

**I. El Tribunal de Justicia anula parcialmente la Decisión de la Comisión Europea relativa al «sistema español de arrendamiento fiscal» sobre ayudas de estado<sup>2</sup>.**

**I. The EU Court of Justice partially overturns the European Commission Decision on the "Spanish tax leasing system" on state aid.**

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de fecha 2 de febrero de 2023, (asuntos acumulados C-649/20 P, C-658/20 P y C-662/20 P) anula en parte la Decisión relativa al sistema español de arrendamiento fiscal sobre ayudas de estado. La Sentencia revoca la anterior en la medida en que designa a las agrupaciones de interés económico (AIE) y sus inversores como únicos beneficiarios de la ayuda contemplada en dicha Decisión, y, en consecuencia, ordena la recuperación de la totalidad de su importe exclusivamente de los inversores de las AIE.

**En 2006, la Comisión Europea recibió varias denuncias acerca de la aplicación del «sistema español de arrendamiento fiscal» (SEAF) a determinados contratos de arrendamiento financiero, en la medida en que este régimen permitía que las empresas navieras obtuvieran unos descuentos de entre un 20 % y un 30 % del precio al adquirir buques construidos por astilleros españoles, en detrimento de las ventas de los astilleros de otros Estados miembros.** Según la Comisión el objetivo del SEAF consistía en proporcionar ventajas fiscales a las agrupaciones de interés económico y a los inversores que participaban en ellas, las cuales transferían posteriormente una parte de tales ventajas a las empresas navieras que compraban un buque nuevo.

En la Decisión controvertida, adoptada en julio de 2013, la Comisión estimó que tres de las cinco medidas fiscales que conformaban el SEAF constituían una ayuda estatal, en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, que revestía la forma de ventaja fiscal selectiva, parcialmente incompatible con el mercado interior. Dado que la ayuda en cuestión se había ejecutado desde el 1 de enero de 2002 sin haberse cumplido la obligación de notificación, la Comisión instó a las autoridades nacionales a recuperarla de los inversores, esto es, de los miembros de las AIE.

Tras distintas sentencias y trámites procesales previos, el Tribunal de Justicia examina los motivos de los recursos de casación relativos, por una parte, al análisis del carácter selectivo del SEAF y, por otra parte, a la obligación de recuperación.

Por lo que se refiere, en primer lugar, al análisis del requisito de selectividad, el Tribunal de Justicia comienza destacando que **no cabe considerar que una medida fiscal**

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Complutense de Madrid. Jean Monnet Chair EU FAIR TAX. E-mail: serranoa@ucm.es

<sup>2</sup>

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=C93BE5B36D30DC33B444E26FA690F357?text=&docid=270101&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1952727> (Acceso Web 7 de febrero de 2023)

**ventajosa cuya concesión depende de la facultad discrecional de la Administración tributaria tenga carácter general. De ello se deduce que el carácter selectivo de esa medida no puede apreciarse a partir de un método concebido con el fin de poner de manifiesto la selectividad que ocultan medidas fiscales ventajosas de alcance general.** Ahora bien, en este caso, el Tribunal General debía pronunciarse sobre una medida cuya concesión dependía de la facultad discrecional de las autoridades competentes, de modo que no cabe censurarle no haberla analizado a la luz del método que resulta válido para las medidas fiscales de carácter general.

En el análisis de los criterios de apreciación pertinentes en el caso de una medida fiscal ventajosa concedida discrecionalmente, el Tribunal de Justicia coincide con el Tribunal General en que **la existencia de un sistema de autorización no implica por sí misma que la medida en cuestión tenga carácter selectivo.** Así, para que esa medida merezca tal calificación, es necesario demostrar que las autoridades competentes disponen de una facultad discrecional amplia para determinar los beneficiarios y los requisitos de la medida concedida, de modo que deba considerarse que el ejercicio de dicha facultad favorece a determinadas empresas o producciones en relación con otras, no beneficiarias de ella, que se encuentran, habida cuenta del objetivo perseguido, en una situación comparable.

El Tribunal General no incurrió en error de Derecho al considerar, para sostener que la medida consistente en la amortización anticipada tenía carácter selectivo, que la existencia de aspectos discrecionales podía favorecer a los beneficiarios respecto de otros sujetos pasivos que se encontrasen en una situación fáctica y jurídica comparable. Asimismo, el Tribunal General podía fundadamente concluir que la Comisión no incurrió en error de Derecho al deducir del carácter selectivo de la amortización anticipada que el SEAF era selectivo en su conjunto, ya que resulta pacífico que las demás medidas controvertidas que conforman el SEAF dependían de la autorización previa de la amortización anticipada. En consecuencia, el Tribunal de Justicia desestima por infundados todos los motivos relativos al carácter selectivo del SEAF.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre un motivo basado en un **defecto de motivación de la sentencia recurrida.** A este respecto, el Tribunal de Justicia resuelve que, si bien esa sentencia está motivada de forma suficiente en Derecho en lo que respecta al carácter selectivo del SEAF, no sucede lo mismo por lo que se refiere a la recuperación de la ayuda en cuestión.

Así, el Tribunal de Justicia señala que, para dar respuesta a un motivo por el que se **impugnaba la orden de recuperación contenida en la Decisión controvertida, en la medida en que imponía la recuperación de la totalidad de la ayuda en cuestión de los inversores, a pesar de que una gran parte de la ayuda así concedida se transfería sistemáticamente a las empresas navieras,** el Tribunal General se limitó a señalar que en la Decisión controvertida se identificaba a los inversores como únicos beneficiarios de la ayuda y que esta pretensión no constituía el objeto del litigio. Ahora bien, según el Tribunal de Justicia, a pesar de que las partes afectadas no hubieran cuestionado la identidad de los beneficiarios, a través de su motivo estas partes, no obstante, alegaban, implícita pero necesariamente, que no habían sido las únicas beneficiarias de la ayuda en cuestión. Dado que, el Tribunal General no había dado respuesta a este motivo, no

se pronunció sobre el mismo, lo cual constituye un incumplimiento de la obligación de motivación.

En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia anula la sentencia recurrida en tanto en cuanto, mediante la misma, el Tribunal General desestimó los recursos por cuanto tenían por objeto la anulación de la Decisión controvertida en la medida **en que designa a las AIE y sus inversores como únicos beneficiarios de la ayuda contemplada en dicha Decisión, y en la medida en que ordena al Reino de España que recupere íntegramente el importe de la ayuda contemplada en esa misma Decisión de los inversores de las AIE**. El Tribunal de Justicia aborda la cuestión de la identificación de los beneficiarios de la ayuda en cuestión y recuerda que la obligación de recuperar una ayuda que la Comisión considera incompatible con el mercado único tiene por objeto restablecer la situación anterior a la concesión de la ayuda privando a sus beneficiarios, esto es, las empresas que la han disfrutado efectivamente, de la ventaja competitiva que la ayuda les ha reportado.

Pues bien, en el presente caso, resulta de las propias apreciaciones de la Comisión que el SEAF constituía, en su conjunto, un dispositivo fiscal destinado a generar una ventaja no solo en beneficio de los inversores que formaban parte de una AIE, sino también de las empresas navieras. Asimismo, de los elementos expuestos por la Comisión resulta que el reparto de esta ventaja fiscal entre una empresa naviera y los inversores de una AIE estaba previsto en contratos jurídicamente vinculantes, aportados a las autoridades tributarias y que estas tenían en cuenta para autorizar, en el ejercicio de la facultad discrecional de que disponían a este respecto, la amortización anticipada. A la luz de estos elementos, el Tribunal de Justicia resuelve que la Comisión incurrió en un error de Derecho, habida cuenta del objetivo perseguido por la recuperación, al designar a los inversores de las AIE como únicos beneficiarios de la ayuda en cuestión por considerar, fundamentalmente, que la ventaja obtenida por las empresas navieras gracias a la transferencia de una parte de la ventaja fiscal concedida a los AIE era el resultado de una combinación de transacciones jurídicas entre entidades privadas y que, por ese motivo, no era imputable al Estado, a pesar de que las AIE estaban, no obstante, obligadas, en virtud de las reglas aplicables, a transferir a esas empresas navieras una parte de la ventaja fiscal obtenida. En consecuencia, el **Tribunal de Justicia anula en parte la Decisión controvertida, esto es, en la medida en que designa a las AIE y sus inversores como únicos beneficiarios de la ayuda contemplada en dicha Decisión**, y, en consecuencia, ordena la recuperación de la totalidad de su importe exclusivamente de los inversores de las AIE.

## II. El Reglamento de Subsidios Extranjeros entra en vigor.

El 12 de enero de 2023 entró en vigor el Reglamento (UE) 2022/2560 sobre subvenciones extranjeras (RSE) que distorsionan el mercado interior. El Reglamento entró en fase de aplicación y entrará en vigor seis meses después, el día 12 de julio de 2023<sup>3</sup>.

El reglamento fue propuesto por primera vez por la Comisión Europea en mayo de 2021 y aprobado por el Parlamento Europeo y el Consejo en 2022. Su objetivo es limitar la brecha regulatoria en el Mercado Único de la UE, por lo que los subsidios otorgados por

---

<sup>3</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_23\\_129](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_129) (Acceso Web 7 de febrero 2023)

gobiernos no pertenecientes a la UE quedaron en gran medida sin control. mientras que las subvenciones concedidas por los Estados miembros estaban sujetas a un escrutinio minucioso. **El Reglamento tiene por objeto reducir las distorsiones creadas por las subvenciones concedidas por países no pertenecientes a la UE a empresas que operan en el mercado único de la UE.** El Reglamento otorga a la Comisión Europea facultades para investigar las contribuciones financieras recibidas en países no pertenecientes a la UE por grupos que operan en el mercado interior de la UE. Las contribuciones que pueden estar sujetas a investigación incluyen las exenciones fiscales otorgadas a una empresa cuando éstas se limitan, de hecho o de derecho, a una o más empresas o industrias.

El RSE se aplica a todas las actividades económicas de la UE y se refiere a las grandes concentraciones (fusiones y adquisiciones), los procedimientos de contratación pública y todas las demás situaciones del mercado. Las nuevas normas facultan a la Comisión para investigar las contribuciones financieras facilitadas por países terceros a empresas que ejercen una actividad económica en la UE y para corregir, en caso necesario, sus efectos distorsionadores.

El RSE consta de tres herramientas con las que trabajará la Comisión:

**La obligación de que las empresas notifiquen a la Comisión las concentraciones en que exista una contribución financiera del Gobierno de un país tercero** cuando i) la empresa adquirida, una de las partes de la concentración o la empresa en participación genere un volumen de negocios en la UE de al menos 500 millones de euros y ii) la contribución financiera extranjera en cuestión sea de al menos 50 millones de euros.

**La obligación de que las empresas notifiquen a la Comisión, para su aprobación, su participación en procedimientos de contratación pública** cuando i) el valor estimado del contrato sea de al menos 250 millones de euros y ii) la contribución financiera extranjera en cuestión sea de al menos 4 millones euros por país tercero. La Comisión podrá prohibir la adjudicación de contratos en tales procedimientos a empresas que se beneficien de subvenciones distorsionadoras.

**En el caso de todas las demás situaciones del mercado, la Comisión podrá iniciar investigaciones por iniciativa propia (de oficio) si sospecha que puede haber subvenciones extranjeras distorsionadoras.** Esto incluye la posibilidad de solicitar notificaciones ad hoc en el caso de los procedimientos de contratación pública y las concentraciones de menor cuantía.

Desde el día 12 de julio de 2023, la Comisión podrá iniciar investigaciones de oficio. La obligación de notificación para las empresas será efectiva a partir del 12 de octubre de 2023. Como siguiente paso, la Comisión presentará un proyecto de Reglamento de Ejecución que aclarará las normas y procedimientos aplicables, incluidos los formularios de notificación para las concentraciones y los procedimientos de contratación pública, el cálculo de los plazos, el acceso a los procedimientos y la confidencialidad de la información. A continuación, las partes interesadas dispondrán de cuatro semanas para formular observaciones sobre estos proyectos de documentos antes de que se ultimen y adopten las normas de aplicación, a mediados de 2023.

### III. Programa de trabajo para el primer semestre de 2023

El pasado día 17 de enero de 2023, la Comisión Europea publicó su programa de trabajo para el período comprendido entre el 25 de enero de 2023 y el 28 de junio de 2023. Las principales medidas de fiscalidad directa previstas para el primer semestre de 2023 incluyen:

- el lanzamiento de la **propuesta de la Comisión para abordar el papel de los facilitadores de evasión y planificación fiscal agresiva en la Unión Europea (SAFE)**, prevista para el día 7 de junio de 2023; y
- el lanzamiento de la propuesta de la Comisión de un **nuevo sistema común de la UE para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en el ámbito de las retenciones en origen (FASTER)**, también prevista para el día 7 de junio de 2023.

### IV. Consulta pública sobre el proyecto de reglamento de ejecución DAC7

El pasado día 20 de enero de 2023, la Comisión Europea lanzó una consulta pública sobre el borrador de reglamento de aplicación para establecer los criterios para determinar si la información intercambiada automáticamente bajo un acuerdo entre las autoridades fiscales de los Estados miembros y un país no perteneciente a la UE es equivalente al especificado en la Directiva del Consejo (UE) 2021/514 («DAC7»)<sup>4</sup>.

Cuando la Comisión Europea haya determinado que los Estados miembros reciben información equivalente de países no pertenecientes a la UE que aplican regímenes de notificación similares (p. ej., en virtud del acuerdo multilateral de autoridad competente (MCAA) de la OCDE), DAC7 proporcionará exención de las obligaciones de notificación para los operadores de plataformas no pertenecientes a la UE, en la UE para así eliminar la doble notificación.

### V. El Parlamento adopta el Informe sobre la propuesta de Directiva Unshell Companies.

El pasado día 17 de enero de 2023, el Parlamento Europeo aprobó el **informe sobre la Directiva por la que se establecen normas para evitar el uso indebido de entidades fantasmas a efectos fiscales (Directiva Unshell)**. Si bien el informe respalda el texto propuesto por la Comisión, se recomiendan varias enmiendas, que incluyen<sup>5</sup>:

Supuestos de aplicación:

- cambios en los criterios de las condiciones aplicativas en los presupuestos del artículo 6, apartado 1, de la Directiva propuesta. Incluye la reducción de ingresos

---

<sup>4</sup> [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13485-Tax-transparency-criteria-for-information-reported-by-platforms-to-non-EU-countries-and-exchanged-with-Member-States\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13485-Tax-transparency-criteria-for-information-reported-by-platforms-to-non-EU-countries-and-exchanged-with-Member-States_en) (Acceso Web 7 de febrero de 2023)

<sup>5</sup> <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1727141&t=d&l=en> (Acceso Web 7 de febrero de 2023)

del límite actual del 75 % al 65 %, y una disminución en el requisito de activos del 60 % al 55 %, así como una disminución en el umbral de la condición transfronteriza del 60 por ciento al 55 por ciento;

- modificar los criterios de la externalización del artículo 6, apartado 1, para limitar el alcance de los servicios que se califican como externalizados, a los recibidos de terceros;
- eliminar las exclusiones para empresas con al menos cinco empleados equivalentes a tiempo completo propios o miembros del personal que realicen exclusivamente las actividades que generan los ingresos correspondientes.

Indicadores sustantivos:

- ampliar el indicador de locales propios para cubrir los locales compartidos con entidades del mismo grupo;
- ampliar el criterio de la cuenta bancaria propia para cubrir las cuentas de dinero electrónico y aclarar que la empresa recibe los ingresos correspondientes a través de esa cuenta;
- eliminar el requisito de que los directores de la empresa no sean empleados de un tercero y no desempeñen una función equivalente para empresas fuera del grupo;
- pruebas documentales adicionales que deben presentar las empresas obligadas a informar sobre el fondo.
- denegación de la presunción de fantasma: introducción de un plazo de 9 meses después de la presentación de la solicitud de denegación en el que los Estados miembros deben decidir si la empresa es fantasma o no.

Consecuencias fiscales: eliminación de la opción de que los Estados miembros emitan un certificado de residencia fiscal con una declaración de advertencia a las entidades que se consideran una entidad fantasma.

Otros: reducción de las sanciones por incumplimiento de la Directiva del 5 por ciento de la facturación al 2,5 por ciento de la facturación (por presentación extemporánea) y al 4 por ciento de la facturación (por declaración falsa en la declaración). Para empresas con ingresos bajos o nulos, la sanción se basaría en los activos totales de la empresa.

Como es sabido, **el informe representa la opinión del Parlamento sobre la Directiva y es un paso necesario en el proceso legislativo de adopción de directivas fiscales en virtud del artículo 115 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.** El informe refleja el papel consultivo del Parlamento en el proceso y no es vinculante para el Consejo. Queda pues en manos de los 27 Estados miembros de la UE acordar el texto final de la Directiva a nivel del Consejo, que puede no reflejar las enmiendas recomendadas por el PE.

## **VI. España transpone la Directiva que obliga a hacer público el informe país por país.**

El día 22 de diciembre de 2022 fue publicada en el Boletín Oficial del Estado la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes,

que introduce, entre otras materias, **la obligación de divulgación de información relativa al impuesto sobre sociedades por parte de determinadas empresas y sucursales domiciliadas en territorio español (información país por país o country-by-country report) en su web de información fiscal y financiera del Grupo.**

Por medio de dicha norma, el legislador traspone al ordenamiento jurídico español el contenido de la Directiva 2021/2101, de 24 de noviembre de 2021, publicada el 11 de noviembre de 2021, por la que se modificó la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información relativa al impuesto sobre sociedades por parte de determinadas empresas y sucursales, y que representa un sustancial incremento de las obligaciones de información para los grandes grupos multinacionales.

Afectará a las entidades matrices de grupos multinacionales domiciliados en España (*ultimate parent companies*), así como a las filiales y sucursales españolas de grupos multinacionales cuya *ultimate parent company* esté domiciliada fuera de la Unión Europea, cuya cifra de negocio exceda de 750 millones de Euros durante dos períodos impositivos consecutivos. La obligación se hace extensiva a aquellas entidades que, de acuerdo con la normativa aplicable, no constituyan grupo.

Se exime de esta obligación a:

- Grupos y entidades que estén establecidos exclusivamente en un Estado Miembro de la Unión Europea.
- Las filiales y sucursales cuya *ultimate parent company* esté domiciliada fuera de la Unión Europea, en aquellos casos en los que haya sido elaborado un informe con la información país por país cuyo contenido y accesibilidad sean análogos a los establecidos por la normativa española. En aquellos casos en los que las filiales y sucursales no puedan acceder a la información país por país completa de su grupo multinacional, deberán publicar igualmente aquella información de la que dispongan, indicando que su *ultimate parent company* no ha puesto a disposición la información completa.
- Las entidades en índole financiero a las que sea de aplicación y cumplan con lo dispuesto en el art. 87 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

**Esta nueva obligación, de contenido similar al Informe país por país que se encuentra actualmente en vigor como consecuencia del Plan BEPS, supone que se deberá hacer pública en la página web del Grupo y en las cuentas anuales información relevante sobre la composición y actividades del grupo multinacional, el número de empleados, los ingresos y beneficios obtenidos, los impuestos devengados y pagados y las reservas en el ejercicio relativo al más reciente de esos dos ejercicios.**

La información deberá exponerse de forma separada para los Estados Miembros de la Unión Europea y para determinadas jurisdicciones consideradas no cooperativas por la Unión Europea, y de forma agregada para el resto de los territorios. En concreto, las multinacionales deberán desagregar la información relativa a aquellas jurisdicciones que se encuentren en la denominada “lista negra”, entre las que se encuentran Panamá y Trinidad y Tobago y para las que lleven más de dos ejercicios en la “lista gris”, que, a día

de hoy, incluye algunos relevantes, tales como Costa Rica, Tailandia, Malasia, Hong-Kong, Uruguay o Turquía.

**La obligación de hacer pública la información país por país será de aplicación a los ejercicios fiscales iniciados a partir del 22 de junio de 2024, en línea con el plazo límite previsto en la Directiva.** La información deberá estar publicada en un plazo de seis meses a partir del cierre del ejercicio fiscal cuya información se publique. Del mismo modo, la información país por país se depositará en el Registro Mercantil junto con las cuentas anuales. La información país por país deberá estar disponible durante al menos 5 años consecutivos.

La información debe presentarse en al menos una de las lenguas oficiales de la Unión Europea utilizando una plantilla común y formatos electrónicos de lectura automática, que serán establecidos por la Comisión Europea.

La normativa contiene una mención expresa a que los miembros de los órganos de administración de la *ultimate parent company* o de la filial obligada, y el personal responsable de cumplir con las formalidades de publicidad en relación con las sucursales, serán colectivamente responsables de garantizar que la información país por país se hace pública en los términos previstos.

Los Estados miembros podrán permitir que uno o más elementos de información que debieran hacerse públicos se omitan temporalmente del informe cuando su divulgación pueda ser gravemente perjudicial para la posición comercial de las empresas a las que se refiere el informe.

Cualquier omisión deberá indicarse claramente en el informe e ir acompañada de una justificación debidamente motivada.

Toda información omitida deberá hacerse pública en un informe posterior, a más tardar cinco años después de su omisión inicial.

No se podrá omitir nunca la información relativa a jurisdicciones clasificadas como no cooperativas.

**Por su parte, las empresas españolas ya debían cumplir con la obligación derivada de la Ley 11/2018, de información no financiera, que obliga a publicar determinada información desagregada por países, si bien con un detalle mucho menor que la obligación que ahora se adopta.**