejerce efectivamente tal actividad en dicho

60 — Sentencias de 2 de mayo de 1996, Paletta (C-206/94, Rec. p. I-2357), apartado 25; de 23 de marzo de 2000, Diamantis (C-373/97, Rec. p. I-1705), apartado 34, y Emsland-Stärke, antes citada, apartado 52.

Estado y, en este marco, proporciona a su sociedad matriz prestaciones reales y efectivas, no creo que pueda considerarse que esta situación constituye, en sí misma, un fraude o una evasión fiscal, ni siquiera cuando el pago de dichas prestaciones se traduzca en una disminución de los beneficios imponibles de la sociedad matriz en el Estado de origen.

107. Por lo que respecta al objetivo de la libertad de establecimiento, dado que la filial ejerce una actividad económica real en el Estado de acogida, no existe diferencia entre la prestación de servicios a terceros y la prestación de esos mismos servicios a sociedades que pertenezcan al mismo grupo que la filial.

108. Por otra parte, la prestación de servicios por la filial a su sociedad matriz constituye una actividad económica, que se traduce en transacciones entre personas jurídicas distintas. La circunstancia de que estas sociedades estén vinculadas no es óbice para que los precios de dichas operaciones se fijen en condiciones normales de competencia.<sup>61</sup> El riesgo de evasión fiscal en el marco

de tales transacciones no es comparable, por tanto, al que se crearía mediante la transferencia de pérdidas de filiales extranjeras a una sociedad matriz residente, de que se trata en el asunto Marks & Spencer, antes citado, ya que tal transferencia de pérdidas se realizaría mediante un mero juego de asientos contables. Por consiguiente, las transacciones entre una SEC y su sociedad matriz que tengan por efecto reducir los beneficios imponibles de esta última únicamente pueden considerarse una evasión fiscal si la implantación de dicha filial y las referidas transacciones constituyen, según la jurisprudencia recordada anteriormente, un montaje puramente artificial cuyo objetivo sería eludir la ley nacional.

109. De igual modo, el hecho de que una sociedad centralice en otro Estado miembro de reducido nivel impositivo la realización de determinadas actividades útiles para el conjunto del grupo y que pretenda por este medio reducir la carga fiscal global soportada por el citado grupo no me parece tampoco que constituya en sí mismo una práctica abusiva. En tal supuesto, dado que la filial que realiza dichas prestaciones intragrupos ejerce una actividad económica real en el Estado de acogida, a cuya soberanía fiscal está sujeta, no se vulnera, *a priori*, el reparto territorial de la potestad tributaria de los Estados miembros. En efecto, la pérdida de beneficios imponibles en el Estado de origen es el resultado de la actividad económica que se realiza en el Estado de acogida y se grava en éste.

61 — Este tipo de transacciones intragrupos dio lugar a la elaboración por la OCDE de los principios aplicables en materia de precio de transferencia, que establecen de qué manera los precios de tales operaciones deben ser calculados por las administraciones nacionales para determinar correctamente el impuesto adeudado en cada país y evitar la doble imposición [véase, en particular, el proyecto de la OCDE sobre las prácticas fiscales perjudiciales — Nota de aplicación consolidada — Indicaciones para la aplicación del informe 1998 a los regímenes fiscales preferenciales (pp. 30 y ss.), disponible en el sitio de Internet: <http://www.oecd.org/dataoecd/60/31/30901141.pdf>].

110. Por tanto, puede deducirse de ello que la apreciación de la existencia de un montaje puramente artificial destinado a eludir la ley fiscal nacional en el marco de las relaciones de una sociedad matriz con una SEC pasa necesariamente por un examen, en cada caso concreto, de la realidad de la implantación de la filial en el Estado de acogida y de la sustancia de sus actividades en dicho Estado con relación a los servicios prestados a la sociedad matriz, cuyo pago tuvo por efecto una reducción de los impuestos adeudados por ésta en el Estado de origen.

111. El Reino Unido y la Comisión han citado a este respecto tres criterios que me parecen pertinentes. Se trata, por un lado, del nivel de presencia física de la filial en el Estado de acogida, por otro lado, de la sustancia real de la actividad prestada por la filial y, por último, del valor económico de esta actividad con relación a la sociedad matriz y al conjunto del grupo.

112. El primero de estos criterios versa sobre la realidad de la implantación de la filial en el Estado de acogida. Conduce a examinar si la filial dispone de los locales, el personal y los equipos necesarios para la realización de los servicios prestados a la sociedad matriz y que tienen por efecto la reducción del impuesto adeudado en el Estado de origen. De no ser así, la sujeción de estas prestaciones a la soberanía fiscal del citado Estado constituirá

un montaje puramente artificial destinado a eludir el impuesto.

113. El segundo de estos criterios se refiere al carácter efectivo de los servicios prestados por la filial. Se trata, en este ámbito, de examinar la competencia del personal de la filial con relación a los servicios prestados así como el nivel de toma de decisiones en la realización de dichos servicios. Si, por ejemplo, la filial resulta ser tan sólo un mero instrumento de ejecución, puesto que las decisiones necesarias para la realización de las prestaciones que se le abonan se toman a otro nivel, está justificado también considerar que la sujeción de dichas prestaciones a la soberanía fiscal del Estado de acogida constituye un montaje puramente artificial.

114. El tercer criterio, relativo al valor añadido por la actividad de la filial, es sin duda más delicado de aplicar si los servicios prestados por ésta corresponden efectivamente al ejercicio de actividades reales en el Estado de acogida. No obstante, este criterio me parece pertinente en la medida en que pudiera permitir tomar en consideración la situación objetiva en la que los servicios prestados por la filial carecen de todo interés económico con relación a la actividad de la sociedad matriz. Si así fuera, me parece posible admitir que existe un montaje puramente artificial porque el pago por la sociedad matriz de las prestaciones de que se trata carece, de algún modo, de contrapartida. El pago de tales prestaciones podría

considerarse, por tanto, una transferencia pura y simple de beneficios de la sociedad matriz a la filial.

115. En cambio, al igual que la Comisión y a diferencia de lo que afirma el Reino Unido, yo tampoco creo que la motivación de la creación de la filial y de la elección de su país de implantación pueda constituir un criterio pertinente. Dicho de otro modo, la existencia de un montaje puramente artificial no puede deducirse de la intención confesada de la sociedad matriz de obtener una reducción de sus impuestos en el Estado de origen.

116. Como ha podido verse, las razones subjetivas por las que un operador económico ejerció los derechos de circulación que le otorga el Tratado no pueden cuestionar la protección que le confieren dichos derechos, a partir del momento en que se cumple la finalidad perseguida por éstos. Cuando así suceda, el hecho de que una sociedad matriz haya decidido deslocalizar determinados servicios necesarios para el ejercicio de sus actividades en un Estado de reducido nivel impositivo con el fin de disminuir su carga fiscal no constituye un elemento pertinente para caracterizar una evasión fiscal.

117. Por tanto, la existencia de un montaje puramente artificial destinado a eludir la ley fiscal nacional únicamente puede acreditarse sobre la base de elementos objetivos.

118. A la misma conclusión llegamos si nos atenemos de nuevo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al concepto de «abuso de Derecho». Según esta jurisprudencia, la existencia de una práctica abusiva debe acreditarse basándose en elementos objetivos.<sup>62</sup> Como ha declarado recientemente el Tribunal de Justicia en la sentencia Halifax y otros, antes citada, la existencia de tal práctica requiere que se acredite, a la luz de «un conjunto de elementos objetivos», que el objetivo esencial de las operaciones de que se trata es la obtención de una ventaja fiscal cuya concesión sería contraria al objetivo perseguido por dicha legislación.<sup>63</sup>

119. Las autoridades nacionales competentes, a las que incumbe esta comprobación, no deben examinar, por tanto, cuál era la intención subjetiva de las partes, cuya prueba sería muy difícil de aportar y constituiría una fuente de inseguridad jurídica. Deben basarse en elementos como la colusión entre un exportador y un importador,<sup>64</sup> o el carácter

62 — Véanse la sentencia Emsland-Stärke, antes citada, apartados 52 y 53, y el análisis de los criterios establecidos en dicha sentencia realizado por el Abogado General Poiares Maduro en sus conclusiones en el asunto Halifax y otros (sentencia de 21 de febrero de 2006, C-255/02, Rec. p. I-1609).

63 — Sentencia Halifax y otros, antes citada, apartados 74 y 75.

64 — Sentencia Emsland-Stärke, antes citada, apartado 53. Emsland-Stärke había exportado mercancías a países terceros, que habían sido reexpedidas casi de inmediato a la Comunidad, previo pago de los derechos de importación correspondientes, pero cuyo importe era inferior a las restituciones a la exportación asignadas al exportador. Se trataba de saber si, en tal supuesto, el exportador podía optar a las restituciones a la exportación.

puramente artificial de las operaciones de que se trate así como los vínculos de carácter jurídico, económico y/o personal entre los operadores implicados en el plan de reducción de la carga fiscal.<sup>65</sup>

120. Si se traslada este análisis al ámbito de nuestro asunto, nos encontramos con los criterios objetivos propuestos por el Reino Unido y la Comisión. Estamos, en efecto, ante una situación en la que una sociedad residente creó una filial controlada por ella en un Estado miembro de fiscalidad más ventajosa que el Estado de origen y que realizó con dicha filial operaciones que tuvieron por efecto una reducción de su carga impositiva en el citado Estado.

121. En tal supuesto, la prueba de que la implantación de dicha filial y las transacciones de que se trata no podían tener otro objetivo que la obtención de una reducción del impuesto que sería contraria a la finalidad de la libertad de establecimiento pasa, como ya se ha indicado, por un examen

65 — Sentencia Halifax y otros, antes citada, apartado 81. Se trataba, en dicho asunto, de prácticas realizadas por sujetos pasivos que efectuaban operaciones exentas o que no podían deducir por tanto, o solamente parcialmente, el impuesto sobre el valor añadido (IVA) abonado en el marco de trabajos de construcción de locales. Estas prácticas consistían en transferir el alquiler del inmueble construido a una entidad controlada, la cual tenía derecho a optar por la tributación del arrendamiento de dicho inmueble y, a través de ello, a deducir la totalidad del IVA soportado sobre los gastos de construcción.

de la realidad de la implantación de la filial en el Estado de acogida y de la sustancia de dichas transacciones, sin que proceda atenderse a las motivaciones o a las intenciones subjetivas de los asociados.

122. Precisamente a la luz de estas consideraciones voy a examinar si la legislación del Reino Unido sobre las SEC es adecuada para luchar contra la evasión fiscal y si no va más allá de este objetivo.<sup>66</sup>

123. La legislación de que se trata tiene por objeto, como he indicado, luchar contra los desvíos de beneficios, realizados por una sociedad que tiene su residencia fiscal en el Reino Unido mediante la creación de una filial en un país de reducido nivel impositivo y la realización de transacciones intragrupos cuyo objetivo principal es la transferencia de dichos beneficios a esta filial.

124. El procedimiento impugnado consiste, pues, en que una sociedad matriz reduzca sus beneficios imponibles mediante el pago de prestaciones a su filial, contando con que los beneficios de ésta serán gravados en el Estado de acogida a un tipo muy inferior al vigente en el Estado de origen.

66 — Sentencias de 15 de mayo de 1997, Futura Participations y Singer (C-250/95, Rec. p. I-2471), apartado 26 y la jurisprudencia allí citada, así como sentencias, antes citadas, de 21 de noviembre de 2002, X e Y, apartado 49, y De Lasteyrie du Saillant, apartado 49.

125. Al integrar los beneficios obtenidos por la SEC en la base imponible de la sociedad matriz, la legislación de que se trata anula sin duda alguna los efectos de tal práctica. Esta legislación es adecuada, por tanto, para garantizar la realización del objetivo para el que fue adoptada.

126. Queda por examinar si no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

127. La legislación del Reino Unido sobre las SEC, como ya he indicado, es de aplicación cuando una filial de una sociedad residente, que es controlada por esta última, está establecida en un Estado en el que sus beneficios se gravan a un nivel que es inferior a las tres cuartas partes del importe del impuesto que se habría pagado si dichos beneficios se hubieran gravado en el Reino Unido.

128. Esta legislación prevé igualmente cinco excepciones en virtud de las cuales queda excluida. Estas excepciones, recordémoslo, son de aplicación si la filial distribuye una parte considerable de sus beneficios a la sociedad matriz, o si ejerce determinadas actividades como, en particular, actividades

comerciales, o si cumple el «requisito de cotización pública», o si el beneficio imponible de la SEC no sobrepasa un determinado importe. Si no se cumple ninguno de los cuatro primeros requisitos, la Ley sobre las SEC únicamente queda excluida si la sociedad residente cumple el «criterio de los motivos».

129. Este criterio comprende dos requisitos acumulativos que se refieren, el primero, a las transacciones realizadas entre la SEC y su sociedad matriz y, el segundo, a la implantación de la filial.

130. En primer lugar, si las transacciones que reflejan los beneficios de la filial correspondientes al ejercicio de que se trata producen una reducción de los impuestos que se hubieran adeudado en el Reino Unido si dichas transacciones no se hubieran efectuado y dicha reducción sobrepasa un determinado importe, el contribuyente debe demostrar que la reducción del impuesto en el Reino Unido no era el objetivo principal o uno de los objetivos principales de dichas transacciones.

131. En segundo lugar, el contribuyente debe demostrar que la razón principal o una de las razones principales de la existencia de la filial no era, por lo que respecta al ejercicio de que se trata, la obtención de una reducción del impuesto en el Reino Unido por la vía de un desvío de beneficios hacia dicho Estado miembro.

132. Existe también una lista de países en los que, siempre que concurren determinados requisitos, la aplicación de la legislación sobre las SEC está excluida.

133. Por último, procede recordar también que la legislación del Reino Unido sobre las SEC contiene un sistema de imputación del impuesto que ha sido pagado por la filial en el Estado de acogida para evitar que dichos beneficios, debido a su atribución a la sociedad matriz, no sean objeto de doble imposición.

134. Irlanda sostiene que el objetivo perseguido por la citada legislación podría alcanzarse con medidas menos rigurosas, como los intercambios de información en el marco de la Directiva 77/799. Señala asimismo que tales intercambios pueden producirse también en el marco del Convenio celebrado el 2 de junio de 1976 entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte e Irlanda para la eliminación de la doble imposición y la prevención de la evasión fiscal por lo que respecta a la tributación de los rendimientos y los beneficios del capital. Sostiene, por último, que la aplicación de la legislación controvertida impone una carga significativa y desproporcionada a las sociedades matrices residentes en el Reino Unido que tienen una filial en Irlanda.

135. En realidad, no me convence esta apreciación de Irlanda. Es cierto que los intercambios de información en el marco de

la Directiva 77/799 deben permitir luchar contra la evasión fiscal y que dicha Directiva ha sido invocada con frecuencia por el Tribunal de Justicia en el sentido de que ofrece a los Estados miembros posibilidades suficientes para superar las dificultades administrativas relacionadas con el conocimiento de la situación de los contribuyentes no residentes.<sup>67</sup> Es igualmente cierto que la legislación del Reino Unido sobre las SEC establece una presunción. Así, cuando no son aplicables ninguno de los cuatro primeros requisitos citados y las transacciones realizadas entre la filial y su sociedad matriz tienen por efecto una reducción, superior a un importe mínimo, del impuesto que ésta hubiera adeudado si dichas transacciones no hubieran sido realizadas, incumbe al contribuyente demostrar la inexistencia de evasión fiscal.

136. No obstante, habida cuenta de la situación especial contemplada en la legislación de que se trata, no estoy convencido de que los intercambios de información en el marco de la Directiva 77/799 puedan tener una eficacia comparable a la de la referida legislación. De igual modo, no comparto el análisis según el cual debe considerarse que dicha legislación, debido a la presunción que establece, impone a las sociedades a las que se aplica una carga desproporcionada.

67 — Véanse, en particular, las sentencias de 14 de febrero de 1995, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225), apartado 45, y de 28 de octubre de 1999, Vestergaard (C-55/98, Rec. p. I-7641), apartado 26. Véase, para un ejemplo reciente, la sentencia de 4 de marzo de 2004, Comisión/Francia (C-334/02, Rec. p. I-2229), apartado 31.

137. Por una parte, en efecto, la legislación del Reino Unido sobre las SEC, a la luz del conjunto de sus requisitos de aplicación y de exención, únicamente es de aplicación en circunstancias muy concretas, que corresponden al supuesto de que existan más probabilidades de riesgo de evasión fiscal.

138. Así, como señaló la Comisión en la vista, es mucho más fácil crear una SEC artificial cuando se considere que debe prestar servicios que cuando debe realizar una actividad de producción de un bien de consumo. De este modo, cuando los servicios de que se trata consisten, como en el caso de autos, en captar fondos y proporcionarlos a las filiales del grupo mundial Cadbury, pueden ser prestados en nombre de la SEC por personal e instrumentos informáticos que no se encuentran física y materialmente en Irlanda. En el caso de tales servicios, la sociedad creada formalmente en Dublín puede no tener allí ninguna consistencia material y ser únicamente lo que se ha dado en llamar un «buzón».

139. Además, es probable que sean más de temer tales montajes cuando la SEC se cree en un Estado con muy reducido nivel impositivo. Por último, la comprobación de que las transacciones realizadas entre ésta y

su sociedad matriz tuvieron por efecto una disminución superior a un importe mínimo del impuesto adeudado en el Reino Unido y la inexistencia de reparto de dividendos imponibles en el Estado de origen constituyen elementos objetivos que pueden corroborar la hipótesis de una evasión fiscal.

140. En tal supuesto, habida cuenta de la facilidad con la que pueden deslocalizarse dichos servicios, no considero excesivo que un Estado miembro establezca una presunción de evasión fiscal en lugar de remitirse a una comunicación de información *a posteriori*.

141. Por otro lado, la existencia de tal legislación ofrece el interés de contribuir a la seguridad jurídica de los operadores económicos. Les permite, en efecto, saber por anticipado que, en el supuesto antes mencionado, existe una presunción de evasión fiscal. Así, dichos operadores están advertidos de que deberán poder justificar la realidad de la implantación de su filial en el Estado de acogida así como la sustancia de las transacciones realizadas con ésta.

142. No creo, sin embargo, que la preparación de estas justificaciones constituya una carga de trabajo desproporcionada. Cabe pensar que tales justificaciones podrían también deber aportarse en el marco de un control fiscal «ordinario», llevado a cabo en el marco del régimen nacional de Derecho común dirigido a luchar contra la evasión

fiscal.<sup>68</sup> La legislación de que se trata, en la medida en que establece por anticipado los supuestos en los que han de proporcionarse tales justificaciones, me parece más bien favorable a los operadores económicos.

legislación controvertida pueda quedar excluida y que, por consiguiente, la aplicación de dicha Ley pueda limitarse a los montajes puramente artificiales cuya finalidad es eludir la legislación fiscal nacional.

143. Lo que importa, en cambio, es que pueda invertirse efectivamente la presunción establecida por la Ley mencionada. Como señalaron con razón varios Estados miembros y la Comisión, el hecho de que no sea de aplicación ninguna de las cuatro primeras excepciones y la circunstancia de que las transacciones realizadas entre la filial y su sociedad matriz hayan tenido por efecto una disminución significativa del impuesto adeudado en el Reino Unido no bastan para demostrar la existencia de un montaje puramente artificial.

145. Con arreglo a la jurisprudencia, esta demostración debe poder aportarla el contribuyente con arreglo a las normas de la prueba del Derecho nacional, siempre que no se desvirtúe la eficacia del Derecho comunitario.<sup>69</sup>

144. No está descartado que los servicios que fueron objeto de las transacciones de que se trata correspondan a actividades reales llevadas a cabo por la filial en el Estado de acogida. De igual modo, una filial puede tener motivos legítimos para no proceder a un reparto de beneficios de un importe equivalente al previsto por la legislación de que se trata. Es preciso, por tanto, que la presunción establecida por la

146. Es el criterio de los motivos el que, dentro del sistema de la legislación controvertida, debe permitir a la administración nacional tener en cuenta la situación específica de cada contribuyente.

147. La Comisión, apoyada a este respecto por los Gobiernos belga y chipriota, afirma que dicho criterio no es totalmente satisfactorio puesto que, por un lado, nada indica que la Hacienda británica realice ningún tipo de análisis de las actividades reales de la filial y, por otro lado, el referido criterio tiene por efecto mantener dentro del ámbito de aplicación de la legislación sobre las SEC a las sociedades que han deseado beneficiarse

68 — El órgano jurisdiccional remitente no ha aportado datos a este respecto. Sin embargo, cabe suponer que a la creación de una SEC artificial para eludir el impuesto nacional podría serle de aplicación el principio enunciado por la House of Lords en el asunto *W.T. Ramsay Ltd/Inland Revenue Commissioners* [1982] A.C. 300, según el cual, en el caso de que una operación fiscal consista en una serie de operaciones artificiales que no tengan otra finalidad que una reducción de los impuestos, lo que ha de hacerse es gravar el efecto de la operación en su conjunto. (*Simon's Direct Tax Service*, Butterworths, Londres, 2005, vol. 7, apartados 12.203 a 12.211).

69 — Véase, en este sentido, la sentencia *Emsland-Stärke*, antes citada, apartados 52 a 54 y la jurisprudencia allí citada.

del tipo impositivo inferior en el Estado de acogida. La Comisión recuerda que tal elección no constituye un montaje puramente artificial.

148. Si se considerase fundada la interpretación realizada por la Comisión del criterio de los motivos, yo sería también de la opinión de que la legislación del Reino Unido sobre las SEC va más allá de lo necesario para luchar contra la evasión fiscal. Como ya se ha visto, la circunstancia de que una sociedad haya decidido centralizar la realización de servicios en un Estado miembro que tiene una fiscalidad muy ventajosa con el objetivo de reducir su carga fiscal no demuestra la existencia de un montaje puramente artificial.

149. Sin embargo, no es seguro, habida cuenta de la descripción del marco jurídico realizada por el órgano jurisdiccional remitente, que el criterio de los motivos deba ser objeto de tal interpretación. Así, no sé con certeza si el primer elemento de este criterio, relativo a las prestaciones que tienen por efecto una reducción significativa del impuesto adeudado en el Reino Unido, permite o no al contribuyente quedar exento justificando la sustancia de dichas prestaciones. De igual modo, no puede concluirse claramente si el segundo elemento se vincula a las motivaciones subjetivas de los socios o si puede cumplirse cuando el contribuyente prueba la realidad de la implantación de la filial en el Estado de acogida.

150. Considero, en esta fase, que es al órgano jurisdiccional remitente, al que incumbe verificar la compatibilidad de su Ley nacional sobre las SEC con el Derecho comunitario, a quien corresponde apreciar si el criterio de los motivos puede ser objeto de una interpretación que permita limitar la aplicación de dicha Ley a los montajes artificiales destinados a eludir la legislación fiscal nacional.

151. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, creo que debe responderse a la cuestión prejudicial que los artículos 43 CE y 48 CE no se oponen a una legislación fiscal nacional que prevé la inclusión en la base imponible de una sociedad matriz residente de los beneficios obtenidos por una SEC establecida en otro Estado miembro cuando dichos beneficios estén sujetos en este Estado a un nivel impositivo muy inferior al vigente en el Estado de residencia de la sociedad matriz, si dicha legislación se aplica únicamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir la ley nacional. Tal legislación debe, pues, permitir al contribuyente quedar exento justificando que la filial controlada está realmente implantada en el Estado de establecimiento y que las transacciones que tuvieron por efecto una disminución de la carga impositiva de la sociedad matriz corresponden a prestaciones efectivamente realizadas en dicho Estado y que no carecían de interés económico con respecto a la actividad de la referida sociedad.

## V. Conclusión

152. Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, propongo que se responda de la siguiente manera a la cuestión planteada por los Special Commissioners:

«Los artículos 43 CE y 48 CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una legislación fiscal nacional que prevé la inclusión en la base imponible de una sociedad matriz residente de los beneficios obtenidos por una sociedad extranjera controlada establecida en otro Estado miembro cuando dichos beneficios estén sujetos en este Estado a un nivel impositivo muy inferior al vigente en el Estado de residencia de la sociedad matriz, si dicha legislación se aplica únicamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir la ley nacional. Tal legislación debe, pues, permitir al contribuyente quedar exento justificando que la filial controlada está realmente implantada en el Estado de establecimiento y que las transacciones que tuvieron por efecto una disminución de la carga impositiva de la sociedad matriz corresponden a prestaciones efectivamente realizadas en dicho Estado y que no carecían de interés económico con respecto a la actividad de la referida sociedad.»