

## Comentario a las Sentencias del Tribunal General de la UE (Sala Séptima), de 24 de Septiembre 2019 <sup>1</sup>

**Jose Manuel Calderón**

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

Miembro de la AEDAF

**Asuntos:** *Starbucks* (T-760/15 y T-636/16) y *Fiat* (T-755/15 y T-759/15)

**Partes:** *Starbucks* (Países Bajos, apoyada por Irlanda y Starbucks frente a la Comisión), y *Fiat* (Luxemburgo, apoyada por Irlanda y Fiat frente a la Comisión)

**Síntesis:** Prohibición de ayudas de estado–artículo 107.1 TFUE–Concepto de Ayuda Selectiva–Acuerdos Previos sobre Precios de transferencia y tax rulings–Aplicación del principio de plena competencia y ayudas de estado

### 1. Comentario

Estas dos sentencias del TGUE establecen una importante «jurisprudencia» sobre el impacto de la prohibición de ayudas de estado con respecto a APAs o *tax rulings* relativos a precios de transferencia.

La doctrina fijada por el TGUE establece un nuevo punto de equilibrio entre, por un lado, las potestades de control de la Comisión en materia de ayudas de estado y, por otro, la competencia y el margen de discrecionalidad de las administraciones tributarias de los Estados miembros para determinar *ex ante* (e incluso *ex post* a través de *tax settlements*) la metodología de precios de transferencia a través de APAs y *tax rulings*.

Esta jurisprudencia, por tanto, posee gran trascendencia práctica ya que contribuye a fijar los límites de la potestad de control de la Comisión con arreglo al art.107.1 TFUE en una materia muy sensible y compleja como es la de los acuerdos de fijación de los precios de transferencia.

En particular, la doctrina del TGUE aporta luz sobre un conjunto de cuestiones que poseen gran relevancia en este contexto como el alcance del principio de plena competencia como corolario del principio de igualdad tributaria a los efectos del art.107.1 TFUE, el umbral de carga de la prueba que debe cumplir la Comisión a efectos de probar que la metodología de un acuerdo (*APA/tax ruling*) resulta inconsistente y no permite obtener resultados de mercado, el margen de apreciación que ostentan las administraciones, la incidencia de los eventuales errores metodológicos recogidos en un APA/ruling, el estándar de comparabilidad, la selección del método más adecuado, la inadmisibilidad del *hindsight*, o la relevancia que posee el estándar internacional del principio de plena competencia representado por las Directrices OCDE en materia de transferencia a efectos de fundamentar técnicamente la consistencia de una metodología recogida en un APA/ruling.

Estas sentencias representan, en gran medida, una victoria de la Comisión en relación con la posición desarrollada sobre la aplicación del art.107 TFUE para controlar acuerdos de fijación de precios de transferencia por parte de las administraciones tributarias de los Estados miembros. No obstante, el

<sup>1</sup> Estas dos sentencias del TGUE se comentan conjuntamente por razones sistemáticas.

---

TGUE eleva el umbral de prueba que le corresponde a la Comisión a efectos de demostrar la concesión de una ventaja fiscal selectiva a través de un APA/tax ruling.

Estas sentencias dejan muchas cuestiones abiertas y, en tal sentido, no puede decirse que hayan clarificado completamente las reglas de juego en la materia. Habrá que esperar a la jurisprudencia que dicte en el futuro el TJUE para terminar de fijar progresivamente los principios que permitan operar en este contexto en condiciones mínimas de seguridad jurídica.

## 2. Antecedentes y contexto de las sentencias del TGUE

---

En el año 2015 la Comisión Europea adoptó sendas decisiones<sup>2</sup>, con arreglo al art.107 TFUE, estableciendo que Luxemburgo y los Países Bajos habían concedido ventajas fiscales selectivas a Fiat Finance and Trade y a Starbucks, respectivamente, que son ilegales con arreglo a las normas de la UE sobre ayudas estatales.

La entonces comisaria responsable de la Política de Competencia (Sra.Vestager), declaró al respecto que: *«Las resoluciones fiscales que reducen de manera artificial la carga tributaria de una empresa no se ajustan a las normas de la UE en materia de ayudas estatales y son ilegales. Espero que, con las decisiones adoptadas hoy, este mensaje llegue tanto a las administraciones públicas de los Estados miembros como a las empresas. Todas las empresas, grandes o pequeñas, multinacionales o no, deben pagar la cuota justa de impuestos que les corresponda».*

A raíz de investigaciones exhaustivas, iniciadas en junio de 2014, la Comisión llegó a la conclusión de que Luxemburgo concedió ventajas fiscales selectivas a la sociedad financiera de Fiat, y los Países Bajos, a la empresa de torrefacción de café de Starbucks. En ambos casos, una resolución fiscal (APA/tax ruling) emitida por las autoridades fiscales nacionales respectivas rebajó artificialmente el impuesto pagado por estas empresas.

Las dos resoluciones fiscales investigadas aprobaron **métodos artificiales y complejos** para determinar los beneficios imponibles de las empresas, sin reflejar la **realidad económica**. De acuerdo con estos métodos, los precios de bienes y servicios vendidos entre empresas de los grupos Fiat y Starbucks (denominados «precios de transferencia») se fijaron en un nivel que no se correspondía con las condiciones de mercado. Como resultado de ello, la Comisión mantiene que la mayor parte de los beneficios de la empresa de torrefacción de café de Starbucks se trasladaban al extranjero, donde tampoco se gravaban, y la sociedad financiera de Fiat solo tributaba por una pequeña parte de sus beneficios reales.

La Comisión considera que esta práctica es ilegal de acuerdo con las normas de la UE sobre ayudas estatales: las resoluciones fiscales no pueden respaldar métodos, independientemente de su complejidad, que fijen precios de transferencia sin justificación económica y que trasladen indebidamente los beneficios a fin de reducir los impuestos pagados por la empresa. Esta obtendría así una ventaja competitiva injusta con respecto a otras empresas (generalmente pymes), que tributan en función de sus beneficios reales porque pagan precios de mercado por los bienes y servicios que utilizan.

De acuerdo con todo ello, la Comisión ordenó a Luxemburgo y los Países Bajos que recuperasen de Fiat y Starbucks, respectivamente, los impuestos impagados, con el fin de eliminar la ventaja competitiva desleal de la que se han beneficiado, y que restablezcan la igualdad de trato con otras empresas que se encuentran en situaciones similares. La cantidad reclamada a cada empresa asciende al menos a 20 millones de euros. Ello significa, asimismo, que ambas empresas ya no podrán seguir beneficiándose del trato fiscal favorable concedido mediante estas resoluciones (APAs/tax rulings).

---

<sup>2</sup> Véase la *Press Release* de la Comisión de 21 octubre de 2015 IP/15/5880. Decisión nº2016/2326 de 21 de octubre 2015 (SA.38375) frente a Luxemburgo (caso Fiat) y Decisión 2017/502, de 21 octubre 2015 (SA.38374) frente a Países Bajos (caso Starbucks).

### La decisión de la Comisión relativa a los tax rulings emitidos por Luxemburgo con respecto a Fiat

De acuerdo con la decisión de la Comisión, Fiat Finance and Trade, con sede en Luxemburgo, presta servicios financieros, como préstamos intragrupo, a otras empresas del grupo automovilístico Fiat y lleva a cabo numerosas operaciones con empresas del grupo Fiat en Europa.

La investigación de la Comisión puso de manifiesto que una resolución fiscal emitida por las autoridades luxemburguesas en 2012 determinó una ventaja selectiva para Fiat Finance and Trade, que redujo de forma indebida su carga fiscal desde 2012 en 20-30 millones de euros.

Dado que las actividades de esta sociedad son comparables a las de un banco, sus beneficios imponibles pueden determinarse del mismo modo que en el caso de un banco, es decir, calculando el rendimiento del capital utilizado por la sociedad para sus actividades de financiación. Sin embargo, la resolución fiscal aprueba, según la Comisión, un método artificial y sumamente complejo que no resulta adecuado para el cálculo de los beneficios imponibles con arreglo a las condiciones del mercado. En particular, reduce artificialmente los impuestos pagados por Fiat Finance and Trade de dos maneras:

- Debido a una serie de **hipótesis y ajustes a la baja sin justificación económica**, la base de capital calculada por la resolución fiscal es mucho menor que el capital real de la empresa.
- La **remuneración** estimada de este capital (mucho más reducido) a efectos fiscales es también muy inferior en comparación con los tipos de mercado.

Como consecuencia de ello, Fiat Finance and Trade solamente ha pagado impuestos sobre una pequeña parte de su capital contable real, a una remuneración muy baja. Por principio, si los beneficios imponibles se calculan sobre la base del capital, el nivel de capitalización de la empresa debe ser acorde con las normas del sector financiero. La evaluación de la Comisión reveló que si las estimaciones del capital y la remuneración aplicadas en este caso hubieran estado en consonancia con las condiciones del mercado, los beneficios imponibles declarados en Luxemburgo habrían sido 20 veces más elevados.

### La decisión de la Comisión frente a Países Bajos en relación con el APA de Starbucks

Según la decisión de la Comisión, Starbucks Manufacturing EMEA BV («Starbucks Manufacturing», SMBV en adelante), con sede en los Países Bajos, es la única empresa de torrefacción de café de Starbucks en Europa. Vende y distribuye café tostado y productos relacionados con el café (por ejemplo, tazas, alimentos envasados o productos de pastelería) a establecimientos de Starbucks de Europa, Oriente Medio y África.

La investigación de la Comisión puso de manifiesto que una resolución fiscal emitida por las autoridades neerlandesas en 2008 supuso una ventaja selectiva para Starbucks Manufacturing, que redujo de forma indebida su carga fiscal desde 2008 en 20-30 millones de euros. En particular, redujo artificialmente los impuestos pagados por esta sociedad de dos maneras:

- Starbucks Manufacturing (SMBV) paga un **canon** muy sustancial a Alki (sociedad del grupo Starbucks con sede en el Reino Unido) por la utilización de conocimientos técnicos en materia de torrefacción de café.
- Además, paga un **precio excesivamente elevado** por granos de café verde a Starbucks Coffee Trading SARL, con sede en Suiza.

La investigación de la Comisión determinó que el canon pagado por Starbucks Manufacturing a Alki carece de justificación, ya que no refleja debidamente el valor de mercado. De hecho, solo la empresa Starbucks Manufacturing está obligada a pagar por la utilización de dichos conocimientos técnicos; ninguna otra empresa del grupo Starbucks ni los torrefactores independientes a los que se externaliza el proceso de torrefacción están obligados a pagar un canon por el mismo concepto en una situación básicamente similar. No obstante, en el caso de Starbucks Manufacturing, la existencia y el nivel del

---

canon implican que gran parte de sus beneficios imponibles se trasladan indebidamente a Alki, que no tiene la obligación de pagar el impuesto de sociedades en el Reino Unido ni en los Países Bajos.

Además, la investigación reveló que la base impositiva de Starbucks Manufacturing queda indebidamente reducida por el margen excesivo que paga por el café verde a la empresa suiza Starbucks Coffee Trading SARL. De hecho, este precio se ha triplicado con creces desde 2011. Debido a este elevado factor de coste clave en la torrefacción de café, las actividades torrefactoras de Starbucks Manufacturing no generarían, por sí solas, suficientes beneficios para pagar el canon por conocimientos técnicos a Alki. Así pues, el canon principalmente traslada a Alki los beneficios generados por la venta de otros productos en los establecimientos Starbucks, como té, productos de pastelería o tazas, que representan la mayor parte del volumen de negocios de Starbucks Manufacturing.

### **3. Fundamentación jurídica de las sentencias del TGUE en los casos Starbucks y Fiat**

---

#### **3.1. La sentencia del TGUE en el caso Starbucks**

La sentencia del TGUE analiza la compatibilidad con el art.107 TFUE de la decisión de la Comisión que consideró que el APA entre la administración tributaria neerlandesa y Starbucks (SMBV) constituía una ayuda de estado; en particular, la controversia sobre la legalidad de la decisión de la Comisión se centra en la cuestión de si el APA concedió o no una ventaja fiscal selectiva a SMBV. El TGUE en este caso consideró que la Comisión no había demostrado que la metodología recogida en el APA no permitía una asignación de beneficios que resultara consistente con el principio de plena competencia en condiciones de mercado.

La fundamentación y principales considerandos que pueden extraerse de esta sentencia en relación con esta controversia que cuestiona la legalidad de la decisión de la Comisión (que declaró el APA contrario al Derecho de la UE), vendrían a ser las siguientes:

#### **1º El TGUE fijó su posición sobre la existencia de un principio de plena competencia en materia de ayudas de estado y la conexión con el principio de autonomía fiscal de los Estados miembros.**

- El TGUE se alinea básicamente con la posición adoptada por la Comisión en su decisión, en el sentido de que la determinación de la concurrencia de una ventaja fiscal puede llevarse a cabo a través de un análisis de la aplicación (que a través de un *ruling* o un APA) se realice del principio de plena competencia, concebido como un principio de igualdad de trato fiscal entre empresas domésticas independientes y grupos de empresas que atiende la remuneración que se hubiera alcanzado en condiciones de mercado. Tal principio (comunitario) resulta del art.107 del TFUE y, por tanto, es independiente de lo previsto en la legislación nacional de los Estados miembros y de lo previsto en el art.9 de los CDIs de los Estados miembros que sigan el MC OCDE.
- No obstante, el TGUE vino a matizar que el enfoque de la Comisión sólo era válido de acuerdo con una serie de precisiones:
  - El principio de plena competencia que utiliza la Comisión sólo opera como instrumento (*ALS benchmark*) para verificar o comprobar a los efectos del art.107 TFUE si una entidad que forma parte de un grupo de empresas ha recibido, a través de una medida que determina los precios de transferencia, una ventaja a los efectos del art.107.1 TFUE.
  - Tal análisis y ejercicio de poderes por parte de la Comisión, a los efectos del art.107 TFUE, debe hacerse de cara a determinar si empresas integradas en un grupo y empresas independientes (realizando las mismas actividades en una situación comparable) son tratadas en las mismas condiciones de libre competencia<sup>3</sup>. Ello requiere comparar el

---

3 El TGUE fundamenta su posición en la STJUE de 22 de junio de 2006, C-182/03 y C-217/03, *Belgium and Forum 187*.

«régimen fiscal ordinario» (sin APA/ruling) con el régimen derivado de la medida que articula la ventaja fiscal, estableciendo una diferente atribución de ingresos y gastos.

- El TGUE parece limitar el alcance de tal principio (europeo) e instrumento («*arm's length benchmark*») por parte de la Comisión a situaciones donde la metodología utilizada en el APA/tax ruling para determinar la imputación de beneficios a una entidad que forma parte de un grupo se revela claramente alejada de los resultados que obtendrían partes independientes en el mercado, utilizando técnicas de valoración adecuadas y al *margin* de las *inexactitudes inherentes en la metodología utilizada para realizar tal aproximación*. El TGUE considera que el art.107.1 TFUE otorga una base jurídica suficiente a la Comisión para realizar tal control sobre la base de tal principio de plena competencia como corolario del principio de igualdad tributaria.
- El análisis debe realizarse considerando la tributación resultante del APA en relación con la que resultaría de la aplicación del régimen ordinario (sin APA) que requiere una asignación de beneficios «*bajo condiciones de mercado*». El TGUE puso de relieve que el concepto de «*normal taxation*», en el estado actual de armonización, viene definido por la legislación nacional aplicable, de manera que la Comisión no puede crear un estándar autónomo de «*imposición ordinaria*» a los efectos del art.107 TFUE, allí donde la referida legislación nacional establece un tratamiento fiscal paritario de las empresas independientes y las entidades que forman parte de un grupo de empresas<sup>4</sup>.
- La metodología utilizada por la Comisión para determinar una asignación de beneficios «*bajo condiciones de mercado*» está sujeta a control de legalidad por parte de los tribunales de la UE<sup>5</sup>.
- La Comisión debe justificar su metodología y fundamentar que a través de la medida (APA) se concedió a la empresa de un grupo una ventaja fiscal que no resulta del régimen ordinario del IS que aplica a empresas independientes que realizan sus actividades en condiciones de mercado.
- El TGUE destaca que, aunque la Comisión no está vinculada por las Directrices OCDE de Precios de Transferencia, el hecho es que tales directrices representan un consenso internacional y reflejan un estándar de práctica que posee gran relevancia para la aplicación de los precios de transferencia.
- El TGUE no considera que la posición de la Comisión sobre la interpretación del art.107 TFUE vulnere la competencia de los Estados en materia de imposición directa, ya que debe ejercerse con arreglo al Derecho de la UE.

## 2º Sobre la concesión de una ventaja fiscal a través del APA entre la administración neerlandesa y SMBV aplicando el TNMM:

- El TGUE no considera que la utilización del método TNMM en el APA (y las directrices recogidas en tal acuerdo: calificación funcional, PLI, ajustes en la base de costes y del *working capital*) para determinar el beneficio imputable a SMBV en el marco de una serie de operaciones intragrupo constituya una ventaja fiscal a los efectos de la prohibición de ayudas de estado del art.107 TFUE.
- El TGUE, por tanto, no refrenda la posición de la Comisión que argumentó que el APA instrumentaba una ventaja fiscal en la medida en que, por un lado, no analizaba directamente la transacción de cesión de uso de intangibles que determinaba un *royalty* intragrupo y, por otro, debía aplicarse prevalentemente el CUP para determinar el *royalty* en lugar de un método indirecto como el TNMM para determinar el beneficio neto imputable a SMBV por las actividades de fabricación y distribución que llevaba a cabo.
- El TGUE destaca que, de acuerdo con las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (1995) y la normativa doméstica neerlandesa, los contribuyentes pueden utilizar los métodos de

<sup>4</sup> Para.159 de la STGUE en el caso *Starbucks*.

<sup>5</sup> El TGUE advierte, no obstante, que la revisión de la legalidad de la decisión atiende al concepto legal de ayuda de estado de cara a identificar si los errores identificados en la decisión que determinó la existencia de una ventaja fiscal selectiva por parte de la Comisión, van más allá de las inexactitudes inherentes en la aplicación de un método concebido para obtener una aproximación a un resultado de mercado. (Para.199 de la STGUE en el caso *Starbucks*).

---

determinación del valor de mercado que consideren más adecuados, siempre que conduzcan a resultados de mercado<sup>6</sup>. La utilización del TNMM fue fundamentada técnicamente por el gobierno de Países Bajos y el contribuyente.

- El TGUE, a su vez, enfatizó que la carga de la prueba sobre la existencia de una ayuda de estado recae sobre la Comisión, que debe desarrollar su posición de forma diligente y a partir de información completa y fiable. No obstante, matizó que le corresponde al Estado miembro que adoptó la medida justificar que el carácter general de la misma en el marco de su sistema ordinario. En este orden de cosas, precisó que la Comisión debe tener en cuenta el hecho de que el principio de plena competencia le permite verificar si los precios de transferencia aceptados por un Estado miembros se corresponden con una aproximación fiable de un resultado de mercado y si cualquier variación que pueda ser identificada en el curso de la investigación no va más allá de las imprecisiones o inexactitudes inherentes en la metodología utilizada para obtener tal aproximación<sup>7</sup>.
- La identificación de errores metodológicos en un APA no son suficientes para fundamentar una ventaja fiscal constitutiva de ayuda de estado, resultando necesario que la Comisión justifique que tales errores no permiten una fiable aproximación a un resultado de mercado que determina una ventaja fiscal<sup>8</sup>. En este sentido, no se consideró probado que la utilización del TNMM o la valoración del margen neto de la entidad en lugar de un análisis específico de la licencia de intangibles bajo el método CUP en el informe de precios de transferencia utilizado en el APA impidiera una imputación de beneficios acorde con resultados de mercado<sup>9</sup>.

### **3º El TGUE rechaza la posición de la Comisión de acuerdo con la cual la remuneración por la licencia de intangibles que pagaba SMBV a Alki debía ser cero.**

- La Comisión esgrimió un conjunto de argumentos fundamentando su posición, entre los que cabe destacar que SMBV no realiza funciones conectadas con la utilización del intangible licenciado y que el APA no fue objeto de revisión durante su vigencia.
- El TGUE no refrendó la posición de la Comisión, considerando una serie de circunstancias y argumentos:
  - No puede utilizarse como argumento información (contratos comparables) no disponible en el momento de conclusión del APA (*hindsight*), sino únicamente información disponible en tal fecha<sup>10</sup>.
  - El intangible cedido tenía valor económico y era utilizado (necesariamente) por el licenciatario para su actividad económica y funciones (fabricante-distribuidor), de manera que el pago del royalty poseía «*racionalidad económica*» y no podía ser considerado una transacción o flujo con que servía estructuralmente al único propósito de transferir beneficios de SMBV a Alki<sup>11</sup>.
  - El TGUE rechaza «comparables» utilizados por la Comisión al detectar elementos claros que evidenciaban la no comparabilidad desde el punto de vista de la actividad, funciones o condiciones contractuales, y en otros casos considera que tales contratos comparables no demuestran de forma suficiente que el royalty debería ser cero.
  - El TGUE considera que la Comisión, en base a las evidencias presentadas (comparables), no ha demostrado que el royalty entre SMBV y Alki tuviera que ser igual a cero.

### **4º El TGUE rechaza la posición de la Comisión de acuerdo con la cual la remuneración por la licencia de intangibles que pagaba SMBV a Alki debía ser inferior a la fijada en el APA.**

- La Comisión cuestiona la racionalidad comercial del royalty considerando su carácter variable en función del beneficio residual de SMBV, lo cual disocia el canon del valor económico del intangible cedido.

---

6 Para.175 STGUE en el caso *Starbucks*.

7 Para.196 STGUE en el caso *Starbucks*.

8 Para.201 STGUE en el caso *Starbucks*.

9 Para.203 STGUE en el caso *Starbucks*.

10 Para.288 de la STGUE en el caso *Starbucks*.

11 Véanse los paras.262 y 268 de la STGUE en el caso *Starbucks*.

- El TGUE, sin embargo, considera que la naturaleza residual del canon no excluye la existencia de un vínculo del mismo con el valor económico del intangible. De hecho, el Tribunal acepta las evidencias aportadas sobre el canon medio (5%) por cesiones de tecnología de acuerdo con la base de datos de comparables de intangibles RoyaltyStat.

#### **5º Sobre la incidencia de otras operaciones intragrupo realizadas por SMBV en el APA:**

- La Comisión argumentó que el APA determinaba una ventaja fiscal para SMBV, a su vez, al no cuestionar el precio de transferencia relativo a la compra venta de granos de café entre SMBV y otra entidad del grupo MNE que desarrollaba una función de «trading». La Comisión alega que tal precio de transferencia resulta superior al de mercado y en tal sentido el APA valida indirectamente una asignación de beneficios inferior a la que corresponde en plena competencia.
- El TGUE rechaza tal argumentación a partir de un conjunto de razonamientos haciéndose eco de las alegaciones del gobierno neerlandés y de Starbucks. En particular, se destaca que el APA no comprende la valoración de mercado de la operación de aprovisionamiento de granos de café y, además, que una operación vinculada no puede tomarse como referencia a los efectos de la comparabilidad, de acuerdo con las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2010). El Tribunal no considera probado por parte de la Comisión que el precio de transferencia relativo a la operación de aprovisionamiento afectara a la metodología para fijar el royalty de acuerdo con el APA en el sentido de articular una ventaja fiscal selectiva.

### **3.2. La sentencia del TGUE en el caso Fiat**

La sentencia del TGUE analiza la compatibilidad con el art.107 TFUE de la decisión de la Comisión que consideró que el *tax ruling* emitido el 3 de septiembre de 2012 por la administración tributaria de Luxemburgo a favor de Fiat Chrysler Finance Europe (FTT, en adelante), en relación con los precios de transferencia aplicados en el marco de la actividad financiera intragrupo de FTT, constituía una ayuda de estado.

La Comisión consideró que tal *tax ruling* instrumentaba una ventaja fiscal selectiva ya que se limitaba a validar el *transfer pricing report* presentado por el contribuyente, y aplicar un método (TNMM) para determinar la remuneración de mercado imputables a las actividades financieras (centro tesorería intragrupo) desarrolladas por FTT que fue configurado de forma incorrecta y que determinaba una asignación de beneficios por debajo de mercado.

La fundamentación y principales considerandos de esta sentencia en relación con esta controversia que cuestiona la legalidad de la decisión de la Comisión (que declaró el *tax ruling* contrario al Derecho de la UE), vendrían a ser las siguientes:

#### **1º Sobre la competencia de los Estados en materia de imposición directa y los límites derivados del art.107 TFUE:**

- El TGUE reiteró la posición fijada en la sentencia *Starbucks* en relación con el alcance del principio de plena competencia derivado del art.107.1 TFUE (corolario del principio de igualdad), que permitía a la Comisión realizar investigaciones sobre las eventuales ventajas fiscales selectivas que pueden conceder los Estados miembros a través de *tax rulings* y APAs, sin que ello pueda considerarse una intromisión ilegítima en las competencias de los Estados en materia de imposición directa ni pueda considerarse contrario al principio de seguridad jurídica.

#### **2º La potestad de control de la Comisión con arreglo al art.107.1 TFUE y su alcance en relación con APAs y tax rulings en materia de precios de transferencia:**

- El TGUE adopta la misma posición que en el caso *Starbucks* a la hora de establecer las bases y límites de los poderes de control de la Comisión con arreglo al art.107.1 TFUE, limitando el alcance del principio de plena competencia como corolario del principio de igualdad tributaria a situaciones donde la metodología utilizada en el APA/tax ruling para determinar la imputación de beneficios a una entidad que forma parte de un grupo se revela claramente

alejada de los resultados que obtendrían partes independientes en el mercado, utilizando técnicas de valoración adecuadas y al margen de las «*inexactitudes inherentes en la metodología utilizada para realizar tal aproximación*».

- El análisis debe realizarse considerando la tributación resultante del APA en relación con la que resultaría de la aplicación del régimen ordinario (sin APA) que requiere una asignación de beneficios «bajo condiciones de mercado».
- El TGUE puso de relieve que el concepto de «*normal taxation*», en el estado actual de armonización, viene definido por la legislación nacional aplicable, de manera que la Comisión no puede crear un estándar autónomo de «*imposición ordinaria*» a los efectos del art.107 TFUE, allí donde la referida legislación nacional establece un tratamiento fiscal paritario de las empresas independientes y las entidades que forman parte de un grupo de empresas.
- El TGUE rechazó la alegación presentada por el gobierno de Luxemburgo destacando la subjetividad y arbitrariedad del principio de plena competencia que utiliza la Comisión, argumentando que, por un lado, el control que lleva a cabo la Comisión pasa por analizar en qué medida la metodología recogida en un tax ruling o APA determina (o no) una aproximación fiable a un resultado de mercado, habiéndose establecido un umbral alto de carga de la prueba que le corresponde a tal institución comunitaria a efectos de demostrar que la metodología utilizada por el contribuyente no produce tales resultados; y, por otro lado, el TGUE razona que la Comisión, a la hora de realizar su análisis, se refiere de forma amplia a las Directrices OCDE de Precios de Transferencia que representan un amplio consenso en la materia<sup>12</sup>. Igualmente, el TGUE consideró que la interpretación del art.107.1 TFUE por parte de la Comisión resultaba compatible con los principios comunitarios de seguridad jurídica y confianza legítima<sup>13</sup>.

**3º El cuestionamiento de la metodología de precios de transferencia recogida en el tax ruling de FTT;** el TGUE analizó los argumentos esgrimidos por Fiat y Luxemburgo frente a la posición de la Comisión que fundamentó (en la decisión) la existencia de una ventaja fiscal selectiva a favor de Fiat, realizando las siguientes consideraciones:

- En primer lugar, el TGUE puso de relieve que, de cara a evaluar la compatibilidad de un ruling de precios de transferencia con el régimen de ayudas de estado, la Comisión debe tomar en cuenta la «naturaleza aproximativa» de la determinación de los precios de transferencia y, además, verificar que los errores metodológicos que pudieran recogerse en el APA/ruling y que, a juicio de la Comisión, determinan una ventaja fiscal, «*van más allá de las imprecisiones inherentes a la aplicación de un método diseñado para obtener una fiable aproximación a un resultado de mercado*»<sup>14</sup>.
- La primera cuestión técnica que se plantea se refiere a la posición de la Comisión tomando todo el «capital contable» (*accounting equity*) de FTT a efectos de aplicar un retorno del 10%, sin tener en cuenta las otras actividades realizadas por tal compañía. El gobierno de Luxemburgo alegó que sólo tenía que tenerse en cuenta a efectos del *transfer pricing* el capital o activos utilizados para las actividades financieras intragrupo de FTT. El TGUE se alineó con la posición de la Comisión al considerar que la «*segmentación de capital*» (y la correlativa asignación de diferentes ratios de retorno) que resulta del ruling no permite una aproximación fiable a un resultado de mercado y, en tal sentido, contribuyó a reducir la carga fiscal de FTT. El hecho de que las Directrices OCDE de Precios de Transferencia o la normativa doméstica permitiera tal segmentación no se consideró decisiva, sino que lo relevante para el TGUE pasa por considerar si tal segmentación de capital resulta adecuada a la luz de las circunstancias del caso concreto de FTT. Y el TGUE llega a la conclusión de que, considerando el *transfer pricing report*, la segmentación del capital no refleja correctamente las funciones desarrolladas por la compañía, argumentándose que todo el capital de FTT se utilizaba para sus operaciones de tesorería (*lending & borrowing*) y, por tanto, resultaba artificial.
- La segunda cuestión técnica que se suscitó tiene que ver con la toma en consideración por parte de la Comisión del «*hipotético capital regulatorio*» para determinar la remuneración de

12 Para.176 de la STGUE en el caso *Fiat*.

13 Paras.181-187 de la STGUE en el caso *Fiat*.

14 Para.207 STGUE en el caso *Fiat*.

mercado imputable a FTT, que Luxemburgo cuestiona argumentando que carece de racionalidad económica a los efectos de la aplicación del método TNMM a las distintas funciones realizadas por la compañía. En esencia, Luxemburgo considera que tal «capital regulatorio» no debe tomarse en consideración para determinar el retorno de beneficios imputable a FTT en relación con sus actividades de tesorería intragrupo. El TGUE consideró que los argumentos expuestos por la Comisión resultaban más convincentes y consistentes con la metodología utilizada para determinar la remuneración de mercado de FTT.

- En la misma línea se discutió la toma en consideración por parte de la Comisión del capital de FTT vinculado a sus participaciones en otras entidades del grupo (FFC y FFNA), a efectos del cálculo de remuneración por sus funciones de tesorería intragrupo (capital total y ratio de retorno único y no segmentado). A este respecto se expusieron una serie de argumentos para rechazar el enfoque de la Comisión; entre ellos cabe destacar, por ejemplo, que el capital vinculado a tales participaciones no debe tenerse en cuenta ya que, no existía deuda imputable en relación con tales activos, y, además, los dividendos estaban exentos, lo cual constituía un argumento a favor de no tener en cuenta tal capital a los efectos de determinar la remuneración de mercado imputable a las funciones intragrupo de tesorería realizadas por FTT. También en este caso el TGUE se alineó con la posición de la Comisión, considerando una serie de argumentos (v.gr, la fungibilidad de todo el capital de una compañía, la exposición al riesgo de insolvencia de todo el capital, falta de aportación de comparables donde se excluya tal capital vinculado a participaciones a efectos del cálculo del retorno de capital). El TGUE consideró, por tanto, que todo el capital de FTT tenía que ser tenido en cuenta para determinar la remuneración de mercado que, con arreglo al TNMM, resultaba imputable a las funciones de tesorería intragrupo desarrolladas por tal compañía, y, además, que debía aplicarse un «*single rate of capital return*» en lugar de varios ratios en función de la segmentación que se establecía en el *tax ruling*. La circunstancia de que existiera discrepancia sobre el ratio de retorno (10% según la Comisión y 6.05% según Luxemburgo), no impidió al TGUE establecer que la metodología establecida en el *tax ruling* (aún tomando el ratio más bajo) determinaba una ventaja fiscal selectiva en la medida en que la toma en consideración de todo el capital determinaba una imputación de beneficios diez veces superior a la que resultaba del *ruling*.

**4º Sobre la línea subsidiaria desarrollada por la Comisión para fundamentar que el *tax ruling* a favor de FTT concedía una ventaja fiscal (selectiva) a tal compañía al desviarse de lo establecido en la normativa doméstica de Luxemburgo que codifica el principio de plena competencia en línea con las Directrices OCDE.**

- Como quiera que la Comisión fundamentó que el *tax ruling* determinaba una ventaja fiscal a favor de FTT, al determinar una asignación de beneficios inferior a la resultante de la aplicación del principio de plena competencia interpretado con arreglo a las Directrices OCDE, el TGUE validó la decisión de la Comisión.

**5º La alegación de Luxemburgo y FTT sobre la inexistencia de ventaja a nivel de grupo (Fiat/Chrysler):**

- La Comisión argumentó que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, el hecho de que una medida determine una menor tributación en un Estado haya traído consigo una mayor carga fiscal en otro Estado miembro no posee relevancia para calificar tal medida como ayuda de estado. Igualmente, argumenta que la menor tributación de FTT en Luxemburgo afecta a las condiciones (precios) de los préstamos intragrupo concedidos por tal compañía, subsistiendo por tanto una ventaja para el grupo. Los argumentos esgrimidos por la Comisión fueron aceptados por el TGUE, destacando en particular que la aludida «neutralización» de la menor tributación de FTT en Luxemburgo por la mayor tributación de entidades del grupo en otros Estados miembros ni fue acreditada ni resulta relevante a efectos de excluir la existencia de una ventaja en relación con la «tributación ordinaria»<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> El TGUE (para.318) cita como precedente la STJUE de 11 de noviembre de 2004, *España/Comisión*, C-73/03. Igualmente, el TGUE (para. 318) rechazó que el inicio de procedimiento de arbitraje tributario entre Luxemburgo e Italia para evitar la doble imposición tenga incidencia en relación con la existencia de una ventaja fiscal al gravarse la renta de forma coordinada en los dos Estados miembros.

#### **6º La alegación de Luxemburgo y FTT relativa a la no selectividad de la ventaja concedida a FTT:**

- Luxemburgo y FTT alegaron que la Comisión había incumplido el marco de análisis para determinar la selectividad de una medida. En particular, se argumenta que el tax ruling en realidad constituye una medida individual que forma parte de un sistema general que prescribe la asignación de cargas fiscales (*transfer pricing legislation*).
- La Comisión contra-argumentó que la aplicación del análisis de tres pasos para identificar una medida selectiva al tax ruling a favor de Fiat determinó su calificación como «ayuda individual», respecto de la cual, conforme a la jurisprudencia del TJUE, cabe presumir la selectividad allí donde se demuestra la existencia de una ventaja (fiscal)<sup>16</sup>. En este orden de cosas, la Comisión desarrolló una argumentación dirigida a fundamentar que el tax ruling a favor de FTT constituía una ayuda individual y no formaba parte de un régimen general ni constituía una aplicación del mismo; en particular, puso de relieve cómo la metodología de precios de transferencia fijada en el ruling se refería exclusivamente a FTT y no constituía por tanto una medida general (*v.gr, public general ruling*). El TGUE refrendó la posición de la Comisión, puntualizando que el hecho de que la administración tributaria, en el marco de sus funciones de asistencia a los contribuyentes a través del mecanismo de rulings, tenga capacidad de apreciación técnica de las circunstancias de cada contribuyente y haya dictado numerosas rulings en esta materia no afecta a la calificación del tax ruling a favor de FTT como ayuda individual<sup>17</sup>. También se rechazó la justificación esgrimida por FTT en relación con la ventaja selectiva, el TGUE consideró que la alegación del principio de plena competencia a estos efectos no resulta aceptable al basarse en una premisa falsa. Igualmente, se rechazó la justificación de la validez del ruling para garantizar la doble imposición, destacando cómo la cuestión de la doble imposición está desconectada con la determinación de la selectividad de una ventaja<sup>18</sup>.

#### **7º Las alegaciones de Luxemburgo y FTT relativas a la restricción de la competencia:**

- El gobierno de Luxemburgo y FTT argumentaron que la Comisión no había aportado evidencias sobre las restricciones a la competencia que podían derivarse de la medida ventaja selectiva en el sentido previsto en el art.296 TFEU, tal y como ha sido interpretado por el TJUE.
- El TGUE consideró que la Comisión había fundamentado de forma suficiente la restricción o distorsión de las condiciones de competencia, al disfrutar de una ventaja fiscal que sus competidores no tenían y que mejoraba su posición financiera en el mercado.

#### **8º Las alegaciones de Luxemburgo e Irlanda respecto de la recuperación de la ayuda:**

- Los gobiernos de Luxemburgo e Irlanda alegaron que la Comisión había infringido el principio de legalidad a través de la decisión que ordenaba la recuperación. A estos efectos, se invoca la excepción de recuperación recogida en el art.16.1 (in fine) del Reglamento 2015/1589.
- El TGUE rechazó la vulneración del principio de legalidad por parte de la Comisión a través de la decisión que determinó la existencia de una ayuda de estado y, en tal sentido, consideró procedente la orden de recuperación. También negó la infracción del principio de seguridad jurídica, rechazando que la acción de la Comisión fuera imprevisible y pudiera tener «*novel or serious consequences for international taxation*»<sup>19</sup>. Igualmente, no se consideró convincente la alegación de infracción de los derechos de defensa del destinatario de la decisión de la Comisión en relación con la imprecisa fórmula establecida para el cálculo de la recuperación de la ayuda, sin determinar su importe ni un rango de cuantías.

<sup>16</sup> El TGUE hace referencia a las sentencias del TJUE en los casos *MOL* (C-15/14), *Comisión/Bélgica* (C-270/15) y *Comisión/Orange* (C-211/15).

<sup>17</sup> Para.353 de la STGUE en el caso *Fiat*. Con ello el Tribunal sale al paso frente al argumento de que la Comisión tenía que haber cuestionado el «régimen general de ayuda» antes de cuestionar la ayuda individual.

<sup>18</sup> Para.365 de la STGUE en el caso *Fiat*.

<sup>19</sup> Paras.410-418 de la STGUE en el caso *Fiat*.