LOS PRINCIPIOS RESULTANTES DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN MATERIA DE IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES (I)

Jose Manuel Calderón Carrero
Adolfo Martín Jiménez

Profesores Titulares de Derecho Financiero y Tributario

Universidades de La Coruña y Cádiz

SUMARIO

PARTE I

I. Introducción.

II. La Jurisprudencia del TJCE sobre El Derecho Comunitario originario.

A) La libertad de establecimiento y la imposición societaria

1. La libertad de establecimiento y el acceso a la protección garantizada por el TCE
2. Los derechos sustantivos que la libertad de establecimiento otorga a los contribuyentes personas jurídicas

B) La libre prestación de servicios

1. Alcance general de la libre prestación de servicios
2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre libre prestación de servicios e imposición directa

C) Libre circulación de capitales y pagos

1. Concepto y regulación tras el Tratado de Maastricht
2. La jurisprudencia del TJCE en materia de libre circulación de capitales y pagos e impuestos directos

PARTE II

III. La Jurisprudencia del TJCE sobre El Derecho Comunitario derivado.

A) Introducción

B) La Jurisprudencia del TJCE sobre sobre la Directiva Fusiones

C) La Jurisprudencia del TJCE sobre sobre la Directiva Matriz-Filial

IV. Conclusiones.

Resumen del contenido:

El presente artículo pretende sistematizar y exponer los numerosos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las CEE que afectan o se refieren materialmente a la normativa nacional y comunitaria relativa al impuesto sobre sociedades. Exceptuando las puntuales sentencias concernientes a las Directivas fiscales de Fusiones y Matrices y Filiales, lo cierto es que la mayor parte de los casos se refieren a la compatibilidad de la normativa nacional reguladora del impuesto sobre sociedades con las libertades fundamentales establecidas en el Tratado de la Comunidad Europea. De esta forma, la normativa fiscal es examinada desde un prisma que la contempla como una fuente de obstáculos, distorsiones o restricciones del buen funcionamiento de las libertades comunitarias y del propio mercado interior.

A través de su jurisprudencia, el TJCE ha llevado a cabo una auténtica "armonización (fiscal) negativa", la cual no sólo ha conducido a una supresión de un conjunto de discriminaciones fiscales que tradicionalmente venían existiendo en el ordenamiento tributario de los Estados miembros, sino que ha contribuido a adaptar su sistema fiscal a las reglas propias de un mercado interior que pivota sobre el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales del TCE por parte de los operadores económicos. Ello ha conducido a "comunitarizar" tanto las reglas de tributación de los residentes como las relativas a los no residentes, de manera que terminen resultando compatibles con la dinámica del mercado interior y el ejercicio efectivo de las referidas libertades comunitarias. La última jurisprudencia del TJCE muestra cómo tal adaptación entraña una "auténtica revolución fiscal" cuyos efectos sólo han empezado a sentirse en el ordenamiento tributario de los Estados miembros; así, los convenios de doble imposición, las cláusulas anti-abuso nacionales y convencionales, así como los propios métodos de eliminación de la doble imposición constituyen ejemplos paradigmáticos de materias "sensibles" sobre las que está empezando a incidir de forma relevante esta jurisprudencia comunitaria.

El estudio de toda esta jurisprudencia no sólo revela su largo alcance y su vis expansiva, sino cómo los principios que resultan de la misma, y que terminan configurando las reglas de integración entre el Derecho comunitario y la legislación nacional, se están elaborando de forma casuística y con arreglo a unos criterios o parámetros que resultan muy distantes a los principios clásicos y constitucionales de la imposición: el TJCE enjuicia las normas fiscales desde un principio anti-proteccionismo fiscal como es el principio de no discriminación con el objeto de hacer efectivas las libertades comunitarias sobre las que se sustenta el mercado interior, de forma que el denominado "interés fiscal" de los Estados o la propia función de los impuestos dentro del sistema fiscal y del propio entramado estatal apenas son tenidas en cuenta en este ámbito. Precisamente por estas razones consideramos que esta jurisprudencia debe tenerse muy presente tanto por las autoridades fiscales de los Estados miembros a la hora de configurar el sistema tributario y tomar parte en iniciativas legislativas comunitarias e internacionales, como por los propios contribuyentes cuando lleven a cabo operaciones transnacionales.

Nótese, asimismo, que este estudio será publicado en dos partes. En la primera se aborda la incidencia de las libertades comunitarias fundamentales sobre el impuesto sobre sociedades, a la luz de la jurisprudencia del TJCE, en tanto que en la segunda parte se analizan los pronunciamientos del TJCE interpretando el Derecho Fiscal Comunitario Derivado, esto es, las Directivas de Fusiones y de Matrices y Filiales.

I. INTRODUCCIÓN

El Tratado de la Comunidad Europea (en adelante "TCE") estableció los fines de la CE en su artículo 2. Entre ellos, destaca como objetivo principal la consecución de un mercado común en el que se eliminen las barreras a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales entre los Estados miembros. El propio TCE reguló dos formas a través de las cuales este mercado debía ser alcanzado: por un lado, mediante la aplicación de un principio de no discriminación por razón de nacionalidad que consagra la obligación de trato nacional de los nacionales de otros Estados miembros de la CE, y que inspira buena parte de las disposiciones del TCE, por otro, el TCE recogió un programa de armonización de las normas y prácticas administrativas de los Estados miembros que pudieran afectar al establecimiento del mercado común. En relación con la imposición sobre las sociedades, a pesar de las numerosas propuestas presentadas por la Comisión de la, hoy, Unión Europea al Consejo, no podemos decir que se hayan alcanzado logros significativos en la armonización del Impuesto sobre Sociedades (vid., sobre la armonización del IS en la Unión Europea, las razones del fracaso y la historia del proceso armonizador, [1] y ello a pesar de que existen logros recientes de una gran importancia (este es el caso de la aprobación por el Consejo del denominado "paquete fiscal" en el que se incluye una Directiva sobre la imposición aplicable al ahorro, una Directiva sobre la eliminación de la doble imposición en relación con los pagos de cánones e intereses entre empresas asociadas en la UE y una medida de "*soft-law*" como es el compromiso de eliminación de ciertos regímenes fiscales considerados como "dañinos"; acuerdo del ECOFIN de 21 de enero de 2003, Doc.5506/03, Presse 15).

Ahora bien, el hecho de que la armonización legislativa no haya funcionado no significa que no se hayan alcanzado logros importantes en el seno de la Unión Europea precisamente en materia del IS. Las propias características del Derecho comunitario (su efecto directo, primacía y la responsabilidad de los Estados miembros por su incumplimiento) han determinado que, en la actualidad, la principal fuente armonizadora de las legislaciones de los Estados miembros en la materia que estamos tratando sea la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y que, en una especie de proceso de retroalimentación, sean las propias empresas las que, a la vista de la jurisprudencia del TJCE se conviertan en los auténticos motores de la armonización, presentando recursos por incumplimiento del Derecho comunitario que suelen llegar al TJCE por la vía de la cuestión prejudicial. Por esta vía, el TCE y la jurisprudencia del TJCE estaban llamados a producir importantes efectos sobre la legislación

[1] Vid. MARTÍN JIMÉNEZ, A.: *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Union: an institutional and procedural analysis.* Kluwer. Londres, Boston y la Haya, 1999; y del mismo autor, "La armonización de la imposición directa en las uniones económicas: lecciones desde la UE". *Revista Euroamericana de Derecho Financiero,* año 2000.

nacional en materia de Impuesto sobre las Sociedades (y sobre la Renta de los No Residentes). Los efectos de esta jurisprudencia del TJCE sobre la legislación nacional se pueden sintetizar de la siguiente forma:

- En buena medida, la jurisprudencia del TJCE ha supuesto una revolución extraordinaria de las bases y conceptos sobre los que se asientan los sistemas tributarios nacionales, especialmente por lo que se refiere al gravamen de las sociedades no residentes y de las inversiones en el extranjero de las sociedades residentes.
- También la jurisprudencia del TJCE ha tenido y continuará teniendo extraordinarios efectos sobre el Derecho tributario internacional, especialmente sobre los Convenios para la Eliminación de la Doble Imposición entre los Estados miembros y éstos y terceros Estados.[2]
- En términos presupuestarios, las consecuencias de las vulneraciones del Derecho comunitario para los Estados miembros pueden ser nefastas en virtud de las obligaciones de devolución de las cantidades recaudadas en vulneración del Derecho comunitario que inmediatamente surgen para el Estado miembro en cuestión y el correspondiente derecho del particular a reclamar la restitución de los impuestos indebidamente pagados.[3]
- Los efectos de la jurisprudencia del TJCE en relación con el TCE y la imposición nacional sobre las sociedades traspasan las fronteras de la propia Unión Europea y se extienden a los Estados miembros del Espacio Económico Europeo y a Suiza (en este caso, en virtud de los importantes acuerdos firmados entre la Unión y este país).

Por otra parte, la jurisprudencia del TJCE resulta importantísima para dar eficacia no sólo a las disposiciones del TCE (las cuatro libertades fundamentales), sino también para interpretar las únicas normas comunitarias que, hasta el momento, han visto la luz, esto es la Directiva Matriz-Filial y la Directiva Fusiones (existe un Convenio 90/436/CEE en relación con la eliminación de la doble imposición relativa a los ajustes realizados en empresas asociadas, DOCE L225 de 20 de agosto de 1990, firmado sobre la base del artículo 293 TCE, pero el TJCE no tiene competencia en materia de interpretación del Convenio), a las que hay la jurisprudencia futura sobre las Directivas recién aprobadas en materia de imposición sobre el ahorro e intereses y cánones entre empresas asociadas.

El objetivo de las páginas que siguen

[2] Vid. CALDERÓN CARRERO, J.M.: "Algunas consideraciones sobre la interrelación entre los Convenios de doble imposición y el Derecho Comunitario Europeo". *Documentos del IEF*, nº4, 2002, y en *Crónica Tributaria* nº112 y 113, 2002.

[3] Vid.: MARTÍN JIMÉNEZ/CALDERÓN CARRERO: "Devolución de ingresos tributarios indebidos por infracción del Derecho comunitario" *Noticias de la UE*, nº167, 1998.

es examinar la jurisprudencia del TJCE. En un primer momento, nos centraremos en la jurisprudencia relativa a la aplicación de las libertades comunitarias en materia del Impuesto sobre Sociedades (obviamos, el comentario del Asunto 18/84, *Comisión/Francia*, [1984] Rec. 1339 que se refiere a incentivos en materia del IS puesto que es un caso aislado en el que el TJCE aplicó las disposiciones en materia de libre circulación de mercancías, pero, desde aquel momento, nunca más se planteó un caso en esta materia). Después, estudiaremos la interpretación de las dos directivas en materia de IS que hasta el momento han generado alguna jurisprudencia.

Con carácter preliminar, debemos advertir que nos concentramos en la jurisprudencia del TJCE, pero ello supone dejar de estudiar un importante factor con gran influencia en el campo de la armonización del IS: las disposiciones del TCE en materia de ayudas de Estado (art. 87.1 TCE). En este campo, la competencia del TJCE es, fundamentalmente, de revisión de las Decisiones de la Comisión, que es el órgano encargado de decidir acerca de la compatibilidad de una determinada norma, en nuestro caso, tributaria con el art. 87 TCE. [4]

Finalmente, también queremos indicar que el presente estudio aparece publicado en dos partes (I y II), a pesar de su carácter unitario y coherencia interna, por razones fundamentalmente editoriales. En la primera parte del mismo se examina la jurisprudencia comunitaria sobre las libertades fundamentales del Tratado CE y su incidencia en el ámbito del IS, en tanto que en la segunda parte se analizan las decisiones que interpretan la normativa comunitaria de armonización fiscal del IS, esto es, las Directivas de Fusiones y de sociedades Matrices y Filiales, recogiendo también las conclusiones de este trabajo.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE SOBRE EL DERECHO COMUNITARIO ORIGINARIO

A) LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LA IMPOSICIÓN SOCIETARIA

1. La libertad de establecimiento y el acceso a la protección garantizada por el TCE

En relación con las sociedades, la libertad de establecimiento implica, fundamentalmente, la posibilidad de que éstas tengan agencias, sucursales o filiales en otros Estados miembros en igualdad de condiciones con las sociedades residentes. Igualmente, es necesario indicar que el art. 48, antiguo art. 58, TCE vincula la nacionalidad de una sociedad al lugar donde se encuentra la dirección efectiva o la sede central. Es decir, las disposiciones citadas no tienen en cuenta el lugar de constitución de la sociedad, criterio frecuentemen-

[4] Sobre esta materia, nos remitimos a las consideraciones que hacemos en MARTÍN JIMÉNEZ: "El concepto de ayuda de estado y las normas tributarias: problemas de delimitación del ámbito de aplicación del art.87.1 TCE". *Noticias UE*, nº196, 2000.

te empleado en la legislación mercantil o tributaria de los Estados miembros para atribuir la residencia a una sociedad en su territorio. De hecho, en la sentencia *Avoir Fiscal* (más abajo comentada), el TJCE concluyó que era la sede de la sociedad el criterio que sirve como punto de conexión con el ordenamiento jurídico de un Estado concreto, como la nacionalidad en el caso de las personas físicas. Habrá, en consecuencia, que tener en cuenta estos criterios a la hora de determinar si una sociedad puede beneficiarse del TCE: bastará que una sociedad sea residente/nacional de un Estado miembro porque en él tenga su sede de dirección efectiva para que pueda invocar las libertades comunitarias frente a otro Estado. Ahora bien si la sociedad está constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro, pero su sede social, administración central o centro de actividad principal no se encuentra en un Estado miembro, no podrá invocar el derecho de establecimiento salvo que la sociedad tenga una conexión económica fuerte con el territorio comunitario (en este sentido los párrafos 74-75 de la STJCE, *Überseering,* Asunto C-208/00, Rec. 2002, aún no publicada, aclaran que sólo se exige una vinculación efectiva y continua con el territorio comunitario para las sociedades que sólo tengan su domicilio social estatutario en el interior de la Comunidad).

El requisito de integración económica, no obstante, sólo se exige en el caso de sociedades constituidas en la UE por residentes no comunitarios. Con respecto a la creación de sociedades en otros Estados miembros por los nacionales comunitarios residentes de un Estado miembro, el TJCE ha declarado recientemente que están comprendidas dentro del Derecho comunitario (derecho de establecimiento) las situaciones en las que una sociedad constituida con arreglo al Derecho de un Estado miembro, en el que tiene su domicilio estatutario, establezca una sucursal en otro Estado miembro, a pesar de que la sociedad sólo haya sido constituida en el primer Estado miembro con el objeto de establecerse en el segundo, donde se ejercería la totalidad de sus actividades económicas (Caso C-212/97, Centros, [1999], Rec. I-1459).

Hay, igualmente, que tener en cuenta que el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento se ha ensanchado por el TJCE hasta el punto de que casi puede confundirse con la libre circulación de capitales. Así, en los Casos caso *ICI*, C-264/96, Rec.1998, p. 4698; [5] *Baars,* C-251/98, 2000, Rec. I-2787, *Überseering*, Asunto C-208/00, Rec. 2002, aún no publicada y *X e Y II*, C-436/00, 2002, aún no publicada en la Recopilación, el TJCE decidió aplicar las disposiciones en materia de establecimiento no sólo a los supuestos en los que existiera una inversión directa, sino también a los supuestos de adquisición de participaciones que permitan a un ciudadano o sociedad comunitaria alcanzar el control de una sociedad de otro Estado miembro: en palabras

[5] Vid. CAAMAÑO/CALDERÓN: "La erosión de las medidas de control fiscal del Estado residencia: una reflexión al hilo de la jurisprudencia comunitaria en el caso ICI". *Revista de Contabilidad y Tributación (RCT)*, Junio 2000, p. 25.

del TJCE, "ejerce su derecho de establecimiento el nacional de un Estado miembro que es titular de una participación tal en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro que le confiere una influencia real en las decisiones de la sociedad y le permite determinar las actividades de ésta".

2. Los derechos sustantivos que la libertad de establecimiento otorga a los contribuyentes personas jurídicas

a) Frente al Estado de la fuente

La configuración del principio comunitario de no discriminación ha introducido novedades fundamentales con respecto al significado que a este principio se atribuye en el Derecho tributario internacional, precisamente, porque el TCE consagra una obligación incondicional de tratamiento nacional de los nacionales de otros Estados y prohíbe la utilización de criterios de distinción, como pueda ser el de la residencia, que produzcan discriminaciones por razón de nacionalidad (discriminación indirecta). Desde el punto de vista de los impuestos directos y la libertad de establecimiento destaca la jurisprudencia del TJCE sobre la forma de someter a gravamen en materia de imposición sobre la renta a los establecimientos permanentes de sociedades o de personas físicas residentes en otro Estado miembro de la CE, que ha contribuido a modificar la forma de gravamen de los establecimientos permanentes en la CE.

La primera decisión en esta materia está constituida por la sentencia *Comisión/Francia («avoir fiscal»),*(Asunto 270/83, Rec. 1996, p.274), que sorprendió a los estudiosos del Derecho tributario, pero que no implicaba más que la extensión al ámbito de la imposición directa de la doctrina del TJCE sobre la libertad de establecimiento vertida en otros ámbitos materiales. En el caso mencionado se planteó al TJCE si la diferencia de tratamiento en Francia entre las sociedades francesas y los establecimientos permanentes a efectos de la eliminación de la doble imposición económica en relación con la imposición sobre sociedades podía considerarse discriminatoria y contraria al art. 43, antiguo art. 52, TCE. Con la finalidad de eliminar la doble imposición, Francia aplicaba un sistema de imputación, concediendo una deducción en la cuota a los accionistas de las sociedades por el impuesto sobre sociedades pagados por éstas. Sin embargo, la deducción se concedía sólo a los accionistas residentes y a ciertos no residentes, en virtud de un CDI a condición de reciprocidad. Las sociedades de seguros extranjeras con establecimientos permanentes en Francia que poseían acciones en sociedades francesas se sintieron discriminadas porque no se les concedía el *avoir fiscal* y recurrieron a la Comisión. Ésta abrió un procedimiento de infracción al entender que podía existir una vulneración del art. 43, antiguo art. 52, TCE.

Ninguna de las justificaciones alegadas por Francia fue aceptada por el TJCE. La ausencia de armonización de la imposición directa, según el TJCE, no implica que las libertades reconocidas por el TCE, como es el caso de la libertad de estable-

cimiento, puedan quedar condicionadas a la armonización de legislaciones. Tampoco el argumento francés en el sentido de que los problemas de doble imposición se solucionan en el seno de los CDIs fue aceptado por el TJCE, pues el reconocimiento de las libertades comunitarias no puede resultar condicionado por el principio de reciprocidad que inspira este tipo de convenios. Francia había alegado, además, que la diferencia de tratamiento entre los establecimientos permanentes y las sociedades residentes en Francia resultaba compensada por las ventajas que estos establecimientos tenían frente a las sociedades residentes y, en cualquier caso, las posibles desventajas que sufrían las sucursales de sociedades no residentes podían ser eliminadas a través de la constitución de una sociedad francesa. Por otra parte, Francia señaló que los establecimientos permanentes se encuentran excluidos de las deducciones para la eliminación de la doble imposición por el peligro de fraude que existiría si se les permitiera aplicar las mismas normas que a las sociedades residentes. Sin embargo, el TJCE señaló a este respecto que, precisamente, el principio de trato nacional que inspira el art. 43, antiguo art. 52, TCE determina que sea necesaria la igualdad de trato entre los establecimientos permanentes y las sociedades residentes sin que las posibles ventajas de que gozan las primeras sirva para justificar una discriminación y sin que el riesgo de fraude pueda condicionar la aplicación de las libertades del TCE. Además, la constitución de una sociedad en lugar de la creación o mantenimiento de un establecimiento permanente es más onerosa para la sociedad no residente en Francia.

Francia argumentó igualmente que la distinción entre la forma de gravar a los establecimientos permanentes y a las filiales es la consecuencia de un factor objetivo: la distinción presente en todos los sistemas tributarios entre la forma de gravar a los residentes y a los no residentes. El TJCE concluyó que la diferencia de tratamiento entre residentes y no residentes no se encontraba justificada por ningún factor objetivo, pues Francia aplica en cualquier caso el principio de territorialidad y tanto los residentes como los no residentes están sujetos a gravamen únicamente en relación con las actividades desarrolladas en Francia. No obstante, el TJCE concedió que no puede excluirse que la distinción basada en el lugar donde se encuentra la sede central de la empresa o la residencia de una persona física esté, bajo ciertas condiciones, justificada en un campo como el Derecho tributario. Desde luego, esta referencia podía interpretarse como un explícito reconocimiento por el TJCE de que ciertas exigencias derivadas del interés general podían justificar el tratamiento diferenciado entre residentes y no residentes a efectos tributarios. En realidad, tras la sentencia *Schumacker* (Asunto C-279/93, [1995] Rec. I-225), el TJCE matizó esta forma de razonar para conceder que, en general, los residentes y los no residentes no se encuentran en la misma situación, lo cual excluye la necesidad de razonar o justificar el tratamiento diferenciado entre los residentes y los no residentes, aunque hay que tener en cuenta que, a pesar de esta declaración general del TJCE, la misma no se ha

visto reafirmada por su forma de actuar: el TJCE realiza una comparación caso por caso para verificar si la distinción entre los residentes y los no residentes está justificada a la vista de los hechos concretos y, en el ámbito de los rendimientos empresariales (societarios o de personas físicas) se muestra más partidario a admitir la comparabilidad de situaciones que en cuestiones relativas a aspectos generales del IRPF, especialmente deducciones personales y familiares (vid. MARTÍN JIMÉNEZ (1999b), p. 320).

Commerzbank (Asunto C-330/91, *Regina v. Inland Revenue Commissioners ex parte Commerzbank*, [1993] Rec. I-4017) fue la siguiente decisión en la que el TJCE se enfrentó con un problema de discriminación de los establecimientos permanentes de las sociedades de otros Estados miembros, esta vez, en relación con una disposición de carácter procesal. El establecimiento permanente en Inglaterra del banco alemán Commerzbank AG había otorgado varios préstamos a sociedades de EE.UU. Este establecimiento permanente pagó el impuesto sobre sociedades en el Reino Unido en relación con los intereses recibidos de fuente extranjera. Tras pagar los impuestos, Commerzbank reclamó la devolución de ingresos indebidos como consecuencia de que el art. XV del CDI entre EE.UU. y el Reino Unido eximía de impuestos en este último Estado a los intereses pagados por sociedades de EE.UU. a sociedades no residentes en el Reino Unido. Asimismo, Commerbank reclamó a la Administración tributaria el pago de intereses desde el momento en el que realizó el ingreso indebido. La Administración tributaria del Reino Unido devolvió las cantidades indebidamente pagadas por Commerzbank, pero denegó el pago de intereses solicitado sobre la base de que la disposición que imponía a la Administración el pago de intereses en los supuestos de ingresos indebidos resultaba de aplicación únicamente a los residentes en el Reino Unido. Commerzbank recurrió esta decisión argumentando que la disposición en la que basó la Administración tributaria del Reino Unido su decisión vulneraba los arts.43 y 48, antiguos arts. 52 y 58, TCE. La Administración británica se opuso a este argumento alegando que: (1) lejos de ser discriminado, Commerzbank recibía un tratamiento preferente ya que gozaba de una ventaja reservada únicamente a los no residentes (el tratamiento de los intereses que recibía de EE.UU., que para un residente hubieran estado sujetos a gravamen en el Reino Unido); (2) Commerzbank no puede pretender gozar de las ventajas que otorgan a los no residentes los CDIs y al mismo tiempo de las ventajas que a los residentes en el Reino Unido concede la legislación interna.

En *Commerzbank* es difícil entender la decisión del TJCE sin una referencia a la Opinión del Abogado General Darmon en este caso. El Abogado General rechazó los argumentos alegados por el Reino Unido diciendo que la aplicación del Derecho comunitario no puede depender de la aplicación de un CDI. En consecuencia, continuó el Abogado General, la exención de impuestos que se produce en el Reino Unido para los intereses como consecuencia de la aplicación del CDI entre EE.UU. y el Rei-

no Unido no es relevante a la hora de determinar si una disposición del ordenamiento nacional de un Estado miembro es discriminatoria. Es decir, como el TJCE concluyó en *avoir fiscal*, el Abogado General indicó que los efectos de los art. 43 y 48, antiguos art. 52 y 58, TCE no pueden hacerse depender de una exención concedida en un CDI y, por consiguiente, estos artículos se oponen a que un Estado miembro reserve a los residentes en su territorio el pago de intereses en relación con los ingresos indebidos. El TJCE, por su parte, razonó en idénticos términos a su Abogado General, pero en su sentencia "saltó" las consideraciones que el Abogado General realizó sobre la relación entre los CDIs y el Derecho comunitario para concluir directamente que la disposición controvertida en materia de pago de intereses por ingresos indebidamente realizados era contraria a las normas comunitarias en materia de libertad de establecimiento. Quizás, con ello, el TJCE pretendía evitar pronunciarse sobre las afirmaciones más controvertidas del Abogado General en relación con la supremacía del Derecho comunitario sobre los CDIs, incluso firmados con Estados no comunitarios, pero, como veremos más abajo al comentar la sentencia *Saint-Gobain*, tan sólo era una cuestión de tiempo que este problema se planteara ante el TJCE.

En cualquier caso, la sentencia *Commerzbank* pone de manifiesto que las discriminaciones por razón de nacionalidad en materia tributaria están prohibidas no sólo en relación con normas de carácter sustantivo: los art. 43 y 48, antiguos art. 52 y 58, TCE también se oponen a cualquier discriminación de carácter procesal. [6]

En *Futura* (Asunto C-250/95, Rec. 1997, p. I-2471) Singer, la sucursal en Luxemburgo de la sociedad francesa Futura, recurrió la legislación luxemburguesa en materia del Impuesto sobre Sociedades que permitía la compensación de bases imponibles negativas en períodos posteriores con la condición de que las pérdidas se encuentren relacionadas con ingresos locales y que el sujeto pasivo lleve en Luxemburgo la contabilidad que pruebe la realidad de las pérdidas. Singer no llevó contabilidad en Luxemburgo y pretendía compensar allí 23 millones de francos luxemburgueses en pérdidas que le habían sido atribuidas por su casa central mediante un método de reparto proporcional («*apportionment*»). Luxemburgo permitía que los contribuyentes no residentes emplearan el método de reparto proporcional para determinar los ingresos sometidos a gravamen en Luxemburgo, pero no aplicaba el mismo método para las pérdidas. Futura entendió que la legislación luxemburguesa era contraria al art. 43, antiguo art. 52, TCE porque exigía a Singer llevar contabilidad en Luxemburgo de conformidad con los criterios contables de este país y no permitía tener en cuenta las pérdidas que le habían sido imputadas conforme a un método de reparto proporcional.

[6] Vid. CALDERÓN CARRERO: "Algunas consecuencias jurídico-tributarias de la STJCE Commerzbank: devolución de ingresos indebidos y no residentes". *Jurisprudencia Tributaria*, Octubre 1994.

El TJCE señaló, en primer lugar, que la exigencia en la legislación luxemburguesa, que responde al principio tributario de territorialidad, de que las pérdidas se encuentren relacionadas con actividades desarrolladas en Luxemburgo era perfectamente razonable y compatible con el TCE; ello supone un reconocimiento explícito de la validez del principio de territorialidad tal y como es entendido en el Derecho tributario internacional. No obstante, la condición de que las sociedades no residentes tuvieran que llevar en Luxemburgo una contabilidad conforme a las reglas de este país fue considerada por el TJCE como una «restricción» a la libertad de establecimiento de los arts. 43 y 48, antiguos arts. 52 y 58, TCE ya que obliga a las sociedades no residentes a llevar una doble contabilidad: en su Estado de residencia y en Luxemburgo. Como el Abogado General razonó en su opinión, no podía decirse que nos encontráramos propiamente ante una legislación discriminatoria (la contabilidad se exige a los residentes y a los no residentes en Luxemburgo), pero sí ante una práctica restrictiva, una condición que afecta especialmente a los no residentes, pues les obliga a llevar una doble contabilidad. La prohibición de restricciones fue formulada por primera vez en el ámbito de la libre circulación de mercancías, ya había sido trasladada al ámbito de la libre circulación de personas en *Kraus*, y *Futura* simplemente aplica esta doctrina al ámbito de la imposición directa. La aplicación al ámbito tributario de esta interpretación liberal del TCE por parte del Tribunal de Justicia ha sido criticada por un sector de la doctrina internacional; en concreto, LEHNER,[7] ha argumentado que el entendimiento de las cláusulas de no discriminación como disposiciones que prohíben toda restricción fiscal va más allá de lo establecido en el TCE y, por tanto, establece limitaciones a los Estados miembros, en principio, superiores a aquellas a las que otorgaron su consentimiento; no obstante, esta jurisprudencia ha sido reiterada en sentencias posteriores (véanse, por ejemplo, los casos *Safir* e *ICI*). Por otra parte, si en relación con otros ámbitos materiales el TJCE ha venido aplicando tal interpretación prohibitiva de las restricciones, no vemos por qué razón la materia tributaria debe tener un régimen especial (cuestión ésta ya superada en nuestro ordenamiento jurídico hace algún tiempo): o se critica la prohibición de restricciones en general (y a ella debemos reconocerle el indudable mérito de haber sido uno de los pilares para la consecución del mercado interior, debido a la importancia de sentencias como *Dassonville* o *Cassis de Dijon*) o se está pretendiendo un aislamiento de la materia tributaria carente de toda razón. En consecuencia, más que criticar la aplicación de la doctrina de las restricciones al ámbito tributario, quizás, quienes así argumentan debieran preocuparse de cuál es la posición del TJCE en relación con el legislador comunitario y razonar en términos de legitimidad del TJCE para afrontar la tarea de adaptar la legisla-

[7] LEHNER, M.: "EC Law and the competence to abolish double taxation". En *Tax Treaties and EC Law.* Kluwer, Deventer, 1997, pp.5 y ss.

ción tributaria a las exigencias del TJCE (sobre el problema del activismo judicial del TJCE en materia de imposición directa. [8]

Con todo, en el caso *Futura* el TJCE concluyó que la exigencia de la llevanza de contabilidad en Luxemburgo podía estar justificada para garantizar la efectividad de los controles fiscales, es decir, se da vida a una de las exigencias imperativas de interés general derivadas de *Cassis de Dijon*, que hasta ese momento jamás se había aplicado. Ahora bien, aunque el requisito de la contabilidad en Luxemburgo estaba justificado, el TJCE encontró que infringía el principio de proporcionalidad: puesto que las autoridades luxemburguesas tan sólo están interesadas en verificar cuál es el montante total de pérdidas incurridas en Luxemburgo, la legislación luxemburguesa tendría que permitir acreditar la realidad de las pérdidas no sólo mediante la contabilidad llevada en Luxemburgo. Igualmente, a estos efectos las autoridades tributarias luxemburguesas pueden emplear la Directiva 77/779 en materia de asistencia mutua entre las autoridades fiscales de los Estados miembros para acreditar la veracidad de la información proporcionada por los contribuyentes como Futura (esta sentencia, asimismo, ha sido interpretada (y criticada) en el sentido de que constituye un principio de erosión de medidas de control fiscal de los Estados miembros en aras de garantizar la efectividad de las libertades comunitarias. [9]

La jurisprudencia del TJCE en relación con la libertad de establecimiento y los establecimientos permanentes de las sociedades residentes en otros Estados miembros se completa con *Royal Bank of Scotland,* (Asunto C-311/97, Rec. 1999, I-2651). En este asunto, en relación con la aplicación en Grecia, a efectos de la imposición sobre sociedades, de tipos superiores a los establecimientos permanentes de sociedades no residentes con respecto a los aplicables a las sociedades residentes, recurriendo a su jurisprudencia anterior (v.gr. *Avoir Fiscal*), el TJCE decidió que la legislación griega resulta contraria a las disposiciones del TCE en materia de libertad de establecimiento, en concreto a los art. 43 y 48, antiguos art. 52 y 58. El TJCE recordó que, aunque en materia tributaria, por lo general, la situación de residentes y no residentes no es comparable (*vid*, por ejemplo, el Asunto C-279/93, *Schumacker*, [1995] Rec. I-225), la situación del establecimiento permanente de una sociedad de otro Estado miembro y la de una sociedad griega no presentaba diferencias relevantes que permitieran un tratamiento diferenciado a efectos de la imposición sobre sus rentas. El TJCE reconoció que es cierto que las sociedades que tienen su domicilio en Grecia son gravadas en este país sobre la base de su renta mundial, mientras que

[8] Vid. MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Union: an institutional and procedural analysis*, op. Cit. Capítulo VI.

[9] Vid.: CAAMAÑO/CALDERÓN: "La contabilidad, el establecimiento permanente y el Derecho comunitario". *Quincena Fiscal*, nº18, 1998, pp.9 y ss.

las sociedades extranjeras que ejerzan una actividad en dicho Estado por mediación de establecimiento permanente "son gravadas únicamente sobre la base de los beneficios que allí obtenga el establecimiento permanente" (probablemente, esta afirmación del TJCE debe ser interpretada en el sentido de "beneficios atribuibles al establecimiento permanente"). Ahora bien, prosigue el TJCE, "esta circunstancia, resultante de la soberanía fiscal limitada del Estado de origen de la renta en relación con la del Estado de domicilio de la sociedad, no puede impedir que se pueda considerar que los dos grupos de sociedades se hallan en una situación comparable por lo que se refiere a la forma de determinación de la base imponible, siempre que los demás datos sean iguales". Por tanto, el TJCE concluyó que una normativa nacional que, por un lado, a efectos de la imposición sobre la renta, no establezca una distinción que permita justificar la diversidad de tratamiento dispensado a las sociedades residentes y aquellas no residentes con un establecimiento permanente en Grecia y que, por otro, establezca una diferencia de trato en lo relativo al tipo impositivo sobre la renta obtenida, crea una discriminación en detrimento de las sociedades cuyo domicilio se encuentre en otro Estado miembro.

La sentencia *Royal Bank of Scotland*, quizás, no sea tan relevante como la dictada en el asunto *Saint-Gobain*, que comentamos más abajo, pero sí nos sirve para recordar la doctrina de la sentencia-guía en esta materia (*Avoir Fiscal*, antes citada) y la necesidad de que las legislaciones nacionales dispensen un trato nacional a los establecimientos permanentes de sociedades de otros Estados de la CE.

Especialmente importante resulta la sentencia *Saint-Gobain* (Asunto C-307/97, Rec. 1999, I-6161), que, a pesar de que reitera la jurisprudencia vertida en el asunto *Avoir fiscal*, comentado más arriba, supone la aplicación de la misma a un supuesto especialmente problemático en el Derecho tributario internacional: el tratamiento de los casos triangulares típicos en los que un establecimiento permanente recibe rentas de un Estado distinto al de establecimiento y a aquél en el que está situada su casa central. Además, en esta sentencia el TJCE afirma la fuerza vinculante del Derecho comunitario no sólo sobre la legislación tributaria interna de los Estados miembros sino también sobre los CDIs firmados por éstos, incluso, con Estados no comunitarios. La importancia de la sentencia y la complejidad del supuesto de hecho planteado requiere que hagamos una detallada exposición de los hechos de la sentencia y del razonamiento del TJCE.

La demandante, Saint-Gobain ZD es la sucursal alemana de la sociedad francesa Saint-Gobain SA. Como no residente en Alemania, Saint-Gobain ZD está sujeta al pago de impuestos sobre la renta y patrimonio en la modalidad de obligación real. En 1988, año al que se refiere el procedimiento, Saint-Gobain SA tenía, a través de su sucursal alemana, Saint-Gobain ZD participaciones en una sociedad de EE.UU. (Certain Teed Corporation, 10,2 %) y en dos sociedades alemanas (Getevex y Grünzweig, 99 y 98,63% respectivamen-

te). Estas dos últimas sociedades estaban vinculadas a Saint-Gobain ZD por un contrato de integración fiscal ("Organschaft"), de conformidad con el cual, y si se cumplen ciertos requisitos, la sociedad matriz de un grupo de sociedades se convierte en el único sujeto pasivo sobre el resultado global del grupo, es decir, los beneficios y pérdidas de las sociedades dependientes se integran en los resultados de la dominante. En 1988, los beneficios de Grünzweig y Getevex transferidos a Saint-Gobain ZD comprendían dividendos derivados de participaciones en sociedades filiales extranjeras. En concreto, Grünzweig recibió dividendos de Isover S.A, establecida en Suiza, y Linzer Glasspinnerei Franz Haider AG, establecida en Austria, de las que poseía, en 1988, el 33,34 % y el 46,67% del capital respectivamente. Por su parte, Getevex recibió dividendos de la sociedad italiana Vitrofil SpA, de la que poseía el 24,8 % del capital. Como en 1988 se cumplían los requisitos para beneficiarse del régimen de integración fiscal, las rentas de las participaciones poseídas por las filiales alemanas en sociedades de otros Estados, de conformidad con el Derecho tributario alemán, se atribuyeron a Saint-Gobain ZD.

El Convenio para la Eliminación de la Doble Imposición ("CDI") entre Alemania y EE.UU. de 1954, art. XV, aplicable en 1988, prevé que la doble imposición económica en Alemania sobre los dividendos se eliminará, por lo que respecta a los residentes de este país, mediante la aplicación del método de exención, cuando la sociedad alemana posea, al menos, el 25 por 100 de las acciones con derecho a voto de la sociedad de EE.UU. que distribuye el dividendo. Según indica el Abogado General, parece que Alemania unilateralmente extendió la exención a las sociedades que tuvieran una participación de, al menos el 10 por 100, en el capital de una sociedad filial residente en los EE.UU. El CDI entre Alemania y Suiza, en la versión en vigor en 1988, disponía en su art. 24 que no se incluirán en la base imponible de una sociedad residente en Alemania y sujeta en este país por obligación personal los dividendos que reciba de sociedades suizas cuando, según el Derecho tributario alemán, la cuantía de un impuesto suizo sobre los dividendos pueda imputarse a un impuesto alemán sobre sociedades que deba percibirse. Por su parte, la legislación interna alemana, art. 26.2. KStG, disponía que si una sociedad sujeta al pago de impuestos por obligación personal ha poseído ininterrumpidamente, durante al menos los doce meses previos a la finalización del período impositivo, una participación directa de, al menos, el 10 por 100 del capital nominal de una sociedad no residente, podrá autorizarse a la sociedad alemana a imputar al impuesto sobre sociedades del que es deudora por los dividendos que le distribuye la sociedad extranjera, el impuesto sobre los beneficios que grave a esta última. La Administración tributaria alemana, según indica la exposición de hechos del caso, denegó la aplicación a Saint-Gobain ZD de los métodos para eliminar la doble imposición económica previstos en los CDIs con EE.UU. y Suiza en relación con los dividendos percibidos por Saint-Gobain ZD procedentes de sus filiales en estos Estados. Sin embargo, repárese que, de la exposición de normas que hemos realizado,

realmente la Administración alemana estaba denegando a Saint-Gobain ZD la aplicación del método para la eliminación de la doble imposición en el CDI entre Alemania y Suiza, pero, en relación con la filial de EE.UU., la Administración alemana no denegaba la aplicación del CDI entre EE.UU. y Alemania (Saint-Gobain ZD tan sólo participaba en la sociedad estadounidense en un 10,2 % de su capital, y el art. XV del CDI requería un umbral mínimo del 25 por 100 para que una sociedad alemana pudiera beneficiarse del método de exención), sino la posibilidad de que Saint-Gobain ZD se beneficiara de la extensión que unilateralmente había realizado Alemania de la regla convencional a las sociedades con una participación superior al 10 por 100 en filiales de los EE.UU. Es decir, la situación de la sociedad filial estadounidense no se diferenciaba en mucho de la que se planteaba en relación con las filiales situadas en Italia y Austria (según parece deducirse de la descripción de hechos, la Administración alemana denegó la aplicación del método de imputación previsto en la legislación interna en relación con la eliminación de la doble imposición económica sobre los dividendos procedentes de estas sociedades), pues, en ambos casos, se estaba denegando a Saint-Gobain ZD la posibilidad de beneficiarse de normas unilaterales, no convencionales. El caso de los dividendos procedentes de Suiza era distinto y auténticamente se denegaba a Saint-Gobain ZD la aplicación de la norma prevista en el CDI entre Alemania y Suiza.

Por otra parte, y a efectos de la imposición sobre el patrimonio de las sociedades, también la Administración alemana denegó a Saint-Gobain ZD la exención que prevé el art. 102.2 Bewf, según la cual si una sociedad de capital nacional posee una participación directa en el capital nominal de una sociedad de capital no residente que ascienda, al menos, al 10 por 100, esta participación, si así se solicita, no formará parte del capital de explotación, siempre que se mantenga de forma ininterrumpida durante al menos los doce meses previos a la finalización del período impositivo pertinente.

Saint-Gobain SA consideró que el trato diferenciado, a los efectos del impuesto sobre sociedades y del patrimonio, al que se somete a su establecimiento permanente en Alemania, Saint-Gobain ZD, con respecto a las sociedades residentes en aquel país constituía una discriminación contraria a la libertad de establecimiento, art. 43 y 48, antiguos art. 52 y 58, TCE. El Finanzgericht Köln, órgano encargado de decidir el litigio entre Saint-Gobain y la Administración tributaria alemana, preguntó al TJCE: (1) si la no aplicación del método de exención previsto en el CDI con un estado no comunitario para las sociedades residentes en Alemania a un establecimiento permanente situado en Alemania de una sociedad de un Estado miembro vulneraba los art. 43 y 48, antiguos art. 52 y 58, TCE (aparentemente, el Tribunal alemán no diferenció la situación correspondiente a los dividendos percibidos de EE.UU. y a los de Suiza, aunque en el primer caso nos encontrábamos ante una extensión unilateral del método de exención previsto en el CDI y en el segundo ante un auténtico rechazo a aplicar al EP la norma

en materia de eliminación de la doble imposición prevista en el CDI); (2) si es compatible con estos mismos artículos, la exclusión del establecimiento permanente de la aplicación del método de imputación en relación con los dividendos recibidos de una sociedad situada en un país tercero, cuando tal beneficio está abierto a las sociedades residentes en Alemania (repárese en el hecho de que la pregunta parece estar referida a los dividendos recibidos de Austria, en aquel momento país tercero, pero nada se pregunta en relación con los dividendos recibidos de Italia, aunque, como veremos, el fallo del TJCE afecta también a estos últimos); (3) si es contraria a la libertad de establecimiento la exención, a efectos del impuesto sobre el patrimonio, prevista para ciertas participaciones de sociedades residentes en sociedades no residentes de la que están excluidos los establecimientos permanentes en Alemania de sociedades residentes en otros Estados miembros.

Hay que aclarar que las normas controvertidas fueron modificadas a partir de 1994, de forma que, a partir de ese período, (1) Alemania unilateralmente extendió a los establecimientos permanentes el método de exención para la eliminación de la doble imposición económica regulado en sus CDIs para las sociedades residentes en este país; (2) Alemania extendió a los establecimientos permanentes el método de imputación previsto en su legislación interna para la eliminación de la doble imposición económica en relación con los dividendos percibidos por sociedades residentes. El legislador alemán justificó esta extensión de las medidas para la eliminación de la doble imposición en la posibilidad de que la legislación vigente anteriormente pudiera vulnerar la libertad de establecimiento. Por otra parte, como consecuencia de una sentencia del TC alemán, el impuesto sobre el patrimonio fue declarado parcialmente inconstitucional, por lo que la disposición controvertida en el presente asunto, había sido derogada a partir de 1997. De forma adicional, es preciso mencionar que los hechos controvertidos ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigor de la Directiva Matrices-Filiales, por lo que esta norma no es mencionada en la decisión del TJCE.

El TJCE, tras recordar los derechos que el art. 43, antiguo art. 52, TCE concede a las sociedades que tengan su domicilio social, administración central o centro de actividad principal en un Estado miembro, constató que, a los efectos de la legislación alemana controvertida, *a priori* podía concluirse que los establecimientos permanentes en Alemania de las sociedades residentes en otros Estados miembros se encontraban en una situación menos favorable que las sociedades residentes en Alemania. Es decir, en principio, la legislación tributaria alemana controvertida (interna y convencional) restringía la libertad de elección de la forma del establecimiento secundario (sucursal o filial) que protegen los art. 43 y 48, antiguos art. 52 y 58, TCE.

Antes de alcanzar una conclusión definitiva, el TJCE se preguntó si la diferencia de trato entre las filiales y sucursales podía estar justificada. Para el TJCE, si bien la situación a efectos tributarios de un establecimiento permanente y una sociedad

residente en Alemania no era igual (la sociedad no residente tributa por la renta imputable al establecimiento permanente y la sociedad residente por su renta mundial), el objeto válido de comparación debía ser, no el tratamiento tributario de los sujetos residente y no residente, sino de los dividendos percibidos por uno y otro, pues la percepción de dividendos está gravada en Alemania con independencia de que se trate de un establecimiento permanente o de una sociedad residente. Según el TJCE, a estos efectos, la diferencia entre obligación real de contribuir y obligación personal no es relevante puesto que el establecimiento permanente tributa en Alemania por unas rentas (los dividendos procedentes de sociedades no residentes) y un patrimonio (la participación en esas sociedades) "no nacionales", como ocurre en el caso de los sujetos por obligación personal.

Una vez determinada la comparabilidad de las situaciones, presupuesto necesario para concluir que existe o no una vulneración de la libertad de establecimiento, el TJCE rechazó todas y cada una de las justificaciones que alegaron el Gobierno alemán u otros Estados miembros que intervinieron en el procedimiento. En primer lugar, el TJCE rechazó que la pérdida de ingresos que Alemania podía sufrir como consecuencia de la extensión de las medidas convencionales o unilaterales para eliminar la doble imposición o la exención a los efectos del impuesto sobre el patrimonio a los establecimientos permanentes fuera una justificación válida de la diferencia de trato, pues no figura ni entre las razones mencionadas en el art. 46, antiguo 56, TCE ni constituye una razón imperiosa de interés general (*vid.* la STJCE *Imperial Chemical Industries*, comentada más abajo). En este sentido, no es relevante el hecho de que los establecimientos permanentes pudieran, a diferencia de lo que ocurre con las sociedades residentes, "distribuir sus beneficios" a la sociedad matriz no residente sin carga fiscal alguna y que ésta pudiera distribuir estos beneficios a sus accionistas sin carga fiscal en Alemania, pues la diferencia de trato entre establecimientos permanentes y filiales no puede estar justificada por otras ventajas de las que se benefician los primeros frente a las segundas (*vid.* el Asunto *Comisión/Francia ("avoir fiscal")*, ap. 21, comentado más arriba).

Por último, y, probablemente, en la contestación a este argumento se encuentra la principal novedad de la sentencia que comentamos, el Gobierno alemán razonó que los CDIs celebrados con países terceros no se encuentran dentro del ámbito de competencia comunitario, los Estados miembros son competentes para concluir CDIs con Estados no comunitarios sin verse condicionados por el Derecho comunitario, por lo que extender las ventajas de estos CDIs a los residentes de otros Estados miembros no es compatible con el reparto de competencias comunitario. A ello, el Gobierno sueco añadió que los CDIs se basan en el principio de reciprocidad y que se destruiría el equilibrio inherente a los CDIs si se extendiese la aplicación de sus disposiciones a sociedades establecidas en Estados miembros que no son parte del CDI. Estos argumentos pecaban de una cierta ingenuidad si tenemos

en cuenta la anterior jurisprudencia del TJCE. En efecto, por un lado, el TJCE ha reconocido que los Estados miembros son libres, en el marco de los CDIs, para fijar los criterios de sujeción a efectos del reparto de la competencia fiscal (*vid.* la sentencia *Gilly*, comentada más arriba), pero también es cierto que, por otro lado, y, sin perjuicio de que la imposición directa sea competencia de los Estados miembros, que en el ejercicio de su poder tributario éstos se hallan vinculados por el Derecho comunitario (*vid.* la STJCE *Imperial Chemical Industries*, más abajo comentada). Y, en este sentido, el TJCE concluyó que el principio de trato nacional impone al Estado miembro parte de un CDI con un país tercero conceder a los establecimientos permanentes de sociedades no residentes, en las mismas condiciones aplicables a las sociedades residentes, las ventajas previstas en el CDI. Esta extensión, argumentó el TJCE, no pone en peligro el equilibrio y la reciprocidad de los CDI, pues una extensión unilateral por parte de Alemania del principio de trato nacional en modo alguno menoscaba los derechos de los países terceros parte en los CDI y no les impondría ninguna nueva obligación. Por otra parte, el TJCE constató que esto mismo es lo que había hecho Alemania a partir de 1994, año en que, a los efectos del impuesto sobre sociedades, extendió, a través de su legislación interna, a los establecimientos permanentes los métodos unilaterales o convencionales de eliminación de la doble imposición previstos para las sociedades residentes. En este punto, el TJCE razona como si la extensión del CDI con EE.UU. a los establecimiento permanentes fuera relevante, cuando el problema planteado, a diferencia del supuesto de los dividendos repartidos por la filial suiza, era que Saint-Gobain ZD no podía beneficiarse de la extensión unilateral que Alemania había realizado en su legislación interna del método de exención previsto en el CDI con EE.UU. Además, es importante mencionar que, aunque el tribunal alemán había limitado su cuestión prejudicial en relación con la extensión del método de imputación a los establecimientos permanentes a los dividendos percibidos de filiales de sociedades en "países terceros", el fallo del TJCE no se limita a estos "países terceros" y abarca también los supuestos relativos a dividendos recibidos de filiales situadas en Estados comunitarios.

La relevancia de esta jurisprudencia radica fundamentalmente en que el TJCE afronta un problema clásico de tributación internacional –los casos triangulares típicos del EP— desde una perspectiva comunitaria y razonando en términos de Derecho comunitario. El valor de la jurisprudencia *Saint-Gobain* no sólo reside en que afirma la fuerza jurídica vinculante del Derecho comunitario sobre los CDIs (entre Estados miembros y con terceros países), sino también en la forma de obtener soluciones comunitarias a problemas de fiscalidad internacional superando las soluciones elaboradas en el marco de la OCDE.

Cuando el TJCE obliga al Estado de situación del EP (Alemania) a extender a éste las medidas para la eliminación de la doble imposición, ya sean normas unilaterales o convencionales, el TJCE está yendo más allá

de la posición dominante en el ámbito del Derecho tributario internacional, reflejada en los comentarios al MC OCDE:

- Con arreglo a los Comentarios al art.24.3 MC OCDE (para.49) el Estado de situación del EP sólo está obligado, en virtud del art.24.3 MC OCDE o del artículo equivalente incluido en el CDI entre el Estado de residencia de la sociedad a la que pertenece el EP y el Estado de situación del mismo, a extender al EP las medidas de eliminación de la doble imposición reguladas en su legislación interna, pero no las incluidas en sus CDIs con terceros Estados. La razón de tal limitación reside en el denominado principio de eficacia relativa de los tratados internacionales: los convenios sólo producen efectos entre sus partes contratantes y no en relación con terceros Estados que no participaron en su negociación.
- Los comentarios al art.24.3 MC OCDE únicamente se refieren al método de imputación mas no al de exención;
- Los comentarios al art.24.3 MC OCDE únicamente consideran la extensión al EP de las medidas para eliminar la doble imposición jurídica internacional pero no aluden a la doble imposición económica internacional.

Con la jurisprudencia *Saint-Gobain* el Estado miembro de ubicación de un EP (parte de una entidad residente de un Estado miembro) debe extenderle las medidas para eliminar la doble imposición incluidas en su legislación interna y en los CDIs que haya concluido con otros Estados miembros y con terceros países. Asimismo, el Estado de residencia debe extender a los EPs todas las ventajas previstas en el convenio, en las mismas condiciones aplicables a las sociedades residentes.

Por tanto, la sentencia *Saint-Gobain* representa un claro impulso al principio de "extensión parcial" a los EPs de los beneficios de los CDIs suscritos por su Estado de situación. A su vez, esta jurisprudencia muestra la verdadera fuerza del Derecho comunitario –y, en especial, de sus "libertades empresariales o económicas"— prevaleciendo sobre los CDIs, al tiempo que abre nuevos caminos para solucionar problemas clásicos de fiscalidad internacional aplicando el "enfoque comunitario". De hecho, algunos comentaristas han interpretado esta jurisprudencia en el sentido de que existe una obligación comunitaria de extender totalmente a los EPs los beneficios de los CDIs del Estado de situación, como si fuera un residente más de tal Estado a todos los efectos (retenciones en origen, etc.) y frente al Estado de la fuente; ello significaría tanto como negociar los nuevos CDIs y renegociar los existentes modificando a tal efecto el ámbito subjetivo de los CDIs suscritos por los Estados miembros entre sí y con terceros países. [10]

[10] Vid.: MARTÍN/GARCÍA/CALDERÓN: "Triangular cases, tax treaties and EC Law: the Saint-Gobain decision of the ECJ". *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol.55, 2001.

Finalmente, los razonamientos utilizados por el TJCE en el caso *Saint-Gobain* aportan importantes reglas sobre la interrelación entre los CDIs y el Derecho comunitario. Tales reglas se extraen de los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Justicia para rechazar las alegaciones esgrimidas por los gobiernos alemán y sueco para excluir la extensión parcial a los EPs de las ventajas o beneficios previstos en la red de CDIs del Estado de ubicación de los establecimientos permanentes.

Las principales alegaciones de los referidos gobiernos nacionales fueron las siguientes:

- El Gobierno alemán invocó, para justificar su negativa, el hecho de que la celebración de convenios bilaterales con un país tercero no forma parte del ámbito de competencia comunitario. A falta de armonización comunitaria de la imposición directa, los Estados miembros son los que ostentan la competencia para celebrar CDIs con terceros países. La extensión parcial a los EPs de las ventajas fiscales previstas en los CDIs entre Estados miembros y terceros países resulta incompatible con el reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros.
- El Gobierno sueco añadió que los CDIs se basan en el principio de reciprocidad, y que se destruiría el equilibrio inherente a estos convenios si se extendiese la aplicación de sus disposiciones a sociedades establecidas en Estados miembros que no son parte en estos convenios.
- El Gobierno suecó también alegó que en situaciones extremas la extensión parcial a los EPs de las ventajas fiscales establecidas en la red de CDIs del Estado miembro de ubicación podría conducir a una falta total de imposición.

El TJCE rechazó de plano todas las alegaciones esgrimidas por los gobiernos nacionales utilizando los siguientes razonamientos:

- Considerando la falta de medidas comunitarias de armonización de la imposición directa así como la cláusula del art.293, antiguo 220, TCE, "los Estados miembros son *competentes* para establecer los *criterios de imposición* de las rentas y del patrimonio con el fin de eliminar, en su caso mediante convenios, la doble imposición. En este contexto, los Estados miembros son libres, en el marco de los convenios bilaterales celebrados para evitar la doble imposición, para *fijar los criterios de sujeción a efectos del reparto de la competencia fiscal*".
- La competencia que los Estados miembros ostentan para repartirse a través de CDIs el "poder tributario" –al objeto de eliminar la doble imposición– no significa en modo alguno que el ejercicio del poder tributario repartido de tal manera pueda efecturarse al margen de las exigencias derivadas del Derecho

comunitario: *el ejercicio del poder tributario por parte de los Estados miembros en el ámbito de la imposición directa, ya se haya repartido o no a través de un CDI, está sujeto y limitado por las normas del Derecho comunitario.*

– El ejercicio del poder tributario que realiza un Estado miembro de acuerdo con un *CDI que ha celebrado con un tercer país resulta igualmente sujeto a las exigencias del Derecho comunitario*; en concreto, "el principio de trato nacional impone al Estado miembro parte en dicho CDI conceder a los EPs de sociedades no residentes, en las mismas condiciones aplicables a las sociedades residentes, las ventajas previstas en el convenio".

El TJCE salió al paso frente a los principales argumentos esgrimidos por los gobiernos nacionales, afirmando que *la extensión parcial a los EPs de la red de CDIs del Estado miembro de situación con terceros países* en absoluto pone en peligro las obligaciones que resultan de tales CDIs con estos terceros países; en concreto, señala que tal extensión parcial *no afecta al "equilibrio y reciprocidad" de los CDIs entre el Estado miembro de ubicación (Alemania) y los terceros países* (EE.UU. y Suiza) "ya que tal extensión en modo alguno menoscabaría los derechos de los países terceros parte en los convenios, y no les impondría ninguna nueva obligación".

Los argumentos empleados por el TJCE requieren de algún comentario. En relación con el primero de ellos no podemos menos que poner de relieve el "sofisma" que encierra. El TJCE parte de la asignación competencial realizada por el TCE a favor de los Estados miembros en lo que se refiere a la imposición directa en general y la eliminación de la doble imposición en particular; tal afirmación le lleva a reconocer su corolario: el reparto de poder tributario realizado por los Estados miembros a través de CDIs resulta, *en principio*, inalterable por el Derecho comunitario; lo que sí resulta afectado por el Derecho comunitario es la forma en que se ejerce el poder tributario así ejercido. A este respecto, cabe señalar que los CDIs no son sino una suerte de "minisistemas fiscales" donde cada disposición juega un papel relevante en un engranaje concebido para eliminar la doble imposición internacional a través de un conjunto normativo que articula un equilibrio global sobre el reparto del poder tributario y la localización de la inversión y los flujos de capital entre dos Estados (curiosamente esta idea es admitida implícitamente por el propio TJCE en los apartados 99 y 101 del caso *De Groot*, C-385/00); eliminar la doble imposición en último análisis no supone otra cosa que repartir el poder tributario y cada disposición del CDI —especialmente el artículo dedicado a los métodos (arts.23 A y B MC OCDE)— desempeña un papel o función en el "sistema" (el CDI); por tanto, afirmar que el reparto del poder tributario a través de CDIs es competencia exclusiva de los Estados miembros para luego mantener que la pieza clave de tal reparto (los métodos para eliminar la doble imposición) debe configurarse con arreglo al Derecho

Comunitario constituye una aseveración que no deja de plantearnos dudas sobre su coherencia con la premisas sobre las que se erige el razonamiento desplegado por el TJCE: si el Tribunal de Justicia afirma que los Estados miembros son libres para llevar a cabo el reparto de la "competencia fiscal" o el "poder tributario" a través de CDIs, ¿por qué luego excluye del ámbito de tal regla el precepto que tales convenios dedican a los métodos para eliminar la doble imposición internacional, cuando lo cierto es que éste constituye una pieza clave en tal reparto?

A nuestro juicio, la doctrina del caso *Saint-Gobain* podría ser interpretada en el sentido de constituir una convalidación comunitaria de la existencia, función y principales reglas de operatividad de los CDIs celebrados por los Estados miembros (entre ellos y con países terceros); en este entendimiento, los CDIs pueden seguir celebrándose tal y como se vienen concluyendo hasta la fecha, en tanto en cuanto no haya "medidas de unificación o de armonización comunitaria".

Por otro lado, el TJCE admite con carácter general las reglas y principios sustantivos con arreglo a las cuales se estructuran y operan los CDIs; esto es, acepta "los criterios de imposición de las rentas y el patrimonio" y "los criterios de sujeción a efectos del reparto de la competencia fiscal"; entendemos que el TJCE a través de estas expresiones ha venido a aceptar "en bloque" la compatibilidad con el Derecho Comunitario del sistema y estructura operativa de los CDIs, a saber: la distribución de poder tributario por categorías de renta, las propias definiciones de los CDIs, los puntos de conexión (incluída la figura del EP, aunque éste constituya algo más que un punto de conexión), la propia generación de doble imposición dentro del sistema convencional que, posteriormente, se elimina en el Estado de la residencia, así como los diferentes métodos para eliminar la doble imposición.

Lo que el TJCE parece no aceptar de este sistema (CDIs) son las disposiciones del mismo que pueden crear restricciones relevantes para el ejercicio efectivo de libertades comunitarias; así cuando, el precepto del CDI dedicado a los métodos para eliminar la doble imposición está configurado de forma discriminatoria desde la óptica comunitaria está obstaculizando gravemente la libertad de establecimiento y, por tanto, es lógico que el TJCE trate de eliminar tal restricción fiscal, con independencia de que esté plasmado en un convenio fiscal internacional (esta idea ha sido reiterada e incluso se podría decir que reforzada en el caso *De Groot*, C-385/00, de manera que las referidas exigencias comunitarias se proyectan tanto en relación con las disposiciones convencionales específicas de eliminación de la doble imposición como respecto del convenio de doble imposición como "sistema" configurado para tal fin). En todo caso, lo que resulta un tanto cuestionable es la distinción entre "reparto de poder tributario" y "ejercicio del poder tributario" en el marco de los CDIs que el TJCE emplea para justificar su decisión; eliminar la doble imposición es, fundamentalmente repartir el poder tribu-

tario y el ejercicio del poder tributario en muchos casos supone establecer reglas que pueden incidir en el reparto del poder tributario.

El segundo gran argumento que emplea el TJCE para defender la extensión parcial a los EPs de los beneficios derivados de los CDIs del Estado miembro de ubicación radica en que tal extensión no afecta al "equilibrio y reciprocidad" de los CDIs entre el Estado miembro de ubicación (Alemania) y los terceros países (EE.UU. y Suiza) "ya que tal extensión en modo alguno menoscabaría los derechos de los países terceros parte en los convenios, y no les impondría ninguna nueva obligación".

A nuestro juicio, el razonamiento del TJCE puede compartirse, pero con matices. Es cierto que tal extensión parcial no afecta directamente al otro Estado contratante, por cuanto no se ha generado a través de la misma ninguna obligación que le concierna o deba cumplir, aunque pueden existir excepciones. Tampoco puede defenderse en puridad que tal extensión parcial al EP afecte de forma relevante al "equilibrio y reciprocidad" sobre la que pivota el CDI, por cuanto tal extensión concierne a una cuestión ajena, en principio al CDI: la persona (el EP) que se beneficia de la extensión unilateral realizada por parte del Estado contratante de situación del EP no está amparada o cubierta por el ámbito subjetivo de aplicación del convenio. Resulta dudoso, asimismo, mantener que tal extensión tiene efectos distorsionadores del reparto del poder tributario entre los Estados contratantes o que se altera el equilibrio articulado en el CDI en lo relativo a la ubicación de la inversión y los flujos de capital.

No obstante, existe una cuestión no exenta de relevancia en la que sí incide de forma importante la extensión parcial al EP de las ventajas previstas en los CDIs del Estado miembro de ubicación (EEP); a nuestro juicio, tal extensión parcial afecta, cuando menos, a la posición negociadora de CDIs de uno de los Estados contratantes (EF) del convenio objeto de extensión, en relación con el Estado donde reside la persona de la que forma parte el EP (ER); si las entidades residentes de ER pueden obtener parte de los beneficios del CDI entre EEP y EF creando un EP en EEP, el Estado ER podría tener menor interés en negociar un CDI con EF o podría negociarlo desde una posición más favorable para él; por otro lado, en el caso en que mediara un CDI entre EF y ER la extensión parcial a los EPs ubicados en EEP de las ventajas (los métodos para eliminar la doble imposición) previstos en el CDI EF-EEP sí podría afectar al equilibrio alcanzado a través del CDI entre EF y ER en lo concerniente a la localización de la inversión y los flujos de capital; así, cuando el CDI entre EF y EEP recogiera el método de exención para evitar la doble imposición internacional, mientras que el CDI entre EF y ER estableciera el método de imputación ordinaria, entidades residentes en ER podrían considerar más favorable para sus intereses obtener los dividendos procedentes de participaciones en entidades residentes de EF a través de un EP situado en el Estado EEP

al objeto de beneficiarse de la exención tributaria establecida en el CDI EEP-EF. Con estas consideraciones no queremos cuestionar tanto la decisión del TJCE como someter a juicio crítico sus argumentos. Es posible que si el TJCE hubiera sido consciente de la debilidad de algunos de sus razonamientos hubiera matizado algunos de los considerandos en que apoyó su decisión. Con todo, a nuestro juicio todo parece indicar que los pronunciamientos futuros profundizarán aún más en la "comunitarización" de los CDIs. [11]

Conviene, además, dejar constancia de que la opinión del TJCE en *Saint-Gobain* ha sido matizada con posterioridad en varios asuntos no tributarios. En primer lugar, en el Caso 55/00, *Gottardo*, 2002, aún no publicado en la Recopilación, en relación con un acuerdo internacional bilateral en materia de Seguridad Social, el TJCE pareció admitir que la aplicación del Derecho comunitario al texto internacional bilateral podía quedar frenada si se creaban nuevas obligaciones para el Estado no comunitario parte en el Tratado bilateral o se ponían en peligro los derechos que de este tratado se derivaban para el mismo. En cierta forma, esta jurisprudencia podría suponer una aclaración de la STJCE *Saint-Gobain* en el sentido de que el TJCE no está dispuesto a admitir la extensión absoluta de los beneficios derivados de CDIs entre Estados miembros y no miembros de la UE a los nacionales de otros Estados miembros de la UE distintos del firmante. Sin embargo, el paso atrás que pudo suponer la jurisprudencia *Gottardo* con respecto a *Saint-Gobain* ha sido ampliamente superado en varias sentencias recientes en materia de transportes, en concreto sobre acuerdos bilaterales en materia de transporte aéreo entre varios Estados miembros y EE.UU. (Asunto C-466/98, *Comisión/Reino Unido*; Asunto 467/98, *Comisión/Dinamarca*; Asunto C-468/98, *Comisión/Suecia*; Asunto C-469/98, *Comisión/Finlandia*; Asunto C-471/98, *Comisión/Bélgica*; Asunto C-472/98, *Comisión/Luxemburgo*; Asunto C-475/98, *Comisión/Austria*; Asunto C-476/98, *Comisión/Alemania*; todas ellas de 5 de noviembre de 2002, aún no publicadas en la Recopilación). Los acuerdos bilaterales en materia de transporte aéreo celebrados entre varios Estados comunitarios y los EE.UU. contenían una cláusula de la nacionalidad en virtud de la cual los EE.UU. podían denegar los derechos derivados del acuerdo a compañías aéreas en las que la propiedad y el control efectivo no pertenezcan al Estado miembro firmante del acuerdo o a nacionales de ese Estado, con lo que se impide que las sociedades controladas por otro Estado miembro o nacionales de ese Estado situadas en el territorio del Estado miembro firmante tengan acceso al convenio concreto con EE.UU. Del razonamiento del TJCE en estos asuntos cabe destacar la aclaración que realiza de su jurisprudencia *Saint-Gobain*: (1) el

[11] Sobre este tema, vid.: CALDERÓN: "Algunas consideraciones sobre la interrelación entre los Convenios de doble imposición y el Derecho Comunitario Europeo", op. Cit.

art. 43 (actual art. 52) TCE se aplica también a situaciones en las que un Estado miembro negocia un acuerdo con un Estado no miembro que permite a este último tratar de forma diferenciada (en el propio territorio del Estado no miembro) a las sociedades de tal Estado miembro y a las sociedades controladas por nacionales de otros Estados miembros de la Unión, una cláusula incluida en el acuerdo internacional con estos efectos resulta contraria al art. 43 (antiguo art. 52) TCE; (2) la STJCE *Saint-Gobain* no significa que, cuando la violación del Derecho comunitario resulte directamente de una disposición de un acuerdo internacional bilateral celebrado por un Estado miembro con otro no miembro con posterioridad a su adhesión a la Comunidad, el TJCE no pueda declarar dicha violación para no menoscabar los derechos que corresponden a los países terceros precisamente en virtud de la disposición que infringe el Derecho comunitario (Asunto C-466/1998, *Comisión/Reino Unido*, párra. 54); (3) el hecho de que tradicionalmente el principio de reciprocidad sea la base de la limitación de efectos de los convenios o tratados bilaterales no es relevante a la hora de apreciar que existe una vulneración del art. 43 (antiguo art. 52 TCE) (Asunto C-472/98, *Comisión/Luxemburgo*, párra. 134); (4) los efectos del art. 43 (art. 52) TCE no dependen de si la Comunidad ha legislado en el campo concreto, sino de si la situación considerada se rige por el Derecho comunitario (Asunto C-475/98, *Comisión/Austria*, párra. 132). Aunque las decisiones del TJCE se producen en un campo, los transportes, en los que la competencia comunitaria es más intensa que en materia del Impuesto sobre Sociedades o del IRPF (de competencia exclusiva de los Estados miembros, que debe ser ejercida con respeto de las libertades comunitarias), las conclusiones de estas sentencias tienen un efecto importante sobre el Derecho tributario, como directamente se deriva de la STJCE *Comisión/Austria* antes citada: por un lado, se confirmarían así las conclusiones de algunos autores sobre el efecto de la sentencia *Saint-Gobain* en el sentido de que impone una extensión total (no solo parcial) de los efectos de los CDIs de un Estado miembro para los establecimientos permanentes de sociedades de otros Estados miembros situados en su territorio, incluso si esos CDIs están firmados con Estados no comunitarios; [12] por otro lado, se confirma que las cláusulas de limitación de beneficios incluidas en los CDIs de varios Estados miembros que excluyen de los beneficios del CDI a sociedades de ese Estado controladas en un determinado porcentaje por nacionales de otro Estado miembro podrían vulnerar el art. 43 (antiguo art. 52 TCE). [13] También en el asunto *Überseering*, C-208/00, el TJCE ha razonado en esta misma línea de pensamiento afirmando que el ejercicio efectivo de la li-

[12] Vid. MARTÍN/GARCÍA/CALDERÓN: "Triangular cases, tax treaties and EC Law: the Saint-Gobain decision of the ECJ", op. Cit.

[13] Vid. sobre esta problemática MARTÍN JIMÉNEZ: "EC Law and clauses of limitation of Benefits in treaties with the US after Maastricht and the US-Netherlands tax treaty", *EC Tax Review*, nº 2, 1995.

bertad de establecimiento no puede estar condicionado por la existencia o adopción de tratados entre los Estados miembros, ni siquiera cuando el propio Tratado CE contempla tal fórmula para "armonizar" las legislaciones internas eliminando los obstáculos creados por las disparidades jurídicas existentes; en concreto, el art.293 CE, que contiene una referencia expresa a la eliminación de la doble imposición mediante convenios, [14] no puede interpretarse como una reserva de legislación a favor de los Estados miembros; es más, el TJCE llegó a afirmar que tal vía de resolución de problemas jurídicos con relevancia comunitaria sólo resulta adecuada respecto de aquellas hipótesis en que las disposiciones del Tratado no permitan realizar los objetivos del mismo.

Con todo, consideramos que el TJCE sigue ponderando la función desempeñada por los CDIs (el sistema fiscal creado a través de la interacción de los mismos con la legislación interna de los Estados contratantes) de cara a resolver los obstáculos fiscales resultantes de la interacción de sistemas fiscales sobre operaciones transfronterizas, de suerte que determinadas disposiciones convencionales, como las que establecen el reparto de poder tributario, con carácter general resultan compatibles con el TCE, a pesar de poder generar ciertas restricciones al ejercicio de las libertades comunitarias. No obstante, en la mayoría de las ocasiones la existencia de un CDI ha sido y es utilizada por el TJCE para "erosionar" la justificación basada en la "coherencia fiscal" de la norma nacional cuestionada; en concreto, el Tribunal de Justicia de alguna forma ha elaborado una teoría propia (y muy singular) sobre la incidencia de los CDIs en la causa de justificación basada en la coherencia fiscal, de suerte que tal incidencia termina reconfigurando en cierto modo tal concepto cuando existe un CDI; el TJCE viene afirmando —siguiendo la rule of reason establecida en los casos *Wielockx,* C-80/94, y *Danner,* C-136/00, respecto de pensiones, y ahora reiterada en relación con ganancias patrimoniales *en X e Y II,* C-436/00— que la mera existencia de los CDIs afecta a la coherencia de la norma fiscal de manera que tal coherencia no se establece en relación con una misma persona (...) sino que se desplaza a otra esfera, la de la reciprocidad de las normas aplicables de los Estados contratantes, previstas en los CDIs y basadas en puntos de conexión para repartir la competencia fiscal; el TJCE ha confirmado en estas tres sentencias que tiene en consideración los efectos que poseen las normas convencionales de reparto del poder tributario sobre la coherencia fiscal de las normas internas nacionales cuya finalidad es preservar derechos impositivos de los Estados contratantes; lo que viene a decir el TJCE es que las normas nacionales cuya finalidad sea salvaguardar los derechos impositivos de un Estado pueden perder su coherencia in-

[14] Sobre el alcance y significado del art.293 TCE, vid.: CALDERÓN: "Algunas consideraciones sobre la interrelación entre los Convenios de doble imposición y el Derecho Comunitario Europeo", op. Cit.

terna (nacional) cuando existe un CDI, con arreglo al cual se ha repartido globalmente el poder tributario entre los Estados contratantes superándose de algún modo tal coherencia interna, salvo que el propio convenio reconociera la pretensión tutelada por la norma nacional a través de sus normas de reparto de poder tributario o las propias cláusulas antiabuso que establece; es decir, la mera existencia de un CDI que establece un determinado reparto recíproco y global del poder tributario hace que la norma nacional dirigida a proteger derechos impositivos de un Estado contratante deje de tener sentido en el marco del CDI, esto es, pierde su coherencia interna al ser reconsiderada dentro del sistema convencional; la norma nacional pierde su "coherencia fiscal interna" de suerte que se instaura una "coherencia convencional" basada en el sistema fiscal resultante de la interacción del CDI (globalmente considerado) con la legislación interna de los Estados contratantes (véanse los casos *Wielockx,* C-80/94, y *Danner,* C-136/00, y *X e Y II*, C-436/00, expuestos más adelante). Esta pérdida o erosión sustantiva de la coherencia interna de la norma nacional derivada de la existencia del CDI podría no tener lugar cuando existe un precepto convencional que colaboraba en los fines perseguidos por la norma fiscal nacional cuestionada; en concreto, el reconocimiento que el TJCE hace en *X e Y II* de la función que poseen las cláusulas convencionales dirigidas a la protección de los derechos impositivos de los Estados contratantes (art.13.5 del convenio belgosueco) resulta importante y podría llevar a una intensificación de su empleo en el futuro; no obstante, no puede perderse de vista que estas cláusulas de reparto de poder tributario que, en ocasiones (art.13.5 del CDI belgosueco), son configuradas para proteger los derechos impositivos de un Estado frente a determinadas conductas u operaciones de los contribuyentes no necesariamente elusivas (cambio de residencia por motivos no fiscales) y están igualmente sujetas a determinados límites que impone el Derecho comunitario (no discriminación y proporcionalidad); es dudoso, sin embargo, que resulte en todo caso aplicable en este ámbito la doctrina del TJCE sobre las cláusulas antiabuso, toda vez que muchas de estas cláusulas convencionales no persiguen principalmente tal finalidad. Por otro lado, cuando el TJCE reconfigura la noción de coherencia fiscal en el marco de CDIs y la hace depender de la reciprocidad en la aplicación de las normas convencionales y nacionales que articulan un determinado reparto del poder tributario entre los Estados contratantes, de alguna forma está admitiendo que tal equilibrio o distribución del poder tributario puede constituir una causa de justificación de una norma o del propio sistema convencional allí donde generaran obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales; esta parece la idea subyacente en el caso *Gottardo*; en el caso *Saint-Gobain* el TJCE no aceptó el argumento esgrimido por el gobierno sueco en el sentido de que la extensión a los EPs de la deducción por doble imposición económica internacional prevista en su red de CDIs para las sociedades residentes afectaba al equilibrio y reciprocidad de tales convenios, toda vez que Alemania ya había extendido unilateralmente a los EPs de sociedades no residentes las ventajas fis-

cales de las que disfrutaban las entidades residentes en el IS.

Asimismo, debemos dejar constancia de que la jurisprudencia del TJCE en relación con la libertad de establecimiento no sólo se ha limitado a los establecimientos permanentes, y así, por ejemplo, la sentencia *Baxter* considera un caso de discriminación de las sociedades filiales de matrices no residentes en un Estado miembro. En *Baxter* (Caso C-254/97, Rec. 1999, I-4809), el TJCE concluyó que un impuesto especial sobre el volumen de negocios de las empresas farmacéuticas exigido en Francia en el ejercicio 1995 y que permitía la deducción de los gastos de investigación científica y técnica realizados en ese Estado durante el mencionado ejercicio era contrario al art. 43, antiguo art. 52, TCE, pues las sociedades filiales de matrices no residentes realizaban sus gastos de investigación fuera de Francia y no podían aplicarse la deducción mencionada, con lo cual la deducción de los gastos de I+D estaba pensada para favorecer a las empresas francesas. Tras constatar el carácter discriminatorio del impuesto francés, el TJCE valoró si el tratamiento desigual identificado puede estar justificado a la luz de las disposiciones en materia de libertad de establecimiento del TCE. El Gobierno francés había alegado que la limitación de la deducción a los gastos de I+D incurridos en Francia era esencial para que las autoridades tributarias pudieran acreditar la certeza y naturaleza del gasto. El TJCE recordó que la efectividad de los controles fiscales, sobre la que se basa el Gobierno francés, constituye una exigencia imperativa de interés general capaz de justificar una restricción al ejercicio de las libertades fundamentales reconocidas por el TCE (*vid.*, por ejemplo, la STJCE en *Futura*, más arriba comentada). Por consiguiente, declaró el TJCE, un Estado miembro puede aplicar medidas que permitan valorar o identificar el gasto realizado a los efectos de la deducción por gastos de investigación. Sin embargo, una legislación que prohíbe de forma absoluta al contribuyente la aportación de pruebas que acrediten la realidad del gasto realizado en concepto de investigación no puede estar justificada desde la óptica de la efectividad de los controles fiscales.

Desde la óptica del Derecho comunitario, la sentencia *Baxter* continúa la tradición iniciada en el campo de la imposición sobre la renta por las sentencias *Bachmann* y *Comisión/Bélgica* (Asunto C-204/90, Rec. 1992, I-249 y Asunto C-300/90, *Comisión/Bélgica*, Rec. 1992, I-305) en el sentido de que aplican la doctrina de las exigencias imperativas de interés general no sólo a las normas que tienen un efecto restrictivo sin ser discriminatorias, sino también a aquéllas que dan lugar a una discriminación indirecta. [15] Sobre este particular, el TJCE

[15] Vid.: MARTÍN JIMÉNEZ: A., *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Union: an institutional and procedural analysis*, op. Cit. p. 228, y la Opinión del Abogado General Jacobs en la STJCE *Danner*, comentada más abajo.

sigue la Opinión del Abogado General Saggio, quien identifico en la norma francesa una discriminación de los establecimientos secundarios de las sociedades no residentes y una "restricción de salida", provocada porque el tributo controvertido hace menos atrayente para las sociedades francesas la creación de estructuras para desarrollar la investigación en otros países. Esta restricción de salida no fue considerada por el TJCE en el asunto controvertido, probablemente, porque los demandantes eran filiales de sociedades no residentes, no grupos franceses íntegramente, y por el carácter extraordinario de la contribución. No obstante, la jurisprudencia más reciente del TJCE (Asunto C-251/98, *Baars*, Rec. 2000, I-2787, y Asunto C-35/98, *Verkooijen*, Rec. 2000, I-4071, ambos comentados más abajo) sí que concluye que, en materia de impuestos directos, determinadas deducciones para actividades nacionales son contrarias a las libertades comunitarias cuando no se conceden por actividades del mismo tipo realizadas en otros Estados miembros (*vid.*, igualmente, la STJCE en el Asunto 18/84, *Comisión/Francia*, Rec. 1985, 1339).

La más reciente sentencia sobre libertad de establecimiento e imposición societaria es el Asunto *Metallgesellschaft Ltd y Hoechst AG*, (Asuntos C-397/98 y C-410/98, Rec. 2001, I-1727), que versa sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario del ahora ya derogado, desde el 6 de abril de 1999, "advance corporate tax" (ACT) del Reino Unido. De conformidad con la legislación de este país, las sociedades con residencia en el Reino Unido y que paguen dividendos a sus accionistas están obligadas a efectuar pagos a cuenta el Impuesto sobre Sociedades ("ACT") calculados sobre una cantidad igual al importe o al valor del reparto efectuado. En cualquier caso, el ACT no es una retención sobre el dividendo, que se paga íntegramente, sino un pago anticipado del IS que corresponde a la sociedad que reparte el dividendo, aunque, en determinadas condiciones, el ACT puede transferirse a las filiales y serán éstas las que compensen el ACT con el IS que les corresponda. El ACT pagado por la sociedad se imputa a su accionista como una deducción en la cuota, por una cantidad igual al ACT que correspondió al dividendo distribuido, esta deducción puede incluso generar un derecho de reembolso para el accionista si el ACT es mayor que el impuesto que corresponde pagar al mismo. Este crédito fiscal que se concede a las sociedades residentes en el Reino Unido no es otorgado a las matrices no residentes con filiales en este país, salvo disposición en contrario de un Convenio para la Eliminación de la Doble Imposición ("CDI"), aunque hay que tener en cuenta que tampoco la sociedad matriz residente está sujeta a imposición en el Reino Unido sobre la renta de los no residentes por los dividendos que perciba de la filial (salvo que el CDI reconozca el crédito en concepto de ACT). El CDI entre el Reino Unido y Alemania no reconoce el crédito fiscal en concepto de ACT, luego, los dividendos recibidos por las sociedades matrices alemanas no estaban sujetos a imposición sobre la renta de los no residentes en el Reino Unido. Por otra parte, la legislación británica reconoce a las sociedades

matrices residentes que tengan filiales también residentes en el Reino Unido participadas, como mínimo, al 51 por 100 que puedan optar por la tributación en régimen de grupo, lo cual implica que la filial no deba pagar ACT por los dividendos que distribuye a su matriz residente (y, lógicamente, que la matriz no tenga crédito alguno que a ella se pueda imputar).

En los dos asuntos planteados, las filiales británicas de dos matrices alemanas distribuyeron dividendos a estas últimas, por lo que debieron pagar el ACT que luego compensaron con el Impuesto sobre Sociedades que les correspondía pagar en el Reino Unido. Las sociedades matrices alemanas consideraron que, puesto que a ellas no se les permitía optar por la tributación en régimen de grupo, que habría permitido que las filiales evitaran el pago del ACT, dichas filiales sufrieron un perjuicio financiero (el anticipo del IS que representa el ACT) que no estaban obligadas a soportar las sociedades filiales del Reino Unido controladas por matrices residentes en este país. De forma adicional, y con carácter subsidiario, por si no se les reconocía la indemnización por los intereses que compense el perjuicio financiero derivado de la imposibilidad de tributar en el régimen de grupo, se sugiere que, al menos, debería haberse reconocido la imputación del ACT que opera para las sociedades matrices residentes, que no tributan en régimen de grupo, o para algunas no residentes si así lo reconoce el CDI con su Estado de residencia. En definitiva, las matrices alemanas alegaron que la legislación británica vulnera, fundamentalmente, la libertad de establecimiento que reconoce el art. 43 (antiguo art. 52) TCE y la libre circulación de capitales del art. 56 (antiguo art. 73B) TCE, en primer lugar, por la diferencia de trato entre las sociedades matrices residentes y no residentes, en segundo lugar, por la diferencia de trato entre las matrices residentes en un Estado con un CDI que reconoce el sistema de crédito del ACT y aquellas residentes en un Estado cuyo CDI con el Reino Unido no reconoce este sistema. Básicamente, las cuestiones prejudiciales del High Court of Justice al TJCE versan sobre estos argumentos.

En su decisión, el TJCE, tras recordar su jurisprudencia sobre imposición directa, constató que el tratamiento diferenciado a efectos de ACT a las matrices y filiales residentes en el Reino Unido, a las que se permite tributar en régimen de grupo, con respecto a las filiales con matrices no residentes otorga a las primeras una ventaja financiera que no tienen las segundas. Por esta razón, el TJCE apuntó que la concesión del régimen de grupo a las sociedades filiales del Reino Unido que tienen matrices no residentes, desde la óptica del Reino Unido, únicamente supondría que se liberara a las filiales del pago del ACT: aunque ello no reduciría la responsabilidad tributaria de la filial en el Reino Unido en concepto de IS, se eliminaría el perjuicio financiero que el ACT supone para la filial, que, a diferencia de las filiales de sociedades residentes, debe anticipar el pago del IS en concepto de ACT. Según el TJCE, la alegación del Reino Unido para justificar este sistema en el sentido de que la matriz no residente no está sujeta al sistema de ACT no es relevante: el hecho de que la matriz

sea no residente y no esté sujeta al ACT no es relevante a estos efectos, pues la matriz estará sujeta al impuesto del Estado donde tenga su domicilio social (por lo que es lógico que una sociedad no pague de forma anticipada un impuesto del que nunca será sujeto pasivo). Tampoco puede apreciarse que exista riesgo de evasión fiscal que justifique el tratamiento diferenciado, ya que la sociedad matriz en cuestión estará sujeta, de todos modos, a la legislación fiscal del Estado de establecimiento (STJCE *ICI*, párra. 26, más abajo comentada). Por otra parte, la pérdida recaudatoria que generaría la extensión de la exención del sistema de ACT a las filiales en el Reino Unido de sociedades no residentes no justifica el trato diferenciado pues, conforme a una reiterada jurisprudencia, no puede considerarse que sea una razón imperiosa de interés general (STJCE *ICI*, párra. 28, más abajo comentada). Ni siquiera el argumento de la coherencia fiscal (Asunto C-204/90, *Bachmann*, Rec. 1992, I-249 y Asunto C-300/90, *Comisión/Bélgica*, Rec. 1992, I-305) sirvió al Reino Unido para justificar su legislación, pues el TJCE no apreció la existencia de una relación directa entre el régimen de ACT de las filiales de sociedades residentes y no residentes con el régimen tributario de su matriz. En consecuencia, el TJCE concluyó que el sistema de tributación en régimen de grupo, por lo que respecta a la exención del sistema de ACT que concede, vulnera el art. 43 (antiguo art. 52) TCE.

Las matrices alemanas y sus filiales inglesas habían solicitado como compensación por el trato discriminatorio que se les indemnizara con los intereses que correspondieran al ingreso a cuenta en concepto de ACT con respecto al momento en el que debería haberse realizado el ingreso en concepto de IS si fueran filiales de sociedades residentes en el Reino Unido (el órgano jurisdiccional remitente había planteado esta cuestión tanto para el caso de que la pretensión de los demandantes se considerara como una acción de restitución de tributos indebidamente recaudados como una acción de indemnización del perjuicio derivado por vulneración del Derecho comunitario). En materia de ingresos indebidos, el TJCE recordó su jurisprudencia en el sentido de que corresponde al ordenamiento nacional regular el procedimiento para ejercer la acción de restitución, siempre y cuando, las pretensiones de devolución por vulneración del Derecho comunitario no sean menos favorablemente tratadas que las pretensiones estrictamente nacionales y se permita al contribuyente un ejercicio efectivo de su derecho. En este sentido, corresponde al ordenamiento nacional resolver las cuestiones principales y las accesorias, tales como el pago de intereses, la fecha de cálculo y el tipo de los mismos. [16] Sin embargo, en los asuntos planteados la pretensión del pago de intereses no es accesoria sino principal. En tales circunstancias, en las que la viola-

[16] Sobre este tema vid. MARTÍN JIMÉNEZ/CALDERÓN CARRERO: "Devolución de ingresos tributarios indebidos por infracción del Derecho comunitario", *Noticias de la UE*, nº167, 1998.

ción del Derecho comunitario no resulta del pago del impuesto en sí mismo, sino del carácter anticipado de su exigencia, los intereses forman parte de la restitución de lo que se ha pagado indebidamente y resulta indispensable para el restablecimiento de la igualdad de trato garantizada por el art. 43 (antiguo art. 52) TCE. Si se considerara que la acción de los demandantes es una acción por responsabilidad del Estado miembro por vulneración del Derecho comunitario, el TJCE juzgó que el derecho a cobrar los intereses sería un elemento fundamental para la reparar el perjuicio causado, por lo que el Reino Unido, si entendiera que es una acción de responsabilidad, estaría obligado a pagar los intereses reclamados. A estos efectos, el TJCE consideró que no es relevante para denegar su reclamación, que los demandantes no hubieran solicitado la aplicación del régimen de grupo, previsto para las sociedades filiales y matrices residentes, para luego recurrir la denegación del régimen por parte de las autoridades fiscales invocando la primacía y el efecto directo del Derecho comunitario.

Son varias las cuestiones que podrían ser objeto de comentario detallado en esta sentencia, nos vamos a limitar a plantear sólo algunas de las más relevantes. Como ya hemos apuntado en otros lugares, [17] la STJCE reseñada confirma que en un contexto jurídico donde existe el reconocimiento del principio de trato nacional no es necesario invocar la cláusula de la nación más favorecida (como de hecho hicieron los demandantes en el asunto principal para demostrar que eran discriminados con respecto a las sociedades matrices residentes de otros países cuyos CDIs con el Reino Unido permitían un trato más favorable que el garantizado a las matrices alemanas). Además de reiterar la línea propia del TJCE en los casos en materia de IS (más estricta en la aplicación de las libertades comunitarias que en materia de IRPF), se observa una cierta relajación en las notas que el TJCE predica de la coherencia fiscal como causa de justificación de comportamientos que de los Estados miembros que vulneran las libertades comunitarias. En efecto, si tras la STJCE *Svensson y Gustavsson* (Asunto C-484/93, Rec. 1995 I-3955) quedaba claro que la coherencia exige un vínculo directo entre dos normas que afectan al mismo contribuyente, en el asunto que ahora comentamos parece que el TJCE sigue afirmando la vinculación directa pero se olvida del requisito del contribuyente único (no olvidemos que considera la tributación de la filial y de la sociedad matriz), quizás porque la discriminación se refería a la posibilidad de acceder a un régimen de tributación de grupo.

El asunto *Lankhorst-Hohorst* (sentencia de 12 de diciembre de 2002, C-324/00)

[17] MARTÍN/GARCÍA/CALDERÓN: "Triangular cases, tax treaties and EC Law: the Saint-Gobain decision of the ECJ", op. Cit. p. 250; y Martín Jiménez, A., *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Union: an institutional and procedural analysis*, op. Cit. p. 183 y ss.

constituye la más reciente decisión del TJCE sobre los obstáculos fiscales generados por el *host country* respecto del ejercicio de la libertad de establecimiento. Desde un punto de vista procedimental nos encontramos ante una cuestión prejudicial planteada por el Finanzgericht Münster de Alemania sobre la interpretación del artículo 43 CE. Dicha cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre la sociedad Lankhorst-Hohorst GmbH (en lo sucesivo, «Lankhorst-Hohorst»), con domicilio social en Rheine (Alemania), y las autoridades tributarias alemanas en relación con la liquidación del impuesto sobre sociedades correspondiente a los ejercicios 1997 y 1998.

La cuestión litigiosa que motivó el planteamiento de la cuestión prejudicial viene referida a la aplicación de la norma antisubcapitalización prevista en la ley del Impuesto sobre Sociedades alemana en relación con una operación de préstamo concertada entre Lankhorst-Hohorst y una sociedad neerlandesa Lankhorst Taselaar BV (LT BV, en adelante) que controlaba a la primera a través de su participación en otra sociedad neerlandesa Lankhorst-Hohorst BV (LH BV); esta última entidad (LH BV) era el único socio de Lankhorst-Hohorst, mientras que LT BV era el único socio de LH BV, lo cual convertía a estas tres entidades en empresas asociadas parte de un mismo grupo cuya cabecera o matriz era LT BV. En particular, Lankhorst-Hohorst, entidad alemana que realizaba actividades económicas relacionadas con la venta de material náutico deportivo, concertó con LT BV un contrato en diciembre de 1996, a través del cual esta última concedió un préstamo de 3.000.000 de DEM a la demandante en el litigio principal, reembolsable en diez años en anualidades de 300.000 DEM, a partir del 1 de octubre de 1998 (en lo sucesivo, «préstamo»). El tipo de interés variable ascendía hasta finales de 1997 al 4,5 %. Los intereses se devengaban a final de año. Así, fueron pagados a LT BV 135.000 DEM en 1997 y 109.695 DEM en 1998, en concepto de intereses. El préstamo, que cumplía la función de aumento de capital, iba acompañado de una «Patronatserklärung» (declaración de patrocinio) por la que LT BV renunciaría al reembolso del préstamo si la demandante en el litigio principal fuera demandada por terceros acreedores. El préstamo permitió a Lankhorst-Hohorst reducir de 3.702.453,59 a 991.174,70 DEM el préstamo que había concertado con un establecimiento de crédito y reducir así la carga de intereses que soportaba. En los ejercicios 1996, 1997 y 1998, el balance de la demandante en el litigio principal reveló un déficit no cubierto por sus fondos propios que, para el ejercicio 1998, se elevaba a 1.503.165 DEM.

Las autoliquidaciones del Impuesto sobre Sociedades presentadas por Lankhorst-Hohorst respecto de los ejercicios 1997 y 1998 fueron inspeccionadas por las autoridades alemanas, de suerte que éstas consideraron que los intereses pagados a LT BV eran equiparables a una distribución de beneficios encubiertos en el sentido del artículo 8 *bis* de la KStG y los sometió a gravamen como tales, a cargo de Lankhorst-Hohorst, al tipo del 30 %. Es decir, se re-

calificaron los intereses pagados como "dividendos encubiertos o disfrazados" en virtud de la norma alemana antisubcapitalización, lo cual conllevó su no deducibilidad de la base imponible con la consiguiente tributación de la renta previamente deducida. El principal argumento de defensa esgrimido por Lankhorst-Hohorst ante las autoridades y tribunales nacionales que conocieron del caso versó en el carácter discriminatorio de la norma, así como su falta de proporcionalidad al tratarse de una norma antievasión fiscal que se aplicaba indistintamente frente a operaciones de buena fe que presentaban un motivo económico válido como aquellas que constituían auténticos artificios fiscales. El centro de la controversia radica, por tanto, en determinar si la norma alemana antisubcapitalización resultaba incompatible con el Derecho comunitario.

La primera cuestión que examinó el Tribunal de Justicia CEE examinó fue si la norma alemana antisubcapitalización generaba un obstáculo para el ejercicio de la libertad de establecimiento a través de la constitución de filiales en Alemania por parte de entidades con sede en otro Estado miembro de la CE. A este respecto, el TJCE señala que, cómo se puso de manifiesto durante el proceso ante el Finanzgericht Münster, la norma alemana está configurada de forma discriminatoria, toda vez que únicamente se aplica respecto de sociedades que no tienen derecho a un crédito fiscal, esto es, las sociedades no residentes; ello genera una importante diferencia de trato con respecto a las sociedades residentes respecto de las que no se aplica la norma, a pesar de que en determinadas ocasiones pueden producirse efectos similares a los que trata de evitar tal norma antisubcapitalización; [18] el hecho de que exista una determinada categoría de sociedades residentes que tampoco poseen un derecho al crédito fiscal y, por tanto, respecto de las que también resulta teóricamente aplicable la norma antisubcapitalización no se consideró relevante a efectos de establecer la existencia de la discriminación fiscal; ello obedeció a que tal categoría de sociedades residentes quedaba circunscrita a un grupo reducido de entidades residentes que estaban exentas del IS y, a su vez, no realizaban actividades con ánimo de lucro (personas de Derecho Público y fundaciones en sentido amplio); el Tribunal de Justicia consideró que este tipo de entidades residentes no se encontraban en una situación comparable respecto de las entidades no residentes que, como la matriz de Lankorst-Hohorst, estaban sujetas al impuesto sobre sociedades y desarrollan una actividad empresarial con fin lucrativo.

Una vez establecida la existencia de la diferencia de trato, el TJCE puso de relieve los efectos que se siguen de la aplicación de la norma alemana antisubcapitalización. En particular, se señaló que tal

[18] Vid. CALDERÓN CARRERO: "Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad con los convenios de doble imposición y el Derecho comunitario". *Crónica Tributaria*, nº76, 1995.

norma opera de forma que los intereses pagados por una filial residente a su matriz no residente son gravados como "dividendo encubierto" al tipo de gravamen del 30 por 100, mientras que si tal operación se realiza con una matriz residente que se beneficia de un crédito fiscal tales intereses se consideran gasto deducible de la base imponible de la filial y no son gravados como "dividendo encubierto". Resulta relevante destacar que el Gobierno alemán, en respuesta a una pregunta planteada por el TJCE durante el proceso, manifestó que los intereses pagados por una filial residente a su matriz en relación con un préstamo concedido por ésta serían igualmente calificados y tratados como "dividendos encubiertos" en un caso donde la matriz hubiera otorgado la cláusula de "patrocinio" en los términos antes expuestos. El Tribunal de Justicia consideró que tal circunstancia no tiene suficiente entidad para excluir la diferencia de trato fiscal por razón de la sede de la matriz establecida por la norma alemana antisubcapitalización; tal afirmación se fundamenta, según el TJCE, en que la calificación de unos intereses como "dividendos encubiertos" en aplicación de la norma antisubcapitalización resulta directa y únicamente del tenor de la norma alemana y no de si se ha acordado o no una cláusula de "patrocinio". Por tanto, puede afirmarse con carácter general que, en principio y a salvo de "justificación objetiva", las normas nacionales antiabuso no pueden ser configuradas de manera que afecten o se proyecten *únicamente* sobre operaciones con residentes de otros Estados miembros, incluso allí donde existan otras normas antiabuso internas que se proyectan sobre el mismo tipo de operaciones (y con el mismo resultado fiscal) internas allí donde sus presupuestos y condiciones de aplicación fueran diferentes. El Derecho comunitario excluye, con carácter general, la existencia de cláusulas antiabuso internas configuradas de forma discriminatoria tanto en sus presupuestos como en su configuración y efectos.

Una vez establecido el carácter discriminatorio de la norma alemana antisubcapitalización, el TJCE no dudó en considerar que tal norma generaba un obstáculo a la libertad de establecimiento. El Tribunal de Justicia se limitó a afirmar que la aplicación de tal norma interna hace menos atractivo para las sociedades establecidas en otros Estados miembros el ejercicio de la libertad de establecimiento en tanto éstas podrían abstenerse de adquirir, constituir o mantener una filial en un Estado que adopte una norma de este tipo. Es decir, el Tribunal no exige que se pruebe la existencia de una limitación efectiva a la libertad de establecimiento causada directamente por la norma discriminatoria, sino que basta que tal norma en abstracto pueda disuadir o hacer menos atractiva el establecimiento de filiales o sucursales en un determinado Estado.

La segunda gran cuestión que examina el TJCE es si la norma alemana antisubcapitalización posee o no una "justificación objetiva", esto es, si persigue un interés legítimo (v.gr., razones imperiosas de interés general) que es garantizado de forma proporcional a través de las medidas indispensables (casos C-250/95, *Futura Participations and Singer,* y *Verkooijen,*

C-35/98). A este respecto, se alegó que la norma alemana estaba justificada basándose en su finalidad de prevención del riesgo de evasión fiscal, en la eficacia de la supervisión o control fiscal y en la coherencia de los sistemas fiscales. Las tres causas de justificación fueron rechazadas de una forma bastante rotunda; no obstante, los razonamientos empleados por el TJCE a la hora de negar tal justificación resultan extraordinariamente relevantes, especialmente en lo concerniente a la primera y tercera causas de justificación invocadas.

Comenzando por la invocación de la justificación basada en la "coherencia del sistema fiscal", los gobiernos alemán y británico argumentaron que la norma alemana pretendía garantizar tal coherencia haciendo efectivo un principio, como el de plena concurrencia (*arm´s length*), reconocido internacionalmente y con arreglo al cual las condiciones de acuerdo con las que se concede un préstamo a una sociedad deben ser comparadas con las condiciones que tal sociedad hubiera podido obtener si hubiera concertado el préstamo con un tercero independiente (no vinculado). A efectos de mostrar el carácter internacional del principio de plena concurrencia los gobiernos alemán y británico destacaron su inclusión en el artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición. La argumentación esgrimida por estos gobiernos nacionales, no obstante, no mostró en qué medida tal principio contribuía a dotar de coherencia el sistema tributario, ni los efectos que resultan de su aplicación o inaplicación. Es posible que ello contribuyera a que el TJCE no se dejara impresionar por la alegación de un principio de fiscalidad internacional consolidado como es el principio de plena concurrencia (veánse también en el mismo sentido los apartados 79 a 82 de las conclusiones del A.G.Mischo al caso de autos); en este sentido, no debe perderse de vista que en otras ocasiones el Tribunal de Justicia ha abrazado y "comunitarizado" determinados principios internacionales de fiscalidad internacional como, por ejemplo, el principio de territorialidad (*Futura Participations*), la propia función del Estado de residencia como Estado que debe someter a imposición a los contribuyentes personas físical de forma subjetivada y adaptada a la capacidad económica (*Schumacker* y *De Groot,* C-385/00), los principios de sujeción fiscal que emplean los Estados (*Schumacker*), los principios estructurales que rigen los convenios de doble imposición (*Gilly* y *Saint-Gobain*), y los métodos de exención e imputación para la eliminación de la doble imposición (*Gilly* con las matizaciones de *De Groot,* C-385/00); a este respecto, el TJCE ha otorgado especial relevancia al hecho de que un determinado principio o regla de tributación esté avalada o reconocida por trabajos de la OCDE; particularmente importante es su inclusión en el Modelo de Convenio de la OCDE. [19]

[19] Vid.: MARTÍN JIMÉNEZ: A., *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Union: an institutional and procedural analysis,* op. Cit.; y CALDERÓN: "Algunas consideraciones sobre la interrelación entre los Convenios de doble imposición y el Derecho Comunitario Europeo", op. Cit.

Sin embargo, en el caso *Lankhorst-Hohorst* el TJCE se limitó a negar la operatividad de causa de justificación basada en la "coherencia fiscal" al no concurrir los presupuestos para que resulte aplicable de acuerdo con su jurisprudencia precedente. Para que resulte operativa esta causa de justificación debe existir un vínculo o relación directa entre la concesión de un determinado beneficio fiscal y la compensación de dicho beneficio mediante un gravamen fiscal; dicho vínculo directo únicamente existe cuando ambas normas tributarias afectan al mismo contribuyente y en relación con el mismo impuesto (casos *Bachmann,* C-204/90, *Comisión/Bélgica,* C-300/90, *Verkooijen,* C-35/98, *Svensson and Gustavsson*, C-483/93, entre otras). En el caso de autos el TJCE consideró que no mediaba tal vínculo directo, toda vez que, como consecuencia de la aplicación de la norma antisubcapitalización, la filial de una matriz no residente soporta un trato fiscal desfavorable (la exclusión de una ventaja fiscal) y el Gobierno alemán no señaló la existencia de una ventaja fiscal que compensara tal trato fiscal desfavorable. Esta jurisprudencia no puede interpretarse, sin embargo, como un rechazo del principio de plena concurrencia sino que, a nuestro juicio, únicamente es indicativa de que este tipo de principios de fiscalidad internacional por muy consolidados que estén y por importantes que sean las funciones que desempeñan no encajan en la noción de coherencia fiscal que maneja el TJCE; ello no equivale a decir que este tipo de principios no puedan servir para fundamentar objetivamente normas nacionales que pueden generar restricciones de libertades fundamentales. Es más, no cabe descartar que el TJCE hubiera razonado de otra forma si se hubiera tratado de justificar la norma alemana en el principio internacional de plena concurrencia; no obstante, lo cierto es que tal principio en modo alguno requiere que las normas internas que lo articulan se configuren o apliquen de forma discriminatoria. En este sentido, coincidimos con el A.G.Mischo (apartados 79 a 82 de sus conclusiones al caso de autos) cuando puso de relieve cómo el significado y funcionalidad del principio internacional de plena de concurrencia como instrumento que permite a los Estados miembros someter a imposición los beneficios generados en sus territorios resulta compatible con el artículo 43 del TCE (libertad de establecimiento); lo que no resulta compatible con el Derecho Comunitario es una norma nacional que articula tal principio de forma discriminatoria o desproporcionada. En este sentido, consideramos que las normas nacionales cuya fundamentación y configuración reside en el principio de plena concurrencia resultan compatibles con el Derecho comunitario siempre que sean no discriminatorias/restrictivas y sean proporcionadas a su fin, aunque generen ciertos obstáculos al ejercicio de libertades fundamentales. El principio de plena concurrencia no sólo constituye un instrumento que puede usarse con una funcionalidad antievasión fiscal al integrar un parámetro o canon que sirve para determinar cuando una operación en sí misma o su valoración son excesivas o abusivas; este principio también opera con una segunda funcionalidad integrando un principio de reparto de po-

der tributario entre Estados; esta segunda funcionalidad está conectada con el principio de territorialidad al instrumentar que los Estados graven, cuando menos, una determinada porción (la calificada como *arm´s length*) de los beneficios generados en sus territorios o economías nacionales (apartado 82 de la conclusiones del A.G.Mischo al caso *Lankhorst-Hohorst;* y OCDE 1995, paras.1.1 y 1.13).

La justificación basada en la "efectividad de la supervisión fiscal" (control fiscal) realizada por el gobierno británico corrió la misma suerte que la anteriormente expuesta. El TJCE se limitó a admitir en abstracto su admisibilidad como razón imperiosa de interés general, pero rechazó su aplicación en el caso de autos toda vez que durante el procedimiento no se argumentó en modo alguno de qué forma una regla de recalificación como la que entraña la norma antisubcapitalización permite a las autoridades fiscales alemanas supervisar o comprobar la cuantía de renta imponible. Respecto de esta causa de justificación resulta relevante destacar la estricta posición mantenida por el TJCE; muy en particular, en los casos *Futura Participations* (C-250/95)*, Vestergaard* (C-118/96)*, Baxter* (C-254/97) y *Danner* (C-136/00) el TJCE ha puesto de relieve que el criterio de la eficacia de los controles fiscales autoriza a un Estado miembro a aplicar medidas que permitan comprobar de manera clara y precisa los requisitos para aplicar una deducción o una "ventaja fiscal"; no obstante, la Directiva 77/799 de intercambio de información proporciona un instrumento que las autoridades fiscales de los Estados miembros deben emplear para llevar a cabo tal control fiscal, lo cual limita pero no excluye el establecimiento de medidas nacionales de supervisión fiscal, siempre que no se configuren de forma discriminatoria o restrictiva afectando al ejercicio de libertades fundamentales. [20] En el ámbito de la imposición indirecta sobre los automóviles, sin embargo, recientemente el TJCE ha admitido la operatividad de esta razón imperiosa de interés general (vid. el Asunto C-451/99, *Cura Anlagen*, [2002], aún no publicado en la Recopilación).

Probablemente, la justificación que más peso poseía fue la basada en el "riesgo de evasión fiscal". La Comisión UE y los Gobiernos alemán, danés y británico argumentaron que la norma interna alemana persigue combatir la evasión fiscal a través de la "infracapitalización" o capitalización encubierta (*thin capitalisation or hidden equity capitalisation*). Consideran que, con carácter general, resulta más ventajoso fiscalmente la financiación de las sociedades acudiendo a préstamos en lugar de aportaciones de capital, por cuanto que la primera fórmula permite que la entidad prestataria deduzca los intereses de su

[20] Vid. CALDERÓN CARRERO: "El intercambio de información entre Administraciones tributarias en un contexto de globalización económica y competencia fiscal perniciosa", en *Las Medidas Anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios de doble imposición y su compatibilidad con el Derecho Comunitario.* IEF, Madrid, 2002.

base imponible mientras que la segunda fórmula no permite tal reducción de la base imponible de la entidad financiada mediante capital, toda vez que los dividendos pagados a los accionistas no son deducibles en la mayoría de los países. No obstante, se destaca que cuando la sociedad prestamista y la prestataria residen en Estados diferentes la financiación vía préstamos permite articular el fenómeno denominado como *tax base shifting,* esto es, el desplazamiento de bases imponibles (e hipotéticamente de "deudas tributarias") de un país a otro; de alguna forma, esta alegación termina tratando de justificar la cláusula antisubcapitalización a partir de su finalidad limitativa de la "erosión de bases imponibles", esto es, su carácter de norma protectora de la base imponible nacional. [21] La Comisión añadió un argumento adicional tendente a apuntalar la justificación de la norma alemana; a este respecto, puso de relieve cómo la norma en cuestión no se aplica automáticamente a toda operación de préstamo de una filial alemana con matrices residentes de otros Estados miembros, sino que se excluye la aplicación de la cláusula antiabuso allí donde no se hubiera superado un determinado ratio de endeudamiento (umbral de endeudamiento considerado como excesivo por el legislador alemán) o bien donde mediando endeudamiento excesivo la filial probara que podría haber obtenido el préstamo de un tercero independiente (no vinculado) en condiciones similares al que obtuvo de una entidad vinculada. No obstante, la propia Comisión reconoce que como consecuencia de la aplicación de la norma antisubcapitalización resulta un riesgo de doble imposición (económica) derivado de la calificación asimétrica de la renta (como dividendos encubiertos en la base imponible de la sociedad filial alemana y como intereses en la base imponible de la matriz prestamista no residente de acuerdo con la legislación fiscal de su Estado de residencia); [22] la Comisión considera que el principio de proporcionalidad requiere que los dos Estados miembros implicados en la operación alcancen un acuerdo que elimine tal doble imposición.

El Tribunal de Justicia rechazó con rotundidad esta línea argumentativa en coherencia con su jurisprudencia precedente. El TJCE acudió a la doctrina de las sentencias *Daily Mail,* (C-81/87), *ICI* (-C-246/96), *Metallgesellschaft* (C-397/98 y C-410/98), *Verkooijen* (C-35/98) y *Saint-Gobain* (C-307/97) con arreglo a la cual la reducción de renta imponible o las pérdidas recaudatorias no constituye una razón imperiosa de interés general que pueda justificar una medida nacional que en principio resulta contraria a una libertad fundamental. La protección de la "integridad de la base imponible" también fue rechazada de forma contundente por el TJCE en los casos *Danner* (C-136/00) y *X e Y II*

[21] En el mismo sentido, vid. SANZ GADEA: "La subcapitalización". *RCT,* nº206, 2000.

[22] Vid. CALDERÓN CARRERO: "Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad con los convenios de doble imposición y el Derecho comunitario". *Crónica Tributaria,* nº76, 1995.

(C-436/00). Téngase, a su vez, en cuenta que en los últimos tiempos la entrada en vigor de la Directiva 2001/44/CE del Consejo (transpuesta al ordenamiento español por el RD.704/2002, de 19 de julio) sobre asistencia mutua en la recaudación tributaria (comprendiendo, entre otros, los impuestos directos sobre la renta y el patrimonio y los intereses y sancionales administrativas correspondientes) ha debilitado todavía más cualquier justificación que se mueva en esta línea argumentativa. [23]

Acto seguido el TJCE se refirió a la justificación basada en el "riesgo de evasión fiscal". El Tribunal de Justicia se limitó a negar que la norma interna alemana pudiera fundamentarse en tal causa de justificación; según el TJCE, no puede admitirse que la norma alemana antisubcapitalización tenga como fin específico evitar o impedir que se beneficiaran de una determinada "ventaja fiscal" operaciones totalmente artificiales concebidas para eludir la aplicación de la legislación fiscal alemana, sino que contempla y se aplica sobre cualquier situación en la que la sociedad matriz tenga, sea cual fuere el motivo, su domicilio fuera de Alemania. Tal situación, a juicio del TJCE, no implica, en sí misma, un riesgo de evasión fiscal, ya que la sociedad en cuestión estará sujeta en todo caso a la legislación fiscal del Estado en el que está establecida (en el mismo sentido véase el caso *ICI,* cit.). De esta forma, el Tribunal de Justicia rechaza la aplicación al caso de la causa de justificación basada en el "riesgo de evasión fiscal", aunque no excluye que tal razón pueda justificar una medida nacional restrictiva o discriminatoria de una libertad fundamental. En el caso de autos el TJCE atendió a los hechos al objeto de determinar si la operación de préstamo tenía carácter puramente artificial (abusiva), lo cual rechazó considerando la finalidad y racionalidad económica de la operación (reducir la carga financiera de la filial resultante de un préstamo bancario) y la situación de la filial prestataria (pérdidas acumuladas durante los años anteriores y posteriores a la concesión del préstamo por su matriz). Este análisis de los hechos del caso (de la racionalidad económica de la operación concreta objeto de la cuestión prejudicial) fue empleado por el TJCE para poner de manifiesto los problemas de configuración de la norma alemana, esto es, su carácter indiscriminado afectando a situaciones no abusivas y, por tanto, no logrando poseer como objetivo específico la prevención de la evasión fiscal; ahora bien, tal análisis también contribuye a clarificar el concepto de operación totalmente abusiva o artificiosa con el que opera el TJCE a efectos de enjuiciar si una norma nacional está configurada de tal forma que su fin específico es la prevención de la evasión fiscal y, por tanto, puede estar justificada en la razón imperiosa de interés general basada en el "riesgo de evasión fiscal". En este sentido, consideramos que el factor principal que emplea el TJCE a la

[23] Vid. AIRS: "ECJ case has serious implication for EU Thin Cap rules", *Tax Notes International*, vol.28, nº1, 2002, pp.19-20; y BAKER: "Changing the norm on Cross-border enforcement of tax debts". *Intertax*, vol.30, 2002, pp. 216-218.

hora de verificar si la norma interna en cuestión puede ampararse en esta causa de justificación (riesgo de evasión fiscal) no es fáctico (los hechos de la operación concreta enjuiciada) sino jurídico-normativo, esto es, la propia configuración jurídica y, muy particularmente, el ámbito objetivo, el tipo de operaciones sobre las que se proyecta y cuál es el factor determinante para que la norma antiabuso se proyecte sobre un tipo operación u otra; en este sentido, considera que las normas antievasión fiscal de alcance general que puedan afectar indiscriminadamente a operaciones de buena fe y a operaciones artificiales o abusivas pueden resultar incompatibles con el Derecho comunitario cuando tal norma nacional obstaculiza directa o indirectamente libertades comunitarias fundamentales; las normas nacionales antiabuso así configuradas no se encuentran justificadas en la causa de prevención del riesgo de evasión fiscal porque no puede considerarse que "la prevención de las operaciones artificiales o abusivas constituya su fin específico" (apartado 37 de la sentencia *Lankhorst-Hohorst*).

Tal configuración contraria al Derecho comunitaria se aprecia especialmente en todas aquellas normas antiabuso nacionales que pivotan principalmente sobre presunciones de evasión fiscal por razón de la residencia en el extranjero de una de las partes de la operación; el TJCE afirmó que la percepción de renta por una sociedad matriz residente en otro Estado miembro no puede considerarse en sí misma una situación objetivamente elusiva o una situación de riesgo de evasión fiscal dado que "la sociedad en cuestión estará *sujeta*, de todo modos a la legislación *fiscal* del Estado de establecimiento" (apartado 37 de *Lankhorst,* y apartado 26 de *ICI*); incluso el hecho de que esta sociedad matriz esté sometida a una carga fiscal menor que la otra persona parte de la operación transfronteriza tampoco es considerada por el TJCE una causa justificadora de restricciones fiscales (*Eurowings,* c-294/97, apartados43 y 44; y *Danner,* C-136/00, apartado 56). Con este último razonamiento de alguna forma el Tribunal de Justicia se muestra contrario a limitar la competencia fiscal entre Estados miembros por la vía de legitimar normas fiscales nacionales (antiabuso o no) que pretendan, directa o indirectamente, restringir tal competencia limitando el ejercicio de las libertades fundamentales que consagra el Tratado; el mercado interior de alguna forma presupone o lleva implícito el principio de competencia (fiscal) entre Estados miembros (este dato se manifiesta claramente en la STJCE *X e Y II,* comentada más abajo, que traslada al ámbito tributario la jurisprudencia *Centros*, basada sobre el modelo de competencia entre ordenamientos) al garantizarse a los operadores económicos el disfrute de las distintas libertades fundamentales que consagra el TCE, de suerte que los límites al ejercicio de las mismas vendrán dados, en su caso, por el ejercicio abusivo de los derechos que otorga el Derecho comunitario o por otras disposiciones del Tratado (régimen de ayudas de Estado).

A su vez, el razonamiento y afirmaciones realizadas por el TJCE en *Lanhorst-Hohorst* resulta, a nuestro juicio, muy re-

levante si se conecta con la jurisprudencia precedente. Es cierto que, como ya hemos destacado, el TJCE ha rechazado que los riesgos de pérdidas recaudatorias pueden justificar restricciones a las libertades fundamentales; no obstante, en ocasiones, aunque no siempre, ha permitido configurar a la legislación antiabuso como un criterio delimitador de las libertades fundamentales; en este sentido, el "riesgo de evasión fiscal" ha venido siendo rechazado por el TJCE para justificar este tipo de restricciones (véanse, por ejemplo, los casos *Comisión/Francia,* C-270/83, e *ICI,* C-264/96, pero no lo es menos que la "eficacia de los controles fiscales" viene siendo considerada como una razón imperiosa de interés general que, en determinadas condiciones (proporcionalidad), puede justificar una medida nacional restrictiva de libertades fundamentales (*Cassis de Dijon,* C-120/79, y *Futura Participations,* C-250/95); la línea divisoria entre lo que el TJCE califica como medida antievasión fiscal y medida necesaria para garantizar la eficacia del control fiscal no es clara, [24] y de hecho el propio TJCE ha reconocido que en ocasiones ambas finalidades se confunden (caso *X e Y II,* C-436/00); no obstante, parece que el TJCE tiende a considerar que una medida persigue evitar la evasión fiscal cuando tiene como finalidad denegar la aplicación de una ventaja fiscal a los montajes puramente artificiales, esto es, eludir la tributación efectiva, en tanto que considera que una norma tiene como fin el control fiscal cuando persigue que el tributo pueda efectivamente aplicarse (apartado 60 del caso *X e Y II,* C-436/00, y apartados 43 y 44 del caso *Lankhorst-Hohorst,* C-324/00; vid., en el ámbito de la imposición indirecta, el Asunto C-41/99, *Cura Anlagen*, [2002], donde, por primera vez en nuestro conocimiento una medida nacional pasa el rígido test para ser considerada como un "mandatory requirement"); las normas tendentes a evitar la defraudación fiscal, por tanto, podrían estar justificadas en la eficacia del control fiscal.

A pesar de que el TJCE viene admitiendo estas dos razones (riesgo de evasión y eficacia de los controles fiscales) como posibles causas de justificación de medidas nacionales restrictivas de libertades fundamentales, lo cierto es que en la práctica resulta díficil encontrar casos donde hayan operado con tal alcance justificador (vid., no obstante, en el ámbito de la imposición indirecta, el Asunto C-41/99, *Cura Anlagen*, [2002], aún no publicado en la Recopilación). Allí donde el TJCE admite que la norma nacional posea tal fundamento –lo cual no acontece en el caso *Lankhorst-Hohorst*– el TJCE sólo considerará que tal medida nacional restrictiva de una libertad fundamental resulta justificada y, por ello, compatible con el TCE cuando no sea posible alcanzar los objetivos legítimos de asegurar la eficacia de los controles fiscales o evitar la evasión fiscal por medios menos restrictivos de los que

[24] Vid.: CAAMAÑO/CALDERÓN: "La contabilidad, el establecimiento permanente y el Derecho comunitario". *Quincena Fiscal*, nº18, 1998, pp. 30 y ss.

tal medida nacional articula. El TJCE viene manteniendo una posición muy estricta a la hora de apreciar la existencia de tal necesariedad y proporcionalidad de la norma antievasión fiscal o antifraude. [25] Así, por ejemplo, una norma nacional de subcapitalización no discriminatoria que pivotara únicamente sobre el método del ratio de endeudamiento sin permitir prueba en contrario del contribuyente respecto del carácter *arm´s length* de su financiación ajena probablemente fuera considerada desproporcionada y, por tanto, contraria al Derecho comunitario.

En suma, la decisión del TJCE en el caso *Lankhorst-Hohorst* declarando la incompatibilidad de la norma alemana antisubcapitalización con la libertad de establecimiento no resulta en modo alguno sorprendente; de hecho, algunos comentaristas alemanes ya habían vaticinado tal incompatibilidad. Lo más relevante de esta jurisprudencia es que clarifica el acercamiento o posición del TJCE frente a las cláusulas antiabuso (evasión y fraude fiscal). Téngase en cuenta que esta jurisprudencia resulta igualmente aplicable respecto de otras libertades como la libre de circulación de capitales, la cual, como se sabe, se refiere no sólo a la circulación de capitales y pago entre los Estados miembros de la UE sin también a los pagos e inversiones ralizados entre éstos y terceros Estados; [26] del mismo modo, deben tenerse en cuenta los tratados o acuerdos europeos económicos con terceros países (v.gr., los que median con Islandia, Liechestein y Noruega) e incluso algunos acuerdos de asociación (como el que media con Turquía o Suiza) en la medida en que suelen contener cláusulas de no discriminación similares a la recogida en el art.43 CE. [27] Con respecto a la proyección de esta jurisprudencia sobre la norma antisubcapitalización prevista en el ordenamiento español (art.20 LIS) parece evidente que tras la sentencia *Lankhorst-Hohorst* tal cláusula resulta incompatible con el Derecho comunitario; [28] a este respecto, no puede menos que señalarse el mayor rigor que posee la norma española en comparación con la alemana, dado que la norma española, además de tener carácter discri-

[25] Véanse los casos *Futura Participations* e *ICI*, cit., y los comentarios en CAAMAÑO/MARTÍN/CALDERÓN: *Jurisprudencia Tributaria del TJCE*, 1996-1999, vol.2. La Ley, Madrid, 2000.

[26] MARTÍN/CALDERÓN: *Imposición directa y no discriminación comunitaria.* Edersa, Madrid, 2000, p.171.

[27] Vid. AIRS: "ECJ case has serious implication for EU Thin Cap rules". *Tax Notes International*, vol.28, nº1, 2002, pp.19-20; y Craig et alter, "ECJ renders wide-reaching decision on German Thincapitalization rules", *Tax Notes International*, vol.28, nº12, 2002, pp.1165-1166.

[28] Tal circunstancia ya había sido avanzada por varios comentaristas como PALAO: "Limites a la aplicación de la norma española contra la subcapitalización: estado de la cuestión". *RTT*, nº46, 1999, CORDÓN/LOUSA: "Subcapitalización: tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación" en *Manual de Fiscalidad Internacional.* IEF, Madrid, 2001, CALDERÓN CARRERO: "Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación", op cit. pp.3 y ss., y CALDERÓN: "Review of Spain´s Thincapitalization provisions". *Tax Notes International*, vol.26, nº5, 2002, pp.633 y ss., y VEGA BORREGO: "La norma tributaria en materia de subcapitalización". *Crónica Tributaria*, nº104, 2002, aunque había sido considerada compatible con el TCE por el TEAR de Madrid, en resolución de 22 de julio de 1997 (*RCT* nº179/98), con argumentos más que cuestionables.

minatorio, no permite al contribuyente afectado probar que su endeudamiento se ajusta al principio de plena concurrencia. Tal circunstancia no resulta en modo alguno desprovista de relevancia toda vez que podría ser determinante de la falta de proporcionalidad de la norma (en el caso de que la norma española antisubcapitalización fuera considerada una medida justificada). A nuestro juicio, por tanto, la compatibilidad de la norma española antisubcapitalización pasa por una reforma que elimine su carácter discriminatorio y su falta de proporcionalidad. [29]

Otra cuestión de gran interés que debe cuando menos mencionarse resulta de las conclusiones del A.G.Mischo (apartados 100 y ss.) al caso *Lankhorst-Hohorst* donde razona la aplicabilidad de la Directiva 90/435/CEE de sociedades matrices y filiales a los repartos de dividendos encubiertos consecuencia de la aplicación de una norma interna de subcapitalización; esta cuestión no fue abordada, sin embargo, por el TJCE en la sentencia, aunque sí existen estudios doctrinales al respecto. [30] Por último, también resulta curioso destacar cómo el sentido o resultado final de la doctrina del TJCE en relación con las normas nacionales antisubcapitalización resulta a grandes rasgos coincidentes con la elaborada por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE en aplicación de la cláusula de no discriminación del artículo 24 del MC OCDE (vid. OCDE 1986). No obstante, el razonamiento empleado para llegar a tal resultado presenta grandes diferencias. Basta contrastar cómo la OCDE aplica la cláusula del art.24.4 MC OCDE 2000 (y no la del art.24.5) y al mismo tiempo emplea el principio de plena concurrencia para configurar todo el régimen de la normativa antisubcapitalización; por el contrario, el TJCE opera con parámetros muy distintos a la hora de delimitar la incidencia del Derecho Comunitario sobre este tipo de normas nacionales; en particular, la doctrina de la OCDE determina la existencia de un endeudamiento excesivo (abusivo) a partir del principio de plena concurrencia, mientras que el TJCE opera con un parámetro distinto a la hora de examinar si una norma de subcapitalización está justificada en el riesgo de evasión fiscal.

b) Frente al Estado de residencia:

En la introducción a esta sección comentamos que, por efecto de la jurisprudencia del TJCE, la libertad de establecimiento del TCE resulta invocable no sólo frente al Estado en el que se realiza una determinada inversión, sino también frente a aquel Estado de nacionalidad de una persona física o jurídica, cuando existe al-

[29] Vid: CALDERÓN CARRERO: "Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación", op cit. pp.3 y ss., y CALDERÓN: "Review of Spain´s Thincapitalization provisions". *Tax Notes International*, vol.26, nº5, 2002, pp.633 y ss., y Martin/Calderón, *Imposición directa y no discriminación comunitaria*, op. Cit. Pp.213 y ss.

[30] Vid, por ejemplo, CALDERÓN CARRERO: "Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación", op cit. pp.3 y ss., y CALDERÓN: "Review of Spain´s Thincapitalization provisions". *Tax Notes International*, vol.26, nº5, 2002, pp.633 y ss.

gún elemento transnacional (v.gr. una inversión en otro Estado miembro). Precisamente, la extensión de los efectos del art. 43, antiguo art. 52, TCE a este tipo de situaciones se produjo originariamente en una decisión en materia tributaria, la sentencia *Daily Mail,* Asunto 81/87, Rec. 1988, p. I-5483, aunque, como veremos, tal decisión resultara contraria a los intereses del contribuyente.

En *Daily Mail*, la sociedad inglesa Daily Mail and General Trust plc pretendía trasladar su sede a Holanda por razones fiscales. El propósito del traslado de la sede era vender parte de sus activos (que tenían importantes plusvalías latentes) y utilizar las ganancias para comprar acciones propias, todo ello sin pagar impuestos en el Reino Unido (la operación tampoco daba lugar a ningún pago en Holanda ya que en el momento de abrir su sede holandesa, los activos serían incluidos en los libros contables por su valor de mercado). No obstante, la legislación del Reino Unido exigía que la Administración tributaria británica diese su consentimiento a la operación propuesta por Daily Mail. La Administración británica estaba preparada para dar su consentimiento, pero, obviamente, antes de que Daily Mail "emigrara" a Holanda, le exigía el pago del impuesto sobre sociedades correspondiente a las plusvalías latentes en sus activos. *Daily Mail* alegó que el Derecho comunitario —art. 43 y 48, antiguos 52 y 58, TCE— le permitía trasladar su sede a Holanda y realizar la operación propuesta, y que, en consecuencia, la necesidad de que la Administración tributaria del Reino Unido consintiera la operación era incompatible con los artículos citados del TCE.

Curiosamente, el TJCE no respondió al tribunal inglés que le planteó la cuestión prejudicial en *Daily Mail* acerca de si el consentimiento de la Administración tributaria británica era contrario a los art. 43 y 48, antiguos art. 52 y 58, TCE. El TJCE basó su sentencia en fundamentos de Derecho societario, eludiendo las cuestiones fiscales. Según el TJCE, las sociedades existen porque el Derecho nacional les reconoce personalidad, como el Derecho nacional en esta materia (sociedades) no ha sido armonizado, el TJCE mantuvo que la transferencia de la sede principal de una sociedad no se encuentra cubierta por los art. 43 y 48, art. 52 y 58, TCE. Con ello el TJCE escamoteó la cuestión tributaria planteada en el caso. Si el TJCE quería proteger el interés fiscal de los Estados miembros, probablemente, hubiera sido más correcta una decisión en la que el TJCE simplemente se limitara a indicar, como hizo el Abogado General Darmon en su opinión, que el Derecho comunitario no impide a un Estado miembro exigir a un contribuyente que pague los impuestos correspondientes a los activos con plusvalías latentes, antes de perder toda conexión con su territorio. Probablemente, en su decisión el TJCE estaba preocupado por no abrir la puerta a migraciones de sociedades interesadas (no sólo por razones fiscales, sino también por motivos estrictos de Derecho societario: v.gr. migración a países donde sea menor la protección de los intereses de los trabajadores, los accionistas minoritarios, etc.) mediante el recono-

cimiento del Derecho a transferir la sede central de una sociedad. Sin embargo, ni el Tribunal inglés ni *Daily Mail* estaban preocupados por los aspectos mercantiles del caso, por lo que el TJCE hubiera hecho bien en mantener, como lo hizo el Abogado General, la congruencia necesaria entre la cuestión planteada y la respuesta que debía dar. [31]

En cualquier caso, y al margen de la decisión, tras *Daily Mail* queda claro que el contribuyente también puede invocar las libertades comunitarias contra su Estado de nacionalidad y no sólo contra el Estado donde se realiza la inversión concreta o contra el Estado en el que es residente pero no nacional. Y, en este sentido, la sentencia *Imperial Chemical Industries* (Asunto C-264/96/, Rec. 1998, p. I-4695) supone la confirmación de la jurisprudencia vertida en *Daily Mail*, aunque, en esta ocasión, la decisión fue favorable al contribuyente.

Imperial Chemical Industries (en adelante «ICI») es una sociedad con domicilio social en el Reino Unido que forma con Wellcome Foundation Ltd («Wellcome»), también con domicilio social en el mismo Estado, un consorcio a través del cual ICI es propietaria de un 49 por 100 de la sociedad Coopers Animal Health (Holdings) Ltd. («Holdings») y Wellcome de un 51 por 100. Holdings es una sociedad de tenencia de acciones en sociedades filiales domiciliadas tanto en el Reino Unido como en el extranjero (dentro y fuera de la Comunidad). En concreto, sólo cuatro filiales de Holdings tienen su domicilio social en el Reino Unido, entre ellas Cooppers Animal Health Ltd. («CAH»). Las actividades de esta última sociedad registraron pérdidas en los ejercicios 1985, 1986 y 1987. Sobre la base de los art. 258 a 264 de la Income and Corporation Taxes Act de 1970, ICI solicitó la compensación de las pérdidas registradas por CAH con sus propios beneficios en proporción a su participación en Holdings (49 por 100). La legislación británica en materia de Impuesto sobre Sociedades permite la cesión de pérdidas a otras sociedades del mismo grupo siempre y cuando se den determinadas condiciones. Entre estas condiciones, no se permite la cesión de pérdidas cuando existan dentro del grupo sociedades domiciliadas fuera del Reino Unido. La Administración tributaria británica denegó la compensación de pérdidas solicitada por ICI con el fundamento de que la legislación en materia del Impuesto sobre Sociedades no le permitía realizar la compensación pues aunque Holdings es una sociedad de tenencia de acciones que, en principio, reune las condiciones para que la compensación pueda aplicarse, la legislación en materia de Impuesto sobre Sociedades impide la aplicación de la compensación dado que la mayoría de las filiales de Holdings son sociedades con domicilio social fuera del Reino Unido. ICI alegó que la legisla-

[31] Sobre las críticas a *Daily Mail*, vid. MARTÍN JIMÉNEZ: *Towards Corporate Tax Harmonization...*, op. Cit. p. 273-274 y la bibliografía allí citada.

ción británica controvertida podía resultar contraria a las normas en materia de libertad de establecimiento de los art. 43 y 48, antiguos 52 y 58, TCE y recurrió la decisión de las autoridades tributarias del Reino Unido hasta que la House of Lords británica planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE.

El TJCE constató que la normativa controvertida emplea el criterio del domicilio social de las filiales de una sociedad holding situada en el Reino Unido para realizar un tratamiento diferenciado. Procede, por tanto, verificar si ese tratamiento desigual resulta justificado. El Gobierno del Reino Unido había alegado que el beneficio de la cesión de pérdidas no se concedía cuando la sociedad holding tenía participaciones en filiales situadas en el extranjero para reducir el riesgo de evasión fiscal. Sin embargo, el TJCE señaló que la justificación alegada no resultaba pertinente pues la normativa en cuestión se aplica tanto si existe fraude como si no. Tampoco aceptó el TJCE la segunda alegación del Reino Unido en defensa de su legislación. Este último argumentó que la extensión de la compensación de pérdidas sufridas por filiales residentes en el Reino Unido a sociedades holding que participan en filiales no residentes puede resultar en una pérdida de ingresos fiscales derivada del hecho de que el Reino Unido no puede someter a gravamen los beneficios de las filiales. El TJCE simplemente se limitó a comentar que una causa de justificación como la alegada no figura entre las mencionadas en el art. 46, antiguo art. 56, TCE y no puede considerarse una razón imperiosa de interés general que pueda ser invocada para justificar una desigualdad de trato en principio incompatible con el art. 43, antiguo art. 52, TCE. Ni siquiera entendió el TJCE que la regla de la coherencia de un régimen tributario de la sentencia *Bachmann* pudiera resultar de aplicación en este caso pues no existe ninguna relación directa entre la compensación de pérdidas sufridas por una filial domiciliada en el Reino Unido de la sociedad de consorcio y la tributación de los beneficios de las filiales situadas fuera del Reino Unido. Por último, el TJCE aclaró que el Derecho comunitario no se opone a que la compensación de pérdidas no resulte permitida en el supuesto de una sociedad holding con filiales nacionales y filiales en Estados no comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

El caso *ICI* añade dos importantes reglas a la jurisprudencia precedente; por un lado, el TJCE establece que las medidas fiscales del Estado de origen o residencia de una entidad (sociedad matriz) que puedan restringir, directa o indirectamente, el establecimiento de esta entidad en otro Estado miembro a través de filiales de segundo grado resultan, en principio, contrarias al ordenamiento comunitario. Junto a esta regla material la sentencia *ICI* revela el actual acercamiento del TJCE en torno a las causas de justificación de medidas fiscales restrictivas de libertades fundamentales. En concreto, de esta sentencia y otras posteriores se deduce que el "control fiscal efectivo" o la prevención del fraude y la evasión fiscal no constituyen causas que justifiquen en todo caso medidas naciona-

les que restrinjan las libertades fundamentales del TCE. Antes al contrario, el TJCE parece inclinarse por la "maximización" de las libertades comunitarias y la realización del mercado interior.[32] Lo cual no significa, desde luego, que el TJCE esté dispuesto a permitir el empleo del Derecho comunitario para eludir normas nacionales, como demuestra la sentencia *Daily Mail*, comentada más arriba, o el reconocimiento constante que la jurisprudencia del TJCE hace sobre aplicación de la doctrina del abuso de derechos en el ámbito comunitario (Asunto C-436/00, *X e Y ("X e Y II")*, Rec. 2002, aún no publicado en la Recopilación, párra. 42, con cita a la STJCE *Centros*, Asunto C-212/97, Rec. 1999, p. I-1459, en materia esta última de Derecho societario) o la configuración de los "controles fiscales" o "la prevención del riesgo de fraude y evasión fiscal" como razones imperiosas de interés general que justifican la excepción a las libertades fundamentales (aunque hasta el momento los Estados miembros no hayan tenido mucho éxito en la invocación de esta causa, vid., por ejemplo, las STJCE *Lankhorst*, comentada más arriba, y la STJCE *X e Y II*, comentada más abajo en este epígrafe, y la única sentencia donde se ha atribuido relevancia una causa de justificación de normas restrictivas, en este caso "la eficacia de los controles fiscales" se haya producido en el marco de los impuestos sobre la circulación de automóviles, vid Asunto C-451/99, *Cura Anlagen* [2002] aún no publicada en la Recopilación. Es decir, el TJCE acepta, con ciertos matices, la protección del "interés fiscal" de los Estados miembros al aceptar que medidas nacionales que pretenden garantizar la tributación efectiva y la eficacia del control de dicha tributación generen obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, siempre que tales medidas cumplan determinados requisitos. Así, la protección del deber de contribuir puede articularse a través de las medidas nacionales que persigan evitar el fraude y la evasión fiscal (garantizar la tributación efectiva) o cuyo fin sea el control fiscal (supervisión o comprobación de la tributación efectiva) (ver casos *Lankhorst* y *X e Y II*), siempre que tales medidas se ajusten a los cánones impuestos por el Derecho comunitario. Ahora bien, medidas nacionales cuya configuración restrictiva o discriminatoria se fundamente principalmente en evitar una disminución de ingresos fiscales resultan totalmente contrarias al Derecho comunitario; tal finalidad de evitar meras pérdidas recaudatorias concurre allí donde se deniega una ventaja fiscal respecto de operaciones transfronterizas atendiendo principalmente a su impacto presupuestario, esto es, a que genera una pérdida recaudatoria que tal Estado no desea asumir (casos *ICI, De Groot y Saint-Gobain*); pero tal finalidad no concurre allí donde la medida nacional tiene como finalidad evitar o prevenir las pérdidas de ingresos fiscales derivadas de los casos de fraude y la evasión fiscal frente a

[32] Vid. CAAMAÑO/CALDERÓN: "La erosión de las medidas de control fiscal del Estado residencia: una reflexión al hilo de la jurisprudencia comunitaria en el caso ICI". *Revista de Contabilidad y Tributación (RCT)*, Junio 2000, pp. 25 y ss.

los que se erige tal norma. Las medidas nacionales que protejan derechos impositivos legítimos de los Estados (como, por ejemplo, los resultantes de la aplicación del principio de territorialidad) también resultan admisibles, incluso cuando son discriminatorias, si son proporcionales a tal fin (casos *X e Y II, Lankhorst*, y *Futura Participations*). El interés fiscal de los Estados también puede protegerse a través de medidas nacionales cuya finalidad principal sea preservar la coherencia de un régimen fiscal; no obstante, tal causa de justificación es entendida de forma muy estricta por el TJCE, incluso allí donde media un CDI. [33] La prueba de que una medida nacional está amparada por estas causas de justificación recae sobre las autoridades de los Estados miembros, los cuales deben demostrar que la finalidad principal de la norma nacional (restrictiva o discriminatoria) resulta admisible desde una perspectiva comunitaria.

La jurisprudencia *ICI* y *Daily Mail* se reafirmó en la sentencia *X AB e Y AB* (Asunto C-200/98, Rec. 1999, I-8261). Según la legislación sueca en materia de imposición sobre las sociedades, cuando una sociedad sueca posee más de nueve décimas partes de las acciones de otra sociedad sueca, ya sea directamente o indirectamente a través de otras filiales suecas, las transferencias internas del grupo efectuadas por la primera sociedad a favor de la segunda se considerarán gastos deducibles para aquella sociedad que realiza la transferencia e ingresos imponibles para su destinataria; sin embargo, esta norma no se aplicaba cuando el porcentaje de control sobre la filial sueca se alcanzaba de forma indirecta a través de dos filiales de la matriz sueca situadas en otros dos Estados miembros de la CE que esta última controla en su totalidad. El TJCE concluyó, siguiendo su jurisprudencia en *Daily Mail* e *ICI*, que la legislación sueca en cuestión daba lugar a una restricción en materia de libertad de establecimiento prohibida por el art. 43, antiguo art. 52, TCE.

Por otra parte, la STJCE *AMID* (Asunto C-141/99, Rec. 2000, I-11619) es especialmente interesante desde la óptica del Derecho tributario internacional en sentido estricto. AMID NV es una sociedad con domicilio fiscal en Bélgica que posee un establecimiento permanente en Luxemburgo. Con arreglo al Convenio de Doble Imposición (CDI) entre Bélgica y Luxemburgo, los beneficios del establecimiento permanente situado en Luxemburgo se encuentran exentos en Bélgica. En el ejercicio contable de 1981, AMID sufrió pérdidas en Bélgica de 2.126.926 francos belgas y el establecimiento permanente en Luxemburgo obtuvo ganancias de 3.541.118 francos luxemburgueses. En su declaración del Impuesto sobre Sociedades de 1982, AMID dedujo sus pérdidas belgas de 1981 de sus beneficios belgas de 1982. La Administración belga rechazó dicha deducción pues, de conformidad con la legislación belga, las pérdidas del año 1981 sólo

[33] Vid. Supra lo expuesto al hilo del caso *Saint-Gobain.*

podían compensarse con los beneficios exentos de fuente luxemburguesa. AMID recurrió la liquidación realizada por la Administración belga con el argumento de que las disposiciones internas que imponían la compensación de las pérdidas nacionales con los beneficios belgas exentos eran contrarias al CDI entre Bélgica y Luxemburgo y que, además, ponían en una situación menos favorable a las sociedades con sucursales en el extranjero con respecto a las sociedades con sucursales sólo en Bélgica. El tribunal belga encargado de conocer el litigio consideró que la liquidación se ajustaba al CDI (en realidad, la compatibilidad de las disposiciones ahora controvertidas con los CDIs había sido declarada por el Tribunal Supremo belga en la controvertida sentencia *Velásquez* en 1984 y el órgano jurisdiccional ad hoc simplemente siguió esta doctrina, [34] pero entendió que la legislación belga podría vulnerar las disposiciones del TCE relativas a la libertad de establecimiento (art. 43, antiguo art. 52, TCE), por lo que se dirigió al TJCE planteando la correspondiente cuestión prejudicial.

Con carácter preliminar, el TJCE indicó que, a pesar de que la Comisión ponía en duda que las disposiciones belgas aplicadas en el litigio fueran compatibles con el CDI Bélgica-Luxemburgo, no procedía pronunciarse sobre este extremo, habida cuenta de que el órgano jurisdiccional remitente no había planteado cuestión alguna sobre este particular y que, de cualquier forma, en el contexto de las cuestiones prejudiciales, el TJCE no es competente para pronunciarse sobre la interpretación de disposiciones que no sean de Derecho comunitario. Entrando en el fondo del asunto, el TJCE recordó su ya consolidada jurisprudencia en el sentido de que, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben ejercer dicha competencia respetando los límites impuestos por el Derecho comunitario. A continuación el TJCE precisó cuál es la eficacia del art. 43, antiguo art. 52, TCE en relación con el art. 48, antiguo art. 58, TCE: estos preceptos reconocen a las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro, que tengan su domicilio estatutario, administración central o su centro de actividad en el interior de la Comunidad, el derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro por medio de una sucursal o agencia asegurando el trato nacional en el Estado de acogida, se oponen igualmente a que el Estado de origen de la sociedad obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación (vid. las SsTJCE *Daily Mail* y *X e Y*, más arriba comentadas).

[34] Vid. al respecto HINNECKENS: "AMID: the worng bridge or a bridge too far?". *European Taxation*, vol.41, 2001, p. 206; y DASSESSE: "The ECJ´s decision in AMID and its implications for Belgian companies". *BIFD*, vol.55, 2001, p. 254.

Por ello, procedía examinar si la legislación belga controvertida puede restringir el derecho de establecimiento en otros Estados miembros para las sociedades belgas. El TJCE observó que las limitaciones que la legislación belga impone y relativas a la compensación de los beneficios extranjeros exentos con las pérdidas sufridas en Bélgica no son sufridas por las sociedades belgas cuyos establecimientos se encuentran en el mismo Estado donde tienen su domicilio social. Por consiguiente, declaró el TJCE, la normativa belga trata de forma diferenciada a las sociedades belgas con establecimientos sólo en Bélgica y a las sociedades belgas con establecimientos en el extranjero.

El TJCE no aceptó ninguno de los razonamientos que el Gobierno belga había dado para justificar su legislación interna. En primer lugar, el Gobierno belga señaló que, si bien es cierto que en el caso concreto planteado las sociedades con un establecimiento permanente en el extranjero podrían estar perjudicadas, en otros casos estas sociedades resultaban beneficiadas con respecto a las sociedades que sólo realizan sus operaciones en Bélgica (éste era el caso en el que el establecimiento permanente en el extranjero realizara pérdidas y la sede central en Bélgica obtuviera ganancias). El TJCE rechazó esta argumentación aplicando su jurisprudencia *Avoir fiscal* (más arriba comentada): el hecho de que se concedan algunas ventajas en otras situaciones no elimina el perjuicio que se produce en el supuesto de hecho considerado, en el que se vulnera la libertad de establecimiento.

En segundo lugar, el Gobierno belga había alegado en defensa de su legislación que las empresas belgas que tienen un establecimiento permanente en el extranjero no se encuentran en igualdad de condiciones que las empresas belgas que sólo operan en Bélgica, pues, para estas últimas, el conjunto de los ingresos se calcula de manera global y se grava con un mismo tipo impositivo, mientras que las primeras pagarán impuestos en relación con el establecimiento permanente en el Estado donde éste está ubicado. En este caso, la aplicación de un régimen diferenciado a sujetos que se encuentran en situaciones dispares no genera una discriminación. El TJCE también rechazó este segundo argumento, sin ofrecer una argumentación que respaldara su decisión. Simplemente, el TJCE afirmó que los dos tipos de empresas se encuentran en una situación comparable y, en la medida que el Gobierno belga no ha justificado la diferencia de tratamiento, ésta es contraria a la libertad de establecimiento. En realidad, el TJCE, en su razonamiento, parece haber dado por buena la asunción del Abogado General Alber para afirmar la comparabilidad de las situaciones: puesto que los beneficios luxemburgueses de la sociedad belga están exentos, en realidad, las pérdidas belgas de una sociedad belga sólo pueden ser compensadas con beneficios obtenidos en Bélgica, y esto es lo que ocurre exactamente con las sociedades belgas que sólo realicen actividades en este país (párra. 34 de la Opinión del Abogado General).

Sin perjuicio de que la sentencia que comentamos pueda conducir a un resulta-

do razonable, es criticable el razonamiento empleado por el TJCE para llegar al fallo. [35] Una vez más, como ya hemos apuntado en otro lugar, [36] el TJCE demuestra su falta de pericia en relación con las cuestiones en materia de impuestos directos. Efectivamente, la comparabilidad que realiza el TJCE entre las sociedades belgas con operaciones sólo en Bélgica y las sociedades del mismo país con operaciones en el extranjero conduce a un resultado absurdo: ¿qué ocurriría si, en lugar de aplicar Bélgica el método de exención hubiese aplicado el método de imputación? Claramente los beneficios extranjeros se podrían consolidar con las pérdidas belgas, aunque, por los efectos de este método, algunas deducciones podrían no ser utilizadas en el ejercicio en el que se produce la consolidación de los beneficios extranjeros con las pérdidas nacionales. Como pone de manifiesto AVERY JONES, [37] en estos casos, la comparación con las sociedades nacionales que operan en un único Estado no tendría sentido, pues, éstas no podrán, en la misma situación, beneficiarse de una deducción para aliviar la doble imposición jurídica. En realidad, el TJCE podría haber obviado las dificultades de su razonamiento mediante el simple recurso al expediente de los art. 43 y 48 (antiguos art. 52 y 58) TCE: ambos artículos imponen que no exista trato diferenciado entre las sucursales y las sociedades y qué duda cabe que la normativa belga daba lugar a una diferencia de trato en el Estado de residencia. Efectivamente, si la sociedad belga quisiera tener derecho a aprovechar plenamente las pérdidas sufridas en Bélgica debía realizar sus operaciones en Luxemburgo a través de una sociedad residente en este Estado y no a través de un establecimiento permanente. Por ello, una vez que el TJCE predica la aplicación de la libertad de establecimiento en el Estado de residencia de la sociedad, la normativa que desde ese Estado distorsione la decisión de establecer una sociedad en otro Estado miembro o un establecimiento permanente vulnera el art. 43 en relación con el art. 48 TCE. [38]

Desde la óptica del Derecho tributario internacional, debe tenerse en cuenta que el MC OCDE 2000 no ofrece una solución uniforme relativa al tratamiento en el Estado de residencia de las pérdidas realizadas por el establecimiento permanente situado en otro Estado (vid. párra. 44 Comentarios al art. 23 MC OCDE), aunque la solución unilateral adoptada por Bélgica y respaldada por su Tribunal Supremo con la doctrina *Velásquez* podría vulnerar los CDIs suscritos por Bélgica que no permi-

[35] Vid.: HINNECKENS: "AMID: the worng bridge or a bridge too far?", op. Cit. Pp.206 y ss.; y AVERY JONES: "A comment on AMID". *European Taxation*, vol.41, 2001, p.251.

[36] MARTÍN JIMÉNEZ: *Towards Corporate Tax Harmonization...*, op. Cit.

[37] AVERY JONES: "A comment on AMID", op. Cit. p.251.

[38] Repárese que, en la decisión comentada, más que la existencia de una discriminación, el TJCE, en realidad, declara la incompatibilidad de la normativa belga con el TCE en atención a que ésta da lugar a una "restricción" prohibida por el TCE, vid. MARTÍN JIMÉNEZ: *Towards Corporate Tax Harmonization...*, op. Cit. pp.210 y ss., 218 y ss.

tieran expresamente la aplicación de la legislación controvertida, pues, efectivamente, podría dar lugar a supuestos de doble imposición. Con todo, del caso *AMID* pueden extraerse relevantes consecuencias de cara a la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición; así, por ejemplo, teniendo en cuenta esta jurisprudencia y la resultante del caso *De Groot*, C-385/00, la exclusión de la aplicación del mecanismo de compensación de pérdidas cuando opera el método de exención respecto de las bases imponibles negativas obtenidas en otro Estado miembro resultaría de dudosa compatibilidad con el Tratado CE. [39]

Por último, es necesario que nos refiramos la importante STJCE de 21 de noviembre de 2002, *X e Y II* (Asunto C-436/00, 2002, aún no publicada en la Recopilación), que no obstante referirse a la imposición de las personas físicas, fija la opinión del TJCE en relación con las normas tributarias internas en materia de abuso/elusión y, por tanto, su doctrina es susceptible de ser trasladada al campo de las sociedades (vid., igualmente, más arriba los comentarios al caso *Lankhorst*). En *X e Y II* se plantea al TJCE, por medio del mecanismo de la cuestión prejudicial, la compatibilidad con la libertad de establecimiento de una norma sueca que impone a los particulares una imposición más gravosa cuando realizan transmisiones, en este caso, de acciones a título lucrativo o por precio inferior al de mercado a favor de sociedades no residentes o sociedades residentes en Suecia pero participadas por sociedades no residentes, a su vez, controladas por el cedente, que en el supuesto en el que la transmisión se efectúa a favor de sociedades suecas controladas por residentes en Suecia de una forma directa.

El TJCE consideró que la diferencia de trato entre los supuestos en los que existía una sociedad extranjera domiciliada en otro Estado comunitario o una sociedad sueca participada por la sociedad extranjera y los casos de cesión de activos a una sociedad sueca controlada por residentes en Suecia podía tener un efecto disuasorio en el ejercicio por el cedente de la libertad de establecimiento por medio de una sociedad que reconoce el art. 43 TCE, siempre y cuando los nacionales suecos tengan una participación en la sociedad extranjera que les confiera una influencia real en las decisiones de la sociedad y les permita determinar las actividades de ésta (vid. las SsTJCE *Baars y Überseering*, más arriba citadas; en caso de inexistencia de tal control, estaríamos en el ámbito de la libre circulación de capitales, vid. los comentarios que realizamos más abajo en el epígrafe correspondiente a esta libertad). El TJCE, a este respecto, señaló que, a pesar de que el tribunal nacional indicó que la operación tenía como único motivo la obtención de ventajas fiscales y que es jurisprudencia reiterada que los órganos juris-

[39] Vid. CALDERÓN CARRERO: "Algunas consideraciones sobre la interrelación entre los Convenios de doble imposición y el Derecho Comunitario Europeo", op. Cit. p.40.

diccionales pueden, en cada caso concreto, basándose en elementos objetivos, tener en cuenta el comportamiento abusivo o fraudulento de las personas afectadas con el fin de denegarles el beneficio de las disposiciones del TCE, cabe tomar en consideración los objetivos perseguidos por las disposiciones comunitarias controvertidas (vid. STJCE *Centros*, Asunto, C-212/97, Rec. I-1459, en especial párra. 25). En este sentido, el TJCE constató que la disposición sueca antiabuso incide en el propio contenido de la norma comunitaria en materia de libertad de establecimiento (la creación de establecimientos secundarios en la Comunidad bajo la forma de sociedades filiales) y, por tanto, no puede constituir por sí sólo un uso abusivo del derecho de establecimiento (STJCE *Centros*, párra. 27).

Tras constatar que la medida sueca en cuestión tenía un efecto restrictivo sobre la libertad de establecimiento, el TJCE pasó a considerar si, de alguna forma, tal medida podía estar justificada por alguna razón imperiosa de interés general, en cuyo caso, sería preciso además que fuera adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no fuera más allá de lo necesario para garantizar dicho objetivo. Como ya había hecho en anteriores ocasiones, el TJCE aclaró que la reducción de ingresos fiscales que podía resultar de la eliminación en Suecia de la norma controvertida no es una razón imperiosa de interés general que pueda ser invocada para justificar una desigualdad de trato incompatible con el art. 43 TCE debido al carácter económico de este objetivo (vid. las SsTJCE *ICI, Metallgesellschaft, Saint-Gobain,* entre otras, todas ellas más arriba estudiadas). La coherencia de un régimen tributario sí que constituye, sin embargo, una razón imperiosa de interés general; sin embargo, el TJCE apuntó que el peculiar entendimiento de esta excepción que viene mostrando en su jurisprudencia reciente no permitía tenerla en cuenta. En efecto, el TJCE observó que el Reino de Suecia había concluido CDIs con otros Estados miembros y que el sistema de los CDIs se fundamenta no en una estricta correlación entre el aplazamiento de la tributación de las plusvalías para un sujeto y su sometimiento a gravamen en una fecha posterior para ese mismo sujeto, sino que se desplaza a la esfera de la reciprocidad de las normas aplicables en los Estados contratantes que el CDI introduce (vid. STJCE *Wielockx*, *Saint-Gobain*, más arriba citadas, o *Danner*, comentada en el epígrafe relativo a la libre prestación de servicios). De conformidad con las normas convencionales (art. 13 MC OCDE), el TJCE observó que los Estados gravan habitualmente todas las plusvalías sobre acciones que obtengan los residentes en su territorio y renuncian a gravar las obtenidas por los residentes del otro Estado contratante con independencia de si ha existido o no un aplazamiento impositivo en la anterior cesión de acciones; y esta es la norma a tener en cuenta para establecer la coherencia del régimen fiscal. El hecho de que el cedente de las acciones pueda evitar completamente la imposición en su país mediante el traslado definitivo de la residencia al extranjero tampoco resulta justificado pues, según el TJCE cabe imaginar

medidas menos restrictivas de la libertad de establecimiento (por ejemplo, la obligación de prestar una fianza o cualquier otra garantía necesaria para asegurarse el pago del impuesto en el caso de traslado definitivo al extranjero).

Más importantes y novedosos, quizás, son los razonamientos del TJCE en relación con la segunda razón imperiosa de interés general alegada en defensa de la legislación sueca, esto es, el riesgo de evasión fiscal y la eficacia de los controles fiscales. A pesar de que se trata de dos razones distintas, el TJCE constató como en este caso se confunden puesto que la norma sueca pretende, al mismo tiempo, garantizar la tributación efectiva de las plusvalías en Suecia y la eficacia en el control de dicha tributación. En este sentido, el TJCE constató que la disposición interna sueca no tiene por objeto denegar la aplicación de una ventaja fiscal a los montajes puramente artificiales cuya finalidad sea eludir la normativa tributaria sueca, sino que se refiere de manera general a cualquier situación en la que, por el motivo que sea, la transmisión a muy bajo precio se realice a favor de una sociedad constituida con arreglo a la legislación de otro Estado miembro en la cual participa el cedente o una filial de dicha sociedad en Suecia. Para el TJCE, una presunción general de fraude o evasión fiscal no puede basarse en el hecho de que la sociedad cesionaria o su matriz esté establecida en otro Estado miembro ni tampoco justificar una medida fiscal que menoscabe el ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el TCE (vid. la STJCE *Comisión/Bélgica,* Asunto C-478/98, Rec. 2000, p. I-7587, párra. 45). En realidad, el argumento decisivo se encuentra en el hecho de que la normativa sueca no cumple las condiciones que el TJCE exige a las razones imperiosas de interés general para que estas últimas puedan erigirse en excepciones al TCE, en concreto, la medida sueca discriminaba entre operaciones internas y las realizadas con algún elemento de extranjería (sociedad de otro Estado comunitario, o sociedad sueca controlada por una sociedad de otro Estado comunitario) y se vulneraba el principio de proporcionalidad, en la medida en que transacciones no fraudulentas o evasivas caen bajo el ámbito de aplicación de la norma. Por estas razones, el TJCE consideró que la norma nacional vulneraba los art. 43 y 48 TCE.

En definitiva, nos encontramos ante una sentencia con una importancia fundamental en materia de cláusulas antiabuso y planificación fiscal. Mediante la traslación de la doctrina *Centros*, vertida en el ámbito societario, al campo estrictamente tributario, el TJCE está consagrando un auténtico derecho del contribuyente a planificar sus operaciones tributarias teniendo en cuenta las diferencias normativas (y de nivel de tributación efectiva) que existen en las legislaciones tributarias de los Estados miembros y explotando las oportunidades que ofrece la red de CDIs firmados entre los mismos. Ahora bien, esto no quiere decir que la evasión y el fraude fiscal estén protegidos por el TJCE. Frente a operaciones de este tipo, el TJCE prevé dos vías de ataque: (1) la aplicación judicial de doctrinas en materia de abuso/fraude del derecho

que delimiten casos de uso impropio de las libertades del TCE (no obstante, a la vista del amplio contenido que el TJCE otorga a estas libertades, el campo de aplicación de esta doctrina se encontrará limitado y, además, su aplicación en sede de tribunales nacionales será susceptible de ser controlado por el TJCE); (2) la legislación nacional que trate de prevenir abusos/fraudes y relativa a la eficacia de los controles fiscales que, como tal, debe cumplir los requisitos propios de las excepciones imperiosas de interés general a las normas del TCE (sobre todo, su carácter de normas no discriminatorias y el principio de proporcionalidad entendido como la inaplicación de la norma a transacciones no fraudulentas o abusivas). Como puede fácilmente intuirse, toda legislación nacional que tenga por objetivo comportamientos fraudulentos o abusivos específicos deberá cumplir con las exigencias derivadas de la STJCE *X e Y II*, lo cual inevitablemente sitúa bajo el punto de mira del Derecho comunitario medidas internas dirigidas fundamentalmente a operaciones internacionales, como son las normas antisubcapitalización (ya examinadas y declaradas contrarias al Derecho comunitario, para el caso de Alemania, en la STJCE *Lankhorst* más arriba comentada, precisamente por vulnerar las libertades fundamentales del TCE), las normas sobre transparencia fiscal internacional, las normas orientadas a prevenir las migraciones fiscales interesadas (ya sea en el ámbito de las personas físicas o jurídicas), las cláusulas de limitación de beneficios incluidas en los CDIs y, en general, cualquier norma que, teniendo una finalidad antiabuso/elusión, restrinja el ejercicio de la libertad de abrir establecimientos secundarios en otros Estados de la Comunidad o recibir prestaciones de servicios o impida la libre circulación capitales entre los Estados de la Unión.

B) LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

1. Alcance general de la libre prestación de servicios

La libre prestación de servicios aparece recogida en los arts. 49 a 55, antiguos arts.59 a 66, del TCE. Esta libertad comporta la eliminación de las restricciones de acceso al sector servicios y la supresión de toda discriminación de trato del prestador comunitario con respecto al nacional de un Estado miembro; tal regla se traduce en la eliminación de cualquier tipo de traba u obstáculo jurídico que en forma de discriminaciones, directas o indirectas, o restricciones encubiertas impidan el libre ejercicio de la actividad de prestación de servicios en otro Estado miembro. Nótese en este sentido que el art.49, antiguo art.59, TCE posee efecto directo (caso *Van Binsbergen*, Asunto 33/74, Rec.1974, p.1299); del mismo modo, debe considerarse que los derechos que se derivan de los arts.49 a 55, antiguos arts.59 a 66, TCE no sólo son oponibles frente al Estado donde se presta el servicio sino también frente al Estado donde está establecido el prestador (caso *Corsica Ferries*, asunto 18/93, Rec.1994, p.1783; y asunto 55/98, *Vestergaard* Rec.1999 I-7641).

El concepto de libre prestación de servicios se encuentra en el art. 50, antiguo art. 60, TCE, aunque el mismo ha sido precisado por la jurisprudencia del TJCE. El Tribunal de Justicia ha forjado una noción de esta libertad extraordinariamente amplia y referida a todo tipo de actividad económica (véanse los casos *Reiseburo*, Asunto 3/95, Rec.1996, p.6511; y *Sacchi*, Asunto 155/73, Rec.1974). El elemento característico de esta libertad lo integra la existencia de una prestación contra remuneración, término que ha sido interpretado de forma amplia abarcando actividades sin fines lucrativos (casos *Debauve,* asunto 52/89, Rec.1980, p.3261*; y Bond van Adventeerders*, Asunto 352/85, Rec.1988, p.2085, Asuntos acumulados C-51/96 y C-191/97, *Deliège*, Rec. 2000 I-2549). Un segundo elemento clave de esta libertad reside en el carácter «transfronterizo» del servicio prestado; este término debe entenderse como excluyente de prestaciones de servicios internas cuyos elementos se acantonan en el interior del territorio de un mismo Estado miembro (casos *Debauve, Bond van Adventeerders*) incluyendo, sin embargo, todas aquellas relaciones que exceden al marco de un Estado miembro, medie o no desplazamiento en el desarrollo de la prestación (casos *Luisi y Carbone*, asunto 286/92, Rec.1982, p.377; y *Cowan*, asunto 186/87, Rec.1989, p.195). En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la libertad de prestación de servicios se reconoce tanto a favor del prestador como del receptor del servicio de que se trate.

Esta libertad encuentra zonas fronterizas con la libertad de establecimiento, aunque el TJCE ha delimitado ambas libertades con arreglo a los siguientes criterios: libertad de establecimiento y libre prestación de servicios se diferencian, por un lado, porque el establecimiento implica una voluntad de permanencia y estabilidad, ausente en la libre prestación de servicios, eminentemente temporal y no estable; por otro lado, la realización efectiva de la libertad de establecimiento implica necesariamente el desplazamiento de personas de un Estado a otro, mientras que la libre prestación de servicios no supone forzosamente y en todo caso ese desplazamiento (caso *Van Binsbergen*, Asunto 33/74, Rec.1974, p.1299); no obstante, en ocasiones el TJCE ha admitido la necesidad de exigencia de tenencia de cierta infraestructura por parte del prestador del servicio en el Estado de acogida atendiendo a la singularidad o especialidad de los servicios prestados (casos *Ramrath*, Asunto 106/91, Rec.1992, y *Gebhard*, Asunto 55/1994, Rec.1995) o cuando constituye una condición indispensable para alcanzar el objetivo de interés general perseguido (*Bachmann*, asunto 204/90, Rec.1992, p. 284).

Para finalizar con este acercamiento general a la libre prestación de servicios debe señalarse que el art.55, antiguo art. 66, TCE de forma análoga a como ocurría con la libre circulación de personas, permite a los Estados miembros aplicar medidas que excepcionen los derechos concedidos por esta libertad por razones de orden público, de seguridad y salud públicas. Estas excepciones, de poca relevancia en el ámbito tributario, deben ser interpretadas,

como acontece en el ámbito de las otras libertades comunitarias, de conformidad con el principio de proporcionalidad. Igualmente, TJCE ha admitido excepciones a la libre prestación de servicios por exigencias imperativas de interés general en una manera y con unas condiciones idénticas a las admitidas en relación con otras libertades, especialmente, la libertad de establecimiento (vid., por ejemplo, los casos *ERT/DEP*, Asunto 280/89, Rec.1991, p.2925; *Sayer*, Asunto 76/90, Rec.1991, p.2085; y *Reiseburo*, asunto 3/95, Rec.1996, p.4165). Estas exigencias imperativas, como ya conocemos, tienen una especial relevancia en el ámbito tributario (recuérdese la regla de la coherencia del sistema fiscal o de los controles para garantizar la eficacia de las normas fiscales) y así se manifiesta en los asuntos tributarios en materia de libre prestación de servicios.

2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre libre prestación de servicios e imposición directa

El TJCE tan sólo se ha pronunciado en tres ocasiones en relación con los obstáculos o restricciones causados por normas nacionales reguladoras de impuestos sobre la renta sobre la libre prestación de servicios.

El primero de estos pronunciamientos fue en el asunto *Safir* (C-118/96, Rec.1998, p.1897). En este caso se somete a la consideración del TJCE el sistema de tributación de las compañías aseguradoras en Suecia. Las compañías establecidas en este país se encontraban obligadas a pagar un impuesto sobre la renta, calculado por estimación objetiva, en función del patrimonio de la compañía al término del año que precede a la tributación; a la base imponible se le aplica un tipo de gravamen diferenciado según los seguros que haya realizado la compañía (15 por 100 para los seguros de pensión y 27 por 100 para los seguros de capital). La tributación de los asegurados varía en función de que hayan suscrito un seguro de pensión (pueden deducir las primas pagadas, y los importes que cobren están sujetos a gravamen) o de capital (no pueden deducir las primas, pero las cantidades percibidas no están sujetas a gravamen). En el caso de las sociedades no establecidas (sin establecimiento permanente en Suecia), la tributación recae no sobre la sociedad de seguros sino sobre el asegurado: las personas físicas o jurídicas residentes de Suecia que celebren contratos de seguros de vida con compañías no establecidas en Suecia están obligadas a inscribirse en un registro y a pagar al Estado un impuesto sobre las primas abonadas del 15 por 100 del importe de la prima. No obstante lo anterior, el asegurado puede solicitar a las autoridades suecas una exención del pago del impuesto o una reducción de la cuota en un 50 por 100 cuando la aseguradora no establecida en Suecia está sometida, en el Estado donde tenga su sede a un impuesto similar al que grava a las compañías de seguros establecidas en Suecia. Este mecanismo se introdujo con el fin de garantizar la neutralidad competitiva entre las compañías suecas y extranjeras que captan el ahorro. Igualmente, el Gobierno sueco alega que el tratamiento diferenciado es fruto de la imposibilidad de aplicar a

las sociedades no establecidas un sistema similar al previsto para las sociedades establecidas.

En 1995, la Sra. Safir, tras haber suscrito una póliza de seguro de vida con una entidad aseguradora inglesa que opera en el mercado sueco, solicitó a la Administración sueca la concesión de la exención del impuesto sobre la prima de seguros. La Administración tributaria sueca decidió reducir el impuesto en un 50 por 100. La demandante impugnó la decisión de la Administración sueca y el órgano jurisdiccional encargado de resolver se dirigió al TJCE preguntando si el sistema de tributación de los seguros celebrados con sociedades no establecidas en Suecia podía considerarse contrario a los arts.12, 49, 50, 56 y 58, antiguos arts. 6, 59, 60 o 73 B y 73 D, TCE.

El primer problema que suscita el caso *Safir* es determinar la perspectiva o el principio comunitario a la luz del cual debe analizarse. El TJCE siguió la tesis del Abogado General abordando el caso *Safir* desde la libre prestación de servicios; sorprende, sin embargo, la ausencia de toda referencia a los motivos o razones que justifican este análisis, cosa que no acontece en las Conclusiones del Abogado General.

Una vez determinadas las disposiciones del TCE que deben aplicarse al caso, el TJCE procedió a examinar si la libre prestación de servicios se opone a una legislación nacional como la establecida por Suecia para gravar las operaciones de seguro de vida de capital. Al objeto de realizar dicho análisis parte de la base de que la libre prestación de servicios –incluida la de servicios financieros– protegida por el art.49 y ss., antiguos arts.59 y ss., del TCE se opone a la aplicación de toda normativa nacional que, sin justificación objetiva, obstaculice a un prestador de servicios la posibilidad de ejercer efectivamente esta libertad; existe tal obstáculo cuando la normativa de un Estado miembro dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la prestación de servicios puramente interna en un Estado miembro (*Comisión/Francia*, Asunto 381/93, Rec.1994, p.I-5145). Por tanto, una normativa nacional sólo se opone a la libre prestación de servicios cuando obstaculiza el ejercicio efectivo de tal libertad y, además, no concurre ninguna justificación objetiva que ampare tal restricción. El examen de estas dos cuestiones debe hacerse por separado.

Los Gobiernos sueco y británico argumentaron que la normativa nacional controvertida es compatible con el ordenamiento comunitario en la medida en que no establece ninguna discriminación por razón de la residencia que resulte contraria al TCE; en concreto, argumentan que la sentencia *Schumacker,* que establece los principios elaborados por el TJCE en este ámbito, únicamente excluye las diferencias de trato fiscal en el ámbito de la imposición directa cuando concurrieran determinadas circunstancias que no se encuentran presentes en el caso de autos. Asimismo, mantienen que aun en el caso de que se apreciara discriminación ésta no

resultaría contraria al TCE, toda vez que goza de fundamentación objetiva, a saber, preservar la eficacia de controles fiscales, la coherencia del régimen tributario nacionales e intereses generales merecedores de tutela comunitaria.

El TJCE salió al paso a tales argumentos declarando que el conjunto de obligaciones tributarias materiales y formales que recaen específicamente (y únicamente) sobre los asegurados suecos que contratan con aseguradoras establecidas en otros Estados miembros resultan tan gravosas que pueden acarrearles consecuencias negativas y disuadirles de suscribir seguros de vida de capital con compañías no establecidas en Suecia. El TJCE valoró especialmente los efectos de tales obligaciones sobre las partes implicadas en la libre prestación de servicios llegando a afirmar que éstas eran de tal entidad que podían también disuadir a las compañías de seguros que no operasen todavía en el mercado sueco de ofrecer en él sus servicios. Esta doctrina enlaza con jurisprudencia anterior del propio TJCE según la cual la libre prestación de servicios no puede restringirse a través de normas nacionales que exigen al prestatario de un servicio la residencia permanente o un establecimiento permanente en el territorio donde se realiza la prestación (caso *Van Binsbergen,* Asunto 33/74, Rec. 1974, p.1299); tal efecto concurre en el caso *Safir*, en tanto en cuanto la mayor carga tributaria que recae sobre la operación de aseguramiento (la fórmula de ahorro) contratada con una aseguradora extranjera se deriva de la circunstancia de que la entidad no está establecida en Suecia.

Una vez que el TJCE declaró que la normativa fiscal sueca constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios, la única causa que puede excluir la incompatibilidad de la misma con el TCE es la concurrencia de una causa de justificación objetiva que ampare tal restricción.

Ya hemos visto cómo tanto el Gobierno sueco como el del Reino Unido invocaron al respecto razones de interés general. El órgano jurisdiccional sueco que planteó la cuestión prejudicial, por su parte, manifestó que la normativa fiscal sueca tiene por objeto garantizar la neutralidad en la competencia entre el ahorro en forma de seguro de vida de capital invertido en compañías de seguros establecidas en Suecia y un ahorro semejante invertido en compañías establecidas en el extranjero. A este respecto, el Gobierno sueco mantuvo que el diferente régimen fiscal que establece la normativa nacional para los seguros de vida de capital según estén suscritos con compañías establecidas o no en Suecia se explica por la imposibilidad de aplicar el mismo régimen en ambos casos (la no imposición sobre las cuantías rescatadas) y por la necesidad de salvar la "laguna fiscal" que resultaría si no se gravara el ahorro en forma de seguros de vida de capital con compañías no establecidas en Suecia.

Tales alegaciones no impresionaron al TJCE, que, sin embargo, y a diferencia de la opinión dada por el Abogado General,

no razonó su respuesta con todo el detalle que cabía esperar. El TJCE manifestó que el objetivo perseguido a través de la normativa fiscal controvertida podía alcanzarse a través de mecanismos más transparentes y menos restrictivos de la libre prestación de servicios; es decir, cuestionó la necesidad y la proporcionalidad de la diferencia de trato fiscal existente en la normativa sueca. Sin embargo, tal pronunciamiento fue extremadamente parco y desprovisto de toda argumentación. No fundamentó, por tanto, la razón por la cuál la normativa fiscal sueca excedía de lo necesario para lograr su fin, ni en qué medida tenía lugar tal exceso; se omitió, a su vez, toda referencia a la legitimidad o validez del fin que invocaban los Gobiernos sueco y británico para fundamentar la restricción (coherencia del régimen fiscal nacional y la eficacia de los controles fiscales), lo cual, ciertamente, sí resulta susceptible de crítica. El TJCE se limitó a afirmar que existían mecanismos menos restrictivos de la libre prestación de servicios que "pueden también llenar la laguna fiscal que invoca el Gobierno sueco"; para ello se sirvió del ejemplo proporcionado por el Abogado General en sus conclusiones: "un sistema de impuesto sobre los rendimientos del capital de seguro de vida calculado conforme a un tanto alzado, aplicable de igual manera a todos los seguros, tanto si se suscribieron con compañías establecidas en el Estado miembro de que se trate o en otro Estado miembro"; con tal afirmación, el TJCE se excedió de la función y competencia que le corresponde a la luz del TCE, que es la interpretación del Derecho comunitario. [40]

Finalmente, el TJCE volvió sobre los argumentos esgrimidos por el Gobierno sueco para fundamentar su normativa fiscal, negando su validez para justificar "un conjunto de elementos tan restrictivos de la libre prestación de servicios". La parquedad con que se examinan y despachan las razones invocadas por el Gobierno sueco nos lleva a pensar que el TJCE centró toda su atención sobre el obstáculo creado a la libertad comunitaria minimizando el análisis y alcance de los motivos perseguidos con el régimen fiscal establecido. Por un lado, el TJCE declaró que "los riesgos invocados por el Gobierno sueco, es decir, la imposibilidad de aplicar a los seguros de vida de capital suscritos con compañías no establecidas en Suecia el mismo régimen fiscal que a dichos seguros suscritos con compañías establecidas en dicho Estado" no justificaban la restricción que originan a la libre prestación de servicios; por otro, "la necesidad de cubrir la laguna fiscal que se produciría si no se sometiera a tributo el ahorro en forma de seguros de vida de capital invertido en compañías no establecidas en Suecia" tampoco fue considerado un motivo de entidad suficiente para justificar el obstáculo creado al art.49, antiguo art.59, TCE. Quizás lo más criticable de este pronunciamiento no sea la solución a la que llega, que entendemos garantiza el ejercicio de la libre prestación de servicios,

[40] MARTÍN JIMÉNEZ: *Towards Corporate Tax Harmonization...*, op. Cit. p. 249.

sino la pobre "argumentación" esgrimida por el TJCE para excluir la presencia de una justificación objetiva de la normativa fiscal controvertida. Y es que las razones invocadas por los gobiernos suecos y británico plantean una serie de interrogantes que no han sido objeto de una respuesta definitiva por el TJCE. [41]

Otro caso donde el TJCE se pronunció sobre la incidencia de la libre prestación de servicios sobre el impuesto sobre la renta fue en el caso *Vestergaard* (C-55/98, Rec. 1999, I-7641). Este asunto se refiere al IRPF, razón por la cual nos limitaremos a indicar únicamente el alcance de esta sentencia: [42] una disposición nacional hace más difícil la deducción de los gastos por cursos de formación desarrollados en el extranjero que los organizados y celebrados en el territorio nacional y constituye una diferencia de trato fundada en el lugar de ejecución de la prestación de servicios que resulta prohibida por el art.49, antiguo art.59, TCE; la aportación más importante derivada de la jurisprudencia *Vestergaard* es la interpretación realizada del ámbito operativo de la libre prestación de servicios prohibiendo las restricciones basadas en el lugar de ejecución de la prestación. El TJCE negó que la restricción fiscal estuviera justificada en la necesidad de preservar la coherencia de un régimen fiscal ni por razones de eficacia de los controles fiscales.

El caso *Danner* (C-136/00, sentencia de 3 de octubre de 2002, todavía no publicada en la recopilación oficial) constituye el último pronunciamiento del TJCE referido a la interacción entre la normativa nacional reguladora de la imposición sobre la renta y la libre prestación de servicios. Este caso ha sido bautizado por algunos autores como el asunto *Bachmann II* al versar sobre una problemática similar a la planteada en el caso *Bachmann* (C-204/90), aunque lo cierto es que median diferencias entre ambos asuntos que, como veremos, se reflejan en la sentencia del TJCE. Este caso se refiere fundamentalmente al IRPF pero hemos considerado procedente incluirlo aquí debido a las conexiones que se suscitan con el impuesto sobre sociedades (la tributación de las aseguradoras), así como por la doctrina vertida en torno a la "coherencia fiscal".

El caso *Danner* se suscita en el marco de un litigio entre la Administración fiscal finlandesa y el Sr.Danner, un profesional residente de Finlandia que posee doble nacionalidad (finlandesa y alemana) que suscribió dos contratos de seguro de jubilación con sendas compañías aseguradoras alemanas durante el período de tiempo en que desarrolló su labor profesional en Alemania. Con posterioridad, el Sr. Danner se trasladó a Finlandia y siguió realizando aportaciones a los planes de pensiones contratados anteriormente en Alemania al

[41] En relación con estos interrogantes nos remitimos a nuestro trabajo: CAAMAÑO/ /CALDERÓN/MARTÍN: *Jurisprudencia Tributaria del TJCE*, 1996-1999, vol.2, La Ley, Madrid, 2000, pp.62 y ss.

[42] Para una exposición más detallada, vid.: CAAMAÑO/CALDERÓN/MARTÍN: *Jurisprudencia Tributaria del TJCE*, 1996-1999, vol.2, op. Cit. pp. 222 y ss.

objeto de conservar su derecho a pensión en caso de invalidez e incrementar sus derechos de pensión. En su declaración de la renta correspondiente al año 1996 el Sr. Danner solicitó que sus aportaciones al seguro de jubilación contratado con entidades alemanas se dedujeran de sus ingresos imponibles, pero las autoridades tributarias finlandesas únicamente le permitieron la deducción de aportaciones a los seguros de jubilación voluntarios por un importe máximo del 10 por 100 de su renta imponible. La solicitud de rectificación de dicha liquidación presentada por el contribuyente ante las autoridades finlandesas fue desestimada, a la vista de lo cual el Sr. Danner presento un recurso de apelación ante el órgano judicial nacional competente. El principal argumento esgrimido en el referido recurso fue que las aportaciones satisfechas a aseguradoras alemanas debían ser deducibles en la misma medida que las aportaciones abonadas a los seguros de jubilación voluntaria suscritos con entidades finlandesas de acuerdo con la normativa finlandesa reguladora del impuesto sobre la renta. El tribunal nacional que conocía del recurso así planteado resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial donde se preguntaba si la normativa del impuesto sobre la renta finlandés que limita o excluye el derecho a deducir las aportaciones a seguros de jubilación voluntarios abonadas a entidades de seguros de pensiones establecidas en otros Estados miembros al mismo tiempo que concede el derecho a deducir tales aportaciones cuando se pagan a entidades establecidas en el primer Estado miembro es contraria a los artículo 6, 59, 60, 73 B, 73 D y 92 del Tratado.

La primera cuestión que aborda el TJCE es si resultan de aplicación las disposiciones del Tratado sobre libre prestación de servicios. La respuesta del Tribunal de Justicia fue positiva sobre la base de que cuando se concluye un contrato de seguro de jubilación voluntario existe una prestación de servicios realizada a cambio de una remuneración que constituye la contrapartida económica de la prestación: las aportaciones satisfechas por el asegurado constituyen la contrapartida económica de las pensiones que le serán abonadas cuando deje de ejercer sus actividades y presentan indiscutiblemente carácter retributivo desde el punto de vista de las aseguradoras que las perciben (véase igualmente el caso *Smits y Peerbooms,* C-157/99, Rec.I-5473). Si las pensiones hubieran sido abonadas por regímenes de jubilación obligatorios que se rigen por la legislación estatal en materia de seguridad social, lo cierto es que la aplicación de las disposiciones comunitarias sobre libre prestación de servicios resultaría mucho más dudosa; como puso de relieve el A.G.Jacobs en el caso de autos (para.24 de las conclusiones), debe tenerse presente que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, los cursos impartidos en un centro de enseñanza superior cuya financiación se efectúa esencialmente con fondos públicos no constituyen servicios a efectos del artículo 50 del TCE (caso *Wirth,* C-109/92, Rec.I-1993, p.6447).

Una vez establecida la aplicabilidad de las disposiciones del Tratado CE sobre

libre prestación de servicios, el TJCE pasó a examinar si la legislación fiscal finlandesa restringía el ejercicio de esta libertad. Antes de proceder a tal examen el Tribunal de Justicia reiteró su ya clásica declaración en el sentido de que, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros éstos deben ejercer dicha competencia respetando el Derecho comunitario. El TJCE no dudó a la hora de apreciar la existencia de la restricción fiscal al ejercicio de la libertad de prestación de servicios al considerar que la importancia que posee a la hora de suscribir una póliza de seguro de jubilación la posibilidad de obtener deducciones fiscales en tal concepto; la no deducilibilidad de las aportaciones a aseguradoras residentes de otros Estados miembros o la exigencia de mayores exigencias al contribuyente cuando realiza o contrata estas pólizas con aseguradoras no residentes que cuando lo hace con aseguradoras residentes puede disuadir a los interesados de suscribir seguros con entidades establecidas en otros Estados miembros y a éstas de ofrecer sus servicios en tal mercado nacional. Al igual que en el caso *Safir* (C-118/96), el TJCE no dudó en apreciar la existencia de la restricción fiscal –calificada por el A.G.Jacobs como "severa"–; de hecho, resulta llamativo el escaso esfuerzo argumentativo desplegado por el Tribunal de Justicia en este punto. De esta manera, el debate sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la normativa finlandesa del IRPF con el Derecho comunitario dependerá de que concurra una justificación suficiente que la legitime y de que la norma fiscal que articula la restricción resulte proporcionada a tal fín legítimo.

En el caso *Danner,* las partes que presentaron observaciones trataron de justificar la norma fiscal finlandesa en este segundo tipo de motivos, a saber: la necesidad de garantizar el régimen tributario finlandés, la eficacia de los controles fiscales, la necesidad de impedir el fraude fiscal y la necesidad de proteger la integridad de la base tributaria. Esto es, se pretende que el TJCE considere que estos motivos integran razones imperiosas de interés general que justifican la medida fiscal restrictiva de la libertad de prestación de servicios.

El Tribunal de Justicia se limitó a señalar el carácter restrictivo de la norma fiscal finlandesa enjuiciada; esta forma de proceder, de alguna forma, admite la operatividad de motivos de interés general no mencionados en el TCE para justificar medidas nacionales abiertamente discriminatorias. Acto seguido, el TJCE analizó las causas de justificación invocadas: a) la necesidad de garantizar la coherencia fiscal del régimen nacional; b) la eficacia de la inspección tributaria; y c) el interés en mantener el volumen de ingresos tributarios. Respecto al principal motivo alegado por los gobiernos finlandés y danés para justificar la normativa fiscal finlandesa radicaba en que resultaba necesaria para preservar la coherencia del régimen tributario finlandés. Según estos Gobiernos dicho régimen se basa en la existencia de un vínculo directo entre el derecho a deducir las aportaciones al seguro de jubilación voluntario y el carácter imponible de las cantidades abonadas por los aseguradores. La pérdida de ingresos debida a la

deducción de las aportaciones al seguro se compensa, en principio, gravando posteriormente las pensiones. A su vez, los dos Gobiernos mantienen que el régimen fiscal enjuiciado se sitúa en línea con la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social, relativa a la eliminación de los obstáculos fiscales a las prestaciones de jubilación transfronterizas, [43] toda vez que tal régimen favorece el ahorro y la suscripción de planes de pensiones concediendo un aplazamiento del impuesto sobre las aportaciones abonadas, lo que permite hacer frente al envejecimiento de la población al contrarrestar la pérdida de ingresos tributarios actuales con los ingresos posteriores, que son superiores. [44] Al objeto de demostrar la coherencia del régimen fiscal, el gobierno finlandés argumentó, a su vez, que la normativa fiscal no sólo grava las pensiones abonadas a los residentes de Finlandia por entidades aseguradoras nacionales y extranjeras, sino también las que pagan las entidades finlandesas a personas físicas no residentes; de esta forma, la norma fiscal garantiza la tributación de las pensiones pagadas por entidades finlandesas a personas residentes y no residentes, circunstancia que no quedaría garantizada cuando la pensión fuera pagada por una entidad no residente a una persona física que hubiera trasladado su residencia fiscal de Finlandia a un segundo país.

Este motivo fuere rechazado tanto por el TJCE como por el AG.Jacobs en sus conclusiones. El Tribunal de Justicia abundó en las razones por las que en el caso enjuiciado había que llegar a una conclusión distinta que la alcanzada diez años atrás en los casos *Bachmann* y *Comisión/Bélgica* (Asuntos 204/90 y 300/90, respectivamente); en estos casos la legislación fiscal belga establecía un vínculo directo entre el derecho a deducir las aportaciones y el carácter imponible de las cantidades pagadas por los aseguradores; la pérdida de ingresos tributarios ocasionada por la deducción de las aportaciones abonadas al seguro se compensaba gravando con posterioridad las pensiones, rentas o capitales abonados o adeudados por los aseguradores; en el caso de que no se hubiera obtenido la deducción de tales aportaciones –por ejemplo, por satisfacerlas a una entidad extranjera– tales cantidades (las pensiones) quedaban exentas de tributación en Bélgica. Tal vínculo directo entre el derecho a deducir las aportaciones al seguro y la tributación de las pensiones pagadas por el asegurador, según el TJCE y el A.G.Jacobs, no media en la normativa fiscal finlandesa objeto del asunto principal. Buena muestra de la ausencia de tal vínculo directo se deduce de varias circunstancias.

Por un lado, las pensiones pagadas por entidades extranjeras a personas físi-

[43] DO 2001, C.165, p.4.

[44] En torno a esta comunicación de la Comisión, vid.: GARCIA PRATS: "The tax treatment of cross-border pensions from an EC Law perspective". *European Taxation (Supplement)*, December 2001.

cas que residen en Finlandia están gravadas por el IRPF finlandés independientemente de que las aportaciones al seguro abonadas para generar tal renta hayan sido deducidas o no de los ingresos imponibles de sus beneficiarios; esto es, la pensión resulta gravada con independencia de si las aportaciones que la generaron causaron o no una disminución de los ingresos tributarios de la Hacienda Pública finlandesa por medio de su deducción previa de la base imponible del asegurado; así, cuando las aportaciones son satisfechas a aseguradoras extranjeras el residente de Finlandia que las percibe posteriomente resulta gravado por las pensiones que más tarde perciba, a pesar de no haber deducido tales aportaciones de su base imponible del IRPF; lo mismo sucede cuando un residente de otro Estado miembro que no ha podido deducir tales aportaciones en su país de residencia traslada su residencia a Finlandia en el momento en que empiezan a pagarse las pensiones generadas durante los años en que se realizaron las aportaciones. Como bien apunta el A.G. Jacobs en sus conclusiones (punto 48), el carácter "asimétrico" del régimen fiscal finlandés impide considerar que exista un vínculo directo entre la deducción de las aportaciones y la imposición de las pensiones, pues éstas tributan con independencia de su deducibilidad previa: la ventaja fiscal (deducción de las aportaciones) no está vinculada directamente con la desventaja correlativa (la tributación de la pensión).

Por otro lado, se ha señalado tanto por el TJCE como por el A.G. Jacobs que, tal y como se desprende del asunto *Wielockx* (C-80/94), en el presente caso la coherencia fiscal está garantizada por un Convenio de doble imposición bilateral celebrado entre Finlandia y Alemania. En esta sentencia el Tribunal de Justicia vino a afirmar que los CDIs que siguen el Modelo de Convenio de la OCDE la coherencia fiscal respecto de la tributación de estas rentas no se establece en relación con una misma persona, mediante una rigurosa correlación entre el carácter deducible de las aportaciones y la imposición de las pensiones, sino que se desplaza a otra esfera, la de la reciprocidad de las normas aplicables en los Estados contratantes, por lo que el principio de coherencia fiscal no puede invocarse para justificar la denegación de una deducción con la que es objeto de debate en el caso de autos. Bien es cierto que, como apuntó el gobierno finlandés, tal CDI podía no haber existido. No obstante, el TJCE privó de relevancia tal argumento afirmando que lo relevante para enjuiciar la cuestión prejudicial planteada es que tal CDI sí existe y, por tanto, la conclusión y doctrina alcanzada en el caso *Wielockx* resulta aplicable en el caso *Danner.* El Abogado General Jacobs fue más preciso a la hora de examinar la incidencia que posee la existencia de un CDI entre Finlandia y Alemania de cara a garantizar la coherencia del régimen tributario enjuiciado. Por un lado, puso de relieve que las pensiones objeto del asunto principal no sólo pueden caer en el ámbito de aplicación de la cláusula residual de "otras rentas" (art.21 MC OCDE), sino también en el marco del artículo 18.2 de un CDI que siga el modelo de convenio OCDE; cuando fue-

ra de aplicación de la cláusula residual de "otras rentas" el Estado de residencia del asegurado grava las pensiones percibidas por éste con independencia de donde se hayan abonado las cotizaciones o aportaciones y al margen de si éstas han sido deducidas o no de la base imponible del impuesto sobre la renta nacional; del mismo modo, la aplicación de tal cláusula conlleva que un Estado contratante renuncia a gravar las pensiones pagadas por entidades residentes del mismo percibidas por residentes del otro Estado contratantes con independencia de si las aportaciones que han generado tales pensiones han sido deducidas de la base imponible del impuesto sobre la renta nacional; del mismo modo, se puso de relieve cómo con arreglo al art.28.2 del CDI Alemania-Finlandia las prestaciones recibidas con arreglo a la legislación en materia de seguridad social del otro Estado contratante están exentas del impuesto en el Estado de residencia de su perceptor; el efecto que posee esta regla vuelve a ser el mismo: las pensiones obtenidas por un residente de Finlandia están exentas en este país cuando son pagadas por una entidad residente del otro Estado contratante, sin tener en cuenta si las aportaciones que generaron la pensión fueron deducidas previamente del impuesto personal finlandés. Es decir, se demostró como la interrelación entre el CDI y la legislación finlandesa tiene como consecuencia una quiebra de la coherencia fiscal interna que pretendidamente establece dicha normativa interna vinculando deducción de aportaciones y tributación de la pensión. Por otro lado, el A.G.Jacobs salió al paso al argumento esgrimido por el gobierno finlandés con arreglo al cual la solución del caso no puede basarse en el hecho de que exista un CDI en el caso concreto afirmando lo siguiente: "(...). A mi entender, lo significativo no es la existencia de un convenio concreto que se aplique en el caso de autos, sino la existencia entre los Estados miembros de toda una red de convenios para evitar la doble imposición, de los cuales los Estados miembros son partes (aunque no sea con todos y cada uno de los demás Estados miembros). La lógica de la sentencia *Wielockx* se aplica debido a la existencia de esa red general, que pone de manifiesto que, por regla general, los Estados miembros están dispuestos a renunciar, sobre la base de la reciprocidad, al derecho a gravar en la fuente las pensiones pagadas a personas residentes en otro Estado miembro" (punto 56 de las conclusiones del A.G.).

De esta forma, la sentencia *Danner* no puede interpretarse como un cambio de doctrina respecto de lo declarado por el TJCE en el caso *Bachmann.* Simplemente, en el caso de autos se verificó que no concurrían las mismas circunstancias que en tal asunto, lo cual impidió considerar que la restricción a la libre prestación de servicios derivada de la norma fiscal finlandesa estaba justificada por garantizar la coherencia del régimen tributario. Ahora bien, tampoco puede perderse de vista que la sentencia *Danner* viene a confirmar la aplicación al ámbito de la tributación de las personas físicas el concepto estricto de coherencia fiscal que viene manteniendo el TJCE en su última jurisprudencia.

El segundo motivo de justificación alegado por los gobiernos finlandés y danés se basa en que la no deducibilidad de las aportaciones abonadas a planes de pensiones gestionados por entidades extranjeras resulta necesaria para "garantizar la eficacia de la inspección tributaria" y "evitar el fraude fiscal". Por un lado, alegan que resulta extremadamente dificil cuando no imposible comprobar si tales sistemas de pensiones cumplen los requisitos previstos en la legislación finlandesa para que los aportantes puedan beneficiarse de la deducción de las primas. Por otro lado, también consideran imposible controlar y, por tanto, gravar eficazmente las pensiones u otras prestaciones abonadas a personas residentes de Finlandia por sistemas gestionados por entidades extranjeras. En particular, ponen de relieve cómo carecen de potestades para obtener información con trascendencia tributaria respecto de las entidades aseguradoras extranjeras; en opinión de ambos gobiernos, tal carencia no viene suplida por la Directiva 77/799 de asistencia mutua e intercambio de información, al no constituir un "instrumento suficientemente eficaz para superar las dificultades que se presenten".

El TJCE rechazó esta alegación en línea con lo que tiene afirmado en pronunciamientos precedentes. Entiende el Tribunal de Justicia que la Directiva 77/799 puede ser invocada por un Estado miembro con el fin de conseguir de las autoridades competentes de otro Estado miembro todas las informaciones necesarias para la correcta liquidación de los impuestos sobre la renta o todos los datos que considere necesarios para calcular la cuantía exacta del impuesto sobre la renta adeudado por un sujeto pasivo en función de la legislación que aplique. Es decir, según el Tribunal de Justicia y el propio A.G.Jacobs los mecanismos comunitarios de asistencia administrativa mutua permiten a las autoridades tributarias de los Estados miembros acceder a toda información con trascendencia tributaria que resulte necesaria para la correcta liquidación de sus impuestos sobre la renta, de manera que toda restricción fiscal basada en la "falta de información fiscal" resulta desprovista de justificación. Asimismo, el TJCE considera que nada impide a las autoridades de que se trate exigir las pruebas que considere necesarias para apreciar si se cumplen los requisitos para deducir las aportaciones que exige la normativa nacional. En tal sentido, se abunda en que las solicitudes de deducción y los justificantes aportados por los sujetos pasivos al presentar dichas solicitudes constituyen una fuente útil de información sobre las pensiones que se les abonen con posterioridad. El TJCE parece indicar que existen medios para que las Administraciones tributarias superen los obstáculos que conlleva el control fiscal de las pensiones transfronterizas, de manera que la falta de diligencia en el empleo de los mismos no puede servir de justificación para establecer restricciones al ejercicio de libertades fundamentales. De alguna forma, parece que el TJCE está mandando un mensaje a las Administraciones tributarias de los Estados miembros para que doten de la debida eficacia los mecanismos de asistencia mutua establecidos a nivel comunitaria, así como que los combinen con

el establecimiento de otros mecanismos complementarios que no resulten restrictivos de libertades comunitarias; en este sentido, algún autor ha puesto de relieve cómo esta jurisprudencia puede servir de catalizador para la puesta en marcha de una auténtica y eficaz cooperación entre las Administraciones tributarias de los Estados miembros. Con todo, no podemos dejar de señalar que las posibilidades de intercambio de información que articula la Directiva 77/799 son limitadas debido a la configuración de la misma y que su eficacia depende no sólo del interés de las autoridades tributarias del Estado interesado en obtener la información sino también de los medios y potestades de obtención de información de las autoridades del Estado requerido así como de la propia "política" de intercambio de información que éste posea (la cual puede venir condicionada por intereses de diversa índole). [45]

Otra de las justificaciones invocadas, en este caso por el gobierno danés, fue que la restricción del derecho a deducir las aportaciones abonadas al seguro está justificada por la necesidad de conservar la totalidad de los ingresos tributarios. En particular, el gobierno danés alegó que la necesidad de garantizar la integridad de la base tributaria constituía una razón imperiosa de interés general reconocida por el TJCE en el caso *Safir* (cit.) que resultaba aplicable al caso de autos para justificar la restricción generada sobre la libre prestación de servicios. En esta misma línea, el referido gobierno nacional argumentó que si las aportaciones a planes gestionados por entidades extranjeras fueran deducibles, se incitaría a los residentes de los Estados miembros en los que el impuesto sobre la renta es elevado a suscribir pólizas con entidades establecidas en Estados miembros en los que este impuesto es menor; ello daría lugar a maniobras para situarse en el ámbito de aplicación de la fiscalidad más favorable, a abusos y a una carrera por el *shopping fiscal* que tendría consecuencias desastrosas para los Estados miembros que financian con cargo a impuestos servicios generales de gran calidad. El TJCE, en línea con su jurisprudencia precedente y con lo afirmado por el A.G.Jacobs en sus conclusiones, rechazó la admisibilidad de la misma. El Tribunal de Justicia puso especial énfasis a la hora de afirmar que la necesidad de prevenir la reducción de ingresos fiscales no figura entre las razones mencionadas en el artículo 56 del Tratado ni entre las razones imperiosas de interés general. De igual modo recordó que una eventual ventaja fiscal que se derive, para los prestadores de servicios, de una carga fiscal menor a la que estén sometidos en el Estado miembro en el que se hallan establecidos no puede permitir que otro Estado miembro justifi-

[45] Sobre este tema vid: CALDERÓN CARRERO: *Intercambio de Información y Fraude Fiscal Internacional.* Estudios Financieros, Madrid, 2002; y del mismo autor, "El intercambio de información entre Administraciones tributarias en un contexto de globalización económica y competencia fiscal perniciosa", en *Las Medidas Anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios de doble imposición y su compatibilidad con el Derecho Comunitario,* IEF, Madrid, 2002.

que un trato fiscal menos favorable de los destinatarios de los servicios establecidos en este último Estado.

En suma, este pronunciamiento del TJCE vuelve a insistir en la idea de que las restricciones fiscales cuya principal fundamento sea la prevención del fraude fiscal que puede producirse por la falta de control fiscal o información sobre los hechos imponibles transnacionales, con carácter general, no resultan justificadas. Sólo se considerará que una medida nacional restrictiva de una libertad fundamental resulta justificada y, por ello, compatible con el TCE cuando no sea posible alcanzar los objetivos legítimos de asegurar la eficacia de los controles fiscales y evitar el fraude fiscal por medios menos restrictivos de los que tal medida nacional articula, lo cual sucederá en pocas ocasiones a la vista de los razonamientos que viene empleando en los últimos tiempos el TJCE. Es posible que haya ejercido una cierta influencia en este pronunciamiento la propia armonización material de la regulación sobre planes de pensiones complementarios (Directiva 98/49/CE) o sobre el sector del seguro privado de vida (Directivas 72/267, 90/619 y 92/96) y del seguro distinto del de vida (Directivas 72/240, 73/239, 88/357 y 92/49), aunque lo cierto es que el TJCE, a diferencia de lo ocurrido en otros casos (*Daily Mail*), no se refirió en ningún momento a este dato como motivo para excluir las restricciones fiscales; es posible que ello obedezca a que la referida armonización tan sólo tenía un alcance parcial al contemplar únicamente el caso de los derechos de los trabajadores que se mueven dentro de la Comunidad y que han suscrito previamente un contrato de pensiones complementario en su país de origen. [46] En *Danner* también se aprecia un cierto orillamiento del *Soft-law* elaborado por la Comisión, dado que este material, en contraste con la posición adoptada en otros casos (*Schumacker*), apenas fue empleado por el Tribunal de Justicia en este caso.

C) LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES Y PAGOS

1. Concepto y regulación tras el Tratado de Maastricht

La libre circulación de capitales y pagos fue modificada con efectos a 1 de enero de 1994 por la reforma del TCE que realizó el Tratado de Maastricht. La nueva regulación, contenida en los arts.56-60, antiguos arts.73 B-73 H, TCE contiene novedades fundamentales que, por un lado, consagran la jurisprudencia del TJCE en la materia y "constitucionalizan" el derecho derivado anteriormente existente y, por otro, incluye la primera referencia clara a la imposición directa en las disposiciones del TCE. Para entender este nuevo régimen es preciso hacer referencia a la situa-

[46] Vid. GARCÍA PRATS: "The tax treatment of cross-border pensions from an EC Law perspective", op. Cit. p. 16.

ción existente con anterioridad y definir la libre circulación de capitales y de pagos, dos conceptos que, aunque tienen un régimen similar, son distintos.

Con anterioridad al Tratado de Maastricht, la jurisprudencia del TJCE se había ocupado de perfilar los contornos de los conceptos de libre circulación de pagos y libre circulación de capitales. Así, en *Luisi y Carbone* (Asuntos acumulados 286/82 y 26/83, Rec. 1984, p. 377) el TJCE señaló que los pagos son transferencias de divisas que constituyen la contraprestación de una transacción subyacente, mientras que los movimientos de capital son operaciones financieras que constituyen básicamente la inversión de fondos más que la remuneración de un servicio. [47] Es decir, con esta definición el TJCE dejó claro que los movimientos de capitales también pueden dar lugar a pagos y estableció las bases para definir un régimen distinto para ambos conceptos (vid., igualmente, los Asuntos 7/78, *Thompson*, Rec. 1978, p. I-2247 y 203/80, *Casati*, Rec. 1981, p. 2595). De esta forma, la libre circulación de pagos en la Comunidad se configuró como una "quinta libertad" esencial para el buen funcionamiento del resto de libertades reconocidas por el TCE: de nada sirve, por ejemplo, reconocer la libre prestación de servicios si se van a establecer restricciones a los pagos que remuneren el servicio prestado por el nacional de otro Estado miembro. Por esta razón, el TJCE reconoció en el asunto citado que las disposiciones en materia de libre circulación de pagos son susceptibles de producir efecto directo desde el final del período transitorio (31 de diciembre de 1969). Sin embargo, el TJCE no reconoció efecto directo a las antiguas disposiciones del TCE que regulaban la libre circulación de capitales (*vid.* el Asunto *Luisi y Carbone* antes citado). Esta libertad fue regulada de forma gradual por el Consejo hasta que la Directiva 88/361/CEE [48] recogió la obligación incondicional de los Estados miembros de abolir todas las restricciones a los movimientos de capitales en la Comunidad y la definición de los mismos.

En este contexto, la reforma sobre la regulación de la libre circulación de capitales y pagos que realizó el Tratado de Maastricht determinó la inclusión en el TCE de los art. 56 a 60, antiguos art. 73 B-73 H. Tales artículos, especialmente, el art. 56, antiguo art. 73 B, TCE consagran una obligación incondicional de los Estados miembros de eliminar todas las restricciones (no sólo las discriminaciones) a la libre circulación de pagos (algo que ya había reconocido el TJCE) y de capitales (obligación que ya imponía la Directiva 88/361). Esta obligación se refiere no sólo a la circulación de capitales y pagos entre los Estados miembros de la Unión Europea sino también a los pagos e inversiones realiza-

[47] Sobre ambos conceptos y su distinción con relación a otras libertades, vid. SEDLACZEK: "Capital and Payments: the prohibition of discrimination and restrictions", *European Taxation*, vol.40, nº1-2, 2000, especialmente pp. 14-18.

[48] DOCE L 178 de 8 de julio de 1988, p. 5.

dos entre éstos y terceros Estados, lo que hace irrelevante la necesidad de delimitar el ámbito personal de la libre circulación de capitales y pagos (se reconoce la libre circulación con independencia de la nacionalidad o residencia de la persona implicada). En la actualidad, el art. 56, antiguo art. 73 B, TCE (y, por ende, el art. 1 de la Directiva 88/361) tiene efecto directo [49] y, con la finalidad de definir el concepto de libre circulación de capitales a que dicho artículo se refiere, el TJCE ha reconocido que los Anexos de la Directiva 88/361 tienen un valor orientativo, aunque las listas de estos Anexos no son exhaustivas. [50]

Al igual que ocurre con el resto de las libertades, el TCE, en su art. 58 (antiguo art. 73 D), regula ciertas excepciones (v.gr. orden público y seguridad pública) a la obligación de los Estados miembros de eliminar las restricciones a los pagos y la libre circulación de capitales, que deben ser interpretadas en el mismo sentido que las excepciones a las demás libertades. [51] De entre estas excepciones nos interesan especialmente las que hacen referencia a las normas en materia fiscal. En primer lugar, el art. 58, antiguo art. 73 D, párra. 1 (b) autoriza a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para impedir las «*infracciones*» a su Derecho y normativas nacionales, "en particular, en materia fiscal". Tal excepción no implica más que la consagración de la jurisprudencia del TJCE en *Cassis de Dijon*, ya recogida en el art.4 Directiva 88/361, que consiente, en las condiciones definidas por el propio TJCE (el principio de proporcionalidad es sin duda la condición más relevante), las restricciones dirigidas a garantizar la efectividad de los controles fiscales y su aplicación al ámbito de la libre circulación de capitales y pagos, prueba de ello es que el propio art. 58, antiguo art. 73 D, párra. 3 dispone que tales restricciones no pueden constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta a la libre circulación de capitales y pagos. [52] Esta interpretación ha sido confirmada por la jurisprudencia del TJCE, precisamente, en asuntos en materia tributaria tanto relativos a los impuestos directos Asunto *Comisión/Bélgica,* C-478/98, Rec. 2000 I-7587; *X e Y II*, Asunto C-436/00, 2002, aún no publicado en la Recopilación) como a otros tributos (Asunto C-439/97, *Sandoz*, Rec. I-7041, sobre el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados).

Más dificultades presenta la interpretación del art.58, antiguo art. 73.D, párra. 1.a) TCE, según el cual la liberalización de los movimientos de capitales y pagos se

[49] Vid. Asuntos acumulados C-358/93 y C-416/93, *Bordesa y otros*, Rec. 1995, I-361; Asuntos acumulados C-163/1994, C-165/94 y 250/94, *Sanz de Lera y otros*, Rec. 1995, p. I-4842; y Asunto C-35/98, *Verkooijen*, Rec. 2000 p. I-4071.

[50] V*id.* Asunto C-222/97, *Trummer y Mayer*, Rec. 1999, p. I-1661; y Asunto C-35/98, *Verkooijen*, Rec. 2000, I-4071.

[51] Vid., por ejemplo, el Asunto C-54/99, *Église de Scientologie de Paris*, Rec. 2000 I-1335 y SEDLACZEK: "Capital and Payments: the prohibition of discrimination and restrictions", op. Cit. p.21.

[52] MARTÍN JIMÉNEZ: *Towards Corporate Tax Harmonization...*, op. Cit. p.253.

admitirá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a "aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido el capital". Los Estados miembros añadieron al Tratado de Maastricht una declaración interpretativa del significado de esta disposición en la que especifican que el art. 58, antiguo art. 73 D, párra. 1.a) TCE tiene efectos en relación con la legislación tributaria de los Estados miembros en vigor a finales de 1993. En principio, la doctrina tributaria interpretó la disposición comentada en el sentido de que consagraba la posibilidad de que, a los efectos de la circulación de capitales, la discriminación de los nacionales/residentes de otros Estados miembros estaba permitida. No obstante, nosotros creemos que tal disposición debe ser interpretada de forma conjunta con el art. 58, antiguo 73D, párra. 3 TCE, que prohíbe las discriminaciones arbitrarias y las restricciones encubiertas a la libre circulación de capitales y pagos, y los arts.2, 3 y 47, antiguos art. B, C y M, Tratado de la Unión Europea, que prescriben la conservación del *acervo comunitario.* [53] Es decir, en este sentido, el artículo comentado no supone un cambio radical con respecto a la situación precedente. Probablemente, tal disposición, como señala WATTEL, [54] pudiera estar orientada a proteger los sistemas de imputación para la eliminación de la doble imposición aplicados por varios Estados miembros de la CE y las diferencias en general en los sistemas fiscales que existen como consecuencia de la falta de armonización de la imposición directa. [55] La interpretación que aquí mantenemos del art.56, antiguo art.73 D, ha sido confirmada recientemente por el propio Tribunal de Justicia en el caso *Verkooijen* (Asunto 35/98, Rec. 2000 I-4071). En esta sentencia el TJCE afirma la validez de las diferencias de trato fiscal basadas en la residencia del contribuyente, siempre y cuando tales diferencias de trato se aplicaran a situaciones que no fueran objetivamente comparables o cuando siéndolo existieran razones imperiosas de interés general que las justificaran (por ejemplo, la coherencia del régimen tributario); es decir, traslada a la libre circulación de capitales la jurisprudencia que con carácter general ha dictado sobre las diferencias de trato fiscal por razón de la residencia y nacionalidad en relación con las demás libertades fundamentales; por otro lado, el TJCE confirmó en esta sentencia la necesidad de interpretar sistemáticamente los apartados 1.a) y 3 del art.56, antiguo art.73 D, TCE. También ha refrendado esta postura la reciente STJCE *X e Y II*, Asunto C-436/00, 2002, aún no publicado en la Recopilación (comentada en la sección sobre libertad de

[53] MARTÍN JIMÉNEZ: *Towards Corporate Tax Harmonization...*, op. Cit. p.253; en el mismo sentido, SEDLACZEK: "Capital and Payments: the prohibition of discrimination and restrictions", op. Cit. Pp.21 y ss.

[54] WATTEL: En *European Tax Law.* Kluwer, Deventer, 1997, pp.97 y ss.

[55] Vid.: SEDLACZEK: "Capital and Payments: the prohibition of discrimination and restrictions", op. Cit. P.22.

establecimiento), párra. 70 y ss., en la que el TJCE aplicó en el ámbito de la libre circulación de capitales exactamente los mismos razonamientos que había empleado en relación con la libertad de establecimiento para considerar que la medida sueca en cuestión restringía tal libertad y no se encontraba justificada.

Por último, no debe olvidarse que las disposiciones en materia de eliminación de la restricción de capitales tienen un carácter subordinado a las disposiciones en materia de libertad de establecimiento (téngase en cuenta que el art. 58.2, antiguo 73.2, TCE establece que las disposiciones del capítulo en materia de libre circulación y pagos no serán obstáculo para la aplicación de las restricciones al derecho de establecimiento compatibles con el TCE), de tal forma que la constatación de una violación de la libertad de establecimiento determinará que el TJCE ni siquiera examine la compatibilidad o no de las normas nacionales en cuestión con los artículos del TCE en materia de libre circulación de capitales, únicamente realizará el TJCE tal examen si la libre circulación de capitales se puede aplicar al supuesto específico de una forma autónoma con respecto a la libertad de establecimiento (*vid.*, por ejemplo, el Asunto C-200/98, *X AB-Y AB*, Rec. I-8261, y el Asunto C-436/00, *X e Y II*, 2002, aún no publicada en la Recopilación, párra. 66 y ss.). En este sentido, ya hemos puesto de manifiesto el ensanchamiento experimentado por la libertad de establecimiento frente a la libre circulación de capitales como consecuencia de la jurisprudencia del TJCE en los casos *Baars* (C-251/98) *ICI* (C-264/96) y *X e Y II* (Asunto 436/00): en los supuestos de creación de sociedades en otros Estados miembros la libertad de establecimiento se aplicará si existiera una participación suficiente que confiera al nacional de un Estado miembro una influencia real en las decisiones de la sociedad y le permita determinar las actividades de ésta, mientras que la libre circulación de capitales será relevante cuando la participación en la sociedad de otro Estado sea insuficiente para alcanzar tal control.

2. La jurisprudencia del TJCE en materia de libre circulación de capitales y pagos e impuestos directos

El caso *Verkooijen* (C-35/98, Rec. 2000 I-4071) constituye el primer asunto enjuiciado por el TJCE donde éste examina la compatibilidad con la libre circulación de capitales de una normativa nacional conectada, aunque indirectamente, con el impuesto sobre sociedades. Existe, no obstante, una sentencia anterior (*Van Eycke/Aspa,* Asunto 267/86, Rec. 1988, p. 4760), sobre la compatibilidad con las disposiciones del TCE en materia de libre circulación de capitales de una disposición belga relativa al IRPF. En el asunto *Verkooijen* el Hoge Raad neerlandés planteó ante el TJCE la cuestión de si el art.1.1 de la Directiva 88/361 prohibe una restricción resultante de una norma fiscal nacional que declara parcialmente exentos del IRPF de los contribuyentes residentes los dividendos percibidos de entidades establecidas en los Países Bajos pero excluye del ámbito de tal exención los dividendos percibidos de sociedades establecidas en otros Estados miembros.

Antes de entrar a analizar la existencia de una restricción fiscal a la libre circulación de capitales el TJCE examina si la percepción de dividendos de carácter transfronterizo constituye una operación constitutiva de libre circulación de capitales amparada por la Directiva 88/361, la cual desarrolla el artículo 67 del antiguo TCE (precepto derogado por el Tratado de Amsterdam). A este respecto el TJCE afirma que el concepto de libre circulación de capitales, aunque no se encuentra definido en el TCE, se infiere del Anexo de la Directiva 88/361 que desarrolla el citado art.67 del antiguo TCE; dicho anexo contiene una lista no exhaustiva de operaciones que constituyen movimientos de capitales en el sentido del artículo 1 de la citada Directiva; a pesar de que la referida lista no menciona explícitamente como «movimiento de capitales» la percepción de dividendos, el TJCE considera que el hecho de percibir unos dividendos presupone, sin embargo necesariamente, la participación en empresas nuevas o existentes, contemplada en el Titulo I, punto 2, de la nomenclatura prevista en el anexo de la Directiva 88/361. Reforzando este argumento se afirma que al tratarse de dividendos transfronterizos de acciones que cotizan en bolsa la operación puede calificarse igualmente como movimiento de capitales en el sentido de la citada Directiva, por cuanto dicha transacción puede considerarse relacionada con la «Adquisición, por parte de residentes, de títulos extranjeros negociados en bolsa», contemplada en el Título III, letra A, punto 2 de la nomenclatura establecida en la Directiva 88/361.

Una vez establecida la aplicabilidad de la Directiva 88/361 a una operación consistente en la percepción por parte de un nacional de un Estado miembro que reside en el territorio de éste de dividendos de acciones de una sociedad domiciliada en otro Estado miembro se examina si la norma fiscal neerlandesa, que excluye en estos casos la aplicación de la exención en el IRPF, constituye una restricción a la libre circulación de capitales contraria al art.1 de la citada Directiva.

El TJCE analiza esta cuestión partiendo de la finalidad de la norma comunitaria contenida en el art.1 de la Directiva 88/361; este precepto, dotado de efecto directo, persigue la liberalización completa de los movimientos de capitales imponiendo a estos efectos a los Estados miembros la obligación de suprimir todas las restricciones a estas operaciones. A pesar del lenguaje excluyente empleado en la normativa comunitaria, el TJCE analiza si la norma fiscal crea una restricción dotada de entidad suficiente para obstaculizar el ejercicio de la libre circulación de capitales e, incluso, más adelante examina si tal restricción está o no justificada. Es decir, el TJCE traslada al ámbito de la libre circulación de capitales principios establecidos cuando examinó la relación de las normas nacionales sobre imposición directa y las restantes libertades comunitarias; en este sentido, se reitera la ya cláusula de estilo empleada por el TJCE relativa a la competencia exclusiva que poseen los Estados miembros en materia de fiscalidad directa, competencia que debe ejercerse respetando el Derecho comunitario.

Con todo, se considera que la norma nacional controvertida posee efectos restrictivos (que no discriminatorios en sentido estricto) al «disuadir» a los nacionales de los Estados miembros que residan en los Países Bajos de invertir sus capitales en sociedades domiciliadas en otro/s Estado/s miembro/s; es decir, el TJCE mantiene la existencia de una restricción directa resultante de la normativa del Estado de residencia (*home country*) disuadiendo a sus nacionales y residentes a que inviertan en sociedades establecidas en otro u otros Estados miembros y, por tanto, creando un obstáculo a la libre circulación de capitales; por otro lado, se considera que las entidades establecidas en Estados miembros distintos de los Países Bajos soportan también una restricción prohibida por la Directiva 88/361, en la medida en que la norma nacional controvertida obstaculiza la obtención de capitales en los Países Bajos por cuanto la toma de participaciones en su capital resulta fiscalmente menos atractiva para los inversores residentes del citado Estado que la adquisición de acciones de entidades establecidas en su país de residencia (Países Bajos). Es decir, el TJCE considera restrictiva la norma controvertida desde un doble ángulo: por un lado, el Estado de residencia (*home country*) disuade a sus nacionales y residentes de invertir en entidades establecidas en otros Estados; y, por otro, los Países Bajos como Estado donde se ejercita una libertad comunitaria (*host country*) crea una restricción que afecta a entidades nacionales y residentes de otros Estados miembros al obstaculizar la obtención de capitales en su territorio. Esta interpretación, a nuestro juicio, expande de forma relevante la operatividad de la libre circulación de capitales y abre la puerta al planteamiento de numerosas cuestiones prejudiciales donde se discuta la compatibilidad con esta libertad de disposiciones fiscales nacionales con efectos restrictivos. Asimismo, merece señalarse que los principios esgrimidos por el TJCE en esta sentencia no tienen carácter novedoso, sino que, por el contrario, ya habían sido empleados en anteriores asuntos de naturaleza fiscal (por ejemplo, en el caso *Safir,* en el ámbito de la libre prestación de servicios, o en *Futura Participations* e *ICI,* en materia de libertad de establecimiento); ahora bien, la utilización de esta jurisprudencia en el ámbito de la libre circulación de capitales sí posee carácter novedoso y clarifica el alcance de esta libertad.

No obstante, la mayor aportación de esta sentencia a la configuración actual de la libre circulación de capitales, probablemente, se deduzca de la interpretación que se realiza del artículo 58, antiguo art.73 D, TCE; de hecho, dicha interpretación termina delimitando de forma sustantiva el alcance de esta libertad y su proyección sobre el ordenamiento tributario de los Estados miembros. En concreto, el TJCE interpretó la cláusula contenida en el art.58.1.a, antiguo apartado 1.a) del art.73 D, TCE con arreglo a la cual los Estados miembros tienen derecho a aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital en

conjunción con el apartado 3º del mismo precepto (apartado 3º del antiguo art.73 D) del TCE; es decir, se admiten este tipo de diferencias de trato fiscal en el ámbito de la libre circulación de capitales, pero éstas no pueden constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta al ejercicio de la citada libertad y del libre movimiento de pagos; la existencia de una discriminación arbitraria o de una restricción encubierta debe hacerse en aplicación de los principios establecidos en la jurisprudencia elaborada, con carácter general, por el TJCE en torno a la compatibilidad con el ordenamiento comunitario (el resto de libertades) de las diferencias de trato fiscal por razón de la nacionalidad y la residencia; es decir, se traslada al ámbito de la libre circulación de capitales la doctrina elaborada en torno a la aplicación del principio de no discriminación (*lato sensu,* esto es, incluyendo la prohibición de restricciones injustificadas) en materia de imposición directa.

Tal afirmación supone una importante aportación de la sentencia *Verkooijen* que delimita el verdadero alcance de la libre circulación de capitales y movimiento de pagos y que, además, contribuye a clarificar las medidas nacionales que resultan compatibles con la misma. En este sentido, el TJCE admite las diferencias de trato y restricciones fiscales que tengan como fundamento objetivo un razón imperiosa de interés general, esto es, confirma la aplicación de su doctrina sobre las exigencias imperativas de interés general («*mandatory requirements*»). Se observa, entonces, una tendencia a unificar, también en el ámbito tributario, las exigencias de las cuatro libertades comunitarias y la operatividad con respecto a ellas de estas exigencias imperativas.

Sin embargo, en el caso de autos se rechazó la concurrencia de tal justificación objetiva en la medida en que se demostró que la norma nacional neerlandesa perseguía, con carácter principal, desarrollar la economía del país fomentando la inversión de los particulares en sociedades domiciliadas en los Países Bajos; el TJCE reiteró su jurisprudencia conforme a la cual los «objetivos de carácter económico» no pueden constituir una razón imperiosa de interés general capaz de justificar una restricción fundamental garantizada por el TCE (casos *Decker,* C-120/95, Rec.1998, p.1831, y *Kohll,* C-158/96, Rec.1998, p.1931). El segundo argumento esgrimido por los Gobiernos de los Países Bajos y el Reino Unido posee mucho mayor calado, aunque corrió la misma suerte que el anterior; en este caso, se alegó que la norma nacional estaba fundamentada objetivamente al tener como finalidad preservar la «coherencia del sistema fiscal» neerlandés; en este sentido, se puso de relieve que la exención pretende atenuar los efectos de la doble imposición que resulta del solapamiento sobre la misma materia imponible (los beneficios obtenidos por las personas jurídicas) del Impuesto sobre Sociedades, que grava la renta positiva obtenida por las sociedades, y del IRPF, que somete a imposición la misma fuente de capacidad económica en forma de dividendos, y, por tanto, tal exención debe quedar reservada exclusivamente a los

contribuyentes que perciben dividendos de acciones de sociedades establecidas en los Países Bajos, porque sólo estas últimas son gravadas en este Estado miembro por los beneficios que han obtenido; allí donde la sociedad que reparte los dividendos se halla establecida en otro Estado miembro, los beneficios tributan en dicho Estado, por lo que no existe en los Países Bajos una doble imposición que deba compensarse; además, si se extendiera a esta última hipótesis la exención para los dividendos extranjeros ello provocaría una importante «pérdida recaudatoria» para el Fisco holandés, según el Gobierno de este país, o bien permitiría que se produjeran dobles exenciones (según el Gobierno del Reino Unido y de los Países Bajos).

El TJCE, como ya adelantamos, rechazó todas las causas de justificación esgrimidas. La alegación relativa a la «pérdida recaudatoria» fue excluída por el TJCE reiterando la jurisprudencia que la excluye del concepto de «razones imperiosas de interés general» (véase, por ejemplo, los casos *ICI, Saint-Gobain o X e Y II* examinados en el ámbito de la libertad de establecimiento). Por otro lado, la causa justificadora basada en la posibilidad de que el contribuyente disfrute de «dobles exenciones» o acumulación de «ventajas fiscales» en los diferentes Estados miembros afectados fue rechazada de plano trayendo a colación la jurisprudencia con arreglo a la cual la existencia de otras ventajas fiscales no puede justificar un trato fiscal desfavorable contrario a una libertad fundamental («el efecto de no compensación») (véanse, los casos *Avoir fiscal, Commerzbank* y *Saint-Gobain,* todos ellos examinados en relación con la libertad de establecimiento). Esta argumentación del TJCE, a nuestro juicio, no se ajusta totalmente a la alegación realizada por los Gobiernos del Reino Unido y Países Bajos que, entendemos, sugerían que la extensión de la exención en relación con los dividendos extranjeros abría la puerta a operaciones de planificación fiscal internacional. Por ello quizás hubiera sido más adecuada una respuesta del Tribunal de Justicia basada en su jurisprudencia sobre el «riesgo de evasión fiscal» como motivo justificador de restricciones a las libertades fundamentales. [56]

El tercer y más importante argumento esgrimido para justificar la diferencia de trato fiscal fue igualmente rechazado. El TJCE vuelve sobre su doctrina en torno a la «coherencia fiscal» (caso *Bachmann*) y reitera la aplicación del enfoque minimizador de esta causa de justificación que ha enarbolado en los últimos tiempos (véase el caso *ICI*). En concreto, se rechaza la aplicación de este fundamento objetivo en la medida en que no concurre su presupuesto, a saber: la existencia de un «vínculo directo» entre la norma nacional que se con-

[56] Véase el caso *ICI y X e Y II*, así como GARCÍA PRATS: "Las medidas tributarias antiabuso y el Derecho comunitario". En *Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los convenios de doble imposición y su compatibilidad con el Derecho comunitario.* IEF, Madrid, 2002.

sidere discriminatoria o restrictiva y una segunda disposición interna que constituya la otra cara o parte de la misma, de manera que la interrelación que media entre ambas constituya en sí misma un régimen jurídico-tributario completo y coherente (véanse los casos *Safir* e *ICI* examinados anteriormente). Tal vínculo directo existe cuando las dos normas interrelacionadas se proyectan sobre el mismo contribuyente, se refieren al mismo impuesto y acontece una suerte de compensación entre las mismas –así aconteció en *Bachmann*, donde existía una norma de exención y una segunda norma de imposición=diferimiento de la tributación. En el caso que nos ocupa el TJCE niega la existencia del referido «vínculo directo» entre la concesión de una exención del IRPF a los accionistas residentes en los Países Bajos en cuanto a los dividendos percibidos por ellos y la sujeción a gravamen de los beneficios de sociedades domiciliadas en otros Estados miembros; se considera que se trata de dos impuestos distintos que recaen sobre contribuyentes distintos; algunos autores consideran que el Tribunal de Justicia ha lanzado un mensaje a los Estados miembros con arreglo al cual "la eliminación de la doble imposición en el mercado interior no constituye una mera cuestión interna de los Estados". [57]

En relación con estas consideraciones no podemos menos que manifestar cierta extrañeza, por cuanto, a la postre, son indicativas de un, cuando menos, «peculiar» entendimiento sobre la cuestión de fondo que se ventilaba en este asunto, a saber: la integración del IS con el IRPF en relación con la percepción de dividendos extranjeros. No es este el lugar indicado para abundar sobre los presupuestos de la doble imposición económica o intersocietaria, pero no podemos menos que señalar que, a nivel internacional, se viene entendiendo que ésta concurre precisamente en los supuestos donde el TJCE niega su existencia; de hecho, el propio Tribunal de Justicia admitía, apenas un mes y medio antes de dictar la sentencia que nos ocupa, la existencia de doble imposición económica en el supuesto en el que ahora lo rechaza (véanse los apartados 34 a 39 del caso *Baars,* C-251/98, Rec. 2000 I-2787). Del mismo modo, debe señalarse que la aplicación de los métodos para evitar este fenómeno depende, fundamentalmente, del tipo de impuesto y del nivel de imposición soportado por la entidad que distribuye los dividendos y ello hasta el punto que cuando no existe tal impuesto o se ha exaccionado a un tipo muy bajo el contribuyente del IRPF no tiene derecho a aplicar técnica alguna para atenuar la eventual doble imposición residual concurrente. Con todo ello no queremos sino llamar la atención sobre el vínculo directo que existe entre la imposición sobre la renta de las personas jurídicas y las deducciones para atenuar la doble imposición económica sobre los dividendos en el IRPF, así como so-

[57] Vid.: LUPO: "Reliefs from economic double taxation on EU dividends: impact of the Baars and Verkooijen cases". *European Taxation*, vol.40, nº7, 2000, p.274; y LOPEZ RODRIGUEZ: "Comentarios a la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Verkooijen", *Crónica Tributaria*, nº 96, 2000, p. 157.

bre el escaso rigor técnico de la argumentación esgrimida por el TJCE en esta sentencia (la cual parece predeterminada desde un principio por el carácter discriminatorio de la norma holandesa). Cuestión distinta la constituye el que tales técnicas deban estar configuradas de forma no discriminatoria, tema que debe analizarse teniendo en consideración las diferentes situaciones en que pueden estar los repartos de dividendos «internos» y aquellos que tienen carácter «transfronterizo». En este sentido, se ha apuntado que la decisión del TJCE en *Verkoijen* y *Baars* podía haber sido distinta si la legislación neerlandesa exigiera que la entidad participada (residente) estuviera sujeta a un determinado nivel impositivo como condición para que el contribuyente partícipe pudiera aplicar la exención tributaria. [58]

A través de la doctrina *Verkooijen* y *Baars* el Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto la incidencia que posee el Derecho comunitario sobre el sistema de deducciones o bonificaciones fiscales que otorgan los Estados miembros con independencia de si éstas poseen carácter técnico, extrafiscal o articulan una cláusula con finalidad antiabuso; tales medidas fiscales no pueden ser ni restrictivas ni discriminatorias, salvo allí donde estuvieran justificadas y fueran proporcionales; la posición del TJCE de respecto de las causas de justificación cada vez resulta más estricta y lo mismo sucede en relación con la apreciación de la propocionalidad de la medida fiscal. Esta posición estricta del TJCE rechazando las razones de técnica tributaria que puede fundamentar determinadas medidas fiscales en un concreto sistema fiscal atendiendo a su configuración no deja de plantear graves problemas y objeciones desde una perspectiva jurídico-tributaria.

En el ámbito específico de las medidas para eliminar la doble imposición económica sobre dividendos entendemos que las sentencias comunitarias antes citadas no pueden entenderse como una convalidación comunitaria de un concreto sistema de integración de impuestos, ni tampoco de una concreta orientación de política fiscal y económica a la hora de llevar a cabo tales deducciones (vid., por ejemplo, la reciente STJCE *de Groot*, Asunto C-385/00, 2002, aún no publicada en la Recopilación, en la que el TJCE declaró contraria al Derecho comunitario la forma de aplicar el método de exención con progresividad en Holanda a los contribuyentes personas físicas, pues tenía el efecto de no tomar en cuenta totalmente su situación personal y familiar totalmente el contribuyente obtenía rentas de otros Estados miembros). No puede, creemos, entenderse que el TJCE imponga una técnica de eliminación de la doble imposición (exención o imputación), ni tampoco la neutralidad en la importa-

[58] Vid. LUPO: "Reliefs from economic double taxation on EU dividends: impact of the Baars and Verkooijen cases", op. Cit. p.274, haciéndose eco de la indicación realizada por el A.G. en el punto 39 de sus conclusiones a *Baars*.

ción de capitales (*CIN*) o la neutralidad en la exportación de capitales (*CEN*); buena muestra de ello la aporta la propia Directiva 90/435/CEE que permite a los Estados miembros elegir entre ambos métodos. No obstante, no puede ocultarse que la compatibilidad con el Derecho comunitario (régimen de ayudas de Estado) del método de exención puede plantear ciertas dudas allí donde estuviera configurado de forma "selectiva" [59] o restrictiva de las libertades comunitarias (vid. la STJCE *De Groot*); tampoco puede ocultarse que existen estudios que consideran que la aplicación del método de imputación favorece la inversión nacional podría resultar contrario al TCE por cuanto desincentiva la actividad o inversión transfronteriza al estar configurado, principalmente, de forma que fortalezca la imposición en el Estado de la residencia absorbiendo los eventuales "incentivos fiscales" establecidos en el Estado de la fuente. [60] Con todo, no puede olvidarse que esta materia es competencia exclusiva de los Estados miembros y el TJCE no puede entrar a definir el sistema de integración de impuestos dado que ello contravendría el TCE al excederse en sus funciones y vulnerar el principio de subsidiariedad. Ahora bien, tras la STJCE *De Groot*, cabe afirmar que el TJCE ha creado un auténtico derecho a la eliminación de la doble imposición en sede comunitaria y a que el método elegido por los Estados miembros, sea el de exención o imputación, esté configurado de forma tal que no produzca resultados discriminatorios o restrictivos. En particular, el TJCE afirmó que el Estado de residencia con carácter general está obligado a gravar al contribuyente (residente) de manera "global" apreciando su capacidad contributiva resultante de computar el conjunto de sus ingresos y de tener en cuenta su situación personal y familiar; la obligación comunitaria de eliminación de la doble imposición internacional que recae sobre el Estado de residencia se extrae del reconocimiento por parte del TJCE de la funcionalidad asignada internacionalmente al Estado de residencia como Estado que debe someter a imposición al contribuyente de forma global, esto es, contemplando toda su capacidad contributiva y adaptándo tal gravamen a la situación personal y familiar del contribuyente; la no eliminación de la doble imposición internacional por parte del Estado de residencia de un contribuyente generaría unos obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales de tal calibre que el TJCE no dudaría en calificarlos como restrictivos desde un punto de vista comunitario y una contravención de la función que tiene asignada tal Estado de acuerdo con el Derecho tributario internacional; con todo, no deja de ser relevante (por infrecuente) que el

[59] Vid. NIJKAMP: "Landmark agreement on EU tax package: new guidelines strecht scope of EU Code of Conduct". *EC Tax Review*, nº3, 2001, p.151; y CALDERÓN CARRERO: "Algunas consideraciones sobre la interrelación entre los Convenios de doble imposición y el Derecho Comunitario Europeo", op. Cit. pp.28-31.

[60] Véase, por ejemplo, el informe: *Company Taxation in the Internal Market* COM(2001)582 final, pp.358-359, así como vid.: MARTÍN JIMÉNEZ: *Towards Corporate Tax Harmonization...*, op. Cit. Capítulo 2; y VOGEL: "Which method should the EU adopt for the avoidance of double taxation?", *BIFD*, January 2001, pp.8-11.

TJCE acuda al Derecho tributario internacional para fundamentar un pronunciamiento de incompatibilidad de una normativa nacional claramente restrictiva desde el punto de vista comunitario; tal circunstancia es tanto más sorprendente si se considera que, por un lado, el TJCE acostumbra a razonar en términos económicos y desde una perspectiva comunitaria y no atendiendo a principios tributarios nacionales, y, por otro, considerando que la eliminación de la doble imposición internacional viene fundamentándose, no tanto, en el principio (nacional) de capacidad contributiva sino atendiendo a sus negativos efectos obstaculizadores del comercio e inversión transnacionales (necesidad de neutralidad fiscal) y a los principios internacionales de reparto del poder tributario entre el Estado de la fuente y el de la residencia. [61] Con todo, el TJCE no entró a delimitar la vía (unilateral o convencional) o el método para eliminar la doble imposición internacional al ser éstas cuestiones competencia de los Estados miembros, a falta de norma comunitaria. Asimismo, el TJCE declaró que el Estado de residencia no tiene la obligación de gravar a sus residentes con arreglo a su capacidad económica global y atendiendo a sus circunstancias personales y familiares cuando: a) los Estados miembros a través de un convenio modifiquen esta función de Estado de residencia garantizando en todo caso que la situación personal y familiar de los contribuyentes se ha tenido en cuenta en su integridad; y b) el Estado de la fuente o actividad, mediando o no convenio, concede ventajas sobre los ingresos que grava, al objeto de tener en cuenta su situación personal y familiar. De la sentencia *De Groot* resultan importantes consecuencias en relación con los métodos para eliminar la doble imposición internacional. El método de exención debe reconfigurarse de manera que las bases imponibles extranjeras sean tenidas en cuenta –pero no gravadas– a efectos de computar las deducciones personales y familiares o toda disposición de subjetivación del impuesto y de adaptación a la capacidad contributiva. La misma idea debe trasladarse al método de imputación, lo cual podría conllevar, además, su aplicación con posterioridad a las deducciones personales y familiares, así como el establecimiento de mecanismos de traslación hacia el futuro (*carry forwards*) de las cantidades no deducidas por insuficiencia de cuota; [62] consideramos que no existe obligación comunitaria de que el Estado de residencia emplee el método de imputación íntegra (y no la ordinaria) asumiendo la deducción total del impuesto extranjero superior al nacional, toda vez que el propio TJCE ha afirmado que las consecuencias desfavorables que pudiese entrañar en este caso la imputación ordinaria se derivan principalmente de las dis-

[61] Vid. CALDERÓN CARRERO: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación.* McGraw-Hill, Madrid, 1997.

[62] Vid. CALDERÓN CARRERO: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación.* op. Cit. pp. 236 y ss.

paridades entre las escalas de gravamen de los Estados miembros, cuya fijación es competencia de éstos al no existir una normativa comunitaria en la materia (*Gilly* y *De Groot*); por otro lado, el TJCE también parece aceptar que los mecanismos utilizados por los Estados en relación con la doble imposición eliminen o "atenúen" sus efectos, siempre que suprimieran de forma relevante la restricción al ejercicio de la libertad fundamental. Ciertamente, esta jurisprudencia posee mayor incidencia de cara a la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición en el IRPF que en el IS, ya que en este último abundan las deducciones técnicas y extrafiscales pero no las dirigidas a la subjetivación del impuesto en sentido estricto; no obstante, tampoco debe perderse de vista que en el IS también existen normas donde se toman en consideración la base imponible (nacional y extranjera) obtenida por el contribuyente a efectos de computar y aplicar determinadas deducciones (véanse, por ejemplo, los arts.23 LIS, 20 quater.2 LIS y art.20.2 ley 49/2002). No pensamos que de esta jurisprudencia se desprendan límites materiales respecto del poder tributario del Estado de residencia a la hora de determinar qué rentas deben estar sujetas y cuáles no a sus impuestos sobre la renta.

En suma, lo cierto es que la STJCE *Verkoijen,* junto con la citada *De Groot*, tiene un nada desdeñable impacto sobre los ordenamientos tributarios de los Estados miembros. Así, por ejemplo, la inexistencia de una deducción por doble imposición económica en el IRPF respecto de los dividendos extranjeros que perciba una persona física, no deja de suscitar muchas dudas sobre su compatibilidad con el Derecho comunitario. [63] Esto mismo ocurre con respecto a las sociedades patrimoniales que sustituyen a las antiguas sociedades transparentes desde 1 de enero de 2003, que tampoco pueden eliminar la doble imposición económica en relación con participaciones en sociedades residentes en la UE. Algún autor ha observado cómo el Derecho comunitario ha comenzado a provocar en Europa una tendencia hacia la "restricción de la integración de impuestos" (IRPF e IS); [64] un buen ejemplo de ello lo aporta la nueva deducción para eliminar la doble imposición económica en el IRPF establecida en el año 2000 por Alemania (*the new half dividend exemption*). Sin embargo, lo que en nuestra opinión realmente ocurre en la Unión Europea es que los Estados se están replanteando una redistribución de los beneficios fiscales entre las inversiones internas y externas con el fin de cumplir con los requisitos del Dere-

[63] En el mismo sentido, vid. LÓPEZ RODRÍGUEZ: "Comentarios a la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Verkooijen", op. Cit. p.157; y Almuni/Serrano, " Doble imposición económica internacional y Derecho comunitario: repercusión de la jurisprudencia del TJCE en el ordenamiento español (y II)", *QF,* Noviembre 2002-II, p.16.

[64] AVI-YONAH, R.: "Back to the 1930s? The shaky case for exempting dividends": *Tax Notes International,* vol.29, nº1, 2003, pp.91 y ss.

cho comunitario. Está claro, tras la jurisprudencia que hemos examinado, que los sistemas de integración entre el IRPF y el IS deben configurarse de forma no discriminatoria, de ahí que los Estados miembros comiencen a plantearse la extensión de la eliminación de la doble imposición también a las personas físicas que invierten en sociedades de otros Estados comunitarios. Por otra parte, no cabe negar que el método de imputación tradicionalmente busca favorecer la inversión en sociedades nacionales y puede presentar efectos *restrictivos* de las libertades comunitarias (sólo permite al contribuyente invertir en Estados con impuestos más altos, pues si lo hace en Estados con impuestos más bajos que el propio de residencia, la propia operativa del método de imputación eliminará la imposición más reducida), de ahí la huida del método de imputación como sistema de integración IRPF-IS que se está produciendo en la Unión Europea. [65] El hecho de que el sistema clásico de integración no plantee problemas de discriminación tampoco parece ser una solución válida, especialmente tras la importancia que concede el TJCE a la eliminación de la doble imposición en la STJCE *De Groot*. Probablemente, por lo anterior, se buscan soluciones intermedias entre el sistema clásico y el sistema de exención, como la *half dividend exemption* alemana.

En último análisis, la jurisprudencia comunitaria representada por el caso *Verkoijen,* en determinados casos (dependiendo de la legislación interna de cada Estado), podría constituir una superación o rebasamiento de la armonización legislativa llevada a cabo por el ECOFIN a través de la Directiva 90/435. [66] Con arreglo a esta sentencia los Estados miembros deben tratar de la misma forma la participación en un entidad no residente (comunitaria) que la participación en una entidad residente, a los efectos de la eliminación de la doble imposición intersocietaria; el método de *assimilation to a holding in a domestic subsidiary* es uno de los que propone el Comité Fiscal OCDE para eliminar la doble imposición intersocietaria internacional (para.52 de los comentarios al art.23 MC OCDE), pero tal método no coincide con los establecidos a tal efecto en la Directiva Matriz-Filial; esta última circunstancia suscita buen número de cuestiones que exceden de los límites de este trabajo; así, a título de ejemplo podría plantearse la compatibilidad de las cláusulas antiabuso del Estado de la residencia que sólo resultaran de aplicación a efectos de la aplicación de la deducción por doble imposición internacional y no lo fueran en relación con la doble imposición interna (en este sentido, la regulación de los métodos de eliminación de la doble imposición en la LIS plantea problemas evidentes a estos efectos, especialmente los art. 20.bis y 30 LIS).

Este efecto de "superación" de la armonización legislativa por vía jurispruden-

[65] Vid.: VOGEL: "Which method should the EU adopt for the avoidance of double taxation?", op. Cit. pp.8-11.

[66] De la misma opinión se ha mostrado GARCÍA PRATS: ("The future of the income taxation under EC law requirements". *EC Tax Review*, nº3, 2002, pp.141-142), respecto de la aplicación de tal directiva a los EPs.

cial, sin embargo, depende de la legislación interna de cada Estado (del concreto sistema elegido para la eliminación de la doble imposición económica sobre dividendos nacionales) y, además, se limita a los "dividendos de entrada" pero no a los "dividendos de salida"; los dividendos pagados por una persona residente a una persona no residente (ambos nacionales comunitarios) pueden gravarse en el Estado de la fuente, a menos que concurran las circunstancias previstas para la exención de la retención definitiva (*withholding tax*) establecidas en la Directiva 90/435. En este sentido, consideramos que la sentencia del TJCE en el caso *Comisión/Bélgica* (C-478/98, de 26 de septiembre de 2000), donde declara incompatible con la libre circulación de capitales una norma belga que establece una emisión de Deuda Pública excluyendo a los no residentes atendiendo a que los rendimientos del capital mobiliario no estaban sujetos a retención fiscal, no puede entenderse en el sentido de excluir las retenciones en origen sobre pagos a no residentes comunitarios, salvo en aquellos casos donde se haya establecido una exención tributaria a favor de los residentes y tal discriminación resulte injustificada o no guarde la necesaria proporcionalidad; no puede perderse de vista la doctrina *Saint-Gobain:* los Estados miembros son competentes para establecer los *criterios de imposición* de las rentas y del patrimonio, pero el *ejercicio del poder tributario* está sujeto y limitado por las normas del Derecho comunitario.

Para finalizar con la libre circulación de capitales, resta apuntar que existen un conjunto de asuntos donde se ha planteado ante el TJCE la compatibilidad de ciertas normas fiscales nacionales con esta libertad, sin embargo, en la medida en que este decidió que las normas nacionales vulneraban otras disposiciones del TCE (fundamentalmente, la libertad de establecimiento), el TJCE no consideró necesario determinar si existía igualmente una vulneración de la libre circulación de capitales (vid., por ejemplo, Asunto C-200/98, *X AB e Y* AB, 1999, y Asunto C-251/98, *Baars*, 2000, Rec.I-2787).