

<p>TRIBUTACIÓN</p>	<p>LA LIBERTAD COMUNITARIA DE ESTABLECIMIENTO Y LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL</p>	<p>Núm. 54/2003</p>
---------------------------	--	--------------------------------



JUAN LÓPEZ RODRÍGUEZ

Licenciado en Derecho

Extracto:

LA libertad de establecimiento recogida en el Tratado de la Comunidad Europea implica que los particulares pueden iniciar el desarrollo de nuevas actividades en cualquier punto del territorio comunitario así como trasladar las que vengán desarrollando. Estas decisiones empresariales no pueden ser obstaculizadas por normas fiscales discriminatorias o restrictivas. El régimen de transparencia fiscal internacional puede constituir una barrera prohibida por el Derecho europeo: será necesario determinar en qué medida extiende consecuencias negativas sobre los casos en los que el contribuyente ha ejercido de manera real y efectiva su derecho.

Sumario:

- I. Sobre la libertad de establecimiento.
 1. Introducción.
 2. Cómo se ejerce.
 3. Quién tiene derecho de establecimiento.
 4. Contenido del derecho.
 5. Esencia del derecho: sustantividad económica de la actividad.
 6. Delimitación respecto de otros derechos comunitarios.

 - II. Consecuencias derivadas de la libertad de establecimiento por el TJCE.

 - III. Sobre la transparencia fiscal internacional.
 1. Descripción general.
 2. La transparencia fiscal internacional en los Estados miembros.

 - IV. Las consecuencias de la libertad de establecimiento en la transparencia fiscal internacional.
 1. Introducción.
 2. Sobre la relación de la transparencia fiscal internacional con el derecho de establecimiento.
 3. El derecho de establecimiento de la persona o sociedad inversora residente.
 4. El derecho de establecimiento en relación con la sociedad no residente cuyas rentas son objeto de imputación.
 5. Las justificaciones a la transparencia fiscal internacional.

 - V. Reflexiones adicionales.
- Bibliografía.

I. SOBRE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

1. Introducción.

El Tratado Constitutivo de la Unión Europea (en adelante, TUE) ubica la articulación del Derecho de establecimiento en el Capítulo 2 de su Tercera Parte, bajo el título Políticas de la Comunidad, Título III, Libre circulación de personas, servicios y capitales. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1 c) y d) del propio TUE y como manifestación de la libertad de circulación de personas, se trata de una característica fundamental del mercado interior, instrumento para el logro de los fines superiores propuestos en su artículo 2 ¹.

Los artículos 43 a 48 –antiguos arts. 52 a 58– regulan este derecho instrumental al que refieren sus previsiones como libertad de establecimiento. Su lectura inicial permite reconocer que no existe una proclamación formal de atribución de un derecho individual a los ciudadanos europeos: de hecho, estas disposiciones no se han incardinado en el Capítulo destinado a la ciudadanía de la Unión. Al mismo tiempo, sus previsiones no siguen a su título cuando no se refieren a tal derecho sino a la libertad. En fin, su redacción gira en torno a la necesidad de evitar restricciones o discriminaciones por parte de los Estados miembros en relación con su ejercicio concreto por nacionales de otros. Es en el apartado segundo del primero de estos preceptos donde se describe su alcance: *el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades*, entre las que se ha considerado que figura la participación, como fórmula contractual particular, a través de *joint ventures* ².

La explicación a esta aproximación puede encontrarse en el contexto en el que se firma el TUE: se trata de Estados democráticos basados en la soberanía popular, en el reconocimiento de derechos fundamentales individuales y en la economía libre de mercado, lo que explica que su Preámbulo se refiere a la voluntad de crear *una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos*, que se convierten así en los verdaderos destinatarios del proceso integrador. De alguna forma va de suyo que sus ciudadanos ya disfrutaran de todo tipo de libertades económicas y sólo preocupa aquí la realización en su aspecto internacional.

Estas disposiciones y sus consiguientes obligaciones para los Estados miembros alcanzan al ámbito tributario: así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia comunitaria. En este campo, la necesaria presencia de un elemento internacional para la invocación de este derecho comunitario se puso de manifiesto en el caso *Werner*, de donde se desprende que, a pesar de las críticas vertidas, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) desestimó la aplicación del Tratado como consecuencia de que las situaciones puramente internas quedan al margen del Derecho comunitario. No es puramente doméstica cuando hay presente un elemento internacional relevante a estos efectos ³. Así el Abogado General Darmon excluía los casos de personas que trabajan en su Estado de origen y residen en otro Estado, como puede ser el caso de trabajadores fronterizos y regulados en la Directiva 68/360/CEE.

La regulación de esta materia tiene un cierto tono programático: los artículos 44 a 46 aluden continuamente a actividad legislativa comunitaria dirigida a su articulación. Con fecha de 18 de diciembre de 1961, se adoptaron los Programas Generales ⁴ para apuntar las medidas de armonización necesarias para evitar los obstáculos y eliminar las restricciones existentes a la plena realización de las libertades. Entre tales medidas, el Título III se refiere a las restricciones que debían levantarse, entre las que se encontraban las previstas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro que implicaran un trato oneroso para el acceso o el ejercicio de una actividad no asalariada como consecuencia de la imposición de cargas fiscales. Parece ésta una primera pista histórica en cuanto al alcance de los valores comunitarios fundamentales en una materia como la fiscal, de competencia nacional. En todo caso, se trata de la interpretación del Consejo, quien adoptó el plan a propuesta de la Comisión, finalmente seguida por el TJCE.

Estaba previsto un plazo límite, hasta 1969, para el desarrollo de estos programas generales. No fue posible su cumplimiento pero la sentencia dictada en el asunto *Reyners* ⁵ consideró que las disposiciones del Tratado eran lo suficientemente claras y precisas como para poder ser invocadas por los particulares y que la condición del plazo para completar las directrices de los programas no podía ser absoluta, de tal manera que, transcurrido el mismo, los Estados miembros no estaban amparados ya para obstaculizar las libertades. En particular, se puede leer en esta resolución judicial que ⁶:

- El artículo 43 impone una obligación para obtener un resultado, cuyo logro debe facilitarse mediante la ejecución de un programa de medidas sucesivas pero que no depende del mismo.
- No pueden invocarse contra sus efectos el hecho de que el Consejo no haya logrado concluir las directivas previstas en los artículos 44 y 57 o que las adoptadas no hayan conseguido hacer efectivo el principio de no discriminación de forma plena.
- Una vez expirado el período transitorio las directivas previstas en el Capítulo relativo al derecho de establecimiento resultan superfluas en relación con la ejecución de las normas sobre nacionalidad puesto que este principio está consagrado en el TUE con efecto directo.
- Estas conclusiones deben tener en cuenta el carácter comunitario de las excepciones del artículo 45 a la libertad de establecimiento, ya que la eficacia del Tratado no puede resultar limitada por disposiciones unilaterales de los Estados miembros.

De nuevo, la sentencia del caso *Klopp*⁷ recuerda que la libertad de establecimiento tiene efecto directo aunque el Consejo no haya adoptado las Directivas previstas en el Tratado. Por tanto, la falta de armonización o el incumplimiento de su transposición no impiden la invocación de la libertad de establecimiento ante los tribunales y la aplicación de los artículos del Tratado que establecen los principios básicos de estas libertades comunitarias. En el ámbito tributario, esta conclusión se hizo evidente de forma expresa en la resolución del caso *Halliburton*⁸.

Es así como las proclamadas libertades del TUE se configuran como derechos de los particulares. Existen algunas dudas en torno a su caracterización. En cuanto a la labor del TJCE, se centra en la declaración acerca del cumplimiento de las obligaciones establecidas por el TUE por parte de los Estados miembros⁹, no tanto sobre el alcance y contenido de los derechos atribuidos a los particulares. Las mismas resultan en la necesidad de que los Estados adopten las medidas necesarias para la ejecución de la correspondiente sentencia. Esto no es óbice para que en algunos casos la resolución judicial haya abordado las consecuencias que necesariamente debían derivarse para el particular, lo que pudiera deberse a un cambio de rumbo para apuntalar el carácter constitucional de las disposiciones del TUE relativas a las libertades de movimiento¹⁰.

En fin, y como ya pareció que resultaba del caso *avoir fiscal*¹¹, este derecho garantiza como contenido esencial el acceso de los nacionales de los Estados miembros a las actividades por cuenta propia y su ejercicio en las mismas condiciones que las definidas por la legislación de cada Estado miembro respecto de sus propios nacionales y con independencia de la forma jurídica que se elija para el desempeño de la actividad. Se concluye, como veremos, que no es necesario para ello constituir una entidad jurídica separada.

Para cerrar esta aproximación al marco jurídico deberíamos mencionar que el ejercicio de esta libertad abarca el ámbito geográfico de la UE, espacio en el que los Estados miembros ejercen autoridad sobre sus nacionales, donde aplican su ordenamiento jurídico, y que, en relación con el artículo 299 del TUE, se extiende a los Departamentos de Ultramar y Territorios de Ultramar franceses, Azores, Madeira y las Islas Canarias, así como a cualquier territorio europeo en el que los Estados miembros ejerzan las relaciones exteriores¹². La resolución del caso *ICI* puso así de manifiesto que el derecho de establecimiento no se extiende a terceros países, situación que no estaría comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario, y no pueden invocarse las prescripciones de los artículos 43 y 48 del Tratado¹³. Sin embargo, sí se pueden invocar en relación con sociedades que, establecidas en un Estado miembro, tienen por objeto de su actividad prestar servicios hacia países terceros¹⁴.

2. Cómo se ejerce.

El derecho de establecimiento se ejerce bien mediante la creación o traslado de un establecimiento principal, bien mediante la creación o traslado de un establecimiento secundario consistente en una agencia, sucursal o filial. En ambos casos cabe la alternativa de proceder a la toma de participación en el accionariado de una sociedad y al control de sus órganos sociales con el objeto de dominar el proceso de toma de decisiones.

La práctica del TJCE ¹⁵ muestra estas dos formas de ejercicio del derecho: puede tratarse de la constitución de una nueva sociedad o del traslado de la sede de la administración central, asimilada con frecuencia al domicilio social real, casos en que se hablará de un establecimiento con carácter principal. A este respecto, se ha escrito que la administración central es un concepto no jurídico sino económico y que la misma se encuentra allí donde los órganos de la sociedad toman las decisiones esenciales para las actividades de ésta. También puede tratarse, por otra parte, de la creación de filiales, de sucursales o de agencias, en cuyo caso se hablará de establecimiento secundario. Así pues se habla de establecimiento primario o principal y establecimiento secundario. En el caso de personas físicas implica, en el primer caso, su traslado desde un Estado miembro a otro.

Veremos que es característico del ejercicio de esta libertad la naturaleza de la actividad perseguida, lo que implicará normalmente el cambio de residencia fiscal. El establecimiento secundario a través de la creación de agencias sucursales o filiales no implicarán la pérdida de la residencia fiscal originaria aunque determinarán la existencia de un nuevo sujeto pasivo en el Estado de destino de la inversión. En los dos primeros casos, es posible que se compartan derechos de imposición con el Estado de origen.

Veremos con posterioridad las dificultades jurídicas que han sido necesarias salvar para reconocer que las personas jurídicas pueden trasladar su establecimiento principal, primario, sin que fuera necesaria su extinción jurídica en el Estado de origen. La jurisprudencia extrae como consecuencia que las normas del Estado de destino aplicables a la entidad deben cumplir con las disposiciones comunitarias relativas a la libertad de establecimiento, incluidas las relativas al reconocimiento de capacidad jurídica, de capacidad procesal y el acceso a los tribunales, sin que pueda resultar exigible la adquisición de una nueva personalidad jurídica ¹⁶. Además de la jurisprudencia más reciente, el Estatuto de la Sociedad Europea contempla también esta posibilidad. De acuerdo con su artículo 8, esta nueva forma jurídica podrá trasladar su domicilio social desde un Estado miembro a otro, sin que este simple hecho dé lugar a su disolución ni a la creación de una nueva persona jurídica ¹⁷. Se observa cómo este traslado del establecimiento primario plantea cuestiones relativas a la determinación de la residencia fiscal y a los consiguientes conflictos internacionales, derivados de la diversidad de puntos de conexión alternativos usados por las leyes tributarias nacionales. En su solución debe destacarse que el criterio del domicilio social, objeto de traslado en el caso de la Sociedad Europea, no es utilizado como criterio dirimente en los convenios de doble imposición que se ajustan al Modelo OCDE, en cuyo artículo 4.3 se acude a la sede de dirección efectiva. Posiblemente la práctica no resulte tan compleja si se hace efectiva la obligación prevista en el artículo 7 de su Estatuto, conforme al cual, el domicilio social de estas sociedades deberá estar situado en el mismo Estado miembro que su administración central; además, los Estados miembros podrán imponer a las registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar ¹⁸.

El establecimiento secundario alcanza, de acuerdo con la resolución al caso *ICI*, a las actividades desarrolladas por grupos o consorcios de sociedades, en las que se integran filiales de segundo grado controladas principalmente, directa o indirectamente, por una entidad residente en un Estado miembro ¹⁹. Habrá que entender que quedan cubiertas filiales de ulterior grado por razones equivalentes, siempre que se mantengan potestades de decisión en las mismas.

De la diversa manera de ejercer el derecho a un establecimiento secundario resultan diferentes consecuencias tributarias que deben acomodarse al Derecho comunitario. La jurisprudencia tuvo que pronunciarse en el caso *avoir fiscal* acerca de la discriminación de sucursales y agencias por relación a sociedades filiales establecidas ²⁰. De acuerdo con sus conclusiones, las sucursales, si se encuentran en una situación similar, tienen derecho a un régimen fiscal similar al de las filiales, en cuanto que el artículo 43.1 del Tratado atribuye a los agentes económicos la posibilidad de escoger libremente la forma legal que resulte más adecuada para el desarrollo de la actividad, libertad que no puede verse limitada por disposiciones fiscales discriminatorias. Este razonamiento ha vuelto a encontrar eco en las conclusiones presentadas por el Abogado General Darmon ²¹ en el caso *Commerzbank*, quien afirma, con relación al caso concreto, que *el hecho de que un banco hubiese podido crear una filial en lugar de una sucursal no puede justificar una vulneración del derecho de establecimiento*. Se ha puesto de manifiesto que esta tesis vuelve a ser utilizada y profundizada en el caso *Halliburton* ²². Se plantea la situación claramente menos favorable por utilizar un establecimiento permanente que si hubiera escogido la forma de sociedad anónima o de sociedad «cerrada» de responsabilidad limitada. Se comenta que la falta de control de las equivalencias entre las formas jurídicas de las entidades de los demás Estados miembros y las formas jurídicas del ordenamiento interno no puede justificar las diferencias de tratamiento tributario, consideradas contrarias a estos principios, en la medida en que el ordenamiento comunitario dispone de los medios de suministro e intercambio de información.

3. Quién tiene derecho de establecimiento.

a) Las personas físicas.

El artículo 43 del TUE refiere la libertad de establecimiento a los nacionales de los Estados miembros. Se entiende en general que tal referencia lo es a las personas físicas, titulares de tal estatuto civil, en tanto que el artículo 48 se refiere, con posterioridad, al ejercicio de este derecho por parte de las sociedades. En cuanto a la determinación de la nacionalidad, rige el principio de autonomía del legislador nacional, a quien corresponde regular el acceso, pérdida y demás condiciones de la nacionalidad. Por lo demás, el reconocimiento del derecho se hace de manera incondicional, por lo que resultan comprendidos todos aquéllos cualquiera que fuera el lugar desde el que lo ejercen.

b) Las personas jurídicas ²³.

El referido artículo 48 del TUE establece que las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

Por tanto, se equiparan las sociedades a las personas físicas a los efectos de reconocerles la libertad de establecimiento. La determinación de la condición social también resulta de las legislaciones de los Estados miembros y abarca a todas aquellas cualquiera que fuera su forma jurídica concreta: junto a la mención expresa a cooperativas como estatuto especial, se añade la mención a todas las personas jurídicas, tanto las sujetas al Derecho privado como las regidas por Derecho público. Asimismo quedan englobadas con independencia de su carácter civil o mercantil. En todo caso, es necesario ostentar personalidad jurídica. Más adelante nos detendremos en la exclusión de aquellas que no persiguen fin de lucro.

La atribución del derecho a las sociedades bajo estas premisas permite su inclusión con independencia de quién haya contribuido a su constitución o a quién pertenecen, incluso cuando correspondan por completo a personas o entidades de países terceros no miembros de la Unión Europea (en adelante, UE). Así, empresas exteriores, una vez que hayan establecido una filial concreta en un Estado miembro pueden participar a través de la misma de estas libertades ²⁴.

Insistiremos en que son dos las condiciones básicas que se exigen a una entidad para invocar la libertad de establecimiento: la constitución de conformidad con la legislación de un Estado miembro, de una parte; de otra, que la sede social, administración central o centro de actividad principal, se encuentre dentro de la Comunidad, sin que resulte necesario que estos tres elementos concurren de forma simultánea, no ya en un mismo Estado miembro sino que ni siquiera dentro del territorio comunitario. En principio, bastaría que concurren ambas para reconocer la libertad de establecimiento a una sociedad concreta. Sin embargo, los pronunciamientos del TJCE en el caso *Daily Mail* ²⁵ han abierto alguna discusión en torno al tema. Así, de acuerdo con lo resuelto en este caso, en el estado actual del Derecho comunitario, no sería suficiente con las condiciones anteriores para que fuera posible que una sociedad trasladase su sede entre Estados miembros sino que sería necesario proceder a su disolución y a su nueva creación en la jurisdicción de destino.

Los hechos allí enjuiciados se referían a una sociedad constituida de conformidad con la ley de un Estado miembro, en el que tiene su domicilio social, que reclamaba el ejercicio del derecho de establecimiento con el objeto de dar eficacia al traslado de su sede de dirección a otro Estado miembro. La postura del TJCE se fundamentó en que las cuestiones relativas a la creación de sociedades estaban resueltas de acuerdo con las legislaciones nacionales, que además seguían diversas soluciones en relación con el establecimiento del punto de conexión de las mismas con su propio ordenamiento y con las consecuencias derivadas de la ruptura de tal relación. Ante la ausencia de normas dirigidas a concertar o armonizar este tipo de disposiciones se consideró que el problema planteado en el caso no estaba resuelto por las normas sobre el derecho de establecimiento y *que no se pueden interpretar los artículos 52 y 58 del Tratado como atributivos, en favor de las sociedades constituidas de conformidad con una legislación nacional, de un derecho a trasladar su sede de dirección y su administración central a otro Estado miembro y a conservar al mismo tiempo su condición de sociedades del Estado miembro con arreglo a cuya legislación fueron constituidas.*

Otra cuestión adicional planteada así fue la conexión que permita identificar la legislación aplicable a las personas jurídicas, análisis que conduciría al mismo tiempo a indicar cuándo una sociedad se reputa de un Estado miembro, lo que jugaría un papel similar al de la determinación de la nacionalidad de las personas físicas en el marco del Derecho comunitario.

La perspectiva utilizada en este asunto reforzaba la vigencia de la teoría de la sede. De acuerdo con la misma, la ley aplicable a las sociedades debe ser la correspondiente al lugar de su sede social; si la sociedad se desplaza a otro territorio, perdería su personalidad jurídica. Es el criterio seguido por las legislaciones alemana, belga, española, francesa, italiana y portuguesa y defendido por determinados sectores doctrinales ²⁶. Sin embargo, debe manifestarse que se ponen así limitaciones a la integración comunitaria.

Por contra, la teoría de la incorporación considera que es la constitución el acto relevante para determinar la ley aplicable a la sociedad, tras el cual se adquiere personalidad jurídica. Es el sistema que rige el ordenamiento mercantil holandés, inglés e irlandés. También es seguido por el TJCE en el caso *Segers* de acuerdo con cierta doctrina ²⁷. Este criterio formalista deja abierta la posibilidad a los abusos consistentes en la elección como lugar de constitución aquel del que se deriven un conjunto de obligaciones y requerimientos menos gravoso en materia de capital, obligaciones de información financiera, protección de acreedores o representación de trabajadores, entre otras, para después trasladar su administración o sede real a otro Estado. Sin embargo, constituida una entidad adquiere vida jurídica y se le reconocen los derechos correspondientes. Fijado cualquiera de los puntos de conexión antes mencionados en la Comunidad, entre dichos derechos debiera figurar el de establecimiento en otro territorio.

Como solución de compromiso, teorías intermedias plantean seguir la teoría de la incorporación al tiempo que permitir al Estado de la sede exigir el cumplimiento de determinadas disposiciones imperativas de interés público, siempre que no implicaran la duplicación de requisitos ya satisfechos en el Estado de origen ²⁸.

La lectura de las disposiciones del Tratado conducen en realidad a verificar que, una vez constituida una entidad en la Comunidad y localizada en territorio comunitario su sede social, administración central o centro de actividad principal, la sociedad tiene atribuido el derecho de establecimiento. Se criticaría así el planteamiento de la sentencia *Daily Mail* por cuanto que, si ya los Estados se pusieron de acuerdo en atribuir tal derecho a tales sociedades, estaban también implícitamente de acuerdo en su reconocimiento. El único obstáculo a esta afirmación estaría ligado con la eficacia del artículo 293 del TUE para condicionar la invocación de la libertad de establecimiento, pero veremos cómo la sentencia dictada en el caso *Überseering* nos ofrece una nueva perspectiva ²⁹ y la constatación de la realidad de los efectos directos e inmediatos de este derecho, de tal manera que el ejercicio de la libertad de establecimiento implica necesariamente el reconocimiento de la sociedad por todo Estado miembro en el que desee establecerse. Es posible que hayan quedado superadas ciertas ideas que defendían el carácter intencional del silencio del TUE sobre la cuestión del reconocimiento de la personalidad jurídica de sociedades de otros Estados, de tal forma que a éstos les correspondería legislar esta materia salvo, claro está, que se adoptaran finalmente soluciones mediante convenios internacionales ³⁰. Se confirmaría así la tesis que defendía que las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento requerían de forma implícita que el Estado de destino reconociera a las sociedades constituidas en otros Estados miembros ³¹. Volveremos sobre esta cuestión relativa al alcance del derecho a un establecimiento primario de las sociedades.

Queda pendiente comentar por qué el TJCE mantiene *que respecto a las sociedades, procede señalar en este contexto que su domicilio ... sirve para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado*, pronunciamiento frecuente en sus resoluciones. Como si el domicilio determinara la nacionalidad de las sociedades y se volviera a tomar partido concreto por la teoría de la sede. Existe doctrina que se refiere a un problema de traducción y pone de manifiesto que en el texto francés de estas sentencias se refiere al término *siège* con el que se pretende abarcar los tres puntos de conexión previstos en el artículo 58³². No creemos que se pueda llegar más allá puesto que no es ésta una cuestión regulada por el Derecho comunitario, tampoco está armonizada ni se han suscrito los tratados previstos para esta materia, de tal manera que cada legislación nacional puede determinar el criterio para identificar las personas jurídicas que someterá a su ordenamiento. Y éste será un factor que nos vendrá impuesto.

Se puede añadir alguna consideración: las resoluciones a estos casos añaden, en párrafos posteriores, reflexiones ligadas al hecho de que el lugar del domicilio social de las sociedades puede justificar un diferente régimen jurídico en un campo como el tributario. En definitiva, es bastante posible que el TJCE dé tal relevancia al domicilio social como consecuencia de que, al mismo tiempo, se trata del punto de conexión y factor determinante para un estatuto tributario diferenciado, el propio de la residencia fiscal. De esta manera, es posible valorar el diferente trato entre sociedades en función del domicilio y determinar la posible existencia de ilegalidad comunitaria basada en la discriminación por razón de la nacionalidad.

En definitiva, como ya ha anticipado la jurisprudencia, el derecho es atribuido a las entidades que reúnen los dos requisitos básicos relativos a constitución y punto de conexión. Nada más se exige. La solución a los casos *Segers* y *Centros* es muy clara: *en este contexto, carece de importancia que la sociedad sólo haya sido constituida en el primer Estado miembro con el objeto de establecerse en el segundo, donde se ejercería lo fundamental, incluso la totalidad, de sus actividades económicas*³³. El debate giraba en torno a la negativa del segundo Estado miembro a inscribir un establecimiento secundario, sucursal, de una sociedad de otro. Fue irrelevante que la sociedad hubiera sido constituida por personas procedentes del segundo Estado, que veía así burlado el cumplimiento de sus normas previstas para las sociedades constituidas bajo su ley. Pero, ¿puede el primer Estado, donde se ha constituido la sociedad, denegar su propia existencia? La respuesta a esta pregunta, entendemos, no tiene que ver con el derecho de establecimiento sino con el reconocimiento de la personalidad misma de la entidad que lo reclama en otra jurisdicción.

Queda por resolver el alcance de las previsiones del actual artículo 293 del TUE, de acuerdo con el cual *los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales: el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 48, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes*. ¿Está el ejercicio del derecho de establecimiento condicionado en estos casos a la existencia de acuerdos bilaterales?

La contestación debiera ser que no de acuerdo con lo ya expresado. Y sin embargo, puede parecer que se trata de una cuestión abierta a la luz de ciertas resoluciones del TJCE. El asunto *Daily Mail* ³⁴, referido al que entonces era el artículo 220 del Tratado, tenía por objeto decidir sobre la situación creada por una sociedad constituida de conformidad con la ley de un Estado miembro, en el que tiene su domicilio social, que plantea trasladar su sede de dirección a otro Estado miembro. Después de recordar que, *al contrario que las personas físicas, las sociedades son entidades creadas en virtud de un ordenamiento jurídico, y, en el estado actual del Derecho comunitario, en virtud de un ordenamiento jurídico nacional*. Así las cosas, el razonamiento pone de manifiesto la diversidad de soluciones en relación con el establecimiento del punto de conexión que cada ley establece con su propio ordenamiento y con las consecuencias derivadas de la ruptura de tal relación. En este estado de cosas, se refiere a las previsiones del referido precepto para *la celebración de convenios entre los Estados miembros a fin de asegurar, en especial, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro*. En fin, constatada la ausencia de tales tratados y verificada que ninguna de las Directivas de coordinación de las legislaciones sobre las sociedades, adoptadas en virtud de la letra g) del apartado 3 del artículo 54, tenía como objeto la solución de los problemas derivados de estas disparidades, no cabía más que afirmar que el problema derivado del caso no estaba resuelto por las normas sobre el derecho de establecimiento y *que no se pueden interpretar los artículos 52 y 58 del Tratado como atributivos, en favor de las sociedades constituidas de conformidad con una legislación nacional, de un derecho a trasladar su sede de dirección y su administración central a otro Estado miembro y a conservar al mismo tiempo su condición de sociedades del Estado miembro con arreglo a cuya legislación fueron constituidas*.

De esta manera, se entendió que una determinada forma de ejercer el derecho de establecimiento estaba condicionada a un desarrollo legislativo posterior. Esta conclusión es criticable. De una parte porque no está claro que el precepto referido deba restringir el derecho de establecimiento ya que son los artículos 43 a 48 los que delimitan el contenido de este derecho y determinan quién puede invocarlo, cuestiones que no quedan para el artículo 220 –hoy número 293– sino que las sociedades disfrutaban del derecho de establecimiento en los mismos términos que las personas físicas y no en la medida en que los Estados miembros hayan concluido convenios entre sí. El artículo en cuestión es una disposición general y final que no puede reemplazar, limitar o especificar a otras. En realidad, su lectura hace pensar en la existencia de una obligación de los Estados miembros de resolver determinadas cuestiones jurídicas en la medida en que sea necesario para realizar el derecho de establecimiento ³⁵. Habría que añadir que se trata de convenios que no forman parte del ordenamiento comunitario. Es cierto que en las sucesivas ampliaciones comunitarias se ha establecido la obligación de los nuevos Estados miembros de adherirse a los mismos, lo que pone de relieve su carácter complementario. En todo caso, se afirma su subordinación jerárquica a los Tratados constitutivos ³⁶. De otra parte, tal interpretación sería excesiva puesto que no se regula el derecho en sí sino que se persigue adoptar el marco jurídico adecuado para las consecuencias derivadas del ejercicio de una libertad ya atribuida. De entenderlo de otra manera, las obligaciones asumidas en el Tratado en este campo quedarían condicionadas a otros posteriores que los revalidaran y a sus términos; esta solución parece muy alejada de la pretendida en el proceso de construcción del mercado común, hoy interior, y del carácter constitutivo reconocido al TUE.

Opiniones contrarias existen y han mantenido ³⁷ que las sociedades no pueden ejercer el derecho de establecimiento a través del traslado de su sede –establecimiento primario– sino sólo a través de agencias, sucursales o filiales en tanto no se produzca el desarrollo de las previsiones del Tratado.

En cualquier caso, recientemente el TJCE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el ejercicio de esta libertad, planteado por una sociedad, *Überseering BV* ³⁸, constituida con arreglo a la legislación de un Estado miembro en el que tiene su domicilio social estatutario para ubicar su domicilio social efectivo en otro Estado miembro frente al que se plantea el reconocimiento de su capacidad jurídica y procesal. Los fundamentos del fallo sostienen ahora que:

- Las normas que un Estado miembro aplica a una sociedad que ha trasladado su domicilio social efectivo a su territorio y que ha sido válidamente constituida con arreglo al Derecho de otro Estado miembro en el que tiene su domicilio estatutario, no están excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones comunitarias relativas a la libertad de establecimiento.
- El artículo 293 del TUE no constituye una reserva de legislación en favor de los Estados miembros, sino que procede «en tanto sea necesario», es decir, en la hipótesis en que las disposiciones del Tratado no permitan realizar los objetivos del Tratado.
- Se añade que el ejercicio de la libertad de establecimiento no puede estar condicionado por la adopción de tales tratados.
- La resolución deduce de aquí que las *sociedades tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro, sirviendo la localización de su domicilio social estatutario, su administración central o su centro de actividad principal para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro.*
- El ejercicio de la libertad de establecimiento implica necesariamente el reconocimiento de dichas sociedades por todo Estado miembro en el que deseen establecerse.
- Finalmente, afirma que *no es necesario que los Estados miembros celebren un tratado relativo al reconocimiento recíproco de las sociedades para que, las que reúnan los requisitos enunciados en el artículo 48 CE, puedan ejercer la libertad de establecimiento que les reconocen los artículos 43 CE y 48 CE, que son directamente aplicables desde el final del período transitorio.*

En consecuencia, no puede extraerse ningún argumento que justifique una restricción, del pleno efecto del derecho de establecimiento primario, del hecho de que no se haya celebrado hasta la fecha tratado alguno relativo al reconocimiento recíproco de las sociedades con arreglo al artículo 293 CE.

Aun así, se podría pensar en que la doctrina jurisprudencial dictada en este último caso no supere los planteamientos del caso *Daily Mail*: en tanto que el último caso planteado obliga al Estado de destino a reconocer la personalidad jurídica de una entidad procedente de otro Estado miembro, el supuesto anterior tenía que ver con las obligaciones exigibles al Estado de origen. Bajo esta perspectiva, la conclusión sería que cada Estado puede exigir a sus sociedades que pretendan levantar su establecimiento en su territorio para trasladarlo a otra jurisdicción comunitaria que procedan a su liquidación. Esto es, no cabe alegarse el derecho a un establecimiento primario ante el Estado de origen. Ahora bien, resultaría un tanto curioso obligar al Estado de destino pero no al de origen, lo que acaba dejando sin sentido el ejercicio de este Derecho y las obligaciones de la otra jurisdicción; por otro lado, deja sin resolverse que tal tesis implica la sujeción de un derecho del Tratado a condición cuando parece que deberíamos entender que los mismos han quedado atribuidos en firme y de manera definitiva tras el período transitorio.

c) ¿Es el mismo derecho para personas físicas y para personas jurídicas?

El TUE reconoce el derecho de establecimiento tanto a personas físicas como a personas jurídicas, pero ¿tiene esta libertad el mismo alcance en ambos casos? La cuestión vuelve a estar ligada a las dudas suscitadas en relación con las formas de ejercicio concreto de establecimiento por parte de las sociedades y puestas de manifiesto en el caso *Daily Mail*. Como ya se ha recordado, dicho caso se planteó cuando una sociedad constituida en un Estado miembro pretendió el amparo de los principios comunitarios al objeto de eludir ciertas obligaciones fiscales ligadas al desplazamiento de su sede de dirección efectiva desde el lugar de su incorporación hacia otro Estado miembro.

En las conclusiones presentadas por el Abogado General se afirma que, *si bien el párrafo 1 del artículo 58 prevé que las sociedades quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del Tratado en materia de establecimiento, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros, dicha equiparación no es evidentemente absoluta, y consideramos, al igual que el Gobierno del Reino Unido y que la Comisión, que la Directiva 73/148/CEE del Consejo no se aplica a las personas jurídicas* ³⁹.

La sentencia se hizo eco de esta orientación: primero se afirma que, *al contrario que las personas físicas, las sociedades son entidades creadas en virtud de un ordenamiento jurídico*; más tarde, con el objeto de allanar el camino de la conclusión se recoge que *la Directiva antes citada, según su denominación y su texto, sólo tiene por objeto el desplazamiento y la residencia de las personas físicas, y que, por su contenido, las disposiciones de la Directiva no son aptas para ser aplicadas por analogía a las personas jurídicas*; finalmente se concluye que *la Directiva 73/148/CEE debe ser interpretada en el sentido de que sus disposiciones no confieren a una sociedad el derecho a trasladar su sede de dirección a otro Estado miembro* ⁴⁰.

Estas resoluciones se están refiriendo a la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios. La misma contempla a personas físicas, trabajadores, por cuenta ajena y por cuen-

ta propia, y sus familiares, y regula derechos como el de ser admitido en el territorio de Estados miembros, a la estancia permanente en el mismo y a abandonarlo; asimismo se recogen disposiciones relativas a la expedición, utilización y renovación de tarjetas identificativas.

Efectivamente, resulta complejo extender esta regulación a las sociedades. Ahora bien, aceptadas las diferencias en cuanto a la regulación de la forma de ejercicio del derecho, resulta excesivo llegar a la conclusión acerca de la inexistencia del mismo para sociedades como sucedió en el caso. Tampoco la diferencia de trato entre ambos casos es consecuencia de que el contenido de esta libertad resulte diferente en función de la naturaleza del destinatario sino que existe una realidad física en el caso de personas naturales frente a una realidad «virtual» en el caso de sociedades que impide predicar respecto de estas últimas, y, por tanto, regular su desplazamiento o estancia físicos. Cuestión también diferente es llegar a afirmar que esta norma comunitaria está atribuyendo el derecho de establecimiento a las personas físicas y no a las sociedades; en realidad está articulando su régimen concreto. Pero la ausencia de disposiciones equivalentes no debe implicar que las sociedades no dispongan del mismo cuando se mantiene, y resulta de la última jurisprudencia, que su atribución se ha producido con plena eficacia en el artículo 48 del Tratado.

En fin, este derecho es atribuido en igualdad de condiciones a las personas físicas y a las jurídicas, siempre que estas últimas reúnan dos condiciones: su forma jurídica, ya indicada antes, y su finalidad de lucro, a la que aludimos a continuación. Así es, incluso en el caso de que residan fuera de la Comunidad, factor que puede ser relevante en el campo fiscal, ya que sólo se exige de las primeras la nacionalidad y, respecto de las segundas, la concurrencia de los factores que las conecten con alguna jurisdicción de forma similar a la nacionalidad ⁴¹.

d) Entidades sin fin de lucro.

En principio, las entidades sin fin de lucro, cualquiera que fuera su forma jurídica, no están cubiertas por el derecho de establecimiento descrito en el Tratado. El artículo 48.2 declara que las personas jurídicas sin ánimo de lucro no se encuentran incluidas en el artículo 43. Respecto de las organizaciones sin tal finalidad lucrativa y sin personalidad jurídica, el precepto no se refiere a ellas de forma expresa. Sin embargo, no sería del todo lógico pensar que tienen tal derecho: la atribución o no de personalidad no debiera resultar relevante; pero sobre todo, dicho precepto tiene por objeto extender el derecho de establecimiento en favor de las sociedades, sin que exista un precepto equivalente que lo atribuya a entidades o asociaciones sin personalidad jurídica.

Todavía quedaría por resolver la pregunta sobre la reivindicación de la libertad de establecimiento por parte de personas físicas y jurídicas para la creación u organización de entidades no lucrativas: parecería poco probable que así fuera cuando la propia entidad no podría hacerlo.

Esta primera impresión no parece confirmarse de forma tan tajante en la jurisprudencia ⁴². Se planteó la legalidad comunitaria de una legislación belga que, para la concesión de la personalidad civil a las asociaciones internacionales que persiguieran fines filantrópicos, religiosos, científicos, artísticos

o pedagógicos, exigía que tuvieran como órgano ejecutivo una institución o un comité de cuyo órgano de administración formara parte, al menos, un miembro belga. Además, esa normativa disponía expresamente que tales entidades no podrían invocar frente a terceros su personalidad jurídica si las tres quintas partes de sus miembros no fueran de nacionalidad belga. Los párrafos 12 y 13 de la resolución judicial resultan claros: la constitución de entidades sin ánimo de lucro debe reputarse cubierta por el Tratado al implicar el ejercicio de libertades fundamentales garantizadas. Ahora bien, el principio jurídico reclamado fue su artículo 6, actual número 12, sobre el principio general de no discriminación, al entender que la ley nacional controvertida recogía un requisito discriminatorio basado en la nacionalidad. No se refirió así a una manifestación más específica del mismo, como sucede con el derecho de establecimiento, base legal en la que se había amparado la Comisión para seguir el procedimiento.

Por profundizar algo más en la cuestión, resulta de interés referirse a las conclusiones presentadas en este asunto por el Abogado General Comas⁴³, donde se considera que se trata de una cuestión cubierta por el Derecho comunitario. Siguiendo la tesis planteada por la Comisión Europea, si bien las asociaciones sin ánimo de lucro no tienen como objetivo maximizar o redistribuir beneficios, sí que pueden prestar servicios mediante retribución o percibir ingresos, participando, de esta manera, en la vida económica. Se invocan las normas comunitarias sobre libertad de establecimiento. Ahora bien, se hace en relación con las personas jurídicas que no tienen como «principal objetivo» el aumento de beneficios y en la medida en que participan en tal vida económica. Con el objeto de aclarar su postura, las conclusiones afirman que no todas las asociaciones, debido a su potencial participación en la vida económica, se encuentran en el ámbito del Derecho comunitario y son titulares de la libertad de establecimiento. Finalmente, no acaba éste siendo la razón última de su fallo ni la acogida por la corte en su resolución al caso.

En definitiva, la contribución para fundar entidades sin fin de lucro queda cubierta por el principio comunitario de no discriminación, no por el más específico protegido por la libertad de establecimiento. Esta consecuencia parecería derivada de la naturaleza de sus actividades. Podría valorarse así que la exclusión del artículo 48 acaba por no tener tanto un carácter subjetivo como objetivo: si una actividad puede reputarse como económica de acuerdo con el artículo 2 del Tratado, en la medida en que hay una actividad real y efectiva de trabajo, no meramente marginal y accesorio, por cuenta ajena o en el marco de una prestación de servicios y con contraprestación⁴⁴, existirán ciertas actividades de las entidades sin ánimo de lucro que podrán considerarse cubiertas por la libertad de establecimiento.

4. Contenido del derecho.

a) No discriminación.

El principio de no discriminación promulgado en el artículo 12 del Tratado aparece en el derecho comunitario como principio fundamental y absoluto que los Estados miembros deben respetar. En su concepción más tradicional, se trata de un valor jurídico central en torno al cual se presenta la

libertad de establecimiento como una forma de manifestación específica⁴⁵. El derecho a establecerse se aparecería así desde la perspectiva de la interdicción de discriminación basada en la circunstancia de que la persona tiene la nacionalidad de otro Estado miembro.

Esta prohibición alcanza a formas discriminatorias encubiertas: cuando el trato diferente no resulta de forma inmediata de la nacionalidad de los destinatarios de la norma sino que se refiere a una determinada categoría o grupo de personas que son básicamente nacionales de otros Estados miembros. Esta conclusión es especialmente relevante en el ámbito tributario donde los sistemas fiscales se construyen en torno al concepto de residencia fiscal. Se trata de un estatuto distinto del civil correspondiente a la nacionalidad pero no cabe duda de que la realidad permite constatar la existencia de una relación entre nacionales y residentes, de una parte, y, de otra parte, extranjeros y no residentes. De esta forma, se llega a afirmar que un trato diferente sobre la base de la residencia fiscal puede, en principio, constituir una forma de discriminación prohibida por el tratado: en el asunto *Wielock* se concluyó que una norma adoptada por un Estado miembro que permite a las personas residentes deducir las rentas afectadas a la constitución de una reserva para la vejez, pero que deniega esta ventaja a los sujetos pasivos comunitarios que residen en otro Estado miembro, pero que se encuentran en una situación equivalente era discriminatoria. En el caso de personas jurídicas, aunque la norma se aplique con independencia del domicilio social de las sociedades, punto de conexión utilizado aquí para identificar la nacionalidad de la sociedad, el criterio de la residencia fiscal en el territorio nacional para conceder un eventual complemento de devolución de los impuestos indebidamente ingresados puede operar más especialmente en detrimento de las sociedades que tengan su domicilio social en otros Estados miembros. En efecto, serán éstas con mayor frecuencia las que hayan establecido su residencia fiscal fuera del territorio del Estado miembro de que se trate⁴⁶.

De la misma manera, no son posibles las discriminaciones indirectas⁴⁷: una diferencia de trato entre matrices residentes basada en la residencia fiscal de sus filiales; o tal distinción, entre filiales que sí son residentes en un Estado miembro, en función del domicilio fiscal de la sociedad matriz en un Estado miembro diferente. El propio artículo 294 del Tratado obliga a aplicar a los nacionales de los demás Estados miembros el trato nacional respecto a su participación en el capital de las sociedades que disfrutaban del derecho de establecimiento.

También son contrarias a estos principios las normas capaces de generar discriminaciones de hecho: en el ámbito fiscal, caso *Baxter*, normas que condicionan deducciones a la concurrencia de circunstancias reunidas fácilmente por empresas nacionales pero cuya presencia en las de otros Estados miembros no era lo habitual, con el resultado de mayores cargas fiscales precisamente para empresas derivadas del establecimiento de otras no nacionales.

Por último, se ha encontrado ilegal una norma que tenía efectos discriminatorios en determinados casos, como si tampoco fuera admisible una mera forma de discriminación incidental⁴⁸: aun suponiendo que el régimen fiscal favorezca más a menudo a las sociedades con establecimientos en el extranjero, no es menos cierto que, cuando dicho régimen resulta perjudicial para dichas sociedades, da lugar a una desigualdad de trato respecto de las sociedades que no tienen establecimientos fuera del Estado miembro y crea así un obstáculo a la libertad de establecimiento que garantiza el artículo 43 del Tratado.

En todo caso, aun suponiendo que la norma fuera globalmente favorable o, al menos, neutra para quienes hacen uso de su libertad comunitaria de establecimiento o de circulación, no es menos cierto que es desfavorable para las personas que se encuentran en una situación como la del interesado en el caso, por el mero hecho de que ejercen una actividad por cuenta ajena en otro Estado miembro; para que una medida nacional sea considerada contraria a la libertad de circulación que se garantiza a los nacionales comunitarios, no es necesario que sea abiertamente discriminatoria. Basta que la medida pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de dicha libertad fundamental.

Un nueva extensión del principio de no discriminación ha sido el reconocimiento a los establecimientos permanentes, como forma de establecimiento secundario, el derecho al principio de trato nacional. Van a poder solicitar la aplicación de los convenios fiscales suscritos por un Estado en relación con sus residentes fiscales y aunque no reúnan tal condición, siempre que resulte necesario para hacer efectivo este Derecho comunitario. Se ha puesto de manifiesto que, en términos estrictos, la solución al caso *Saint Gobain* no sirve para invocar trato equivalente para los establecimientos permanentes en toda circunstancia sino sólo cuando se encuentran en situaciones similares a las filiales, de tal forma que se pueda lograr una situación de neutralidad en relación con la forma en que se ejerce el derecho de establecimiento. Por tanto, sería prematuro requerir siempre y en toda circunstancia el derecho al trato nacional. Es necesario el análisis de cada caso, pero esto ya lo sabíamos. Se trata otra vez de la necesidad de respetar la libertad de elección de la forma del establecimiento secundario que protegen los artículos 43 y 48, incluso en el caso en que se trate de un acuerdo internacional con un país no miembro de la Comunidad ⁴⁹.

Alguna doctrina concluye que este principio de trato nacional derivado de la libertad fundamental obliga a extender la aplicación de un tratado internacional de un Estado miembro en favor de nacionales-residentes de otro Estado miembro establecidos en el primero, sin que pueda ser restringido en cuanto al cómo será ejercido de forma concreta ⁵⁰.

Como vimos, la diferente fórmula escogida para ejercer el establecimiento no deja de tener consecuencias de orden tributario. La utilización de una sucursal conduce a fenómenos de tributación compartida y la consideración como contribuyente residente en el Estado de origen y no residente en el de destino. Por el contrario, en principio, la regla general implica que una filial constituye un único sujeto pasivo sujeto a la jurisdicción del lugar de su residencia fiscal. Al mismo tiempo, la tributación de esta segunda forma de inversión acaba constituyéndose en la referencia para determinar la tributación no discriminatoria de la primera; habría que añadir que este principio no parece excluir una imposición más favorable de estos establecimientos permanentes.

b) Interdicción de medidas restrictivas.

La libertad de establecimiento también se construye en el Derecho comunitario mediante la exclusión de restricciones a su ejercicio. Igualmente, las conclusiones presentadas en el caso *Daily Mail* afirman, en el párrafo 12, que no puede exigirse autorización previa alguna para el ejercicio de una libertad fundamental consagrada por el Tratado.

Sobre la existencia de barreras restrictivas a esta libertad, no constitutivas de discriminación pero prohibidas por el TUE, puede leerse la sentencia dictada en el caso *Futura* ⁵¹. Normalmente las situaciones de hecho que concurren en residentes –nacionales y no residentes– no nacionales son diferentes. En principio serían admisibles las diferencias de trato, en particular en materia de obligaciones tributarias. Sin embargo, no se justifica un régimen particular para nacionales de otros Estados miembros con cualquier contenido. Se pondera si estas normas específicas constituyen un obstáculo al ejercicio de establecerse. De la misma manera, extender el mismo conjunto de obligaciones previstas a efectos domésticos a no residentes puede determinar una barrera excluyente.

Precisamente, la falta de similitud en las situaciones de los propios nacionales y las correspondientes a nacionales de otros Estados miembros complica el análisis comparativo dirigido a determinar la existencia de trato discriminatorio. Por esto resulta frecuente leer en las resoluciones del Tribunal de Luxemburgo la existencia de un trato que se califica meramente como diferente pero que resulta contrario a la libertad de establecimiento ⁵². Parece que estas dificultades están detrás de una cierta evolución desde la consideración central del principio de no discriminación, en torno al cual se construyen las libertades comunitarias fundamentales, hacia la constatación de barreras u obstáculos restrictivos de estas últimas no discriminatorios. Esta tendencia tiene consecuencias sobre la valoración de causas que puedan justificarlos, como veremos a continuación.

c) Justificación de normas discriminatorias o restrictivas.

El principio de no discriminación se entiende como absoluto: sólo es posible su exclusión en virtud de alguna de las causas previstas de forma expresa en el Tratado. En relación con la libertad de establecimiento, el artículo 56.1 lo permite en virtud de razones de orden, seguridad o salud pública. Se trata de conceptos enumerados de forma taxativa que deben ser interpretados de forma restrictiva, dado su carácter excluyente. Además, requieren una interpretación común en toda la Comunidad. No deben entenderse de acuerdo con las previsiones nacionales sino bajo un prisma comunitario. Finalmente, sólo cabría aceptar tales excepciones cuando fueran proporcionadas: su invocación sólo debiera ser posible en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés cuya protección se permite.

El artículo 55.1 menciona la inaplicación de las disposiciones relativas al establecimiento en relación con actividades relacionadas con el ejercicio de la autoridad pública y se otorga competencia al Consejo para legislar en este campo. Sin embargo, esta Institución no ha hecho uso de esta posibilidad según tenía previsto el segundo párrafo de este mismo precepto. En todo caso, deberían tenerse en cuenta las limitaciones interpretativas antes señaladas debido, de nuevo, a su condición excluyente de un principio fundamental.

Tratándose de medidas restrictivas no discriminatorias, cabrían estas mismas excepciones. Además de éstas, el TJCE ha desarrollado la doctrina del *rule of reason* que permitiría la vigencia de normas nacionales contrarias al Tratado por la presencia de razones imperiosas de interés público. Ahora bien, esta relación entre obstáculos no discriminatorios y razones imperiosas nacionales no es tan estrecha.

La evolución de sus pronunciamientos y la utilización de estos conceptos de forma cada vez más flexible ha conducido en la práctica a que se proceda al análisis de este tipo de justificaciones alegadas por los Estados miembros en los procesos en casos de discriminación. Como se ha visto, no se llega a calificar a las barreras nacionales como discriminatorias o meramente restrictivas sino que solamente se indican como contrarias a determinados preceptos del Tratado, de tal manera que se resuelve toda inquietud de principio mediante la consideración de cualquier posible causa excluyente.

El abuso del derecho, la coherencia del régimen fiscal o el interés de un control fiscal efectivo han sido consideradas como razones de interés público. Sin embargo, pocos han sido los casos en que la norma sometida a revisión ha sido considerada como necesaria, suficiente y proporcionada para cumplir con su objetivo, condiciones que se han considerado imprescindibles para aceptar la exclusión de las previsiones del tratado. Además, el Tribunal ha rechazado como causas justificativas la necesidad de tener en cuenta las diferencias entre normas fiscales ante la falta de armonización⁵³, la posibilidad de evitar la discriminación operando a través de filiales y no a través de establecimientos permanentes⁵⁴, razones económicas o la necesidad de proteger recursos fiscales⁵⁵, la ausencia de reciprocidad⁵⁶, la discrecionalidad para asegurar un trato fiscal apropiado⁵⁷, la existencia de dificultades administrativas⁵⁸ o la necesidad de medidas dirigidas a atajar regímenes de baja tributación, incluso si no existen medidas dirigidas a armonizar los niveles de presión fiscal efectiva en la imposición directa⁵⁹.

d) Obligaciones también exigibles al Estado de origen.

El artículo 43 prohíbe las restricciones al establecimiento en el territorio de un Estado miembro y obliga a la aplicación de las disposiciones vigentes en el país de establecimiento y previstas para sus nacionales. La interpretación literal de estas previsiones podría conducir a pensar que se obliga únicamente al Estado de destino. Sin embargo, la construcción del mercado único no puede descansar sólo en compromisos asumidos por éstos; las libertades económicas que lo configuran podrían quedar postergadas por la legislación, los reglamentos o las prácticas administrativas del Estado de origen.

Esta interpretación del TUE es la seguida por la doctrina del Tribunal. La sentencia dictada en el asunto *Daily Mail*⁶⁰, párrafo 16, menciona que, si bien los artículos 43 y 48, según su texto literal, se proponen en especial asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, las mismas se oponen, asimismo, a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación, y que responda por lo demás a la definición del artículo 48. En este punto se seguía la argumentación de la Comisión, que observó cómo los derechos garantizados por el artículo 43 y los siguientes quedarían vacíos de contenido si el Estado de origen pudiera prohibir que las empresas dejen el país con miras a establecerse en otro Estado miembro.

Existe, en términos utilizados por alguna doctrina⁶¹, la confirmación explícita en la jurisprudencia de la existencia de un derecho de salida para las sociedades que se produce por medio de un establecimiento secundario, por ejemplo.

Estas reflexiones pueden extenderse respecto de los nacionales de un Estado miembro que, después de haberlo abandonado y haberse establecido bajo otra jurisdicción comunitaria, reclaman frente a su país de origen el respeto al principio de no discriminación y al ejercicio de sus libertades económicas. La práctica ha puesto de manifiesto la realidad de esta hipótesis y las dificultades teóricas que conlleva. Algún fallo de la curia denegó la cobertura del Tratado en estos casos ante la ausencia de un elemento internacional: un nacional con actividades en su propio Estado que reside en otro diferente. Este asunto, *Werner*, generó dudas y críticas doctrinales, basadas las más fundadas en que se omitió el resultado de que una frontera estatal se había convertido en un obstáculo a la libertad de circulación ⁶². Es posible que en el trasfondo de esta resolución pesara que el elemento transfronterizo, la residencia en otro Estado, no estuviera relacionado con las libertades consagradas o no se debiera a su ejercicio: esto es, la residencia en el segundo país comunitario no se derivaba del concreto ejercicio del derecho a establecerse o con la libre circulación de trabajadores.

Un caso posterior ha servido a la doctrina para ver cierta evolución en las tesis de la curia europea ⁶³: en palabras del propio TJCE, *aunque las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas no pueden aplicarse a situaciones puramente internas a un Estado miembro, no es menos cierto que el alcance del artículo 52 del Tratado no puede interpretarse de manera que excluya del ámbito de aplicación del Derecho comunitario a los propios nacionales de un Estado miembro determinado cuando éstos, por su propio comportamiento, se encuentran, respecto del Estado miembro del que son originarios, en una situación equiparable a la de cualquier otro sujeto que goza de los derechos y de las libertades que garantiza el Tratado.*

Se entiende que el argumento debió ser que la norma impedía, limitaba o condicionaba al propio nacional a ejercer previamente su derecho a establecerse en otro Estado miembro cuando, después de haberlo ejercido, su propio Estado de origen le penaliza como consecuencia de esta circunstancia. En palabras del propio Tribunal *un ciudadano de un Estado miembro podría ser disuadido de dejar su país de origen para ejercitar una actividad laboral subordinada o autónoma ... en el territorio de otro Estado miembro si no pudiera beneficiarse, cuando vuelve al Estado miembro del que es nacional para desarrollar una actividad laboral subordinada o autónoma, de facilidades de entrada y permanencia equivalentes al menos a las que disfruta, con base en el Tratado o en derecho derivado, en el territorio de otro Estado miembro* ⁶⁴.

Puede resultar difícil calificar estas normas como discriminatorias o restrictivas del ejercicio de las libertades. Hay quien las considera como discriminaciones inversas y quien mantiene que no es posible hablar de tal forma inversa de discriminación en sentido propio ⁶⁵. En realidad, el diferente trato en estos asuntos fiscales está ligado al estatuto derivado de la residencia fiscal. Y la propia jurisprudencia mantiene que es posible distinguir entre residentes y no residentes puesto que los supuestos de hecho de los que deriva tal condición son esencialmente diferentes y, además, relevantes. Ahora bien, el diferente trato debe estar basado en que existen diferencias en los hechos y en que tales diferencias son relevantes en relación con la norma. Cuando así no fuera surgiría la duda de la existencia de trato discriminatorio por razón de la nacionalidad, duda que se confirmará cuando la no residencia identifica básicamente a quienes no son nacionales. A ésta se califica como discriminación encubierta por sus efectos últimos. El principio de no discriminación conlleva la com-

paración entre el régimen aplicable a los propios nacionales y el aplicable a quienes no lo son. Por el contrario, no cabe hablar de discriminación por nacionalidad entre quienes la comparten. De aquí que resulte complejo afirmar que cuando el afectado sea nacional, al mismo se le discrimine. La norma podrá ser discriminatoria respecto de los no nacionales. Pero frente a los propios nacionales, la consecuencia no es la discriminación basada en la nacionalidad sino la restricción en el ejercicio de los derechos comunitarios atribuidos. En definitiva, se puede tratar de manera diferente a los propios nacionales sin violentar el principio comunitario de no discriminación; pero cuando la diferencia es consecuencia del ejercicio de las libertades del Tratado e implica un trato desfavorable se está obstaculizando su ejercicio.

e) El principio de nación más favorecida.

Existe doctrina ⁶⁶ que considera que el TUE implica la aplicación del principio de nación más favorecida: cualquier ciudadano comunitario puede exigir de un Estado miembro la aplicación de un régimen más favorable previsto en un tratado internacional suscrito por dicho Estado con otros Estados que, en principio, no le sería de aplicación. Los argumentos han sido diversos pero siempre cargados de prudencia. Finalmente, se razona en relación con el artículo 43 como expresión específica del artículo 12, donde se prohíbe de forma inequívoca toda forma de discriminación basada en la nacionalidad y se pregunta si cabe que en un mercado único sea posible discriminar en favor de la inversión procedente de un Estado miembro en detrimento de la procedente de otro diferente. Por su parte, la jurisprudencia ha evitado el tema incluso en los casos en que la pregunta se formuló de forma directa ⁶⁷.

También existen posturas en sentido contrario ⁶⁸, basadas fundamentalmente en la necesidad de respetar y garantizar la soberanía de los Estados miembros, en particular, la libertad de pactar y su competencia en materia de política fiscal. No parece que tal cláusula sea una obligación que resulte clara del TUE: el artículo 293 descansa en el principio de acuerdos bilaterales y el artículo 58.1 a) admite distinto tratamiento en función del lugar de residencia del inversor o de la inversión. Finalmente, sobresale la necesidad de garantizar el equilibrio de las concesiones recíprocas de cada acuerdo concreto, su coherencia así como la continuidad del sistema de negociaciones bilaterales, que exigirían la protección del propio Derecho comunitario.

Se considera aquí que el artículo 43 desarrolla el principio de no discriminación por relación a los propios nacionales, no respecto de los nacionales de Estados terceros. Se plantea entonces el argumento que invita a considerar dicho precepto en relación con el artículo 12. Ya se ha indicado que es doctrina asentada del TJCE que el artículo 12 recoge este mismo principio, con lo que nada cambiaría en cuanto al alcance de su interpretación. Si bien se ha defendido el carácter específico del derecho al establecimiento frente a la cláusula general de no discriminación, las condiciones que le son propias no se manifiestan al invocar el trato de nación más favorecida.

A lo anterior se debería añadir que estas cláusulas constituyen instrumentos técnicos bien conocidos en el Derecho internacional, incluido el marco de los tratados fiscales ⁶⁹ y, a pesar de ello, el TUE en ningún momento la incluye ni se refiere a ella. Esta falta de mención expresa nos parece fun-

damental y sintomática. Los Tratados no dejan de ser fruto de un acuerdo de voluntades entre los Estados protagonistas de sus propias relaciones internacionales, quienes, de haber querido, hubieran asumido el compromiso correspondiente. Bien es verdad que constituida la Comunidad, su ordenamiento jurídico no resulta de una mera interpretación literal de los Tratados sino que está sujeto a una evolución determinada por los objetivos para los que se constituye, la propia de sus instituciones y de su legislación. Aun así, el alcance del trato más favorecido y su incidencia sobre las relaciones internacionales dentro y fuera de la Comunidad es de tal envergadura que debemos insistir que debiera haber sido recogido de forma expresa entre las obligaciones asumidas por los Estados miembros.

Aún más, se excluyen las discriminaciones que encuentran su razón de ser en la nacionalidad, cuando resulta enormemente complejo concluir que la diferencia de trato entre nacionales de distinta procedencia constituya una forma de discriminación basada en la nacionalidad: tratándose de convenios fiscales su fundamento se encuentra en el resultado aceptado por los Estados signatarios, no en la nacionalidad concreta de quien invoca el convenio.

Por añadidura, y como luego insistiremos, el régimen que resulta del tratado ni siquiera es decisión del Estado a quien se le imputa la discriminación: es un acuerdo entre dos Estados y la decisión está en los dos. Es verdad que el Estado de la nacionalidad tampoco puede discriminar, pero nos preguntamos a quién debe compararse esta última jurisdicción a su propio nacional que se ha dirigido hacia otro Estado miembro: si con otros nacionales que limita su actividad al interior o con aquellos que hayan elegido invertir en otro Estado diferente, incluso fuera de la Comunidad.

Todavía bajo esta aproximación debemos preguntarnos acerca del sentido de la aplicación de distintos regímenes en el marco de un acuerdo internacional para establecer un mercado que se califica como único. El carácter instrumental de la libertad de establecimiento obligaría a su interpretación más adecuada para satisfacer la realización última de este objetivo. Desde este punto de vista, cabrían hacer nuevas reflexiones. Sin embargo, pasamos así desde una interpretación literal a una interpretación finalista de la norma. Esta herramienta nos obliga, pues, a valorar la consecuencia última de la aplicación del trato de nación más favorecida: sólo cabe una interpretación diferente y nueva en la medida en que sirva para cumplir con sus objetivos.

En este sentido, la primera reflexión giraría en torno al régimen jurídico resultante de un tratado, que alcanza muy diversos aspectos respecto de los cuales, un determinado nacional estará en ocasiones en situación más ventajosa, equivalente o peor. En cuanto a la aplicación de este mismo tratado por el propio Estado de origen, ya mencionamos antes la necesidad de plantear el parámetro de referencia: si son otros nacionales que limitan su actividad al interior, en cuyo caso se debiera considerar que el inversor internacional tiene la deducción del impuesto soportado en el exterior con el resultado de una deuda tributaria que será similar o peor a la del inversor nacional, pero no derivada sólo de la aplicación del convenio por el Estado de destino y la exclusión de la aplicación de la cláusula de nación más favorecida, sino del diferente nivel de gravamen existente en ambos Estados; o respecto de quienes invierten en otros Estados miembros diferentes, donde la situación puede ser mejor, igual o peor, comparación de la que surge por añadidura la cuestión adicional acerca de la necesidad de proporcionarle una nueva suerte de principio de régimen convencional más favorecedor en cuanto al método

para eliminar la doble imposición ⁷⁰, aunque en realidad el problema vuelve a derivar de los distintos niveles impositivos existentes en la Comunidad. En fin, la razón última de la diferencia de trato estriba en la concurrencia de dos Estados en el gravamen con soberanía fiscal para determinar el alcance de las obligaciones tributarias. Es posible que esta circunstancia exija armonización; pero resulta complejo dictaminar trato discriminatorio y su imputación a un Estado miembro concreto.

Por otro lado, no estaría de más recordar que las normas de los convenios no determinan la carga tributaria sino sus límites en uno de los Estados. Un tipo mayor o menor de gravamen previsto en un tratado fiscal implica una determinada distribución del poder tributario entre los signatarios del tratado. De esta manera, existen dudas de que tales normas, por sí mismas consideradas, estén generando discriminación. El principio de no discriminación obliga a cada Estado con independencia del régimen vigente en otros. Sin embargo, en esta interpretación finalista sí debe valorarse el sentido último de exigir el trato de nación más favorecida; de lo contrario, no satisfecho el fin, no se justifica el deber que le sirve. En este sentido, la cláusula de nación más favorecida no garantiza en absoluto la no discriminación, sólo un reparto diferente de potestades, cuando la tributación final es el resultado de la aplicación de las normas en el Estado de destino y en el Estado de origen. Así, la reducción del tipo de reducción puede derivarse al final en un menor crédito fiscal a hacer efectivo contra la imposición local.

Finalmente, las consecuencias de la aplicación del trato de nación más favorecida no tienen por qué conducir a resultados fiscales equivalentes en todos los Estados miembros, de tal forma que el mercado seguiría sin ser único. El mantenimiento de la soberanía fiscal nacional tiene como efecto que la tributación varía en función del Estado de origen y de aquel al que se destine la inversión. Un nacional de un Estado miembro estará sometido a distinto trato tanto según su origen como su destino. En fin, que el principio referido puede garantizar neutralidad en el Estado de la importación de capitales, ya que éste tratará toda inversión desde otro según su régimen fiscal más ventajoso, pero no la neutralidad entre los Estados desde los que se exportan capitales, de tal manera que la carga que cada contribuyente soporte dependerá de su origen. Encima, tal neutralidad se logra Estado de destino a Estado de destino, esto es, de forma diferente en cada uno. En consecuencia, el resultado buscado del mercado único sigue sin lograrse.

La conclusión sería que resulta difícil derivar la existencia de esta obligación a cargo de los Estados miembros; en caso de que se entendiera lo contrario, no lograría cumplir con su fin último. Por lo demás, no cabe duda del interés en construir el mercado interior bajo la vigencia del principio de nación más favorecida. En la doctrina indicada se pone de manifiesto que las distintas soluciones de los tratados bilaterales acaban conduciendo a la existencia de distorsiones en los mercados y la competencia, lo que desdibujaría la naturaleza propia del ordenamiento comunitario cuando, según el TJCE, la misma implica que este Derecho tiene los mismos efectos en todos los Estados miembros y bajo toda circunstancia ⁷¹. Ahora bien, siendo importante su exclusión, no encontramos de momento más que la posibilidad de invocarlo como valor de *lege ferenda*, siendo más complejo aceptar que se trata de una norma ya en vigor. Basta con observar que ésta parece la interpretación que debiera derivarse del propio Tratado cuando su artículo 94 invita a la armonización cuando resulta necesaria para el establecimiento o funcionamiento del mercado común.

5. Esencia del derecho: sustantividad económica de la actividad.

Las conclusiones presentadas en el caso *Daily Mail* por el Abogado General partieron de una idea de importancia fundamental para este trabajo, que establecerse *es integrarse en una economía nacional*, para lo que utilizó la tesis defendida por cierta doctrina ⁷². Se entendió que tal integración económica implica la concurrencia de dos elementos: un asentamiento físico y el ejercicio de una actividad económica. Ambos elementos con carácter si no permanente, cuando menos duradero y estable ⁷³.

Las consecuencias de esta manera de entender el derecho de establecimiento se extienden también sobre la determinación precisa del lugar donde una entidad dispone de su administración central, como punto de conexión relevante para determinar la vinculación de la entidad con un Estado miembro y su ordenamiento jurídico; asimismo, para determinar la alteración de tal punto de conexión como consecuencia del traslado de tal sede social. De acuerdo con las reflexiones vertidas en la resolución referida, la sede social se encuentra *allí donde los órganos de la sociedad toman las decisiones esenciales para las actividades de ésta*. De esta manera, no importa tanto una apreciación jurídicamente formal que no contemple una pluralidad de elementos de hecho, cuyo balance puede variar según el tipo de sociedad de que se trate. El traslado de la sede de la administración central, entendida con referencia a criterios económicos más que jurídicos, sería una forma de ejercicio del derecho de establecimiento, cuando se trata de situar *el centro de gravedad económica de la empresa*.

Así, el concepto de administración central corresponde no sólo a la implantación de los servicios administrativos principales, sino también, y quizá sobre todo, al lugar desde donde la sociedad es efectivamente dirigida. El domicilio social real es habitualmente el lugar de la administración central de la sociedad, que es el lugar donde se toman las decisiones relativas a la actividad de carácter independiente, y desde donde ésta recibe su impulso; en otros términos, es el centro de ejercicio de esta actividad ⁷⁴.

Como conclusión, determinar si un traslado de la administración central constituye un establecimiento en el sentido del Tratado, supone pues tomar en consideración un haz de factores. Puede acabar sucediendo que la actividad de una sociedad tenga lugar en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel al que dicha sociedad pretende trasladar su administración central. En tal caso, esa circunstancia puede constituir un indicio de que no se trata entonces de verdadero establecimiento. Alguna doctrina ha visto ecos de esta postura en la sentencia dictada en el caso *ICI*, y se afirma en relación con un grupo internacional de sociedades con filiales en el exterior que, si bien resulta que el traslado económico de una sociedad, la matriz, no es requerido para la finalidad de ejercer el derecho de establecimiento, la fundación de una filial en otro Estado miembro sí que debe responder a razones efectivas y no debe tratarse de un acuerdo completamente artificial ⁷⁵.

Sin embargo, ha parecido ⁷⁶ que el test de la sustancia económica invocado por el abogado general es demasiado estricto en comparación con el utilizado por el TJCE. En particular por las siguientes razones: la gestión central y el control de una sociedad constituyen actividad económica

en sí mismas; el requisito de la integración genuina de una sociedad en la economía del país de destino es demasiado exigente y no se encuentra como tal en el Tratado y de hecho hay quien se establece en otro Estado con la finalidad de investigar las posibilidades de iniciar una actividad; el establecimiento es necesariamente anterior a la actividad económica; tal condición implicaría un test complejo que resultaría de la valoración de un número de condiciones que deberían ser valoradas por los tribunales nacionales con el consiguiente peligro para una aplicación uniforme de un derecho fundamental comunitario; finalmente, se concluye que el inicio de cualquier aspecto de la actividad corporativa-social constituiría establecimiento. Sólo las actividades que carecen de sustancia económica quedan al margen de la aplicación del Derecho comunitario.

El caso *Segers* plantea alguna duda que debe resolverse: el artículo 48 atribuye el derecho de establecimiento, una vez reunidos las dos condiciones ya analizadas, a cualquier sociedad, resultando completamente irrelevante que no desarrolle ningún tipo de actividad en su Estado y que la misma sea conducida a través de una agencia, una sucursal o una filial situada en otro Estado miembro diferente. El caso *Centros* acude a estos planteamientos de nuevo: resulta que el derecho de establecimiento cubre las situaciones en las que una sociedad crea una sucursal en otro Estado miembro, sin que resulte relevante que la sociedad sólo hubiera sido constituida en un Estado miembro con el objeto de establecerse en el segundo, donde se ejercería lo fundamental, incluso la totalidad, de sus actividades económicas. Por tanto, no resultaba exigible que la sociedad tuviera actividad alguna ⁷⁷.

Esta última resolución nos ofrece pistas para aclarar los términos de estas reflexiones: la cuestión de la atribución de este derecho comunitario es distinta de la de determinar si se ha producido un verdadero ejercicio del mismo. Mientras que el primer debate se refiere al reconocimiento concreto de la libertad de establecimiento de una sociedad en particular, la segunda tendría que ver con la constatación del ejercicio real de esta libertad. Por tanto, el derecho es atribuido por la mera constitución y conexión con un Estado miembro, sin que resulte exigible nada más; pero el verdadero ejercicio del establecimiento parece que puede todavía entenderse ejercido cuando existe alguna actividad sustantiva desde un punto de vista económico, o como se ha mantenido ⁷⁸, el artículo 43 se basa en un concepto económico de establecimiento.

Estos dos casos ampararon a estas sociedades en su derecho pero no se plantearon nada acerca del ejercicio verdadero de actividades por la filial y la sucursal a que se referían, que por otra parte era real y efectivo. Es esta confusión la que intenta aclarar el propio TJCE en la sentencia del caso *Überseering BV* ⁷⁹. En cuanto al concepto de actividad económica, es posible leer también en la jurisprudencia europea ⁸⁰ que basta con mantener una presencia en el Estado miembro de destino, incluso si la misma no implica la existencia siquiera de agencia o sucursal, sino que consiste únicamente de una oficina gestionada por el personal de la empresa o por una persona independiente autorizada para actuar para la empresa de forma permanente, como sería el caso de un agente.

Entendemos, por concluir, que no existe tanta distancia entre las dos tesis indicadas. Sí que la cobertura del Tratado queda referida a la existencia de actividad económica en la posición del TJCE ⁸¹, si bien se trata de una noción suficientemente amplia del concepto que cubre cualquier acti-

vidad real y efectiva de trabajo, no meramente marginal y accesoria, por cuenta ajena o en el marco de una prestación de servicios y con contraprestación. Ésta parece ser la postura que alguna doctrina⁸² mantiene cuando estudia los aspectos relativos a este derecho económico que se ponen de manifiesto al considerar el contenido de las inversiones que persiguen su amparo, y entienden que requiere integración en la economía del país de destino e implica el desarrollo de una actividad económica a través de un establecimiento fijo situado en el Estado correspondiente para un período indefinido.

6. Delimitación respecto de otros derechos comunitarios.

a) En relación con la libre circulación de personas.

La libertad de establecimiento es una manifestación de la libre circulación de personas en la Comunidad; su diferencia, creemos, radica en su carácter específico y viene determinado por su finalidad, el desarrollo de empresas con fin lucrativo.

El establecimiento implica, pues, una forma concreta de ejercicio de la libre circulación. Una vez ejercido, se expande hasta alcanzar al derecho a residir e, incluso, a no ver restringido o ser discriminado en el ejercicio de actividades lúdicas, que se consideran como corolario a su ejercicio⁸³.

Inicialmente los fallos del TJCE han utilizado el principio de no discriminación como principio jurídico para fundamentar sus fallos. Cuando se ha debatido acerca de la libertad de establecimiento en concreto, su violación ha sido analizada desde su consideración como manifestaciones concretas de dicho principio. Así, es posible leer doctrina que considera que cada una de las libertades son manifestaciones específicas de la cláusula general de no discriminación del artículo 12 del TUE sobre la base de la propia jurisprudencia del TJCE: ésta ha indicado que este precepto sólo se aplicará cuando no exista otra disposición que pueda invocarse al caso concreto planteado⁸⁴. La conclusión inmediata es que las leyes, disposiciones reglamentarias o administrativa o actos de los poderes públicos nacionales que violan la libertad de establecimiento son al mismo tiempo contrarias al principio de no discriminación.

Junto a esta perspectiva, se va poniendo de manifiesto una vertiente más amplia: además de las violaciones del principio de no discriminación también es contraria al tratado la imposición de barreras restrictivas, no discriminatorias, de las libertades⁸⁵. La lectura de las últimas resoluciones debiera permitirnos concluir que el factor fundamental que ofrece al juez comunitario la llave de la solución del conflicto planteado estriba en las libertades fundamentales en sí mismas y que la conclusión acerca de su vulneración resulta bien desde la consideración de la existencia de discriminaciones, bien de normas respecto de las cuales resulta difícil, cuando no imposible, concluir acerca de la existencia de un trato discriminatorio pero sí puede constatarse la imposición a los particulares de obligaciones o limitaciones que impiden u obstaculizan de forma suficientemente grave, a juicio del TJCE, las libertades que les han sido conferidas.

La nueva conclusión sería que el artículo 12, la no discriminación, sólo se aplica en la medida en que no existan disposiciones más específicas en el TUE que ofrezcan una solución particular para la discriminación examinada, lo que no excluye otras violaciones de este ordenamiento no basadas en tal principio ⁸⁶. Se debe recordar que la Comunidad Europea centra su objetivo, entre otros, en el establecimiento 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, de acuerdo con el artículo 2 del TUE. El principio de no discriminación no es así su objeto o fin sino un principio fundamental que informa acerca de los términos esenciales sobre los que se asienta el mercado, calificado hoy como único.

Con todo este razonamiento perseguimos identificar la existencia de una forma de libertad, de establecimiento, específica y capaz de diferenciarse respecto de la más general libertad de circulación protegida por la cláusula general de no discriminación. Es posible que pueda dictaminarse la existencia de disposiciones que violan el derecho a establecerse, al entorpecerse la posibilidad concreta de su ejercicio, pero que pueden ser compatibles con la libre circulación cuando no entorpezcan el mero desplazamiento entre Estados. Dado su carácter específico, las violaciones a esta última sí que lo serán de la primera cuando esté presente además la finalidad de ejercer una actividad empresarial.

b) En relación con la libre circulación de trabajadores.

La libertad de establecimiento es una de las manifestaciones de la libre circulación de personas en la Comunidad prevista en el artículo 3 c) del Tratado. La libre circulación de trabajadores representa la otra forma de manifestación de la misma. La distinción entre la primera y la segunda viene determinada por la existencia o no de una relación de empleo ⁸⁷. El derecho de establecimiento está ligado al ejercicio de actividades por cuenta propia, en tanto que los trabajadores por cuenta ajena ven reconocido su derecho de circulación en el artículo 39 del Tratado.

La jurisprudencia se ha referido ya, en el caso *Asscher* ⁸⁸, al derecho ejercido por el director de una sociedad de la que es socio único, quien no ejerce su actividad en el marco de una relación de subordinación a un superior o a otro órgano social, de forma que no podía ser considerado como un *trabajador* en el sentido del artículo 39 del Tratado, sino como una persona que ejerce una actividad no asalariada en el sentido del artículo 43 del Tratado. En las conclusiones del Abogado General Léger se afirmaba que esta calificación era independiente de las previstas en las legislaciones nacionales. Sí es importante mencionar que tanto las conclusiones como la sentencia destacaran que las dos libertades están basadas en los mismos principios en lo relativo a derechos de movilidad y la prohibición de discriminación.

c) La libre circulación de capitales.

El caso *Baars* ⁸⁹ concluyó que una participación del 100% en el capital de una sociedad con domicilio social en otro Estado miembro incluye indudablemente al sujeto pasivo en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas al derecho de establecimiento. Del artículo 43,

párrafo segundo, del Tratado se deduce que la libertad de establecimiento comprende la constitución y gestión de empresas, especialmente de sociedades, en un Estado miembro por un nacional de otro Estado miembro. Así, 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.

En definitiva, las participaciones en sociedades de otros Estados miembros que no permiten controlar, influir, en definitiva, tomar las decisiones relativas a la marcha de la vida social estarán protegidas por la libertad de circulación de capitales, regida en otros preceptos del Tratado.

d) La libre prestación de servicios.

La libertad de establecimiento tiene mucho en común con la libertad de prestar –que será también de recibir– servicios: ambos implican el ejercicio libre de una actividad económica, comercial o profesional ⁹⁰. De hecho, la regulación de la libre prestación de servicios se refiere a las disposiciones reguladoras de la primera.

El criterio decisivo para invocar el derecho de establecimiento se encuentra en la presencia de una persona o empresa en el Estado miembro de destino con carácter permanente. Así es incluso cuando, de acuerdo con la jurisprudencia, la presencia no tiene la forma de sucursal o agencia, sino que se limita a una oficina gestionada por el propio personal de la empresa o por una persona independiente autorizada para actuar de forma permanente. Seguidamente, el TJCE declaró que este concepto implicaba el desarrollo efectivo de una actividad económica a través de un establecimiento fijo en otro Estado miembro por un período indefinido, tanto si se trata de persona física como de personas jurídicas. La jurisprudencia también ha concluido que la presencia de la libertad de prestación de servicios está subordinada al derecho de establecimiento en dos aspectos: del artículo 49 del Tratado resulta que esta libertad asume que el prestador del servicio y su preceptor están establecidos en dos Estados miembros diferentes; y del artículo 50 se deriva que, si bien cabe que ambas partes se encuentren en el mismo territorio, la empresa prestadora ejerce su actividad con carácter temporal ⁹¹.

II. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO POR EL TJCE

La necesidad de cumplir con los principios y libertades fundamentales del TUE limita la soberanía de los Estados miembros cuando establecen su legislación fiscal. Ésta ha sido la labor emprendida por el TJCE: enjuiciar la acomodación de los sistemas tributarios nacionales a las exigencias allí convenidas. Los fallos que concluyen sus resoluciones nos permiten llegar a algunas conclusiones generales. Entre éstas, intentaremos ahora referirnos a las que puedan resultar relevantes para los fines de este trabajo.

La no discriminación ha sido un valor esencial en este proceso. Podríamos comenzar afirmando ⁹² que, cuando las situaciones son comparables, no se justifica el establecimiento de ventajas fiscales aplicables sólo a entidades residentes, salvo que quepan las excepciones de orden, seguridad o salud públicas. En definitiva, si residentes y no residentes se encuentran en situación comparable, deben todos disfrutar de incentivos fiscales. De la misma manera, estando en situaciones comparables violentaría dicho principio el establecimiento de cargas fiscales superiores o desventajosas a los no residentes respecto de los residentes.

Hemos visto cómo los derechos comunitarios alcanzan y protegen a los propios residentes. No parece posible establecer un régimen de obligaciones menos ventajoso o más gravoso respecto de las propias sociedades nacionales cuando éstas operan con otras extranjeras ⁹³: habló aquí el TJCE de discriminación por sus efectos indirectos, referida a sociedades no residentes que habían entablado relaciones económicas con las entidades residentes destinatarias del régimen fiscal desventajoso.

Estas libertades cubren así, de una parte, a las empresas establecidas en un Estado miembro fruto de la inversión procedente de otros Estados miembros ⁹⁴; de otra, a los propios residentes que deciden extender sus propias actividades económicas a otros Estados miembros: el artículo 43 del TUE se opone a una normativa que supedita el derecho a una desgravación fiscal a que la sociedad matriz sea titular de filiales residentes y lo excluye cuando mantiene filiales en otros Estados miembros ⁹⁵, así como a disposiciones que conceden a los sujetos pasivos residentes una exención total o parcial en relación con inversiones en acciones de sociedades establecidas bajo la propia jurisdicción y la deniega a los titulares de acciones de sociedades establecidas en otros Estados miembros ⁹⁶.

Determinada la existencia de infracción, procedería valorar la concurrencia de causas justificativas. Entre éstas no están ni la pérdida de recursos fiscales como consecuencia del traslado de actividades ni la finalidad de compensar una tributación exterior más favorable ⁹⁷. Sí cabría instar que la invocación de estos derechos y libertades oculten un comportamiento abusivo dirigido a defraudar el derecho de los Estados miembros, siempre que la norma enjuiciada cumpliera con el principio de proporcionalidad: que fuera la adecuada para cumplir de forma eficiente con su fin, que permitiera una valoración de las circunstancias presentes en cada caso y que estuviera sujeta a control jurisdiccional.

III. SOBRE LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

1. Descripción general.

Las legislaciones sobre transparencia fiscal internacional (en adelante, TFI) proveen un instrumento para someter a gravamen los beneficios retenidos en sociedades establecidas en el extranjero. Estas normas tienen por objeto normalmente el gravamen de contribuyentes residentes que gestionan o dirigen sociedades o entidades no residentes que generan rentas denominadas pasivas y

disfrutaban de baja imposición sobre las mismas. Su contenido concreto varía de país a país. De acuerdo con la OCDE ⁹⁸, *la creciente utilización de formas de intermediación y el desarrollo de regímenes fiscales preferenciales han motivado que un cierto número de países hayan adoptado leyes dirigidas a reducir el riesgo de pérdida de rentas fiscales nacionales derivadas de inversiones internacionales.*

Es posible que cada Estado miembro de la UE persiga un fin diferente con su régimen de TFI. Aunque podría también tratarse de una medida antiabuso, en términos generales se percibe como un instrumento de salvaguarda contra la erosión injustificada de la base imponible nacional mediante el traslado de determinadas inversiones a sociedades no residentes, que no están sujetas a imposición en su territorio como norma general. Aun cuando sus normas difieren, es posible encontrar un conjunto de notas comunes: el sujeto pasivo es siempre un residente fiscal en el país que aplica las normas de TFI; estas disposiciones implican la atribución al sujeto pasivo de lo que normalmente se reputarían rentas de fuente extranjera e, incluso, de titularidad ajena; las reglas de cómputo para integrar estas rentas en la base imponible son asimismo diferentes; y la renta sujeta a gravamen es normalmente obtenida por un contribuyente no residente, sin perjuicio de que sus actividades pudieran estar localizadas en cualquier país, incluido el territorio del Estado que aplican las normas TFI.

2. La transparencia fiscal internacional en los Estados miembros ⁹⁹.

a) Alemania ¹⁰⁰.

Las normas de TFI se aplican siempre que los accionistas alemanes controlan más del 50% de una sociedad no residente. La sujeción de cada sujeto pasivo por este concepto resulta de su participación, al menos, en el 1% del capital. Cuando la entidad no residente percibe rentas pasivas que alcanzan más del 90% del total, la ley no establece un suelo mínimo de participación. Cada socio debe tributar por las rentas objeto de atribución en proporción a su participación.

Estas normas alcanzan a las sucursales en el exterior de sociedades alemanas en relación con rentas pasivas que hubieran sido objeto de atribución en caso de inversión a través de filial. La consecuencia es la sustitución de la exención de rentas de esta fuente por el método de imputación.

Respecto de la entidad no residente transparentada, debe obtener rentas calificadas como pasivas que soporten una tributación efectiva inferior al 25%. La ley procede a enumerar las actividades que se consideran como generadoras de rentas no pasivas; el resto de actividades producen rentas pasivas. Se consideran productivas las actividades agrícolas, forestales, de producción, de crédito y seguro, de comercialización, de servicios, de arrendamiento y de financiación activa, con determinadas excepciones. Además se consideran como rentas activas los dividendos procedentes de sociedades de capital y las plusvalías de cartera salvo que respondan a otras subyacentes en activos generadores de rentas de cartera.

En cuanto al cálculo del impuesto efectivo soportado, resulta necesario recalcular la base imponible de acuerdo con las disposiciones alemanas correspondientes. Se tienen en cuenta además todos los impuestos soportados por las rentas pasivas y no sólo la tributación en el Estado de la sede de la entidad no residente.

Las rentas así imputadas a los socios residentes en Alemania se asimilan a los dividendos con el objeto de determinar su imposición. Como regla especial, no son aplicables las normas de exención de aquellos percibidos por sociedades ni las de tributación en un 50% de su importe en caso de preceptores personas físicas. Por tanto, el gravamen corresponde con arreglo a las normas generales y según la situación particular de cada contribuyente. Son deducibles los impuestos satisfechos por la entidad no residente que hayan gravado la renta imputada.

b) Dinamarca.

La ley danesa se refiere a fórmulas de control derivadas de la propiedad, directa o indirecta, de más del 25% del capital o de la disposición, directa o indirecta, de más del 50% de los derechos de voto. Se computan todas las participaciones o derechos de voto del grupo de sociedades, de las personas físicas socios de la matriz y los de sus familiares y de las detentadas por fundaciones o *trusts*. Tratándose de los derechos correspondientes a personas físicas, sólo se computan cuando el mismo queda sujeto a TFI.

La imputación procede respecto de filiales no residentes cuya actividad es fundamentalmente financiera. Esta condición resulta cuando en cada período impositivo más de la tercera parte de los ingresos brutos tiene esta naturaleza o más de la tercera parte del valor de mercado de sus activos corresponde a los de carácter financiero. Renta financiera son intereses, dividendos, plusvalías de cartera, cánones o renta derivada de operaciones de *leasing*. También se incluyen las primas de seguro. Como activos financieros tienen la consideración deudas, participaciones, patentes y licencias. En cuanto a entidades que se consideran que conducen a actividades financieras, se trata de bancos, aseguradoras, sociedades financieras y de inversión e instituciones hipotecarias.

En caso de *holdings* no residentes exentas, se computan a estos efectos la renta y los activos de sus filiales no residentes en proporción a la participación correspondiente, salvo los pagos de dividendos de estas últimas cuando desarrollan actividades de manufactura.

El supuesto de hecho de la TFI implica la sujeción de la entidad no residente a tributación inferior: así, están exentas las rentas obtenidas por entidades no residentes que tributan a un tipo equivalente al 75% del vigente en Dinamarca, siempre que la base imponible sea similar. Desde 2001, la tributación diferida puede implicar también tributación sustancialmente inferior y la consiguiente imputación de rentas. También tiene la consideración de tributación inferior la que resulte de acuerdos con la autoridad fiscal de la residencia en virtud de los cuales se determine la base imponible o el tipo de gravamen. Finalmente, tal condición concurre asimismo cuando la tributación sobre la renta de la filial extranjera depende de la residencia de la matriz.

La imputación queda referida a la renta neta financiera correspondiente al mayor nivel de participación determinado en el período impositivo, sin que alcance a las rentas no financieras. Se aplica el método de imputación ordinaria con el objeto de deducir el impuesto sobre la renta exterior soportado por la entidad no residente correspondiente a las rentas financieras gravadas. Los dividendos y plusvalías derivados de la participación están exentos en el importe equivalente de la renta financiera imputada, una vez deducidos los impuestos satisfechos por la entidad no residente y el importe de tales rentas que no se graven en Dinamarca. Cuando tales dividendos o plusvalías no excedan de esta cuantía, la diferencia puede ser compensada con posterioridad con otras rentas de esta misma naturaleza.

c) España ¹⁰¹.

El régimen de TFI alcanza tanto a personas físicas como a entidades cuando por sí solas o conjuntamente con personas o entidades vinculadas tienen una participación igual o superior al 50% en el capital, los fondos propios, los resultados o los derechos de voto de la entidad no residente. En el caso de personas físicas, se computan las participaciones detentadas por otras personas relacionadas por vínculos de parentesco, incluido el cónyuge, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad hasta el segundo grado inclusive.

Respecto de la sociedad no residente, se computa su tributación por un impuesto análogo al español sobre la renta de sociedades en relación con cada tipo de renta y a un tipo inferior al 75% del previsto en España.

Se imputan rentas en función de su naturaleza pasiva. Tienen tal consideración las rentas inmobiliarias, las de capital, ya se deriven de acciones, participaciones, préstamos, créditos o empréstitos, con algunas excepciones, en particular las previstas para el caso de entidades financieras y aseguradoras, las procedentes de actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios y las plusvalías inmobiliarias y de cartera, salvo que se trate de entidades *holding* no residentes o con actividades fundamentalmente calificadas como empresariales.

La imputación no procede cuando el importe de estas rentas es inferior al 15% de la renta total o al 4% de los ingresos totales de la entidad no residente.

Cada contribuyente residente imputará la renta positiva que corresponda en función de la proporción en la participación en los resultados y, en su defecto, a la participación en el capital, los fondos propios o los derechos de voto de la entidad. Éstos no tributarán por los dividendos o participaciones en beneficios en la parte que corresponda a la renta positiva que haya sido incluida en la base imponible. Además, procede la deducción del impuesto efectivamente satisfecho, en la parte que corresponda a renta ya imputada, así como la retención en la fuente que se hubiera podido soportar con ocasión de la distribución de beneficios, salvo que se trata de tributación soportada en paraísos fiscales.

La ley establece tres presunciones en el caso de entidades no residentes ubicadas en paraísos fiscales: concurre el requisito de la tributación mínima, toda su renta se considera imputable y alcanza al 15% del valor de la participación.

d) Finlandia.

El supuesto de hecho queda referido bajo esta legislación a la persona o personas residentes fiscales que, directa o indirectamente, sean titulares de al menos el 50% del capital o de los derechos de voto de la entidad no residente o de los rendimientos de sus activos. La imputación concreta de las rentas de la entidad no residente a cada socio residente exige que se disponga del 10% del capital o se tenga derecho al menos al 10% de los rendimientos de sus activos.

El tipo efectivo de gravamen de la entidad no residente debe ser inferior a 3/5 del tipo de gravamen vigente en Finlandia. Quedan excluidas las sociedades cuyas rentas deriven principalmente de actividades industriales, de producción o de navegación, incluidas las actividades de comercialización y publicidad auxiliares de las anteriores y destinadas al territorio donde reside la entidad; asimismo quedan excluidas las sociedades pertenecientes a un grupo con las actividades mencionadas y que residan en el mismo Estado.

Respecto de residentes en países que hayan suscrito convenio de doble imposición, la TFI no es aplicable siempre que la sociedad sea residente en dicho país de acuerdo con el convenio y el mismo resulta aplicable en relación con la renta de la sociedad, el tipo de gravamen en el mismo no sea inferior al 75% del vigente en Finlandia y la sociedad no tenga derecho a beneficios fiscales especiales en ese país de residencia. Por vía reglamentaria se ha dispuesto una lista negra de países con tipo de gravamen inferior y de beneficios especiales, entre los que se encuentran los centros de coordinación belgas y los dispuestos con carácter discrecional o regional como en los casos de los vigentes en Madeira o en las Islas Canarias. Expresamente se ha considerado que la exención por participación vigente en los Países Bajos no tienen consideración de beneficios fiscales a estos efectos.

Los socios residentes tributan por toda la renta, incluidas plusvalías de capital, de la sociedad no residente, una vez computada bajo las normas finlandesas. Las pérdidas en TFI pueden compensarse en ejercicios posteriores sólo con otras rentas imputadas de la misma sociedad no residente. Las rentas imputadas sí pueden reducirse por pérdidas en otras actividades del socio residente. Por otra parte, se aplica el método de imputación ordinaria respecto de los impuestos satisfechos por la entidad no residente.

e) Francia ¹⁰².

Las normas de TFI se aplican a sociedades francesas que tienen establecimientos permanentes en el exterior o que tienen una participación directa o indirecta del 10% o superior, o cuyo importe excede de 150 millones de francos, en una sociedad o en un grupo no residente. Tratándose de

inversiones anteriores a 30 de septiembre de 1992, la TFI resulta de aplicación en relación con sociedades francesas que ostenten en una filial no residente una participación igual o superior al 25%, sin abarcar establecimientos permanentes o entidades sin personalidad jurídica.

La entidad no residente debe disfrutar de un régimen fiscal de baja tributación. La norma se centra en la imposición concreta de la entidad y no en función del nivel general de imposición de un determinado territorio: debe ser inferior a un tercio del impuesto que se hubiera soportado en Francia. No tienen tal consideración determinados incentivos fiscales especiales, como los dispuestos bajo normas de países en vías de desarrollo para la promoción de inversiones siempre que tengan un límite temporal.

La TFI no se aplica a entidades cuya actividad principal tiene naturaleza comercial o industrial y se desarrolla en el mercado local correspondiente, concepto que abarca a áreas geográficas adyacentes.

La renta imputada se integra en la base imponible del sujeto pasivo residente una vez computada de acuerdo con las normas francesas relevantes, con exclusión de la aplicación de determinados incentivos fiscales especiales, como las normas de amortización acelerada. Estas rentas determinan una base imponible especial y separada con el objeto de evitar su compensación con otras rentas de fuente francesa. Cabe deducir el impuesto extranjero soportado, siempre que sea similar al impuesto francés sobre la renta de sociedades. Se establecen obligaciones formales de contabilidad y suministro de información en relación con este hecho imponible.

f) Italia ¹⁰³.

Están sujetos a TFI las personas residentes que tengan una participación de control sobre una entidad no residente, directa o indirectamente. Para determinar la existencia de un control sobre tal sociedad resultará relevante la cuota que represente en el capital, los derechos de voto y los derechos a participar en las distribuciones de beneficios.

La determinación de las entidades no residentes que implican la aplicación de las normas de TFI se ha resuelto mediante la elaboración de una lista negra de países, para lo cual se han considerado criterios como el nivel de imposición, que debía ser sustancialmente inferior al nivel de imposición soportado en Italia, la ausencia de intercambio de información relevante y otros criterios similares.

Los socios italianos son gravados por toda la renta de la sociedad no residente, incluidas las plusvalías de capital, que les resulta imputada de acuerdo con su participación y sin considerar la distribución de beneficios que pudiera producirse. La misma se computa de acuerdo con las normas generales de determinación del impuesto italiano, con exclusión de las normas de división de plusvalías y las relativas a amortización acelerada. Las pérdidas derivadas de la entidad no residente pueden ser compensadas en ejercicios posteriores con otras rentas imputadas bajo este régimen. Es deducible el impuesto satisfecho en el exterior.

g) Portugal.

La sujeción a la TFI está ligada a la existencia de una participación sustancial en una sociedad no residente, que resulta de ser propietario, directa o indirectamente, de al menos el 25% del capital; o bien de al menos el 10% si además el 50% del mismo pertenece a otros socios portugueses.

La entidad extranjera debe ser residente en algún país donde, o bien no está sujeta a imposición o bien el tipo de gravamen nominal es del 19,2% o inferior, índice calculado en el 60% del tipo nominal portugués del 32%.

En el caso de grupos de sociedades la imputación se produce a la primera entidad miembro del grupo que sea residente en Portugal y esté sujeta a gravamen bajo las normas generales del impuesto, cualquiera que fuera su participación efectiva en la entidad no residente. De esta manera se persigue evitar que tal imputación en régimen de TFI pueda producirse a una sociedad localizada en la zona libre de Madeira que actúe como mera entidad conductora.

La imputación no procede cuando los beneficios de la entidad no residente proceden en el 75% al menos de actividades locales de agricultura, ganadería, de manufacturas, o comerciales desarrolladas en el mercado local o con no residentes en Portugal y siempre que su actividad principal no figure entre las incluidas en la lista prevista a estos efectos. Entre estas últimas figuran las actividades bancarias, determinadas actividades aseguradoras, propias de *holding* y la transmisión de acciones u otros valores.

El gravamen alcanza a los beneficios después de impuestos de la filial exterior, en la parte proporcional a la participación directa o indirecta. Su importe puede ser compensado con dividendos distribuidos con cargo a los mismos. El impuesto extranjero subyacente correspondiente a los beneficios imputados es deducible de la cuota. También cabe deducir la retención en la fuente que se hubiera podido soportar con ocasión de la distribución de beneficios. Las deducciones no prácticas pueden diferirse durante los cinco períodos impositivos siguientes.

h) Reino Unido.

La legislación de la TFI británica obliga a las sociedades residentes a tributar por beneficios no distribuidos de sociedades no residentes en las siguientes circunstancias:

- Cuando de forma individual o junto con otros asociados, se tiene derecho al 25% de tales beneficios no distribuidos.
- Cuando se tiene el control de la entidad como consecuencia de disponer de más del 50% de capital o de los derechos de voto en la entidad no residente.

- Cuando entre dos personas controlan la entidad, una de ellas es residente en el Reino Unido y controla al menos el 40% de la entidad y la otra controla al menos otro 40% pero no más del 55%.

Por su parte, la entidad controlada debe ser residente en un país de baja tributación. Esta entidad se considera localizada allí cuando el nivel de imposición al que está sujeta es inferior al 75% de la carga que hubiera soportado en el Reino Unido.

Se ha adoptado además un sistema de lista negra y lista blanca. Así, con el objeto de evitar prácticas concertadas en determinadas jurisdicciones para eludir esta norma, se ha previsto la adopción de reglamentaciones que indicarán los regímenes concretos a los que resultará de aplicación la TFI. Entre estos últimos figurarán los regímenes de entidades de Guernsey con estatuto fiscal internacional, sociedades de negocios de Jersey, sociedades internacionales de la Isla de Man, sociedades calificadas al efecto del impuesto sobre la renta de Gibraltar y las sociedades irlandesas sujetas a gravamen de acuerdo con la sección 448(7) de la Ley de Consolidación Fiscal de 1997.

De otro lado, el *Inland Revenue* publica una lista de países que no considera como de baja tributación que modifica temporalmente. La lista está dividida en dos partes. Las sociedades que son residentes en un territorio incluido en la primera parte de la lista durante su ejercicio económico y desarrollan actividades de empresa en el mismo están excluidas de TFI. El requisito del desarrollo de este tipo de actividades se considera cumplido cuando se obtiene al menos el 90% de la renta empresarial en el Estado de residencia, excluidas plusvalías y minusvalías de capital. No se consideran obtenidas en el Estado de residencia las rentas de sus filiales no residentes ni las de sus establecimientos permanentes en el exterior. Estas normas tienen como efecto que una *holding* interpuesta que obtiene más del 10% de su renta fuera de su Estado de residencia no está excluida de aplicación de las normas sobre TFI.

En esta primera parte de la lista aparecen, entre los miembros actuales y futuros, de la Unión Europea, Austria, Alemania, República Checa, Dinamarca, República Eslovaca, España, Finlandia, Hungría, Polonia, Rumania y Suecia.

Estas previsiones se aplican a las entidades incluidas en la segunda parte de la lista, salvo que disfruten de alguna de las desgravaciones fiscales descritas en la regulación. Aquí figuran Bélgica, en relación con los centros de coordinación y las sociedades de matriz estadounidense que califican como sociedades de exportación *–foreign sales corporations–*, Bulgaria, por las sociedades acogidas a la legislación de zonas libres, Grecia, por las sociedades exentas por rentas de navegación y otras actividades auxiliares, Irlanda, respecto de las sociedades exentas bajo el Capítulo VI de la Ley financiera de 1980 y de las entidades *holding* con rentas exentas de acuerdo con la Ley financiera de 1985, Italia, en relación con las sociedades que operan en el centro financiero y de seguros de Trieste, Luxemburgo, por las entidades *holding* de 1929 y las sociedades reaseguradoras, los Países Bajos, por las ya mencionadas *foreign sales corporations* y Portugal, por las sociedades acogidas a los beneficios fiscales de las zonas libres de Madeira y Azores.

La entidad británica tributa por las rentas de la entidad no residente, pero no por sus plusvalías de capital. Aquélla se calcula de acuerdo con las normas tributarias vigentes en el Reino Unido. No obstante, las rentas no son objeto de imputación si concurre cualquiera de las siguientes circunstancias:

- Cuando la entidad no residente paga un dividendo del 90% de sus rentas, computadas de acuerdo con la ley británica en los 18 meses siguientes al final del ejercicio económico e integrado en la base imponible del sujeto pasivo residente. Se trata por tanto de rentas que tributan ya en el Reino Unido.
- Cuando la entidad no residente desarrolla transacciones comerciales reales diferentes a la inversión o la compraventa a terceros.
- Cuando la renta imponible de la entidad no residente en el ejercicio económico no excede de 50.000 £.
- Cuando las acciones de la entidad no residente a las que corresponda al menos el 35% de los derechos de voto cotizan en un mercado de valores del país de residencia y se encuentran en manos del público.
- Cuando se pruebe que las actividades de la entidad no residente se desarrollan por motivos económicos válidos y que cualquier reducción fiscal es mínima o no constituyó la razón principal de su localización.

Las pérdidas de la entidad transparentada son compensables en ejercicios posteriores; las de la propia sociedad residente imputada pueden compensar las rentas de la sociedad no residente. Son aplicables las normas generales de imputación ordinaria en relación con los impuestos que gravan a la entidad no residente.

i) Suecia.

La TFI se aplica a accionistas residentes de una entidad extranjera, no una sociedad, y grava la parte que le corresponde en los beneficios netos de dicha entidad, bien si dicho accionista está sujeto a gravamen en su parte de beneficios en el Estado de residencia de la entidad o bien si al final del período impositivo controla el 10% del capital o de los derechos de voto, por sí mismo o con otros familiares o sociedades vinculadas, y otros residentes en Suecia controlan directa o indirectamente al menos el 50% del capital o de los derechos de voto en dicha entidad.

El sujeto pasivo no puede compensar las pérdidas de la entidad no residente con el resto de sus rentas: sólo podrán ser compensadas en ejercicios posteriores con otras rentas imputadas de la entidad no residente.

No se tributará por la distribución de beneficios de la entidad no residente cuando proceda de rentas imputadas.

IV. LAS CONSECUENCIAS DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

1. Introducción.

La doctrina pone de manifiesto los fines perseguidos por estos regímenes fiscales especiales y la lectura de las disposiciones concretas aprobadas permiten llegar a determinadas conclusiones acerca de su último objetivo ¹⁰⁴. Pero en todo caso, el análisis a que nos obliga el contexto europeo se centra, en realidad, en sus consecuencias. Los principios jurídicos puestos en juego son valores superiores que se concretan en determinadas libertades atribuidas a los ciudadanos y sociedades comunitarias, quienes tienen derecho a establecerse en cualquier Estado miembro con la finalidad de desarrollar actividades económicas mediante la creación de entidades filiales. Su ejercicio no puede resultar impedido por leyes o disposiciones administrativas que puedan adoptar sus propios Estados como aquellos otros a los que dirigen sus intereses.

Las normas reguladoras de la TFI preocupan en la medida en que pueden impedir o limitar la puesta en práctica de este Derecho comunitario. Constatada una violación del TUE, los fines legítimos que las puedan inspirar podrán jugar el papel de razones imperiosas de interés general dirigidas a justificarlas y, por ende, validarlas. Entre tales motivos ha encontrado la jurisprudencia el abuso del derecho y la coherencia del régimen fiscal. Éste es el tipo de análisis que, consideramos, cabe hacer ahora.

2. Sobre la relación de la transparencia fiscal internacional con el derecho de establecimiento.

El supuesto de hecho de la TFI arranca de la existencia de personas físicas o jurídicas residentes fiscales que detentan una participación en una sociedad no residente. Los primeros tienden a ser al mismo tiempo nacionales, en lo que nos interesa, de un Estado miembro; en cuanto a las sociedades, a través del ordenamiento jurídico de su constitución y el lugar de su sede o actividad, que se intuye de su residencia fiscal, quedarán equiparadas a los ciudadanos nacionales; desde este mismo razonamiento, es posible derivar la vinculación nacional de la sociedad no residente con otro Estado miembro en función de la equiparación que hace el artículo 48 del TUE. Es evidente que resulta relevante con el derecho de establecimiento la presencia de todos estos sujetos fiscales dentro del marco comunitario.

En cuanto a la detentación de la participación, sólo podrá estimarse como expresión concreta del ejercicio de la libertad de establecimiento cuando atribuya capacidad para controlar y tomar decisiones propias de la vida social de la entidad. Cuando el supuesto de hecho que se hubiera descrito fuera mucho más amplio y abarcara situaciones en las que la participación no determina la capacidad para tomar decisiones propias de la vida social de la entidad, la cuestión quedaría derivada en estos casos hacia las exigencias derivadas de la libertad comunitaria de la libre circulación de capitales.

Se sientan así las bases para considerar las consecuencias de estas normas fiscales bajo la óptica europea. Pero, consideramos, que debe ante todo constatarse el verdadero ejercicio del derecho a establecerse. Éste no resulta sin más de la mera detención de títulos de participación en una sociedad, sino que resulta cuando implica una manifestación o una forma de proceder al ejercicio de actividades económicas. Estas reflexiones resultan relevantes cuando debemos considerar normas muchas veces dirigidas a rentas que consideran como «pasivas». Quién invoca el respeto a su derecho debe referirse a la protección de su decisión de ejercer su actividad en otro Estado, sin que, entendemos, pueda amparar la mera atribución artificiosa de bienes, derechos o rentas desligadas en el fondo de la filial no residente, no vinculadas a las actividades de esta última sino claramente derivadas de la correspondiente a su accionista o a su matriz. De esta manera se ha mencionado ¹⁰⁵ que la gestión de propiedades inmobiliarias o de activos no afectos pudiera no estar cubierta por esta libertad sino que, en pronunciamiento del TJCE, la titularidad de inmuebles no está protegida directamente por esta libertad sino que resulta como mero corolario de la misma; por el contrario, sí parecería protegida la gestión empresarial de carteras de participación.

La atribución total o parcial de las rentas de la entidad no residente implicará, por lo demás, el diferente alcance de la restricción impuesta que, en ambos casos, deberá ser objeto de consideración.

Este análisis inicial debe hacerse desde el principio de establecimiento, no desde las categorías elaboradas por la ley fiscal. La calificación de la ley nacional tributaria de determinadas rentas como pasivas no impide ni condiciona la búsqueda del alcance del concepto de actividad bajo el TUE, que no encuentra más límites, bajo las prescripciones de sus artículos 43 a 48, que su naturaleza de actividad por cuenta ajena y la existencia de ánimo de lucro. Así, lo que una disposición califica como pasivo puede no ser sino el resultado de operaciones o relaciones económicas o comerciales amparadas por este derecho.

3. El derecho de establecimiento de la persona o sociedad inversora residente.

La legalidad comunitaria se extiende, no olvidemos, en favor de los propios nacionales, residentes en este caso, y obliga a la consideración de las normas que les son aplicables bajo esta óptica.

La TFI tiene como efecto la tributación del inversor por rentas que se le imputan pero que son obtenidas por un tercero, la sociedad controlada, y de las que todavía no ha disfrutado. La aplicación de normas dirigidas a evitar la doble imposición sobre las rentas así imputadas no impide que recordemos que el régimen fiscal en cuestión tenga como efecto la imposible aplicación de otras normas internas de exención, en otro caso invocables, pero sobre todo la anticipación que supone la tributación por rentas antes de su verdadero disfrute. Por tanto, la consecuencia de emprender una actividad en el exterior por medio de una filial trae ligado el incremento de las bases de imposición. Esta consecuencia en sí misma determina el encarecimiento de la decisión empresarial y la reducción de la tasa de rentabilidad. Parece que describiéramos una restricción o una barrera al ejercicio de la libertad económica. Esta conclusión resulta además sin necesidad de contrastar las consecuencias de la TFI con otros regímenes fiscales que pudieran concurrir en el caso de que esta misma inver-

sión se hubiera localizado en el mismo Estado; esto es, no se trata de que se constate una diferencia de trato sino simplemente un gravamen particularmente restrictivo como consecuencia de la atribución de una capacidad económica que no es propia. Esto es así, claro está, siempre que resulte que la entidad extranjera transparentada responde a un verdadero establecimiento en el exterior.

Además, es relevante precisar que estas normas implican en la generalidad de los casos una diferencia de trato entre contribuyentes residentes en función de que hubieran o no optado por una determinada inversión exterior. Una diferencia que, evidentemente, perjudica a quien establece su filial en el exterior respecto de quien la constituye dentro del mismo Estado. Valdría la pena su contraste con las disposiciones que regulen otra forma de transparencia fiscal interna. Hay quien ¹⁰⁶ atribuye a esta comparación un valor esencial y, aunque parten de la indicación de que la transparencia internacional ignora la independencia jurídica de una sociedad, que es para nosotros el primer fundamento de la ilegalidad, aunque no el único, se acaba reflexionando acerca de las dificultades para dudar de tal ilegalidad cuando, como en tales casos, no es discriminatoria. Sin embargo, si la imputación nacional de rentas se aplicara bajo supuestos y con efectos semejantes todavía habría que salvar las consideraciones anteriores como auténtico obstáculo no discriminatorio al ejercicio de empresas internacionales. En todo caso, las diferencias en las finalidades perseguidas por unas y otras implica que no puedan considerarse como normas equivalentes. El análisis de comparabilidad será siempre difícil porque los supuestos de hecho en que entrarían en juego serán normalmente distintos; pero, sobre todo, vendría inspirado por la jurisprudencia del TJCE que resalta la mera posibilidad de que las normas, sólo en determinados casos, generen situaciones discriminatorias para constatar la vulneración al Tratado ¹⁰⁷.

Alternativamente, podría pensarse que tal diferencia de trato no existe si se observa el resultado final derivado de la aplicación del sistema fiscal sobre el conjunto de inversores e inversiones. Desde la óptica del poder tributario, cuando un nacional emprende una actividad, la misma se somete a imposición: si es dentro del propio ámbito jurisdiccional, mediante el gravamen directo sobre la sociedad utilizada a este efecto; si es fuera del mismo, de manera indirecta mediante la atribución de los resultados al inversor. Cabría así el argumento de la neutralidad en la exportación de capitales: se alcanzaría un verdadero mercado común en la medida en que se excluirían las distorsiones fiscales y se lograría una asignación óptima de los recursos ¹⁰⁸. Sin embargo, la consideración jurídica a que obliga el derecho comunitario implica la valoración de derechos individuales y de la forma en que los mismos se ven afectados, en este caso, el derecho a establecerse en el contexto de la Unión. Esta manera de analizar las normas fiscales fue ya planteada en un caso ante el TJCE para explicar que determinadas exenciones internas no discriminaban puesto que el Estado del accionista gravaba las rentas de la sociedad participada residente pero no las procedentes de entidades no residentes. Fue un argumento rechazado de principio y, se debe añadir, se consideró como posible causa de justificación una vez constatada la existencia de una distinción en la normativa aplicable contraria a la legalidad comunitaria ¹⁰⁹. Habría que añadir que en la construcción del mercado interior puede debatirse acerca de la preferencia de la neutralidad en la exportación de capitales o por la neutralidad en la importación de capitales. Pero ésta es una opción de política tributaria que no puede venir resuelta a través del principio de no discriminación: de hecho, el TJCE no ha planteado dificultades derivadas del mismo y ligadas intrínsecamente a la aplicación del método de exención o el de imputación para eliminar la doble imposición ¹¹⁰.

4. El derecho de establecimiento en relación con la sociedad no residente cuyas rentas son objeto de imputación.

La imputación de las rentas de una sociedad no residente a sus socios personas físicas o jurídicas residentes, y con ello la atribución de la capacidad contributiva de unos a otros pone de manifiesto el desconocimiento, la ignorancia, de la personalidad de la primera. Como si no existiera. No cabe mayor negación de los resultados derivados del ejercicio de este derecho.

Bien pudiera argumentarse acerca de la verdadera naturaleza económica de la decisión inversora en cuya virtud no cabría separar al inversor de su inversión. Sin embargo, queda la duda acerca de la capacidad de las normas jurídicas para dar un nuevo prisma a la percepción de la esencia económica: la atribución de la personalidad a una entidad conlleva en Derecho invertir a esta creación legal de derechos y obligaciones que le son propios y que son distintos de los atribuidos a quienes concurren a su creación o de quienes mantienen la titularidad de su capital. El argumento, por lo demás, no vence el análisis: en cuantas otras situaciones no se llega a tal percepción sino que el Derecho y la realidad económica piden la contraria, por ejemplo a la hora de exigir las responsabilidades por las deudas sociales. Si tal unidad en lo económico existiera, qué impediría dirigirse de manera directa, inmediata e ilimitada a los partícipes en la entidad. O por qué no se produce tal levantamiento del velo, a efectos fiscales, en toda otra circunstancia.

En fin, el problema básico de este régimen fiscal estriba en el pleno desconocimiento de una realidad jurídica, la creación de otra persona, consecuencia del ejercicio de un derecho amparado por el Tratado.

Por ende, implican indirectamente efectos negativos para la sociedad constituida bajo otra jurisdicción comunitaria. Se encarece el capital obtenido para financiar su actividad y le resultará complejo obtener recursos desde aquellos Estados miembros que decidieran aplicar este tipo de regímenes a sus residentes fiscales por sus inversiones en estas entidades ¹¹¹. Se produce así una discriminación indirecta, a través de la tributación de los inversores residentes, y encubierta, en cuanto que la identificación de los nacionales de otros Estados miembros se produce a través de la residencia fiscal.

5. Las justificaciones a la transparencia fiscal internacional.

El estudio completo de estas cuestiones obliga a ponderar, en caso de que se encontrara la violación del Tratado comentada, la posible existencia de causas que excluyeran su aplicación. Las disposiciones comunitarias las han previsto en función de las necesidades de orden, seguridad o salud públicas. Parece difícil encontrar en la TFI alguna de estas causas como explicativas de su finalidad. Pero además de estas previsiones expresas, el TJCE ha desarrollado la doctrina de las razones de interés público, en cuya virtud se considera que hay intereses o valores nacionales que deben mantenerse por tener la consideración de superiores a los derechos y libertades consagrados en el ordenamiento comunitario.

Entre tales razones figura el uso abusivo del Derecho comunitario ¹¹². La doctrina del TJCE defiende que los Estados miembros adopten medidas dirigidas a evitar que ciertos nacionales tomen ventaja de las disposiciones del Tratado de manera fraudulenta. La cuestión es determinar si las normas de la TFI tienen como objeto, pero sobre todo como resultado, extender sus efectos sobre comportamientos abusivos exclusivamente. Debemos recordar que, en cuanto excluyentes de Derechos comunitarios, las disposiciones adoptadas con tal finalidad deben ser objeto de interpretación restrictiva y permitir una aplicación selectiva que permita el análisis caso por caso y su revisión jurisdiccional con el objeto de que sólo sean efectivas cuando resulte necesaria la reacción ante un comportamiento verdaderamente contrario a derecho. Enseguida se observa que los términos de la relación de control, las actividades exteriores y el régimen fiscal que soporta en el exterior la sociedad no residente y la determinación de las rentas a imputar se construyen en su mayor parte a través de normas cerradas y de aplicación automática que limitan la posibilidad de considerar en cada caso el origen y la finalidad últimos, así como la verdadera naturaleza de la inversión emprendida. Las normas no serían proporcionadas a su fin.

Las posturas acerca de las finalidades que explican la TFI son diversas ¹¹³: lograr la neutralidad fiscal, evitar la erosión de bases tributarias derivada de la huida del capital desde territorios de mayor tributación a otros de menor nivel de gravamen, la adopción de medidas defensivas frente a la competencia fiscal desleal, como herramienta alternativa a los precios de transferencia, cuando la aplicación de estos últimos resulta compleja o costosa, para atajar las ineficiencias derivadas de la definición de residencia fiscal, con el objeto de disponer de un instrumento que permita la aplicación de la tributación interna y, finalmente, en atención al carácter de disposiciones anti-abuso. Resulta así la sospecha acerca de la posible invocación del abuso como causa para justificar la exclusión de las obligaciones comunitarias.

Profundizaremos aún en este tipo de razonamiento, partiendo de la intención de reaccionar ante conductas dirigidas a lograr el retraso en el gravamen de determinadas rentas mediante la interposición de sociedades extranjeras entre el contribuyente y la fuente de la renta que, normalmente y éste es el verdadero medio que lo posibilita, soportan una tributación mucho más reducida. Debemos preguntarnos, a la vista del argumento, sobre la verdadera existencia de una conducta abusiva, desde el punto de vista comunitario, una vez que se ha constatado el ejercicio de la libertad de establecimiento. La mera atribución de bienes, derechos o rentas a una sociedad exterior con el objeto de evitar la imposición en origen podría implicar al mismo tiempo la evasión tributaria de las normas internas pero ligada a la inexistencia de un verdadero establecimiento exterior. Pero en tal caso, la cuestión no se plantea, no entra en juego este principio y no se estaría valorando la justificación de su contravención.

La doctrina ve en estos casos una tendencia de la jurisprudencia a exigir que se constate la existencia de un artificio en la operación emprendida sin sustancia económica real. Así, cabe denegar la aplicación del Derecho comunitario sobre la base del abuso siempre que: se pretenda la aplicación de un beneficio comunitario no destinado al interesado que lo alega mediante la creación artificial de una situación que reúne los criterios exigidos –elemento subjetivo– y, aunque se cumplen los criterios previstos formalmente, no se cumplen con los fines y objetivos del Derecho comunitario ¹¹⁴. Por el contrario, cuando la titularidad de aquéllos en la sociedad no residente responde al ver-

dadero ejercicio de una actividad económica, podría constatarse una estrategia dirigida a evitar las normas fiscales pero no puede entenderse que se esté produciendo el abuso de normas comunitarias en la medida en que sí concurre la realización de fines perseguidos por sus disposiciones.

Finalmente, advertiremos que esta doctrina sobre el abuso del Derecho no ha sido aplicada en el ámbito fiscal y que no tiende a utilizarse cuando el contribuyente persigue disfrutar de las diferencias entre jurisdicciones fiscales. Ya se ha visto, y se insistirá, que la existencia de ventajas fiscales en otro territorio no permite la aplicación de normas que los contrarresten.

Otra posible causa justificativa es la coherencia del régimen fiscal, en este caso, la coherencia de la aplicación de las normas de la TFI en el contexto del sistema tributario. Esta razón constituye una de las justificaciones de normas contrarias al Derecho comunitario originario invocadas con más frecuencia, debido con seguridad al hecho de que el TJCE la aceptó en los casos *Bachmann* y *Comisión contra Bélgica*, referidos ambos a la libre circulación de trabajadores y a la libre prestación de servicios. De forma paralela, ambos asuntos ¹¹⁵ se refieren a la relación que el sistema tributario belga establecía entre la pérdida de ingresos derivada de la deducción fiscal de las primas de seguro de vida y la recaudación mediante la imposición de las pensiones, rentas, o capitales debidos por los aseguradores, relación que implicaría que, cuando no se hubiera obtenido la deducción de dichas primas, estas cantidades estarían exentas del impuesto. Como conclusión, *en el caso de que dicho Estado estuviera obligado a aceptar la deducción de las primas de seguro de vida pagadas en otro Estado miembro, debería percibir el impuesto sobre las cantidades debidas por los aseguradores*. Sin embargo, estas resoluciones han sido objeto de diversas críticas: por abrir la vía a normas discriminatorias en detrimento de las libertades fundamentales ¹¹⁶, lo que debiera aceptarse si se estuviera en presencia de justificaciones admisibles, pero sobre todo por su inconsistencia. Así es porque no se llegaron a considerar sus verdaderas consecuencias sobre el caso concreto ¹¹⁷. Con posterioridad, este mismo argumento fue rechazado en el caso *Wielock*, similar a los anteriores, pero donde se lee que de los convenios para evitar la doble imposición resulta que la coherencia fiscal no se establece en relación con una misma persona, mediante una rigurosa correlación entre el carácter deducible de las cotizaciones 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.

La última evolución sobre esta cuestión se puede encontrar en los asuntos *Verkooijen* y *Baars*. En el primer caso se intentó hacer valer la coherencia existente en los métodos para eliminar la doble imposición con escaso resultado puesto que no se vio *ningún vínculo directo entre la concesión de una exención del Impuesto sobre la Renta 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 trata de dos impuestos distintos que recaen sobre contribuyentes distintos. El mismo argumento se había utilizado ya en *Baars*, rechazado también por tratarse de dos impuestos distintos que gravaban a sujetos pasivos diferentes ¹¹⁸.

Esta evolución hace dudar acerca del alcance y sentido de esta posible justificación. No suele ser aceptada en los términos en los que la entienden los Estados miembros y no parece que vuelva a ser acogida en algún fallo como causa de justificación ¹¹⁹. El TJCE considera la coherencia de las

normas fiscales desde una óptica diferente: para que concurra, es necesario estar en presencia, parece, de un mismo impuesto que recaee sobre un mismo contribuyente. Los supuestos de hecho de la transparencia fiscal giran en torno a diversos contribuyentes sujetos a impuestos distintos por su naturaleza o, en el mejor de los casos, exigidos por jurisdicciones diferentes.

En último caso, tampoco cabrá argumentar válidamente que se ha producido una alteración en la distribución de los recursos tributarios entre Estados miembros. Ésta es una consecuencia derivada del ejercicio legítimo de las libertades comunitarias que hay que respetar y cuyas consecuencias hay que asumir ¹²⁰. Si se considerara que éste es el resultado de una competencia fiscal no deseada, la forma para evitarla es otra, la armonización, nunca el sacrificio de los valores superiores del ordenamiento comunitario. Tampoco caben formas de tributación compensatorias dirigidas a diluir los efectos de otros gravámenes más laxos ¹²¹.

V. REFLEXIONES ADICIONALES

Las cuestiones suscitadas por la TFI desde la perspectiva del Derecho comunitario no se agotan con el análisis de la libertad de establecimiento. Habrá ocasiones en las que, ante la ausencia de control sobre la sociedad, se tratará de una mera inversión cuya protección en este contexto vendrá ofrecida por la libertad de circulación de capitales. Dejaremos de momento esta cuestión, si bien puede anticiparse que su posible infracción vendrá concretada en situaciones similares a las descritas en relación con la libertad de establecimiento. Merecería una consideración más detenida tanto la circunstancia de que esta libertad no exige el desarrollo de actividades como su alcance más allá del marco geográfico comunitario.

En cuanto a la Directiva matriz-filial por la que se establece el régimen fiscal aplicable a las distribuciones de beneficios, en un trabajo anterior ya se indicó ¹²² que no supone la exclusión de la aplicación de la TFI debido a que sus disposiciones regulan aspectos particulares de la tributación de las rentas de cartera, sin alcanzar a cuestiones tales como provisiones, operaciones con reservas, plusvalías o minusvalías, entre otras. Por tanto, de la misma no pueden resultar conclusiones de mayor envergadura.

BIBLIOGRAFÍA

El autor, además de la bibliografía referenciada expresamente en las notas, ha consultado:

OCDE: *Controlled Foreign Company Legislation*.

RELACIÓN DE RESOLUCIONES DEL TJCE

- SENTENCIA de 21 de junio de 1974, asunto C-2/74 *Reyners*, Rep. 1974 pág. 631.
- SENTENCIA de 7 de febrero de 1979, asunto C-115/78, *Knoors*, Rep. 1979 pág. 399.
- SENTENCIA de 28 de enero de 1981, asunto C-32/80, *Kortmann*, Rep. 1981 pág. 00251.
- SENTENCIA de 12 de julio de 1984, asunto C-107/83, *Klopp*, Rep. 1984 pág. 02971.
- SENTENCIA de 6 de noviembre de 1984, asunto C-182/83, *Robert Fearon & CO Ltd.*, Rep. 1984 pág. 3677.
- SENTENCIA de 28 de enero de 1986, asunto C-270/83, Comisión contra Francia, *avoir fiscal*, Rep. 1986 pág. 273.
- SENTENCIA de 10 de julio de 1986, asunto C-79/85, *Segers*, Rep. 1986, pág. 02375.
- SENTENCIA de 4 de diciembre de 1986, asunto C- 205/84, *Comisión vs. República Federal de Alemania*, Rep. 1986 pág. 03755.
- CONCLUSIONES presentadas el 7 de junio de 1988, asunto C-81/87, *Daily Mail*, Rep. 1988 pág. 05483.
- SENTENCIA de 27 de septiembre de 1988, asunto C-81/87, *Daily Mail*, Rep. 1988 pág. 5483.
- SENTENCIA de 5 de octubre de 1988, asunto C-186/87, *Steymann*, RCE 1988, pág. 06159.
- SENTENCIA de 30 de mayo de 1989, asunto C-305/87, *Comisión vs. República Helénica*, Rep. 1989 pág. 01461.
- SENTENCIA de 5 de diciembre de 1989, asunto C-3/88, *Comisión vs. Italia*, Rep. 1989, pág. 4035.
- SENTENCIA de 3 de octubre de 1990, asunto C-61/89, *Bouchoucha*, Rep. 1990, pág. I-3551.
- SENTENCIA de 25 de julio de 1991, asunto C-221/89, *R. vs. The Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. Et al.*, Rep. 1991, págs. I- 3905-3965.
- SENTENCIA de 10 de diciembre de 1991, asunto C-179/90, *Merici convenzionali porto di Genova SpA vs. Siderurgica Gabrielli Sp A*, Rep. 1990, pág. I-05889.
- SENTENCIA de 23 de mayo de 1992, asunto C- 370/90, *Surinder Singh*, Rec. 1992 pág. I-04265.
- SENTENCIA de 26 de enero de 1993, asunto C-112/91, *Werner*, RCE 1993, pág. I-00429.
- CONCLUSIONES presentadas el 17 de marzo de 1993, asunto C-330/91, *Commerzbank*, Rep. 1993 pág. I-04017.
- SENTENCIA de 31 de marzo de 1993, *Kraus*, C-19/92, Rep. 1993, pág. I-1663.
- SENTENCIA de 13 de julio de 1993, asunto C-330/91, *Commerzbank*, Rep. 1993, pág. I-4017.
- SENTENCIA de 23 de febrero de 1994, asunto C-419/92, *Scholz*, Rep. 1994, pág. I-505.
- SENTENCIA de 12 de abril de 1994, caso C-1/93, *Halliburton*, Rep. 1994, pág. I-1137.
- SENTENCIA de 11 de agosto de 1995, asunto C-279/93, *Schumacker*, Rep. 1995, pág. I-225.
- SENTENCIA de 11 de agosto de 1995, asunto C-80/94, *Wielockx*, Rep. 1995, pág. I-2493.
- SENTENCIA de 30 de noviembre de 1995, asunto C-55/94, *Gebhard*, Rep. 1995 pág. I-1565.
- CONCLUSIONES presentadas el 15 de febrero de 1996, asunto C-107/94, *Asscher*, Rep. 1996 pág. I-03089.
- SENTENCIAS de 7 de marzo de 1996, asunto C-334/94, *Comisión contra República Francesa*, Rep. 1996, pág. I-01307.
- SENTENCIA de 27 de junio de 1996, asunto C-107/94, *Asscher*, Rep. 1996, pág. I-3089.
- SENTENCIA de 15 de mayo de 1997, C-250/95, *Futura Participations and Singer vs. Administration des contributions*, Rep. 1997, pág. I-2471.

- SENTENCIA de 12 de junio de 1997, asunto C-151/96, *Comisión contra Irlanda*, Rep. 1997, pág. I-03327.
- SENTENCIA de 28 de abril de 1998, asunto C-118/96, *Jessica Safir*, Rep. 1998, pág. I-1919.
- SENTENCIA de 8 de julio de 1999, asunto C-254/97, *Baxter*, Rep. 1999 pág. I-04809.
- SENTENCIA de 16 de julio de 1998, asunto C-246/96, *ICI*, Rep. 1998 pág. I-4695.
- CONCLUSIONES presentadas con fecha 28 de enero de 1999, Rep. 1999, pág. I-03999.
- SENTENCIA de 9 de marzo de 1999, caso C-212/97, *Centros Ltd.*, Rep. 1999 pág. I-1459.
- SENTENCIA de 29 de junio de 1999, asunto C-172/98, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica*, Rep. 1999, pág. I-3999.
- SENTENCIA de 21 de septiembre de 1999, asunto C-307/97, *Saint-Gobain*, RCE 1999, págs. I-6163-6181.
- SENTENCIA de 26 de octubre de 1999, asunto C-294/97, *Eurowings*, Rec. 1999, pág. I-7447.
- SENTENCIA de 13 de abril de 2000, asunto C-251/98, *Baars*, RCE 2000 pág. I-2787.
- SENTENCIA de 16 de mayo de 2000, asunto C-87/99, *P. Zurstrassen, A.F. de Ryckel vs. Administrations des Contributions Directes*, Rep. 2000, pág. I-3337.
- SENTENCIA de 6 de junio de 2000, asunto C-35/98, *Verkooijen*, Rep. 2000 pág. I-04071.
- SENTENCIA de 14 de diciembre de 2000, asunto C-141/99, *AMID*, Rep. 2000, pág. I-11619.
- SENTENCIA de 8 de marzo de 2001, caso C-410/98, *Hoechst AG*, RCE 2001, pág. I-01727.
- SENTENCIA de 15 de enero de 2002, asunto C-55/00, *Gottardo*, Rep. 2000 pág. I-413.
- AUTO de 12 de septiembre de 2002, caso C-431/01, *Mertens*, RCE 2002 pág. I-07073.
- SENTENCIA de 5 de noviembre de 2002, caso C- 476/98, *Comisión contra República Federal de Alemania, Open Sky*, aún no recopilada.
- SENTENCIA de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00, *Überseering BV*, aún no recopilada.
- CONCLUSIONES del Abogado General Alber de 30 de enero de 2003 en el asunto C-167/01, *Inspire Art Ltd.*

NOTAS

- ¹ Dicho artículo lee así: La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 3 A, un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.
- ² KAPTEYN, P.J.G. y VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction to the Law of the European Union*, 3.ª edición, Kluwer Law International, 1998, pág. 734.
- ³ Sentencia de 26 de enero de 1993, asunto C-112/91, *Werner*, Rep. 1993, pág. I-00429. Ver en particular el párrafo 17 de la resolución y su fallo. En relación con las críticas suscitadas, tienen que ver con el hecho de que sí que existía tal elemento transfronterizo. En este sentido, ver VAN THIEL, Servaas: *EU Case Law on Income Tax*, Part I, IBFD, 2001, en cuya página 283 critica que se haya perdido la oportunidad de plantear la injusta tributación de los trabajadores fronterizos por relación a la de los trabajadores nacionales. Ver también SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, J.: *La no discriminación fiscal*, ed. Edersa, Madrid 2001, en particular la página 353; este mismo trabajo nos llama la atención sobre el prece-

- dente a este caso, que se encuentra en la sentencia de 6 de noviembre de 1984, asunto C-182/83, *ROBERT FEARON & CO LTD.*, Rep. 1984 pág. 3677, donde se había establecido que las medidas basadas en la residencia eran compatibles con el entonces artículo 52 del Tratado siempre que no causaran discriminaciones entre nacionales y extranjeros.
- ⁴ DOCE L 2, de 15-01-1962.
- ⁵ Sentencia de 21 de junio de 1974, asunto C-2/74 *Reyners*, Rep. 1974 pág. 631. Ver a este respecto el trabajo de VAN THIEL: *EU... op. cit.* En la página 181, este autor se refiere a esta sentencia y destaca que la misma mantiene que el artículo 54, si bien invita a la aplicación del derecho de establecimiento a través de un programa general y la adopción de determinadas directivas, debe entenderse que una vez terminado el período transitorio, el derecho de establecimiento es directamente aplicable sin que sea posible invocar contra el mismo la falta de directivas del Consejo de acuerdo con lo allí previsto.
- ⁶ Párrafos 26, 29, 30 y 50 de la sentencia citada.
- ⁷ Sentencia de 12 de julio de 1984, asunto C-107/83, *Klopp*, Rep. 1984 pág. 02971.
- ⁸ Sentencia de 12 de abril de 1994, caso C-1/93, *Halliburton*, Rep. 1994, página I-1137. En su párrafo 16 se puede leer que conviene recordar que, como ha indicado el Tribunal de Justicia en varias ocasiones (véase, entre otras, la sentencia de 28 de abril de 1977, *Thieffry*, 71/76, Rep. 1977, 765), una vez concluido el período transitorio, el artículo 52 del Tratado es una disposición directamente aplicable a una falta, en un ámbito determinado, de las directivas a que se refieren el apartado 2 del artículo 54 y el apartado 1 del artículo 57 del Tratado.
- ⁹ Ver artículos 226 a 228, 231 a 232, 233, 234 letra a) y 239.
- ¹⁰ El fallo de *Commerzbank* obliga a liquidar intereses en favor de un contribuyente como consecuencia de ingresos indebidos. Ver fallo de la sentencia de 13 de julio de 1993, asunto C-330/91, *Commerzbank*, Rep. 1993, pág. I-4017. Ver VAN THIEL: *EU... op. cit.*, pág. 308.
- ¹¹ GARCÍA PRATS, F.A.: *El establecimiento permanente. Análisis jurídico-tributario internacional de la imposición directa*, ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 445-446.
- ¹² Para mayor detalle sobre esta cuestión, ver MANGAS MARTÍN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, ed. McGraw-Hill, 1996, pág. 349 y siguientes; y, referida en particular a la libertad de establecimiento, PELLICER ZAMORA, R.: *Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la Unión Europea*, en obra colectiva *Derecho Comunitario Económico* vol. I, ed. Colex, Madrid, 2001, pág. 160.
- ¹³ Párrafos 32 y 33 de la sentencia de 16 de julio de 1998, asunto C-246/96, *ICI*, Rep. 1998 pág. I-4695.
- ¹⁴ Sentencia de 5 de noviembre de 2002, caso C- 476/98, *Comisión contra República Federal de Alemania, Open Sky*, Rep. 2002, pág. 0000, párrafo 146.
- ¹⁵ Sentencia del caso *Daily Mail*, párrafo 17 y conclusiones presentadas en este mismo caso, párrafo 4, ya referenciadas. Sobre el concepto de administración central y su contenido económico, ver SCHWARTZ, M.: *Le droit d'établissement des sociétés commerciales dans le traité instituant la Communauté économique européenne*, Ginebra, Ediciones Medicina e Higiene, 1963, pág. 61. Sobre los elementos que configuran la administración central, se puede citar a EVERLING, U.: *The Right of establishment in the common market*, Commerce Clearing House, New York, 1964, pág. 75.
- ¹⁶ Leer los párrafos 52, 73 y 82 de la sentencia del caso *Überseering*.
- ¹⁷ Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), publicado en el DOCE n.º L 294 de 10/11/2001 págs. 001-0021.
- ¹⁸ Ver un trabajo anterior, LÓPEZ RODRÍGUEZ: «Tributación de la nueva sociedad europea: normas generales, constitución y traslado del domicilio social», revista *Fiscal mes a mes*, ed. Francis Lefebvre, n.º 69, diciembre de 2001.
- ¹⁹ MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO: *Imposición directa y no discriminación*, ed. Edersa, pág. 92.
- ²⁰ PISTONE, en su trabajo *The Impact of Community Law on Tax Treaties: Issues and Solutions*, EUCOTAX Series on European Taxation, ed. Kluwer Law International Limited, pág. 147, considera que la misma conclusión debe extraerse de la sentencia dictada en el caso *Centros*.
- ²¹ Conclusiones presentadas el 17 de marzo de 1993, asunto C-330/91, *Commerzbank*, Rep. 1993 pág. I-04017, párrafo 27. Ver comentarios de VAN THIEL: *EU... op. cit.*, pág. 163.
- ²² GARCÍA PRATS, F.A.: *El establecimiento... op. cit.*, pág. 457. Este autor se refiere en concreto a los párrafos 19 y 20 de esta sentencia.
- ²³ Sobre la atribución del derecho de establecimiento a las personas jurídicas, ver la obra de PLENDER, R. y PÉREZ SANTOS, J.: «Libertad de establecimiento y servicios», en *Introducción al Derecho comunitario europeo*, Madrid, Civitas, 1985, pag. 162 y siguientes.
- ²⁴ KAPTEYN, P.J.G. y VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction...*, *op. cit.*, pág. 734.
- ²⁵ Ver los párrafos 19 a 24 de la Sentencia de 27 de septiembre de 1988, asunto C-81/87, *Daily Mail*, Rep. 1988 pág. 5483.
- ²⁶ Ver para mayor detalle FROMMEL, S.N.: «EEC Companies and Migration: a Set-Back for Europe?», *Intertax* n.º 12/1988, pág. 414.

- 27 Sentencia de 10 de julio de 1986, asunto C-79/85, *Segers*, Rep. 1986, pág. 02375. En la doctrina, se pueden consultar: FROMMEL, S.N.: «EEC Companies...», *op. cit.*, pág. 414; ROOS, P.: «Europees vennootschapsRecht, vestigingsvrijheid, zetelverplaatsing en IPR», *Ars Aequi* 5/1989, pág. 75; CEREXHE, E.: *Le droit européen: La libre circulation des personnes et des entreprises*, Nauwelaerts Brussels, 1982, pág. 63; y EVERLING, U.: *The right of establishment in the common market*, Commerce Clearing House New York, pág. 39.
- 28 SANDROCK, O. y AUSTMANN, A.: «Das internationale GesellschaftsRecht nach der Daily Mail-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs: Quo vadis?, *Recht der Internationalen Wirtschaft* 4/1989, pág. 249. VAN THIEL: EU..., *op. cit.*, pág. 184.
- 29 Esta nueva doctrina parece seguida en las conclusiones presentadas por el Abogado General Alber presentadas el 30 de enero de 2003 en el asunto C-167/01, *Inspire Art Ltd.*, párrafo 94, aún no recopilada.
- 30 BOUTARD LABARDE, M.C.: «Chronique de jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Libre circulation des personnes et des services», *Journal du Droit International* n.º 2/1989, pág. 430.
- 31 GOLDMAN, B.: «The Convention between the Member States of the European Economic Community on the Mutual Recognition of Companies and Legal Persons», *Rev. CMLR*, 104 año 1968; STEIN, E.: *The Harmonization of European Community Law*, 1971; BOYLE, A.J.: «The Recognition of Companies in the EEC», en Goode, R.M. y Simmonds, K.R., *Commercial operations in Europe*, 1978; TIMMERMANS, C.W.A.: «The Convention of 29 February 1968 on the Mutual Recognition of Companies and Firms», *Revista holandesa de derecho internacional*, 357/1980, CEREXHE, E.: *Le droit...*, *op. cit.*; CATH, I.G.F.: «Freedom of Establishment of Companies: a New Step Towards Completion of the Internal Market», *Anuario de Derecho europeo*, 247/1986; BURROWS, F.: *Free Movement in European Community Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987.
- 32 Sentencias de 28 de enero de 1986, asunto C-270/83, Comisión contra Francia, *avoir fiscal*, Rep. 1983, pág. 273, párrafo 18; sentencia del caso, *Commerzbank*, párrafo 13; y sentencia del caso *ICI*, párrafo 21. En cuanto a la consideración doctrinal, ver FARMER, P. y LYAL, R.: *EC Tax Law*, Oxford European Community Law Series, Clarendon Press, Oxford, 1994, pág. 312, nota al pie n.º 14.
- 33 Sentencia de 9 de marzo de 1999, caso C-212/97, *Centros Ltd.*, Rep. 1999 pág. I-1459, párrafos 17 y 18; y sentencia del caso *Segers*, ya referenciada, párrafo 16.
- 34 Ver los párrafos 19 a 24 a que se refiere este trabajo.
- 35 VAN THIEL: EU..., *op. cit.*, pág. 181.
- 36 Sobre el carácter constitutivo de los Tratados, ver la obra de MANGAS MARTÍN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D.: *Instituciones...*, *op. cit.*, págs. 335 y siguientes. Sobre su función e incardinación en el sistema de fuentes comunitarias, ver las páginas 380 y 381 de esta misma obra así como la de PESCATORE, P.: *L'ordre juridique des Communautés européennes. Étude de sources du droit communautaire*, Lieja 1975, pág. 144.
- 37 KAPTEYN, P.J.G. y VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction...*, *op. cit.*, pág. 734.
- 38 Sentencia de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00, *Überseering BV*, aún no recopilada. En particular, nos referiremos a los párrafos 52 a 55, 57, 59 y 60.
- 39 Conclusiones del Abogado General Darmon presentadas el 7 de junio de 1988, asunto C-81/87, *Daily Mail*, Rep. 1988, pág. 05483. En relación con estas consideraciones, ver párrafo 14.
- 40 Ver párrafos 19, 28 y 29 de la sentencia ya referenciada.
- 41 KAPTEYN, P.J.G. y VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction...*, *op. cit.* págs. 732 y 733.
- 42 Sentencia de 29 de junio de 1999, asunto C-172/98, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica*, Rep. 1999, pág. I-3999.
- 43 Conclusiones presentadas con fecha 28 de enero de 1999, Rep. 1999, pág. I-03999.
- 44 Sobre el concepto comunitario de actividad económica, ver sentencia de 5 de octubre de 1988, asunto C-186/87, *Steymann*, Rep. 1988, pág. 06159.
- 45 Así, la jurisprudencia y la doctrina mantenían que sólo será posible invocar el principio de no discriminación de forma única cuando no fuera posible ubicar una determinada actuación en relación con alguna de las libertades fundamentales. FARMER y LYAL así lo ponen de manifiesto en su obra *EC...*, *op. cit.*, en su capítulo 16 relativo al principio de no discriminación y las libertades fundamentales, pág. 310, que consideran que esta construcción doctrinal del Tribunal se puede encontrar en la sentencia de 30 de mayo de 1989, asunto C-305/87, *Comisión vs. Grecia*, Rep. 1989, pág. 1461. En la doctrina española, ver la obra de SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, J.: *La no discriminación...*, *op. cit.* pág. 349.
- 46 La primera sentencia indicada es la de 11 de agosto de 1995, asunto C-80/94, *Wielock*, Rep. 1995, pág. I-2493. Ver comentarios de FARMER y LYAL, *EC...*, *op. cit.*, pág. 313, donde se refieren a la sentencia de 5 de diciembre de 1989, asunto C-3/88, *Comisión vs. Italia*, Rep. 1989, pág. 4035, párrafo 8, con el objeto de fundamentar sus conclusiones acerca de formas de discriminación encubierta; por otra parte, citan la sentencia dictada en el asunto *Commerzbank*, párrafo 15 en relación con el diferente trato fiscal en función de la residencia considerado como discriminatorio. En relación con este tema, no puede obviarse la referencia a la sentencia de 11 de agosto de 1995, asunto C-279/93, *Schumacker*, Rep. 1995, pág. I-225, de tanta trascendencia para la tributación europea y coetánea de la Recomendación de la Comisión

- de 21 de diciembre de 1993 relativa al régimen tributario de determinadas rentas obtenidas por no residentes en un Estado miembro distinto de aquel en el que residen, DO L 39 de 10.2.94. La sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-251/98, *Baars*, Rep. 2000 pág. I-2787, plantea de nuevo esta aproximación a la ilegalidad de las discriminaciones encubiertas o indirectas en el ámbito fiscal.
- 47 El primer supuesto se dictaminó en el asunto *ICI* y el segundo en la sentencia de 8 de marzo de 2001, asuntos acumulados C-397/98, 410/98, *Metallgesellschaft y Hoechst*, Rep. 2001 pág. I-01727, en particular ver el párrafo 43.
- 48 Ver párrafo 27 de la sentencia de 14 de diciembre de 2000, asunto C-141/99, *AMID*, Rep. 2000, pág. I-11619. La segunda cita corresponde al Auto de 12 de septiembre de 2002, caso C-431/01, *Mertens*, Rep. 2002 pág. I-07073, en el que se resolvía un caso semejante al anteriormente citado, donde se refiere a la doctrina fijada en la sentencia de 31 de marzo de 1993, *Kraus*, C-19/92, Rep. 1993 pág. I-1663, apartado 32.
- 49 Sentencia de 21 de septiembre de 1999, asunto C-307/97, *Saint-Gobain*, Rep. 1999, pág. I-6163-6181. GARCÍA PRATS, F.A.: *El establecimiento... op. cit.*, pág. 469 ya había anticipado que los establecimientos permanentes de sociedades acogidas por el artículo 48 del TUE ubicados en un Estado miembro deberían poder acceder a los convenios firmados por el Estado de su situación en virtud de la libertad de establecimiento. Ver también MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO: *Imposición... op. cit.*, pág. 113, quienes ven una nueva manifestación de este principio en la sentencia dictada en el caso *Royal Bank of Scotland* (ver pág. 105). PISTONE, P.: *The Impact... op. cit.*, pág. 151. Este autor indica que, ya antes, en el caso *avoir fiscal*, estaba implícito el principio de trato nacional, desarrollado más tarde en *Saint Gobain*. Esta doctrina se ha reiterado en las sentencias de 15 de enero de 2002, asunto C-55/00, *Gottardo*, Rep. 2000 pág. I-413, párrafo 32; y sentencia del caso *Open Sky*.
- 50 PISTONE, P.: *The Impact... op. cit.*, págs. 146 y 147.
- 51 Sentencia de 15 de mayo de 1997, C-250/95, *Futura Participations and Singer vs. Administration des contributions*, REC 1997, pág. I-2471.
- 52 WATHELET, M.: «The influence of free movement of persons, services and capital on national direct taxation», revista *Journal des Tribunaux*, n.º 5987, noviembre de 2000. FARMER, P.: «European Court and Corporate Tax», *The Tax Journal*, julio de 2002, pág. 10.
- 53 Párrafo 16 de la sentencia del asunto *Wielockx*, y sentencia de 28 de abril de 1998, asunto C-118/96, *Jessica Safir*, Rep. 1998, pág. I-1919, párrafo 21; y asunto *ICI*, párrafo 19.
- 54 Ver asunto *avoir fiscal*, párrafo 22.
- 55 Ver asunto *ICI*, párrafo 28. En el mismo sentido se pueden leer estas conclusiones, entre otras, en las sentencia de 8 de julio de 1999, asunto C-254/97, *Baxter*, Rep. 1999 pág. I-04809 y la sentencia del caso *Saint Gobain*, párrafo 51.
- 56 *Avoir fiscal*, párrafo 26.
- 57 Ver asunto *Saint Gobain*, párrafos 53 y 54, y *avoir fiscal*, párrafo 21.
- 58 Ver párrafo 34 de la sentencia del caso *Safir* y sentencia de 16 de mayo de 2000, asunto C-87/99, *P. Zurstrassen, A.F. de Ryckel vs. Administrations des Contributions Directes*, Rep. 2000, pág. I-3337, párrafo 25.
- 59 Paul FARMER así lo expuso en la Conferencia Anual de Derecho Europeo pronunciada en el King College de Londres en marzo de 2001, inédita. Ver sentencia de 26 de octubre de 1999, asunto C-294/97, *Eurowings*, Rep. 1999, pág. I-7447.
- 60 Párrafo 16. Asimismo, en la sentencia de 27 de junio de 1996, asunto C-107/94, *Asscher*, Rep. 1996, pág. I-3089; ver la obra de PISTONE, P.: *The Impact... op. cit.*, pág. 127, quien habla de discriminación encubierta en el Estado de origen; también en la obra de MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO: *Imposición... op. cit.*, págs. 89 y 90, quienes mencionan que en esta sentencia se adopta la posición de proteger contra la discriminación a la inversa, de los nacionales del Estado que ejerce la discriminación. De nuevo surge esta cuestión en la sentencia del caso *ICI*, párrafo 21. Ver MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO: *Imposición... op. cit.*, pág. 133. PISTONE, P.: *The Impact... op. cit.*, pág. 109. Todos estos autores indican que este caso confirma la doctrina del caso *Daily Mail*, donde había quedado claro que se pueden invocar las libertades contra el Estado de la propia nacionalidad, que en este caso era también el Estado de origen. Por lo demás, las sentencias del Tribunal de Luxemburgo suelen referirse en este punto a las sentencias de 7 de febrero de 1979, asunto C-115/78, *Knoors*, Rec. 1979 pág. 399, párrafo 24; de 3 de octubre de 1990, asunto C-61/89, *Bouchoucha*, Rec. pág. I-3551, párrafo 13; sentencia del asunto *Kraus*, párrafo 15, y de 23 de febrero de 1994, asunto C-419/92, *Scholz*, Rep. pág. I-505.
- 61 VAN THIEL: *EU... op. cit.* pág. 188.
- 62 Sentencia del asunto *Werner*. Sobre la crítica a la sentencia ver la obra de SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, J.: *La no discriminación... op. cit.* págs. 352-355.
- 63 SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, J.: *La no discriminación... op. cit.* págs. 365-367, y GARCÍA PRATS, F.A.: «Asscher, o la expansión del principio comunitario de no discriminación en materia tributaria», *REDF*, n.º 94/1997, pág. 215. El texto transcrito corresponde al párrafo 32 de la sentencia ya citada, donde se citan como referencia las sentencias de los casos, *Knoors*, párrafo 24; de 3 de octubre de 1990, *Bouchoucha*, C-61/89, Rep. pág. I-3551, apartado 13; sentencia del caso *Kraus*, párrafo 15, y del caso *Scholz*.

- ⁶⁴ La cita es utilizada por S. GONZÁLEZ ORTEGA en su trabajo *La libertad de circulación de trabajadores*, obra colectiva *Derecho Comunitario Económico* vol. I ed. Colex, Madrid 2001, pág. 113, y se encuentra en la sentencia de 23 de mayo de 1992, asunto C- 370/90, *Surinder Singh*, Rec. 1992 pág. I-04265.
- ⁶⁵ Como discriminación inversa las califican P. HERRERA MOLINA en su trabajo «La Discriminación Inversa en el Derecho Comunitario (Apunte sobre la STJCE de 24 de octubre de 1996» *Impuestos*, n.º 10/1997, GARCÍA PRATS en su obra *Imposición directa, no discriminación y Derecho comunitario*, ed. Tecnos 1998, pág. 77 y siguientes y GONZÁLEZ ORTEGA en su trabajo *La libertad...*, *op. cit.*, pág. 111. Por su parte, SANTA-BÁRBARA mantiene que no es posible hablar en sentido propio de discriminación fiscal inversa en los casos de trabajadores nacionales discriminados por residir en el extranjero frente a quienes residen en el territorio nacional, ya que la discriminación inversa se refiere al peor trato fiscal de los propios nacionales frente a quienes no lo son; ver su trabajo *La no discriminación...*, *op. cit.* pág. 355.
- ⁶⁶ RÄEDLER, A.: «Most-favored nation clause in European Tax Law?» *EC Tax Review* 1995/2, quien indica que es posible encontrar apoyo en el caso *Schumacker*; DASSESSE, M.: «Fiscalité: vers une multilatéralisation des conventions bilatérales?», *L'Echo*, 15 de julio de 1994, quien encuentra apoyo en el caso *Halliburton*; FARMER, P. and LYAL, R.: *EC...*, *op. cit.*, págs. 318-319, quienes aluden a que el artículo 43 es una expresión específica del artículo 12, donde se prohíbe de forma inequívoca toda forma de discriminación basada en la nacionalidad y se pregunta si es posible que en un mercado único es posible discriminar en favor de la inversión procedente de un Estado miembro en detrimento de la procedente de otro diferente. También se manifiesta así *Fédération des Experts Comptables Européens: FEE survey on treaties against double taxation*, Bruselas, junio de 1995. Más reciente VAN THIEL, S.: *Free movement of Persons and Income Tax Law: the European Court in search of principles*, ed. IBFD, Amsterdam, 2002. Este autor expone las razones que apoyan la idea de que el Tratado ampara la cláusula de nación más favorecida: el artículo 6, cuya prescripción es lo suficientemente amplia para permitir esta interpretación. Dado el carácter fundamental del principio de no discriminación, cabría una interpretación extensiva; interpretación teleológica de las disposiciones del Tratado, que persigue crear un verdadero mercado interior, lo que impediría que un Estado pudiera diferenciar entre operadores económicos según su Estado de procedencia; la aceptación de otros principios muy cercanos al concepto de mercado interior, como el principio de igualdad entre Estados miembros o de unidad de mercado. El principio de igualdad obliga a las instituciones comunitarias y a los Estados miembros a tratarse en pie de igualdad; la Comunidad obliga hoy, de manera rutinaria, a Estados terceros en acuerdos bilaterales a aceptar que el acuerdo aplicado por dicho país en relación con la Comunidad no puede dar lugar a discriminación entre Estados miembros, sus nacionales o sus sociedades; también se puede derivar del hecho de que los otros dos acuerdos internacionales relativos a la libre circulación de bienes (GATT 1994) y servicios o personas (GATS) lo disponen de forma expresa. En cuanto a los argumentos en contra: cabe la discriminación a la inversa, sobre los propios nacionales, lo que permitiría tratar peor a un no nacional que a otro no nacional. Sin embargo, sólo caben excepciones a los principios comunitarios cuando están expresamente previstas. Es el caso del artículo 306 referido a la unión Bélgica-Luxemburgo y a los países del Benelux, que es el único precepto que permite un trato preferencial a determinados otros Estados. *A sensu contrario*, debe aplicarse la cláusula en cualquier otra circunstancia. En cuanto a la cooperación reforzada prevista en el Tratado de Amsterdam, sólo es posible cuando no afecte de manera adversa los intereses de los Estados no participantes. Por otra parte, las resoluciones del TJCE muestran sus reticencias a considerar que el Tratado implica la aplicación de esta cláusula. En la sentencia de 28 de enero de 1981, asunto C-32/80, *Kortmann*, Rep. 1981 pág. 00251, interpretó el artículo 95, hoy artículo 90, del Tratado en el sentido de que se trata de observar el régimen aplicado a un producto importado por oposición a un producto nacional y no el tratamiento dado a dos productos importados. Entiende que en este caso lo que se plantean son diferentes métodos de importación más que al hecho de importar desde dos Estados diferentes. También añade el hecho de que en la práctica obligará sólo a un número limitado de países a extender sus beneficios a todos los demás. Pero este argumento no es válido porque el Derecho comunitario se aplica sin condiciones de reciprocidad. Finalmente, concluye que está a favor y que es necesaria para evitar que las competencias retenidas por los Estados miembros interfieran con la realización y el funcionamiento del mercado interior. Ahora bien, su invocación está ligada a la evolución de la Comunidad, de tal manera que tiene sentido su invocación a partir del momento en que la integración de un determinado mercado ha avanzado lo suficiente como para crear un mercado unificado. En las páginas 498 a 511 se refiere a la doctrina tributaria, los autores que defienden la vigencia de la cláusula de nación más favorecida se mantienen en una posición teórica y no entran a discutir en detalle sus consecuencias prácticas. Respecto de quienes no la defienden, mantiene lo siguiente: en cuanto al argumento de la pérdida de reciprocidad en las negociaciones bilaterales, indica que este principio internacional juega un papel muy reducido en Derecho comunitario; respecto del argumento del riesgo de comportamientos oportunistas, *free riders*, indica que en realidad la aplicación de esta cláusula benéfica perjudica a todos los Estados miembros; las consecuencias presupuestarias no le parecen un argumento convincente; las dificultades para futuras negociaciones bilaterales no le preocupan desde la óptica de que el artículo 220 exige una solución multilateral y los problemas que pudieran derivarse podrán ser superados; finalmente, hace una lectura de las resoluciones del TJCE en las que intuye señales que permitirían considerar vigente este principio si bien sigue la opinión de FARMER de que será extremadamente cauteloso.

- 67 Las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta de los asuntos acumulados *Metallgesellschaft y Hoechst*, plantearon directamente la cuestión, que el TJCE evitó responder una vez que la contestación a las cuestiones anteriores fueron suficientes para resolver el caso.
- 68 HINNEKENS, L.: «Compatibility of Bilateral Tax Treaties with European Community Law-Applications of the Rules», *EC Tax Review*, 1995/4, págs. 209-215. En mayor detalle, sus argumentos son los siguientes: la soberanía de los Estados, su libertad de pactar y su competencia en materia de política fiscal son principios generales de fiscalidad internacional. La pertenencia a la UE no les obliga a renunciar a su política y práctica en la negociación bilateral de convenios. Por tradición, en la que ni la Comisión ni el TJCE en cuarenta años de existencia se han planteado el sistema de convenios bilaterales. La Comisión no ha incluido este principio en ninguna de las comunicaciones de política fiscal ni en sus programas de trabajo. En relación con los casos judiciales, el tema subyace en los casos *avoir fiscal*, *Schumacker* y *Halliburton* pero, sin embargo, el TJCE no se ha pronunciado sobre esta cuestión. En el artículo del TUE, parece que el artículo 293 descansa en el principio de acuerdos bilaterales; si tal principio fuera aplicable no sería necesario establecer esta obligación colectiva de negociación entre Estados miembros; el artículo 73.1 d) admite distinto tratamiento en función del lugar de residencia del inversor o de la inversión, aunque, reconoce, no caben discriminaciones arbitrarias. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la extensión de los beneficios de un convenio bilateral de forma ciega y sin medir sus consecuencias resultaría contraria al sistema de acuerdos bilaterales y condicionaría su desarrollo. Convenios que no se basaran en las concesiones recíprocas entre las partes pondría en peligro los fundamentos fiscales y las políticas presupuestarias y económicas y olvidaría esenciales particularidades nacionales. Si se considerara que su incumplimiento viola el Tratado, la necesidad de garantizar el equilibrio de las concesiones recíprocas, y la coherencia así como la continuidad del sistema, exigiría la protección del propio Derecho comunitario. Por último argumentó acerca de la invocación del artículo 5 del TUE y la consiguiente obligación de cooperación leal, pero la interpretación de esta cláusula, opina, no es sencilla y considera que el TJCE pudiera ser reticente a utilizarla. Más recientemente ha mostrado su posición no favorable A.P. DOURADO en su trabajo «From the Saint-Gobain to the Metallgesellschaft case: scope of non-discrimination of permanent establishments in the EC Treaty and the most-favoured-nation clause in EC Member States tax treaties», *EC Tax Review* n.º 2002/3. Esta autora añade el incentivo que supondría para el *treaty-shopping* y, como resultado, fórmulas de planificación con resultado de no tributación.
- 69 Los Comentarios al Modelo de la OCDE de Convenio de doble imposición mencionaban, en sus párrafos 54 y 55, que tales cláusulas no eran aplicables ya que los tratados se basarían en el principio de reciprocidad. Sin embargo, esta mención ha desaparecido en la versión del Modelo de 1992. En la práctica internacional, recogen esta cláusula, entre otros, el Convenio de doble imposición entre EEUU y Canadá, artículo XXV; en los suscritos por Alemania con Canadá, artículo 24 (4), con la antigua URSS, artículo 20, con Bulgaria, artículo 23 (1), con Suiza, artículo I del Protocolo; los suscritos por Holanda con Australia, Protocolo N.º 6b, con China, Protocolo IX, con Lituania, Protocolo IX párrafo 3, con Vietnam, en su Protocolo; en el caso de España, en los convenios suscritos con Argentina, párrafos 2 y 9 del Protocolo, y con Méjico, párrafos 2 y 12 del Protocolo.
- 70 Ver el trabajo de H.E. KOSTENSE, «The Saint Gobain Case and the Application of Tax Treaties, Evolution or Revolution?», publicado en *EC Tax Review* n.º 2000/4, donde efectúa una serie de cálculos que ponen de manifiesto que la aplicación de este principio tiene como consecuencia una redistribución de ingresos tributarios, pero no necesariamente una tributación inferior, lo que sólo sucede en casos muy determinados en función del juego de diversos convenios de doble imposición y las normas internas del Estado de origen.
- 71 RÄEDLER, A.J.: «Most Favoured Nation Concept in Tax Treaties», en obra colectiva *Multilateral Tax Treaties: new developments in International Tax Law*, Linde Verlag Viena y Kluwer Law International Ltd., Londres, 1997, págs. 11 y 14. WEBER, D.: «Pending cases Filed by Dutch Courts: the FWL de Groot Case and Related EC Cases before Dutch Courts», en obra colectiva *Direct Taxation: Recent ECJ Developments*, Schriftenreihe zum Internationalen Steuerrecht, 2003, pág. 182.
- 72 Párrafo 3 de las citadas conclusiones. Son también relevantes para la exposición los párrafos 4 a 9. En cuanto a la doctrina, se trata del trabajo de SCHAPIRA, J.; LE TALLEC, G. y BLAISE, J.B.: *Droit européen des affaires*, PUF, Thémis, 1984. En particular, su pág. 534.
- 73 RENAULD, J.: *Droit européen des sociétés*, Bruselas, Bruylant y Vander, 1969, pág. 208; COLOMÈS, M.: *Le droit de l'établissement et des investissements dans la CEE*, Paris, 1971, pág. 78; BURROWS, F.: *Free Movement...*, op. cit., pág. 187.
- 74 Estas reflexiones ponen de manifiesto una concepción de administración central equivalente a la propia de la sede de dirección efectiva que se encuentra en los ordenamientos fiscales y en los convenios de doble imposición como criterio dirimente.
- 75 PISTONE, P.: *The Impact...* op. cit., pág. 139.
- 76 VAN THIEL: *EU...* op. cit. págs. 178 a 181.

- 77 Sentencia del asunto *Segers*, párrafo 16. Ver párrafos 17 y 18 de la sentencia *Centros*.
- 78 FARMER, P. and LYAL, R.: *EC...*, *op. cit.*, pág. 312.
- 79 Ver párrafos 74 y 75 de esta sentencia. En sentido contrario, MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN, en su trabajo *Imposición...* *op. cit.*, pág. 91, mantienen que es preciso que la sociedad tenga un cierto nivel de integración en la economía comunitaria, con lo que una sociedad sin actividad económica creada para beneficiarse de los derechos que otorga el TUE no puede reclamar la protección que éste garantiza.
- 80 Sentencia de 4 de diciembre de 1986, asunto C-205/84, *Comisión vs. República Federal de Alemania*, Rep. 1986 pág. 03755.
- 81 Párrafo 9 de la sentencia dictada en el asunto *Steymann*.
- 82 W. SCHÖN: «CFC Legislation and European Community Law», *British Tax Review*, n.º 2001/4, pág. 252.
- 83 Sentencias de 7 de marzo de 1996, asunto C-334/94, *Comisión contra República Francesa*, Rep. 1996, pág. I-01307; y de 12 de junio de 1997, asunto C-151/96, *Comisión contra Irlanda*, Rep. 1997, pág. I-03327.
- 84 Sentencia de 30 de mayo de 1989, asunto C-305/87, *Comisión vs. República Helénica*, Rep. 1989 pág. 01461. En relación con la materia tributaria, ver sentencia del asunto *Halliburton* o sentencia de 29 de abril de 1999, asunto C-311/97, *Royal Bank of Scotland*, RCE 1999 pág. I-2651. Así lo ponen de manifiesto FARMER, P. y LYAL, R.: *EC...*, *op. cit.*, pág. 310; CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ: *Imposición directa...*, *op. cit.* págs. 25-26; GARCÍA PRATS, F.A.: *Imposición directa...*, *op. cit.* pág. 37, quien especifica que el TJCE acude preferentemente a las manifestaciones específicas de la no discriminación. Estas sentencias suelen pronunciarse en los siguientes términos: *procede también recordar, a continuación, que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio general que prohíbe cualquier discriminación por razón de la nacionalidad, establecido por el artículo 7 del Tratado CEE (actual art. 6 del Tratado CE), ha sido aplicado, en los ámbitos concretos que regulan, por los artículos 48, 52 y 59 del Tratado. Por consiguiente, cualquier normativa que sea incompatible con estas disposiciones lo es también con el artículo 6 del Tratado (sentencia de 30 de mayo de 1989, Comisión/Grecia, 305/87, Rec. p. 1461, apartado 12). Por lo tanto, el artículo 6 del Tratado está destinado a aplicarse de manera independiente sólo en situaciones regidas por el Derecho comunitario para las cuales el Tratado no prevea unas normas específicas contra la discriminación. Pues bien, consta que el artículo 52 del Tratado tiene por objeto, esencialmente, aplicar, en el ámbito de las actividades por cuenta propia, el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 6 del mismo Tratado. Por consiguiente, esta última disposición no se aplica en el asunto principal.*
- 85 WATHELET, M.: «The influence...» *op. cit.*; GARCÍA PRATS, F.A.: *Imposición...* *op. cit.*, págs. 52 y siguientes; TERRA, B. y WATTEL, P.: *European Tax Law*, *Fiscale Studierieserie* n.º 29, 3.ª edición, 2001, pág. 36; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *La libertad...* págs. 97 y siguientes; CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ: *Imposición...* *op. cit.*, pág. 27, consideran que el TJCE tiende a desbordar el alcance tradicional de las cláusulas de no discriminación contenidas en los preceptos que regulan las libertades fundamentales del TUE, configurándolas como disposiciones que protegen y garantizan el ejercicio efectivo de tales libertades frente a toda restricción.
- 86 FARMER, P.: «European Court and Corporate Tax», *The Tax Journal*, julio de 2002, pág. 10. KAPTEYN, P.J.G. y VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction...*, *op. cit.*, pág. 163, quienes citan las sentencias del caso *Comisión contra Grecia*, antes referida, y de 10 de diciembre de 1991, asunto C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA vs. Siderurgica Gabrielli SpA*, Rep. 1990, I-05889.
- 87 KAPTEYN, P.J.G. y VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction...* *op. cit.*, pág. 731.
- 88 En *Asscher*, párrafo 24, 26 y 30. Conclusiones presentadas el 15 de febrero de 1996, asunto C-107/94, Rep. 1996 pág. I-03089, párrafo 29.
- 89 Párrafo 21.
- 90 KAPTEYN, P.J.G. y VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction...* *op. cit.*, pág. 730.
- 91 Las sentencias citadas sucesivamente son la de 4 de diciembre de 1986, asunto C-205/84, *Comisión contra Alemania*, Rep. 1986 pág. 03755; la de 25 de julio de 1991, asunto C-221/89, *R. vs. The Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. Et al.*, Rep. 1991, págs. I- 3905-3965; y la de 30 de noviembre de 1995, asunto C-55/94, *Gebhard*, Rep. 1995 pág. I-1565.
- 92 Así lo hace SANTA-BÁRBARA en su obra *La no discriminación...*, *op. cit.* págs. 374-375.
- 93 La sentencia del caso *Halliburton*, consideró que resultaba contraria a la libertad de establecimiento una exención en concepto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, que se adeudaba normalmente en casos de cesiones o ventas que tuvieran lugar con motivo de una operación de reorganización de un grupo de sociedades, únicamente cuando la sociedad hubiera adquirido los bienes transmitidos de una sociedad constituida de conformidad con el Derecho nacional y la denegaba si estaba constituida de acuerdo con la legislación de otro Estado miembro.
- 94 En el asunto *Baxter* se consideró contraria a la libertad de establecimiento una normativa de un Estado miembro que gravaba a las empresas establecidas en éste, y que explotaban en él especialidades farmacéuticas, con un tributo extraordinario, pero sólo les permitía deducir de la base imponible de este tributo los gastos efectuados duran-

te el mismo ejercicio fiscal relativos únicamente a las actividades de investigación realizadas en el Estado de tributación, cuando el impuesto se exigía también a empresas comunitarias que operaban en este Estado miembro a través de un establecimiento secundario. Era normal que estas últimas incurrieran en dichos gastos en su Estado de origen.

95 Fallo del caso *ICI*.

96 Fallo al caso *Baars*.

97 Ver respectivamente las sentencias dictadas en los casos *ICI* y la del asunto *Eurowings*.

98 OCDE: *Controlled Foreign Company Legislation*, pág. 10.

99 Para la elaboración de este epígrafe se han utilizado las siguientes obras: IBFD: *European Tax Handbook*, Amsterdam, 2002; y Fédération des Experts Comptables Européens: *FEE position paper on controlled foreign company legislation in the EU*, abril de 2002.

100 Ver para el caso alemán, LION, P.: «Allemagne: les nouvelles règles CFC de l'Aussensteuergesetz», rev. *Le Fiscalogue International*, Amberes, n.º 221/2002.

101 Ver para el caso español, la obra de SANZ GADEA, E.: *La transparencia fiscal internacional*, CEF, Madrid, 2000.

102 Ver para el caso francés, Éditions Francis Lefebvre: *Paradis fiscaux et opérations internationales. Mesures anti-évasion. Lutte contre le blanchiment. Pays et zones à fiscalité privilégiée*, París 2002.

103 Ver en particular para el caso italiano el trabajo de VALENTE Y MAGENTA: «Italy: New CFC Legislation», *Intertax* n.º 2001/52.

104 Fédération des Experts Comptables Européens: *FEE position... op. cit.*, pág. 4.

105 W. SCHÖN: «CFC ...», *op. cit.*, pág. 252. Las consideraciones realizadas en relación con la detención de inmuebles las apoya en el caso 305/87, *Comisión vs. República Helénica* y las relativas a las carteras de control en el caso *ICI*.

106 W. SCHÖN: «CFC ...», *op. cit.*, pág. 254.

107 Ver el fallo del caso *AMID*.

108 W. SCHÖN: «CFC ...», *op. cit.*, págs. 257 y 258. Este autor critica que el TJCE rechace juzgar la tributación del accionista a la luz de la imposición a que queda sujeta la sociedad. A su juicio, existen lazos jurídicos y económicos entre ambos. El pago del impuesto por la segunda es un pago anticipado del propio del accionista y, por tanto, se debe atribuir esta carga fiscal con el objeto de evitar la doble imposición y lograr un trato equivalente al que soportan empresarios individuales o asociaciones de personas en régimen de atribución (antes, pág. 255). En cuanto a la neutralidad en la exportación de capitales, valora los argumentos a favor de la competencia fiscal como capaces de lograr un mayor interés por parte de los Estados en la optimización del gasto público y de los sistemas fiscales nacionales. Sin embargo, recuerda que la TFI queda referida a rentas pasivas donde el inversor no busca integrarse en la economía del país de destino.

109 Casos *Baars* y sentencia de 6 de junio de 2000, asunto C-35/98, *Verkooijen*, Rep. 2000 pág. I-04071.

110 Sobre los primeros se ha pronunciado en los casos *Baars* y *Verkooijen*. Sobre los segundos, en el caso *Gilly*.

111 Éste fue el tipo de razonamiento utilizado en la sentencia del caso *Verkooijen*.

112 Ver la sentencia del caso *Centros*. W. SCHÖN: «CFC ...», *op. cit.*, pág. 251. Este autor analiza esta causa justificativa para la TFI y concluye que habrá casos en que sus normas resulten de aplicación en situaciones en las que no se detecte un comportamiento abusivo; en todo caso destaca la necesidad de la interpretación restrictiva de las derogaciones del Derecho comunitario y el análisis caso por caso. Como ejemplo, se refiere a los casos en que se constituye una sociedad en otro Estado miembro para la prestación de servicios en el territorio del inversor.

113 Fédération des Experts Comptables Européens: *FEE position... op. cit.*, pág. 4.

114 TERRA, B. y WATTEL, P.: *European...*, *op. cit.* págs. 82-84, en relación con los casos *Eurowings* e *ICI* y la sentencia de 5 de octubre de 1994, asunto C-23/93, *TV 10*, RCE 1994 pág. I-4795. En este último caso se acepta una restricción a la libertad de establecimiento. La doctrina sobre el abuso se plasma en la sentencia de 14 de diciembre de 2000, asunto C-110/99, *Emsland-Stärke*, RCE 2000 pág. I-11569.

115 *Bachmann*, párrafos 22 y 23, y *Comisión contra Bélgica* párrafos 14 y 15.

116 KNOBBE-KEUK: «Restrictions of fundamental freedoms enshrined in the EC Treaty by Discriminatory tax provisions, Ban and justification», *EC Tax Review*, n.º 3, 1994, págs. 79 y ss.

117 Ver *Bachmann*, párrafo 26, y *Comisión contra Bélgica*, párrafo 29. FOSSELARD, D.: «L'obstacle fiscale a la réalisation du marche interieur», *Cahiers de Droit Européen*, 1993, pág. 486; DASSESSE, M.: «L'arret Bachmann et la loi du 28 decembre 1992: une victoire a la Pyrrhus?», *JDF* n.º 11-12/1992, pág. 333; MARTÍN JIMÉNEZ: *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community: An Institutional and Procedural Analysis*, Series on International Taxation, n.º 22, Kluwer, Londres, Boston y La Haya. TERRA, B. y WATTEL, P.: *European...*, *op. cit.* pág. 70 analizan el carácter insuficiente de la relación meramente macroeconómica entre elementos tributarios diferentes.

- 118 Respectivamente, párrafos 58 y 39. En relación con la referencia tanto a un mismo contribuyente y a una misma renta para observar la existencia de una norma regida por la coherencia del régimen fiscal que se encuentra en *Verkooijen*, ver PISTONE, P.: *The Impact...* *op. cit.* pág. 160; y STANGLE, C.: *Der Begriff der steuerlichen Kohärenz nach den Urteilen Baars und Verkooijen* en *Steuer und Wirtschaft International*, 2000.
- 119 PISTONE, P.: *The Impact...* *op. cit.*, pág. 132, donde cita a RAINER, A. en *Anmerkung zu Safir, Internationales Steuerrecht*, 1998/10, con quien está de acuerdo en afirmar que después de este caso el Tribunal no aplicará de nuevo el principio de coherencia fiscal como en *Bachmann*.
- 120 Para un análisis en profundidad, ver KNOBBE-KEUK: «Restrictions...», *op. cit.*
- 121 Párrafo 44 de la sentencia dictada en el caso *Eurowings*.
- 122 Ver mi trabajo «La Directiva matriz-filial tras diez años desde su adopción», *rev. de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*, Ed. Estudios Financieros, n.º 232, julio de 2002.