

La disciplina de las "sociedades extranjeras controladas" en el ordenamiento italiano

Giuliano Tabet - Marco Greggi¹

1. Las "CFC Rules" en la evolución del Texto único 917/86 como instrumento de lucha contra el "Profit shifting": la ratio de la disciplina

Desde antes de la primera actuación realizada en el ordenamiento tributario italiano, con el art. 127 *bis* del Texto único del impuesto sobre la renta n. 917/86, antes de la modificación realizada por el D. lgs. 344/03, la disciplina de las "sociedades extranjeras controladas" siempre se ha caracterizado por una finalidad específica anti-abuso: esto es, ha sido concebida para luchar contra aquello que hoy podría ser definido como un fenómeno de erosión de la imposición nacional².

El presupuesto elusivo vuelve a ser el blanco de la disciplina "CFC". Era aquel que consistía, con un razonable margen de exactitud, en una deslocalización abusiva de las inversiones y de los capitales bajo jurisdicciones tributarias más favorables que la italiana (es decir, que se caracteriza por una tasa tributaria sensiblemente más baja que la italiana, incluso completamente simbólica) o, de todos modos, caracterizada por un nivel incumplido de colaboración orientada a la represión del fraude fiscal³. La deslocalización más seguida consistía (y consiste todavía) en la constitución, en el territorio de establecimiento,

¹ El artículo constituye una síntesis de la conferencia pronunciada por el Prof. Giuliano Tabet durante el seminario "Sociedades extranjeras controladas (CFC Rules)", celebrado en la Universidad de Ferrara, Departamento de Jurisprudencia, el 30 de mayo de 2013. Traducido por Patricia Díaz Rubio, Universidad Internacional de La Rioja.

² Véase, en este sentido, el reciente informe de la OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, París, 2013, p. 85 y ss.; así, como el sucesivo *Action Plan*, 2013, p. 37.

³ C. SACCHETTO, *Lo scambio di informazioni in materia fiscale. Collegamenti con il procedimento penale. L'approccio italiano*, en Riv. dir. trib. int., 2009. p. 89 y ss.

de una sociedad controlada; en este caso, en el sentido del Código civil italiano (art. 2359 Cod. civ.) puede tratarse de control de derecho o de hecho según que, respectivamente en la asamblea se obtenga la mayoría de los votos, por tanto, cuando se tiene el 51% de los títulos con derecho al voto, o bien cuando se está en condiciones de poder ejercer en la asamblea un control dominante⁴: condición ésta que puede ser satisfecha también con un porcentaje más bajo, cuando se sea socio de referencia o bien cuando existan relaciones económicas de tal manera que el sujeto controlado dependa económicamente del "controlante", porque es el único proveedor o es el único adquirente o es un cotitular de las patentes, etc.⁵.

La constitución de una sociedad de la que se tenga el control en un País de baja fiscalidad conlleva entonces que los beneficios que se han producido en el territorio de establecimiento se beneficien de una tributación inferior, de todos modos, determinan una rentabilidad que no se manifiesta en el País de la sociedad controlante (se puede decir aquel en el que ésta reside): las consecuencias son entonces fácilmente intuibles.

Todo esto determina, seguramente, un primer resultado positivo: teniendo la sociedad controlante la mayoría de los votos en la asamblea puede determinar si y cuándo se debe decidir la distribución de los beneficios obtenidos por la controlada: de hecho, la sociedad controlada se encuentra en manos de la sociedad "madre" la que, modulando su política con respecto al *an y al quantum* de la distribución de los beneficios obtenidos por la controlada puede, seguramente, darse cuenta de una primera ventaja que es aquella del "*tax deferral*": esto es, poder deferir indefinidamente la tasa sobre

⁴ G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario*, Padua, 2008, p. 144.

⁵ Desde la perspectiva del Derecho industrial, véase A. VANZETTI – V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milán, 2009, pp. 615 y ss.

aquellos beneficios en manos de la sociedad madre (residente en Italia, en nuestro caso)⁶.

Pudiendo ser la sociedad controlada autónoma, desde un punto de vista jurídico, en realidad se convierte en un instrumento en manos de la controlante⁷, y esto es históricamente el motivo por el que se ha pensado en adoptar una disciplina de lucha precisamente para impedir la planificación fiscal: un particular tipo de planificación fiscal a nivel internacional que se basa sobre grupos de sociedades⁸ con una relación de control. Esta disciplina ha sido introducida por primera vez en Estados Unidos, donde los grupos multinacionales constituyen una parte importante de la economía del País⁹.

Con el paso del tiempo, sin embargo, ha emergido el conocimiento también de otro fenómeno. Nos hemos dado cuenta del hecho de que este fenómeno consistente en la constitución en territorios privilegiados de sociedades controladas no sucedía sólo o principalmente por llevar una política de planificación fiscal, sino también por determinar una ventaja posterior, siempre desde una perspectiva puramente fiscal: aquella de deslocalizar al extranjero no la actividad productiva de renta, sino fuentes de renta que no necesariamente tienen conexión con el territorio donde están situadas, como participaciones, derechos sobre bienes inmateriales, patentes, derechos de autor, etc¹⁰.

Si la sociedad controlante se despoja de una patente, por ejemplo, confiriéndola a una sociedad extranjera controlada, la fuente de renta constituida por la patente se desplaza de Italia y se sitúa en el País de

⁶ A. M. GAFFURI, *La residenza fiscale nel diritto comunitario*, en Giur. it., 2009, pp. 2579 y ss.

⁷ A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, Turín, 2012, p. 436; F. DAMI, *I rapporti di gruppo nel diritto tributario*, Milán, 011, *passim*.

⁸ J. LANG, *La tassazione delle imprese nella competizione internazionale*, en Riv. dir. fin. sc. fin., 2012, I, p. 237.

⁹ R. AVI – YONAH, *International Tax as International law*, Cambridge, 2007, p. 25, en particular, para la reconstrucción del primer régimen CFC en práctica en Estados Unidos por la administración Kennedy en 1961 y, después, elegido también por otros Estados (con las variaciones del caso).

¹⁰ L. DE BROE, *International tax planning and prevention of abuse*, Amsterdam, 2007, p. 630.

baja fiscalidad¹¹: en este caso, la sociedad controlante desempeña el papel de simple contenedor, en cuanto que no tenía otra función si no aquella, precisamente, de poseer la fuente de renta que por esto se obtiene en el extranjero para finalmente romper el vínculo de imputación con la renta total de la controlante.

La ventaja no es sólo para realizar un *tax deferral*, sino también para vaciar la sociedad controlante de rentas que serían, de lo contrario, gravadas en Italia.

Sin embargo, la deslocalización al extranjero puede también relacionarse con los activos o gastos distintos respecto de aquellos referidos a la propiedad intelectual: se piensa, por ejemplo, en todos los servicios prestados intragrupo en un grupo internacional, como los gastos de publicidad, de dirección, etc.: todos los servicios intragrupo pueden deslocalizados al extranjero, y luego facturados a los miembros individuales del grupo creando renta en el País de baja fiscalidad¹². Se piensa todavía, a título de ejemplo, en un grupo que tiene en las Islas del Canal o bien en las Bahamas su central financiera (por tanto, la sociedad que otorga préstamos e intereses dentro del grupo): las rentas que derivan de estos préstamos, es decir, los intereses obtenidos se localizan en el País de fiscalidad privilegiada, mientras que la sociedad que reside en el País con fiscalidad ordinaria registra solamente costes.

He aquí que entonces el instrumento de la controlada extranjera se presta, en un cierto sentido, a una serie de operaciones que son más bien amplias y todas perjudiciales para el interés erarial. Por todos estos motivos, el legislador ha pensado contrarrestar esta deriva a

¹¹ L. DE BROE, *op. cit.*, pp. 125, 606 y ss.

¹² Analizado, precisamente, uno de estos fenómenos de "*Profit shifting*", recientemente introducido al índice por la OECD en el Informe, *Addressing Base erosion and Profit Shifting*, cit. Véase la doctrina: W. SCHÖN y K. A. KONRAD, *Fundamentals of international transfer pricing in law and economics*, Múnich, 2012, pp. 95 y ss.

través de un principio, en efecto, ya conocido en el ordenamiento tributario nacional: aquel de la transparencia¹³.

Según el principio de transparencia, característico de la tributación en los términos de la imposición directa de la sociedad personalista, la sociedad no es sujeto pasivo y al socio se le atribuye por transparencia la renta producida por esta última, independientemente de su distribución.

El mismo principio ha sido introducido para las sociedades controladas extranjeras: la renta producida por la sociedad extranjera en el País de establecimiento es imputada por transparencia a los socios residentes en Italia, en razón de su cuota de participación en los beneficios independientemente de su distribución real: con un razonable margen de exactitud, es como si se aplicase la regla de la sociedad personalista.

Este mecanismo sirve para volver inútil, según el diseño del legislador, la deslocalización de una parte de las fuentes de renta al extranjero, porque aquella renta se encuentra gravada, de todas formas, en Italia independientemente de la real percepción, cuando se cierra el ejercicio de la sociedad controlada extranjera.

Esta norma es recogida en el artículo 167 y 167 bis del TUIR 917/86, según el cual *"... si un sujeto residente en Italia detenta, directamente o indirectamente¹⁴, también a través de una sociedad fiduciaria o por una persona interpuesta el control de una empresa¹⁵, de una sociedad o de otro ente, residente o localizado en Estados o territorios diferentes de los mencionados por el decreto del Ministro de economía*

¹³ G. INGRAO, *La riforma dell'IRRES e la legislazione sulle Controlled foreign companies*, en (editado por M. BEGHIN) *Saggi sulla riforma dell'IRRES dalla Relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Milán, 2008, p. 265.

¹⁴ Como es bien sabido, el control indirecto es aquel que se sustancia no a través de un vínculo directo, sino a través de una sociedad *relais*, que puede ser también una sociedad fiduciaria. A este respecto, véase recientemente G. MARINO, *op. cit.*, p. 37.

¹⁵ La alusión al concepto de empresa permite hacer referencia también a una empresa individual, por lo que va a incluir a una persona física, una jurídica, una sociedad personalista, o de capital, o aún a una entidad no mercantil.

y hacienda, promulgado en el sentido del artículo 168-bis¹⁶, las rentas conseguidas por el sujeto extranjero participado son imputadas, a partir del cierre del ejercicio o período de gestión del sujeto extranjero participado, a los sujetos residentes en proporción a las participaciones por ellos detentadas”.

Debe tenerse en cuenta de inmediato en este contexto, la llamada que el legislador realiza al concepto de rentas “conseguidas”, y esto porque, como se verá, las rentas que concurren a la base imponible italiana según la aplicación de este principio de transparencia *sui generis* son aquellas extranjeras que han cuantificado no según la norma del Estado de establecimiento del sujeto no residente, sino de acuerdo a la renta de la sociedad italiana. De ello se deduce que el punto de partida no es, a título de ejemplo, el balance (los beneficios emergentes del balance) de la sociedad residente en las Bahamas (recordando el ejemplo anterior), sobre el que no es posible tener completa confianza, sino la renta que viene determinada según las reglas del derecho italiano, el que conlleva operaciones técnicamente sencillas, aunque se pueden registrar desfases temporales, criterios que determinan la renta contrastando el uno con el otro, etc.¹⁷.

Sin embargo, antes de adentrarse más lejos en el examen de la especificidad del régimen de las “CFC”, parece apropiado comprobar el mecanismo de tributación de estas rentas según la transparencia. En este contexto, quizás emerge la que es la primera singularidad de esta disciplina: ellas no se suman, en efecto, a las rentas de fuente italiana de la sociedad controlante, sino que se gravan por separado¹⁸.

Esta elección deriva del temor del legislador de que si se permitía la compensación entre rentas de fuente extranjera, imputadas por transparencia, y rentas italianas, las eventuales pérdidas extranjeras

¹⁶ Localizado en un País de baja fiscalidad y, por tanto, inscrito en la “lista negra” de los Países con fiscalidad privilegiada que no permiten el intercambio de información con Italia en base a los tratados internacionales.

¹⁷ Se trata de cuestiones bien conocidas también en la práctica administrativa, y un ejemplo es el mencionado en la Cir. min. 51/E, de 6 de octubre de 2010, en particular el p. 6.

¹⁸ Cfr. Art. 167.6 TUIR 917/86.

habrían concurrido a disminuir las rentas gravadas de fuente nacional: pues una tributación unitaria habría podido ser también contraproducente, porque habría abierto el camino a la compensación de pérdidas extranjeras con beneficios italianos, con la consiguiente reducción de la imposición nacional: he aquí entonces el motivo por el que se lleva a cabo la tributación por separado, según éste las rentas de fuente extranjera están sujetas a una tributación que no se acumula con la tributación de las rentas italianas.

Esta tributación por separado aplica, si se trata de un sujeto IRES, la alícuota media del último bienio; pues siempre consiste en el 27%; si se trata de personas físicas, se aplican, en cambio, las reglas de la tributación por separado para estas últimas, esto es, la sujeción a una alícuota diferente según la que haya sido la alícuota media del último bienio: en ningún caso nunca inferior al 27%.

Por tanto, se ha querido en realidad nivelar la carga fiscal de la sociedad y de las personas físicas.

Las eventuales pérdidas de renta de fuente extranjera seguirán la regla de la transferencia del excedente también a la luz de los límites del art. 84 TUIR, recientemente modificado por el D.I. 98/11.

2. Los remedios a la doble imposición internacional derivada de la aplicación del art. 167: el recurso al crédito fiscal

Además de esto, el legislador ha previsto una disciplina específica también para los impuestos que la sociedad controlada extranjera ha pagado en el territorio de establecimiento.

Como es bien sabido, una de las consecuencias más comunes en el ámbito de la fiscalidad internacional es la "doble imposición internacional"¹⁹. El hecho de que en Italia se aplique la disciplina de las "CFC" no perturba al Estado extranjero, el cual grava la sociedad

¹⁹ R. BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milán, 2009, p. 69; P. ADONNINO, voz *Doble imposición internacional*, en Enc. giur. Treccani, Roma, 1989, XII, pp. 1 y ss.

controlada como un ente que ha producido renta en el propio territorio.

Los impuestos que la sociedad controlada (extranjera) ha pagado en el Estado de establecimiento admiten una deducción de la imposición italiana aplicada según la regla de tributación por separado: por tanto, de la imposición italiana calculada según la regla de la tributación por separado y con una alícuota del 27% se deduce el tributo pagado en el extranjero con los límites del art. 165 TUIR.

Si después la sociedad controlada (extranjera) decide en los años siguientes distribuir dividendos a la sociedad madre encuentra aplicación la regla general: porque en este caso los dividendos ya han descontado el impuesto bajo la forma de la imputación de renta por transparencia, no se podrán gravar una segunda vez, porque, de otra manera, Italia los sometería primero a un impuesto por imputación y después por distribución²⁰. Resulta que los dividendos que se han distribuido por el sujeto extranjero controlado *"no formano parte de la renta de los sujetos residentes para la suma de la renta sometida a tributación, en el sentido del mismo párrafo 1, también en los ejercicios anteriores..."*.

Está claro que, por poner un ejemplo, si han sido imputados por transparencia en el 2000 rentas de fuente extranjera, y después estas mismas rentas se han distribuido bajo la forma de dividendos en el 2005, aquellos dividendos ya han descontado la imposición por transparencia y, por tanto, no entrarán a formar parte de la tributación italiana del sujeto controlante, porque esta vez el dividendo sería renta del sujeto controlante y no estaría más sometido a tributación por separado.

Un problema diferente es el que tiene que ver con los impuestos que se han pagado sobre los dividendos salientes con respecto a la retención realizada en el País extranjero.

²⁰ A. FEDELE, *La direttiva "madre - figlia" e la disciplina attuativa come complesso normativo unitario e sistematico: criteri interpretativi*, en *Rass. trib.*, 2001, p. 1256.

También, el dividendo, en el momento en el que se ha distribuido por el sujeto extranjero, puede descontar una retención sobre los salientes en el País de establecimiento, volviendo a surgir de nuevo el problema de la doble imposición. Italia, por su parte, reconoce el crédito fiscal según el artículo 165 TUIR hasta el montante de los impuestos que se han aplicado en Italia sobre aquel dividendo y la reducción de lo que ya estaba permitido como deducción por los impuestos que habían recaído sobre el sujeto no residente que ha distribuido, y esto entonces con el fin de mitigar o eliminar por completo la doble imposición.

3. El régimen CFC a la prueba del Derecho europeo (y en particular la compatibilidad con el principio de libertad de establecimiento)

Europa está a favor de una disciplina armonizada de las sociedades extranjeras controladas, pero establece límites, principalmente dirigidos a la salvaguardia de la libertad de establecimiento.

La libertad de establecimiento es una de las cuatro libertades fundamentales, que se debe salvaguardar también en el caso en que una sociedad (por ejemplo, italiana) decide ir a invertir a un País extranjero (perteneciente a la Unión), con la finalidad de producir renta en el mismo, en cuanto que aquel País tiene una tributación más baja²¹.

La competencia fiscal entre los ordenamientos nacionales no está prohibida por el Tratado de Roma²², aunque con los límites y las precisiones que el Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de hacer en el curso de los años²³.

²¹ C. DE PIETRO, *Exit tax e libertà di stabilimento. Profili nazionali, europei e internazionali*, Ferrara, 2013, pp. 5 y ss.

²² P. BORJA, *Diritto tributario europeo*, Milán, 2010, p. 243.

²³ M. BASILAVECCHIA, *L'evoluzione della politica fiscale dell'Unione europea*, en Riv. Dir. trib., 2009, I, pp. 362 y ss. Una reconstrucción de los casos jurisprudenciales que

Por su parte, el legislador italiano, quizás con la finalidad de atenuar ya en el origen los perfiles de mayor roce de la disciplina nacional de las "CFC", ha admitido por parte del contribuyente una prueba contraria. De hecho, se reconoce la posibilidad de obtener la inaplicación de la disciplina CFC cuando concurre, al menos, una entre dos circunstancias eximentes.

La primera circunstancia eximente es por la que se puede demostrar, a través de una consulta a la Administración tributaria, que la sociedad no residente desempeña "... en el mercado del Estado o en el territorio de establecimiento..." una actividad industrial o mercantil como actividad principal.

La empresa que invoca la no aplicación de la normativa es requerida para proporcionar la evidencia que la elección de operar en el territorio extranjero deriva del hecho de que se desarrolla efectivamente una actividad industrial o mercantil: que en el país de establecimiento haya sido constituida, por lo tanto, una estructura operativa, no sólo un *box office*, sino un negocio complejo que tenga una relación concreta sobre aquel territorio mediante una estructura operativa²⁴. Además, esta actividad debe ser desarrollada en el mercado del Estado de establecimiento.

Se trata de un término, el de "mercado", usado aquí de una forma un poco ambigua, porque no basta con que exista una estructura operativa en aquel territorio, sino que debe tener una relación de causa-efecto entre lo que desarrolla aquella estructura y el mercado existente en aquel territorio.

Todo esto puede significar dos cosas: (1) que la estructura societaria constituida debe tener clientes, por tanto, una salida de su producción, sobre aquel territorio y no en otros, y entonces no basta demostrar que, a título de ejemplo, se tenga en las Islas del Canal un establecimiento, sino que las ventas de aquel establecimiento se

versan sobre la competencia fiscal junto con aquellos de las ayudas de Estado está disponible en F. AMATUCCI, *Principi e nozioni di diritto tributario*, Turín, 1999, p. 65.

²⁴ M. PAGANUZZI, *La CFC legislation*, en (editado por C. SACCHETTO) *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Turín, 2011, p. 354.

dirigen a los clientes existentes; o bien (2) que en aquel territorio se localizan los proveedores, por tanto, que la materia prima que se utiliza por el establecimiento proviene de aquel territorio.

Se trata de limitaciones muy estrictas que después la Administración ha debido, de hecho, atenuar, porque, de lo contrario, la prueba llegaba a ser, de hecho, diabólica, y bien difícilmente compatible con el derecho europeo en los casos en los que la disciplina CFC resulte aplicable también en el interior del territorio de la Unión²⁵ a la luz de los principios de proporcionalidad y equidad²⁶.

La otra eximente prevista por el legislador es aquella según la que "*...de las participaciones que no consigan el efecto de localizar rentas en Estados o territorios de baja fiscalidad...*".

Se trata de una referencia no muy clara, pero que a menudo tiene lugar en el ámbito de los impuestos sobre la renta: es necesario demostrar que la efectiva *tax rate* que se ha pagado en el interior del grupo, limitada a las rentas provenientes del territorio con fiscalidad privilegiada, no ha llevado a una tributación más baja que la que hubiese sido aplicada si el grupo hubiese tenido sede sólo en el territorio italiano: también ésta es una prueba muy difícil, porque requiere la demostración de que no se ha producido una ventaja fiscal considerable²⁷.

4. Del requisito del control al de la conexión: las fronteras móviles de la *CFC legislation*

La situación descrita era la existente hasta 2009: después el legislador italiano ha modificado la disciplina, intentando perseguir no sólo los establecimientos que se han situado en Estados *black-list*, sino más

²⁵ En los rarísimos casos en los que esto era posible hasta la noticia de 2009.

²⁶ A. MONDINI, *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell'IVA europea*, Pisa, 2012, p. 65.

²⁷ Sobre prueba en contrario y sobre la necesaria activación del procedimiento de consulta se puede consultar la jurisprudencia. En concreto, la sentencia de la Com. Trib. reg. Lazio, de 9 de septiembre de 2008, n. 333.

bien comprobar aquellas fuentes de rentas que se han trasladado a Países terceros, también no *black-list*.

Así es la forma en la que se ha introducido también en el interior de nuestro ordenamiento el concepto de *passive income*²⁸ para designar una fuente de renta que no tenga alguna conexión necesaria con el territorio de establecimiento, pero haya sido introducida con la sola finalidad de excluir la tributación nacional sobre el componente de ingresos.

Si se sitúa una patente en las Antillas, o si se localizan participaciones u otra actividad financiera en cualquier otro Estado del Caribe, estas fuentes de renta no tienen alguna conexión con el territorio de establecimiento, y la razón de su localización bajo aquella jurisdicción fiscal reside en el hecho de que se quiere restar tributación en Italia, también en el caso en el que la tributación en aquel territorio no sea significativamente inferior a la tributación de nuestro País.

Así, ha pasado de ser una medida de lucha que miraba sólo al criterio de la tributación en el País de la controlada, *jurisdiction approach*, a la llamada *transaction approach o shopping approach*: ya no se vigila el tipo de gravamen, sino el tipo de fuente de renta que ha sido transferida al País de establecimiento de la controlada²⁹.

Esta arquitectura elusiva se utiliza principalmente en caso de inversiones en títulos, participaciones, créditos u otra actividad financiera que son aquellas que se caracterizan por una tasa de movilidad mayor respecto a todas las otras actividades y que más fácilmente se pueden colocar en el País que garantice mayores ventajas fiscales.

Es bastante obvio que las arquitecturas de este tipo no sirven para producir renta en el País de establecimiento, sino que sólo se utilizan para eludir la tributación nacional. En efecto, las participaciones en el

²⁸ G. C. HUFBAUER y A. ASSA, *US Taxation of foreign income*, Washington, 2007, p. 58 y, en particular, la nota 10.

²⁹ En general, véase M. LANG, *CFC legislation, Tax Treaties and EC law*, The Hague, 2004, p. 81.

País tercero, la mayoría de las veces, se refieren a sociedades operativas fiscalmente residentes en otro lugar.

Aún, las cesiones y las concesiones de uso de derechos inmateriales relativos a la propiedad industrial, literaria o artística, presentan el mismo perfil de riesgo para los intereses del erario.

Si pensamos, a título de ejemplo, en las patentes y marcas como Gucci, Saint Laurent, Dior, etc. Éstas pueden ser concedidas a cualquier sociedad localizada en cualquier parte del mundo donde la tributación es más bondadosa, con el efecto de hacer llegar a aquella sociedad los *royalties* de todas las sociedades del mundo que utilizan la marca o la patente en cuestión³⁰.

Es evidente que podría estar ausente (y, a menudo, de hecho, no la hay) alguna razón productiva por la que la patente debe colocarse precisamente en ese País.

Lo mismo puede decirse para los derechos de autor o los derechos de propiedad artística y musical, que son precisamente las fuentes de renta pasivas.

Otra modificación muy interesante es la realizada por el legislador cuando impone la aplicación del régimen CFC también a las rentas derivadas *"... de la prestación de servicios a los sujetos que directamente o indirectamente controlen la sociedad o el ente no residente, son controlados o supervisados por la misma sociedad que controla la sociedad o el ente no residente, incluidos los servicios financieros..."*.

La elección se justifica por el hecho de que los servicios intragrupo son aquellos que hoy se prestan a ser mayormente deslocalizados, piénsese, por ejemplo, en los servicios reales, los de publicidad, los préstamos financieros, los servicios de asistencia técnica, los servicios de seguros, los servicios de tesorería centralizada, etc.

El grupo multinacional puede colocar a la sociedad que presta estos servicios intragrupo en el lugar más lejos geográficamente, pero más

³⁰ P. HARRIS y D. OLIVER, *International Commercial Tax*, Cambridge, 2010, p. 205.

conveniente fiscalmente respecto a las sociedades que se aprovechan de estos servicios, por ejemplo, los *call center* pueden ser colocados en Guyana o en Filipinas. Pero después la sociedad que presta estos servicios factura muy caro a las sociedades del grupo de sus clientes.

Por tanto, está claro que la deslocalización se convierte en el modo más eficaz para hacer una planificación fiscal a nivel multinacional.

La aparición de estas situaciones hace que la atención del legislador y del fisco se gire no más al sistema de tributación del lugar donde está establecida la sociedad controlada, sino a las cosas que integran el patrimonio de la sociedad controlada, por tanto, al *passive income*, o mejor a todos los posibles bienes que son fuente de *passive income*: servicios y capitales³¹.

En estos casos también si la sociedad controlada no es colocada en un País *black-list*, pero se constituye en un País con fiscalidad no privilegiada, se aplica igualmente la disciplina de las *CFC*, pero de forma inversa, esto es, no de forma automática, sino sólo en la medida en la que se superan ciertos límites³².

Aquellos actualmente previstos hacen referencia a las rentas de la sociedad no residente, que deben llegar a más del 50% de la gestión de las participaciones, o bien de los servicios intragrupo, de los derechos de patente, *royalties* y cualquier otro.

Si más del 50% de las rentas de la sociedad controlada provienen de estas fuentes de renta de alta movilidad, entonces se aplica la disciplina de las *black-list*.

Se trata de un reenvío a la disciplina descrita anteriormente que no se produce de un modo imitador.

En razón de la especificidad del presupuesto en cuestión y de la naturaleza de las rentas atraídas por el régimen de "transparencia", el legislador ha limitado la aplicación de la eximente mencionada anteriormente.

³¹ G. INGRAO, *D.l. anticrisi e "stretta" sulla normativa CFC: contrasto agli abusi fiscali o miopia del legislatore*, en *Rass. trib.*, 2010. pp. 87 y ss.

³² *Cfr.* art. 167. 8 *bis* TUIR 917/86.

En otros términos, si se supera el 50% y se sitúa en un País también no *black-list*, la disciplina encuentra aplicación en cada caso, salvo que no se demuestre al comprobarse ambas las eximentes antes citadas.

Se debe dar también la demostración que la *effective tax rate* que el grupo ha pagado no es inferior a la que habría pagado si no hubiese hecho uso de esa estructura: es un modo un poco enrevesado para decir que el hecho de tener una controlada extranjera cuyo 50% de rentas derivan de esas tres fuentes *passive* es sospechoso.

Esta desconfianza se basa en la presunción de que en el País de establecimiento se lleva a cabo una actividad con finalidad elusiva, sin la cual no estaría justificada la localización en el País extranjero.

En conclusión, para oponerse a la disciplina CFC no basta hacer la demostración de la primera eximente, sino también se necesita demostrar que toda la estructura societaria llevada a cabo no está, sin embargo, esencialmente orientada a realizar un ahorro fiscal.

5. Observaciones finales: el artículo 167 del Texto único después del precedente “Cadbury Schweppes”

Hay un último perfil digno de destacar: también si se ha situado la controlada en un País considerado bueno para el Estado italiano, que asegura el intercambio de información, que no tiene una tributación considerablemente inferior a la italiana, por tanto, en un País, como decir insospechable, también en este caso de manera abstracta puede encontrar aplicación la disciplina de las CFC, siempre si los *passive income* que derivan de ese País superan el 50% de las rentas generales obtenidas.

También en este caso se puede invocar la eximente (y, por tanto, la no aplicación del régimen CFC), pero demostrando, esta vez todavía más rigurosa, que lo constituido no ha sido un montaje artificial para conseguir una ventaja fiscal indebida.

Se trata, por tanto, de una prueba todavía más específica y puntual: no sólo no basta sostener y demostrar que se tiene una actividad

efectiva, no basta decir que la sociedad en ese País está sujeta a un *tax rate* equivalente a la italiana, sino que se debe demostrar que no se está en presencia de un montaje puramente artificial.

Este término, ese del "montaje artificial", viene directamente de la sentencia del Tribunal de Justicia C-196/04 *Cadbury Schweppes*³³, del 2006³⁴.

En la sentencia *Cadbury*, en sustancia, se preguntaba al Tribunal si procede apreciar la disciplina CFC (en el caso específico era objeto de comprobación por parte de los jueces de Luxemburgo), "*...al constituer y capitalizar sociedades en otros Estados miembros exclusivamente con la finalidad de acogerse a un régimen fiscal más favorable que el vigente en el Reino Unido, la (sociedad) CS ha ejercido abusivamente las libertades fundamentales consagradas por el Tratado CE*"³⁵.

En el caso en cuestión una sociedad inglesa había constituido una controlada en Irlanda, donde se registraba una tributación más baja respecto a la de la Madre patria: a esta sociedad (o mejor, en base a las participaciones en esta sociedad) la Administración tributaria inglesa había aplicado el régimen CFC.

A raíz de esta posición, contrarrestada en sede jurisdiccional por parte del contribuyente, el juez inglés se dirigía al Tribunal de Justicia con la anterior pregunta arriba referida: el hecho de que una sociedad haya optado por situar una controlada en Irlanda, que se caracteriza por una tributación inferior a la anglosajona, podía ser considerado un abuso de una libertad fundamental del Tratado, esto es, de la libertad de establecimiento?

El Tribunal, como se sabe, ha respondido en sentido negativo: no se trata de un abuso, porque no hay ninguna norma del Tratado que

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

³⁴ G. FALSITTA, *Spunti critici e ricostruttivi sull'errata commistione di simulazione ed elusione nell'onnivoro contenitore detto "abuso del diritto"*, en Riv. dir. trib., 2010, II, p. 349; M. BEGHIN, *La sentenza Cadbury Schweppes e il "malleabile" principio della libertà di stabilimento*, en Rass. trib., 2007, p. 983; S. CIPOLLINA, *CFC legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes*, en Riv. dir. fin. sc. fin., 2007, II, p. 13.

³⁵ Cfr. Punto 23 de la sentencia del Tribunal de Justicia C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

prohíba a un operador económico europeo que establezca una controlada (si no hasta trasladar la propia sede) en el País más conveniente: es decir, no hay ninguna norma del Tratado que ponga límites exclusivamente a la libertad de establecimiento por el sólo hecho de que sea utilizada para ir a buscar una tributación menos onerosa.

Entonces, continúa la segunda pregunta, si un operador ha ejercido una libertad que deriva del Tratado, la normativa antiabuso, como la de la *CFC*, que pone, en cambio, estas limitaciones en Inglaterra es una restricción ilegítima a la libertad garantizada por el Tratado?

Aquí la respuesta ha sido más compleja: para el Tribunal ha sido necesario comprobar las restricciones que se han puesto y sobre todo si ha sido dada la posibilidad de probar lo contrario: esto es, si el Estado de la controlante da la posibilidad de demostrar que el empresario ha ido al territorio extranjero por otros motivos o no.

La conclusión ha sido en el sentido de que si la restricción encuentra fundamento sobre la constitución, en el caso en particular, de un montaje artificial, puramente artificial, entonces la disciplina *CFC* está en regla con las normas del Tratado; si, en cambio, pone restricciones automáticas o, de todas formas, fundadas sobre criterios diferentes, será el juez nacional *case by case* el que tendrá que comprobar si ha sido vulnerada una libertad que deriva del Tratado.

Se trata de una enseñanza todavía de extrema actualidad para todas las disciplinas *CFC* que, como la italiana, por un lado, se caracterizan por una aplicación automática, sin duda, más atenuada respecto de la inglesa de ese tiempo, por otro lado, sin embargo, se manifiestan intrínsecamente rasgos de vulnerabilidad bajo el perfil comunitario³⁶.

Por tanto, será la Administración tributaria y, sobre todo, la jurisprudencia la que legitime y trate de proporcionar una interpretación de los artículos 167 y siguientes que esté

³⁶ E. M. BAGAROTTO, *La compatibilità con l'ordinamento comunitario della disciplina in materia di controlled foreign companies alla luce delle modifiche apportate dal "decreto anti-crisi"*, en *Giust. trib.*, 2010, p. 10.

comunitariamente orientada, y como tal idónea para garantizar y salvaguardar un equilibrio razonable entre los intereses del erario, por un lado, y la plena aplicación de las libertades europeas, por otro³⁷.

³⁷ A. DI PIETRO, *Per una costituzione fiscale europea*, Padua, 2008, p. 450.