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

José Manuel Calderón Carrero
Adolfo Martín Jiménez

Profesores Titulares de Derecho Financiero y Tributario
Universidad 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 la Directiva Fusiones
C) La jurisprudencia del TJCE sobre la Directiva Matriz-Filial
IV. Conclusiones.

Resumen del contenido:

En la primera parte de este trabajo –publicado en el número anterior de esta misma revista— analizamos la incidencia de las libertades fundamentales del Tratado CE sobre el impuesto sobre Sociedades a la luz de la jurisprudencia comunitaria del TJCE. Ahora, se trata de examinar cómo el Tribunal de Justicia ha ido interpretando y perfilando el propio Derecho fiscal comunitario armonizado, esto es, las normas comunitarias dictadas por el ECOFIN con respecto al impuesto sobre sociedades establecido y regulado por los Estados miembros. Al final de este estudio recogemos las conclusiones que, a nuestro juicio, cabe extraer de toda la jurisprudencia expuesta en ambas partes.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE SOBRE EL DERECHO COMUNITARIO DERIVADO

A) INTRODUCCIÓN

Como es sabido, los esfuerzos armonizadores de la Unión Europea en el campo de la imposición sobre las sociedades han sido muchos, pero los resultados son escasos. [1] Prácticamente, tales resultados se concretan en dos normas, la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, sobre el sistema común de imposición aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones relativos a sociedades de distintos Estados miembros, [2] más conocida como "Directiva Fusiones", y la Directiva 90/435/CEE, de 23 de julio de 1990, sobre el sistema común de imposición aplicable en el caso de sociedades matrices y filiales situadas en distintos Estados miembros, [3] la llamada "Directiva Matriz-Filial". Ambas normas han dado lugar a pronunciamientos del TJCE que es importante comentar aunque sea brevemente.

B) LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE SOBRE LA DIRECTIVA FUSIONES

La sentencia *Leur-Bloem* (STJCE de 17 de julio de 1997, asunto C-28/95, Rec. I-4161) constituye la primera decisión del TJCE relativa a la conocida como "Directiva Fusiones" (Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, en adelante citada como «Directiva fusiones»), [4] en concreto, sobre la interpretación de la cláusula anti-abuso que contiene esta norma comunitaria.

Los antecedentes de hecho que provocaron el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJCE son los siguientes. La Sra. Leur-Bloem es socio y administradora única de las sociedades Phoenix Uitzendorganisatie BV («Uitzendorganisatie»)

[1] Vid.: Martín Jiménez: *Towards Corporate Tax Harmonization...*, op. Cit.
[2] DOCE L225, de 20 de septiembre de 1990, p. 1.
[3] DOCE L 225, de 20 de septiembre de 1990.
[4] DOCE L 225, de 20 de agosto, p. 1.

y Phoenix Industrial BV («Industrial»), cuyo objeto social es el ejercicio de actividades de agencia de empleo temporal. La Sra. Leur-Bloem tiene la intención de adquirir las participaciones representativas del capital de Phoenix Holding BV («Holding»), sociedad de responsabilidad limitada sin actividad, mediante un canje de acciones: ella sería la única titular de las participaciones en Holding mientras que esta sociedad pasaría a ser la única titular de las participaciones en Uitzendorganisatie e Industrial. Tal operación de canje, en opinión de la Sra. Leur-Bloem, no determinaría la existencia de plusvalía alguna en relación a las participaciones que ella misma ostenta en Uitzendorganisatie e Industrial, pues podría acogerse a los preceptos de la legislación holandesa que establecen la exención de imposición sobre la renta en los supuestos de fusiones. Sin embargo, la Administración tributaria holandesa, en un dictamen previo a la realización de la operación, denegó la posibilidad de que la Sra. Leur-Bloem y las sociedades por ella controladas se acogieran al régimen especial previsto para los canjes de acciones: la ley holandesa que regula estas operaciones establece, como requisito de aplicación del régimen de exención (en realidad «diferimiento») de la tributación de las plusvalías, que la estructura societaria resultante del canje se realice con vistas a integrar con carácter permanente en una misma unidad, desde el punto de vista económico y financiero, las sociedades que participan en el canje. En opinión de la Administración holandesa, dicha unidad económica ya existía, pues la Sra. Leur-Bloem era la administradora única de Uitzendorganisatie e Industrial y, en consecuencia, la operación propuesta por la Sra. Leur-Bloem se realiza por motivos exclusivamente fiscales. Es preciso aclarar que la operación de canje propuesta por la Sra. Leur-Bloem no presenta ningún elemento internacional, por lo que, en principio, no se planteaban cuestiones relativas a la Directiva Fusiones. No obstante, la regulación que el legislador holandés realizó del régimen especial del canje de acciones para operaciones internas es sustancialmente igual a la normativa holandesa que incorporó al ordenamiento interno de ese país la Directiva Fusiones, por lo que la interpretación de la cláusula que limita los canjes de acciones estrictamente nacionales puede tener una incidencia indirecta en las operaciones de canje intracomunitarias. Como consecuencia de lo anterior, el órgano jurisdiccional holandés encargado de resolver la controversia suscitada entre la Sra. Leur-Bloem y la Administración tributaria holandesa entendió necesario plantear las siguientes cuestiones prejudiciales al TJCE: 1) ¿Se pueden plantear al TJCE cuestiones de interpretación de las disposiciones de una Directiva aunque tal norma no resulte de aplicación al caso concreto ante el tribunal, por no tratarse de una operación intracomunitaria, pero la intención del legislador fue aplicar al supuesto planteado una regulación análoga a la contenida en la Directiva?, 2) En caso de respuesta afirmativa, ¿es la legislación holandesa, y en particular la cláusula que prevé la necesidad de que la estructura resultante del canje se realice con vistas a una integración permanente, desde el punto de vista económico y financiero,

compatible con la definición de canje de acciones de la Directiva fusiones y con la cláusula anti-abuso del art. 11.1 de la norma comunitaria (este artículo dispone que los beneficios de la Directiva fusiones podrán denegarse cuando el objetivo principal de la operación sea el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que las operaciones reguladas por la Directiva no se efectúen por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como principal objetivo o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal)?, 3) ¿constituye un motivo económico válido a los efectos del art. 11.1 de la Directiva el hecho de que el canje de acciones se realice para lograr una compensación horizontal de pérdidas?

La primera cuestión sobre la que se pronunció el TJCE fue sobre su propia competencia para enjuiciar "situaciones internas" como la planteada en el asunto principal. A este respecto, debe señalarse que el órgano jurisdiccional nacional que remitió al TJCE la cuestión prejudicial preguntó, en primer lugar, al TJCE lo siguiente: ¿se pueden plantear al TJCE cuestiones de interpretación de las disposiciones de una Directiva aunque tal norma no resulte de aplicación al caso concreto ante el tribunal, por no tratarse de una operación intracomunitaria, pero la intención del legislador fue aplicar al supuesto planteado una regulación análoga a la contenida en la Directiva?

En la sentencia *Leur-Bloem*, el TJCE, en contra de la opinión del Abogado General, explícitamente mantuvo la validez de la jurisprudencia derivada de sentencias como *Thomasdünger* (C-166/84, Rec. 1985, p.3001), *Dzodzi* (C-297/88 y C-197/89, Rec.1990, p.3763) o *Gmurzynska-Bscher* (C-231/89, Rec.1990, p.4003) (con, posterioridad, vid. el Asunto 1/1999, *Kofisa Italia*, Rec. 2001 I-207 y Asunto C-267/99, *Adam*, Rec. I-7467) en las que se afirma que el TJCE es competente para pronunciarse sobre cuestiones prejudiciales relativas a disposiciones comunitarias en situaciones en las que los hechos del procedimiento principal se situaban fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario pero en las que dichas disposiciones de este Derecho habían sido declaradas aplicables bien por el Derecho nacional bien en virtud de meras disposiciones contractuales (párr. 27). Para el TJCE, si una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho comunitario con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones en contra de los propios nacionales o distorsiones de la competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse (párr. 32; esta jurisprudencia ha sido confirmada en una serie de asuntos: C-28/95, C-130/95, C-43/00 y C-306/99). Igualmente, el TJCE aclaró el sentido de la doctrina derivada de la STJCE *Kleinwort-Ben-*

son (C-346/94, Rec.1995, p.615), la excepción a la regla general: en esta sentencia el TJCE no se pronunció sobre la cuestión a él planteada porque la legislación nacional no seguía el Convenio de Bruselas en su totalidad, simplemente, utilizó esta norma como modelo y se limitó a reproducir algunos de sus términos, distinguiendo además entre las disposiciones aplicables a situaciones comunitarias y situaciones internas (en el primer caso, los órganos jurisdiccionales nacionales estaban vinculados por la interpretación del TJCE, en el segundo, podían apartarse de ella). Esta línea de jurisprudencia tiene un efecto fundamental para el ordenamiento tributario nacional: cuando para la regulación de situaciones nacionales el legislador español emplea la normativa comunitaria (piénsese en el régimen especial de los art. 97 y ss. LIS, aplicable a fusiones, escisiones aportaciones de activos y canje de valores nacionales, o en el sistema de imputación o exención para eliminar la doble imposición, que se aplica no sólo a los supuestos de dividendos percibidos de sociedades de otros Estados miembros de la Unión, sino también a las distribuciones realizadas por sociedades de Estados terceros, o a conceptos no regulados en la Directiva Matriz-Filial, como es el caso de la transmisión de participaciones) la interpretación de ésta que realice el TJCE puede trasladar sus efectos a situaciones no previstas en la norma comunitaria inicialmente.

Respecto al fondo del asunto, el TJCE contestó a las preguntas planteadas en torno a la interpretación de la cláusula anti-abuso de la Directiva Fusiones. La STJCE deja claro cuál es el sentido del art. 11.1.a) Directiva Fusiones según el cual los Estados miembros están autorizados a no aplicar, en todo o en parte, las disposiciones de la Directiva o a denegar el disfrute de las mismas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones tenga como objetivo principal o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal. Para el TJCE, de este artículo se deduce que los Estados miembros pueden considerar que cuando las operaciones contempladas por la directiva no se hayan realizado por motivos económicos válidos, existe una presunción de fraude o evasión fiscal. No obstante, para contemplar si las operaciones en cuestión persiguen un objetivo de estas características, aclara el TJCE, los Estados miembros no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder caso por caso, a un examen global de la operación. No pueden, por consiguiente, establecerse cláusulas generales que impidan obtener los beneficios de la Directiva tanto si ha existido fraude como si no y tampoco a estos efectos es suficiente que normas generales del tipo mencionado incluyeran una mera posibilidad de excepción cuya aplicación por parte de la autoridad administrativa fuera facultativa. Igualmente, el TJCE interpretó el significado del concepto "motivos económicos válidos" que emplea el art. 11.1.a) Directiva: este concepto es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja fiscal, por lo que operaciones como una fusión, que simplemente persiguieran una compensación horizontal de pérdidas no pueden constituir un motivo

económico válido. Es decir, con la STJCE queda claro que las cláusulas anti-abuso de carácter general, susceptibles de impedir tanto operaciones que caigan dentro de los objetivos de la Directiva como maniobras de evasión o fraude fiscal, no están permitidas. Ahora bien, con ello, el TJCE no dio toda la razón a los contribuyentes y concedió a los Estados miembros la posibilidad de impedir operaciones con una motivación única y exclusivamente fiscal. Con esta idea, el TJCE parece que se adhirió a la posición de aquel sector de la doctrina que había defendido que ni la Directiva Fusiones ni la Directiva Matriz-Filial deben aplicarse a operaciones artificiales sin ningún propósito económico válido aparte de la obtención de una ventaja fiscal.

Desde una perspectiva general, es preciso subrayar que la STJCE Leur-Bloem está condicionada por el propio ámbito material que se considera: el concepto de abuso o fraude se encuentra estrechamente vinculado a los objetivos de la Directiva Fusiones. Por ello, no puede decirse que se trate de un concepto de aplicación general trasladable al ámbito de las libertades comunitarias, donde el TJCE se ha mostrado más abierto a las operaciones de planificación fiscal legítima siempre y cuando no entrañen un abuso o fraude de las normas comunitarias o nacionales (vid. en la sección sobre libertad de establecimiento, los comentarios a la STJCE *X e Y II* y *Lankhorst*).

En nuestro ordenamiento, la cláusula antiabuso de la Directiva ha sido recogida por el art. 110.2 LIS, un artículo que ha suscitado una cierta polémica acerca de su compatibilidad con el Derecho comunitario, especialmente, tras la reforma operada por la Ley 14/2000. Las diferentes opiniones doctrinales, administrativas y jurisprudenciales han sido expuestas magistralmente por el profesor PALAO; [5] este autor apunta la conexión de la cláusula anti-abuso de la Directiva de Fusiones con la doctrina jurisprudencial norteamericana (*anti-tax avoidance*) del *business purpose,* y cómo ésta viene aplicándose en sentido objetivo y restrictivo, especialmente en el marco de las reorganizaciones societarias y de la personalidad jurídica de sociedades; a juicio de este autor, el art.110.2 LIS "debe ser entendido como una presunción *iuris tantum* de la existencia de 'fraude o evasión fiscal'. Este carácter de la presunción significa que, pese a la ausencia *prima facie* de motivos económicos válidos cabe demostrar que la operación no tiene como finalidad el fraude o la evasión. Según el autor citado, tal posibilidad no está excluida por la sentencia *Leur-Bloem,* y se puede entender en el sentido de que la comprobación de la ausencia de motivos económicos válidos se identifica con la demostración del carácter fraudulento de la operación. Éste existe, aparte del improbable supuesto de que la operación constituya una infracción tributaria, cuando es simulada o se realiza en fraude a la ley, es

[5] Palao Taboada: "Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales", *RCT*, nº 235, 2002, pp. 66-110.

decir, cuando su causa es falsa o distinta de la que es propia de tal operación. Hay que tener aquí en cuenta, por un lado, la finalidad organizativa de las fusiones y escisiones, en cierto modo instrumental, y, por otro, la libertad de decisión que tiene que reconocerse al empresario". [6] En nuestra modesta opinión, las conclusiones del profesor PALAO pueden ser compartidas sustancialmente, pero no su razonamiento para llegar a las mismas. En un primer momento, así lo defendimos en el comentario al caso *Leur-Bloem*, [7] el TJCE pareció inclinarse por una interpretación de la cláusula antiabuso en el sentido de que la existencia de un mero motivo fiscal (no fraudulento o abusivo) no constituía un motivo económico válido y no permitía la aplicación del régimen especial de la norma comunitaria. Como pone de manifiesto el profesor PALAO, es cierto que de algunos párrafos de la decisión podía extraerse otra conclusión así como del tenor literal del art. 11 Directiva Fusiones, pero no es menos que, en el caso ad hoc, los motivos fiscales, sin ser fraudulentos o abusivos (compensación horizontal de pérdidas), no llevaron a la aplicación del régimen especial de la norma comunitaria, y así lo defendió el propio TJCE. Ahora bien, en nuestra opinión, la situación ha cambiado radicalmente desde la STJCE *X e Y II*, en la que, como indicamos más arriba, se reconoce un auténtico derecho al contribuyente a realizar una planificación fiscal adecuada a través del ejercicio de los derechos que le confieren las libertades comunitarias. En buena lógica, cabrá entender que, si las propias libertades comunitarias dan margen a la planificación fiscal lícita (las economías de opción como se conocen en España tradicionalmente), la cláusula del art. 11 Directiva Fusiones no puede, en tanto derecho comunitario derivado, ser interpretada de forma distinta. Es decir, el juego del efecto interpretativo que la norma de rango jerárquicamente superior (el derecho comunitario originario) debe ejercer sobre la norma inferior (el derecho derivado) impone la interpretación de que el art. 11 Directiva no puede prohibir operaciones de planificación fiscal lícita, especialmente cuando las mismas deriven del ejercicio por los contribuyentes de las libertades comunitarias; el límite principal a tales planificaciones se encuentra en la contravención objetiva y apreciada de forma casuística de los fines de la norma comunitaria material sobre la que pivote la operación realizada por el contribuyente (el abuso de derecho comunitario) (apartado 42 y ss. del caso *X e Y II*, y apartado 25 del caso *Centros*); nótese que tal límite también opera protegiendo indirectamente el "interés fiscal" de los Estados frente a planificaciones fiscales excesivamente agresivas o puramente elusivas; por el contrario, las cláusulas antiabuso nacionales que generen restricciones relevantes al ejercicio de las libertades fundamentales,

[6] Palao Taboada: "Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales", op. Cit. p. 106.

[7] Caamaño/Calderón/Martín: *Jurisprudencia Tributaria del TJCE*, 1996-1999, vol. 2, op. Cit. pp. 405 y ss.

con carácter general, resultarán incompatibles con el Derecho Comunitario a pesar de que persigan el control fiscal o la prevención del fraude o la evasión fiscal (véase el comentario al caso *Lankhorst).* En este sentido, cabe esperar que la jurisprudencia sobre el art. 11 Directiva Fusiones, en el futuro, evolucione en la línea que comentamos y, por tanto, se fije en los párrafos de *Leur-Bloem* donde el TJCE parecía dar a entender que las razones meramente fiscales, en tanto en cuanto no sean fraudulentas o abusivas, no impiden la aplicación del régimen fiscal de diferimiento previsto en la Directiva. Ni que decir tiene que, esta interpretación debiera trasladar sus efectos al art. 110.2 LIS, fundamentalmente, para concluir, como así hace el profesor PALAO, que su frase segunda no es más que una mera presunción que admite prueba en contrario.

Del caso *Leur-Bloem* pueden extraerse, asimismo, consecuencias de cara a la aplicación de otras cláusulas anti-abuso establecidas en la legislación interna española (art.13.1.g) LIRNR) así como en algunos de los Convenios de Doble Imposición concluidos por nuestro país (cláusulas de "limitación de beneficios"), las cuales no pueden ser abordadas en esta obra. [8]

La segunda sentencia del TJCE sobre la Directiva de Fusiones fue dictada el 15 de enero de 2002, en el asunto C-43/00, *Andersen og Jensen ApS Skatteministeriet* (caso *Andersen,* en adelante). Se trata de una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 2, letras c) e i), de la Directiva 90/434/CEE, esto es, sobre los conceptos de "aportación de activos" y "rama de actividad".

Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre Andersen og Jensen ApS y el Skatteministeriet (Ministerio de Hacienda danés), en relación con el tratamiento fiscal de una aportación de activos. La demandante era inicialmente una sociedad anónima danesa Randers Sport A/S, dedicada a la actividad de distribución al por mayor y al por menor de material deportivo. A fin de llevar a cabo un cambio generacional, en 1996 los accionistas de la demandante en el procedimiento principal constituyeron una nueva sociedad, Randers Sport Nyt A/S, a la cual debía transferirse la actividad de la empresa. De los autos se deduce que el capital social de Randers Sport A/S ascendía a 300.000 DKK y que el de Randers Sport Nyt A/S ascendía a 500.000 DKK. Dado que dichos accionistas deseaban que el capital propio existente quedara, esencialmente, al margen de las obligaciones a que estuviera sujeta la futura actividad y permaneciera en poder de la sociedad demandante en el procedimiento principal, ésta suscribió un préstamo de un importe de 10.000.000 de DKK, cuyo producto debía retener, mientras que la correspondiente obligación financiera debía transmi-

[8] Nos remitimos a lo expuesto en Caamaño/Calderón/Martín: *Jurisprudencia Tributaria del TJCE*, 1996-1999, vol. 2, op. Cit. pp. 422 y ss.

tirse a Randers Sport Nyt A/S. Se estipuló asimismo que se asegurarían las necesidades de tesorería de Randers Sport Nyt A/S mediante una línea de crédito concedida por una entidad financiera que, como garantía, exigiría un derecho de prenda sobre la totalidad de las acciones representativas del capital social de esta última. Por lo demás, se previó que la demandante en el procedimiento principal conservaría un reducido número de acciones de una sociedad tercera, que se encontraba entonces en fase de liquidación. La demandante en el procedimiento principal solicitó al Ligningsråd, la más alta autoridad administrativa danesa en determinados ámbitos relacionados con el Derecho tributario, autorización para proceder a la aportación de activos considerada disfrutando de la exención fiscal prevista en los artículos 15 c y 15 d de la ley danesa de fusiones. El Ligningsråd respondió que la autorización solicitada estaba sujeta, con carácter acumulativo, a dos condiciones: a) el importe obtenido del préstamo de 10.000.000 de DKK y la deuda relativa al mismo debían imputarse totalmente a la sociedad transmitente o bien transferirse globalmente a la sociedad beneficiaria de la aportación; y b) ni la sociedad transmitente, ni los principales accionistas que son personas físicas, ni terceros debían constituir garantías -mediante fianza, prenda, depósito o de otra forma- a favor de la sociedad beneficiaria de la aportación. El 15 de marzo de 1997 la demandante en el procedimiento principal interpuso un recurso ante el Vestre Landsret contra el Skatteministeriet con objeto de que se examinara la legalidad de las condiciones impuestas por el Ligningsråd. El Vestre Landsret considera que, aunque el litigio principal se inscribe en un contexto puramente nacional, su resolución depende de la interpretación de normas comunitarias. A este respecto, se remite a los trabajos preparatorios y al texto de las disposiciones de la fusionsskattelov aplicables, de las que, a su juicio, resulta que el legislador danés quiso que dichas disposiciones fueran objeto de una aplicación uniforme a las operaciones nacionales y a las que afectaran a varios Estados miembros. Basándose en la sentencia de 17 de julio de 1997, *Leur-Bloem* (C-28/95, Rec. p. I-4161), estima que, en estas circunstancias, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial. Por consiguiente, el Vestre Landsret decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales sobre si la interpretación que las autoridades danesas habían realizado de la ley interna sobre fusiones era compatible con la noción comunitaria de "aportación de activos" y "rama de actividad".

La primera cuestión a la que se refiere el TJCE tiene que ver precisamente sobre su competencia para enjuiciar el caso *Andersen*.

El Tribunal de Justicia siguió en este punto su propio precedente establecido a través de la sentencia *Leur-Bloem* (C-28/95, Rec.1997, p.4161). Como ocurrió en tal sentencia respecto de la legislación neerlandesa, aquí el legislador danés decidió dar el mismo trato a las situaciones puramente internas y a las que se regulan

por la Directiva y, a tal fin, ajustó al Derecho comunitario las normas por las que se rigen las situaciones puramente internas. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando, como en el asunto principal, una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho comunitario con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones en contra de los propios nacionales o de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia se consideró competente para conocer del caso planteado e interpretar las disposiciones de la Directiva de Fusiones, aunque éstas no rijan directamente la situación controvertida en el caso de autos. Esta posición del TJCE contrasta con la mantenida por varios Abogados Generales (Mancini y Tesauro) en casos precedentes (*Thömasdürger, Dodzi, Kleinwort-Benson* y *Leur-Bloem*); resulta reseñable que el A.G. Tizzano en el caso *Andersen* se hizo eco de la jurisprudencia *Leur-Bloem* pronunciándose a favor de la admisibilidad de la cuestión prejudicial. Así, el caso que nos ocupa viene a consolidar la posición del TJCE, la cual posee una notable incidencia de cara a la interpretación de la legislación fiscal interna española sobre Fusiones (arts.97 y ss. LIS): la interpretación que realice el Tribunal de Justicia sobre la Directiva de Fusiones resulta trasladable a la legislación interna española basada en tal Directiva, aunque tal regulación afecte a casos o situaciones puramente internas; [9] no obstante, no se debe olvidar que "corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar el alcance exacto de esa remisión al Derecho comunitario, puesto que la competencia del TJCE se limita únicamente al examen de las disposiciones del Derecho comunitario" (*Leur-Bloem*). Se ha argumentado que esta jurisprudencia potencia y refuerza la influencia indirecta (*knock-on effect*) que viene ejerciendo el Derecho comunitario respecto de la legislación tributaria interna de los Estados miembros, toda vez que algunas normas comunitarias (v.gr., la Directiva de Fusiones) han tenido una mayor incidencia respecto de la ordenación de operaciones internas o estrictamente nacionales que a efectos de regular las operaciones intracomunitarias o transfronterizas que constituyen su objeto. [10]

Respecto a las cuestiones materiales planteadas, esto es, la interpretación de los artículos 2 y 4 de la Directiva de Fusiones, el Tribunal de Justicia vino a establecer lo siguiente. Por un lado, declaró que del texto del artículo 2, letras c) e i), de la Directiva, así como del artículo 4, apartado 1, de ésta, se desprende que para que la

[9] Vid. Caamaño/Calderón/Martín: *Jurisprudencia Tributaria del TJCE*, 1996-1999, vol. 2, op. Cit. pp. 415-419.

[10] Vinther: "The indirect effects of Community Law on Domestic tax law: succession as a primary example", *European Taxation*, March 2002, pp. 123 y ss.

Directiva sea aplicable a una aportación de activos, ésta debe referirse al conjunto de los elementos de activo y de pasivo relativos a una rama de actividad. Según el artículo 2, letra i), de la Directiva, sólo un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios puede constituir tal rama de actividad. El legislador comunitario consideró necesario que los elementos de activo y de pasivo inherentes a una rama de actividad sean íntegramente transferidos. De esta forma, la retención por la sociedad transmitente del capital de un préstamo de elevada cuantía objeto de un contrato celebrado por ésta y la transmisión a la sociedad beneficiaria de la aportación de las obligaciones derivadas del préstamo implican una disociación entre dichos elementos, lo cual significa que la operación de préstamo controvertida en el asunto principal no cumple las exigencias del artículo 2, letras c) e i), de la Directiva de Fusiones. En este sentido, parece llevar razón el A.G. Tizzano cuando señaló la anomalía de la operación por la que se pretendía transferir a la sociedad beneficiaria la actividad de comercialización de artículos deportivos junto con la obligación de reembolsar un capital destinado a una actividad diferente que, tras quedar dispensada del correspondiente elemento del pasivo, debía permanecer, en cambio en la sociedad transmitente (punto 24 de las conclusiones del A.G.). La posición del TJCE sobre este punto ha sido, no obstante, criticada por un sector de la doctrina que ha puesto de relieve cómo en la práctica se realizan operaciones de reestructuración empresarial legítimas o de buena fe cuyo éxito o realización requiere de la disociación de derechos y obligaciones relativos a un mismo activo o posición patrimonial. [11] En cuanto a la circunstancia de que la sociedad transmitente haya conservado un reducido número de acciones de una sociedad tercera, el TJCE y el propio A.G.Tizzano coincidieron a la hora de observar que tal circunstancia puede ser suficiente para excluir una transmisión de la totalidad de las actividades de la sociedad transmitente pero no la transmisión de una rama de actividad independiente de dicha participación. Es decir, la circunstancia de que la sociedad transmitente de los activos conserve un reducido número de acciones de una sociedad tercera no excluye tal operación de aportación de activos del ámbito de aplicación de las disposiciones de la Directiva de Fusiones, aunque tal operación no podrá ser considerada como una transmisión de la totalidad de las actividades de la transmitente.

La última cuestión material que aborda el TJCE se refiere a la interpretación del concepto de "explotación autónoma" previsto en el artículo 2, letra i), de la Directiva. En concreto, se pregunta al Tribunal de Justicia si tal precepto debe interpretarse en el sentido de que una explotación autónoma, es decir, un con-

[11] Vinther/Werlauf: "Community Law and the independent business as interpreted by the ECJ in Andersen & Jensen", *European Taxation*, vol. 4, nº 6, 2002, pp. 441 y ss.

junto capaz de funcionar por sus propios medios, puede también existir cuando deben satisfacerse las futuras necesidades de tesorería de la sociedad beneficiaria mediante un crédito de explotación que debe conceder una institución financiera que exige, en particular, que los accionistas de la sociedad beneficiaria de la aportación cedan en garantía las acciones representativas del capital social de dicha sociedad. El TJCE recordó que el artículo 2, letra i), de la Directiva define el concepto de "rama de actividad" como «el conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división de una sociedad que constituyen desde el punto de vista de la organización una explotación autónoma». Según el Tribunal de Justicia, de tal precepto se desprende que el funcionamiento autónomo de la explotación debe apreciarse, en primer lugar, desde el punto de vista del funcionamiento –los activos transferidos deben poder funcionar como una empresa autónoma sin necesidad, a tal fin, de inversiones o aportaciones adicionales– y sólo en segundo lugar, desde el punto de vista financiero. El hecho de que una sociedad beneficiaria de una aportación recurra a un crédito bancario en las condiciones normales de mercado no puede, en sí mismo, excluir que la explotación aportada tenga un carácter autónomo, ni siquiera cuando garantizan el crédito los accionistas de la sociedad beneficiaria de la aportación, quienes afectan sus acciones en dicha sociedad en garantía del crédito concedido; el hecho de que la entidad beneficiaria contrate préstamos con entidades independientes para financiarse, en principio, no excluye su autonomía funcional efectiva, aunque tal préstamo esté garantizado por los socios de la entidad transmitente. Tal afirmación fue matizada acto seguido en el sentido de que puede ser distinto el caso en el que la situación financiera de la sociedad beneficiaria de la aportación, apreciada en su conjunto, obligue a considerar que muy probablemente no podrá sobrevivir por sus propios medios; ello puede suceder, según el Tribunal de Justicia, cuando los ingresos de la sociedad beneficiaria de la aportación resulten insuficientes en relación con los intereses y con la amortización de las deudas asumidas. Por tanto, el Tribunal de Justicia, en línea con lo postulado por el A.G.Tizzano (punto 32 de sus conclusiones) parece posicionarse a favor de un examen casuístico para determinar la concurrencia del requisito de autonomía funcional efectiva de la sociedad beneficiaria y que tal examen contemple la situación financiera global de tal entidad; de esta forma, una legislación de un Estado miembro excluyera en términos absolutos la concurrencia de este requisito sin permitir la prueba en contrario resultaría dudosamente compatible con el Derecho comunitario (recuérdese en este mismo sentido la jurisprudencia *Leur-Bloem*). El TJCE consideró que la apreciación del carácter autónomo de la explotación debe reservarse al órgano jurisdiccional nacional, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.

La jurisprudencia resultante del caso *Andersen,* como ya hemos apuntado, resulta trasladable a la aplicación del régimen especial de fusiones, escisiones, apor-

taciones de activos y canjes de valores previsto en los arts.97 y ss. de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del IS. A nuestro entender, la regulación española no contraviene las conclusiones alcanzadas por el TJCE, aunque a partir de ahora tendrá que interpretarse en línea con lo declarado en *Andersen.* En particular, entendemos que el art.97.4 LIS cuando define el concepto de rama de actividad haciendo referencia a "un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios", no puede interpretarse en el sentido de excluir la existencia de tal rama cuando la entidad beneficiaria contrata préstamos para financiarse, a pesar de que éstos sean garantizados por la sociedad transmitente o sus socios. Parece que esta interpretación ya venía siendo compartida en cierta medida por el legislador español, dado que este mismo precepto establece que "Podrán ser atribuidas a la sociedad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan"; esta cláusula final –introducida por la ley 50/1998, de 30 de diciembre– resulta perfectamente compatible con la sentencia *Andersen;* no obstante, entendemos que también podrían ser atribuidas a la sociedad adquirente las deudas contraídas para el desarrollo de la *actividad económica* que va a realizar la sociedad beneficiaria. La doctrina de la DGT, en términos generales, también parece moverse dentro del perímetro de compatibilidad comunitaria, dado que generalmente excluye la existencia de rama de actividad cuando la entidad beneficiaria no desarrolla por sí misma una actividad económica (meras aportaciones de activos, como inmuebles: RRDGT de 5 de febrero de 1997 y 13 de septiembre de 1999) o cuando la actividad desarrollada no es ni autónoma ni diferenciada de la desarrollada por la transmitente (RDGT de 16 de mayo de 1997); por otro lado, se ha considerado que la aportación de un establecimiento permanente que constituye rama de actividad puede beneficiarse del régimen especial (RDGT de 16 de diciembre de 1998); existan, no obstante, algunos pronunciamientos más problemáticos; [12] también algunos pronunciamientos realizados por los tribunales suscitan consideraciones críticas; puede citarse la STSJ de La Rioja de 17 de mayo de 1997 (JT1997, Ar.750) donde se afirma respecto del concepto de rama de actividad que "el único requisito exigido para que una operación pueda considerarse como aportación no dineraria de rama de actividad es que han de ser transmitidos todos y cada uno de los elementos necesarios afectos a la actividad diferenciada que se transmite", afirmación que, a nuestro juicio, no se deduce de la ley ni de la doctrina administrativa prevalente. [13]

C) LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE SOBRE LA DIRECTIVA MATRIZ-FILIAL

La primera ocasión en la que el TJCE

[12] Vid. López Santacruz: *Operaciones de reestructuración empresarial*, Francis Lefevre, Madrid, 2000, p. 446.

[13] En el mismo sentido, Palao Taboada: "Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales", op. Cit. p. 106.

se pronunció sobre la Directiva Matriz-Filial fue en los Asuntos Acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94, *Denkavit, VITIC, Vormeer*, Rec. 1996 I-5063. En los tres asuntos acumulados, tres sociedades holandesas cuestionaron la adecuación de la legislación alemana que incorporó en el ordenamiento alemán la Directiva Matriz-Filial con el tenor de los art. 3.2 y 5 de esta norma. La normativa interna alemana, de conformidad con el art. 5.3 Directiva (este último, recordemos, estableció para Alemania una excepción al principio general contenido en la Directiva de eliminación de la retención en la fuente para dividendos distribuidos por una filial a su matriz), contemplaba un tipo reducido del 5 por 100 en relación con la retención en la fuente aplicable en los supuestos de distribuciones de dividendos de filiales alemanas a sus matrices residentes en otros países de la Unión Europea, siempre y cuando, en el momento del devengo del impuesto alemán sobre rendimientos del capital mobiliario, la sociedad matriz pueda acreditar que ha poseído una participación en la filial alemana no inferior a un cuarto del capital mobiliario de ésta, como mínimo e ininterrumpidamente desde doce meses antes de la distribución de dividendos que la filial realice a la matriz.

Las sociedades Denkavit BV, Vitic BV y Vormeer BV, todas ellas residentes en Holanda y con filiales en Alemania, entendieron que la condición establecida por el legislador alemán, que requería la tenencia de la participación en la filial alemana durante, al menos, un año para beneficiarse del tipo reducido del 5 por 100 en la retención aplicable sobre dividendos remitidos por las filiales alemanas a sus matrices residentes en otro Estado miembro de la CE, es contraria al artículo 3.2. de la Directiva Matriz-Filial, pues este artículo no establece la necesidad de que el período de tenencia de un año se cumpla con anterioridad a la distribución de dividendos, sino que ese período puede cumplirse a posteriori. En consecuencia, las tres sociedades holandesas entendían que es posible invocar ante la Administración alemana las disposiciones de la Directiva que establecen un tipo reducido de retención en la fuente igual al 5 por 100 aplicable a los dividendos, dejando inaplicada la disposición interna alemana contraria a la Directiva. Tras el correspondiente procedimiento administrativo ante las autoridades tributarias alemanas, las tres compañías interpusieron un recurso jurisdiccional y el órgano jurisdiccional se dirigió al TJCE por la vía de la cuestión prejudicial.

El TJCE interpretó que, al establecer la propia Directiva Matriz-Filial que su finalidad es eliminar la penalización a la cooperación entre sociedades situadas en distintos Estados miembros en relación con la cooperación de sociedades de un mismo Estado, no puede admitirse que la exención de imposición en la fuente prevista en el art. 5 Directiva, o el tipo reducido de retención que se permite aplicar a Alemania, puedan someterse a la condición de que la matriz haya tenido la participación relevante a los efectos de la Directiva durante el año anterior a la distribución de dividendos por la sociedad filial.

Esta interpretación vendría avalada, según el TJCE, por el hecho de que el artículo 3.2 Directiva Matriz-Filial, al definir qué sociedades pueden ser consideradas como matrices a efectos de la Directiva, concede a los Estados miembros la posibilidad de establecer la condición de que la sociedad matriz deba poseer la participación en la filial durante un período determinado, pero no condiciona el disfrute de las ventajas que la Directiva otorga al hecho de que la participación se mantenga hasta que ese período haya finalizado. Tampoco puede entenderse que el artículo 1.2 (cláusula general antiabuso) de la Directiva ampare la interpretación realizada por el legislador alemán, pues, en opinión del TJCE, el artículo 1.2 "es una disposición de principio, cuyo contenido se explicita con detalle en el apartado 3.2 de la misma Directiva", siendo la finalidad de esta última disposición la de combatir "los abusos resultantes de la adquisición de participaciones en el capital de sociedades con el único fin de beneficiarse de las ventajas fiscales [de la Directiva], y que no esté [la adquisición] destinada a conservar las participaciones durante un tiempo". En consecuencia, de conformidad con el art. 3.2. Directiva, los Estados miembros no pueden supeditar la concesión de la exención (o el tipo reducido) de retención sobre los dividendos que una filial remite a su matriz al requisito de que, en el momento de la distribución de dividendos, la sociedad matriz haya poseído una participación en la filial durante el período mínimo fijado por los Estados miembros, ya que este período podría cumplirse a posteriori. No obstante, el TJCE reconoció que los Estados miembros son libres para determinar las modalidades que mejor garanticen el cumplimiento del período de tenencia del art. 3.2 Directiva Matriz-Filial (la Directiva no obliga a conceder de inmediato la exención sin haber cumplido el período de tenencia, sino que de la STJCE se desprende que es posible una retención inicial con devolución posterior si se cumple el período de tenencia).

La STJCE *Denkavit, Vitic, Vormeer* fue especialmente importante para el ordenamiento español, pues obligó al legislador a modificar las disposiciones de nuestro ordenamiento que requerían un período de tenencia de la participación y que eran desarrollo de la Directiva Matriz-Filial. [14]

Con posterioridad, el TJCE se vio confrontado nuevamente con un caso relativo a la Directiva Matriz-Filial en *Epson Europe BV* (Asunto C-375/98*, Ministerio Público y Fazenda Pública/Epson Europe BV,* Rec. 2000, p. I-4243). En 1993, la sociedad Epson Portugal SA decidió distribuir dividendos a su matriz en Europa, Epson Europe BV. Tal distribución de dividendos se encontraba gravada por el Impuesto sobre Sociedades portugués, pero, además, se le

[14] Para un estudio detallado de estas modificaciones y de la evolución de la legislación española para adaptarse a la sentencia que comentamos, vid. Caamaño/Calderón/Martín: *Jurisprudencia Tributaria del TJCE*, 1996-1999, vol. 2, op. Cit., en particular, el comentario a la STJCE *Denkavit, Vitic, Vormeer*.

aplicaba el Impuesto portugués sobre las Sucesiones y Donaciones ("ISD"), que incluye en su hecho imponible, en cada reparto de beneficios por una sociedad, los dividendos pagados por sociedades que tienen su sede en Portugal. En ambos casos, el sujeto pasivo de los tributos era Epson Europe, que decidió recurrir el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones alegando que el mismo era incompatible con el art. 5 Directiva Matriz-Filial, por ello, solicitaba la devolución de las cantidades indebidamente pagadas. Como se recordará, el mencionado artículo suprime las retenciones en la fuente ("*withholding taxes*") para las distribuciones intracomunitarias de beneficios cubiertas por la Directiva Matriz-Filial, aunque el párrafo 4 del art. 5 reguló una cláusula transitoria que permitía a Portugal el mantenimiento de las retenciones hasta 1999. El Tribunal Tributario de Primera Instancia de Oporto estimó el recurso de Epson Europe en su totalidad por estimar que el propio impuesto sobre sociedades exigido vía retención a Epson Europe alcanzaba los límites permitidos por el art. 5.4. Directiva Matriz-Filial, por lo que una tributación adicional en concepto de ISD privaría a la Directiva de toda eficacia. La Administración tributaria portuguesa apeló dicha sentencia ante el Supremo Tribunal Administrativo que, ante las dudas que se le planteaban acerca de si la Directiva Matriz-Filial cubría el ISD, se dirigió al TJCE por la vía de la cuestión prejudicial.

Con carácter preliminar, el TJCE señaló cuál es la finalidad de la Directiva Matriz-Filial: eliminar, mediante el establecimiento de un régimen tributario común, toda penalización a la cooperación entre sociedades de un mismo Estado miembro, para facilitar la integración de los grupos a escala comunitaria. Por ello, el art. 5 de dicha norma prevé la exención de la retención en origen en el Estado de la filial cuando se distribuyen beneficios. La disposición transitoria prevista para Portugal se prevé por motivos presupuestarios, como se deduce del quinto considerando de la Directiva.

Para comprobar si el ISD portugués está permitido por la Directiva Matriz-Filial, el TJCE examinó la redacción literal del art. 5 de esta norma, el cual hace referencia a la supresión de la "retención en origen" para las distribuciones de dividendos intracomunitarias, sin que dicha mención se limite a los impuestos sobre la renta societaria de los Estados miembros. En particular, el art. 2 letra c) Directiva enumera, al designar las sociedades de los Estados miembros incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, los impuestos nacionales a los que dichas sociedades están normalmente sujetos (en Portugal, el "imposto sobre o rendimiento das pessoas colectivas"), de lo que no puede deducirse que se autoricen otras tributaciones que tengan el mismo efecto, tanto más cuanto que el artículo 2, *in fine*, se refiere expresamente a 'cualquier otro impuesto que sustituyere a uno de dichos impuestos'. Según el TJCE, el ISD constituye un tributo en origen cuyo hecho imponible es el pago de dividendos o de cualquier otro rendimiento de los títulos y el sujeto pasivo es el titular de estos últimos, por lo que

puede concluirse que el ISD tiene el mismo efecto que un impuesto sobre la renta, con independencia de su denominación y del hecho de que se recaude en paralelo con el "imposto sobre o rendimiento das pessoas colectivas". El objetivo de la Directiva Matriz-Filial se vería en entredicho si los Estados miembros pudieran deliberadamente privar a las sociedades de otros Estados miembros de los beneficios de la Directiva al someterlas a tributos que producen el mismo efecto que un impuesto sobre la renta, aunque su denominación los incluya en la categoría de impuestos sobre el patrimonio. Y, por esta razón, apuntó el TJCE, el ISD, en cuanto se refiere a la tributación de dividendos distribuidos por filiales establecidas en Portugal a sus sociedades matrices de otros Estados miembros, forma parte del ámbito de aplicación de la Directiva Matriz-Filial, y debe quedar sujeto a los límites que marca esta norma. No es relevante, concluye el TJCE, la alegación del Gobierno portugués en el sentido de que el ISD fue excluido del ámbito de aplicación de la Directiva Matriz-Filial en diversos documentos del Consejo, pues, como resulta de reiterada jurisprudencia, las declaraciones formuladas durante los trabajos preparatorios que preceden a la adopción de una Directiva no tienen valor cuando no se plasmen en el articulado de la misma.

La STJCE *Epson Europe* viene a demostrar que aún hoy pueden encontrarse vulneraciones de esta norma en los ordenamientos nacionales (v.gr. desde la óptica del ordenamiento español, es de dudosa compatibilidad con la Directiva el art. 13.1.g) LIRNR, que excluye de la exención del IRNR las distribuciones consecuencia de la liquidación de la filial) y existen no pocas dudas sobre la misma aún no resueltas (v.gr. la aplicación de la Directiva Matriz-Filial a, por ejemplo, las SIMCAV o a sociedades sometidas a regímenes especiales, incluso autorizados por la Comisión, como puede ser el propio de Madeira o las mismas entidades ZEC canarias; *vid.*, igualmente, la peculiar interpretación de la Directiva que se deriva de la Sentencia del TSJ Andalucía de 8 de abril de 1997, JT 1997/536, que, en nuestra opinión vulnera el art. 4 Directiva) . En cualquier caso, con un más que dudoso razonamiento con respecto a la naturaleza y efectos del art. 2 Directiva Matriz-Filial, el TJCE llega a unas conclusiones —sin duda loables, para evitar que se prive de eficacia a la norma comunitaria— que implican la traslación al ámbito de la Directiva Matriz-Filial de la doctrina elaborada en relación con otras normas (v.gr. Directiva 69/335/CEE en materia de concentración de capitales) según la cual los impuestos con un efecto equivalente a los previstos en la norma comunitaria quedan prohibidos con el fin de garantizar el "efecto útil" de la norma comunitaria.

La jurisprudencia *Epson* se ha visto confirmada más recientemente en la sentencia *Athinaïki Zythopoiia* (Asunto C-294/99, *Athinaïki Zythopoiia AE*, Rec. I-6797) que extiende el concepto de retención prohibida en la Directiva más allá de los impuestos que recaigan sobre la sociedad perceptora de los beneficios para abarcar también los exigidos a la dis-

tribuidora de los mismos. En Grecia, se encontraba vigente un sistema según el cual la carga tributaria a efectos del IS de una sociedad que distribuye beneficios aumenta por el sólo hecho de la distribución de los mismos en forma proporcional a esta distribución. Hay que tener en cuenta que esta mayor carga tributaria en concepto de IS se produce no para quien participa en una sociedad griega y, en consecuencia, recibe los beneficios distribuidos, sino para la sociedad que realiza la distribución. La sociedad Athinaïki Zythopoiia AE, filial griega de la cervecera holandesa Amstel consideró que esta imposición vinculada a las distribuciones de beneficios constituía una retención en origen prohibida por el art. 5.1. Directiva Matriz-Filial. [15] Tras el correspondiente recurso administrativo, la sociedad Athinaïki Zythopoiia interpuso un recurso ante el Tribunal Contencioso-Administrativo de Primera Instancia de Atenas. Éste suspendió el procedimiento, y, por la vía de la cuestión prejudicial, se dirigió al TJCE con la finalidad de conocer si un sistema como el griego vulneraba el art. 5.1. Directiva Matriz-Filial.

El TJCE observó que, si bien la imposición recae sobre la filial y no sobre quien recibe los beneficios distribuidos, el sistema griego estaba en sí mismo vinculado a la distribución de dividendos y el gravamen depende directamente de la cuantía de la distribución efectuada, sin que pueda ser considerado como un pago anticipado del IS cubierto por el art. 7.2 Directiva Matriz-Filial. Por esta razón, estimó que tal sistema de imposición se encuentra prohibido por el art. 5.1 Directiva. Con ello, el TJCE lleva los efectos de la jurisprudencia *Epson* a sus máximos límites: cualquier forma de imposición económicamente equivalente a las contempladas en el art. 5 Directiva resultará prohibida. Ahora bien, el TJCE no se conformó con recordar el efecto directo del art. 5 Directiva y su primacía sobre la legislación interna, sino que también resaltó que la misma era susceptible de imponerse sobre las disposiciones de un CDI, trasladando de esta forma al ámbito del Derecho comunitario derivado su jurisprudencia *Avoir Fiscal* en el sentido de que un Estado miembro no puede hacer depender el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado CE de las disposiciones de un tratado internacional, esta vez para afirmar que el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva Matriz-Filial no puede hacerse depender de un convenio celebrado con otro Estado miembro.

V. CONCLUSIONES

¿Cuáles son las lecciones que cabe extraer de la experiencia de la jurisprudencia del TJCE sobre el impuesto sobre sociedades? Probablemente, esta jurisprudencia, durante un buen tiempo, va a continuar siendo el modo o la vía para al-

[15] Directiva 90/435/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, DOCE L 225, p. 6.

canzar una cierta armonización de la imposición directa, especialmente en relación con la imposición societaria, ante la falta de voluntad política de los Estados miembros de la CE para llegar a acuerdos legislativos. E incluso si el legislador comunitario llegara a actuar en aspectos concretos, como ha ocurrido recientemente con el denominado "paquete fiscal" (acuerdo del ECOFIN de 21 de enero de 2003), debemos ahora señalar que, probablemente, ninguna de las instituciones de la CE se encuentra en condiciones de asumir la tarea de armonizar la imposición directa en la CE: la armonización positiva y negativa no son, como frecuentemente se presentan, dos vías alternativas, sino más bien complementarias, para alcanzar un cierto grado de coordinación de los sistemas de imposición directa de los Estados miembros de la CE. [16] La experiencia de la Comunidad así nos lo enseña: en ella, las normas adoptadas por el legislativo comunitario (aún escasas) conviven con los tratados internacionales (especialmente con los CDIs), junto a ellos las decisiones del TJCE y de la Comisión (estas últimas en el ámbito de las ayudas de Estado) han ido modulando la legislación interna de los Estados miembros en materia de los impuestos directos. Los límites de cada una de estas instituciones o procedimientos armonizadores (v.gr. el reflejo en el procedimiento legislativo comunitario de intereses auténticamente nacionales, aunque se perjudique al resto de los Estados miembros) hacen que el grado de desarmonización de la imposición directa en la CE sea aún notable. No ha de extrañar, en este sentido, que la Comisión UE haya propuesto el cambio del procedimiento legislativo en determinadas materias fiscales trascendiendo de la unanimidad a la mayoría cualificada; [17] esta propuesta ha sido secundada, aunque con matices, también por un sector de la doctrina tributarista europea [18] y por la propia Confederación Fiscal Europea. [19]

Junto a las anteriores conclusiones, quizás, sea necesario añadir que, la existencia de un grado de desarmonización en la imposición directa podría constituir un "modo de ser" de las uniones económicas de tipo federal o cuasi-federal. En contra de las asunciones tradicionales, por ejemplo, de la doctrina económica, en uniones en las que las unidades constituyentes (v.gr. los Estados federados en los EE.UU.) desean mantener una cierta autonomía con respecto al poder central, ha existido una cierta preferencia por la armonización negativa: por ejemplo, el TS de los EE.UU., basándose en la Cláusula de Comercio de la Constitución de ese país ha sabido mantener los impuestos sobre so-

[16] Martín Jiménez: *Towards Corporate Tax Harmonization...*, op. Cit. p. 323.

[17] *Política fiscal en la UE—Prioridades para los próximos años*, COM (2001) 260 final, pp. 22-23.

[18] Vid Ruding: "After the Euro: corporation tax harmonization?", *EC Tax Review*, nº 2, 1998, pp. 73 y ss; y Vanistendael: "Redistribution of tax law making power in the EMU?", *EC Tax Review*, nº 2, 1998, pp. 74 y ss.

[19] CFE: "Contribution to the European Convention: institutional changes required with regard to tax policy", *European Taxation*, October 2002, pp. 423-424.

ciedades de los Estados federados dentro de los límites necesarios para garantizar que se adaptan a las exigencias de un mercado común. [20]

La experiencia de la CE es reveladora también a este respecto: ante la incapacidad del legislativo comunitario para alcanzar un cierto grado de armonización, el TJCE comenzó a establecer principios que, sin duda, tienen una gran influencia sobre la configuración de las legislaciones nacionales en materia de impuestos directos. Ahora bien, como hemos visto, la propia estructura institucional comunitaria conectada con el tradicional principio de legalidad tributaria vigente en las Constituciones nacionales de muchos de los Estados miembros (v.gr. art. 31.3 Constitución española, art. 23 Constitución italiana), que no es más que la garantía de que los pagos coactivos exigidos por el Estado a los ciudadanos han sido consentidos por los representantes de éstos, determina que la labor del TJCE no pueda ser comparable a la del TS de los EE.UU. y condiciona las decisiones que este órgano judicial pueda adoptar. Por ello, podríamos concluir, parafraseando a BIRD, que la integración de la imposición directa, especialmente en materia de imposición sobre sociedades, podría ser no una condición necesaria de "una unión más perfecta", sino, más bien, uno de los resultados de una mayor aproximación política a ese Estado. [21]

En definitiva, la existencia de un proceso legislativo en el que los intereses de los miembros de la Comunidad puedan estar representados y en que cada uno ellos tenga un derecho de veto condicionará la posibilidad de alcanzar una armonización legislativa; en esas condiciones un órgano jurisdiccional independiente (TJCE) y un órgano con poderes en materia de ayudas de Estado (la Comisión), pueden contribuir, al menos, a lograr que las legislaciones en materia de imposición directa de los Estados miembros se adapten progresivamente a las exigencias de un auténtico mercado común. Así está ocurriendo con la jurisprudencia en materia de imposición directa, que ha establecido toda una serie de principios con efectos fundamentales para los ordenamientos tributarios nacionales y que puede tener como consecuencia una auténtica "revolución fiscal" en las legislaciones nacionales. En este sentido, no puede menos que mencionarse el desequilibrio existente hasta la fecha entre la armonización legislativa y la armonización jurisprudencial, toda vez que en la hora actual tan sólo existen dos Directivas comunitarias en materia de impuesto sobre sociedades (Directiva 90/435/CEE y Directiva 90/434/CEE), mientras que los pronunciamientos jurisprudenciales del TJCE cada día son más frecuentes y de mayor alcance; de hecho, en determinadas cuestiones podría llegar a afirmarse que la armonización jurisprudencial ha superado la propia armonización legislativa, lo cual no deja de plantear un buen número de cues-

[20] Martín Jiménez: *Towards Corporate Tax Harmonization...*, op. Cit. capítulo 5.
[21] Martín Jiménez: *Towards Corporate Tax Harmonization...*, op. Cit. pp. 285-297, y 327.

tiones. No obstante, las propuestas elaboradas por la Comisión, por lo general, entrañan medidas armonizadoras de "largo alcance"; en esta línea se sitúa, por ejemplo, la propuesta de dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria (COM(2001)582 final).

Asimismo, debe insistirse en que la denominada "armonización (fiscal) negativa" llevada a cabo por el TJCE a través de su jurisprudencia sobre el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad 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. Ciertamente, tal adaptación entraña una "auténtica revolución fiscal" cuyos efectos sólo han empezado a sentirse en el ordenamiento tributario de los Estados miembros. Hay quien piensa que tal revolución fiscal puede terminar provocando una limitación del alcance de determinadas bonificaciones fiscales (exenciones, deducciones, etc.) que se venían considerando presupuestariamente asumibles cuando su ámbito de aplicación subjetivo resultaba circunscrito a personas residentes o actividades realizadas en territorio nacional, pero que ya no lo son si tal ámbito de aplicación necesariamente debe comprender las operaciones con no residentes; [22] un buen ejemplo de ello lo aporta la restricción a la integración de impuestos resultante de la nueva deducción para eliminar la doble imposición económica en el IRPF establecida en el año 2000 por Alemania. Aunque el cerco y el margen de maniobra de los Estados miembros se estrecha si se tiene en cuenta que, en ciertos asuntos, la eliminación de la doble imposición ha sido configurada como un auténtico derecho por el TJCE en la STJCE *De Groot*, citada más arriba en la sección sobre libre circulación de capitales.

En todo caso, los Estados miembros de la CE no pueden permanecer inmóviles o impasibles frente a este cuerpo de jurisprudencia por muy vagos, imprecisos e incluso cuestionables (desde un punto de vista nacional) que puedan resultar los principios derivados de la misma. De no hacerlo así deberán hacer frente a una armonización negativa configurada de forma casuística y con arreglo a unos principios que resultan muy distantes a los principios

[22] Lupo: "Reliefs from economic double taxation on EU dividends: impact of the Baars and Verkooijen cases", op. Cit. p. 275; y Garcia Prats: "The tax treatment of cross-border pensions from an EC Law perspective", op. Cit. pp. 20 y 21.

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.[23] Es posible que el objetivo de lograr una auténtica armonización fiscal de carácter sistemático, coherente y uniforme sólo pueda lograrse por la vía legislativa,[24] dado que la acción jurisprudencial sólo se proyecta sobre los obstáculos derivados de normas fiscales discriminatorias o claramente restrictivas de libertades fundamentales pero no aborda o elimina otros obstáculos fiscales (de "segundo nivel") al buen funcionamiento del mercado interior que surgen, generalmente, de la disparidad entre los sistemas tributarios y que sólo pueden eliminarse mediante la acción normativa por parte de las instituciones comunitarias.[25] No obstante, ello no debe conducir a ignorar o perder de vista que la jurisprudencia comunitaria posee un alcance y relevancia de primer orden de cara a la configuración del sistema fiscal —y, muy especialmente, del impuesto sobre sociedades— de los Estados miembros; del mismo modo, tampoco pueden perderse de vista las consecuencias presupuestarias que pueden derivarse de pronunciamientos del TJCE que declaren la incompatibilidad de las normas fiscales nacionales con el Derecho comunitario.

[23] García Prats: "The future of income taxation under the EC law requirements", op. Cit. pp. 137 y ss.

[24] CFE: "Contribution to the European Convention: institutional changes required with regard to tax policy", op. Cit. p. 439.

[25] Vogel: "Which method should the EU adopt for the avoidance of double taxation?", op. Cit. p. 10; y García Prats: "The future of income taxation under the EC law requirements", op. Cit. pp. 137 y ss.