

JUAN LÓPEZ RODRÍGUEZ

Licenciado en Derecho

Extracto:

HACE diez años que los Estados miembros debieron cumplir con las obligaciones derivadas de la directiva matriz-filial relativa a la tributación de pagos de dividendos en Europa. Los sistemas de imposición sobre sociedades han evolucionado de manera considerable durante todo este período y las previsiones comunitarias han perdido parte de su vigencia. Por otra parte, la experiencia ha mostrado algunas limitaciones e imperfecciones del texto adoptado. Asimismo, durante este período se ha producido una fuerte evolución de la jurisprudencia comunitaria que plantea nuevas perspectivas en el diseño de las normas fiscales. El presente trabajo pretende un análisis de esta normativa bajo todas estas inquietudes y responde a los planteamientos que resultan del último trabajo de la Comisión Europea en la materia.

Sumario:

1. Referencia al objeto y fines de la Directiva.
2. Sociedades amparadas por la Directiva.
3. Participaciones indirectas.
4. Casos triangulares.
5. Dedución de los impuestos satisfechos por subfiliales.
6. Dedución de los gastos de gestión de la cartera.
7. La retención en la fuente.
8. Normas anti-abuso.
9. Conclusiones.

Bibliografía.

La Comisión Europea publicó en el mes de octubre del pasado año un estudio sobre tributación de sociedades ¹ en el que se analizan dos aspectos diferentes: los niveles de presión fiscal efectiva por imposición sobre la renta de las entidades y los obstáculos que estas leyes tributarias presentan para la realización de un verdadero mercado interior. Entre los últimos, se analizan los logros derivados de la introducción de la Directiva sobre matrices y filiales, las limitaciones que la práctica ha puesto de manifiesto y las posibles modificaciones a considerar tanto para resolver las lagunas detectadas como para adaptar las previsiones legales al nuevo contexto jurídico y económico.

Han pasado poco más de diez años desde que se adoptara la Directiva y terminara el plazo previsto para su implementación nacional. Desde entonces el mercado común se ha convertido en un mercado interior, se ha adoptado el euro y, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la experiencia acumulada y las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJE) permiten hacer una valoración de resultados logrados, incertidumbres existentes y lagunas a mejorar. En este trabajo se intentan destacar los problemas señalados que se consideran de mayor interés y con posibilidades reales de mejora. No deja tampoco de comentarse el peso que la jurisprudencia común pueda tener en este campo.

1. REFERENCIA AL OBJETO Y FINES DE LA DIRECTIVA

La Directiva del Consejo 90/435, de 23 de julio de 1990, regula el régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, tiene como ámbito de aplicación, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 1:

- Las distribuciones de beneficios recibidas por sociedades de un Estado miembro y procedentes de sus filiales en otros Estados miembros: los dividendos percibidos por sociedades residentes.
- Las distribuciones de beneficios efectuadas por sociedades de un Estado miembro a sus sociedades filiales en otros Estados miembros: dividendos satisfechos por residentes a sus socios no residentes.

¹ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión Europea, SEC (2001) 1681, «Company Taxation in the Internal Market», editado por la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2002.

Debe ponerse de manifiesto que se observa en el régimen fiscal establecido por la norma comunitaria una estrecha relación entre ámbito objetivo y subjetivo, de tal manera que el primero no puede entenderse sino en relación con el segundo: sólo quedan cubiertos los dividendos de las sociedades que se encuentran bajo el amparo de la Directiva. Al mismo tiempo, la subjetividad se extiende a ambas partes de la relación jurídica de participación social: sólo se predica la norma respecto de dividendos satisfechos por y en favor de entidades cubiertas por el ámbito previsto en la Directiva.

Estas conclusiones resultan de la definición de sociedad que incorpora la Directiva en su artículo 2.º con la finalidad de precisar el marco subjetivo al que se refiere. Se trata de una cuestión fundamental para los Estados que concurrieron con su acuerdo a su adopción. Éstos se refirieron de manera exclusiva a las relaciones matriz-filial tal y como se precisa en cuanto a la forma jurídica y a los términos en que se determina la condición de entidad matriz y de entidad filial.

En función del ámbito objetivo determinado, la finalidad perseguida por la Directiva según se expresa en su exposición de motivos y se deriva de la lectura de sus artículos 4 y 5 es:

1. La exención de la retención en el Estado de origen que de otra forma pudiera practicarse sobre los dividendos satisfechos por una filial de un Estado miembro a su matriz de otro Estado miembro.
2. La exención de gravamen de los dividendos así recibidos o la aplicación de algún método para eliminar la doble imposición internacional, como pueda ser el disfrute de una deducción o crédito fiscal por la sociedad matriz que los percibe determinado en función del impuesto satisfecho por la entidad filial en su Estado de residencia que ha gravado las rentas objeto de distribución. Como quiera que se trata de rentas percibidas sin retención en la fuente, la norma comunitaria aborda aquí la eliminación de doble imposición económica internacional: la que se produce por el gravamen de una misma renta en más de una ocasión y en manos de sujetos pasivos diferentes.

Quedan al margen de las previsiones comunitarias los pagos de dividendos en favor de personas físicas y otras entidades sin personalidad jurídica como los fondos de inversión, de pensiones u otros que juegan como canalizadores de inversiones colectivas ².

Tampoco se encuentra una mención expresa a la imposición sobre el desarrollo de actividades económicas a través de establecimientos permanentes en el extranjero como forma de inversión internacional alternativa. Esta omisión podría implicar diferencias entre la tributación de la inversión exterior mediante sucursales y la producida a través de filiales: nada se especifica sobre la posibilidad de que los Estados miembros puedan exigir un gravamen complementario en la repatriación

² FARMER, P. y LYAL, R., *EC Tax Law*, Clarendon Press Oxford, 1994. Así lo precisan en la página 254. Además, mencionan que la Directiva ofrece dos métodos para que el Estado de la matriz elimine la doble imposición: la exención o la imputación. En el segundo caso, la deducción fiscal que proceda queda referida al impuesto subyacente satisfecho por la filial, pero no a ninguna retención en la fuente que no puede exigirse de acuerdo con el artículo 5 de la Directiva.

de rentas obtenidas por establecimientos permanentes de sus sujetos pasivos residentes. Debemos plantear las dudas que nos suscita el respeto adecuado al principio de neutralidad. Pero también en torno a la debida satisfacción del principio de no discriminación o el respeto al ejercicio del derecho al libre establecimiento. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

De la misma manera, no se resuelven las consecuencias fiscales derivadas de plusvalías y minusvalías de cartera: de nuevo se altera el comportamiento mercantil ante la necesidad de hacer efectivas rentas mediante su distribución ya que la legislación comunitaria no ha extendido sus efectos a la materialización de beneficios, con un mismo origen, a través de la transmisión de valores³. Nada se dispone en relación con provisiones por depreciación en su valor y amortización del fondo de comercio financiero, entre otros. Es cierto que el artículo 4, párrafo 2, prescribe normas referidas a la deducción en la base imponible de gastos y pérdidas vinculadas a las acciones o participaciones sociales pero su fin se limita a las consecuencias más obvias, ineludibles por otra parte, derivadas de la aplicación de métodos para eliminar la doble imposición y ligadas al hecho concreto del pago del dividendo.

Estas limitaciones junto con la falta de previsiones relativas a otros sujetos pasivos del impuesto, como se verá, y a otras relaciones de participación no cubiertas por las condiciones estrictas de la Directiva, que exige un 25% de participación para reputar una relación de asociación, constituyen argumentos que invitan a cerrar algunos debates o construcciones que pretendieran encontrar en la norma armonizada bases para construir un sistema general de tributación de sociedades por sus rentas internacionales capaz de agotar las repercusiones tributarias derivadas de las actividades de las empresas dentro del marco geográfico europeo, incluidas las relativas a la atribución o imputación de la renta y el devengo del impuesto. Será necesario tener presentes estas ideas cuando se exponga más adelante el alcance de alguna jurisprudencia en relación al concepto de retención en la fuente sobre dividendos, así como cuando se aluda al alcance de las obligaciones fiscales establecidas a cargo del Estado de residencia de la entidad perceptora de los dividendos.

2. SOCIEDADES AMPARADAS POR LA DIRECTIVA

La Directiva se refiere a las sociedades de los Estados miembros; y construye una definición sobre las mismas. Una sociedad de un Estado miembro es una sociedad que satisface todos los criterios siguientes: adoptar una forma jurídica mercantil concreta, estar sujeta sin posibilidad de opción y sin exención a un impuesto sobre la renta de sociedades, de acuerdo con la enumeración incluida en la letra c) de su artículo 2, y tener residencia fiscal en algún Estado miembro.

³ La ausencia de norma comunitaria dirigida a articular la imposición de plusvalías de cartera ha sido puesta de manifiesto por G. MAISTO en su trabajo «Status and perspectives of harmonisation and coordination of company taxation in the European Community», presentado en el 1.º Forum de Juristas Europeos celebrado en Nuremberg entre el 12 y el 14 de septiembre de 2001 y publicado por Nomos, Baden, 2001.

Sin perjuicio de que abordemos la condición de la no exención dentro del capítulo relativo a la normas anti-fraude, nos centramos aquí en la condición referida a la adopción de una de las formas jurídicas previstas en la lista que figura como anexo a la Directiva ⁴. No fue la propuesta de la Comisión de 1969 sino el fruto de una solución de compromiso adoptada durante las negociaciones que tuvieron lugar en el Consejo ECOFIN.

La lista está dividida en sucesivas referencias a las diversas formas jurídicas construidas en cada régimen jurídico mercantil nacional. Se podría defender fácilmente que existe un criterio común para la inclusión de ciertos tipos de entidades: se trata de personas jurídicas mercantiles, incluso las utilizadas por el sector público en la gestión de determinadas actividades con arreglo a parámetros jurídico-privados, cuyo capital es divisible en acciones o participaciones sociales y que limitan su responsabilidad patrimonial por deudas sociales al valor de los títulos emitidos. En un principio, esta solución podría parecer lógica, al restringirse el ámbito de entidades así referidas a las que de manera efectiva pueden distribuir beneficios y dejar al margen a entidades de constitución personalista ⁵. También quedan al margen otras formas sociales especiales como las cooperativas, cajas de ahorro, *trusts*, incluso cuando su régimen fiscal fuera equivalente al previsto para aquéllas, al menos en lo que se refiere a la doble imposición internacional de dividendos. Ahora bien, la realidad mercantil ofrece una realidad hoy diferente sobre el reconocimiento de asociaciones de personas y su papel en el tráfico jurídico ⁶. Además, las formas de asociación mercantil difieren en contenido y forma entre los países comunitarios, en particular en cuanto al reconocimiento de la personalidad jurídica y las consecuencias que esta personalización puede tener en la participación en las ganancias de la actividad emprendida. En fin, el criterio capitalista que parece haberse seguido manifiesta hoy dificultades.

La inclusión en la lista está adquiriendo importancia fundamental. Es equivalente, compartida, con la incorporada como anexo a la Directiva de fusiones ⁷ con la misma finalidad de delimitación subjetiva, y ha constituido la base para el acuerdo del Consejo ECOFIN de noviembre de 2000 para la adopción de la propuesta de Directiva sobre régimen fiscal de pagos de intereses y cánones entre empresas asociadas ⁸.

⁴ Artículo 2(1)(a) de la Directiva 90/435/CEE.

⁵ En estos términos se explica en *Commentary on EC tax measures*, editados por el IBFD, página 22.

⁶ Se refiere aquí el trabajo de C. BROKELIND, obra más reciente de estudio comprensivo de esta Directiva, y que aborda este tema particular en *Une interpretation de la directive sociétés mères et filiales du 23 juillet 1990*, Editions Bruylant, Bruselas 2000. En la página 110 comenta una resolución del Consejo de Estado francés de 13 de octubre de 1999 en la que se reconoce la exención de retención en la fuente sobre rentas en concepto de cánones prevista en un convenio de doble imposición bilateral a favor de una sociedad de personas de derecho extranjero. Tiene importancia el reconocimiento de personalidad a efectos tributarios de una entidad con régimen fiscal de transparencia. La Ley del Impuesto sobre Sociedades en España, en este mismo orden de razonamiento, trata las sociedades personalistas como las colectivas y comanditarias simples como sujetos pasivos en términos de igualdad con el resto de sociedades de naturaleza capitalista.

⁷ Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.

⁸ Ver nota oficial de prensa relativa a dicha reunión del Consejo ECOFIN que se puede encontrar en la siguiente página de internet: <http://ue.eu.int/newsroom/NewMain.asp?LANG=1>.

No cabe duda del carácter exhaustivo de la enumeración: no es posible una interpretación analógica o extensiva que permita considerar incluidas nuevas formas jurídicas que las leyes mercantiles puedan incorporar ni la Sociedad Europea cuyo estatuto acaba de ser adoptado y publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) ⁹. Éste es uno de los aspectos que más preocupan desde la perspectiva de la construcción del mercado interior y al que se refieren tanto el informe Ridding ¹⁰ como el reciente estudio sobre tributación de la empresa publicado por la Comisión Europea ¹¹.

A raíz del primer documento, la Comisión presentó una propuesta de directiva para enmendar la Directiva 90/435/CEE de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, COM(93) 293 final, propuesta que resulta respaldada en las conclusiones del nuevo informe ¹². Esta última propuesta avala la tesis de extender el campo de invocación de norma a todas las entidades sujetas al impuesto sobre sociedades. Se trataría de un nuevo parámetro delimitador de la armonización basado en un criterio más objetivo que la mera referencia a entidades en función de condiciones subjetivas. Se resolverían problemas de neutralidad y se obviarían futuras negociaciones tanto en el proceso de ampliación de la Unión Europea a nuevos Estados miembros como en caso de creación de nuevas formas sociales.

De todas formas, son claros los problemas que pueden surgir para incorporar entidades sujetas a normas especiales o cuyo régimen fiscal difiera entre Estados miembros: sociedades colectivas sujetas al impuesto como sujeto pasivo que tengan la consideración de entidades transparentes en otro Estado miembro, quien pretende la tributación de sus partícipes en régimen de atribución o transparencia fiscal. En todo caso, para que así fuera posible sería necesaria una interpretación de la Directiva que no excluyera la tributación en régimen de transparencia fiscal o de atribución de rentas y la adopción de disposiciones específicas que contemplaran la eliminación de la doble imposición en estos casos.

3. PARTICIPACIONES INDIRECTAS

La Directiva, se ha dicho ya, es aplicable a distribuciones de beneficios de filiales a sus matrices. Tal relación social resulta de la participación en calidad de socio en un determinado porcentaje en el capital o derechos de voto. Tradicionalmente se ha entendido que se determina la existencia de una relación de sociedad matriz sociedad filial sólo cuando tal participación, fijada en el 25%, es

⁹ DOCE, serie L, n.º 294, de 10 de noviembre de 2001.

¹⁰ *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation*, Comisión de las Comunidades Europeas, marzo de 1992, página 203.

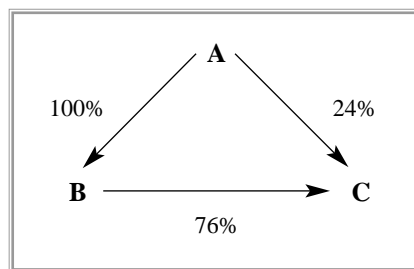
¹¹ Documento citado, páginas 303.

¹² La propuesta publicada en el DOCE, serie C n.º 225 de 20 de agosto de 1993. En cuanto al informe, es el documento ya citado, páginas 21 y 22.

directa, sin que en dicho cómputo puedan tenerse en cuenta las participaciones indirectas. El estudio sobre tributación de sociedades publicado por la Comisión Europea describe la Directiva en estos términos y así aparece en referencias doctrinales ¹³.

La situación resultante no es adecuada y no permite lograr los fines de armonización perseguidos. Existen algunas legislaciones nacionales que permiten tener en cuenta las participaciones indirectas, de tal forma que el disfrute de las ventajas fiscales que puedan derivarse de la invocación de la normativa europea dependerán de nuevo de factores como el Estado del que procede el pago o aquel donde se ubica el perceptor. El cómputo de participaciones indirectas depende asimismo de la condición de residente o no residente fiscal de quien satisface o percibe el dividendo ¹⁴. Pero es que, en sí misma considerada, no parece una solución lógica.

Veámoslo con un *ejemplo*. *A*, *B* y *C* son sociedades residentes fiscales en tres Estados miembros diferentes. *A* tiene el 100% de *B*, quien a su vez tiene el 76% de *C*. Por su parte, *A* dispone adicionalmente un 24% de la sociedad *C*. *C* satisface dividendos a sus socios. *B*, por su parte, procede a distribuir los dividendos percibidos a su socio *A*.



Los pagos de dividendos realizados de *C* a *B* y de *B* a *A* se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. Sin embargo, el pago de dividendos de la sociedad *C* a la sociedad *A* no lo está, a pesar de que la participación real de *A* en *C* es del 100% y de que los dividendos que *A* percibe desde *C* a través de su otra filial, *B*, sí que disfrutan de los beneficios ofrecidos por la legislación comunitaria.

Una situación igualmente absurda se produciría en el caso de que la sociedad *B* no pudiera aplicar la Directiva por no haber adoptado una de las formas legales específicamente previstas: en tal caso, la Directiva no sería de aplicación a ningún pago de dividendos. La falta de armonización en este punto conduce a que diferentes grupos de sociedades estarán sujetos a tributación diferente en función bien de su estructura mercantil, bien en función de las residencias fiscales de su matriz y de las diversas entidades filiales.

¹³ Documento citado, página 304. En cuanto a la posición de la doctrina, BROKELIND manifiesta que ésta es unánime en este aspecto en su trabajo *Une interprétation*, *op. cit.*, pág. 143. También FARMER y LYAL mencionan la condición necesaria de la participación directa, ver su obra *EC... op. cit.* pág. 267.

¹⁴ Como claro ejemplo es la legislación española, en particular los artículos relativos a doble imposición internacional de dividendos, Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, artículos 20 bis y 30 y la Ley 41/1998, del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes, artículo 13.1 letra g).

El cómputo de la participación indirecta contribuiría a mitigar un resultado absurdo y caprichoso. La realidad es que el texto literal no hace distinciones al determinar las condiciones de participación de entidades matrices en sus filiales.

Debemos indicar que, aunque la propuesta de Directiva de intereses y cánones¹⁵ mencionaba de forma expresa que la relación matriz filial resultaba de computar participaciones directas e indirectas y el hecho de que el acuerdo preliminar alcanzado en el Consejo ECOFIN se refiere a participaciones directas¹⁶, resulta complejo defender, en el caso de que se adopte esta última solución, que la falta de especificación en la Directiva sobre dividendos pueda interpretarse en el sentido de que esta norma cubra las participaciones indirectas. El texto de la propuesta de intereses y cánones responde claramente a las circunstancias particulares de su propia negociación.

Por otro lado, la extensión del ámbito subjetivo a través del cómputo de participaciones indirectas tiene consecuencias que no se pueden obviar. Los Estados miembros pueden oponer problemas derivados de las posibilidades reales de gestión de tal normativa: cómo controlar participaciones ostentadas, incluso en el pasado, a través de sociedades bajo la jurisdicción de otros Estados. Esta argumentación pierde intensidad si se observa que las leyes fiscales nacionales ya contemplan estas participaciones y permiten su cómputo, de tal manera que es posible pensar que son capaces de resolver estas dificultades. Además, esta argumentación basada en el interés legítimo de disponer normas anti-abuso no soporta la posición de la jurisprudencia comunitaria que invoca ante tal pretensión la existencia de normas de cooperación internacional, amén de la necesidad de ajustarse al principio de proporcionalidad, léase la adopción de medidas ajustadas de manera exclusiva a conductas verdaderamente evasivas¹⁷.

Los márgenes del concepto de participación pudieran resolverse acudiendo a la legislación mercantil, siempre que se estudie en un contexto común para que las reflexiones resulten extensibles a todos los Estados integrados en la UE. Encontramos así legislación comunitaria en materia contable que impone a los Estados miembros la obligación de exigir a los grupos de sociedades que reúnan información en relación con entidades sobre las que tienen cierta capacidad de influencia que permitiría o facilitaría la identificación y el cálculo de tales participaciones¹⁸. Ahora bien, se debe tener presente que esta legislación no concreta de forma expresa los términos para identificar la exis-

¹⁵ Propuesta de directiva del Consejo relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, COM (1998) 67, artículo 3.2, publicada en el DOCE n.º C 123 de 22 de abril de 1998.

¹⁶ Conclusiones del Consejo ECOFIN, ya citadas.

¹⁷ Entre otras, sentencias de 12 de abril de 1994, caso C-1/93, *Halliburton*, ECR 1994, página I-1137, párrafo 22; de 14 de febrero de 1995, caso C-279/93, *Schumacker*, ECR 1995, página I-225, párrafos 42 y 45; de 28 de octubre de 1999, caso C-55/98, *Bent Vestergaard*, ECR 1999, página I-7643, párrafos 25 a 28.

¹⁸ Ver el artículo 43 de la Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, DOCE n.º L 222 de 14 de agosto de 1978 y el artículo 1 de la Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado, relativa a las cuentas consolidadas DOCE n.º L 193 de 18 de julio de 1983.

tencia de participaciones indirectas sin que, al mismo tiempo, pueda producirse una identificación mimética entre la posible referencia de la Directiva matriz-filial y el contexto utilizado por las normas sobre cuentas anuales y consolidadas, cuya última finalidad les es propia. En todo caso, se trata de herramientas legales que permitirían o facilitarían la aplicación de la norma fiscal en este aspecto concreto.

Las participaciones indirectas a través de otras sociedades o entidades ubicadas en territorios terceros fuera del marco de la UE no parecen encajar en las previsiones comunitarias: las normas relativas a la cooperación administrativa, el recurso ofrecido por las leyes mercantiles europeas y la falta de reciprocidad entre dichos Estados y los obligados por la Directiva invitan a pensar en la exclusión de los efectos queridos por la directiva en estos supuestos.

El principio de no discriminación y la necesidad de no entorpecer las relaciones económicas comunitarias pueden ofrecer parámetros cuyas consecuencias no se pueden evitar: la pregunta es cómo puede una legislación nacional que dispone la eliminación de doble imposición en relación con dividendos recibidos de filiales residentes en su territorio para el caso de participaciones indirectas establecer o exigir condiciones mayores para el caso de dividendos procedentes de filiales europeas, al margen de las condiciones obligatorias que puedan entenderse establecidas en la legislación armonizada. Veamos alguna jurisprudencia relevante:

*«...una disposición legislativa como la controvertida en el asunto principal tiene por efecto disuadir a los nacionales de los Estados miembros ... de invertir sus capitales en sociedades domiciliadas en otro Estado miembro... Una disposición de este tipo produce igualmente efectos restrictivos sobre las sociedades establecidas en otros Estados miembros, pues obstaculiza la obtención de capitales en los Países Bajos por parte de dichas sociedades, en la medida en que los dividendos que éstas reparten a los residentes neerlandeses reciben un trato fiscal menos favorable que los dividendos distribuidos por sociedades establecidas en los Países Bajos, de modo que sus acciones o participaciones sociales resultan menos atractivas para los inversores residentes en los Países Bajos que las de sociedades domiciliadas en dicho Estado miembro... Dadas estas circunstancias, procede hacer constar que el hecho de supeditar la concesión de un beneficio fiscal en el Impuesto sobre la Renta de los accionistas que sean personas físicas como es la exención de dividendos al requisito de que los dividendos procedan de sociedades establecidas en el territorio nacional constituye una restricción a los movimientos de capitales, prohibida por el artículo 1 de la Directiva 88/361.»*¹⁹

¹⁹ Sentencia del TJE de 6 de junio de 2000., caso C-35/98, *Staatssecretaris van Financiën contra B.G.M. Verkooijen*, ECR 2000, p. I-4073, párrafos 34 a 36.

O también:

«Al denegar la ventaja fiscal que constituye la exención de empresas a los nacionales de los Estados miembros que residan en los Países Bajos y que, haciendo uso de su derecho de libre establecimiento, gestionan una sociedad con domicilio social en un Estado miembro distinto de los Países Bajos, cuando concede esta ventaja a los nacionales de los Estados miembros que residen en los Países Bajos y que son titulares de una participación sustancial en una sociedad con domicilio social en el territorio de este Estado miembro, la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal consagra una diferencia de trato entre sujetos pasivos basada en el criterio del domicilio social de las sociedades de las que son accionistas dichos sujetos pasivos... Esta diferencia de trato entre sujetos pasivos es, en principio, contraria al artículo 52 del Tratado.»²⁰

No se puede dejar pasar la cuestión de las repercusiones de esta jurisprudencia en una situación inversa: cuando se trata de inversores no residentes que reciben dividendos de sociedades residentes. ¿Se restringen derechos comunitarios cuando socios no residentes sufren una retención en la fuente añadida y no prevista para los socios residentes en una situación equivalente? Volveremos a esta cuestión más adelante.

Toda esta discusión alcanza una nueva perspectiva cuando se considera la participación en función de los derechos de voto en lugar de por referencia al capital. VANINSTENDAEL²¹ así lo explica, también mencionando la versión inglesa de la Directiva donde en lugar del término anglosajón correspondiente a plena propiedad se utiliza el correspondiente a detención. Como consecuencia, bastaría detentar derechos de voto por el porcentaje correspondiente cualquiera que fuera el nivel, directo o indirecto, de la participación.

Finalmente, no quisiera dejar de mencionar los efectos respecto de la armonización fiscal existente en materia de grupos empresariales. Existen problemas ligados a la restricción al cómputo de participaciones directas cuando se planean operaciones de reorganización de grupos de empresas. Si sólo se computan participaciones elevadas y directas para disfrutar del régimen previsto en la Directiva de matrices y filiales, es posible que una sociedad decida no proceder a realizar una aportación internacional de ramas de actividad a otra entidad si las acciones recibidas a cambio no alcanzan el 25% del capital de la sociedad adquirente: la Directiva no cubriría los dividendos que pudiera recibir de esta sociedad, incluso en el caso en que otras sociedades del mismo grupo ostentaran el resto de participaciones.

²⁰ Sentencia del TCE de 13 de abril de 2000, caso C-251/98, *C. Baars contra Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*, ECR 2000 página I-2787, p 30 y 31.

²¹ VANINSTENDAEL, Frans, «The implementation of the Parent/Subsidiary Directive in the EC-Comments on some unresolved questions», TNI 21 de septiembre 1992, pág. 599.

4. CASOS TRIANGULARES

El estudio de la Comisión se refiere a los supuestos en que la participación en una sociedad no residente europea se encuentra afectada a una sucursal de la sociedad matriz ubicada en un Estado miembro diferente al de su residencia fiscal. De acuerdo con lo que allí se mantiene, la Directiva no cubre los casos de acciones detentadas a través de establecimientos permanentes²². Este mismo trabajo llama la atención acerca de la diferente solución adoptada en la propuesta de Directiva de intereses y cánones, lo que explica la frecuencia en que estos establecimientos perciben o satisfacen intereses y cánones. Aunque puede resultar extraño que un establecimiento permanente mantenga una participación accionarial en los términos previstos por la Directiva, puede suceder: existen sentencias europeas que resuelven este tipo de situaciones, a las que luego aludiremos.

Los efectos derivados de considerar a los establecimientos permanentes como empresas amparadas por la Directiva comunitaria tendrían diverso alcance. En primer lugar, como perceptor de dividendos, la exclusión de la retención en el Estado de la fuente y el disfrute del método escogido por la ley del Estado de su ubicación para eliminar la doble imposición económica, ya fuera la exención o la imputación. Finalmente, habría que determinar las obligaciones que asumiría el Estado de residencia de la sociedad matriz.

En realidad, resulta complejo extender de manera automática la Directiva en todos sus términos a estos supuestos. Su artículo 5 contempla la exención de retención en origen; pero cuando el establecimiento permanente se encuentre ubicado en el mismo Estado que la entidad filial que distribuya los dividendos, normalmente no se aplicará tal retención. Por el contrario, se tratará de un sujeto pasivo gravado por las rentas que le resulten imputables, incluidos los dividendos. Ésta es la solución prevista en el Convenio Modelo de la OCDE²³, cuyo artículo 10.4 excluye la aplicación de su régimen previsto para los dividendos y se remite a lo dispuesto en relación con la imposición de los establecimientos permanentes o las bases fijas de actividad. Además se plantea la tributación de tal renta en manos de estos sujetos pasivos y la posible doble imposición que esto pueda generar, cuya eliminación sólo está prevista en la Directiva –art. 4– como obligación del Estado de residencia pero no del Estado donde se localiza tal sucursal. Parece que, en todo caso, el principio de no discriminación y el derecho a establecimiento debe permitirnos concluir que estos contribuyentes deben disponer de los mecanismos previstos para eliminar la doble imposición interna en relación con las sociedades residentes.

Así, diversas resoluciones judiciales han ido perfilando las consecuencias derivadas del Derecho de establecimiento en relación con la imposición de los establecimientos permanentes²⁴. Se puede concluir que deben recibir en el país donde están localizados un trato similar al previsto para las

²² Documento citado, página 303.

²³ OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, página 28 y comentarios al artículo 10, páginas 118 y 119.

²⁴ STELLA RAVENTÓS en su trabajo «Recent income tax cases before de European Court of Justice: impact on future tax policy in Europe» en la revista ET, octubre de 1998, p. 336 y siguientes, presenta una relación de cuestiones derivadas de las consecuencias del principio de no discriminación en materia fiscal. En todo caso, son relevantes: la sentencia de 13 de julio de 1993, caso C-330/91, *Commerzbank*, ECR 1993, p. I-4017; sentencia de 12 de abril de 1994, caso C-1/93,

sociedades establecidas en ese mismo territorio cuando, respecto de la norma controvertida, se encuentren en una situación comparable. La experiencia en estos casos muestra como las resoluciones judiciales han encontrado que las normas nacionales son contrarias a los Tratados por ser discriminatorias o restrictivas de las libertades comunitarias fundamentales y no se han aceptado las alegaciones presentadas por los Estados miembros dirigidas a justificar que los establecimientos permanentes no pueden aplicar los instrumentos previstos para eliminar la doble imposición.

En particular mencionaremos dos sentencias que pueden ser ilustrativas en relación con la Directiva matriz-filial por referirse a la aplicación de métodos para eliminar la doble imposición. En el caso *avoir fiscal* el TJE vio con claridad que un establecimiento permanente sujeto a imposición sobre la renta en términos similares a los previstos para las sociedades residentes fiscales debía poder disfrutar de los mecanismos previstos para eliminar la doble imposición interna²⁵. El razonamiento de la jurisdicción arranca de la posible existencia de diferencias de trato por el Derecho tributario basadas en el lugar del domicilio o sede social de una sociedad o el de residencia de una persona física que pueden, en ciertas circunstancias, estar justificadas. Ahora bien, debía tenerse en cuenta en dicho caso que la ley controvertida no distinguía, a la hora de determinar la renta sujeta a tributación por el impuesto, entre sociedades localizadas en dicho Estado miembro y establecimientos permanentes y agencias ubicadas allí de sociedades domiciliadas en otros Estados miembros: ambos estaban sujetos básicamente a tributación sobre los beneficios realizados por actividades desarrolladas en su territorio. En la medida en que tales normas sitúan a las sociedades residentes y a las sucursales y agencias en dicho Estado de sociedades extranjeras bajo un mismo régimen fiscal, dichas reglas no pueden, sin dar lugar a discriminación, darles un trato diferente en cuanto al disfrute de una ventaja fiscal como la consistente en créditos fiscales para accionistas para eliminar la doble imposición sobre dividendos de fuente interna.

Existen interpretaciones de esta doctrina más restrictivas en relación con las posibles consecuencias a extraer. Se mantiene que la comparación efectuada por el TJE se fundamenta en el principio de territorialidad propio del sistema de imposición directa francés de tal manera que el principio de imposición sobre la renta de fuente francesa era extensible a residentes y no residentes en este caso²⁶. Problemas mayores presenta la postura defendida por PETERS, quien considera que la nueva redacción a la libertad de capitales introducida en el artículo 73d (1) por el Tratado de Maastricht permite dar un régimen fiscal diferente a residentes y no residentes siempre que no constituya una discriminación arbitraria, de tal manera que, en su opinión, las conclusiones del TJE en este caso sólo resultarían válidas en caso de detectarse tal arbitrariedad²⁷.

Halliburton, ECR 1994, p; I-1137; y sentencia de 29 de abril de 1999, caso C-311/97, *Royal Bank of Scotland*, ECR 1999, p. I-2651. BROKELIND recoge una consulta al Comité Fiscal Central de Suecia en su obra *Une interprétation...*, op. cit., pág. 194 y 195 cuya resolución sigue estas conclusiones en relación con el principio de no discriminación; las autoridades suecas apelaron la resolución pero han desistido del procedimiento cuando todavía se encontraba pendiente la resolución de cuestiones prejudiciales suscitadas ante el TJE.

²⁵ Ver sentencia de 28 de enero de 1986, dictada en el caso C-270/83, *Commission vs. France- avoir fiscal*, ECR 1986, p. 273. Leer en particular los párrafos 19 y 20 y el fallo.

²⁶ P. PISTONE, *The Impact of Community Law on Tax Treaties: Issues and Solutions*, EUCOTAX Series on European Taxation, ed. Kluwer Law International Limited, página 105.

²⁷ Martine PETERS, «Capital movements and taxation in the EC», ec Tax Review 1998-1, página 6.

En relación con esta aproximación a la cuestión, quisiera referirme a un trabajo anterior²⁸, en el que mantenía que, en relación con la tributación empresarial y como sucede en el caso *Royal Bank of Scotland*, la determinación de la existencia de discriminación o restricción a los derechos comunitarios se rige por parámetros diferentes. La motivación del fallo arranca aquí, de acuerdo con el párrafo 30, con las siguientes reflexiones:

«Por consiguiente, una normativa nacional como la legislación fiscal helénica que, por una parte, para la tributación sobre la renta, no establece, entre las sociedades que tengan su domicilio en Grecia y aquellas que, aun teniendo su domicilio en otro Estado miembro, posean un establecimiento permanente en Grecia, una distinción que permita justificar, en el marco de la misma tributación, una diferencia de trato entre los dos grupos de sociedades y que, por otra parte, establece una diferencia de trato en lo relativo al tipo impositivo sobre la renta, crea una discriminación en detrimento de las sociedades cuyo domicilio se encuentre en otro Estado miembro, en la medida en que fija para estas últimas, con independencia de su forma jurídica y de la naturaleza de las acciones que emiten, un tipo impositivo del 40%, mientras que el tipo del 35% se aplica exclusivamente a las sociedades cuyo domicilio se halle en Grecia.»

Se quisiera destacar que se encuentran diferencias en las ponderaciones del TJE ligadas a las características de la imposición sobre la renta empresarial: en la medida en que se apliquen tipos proporcionales y no se apliquen deducciones de naturaleza subjetiva no surge la urgencia de comparar la situación global del contribuyente y tampoco es trascendente la extensión –limitado o ilimitado– del poder tributario del Estado de la fuente, sino que basta tener en cuenta, según considera, la forma de determinación de la base imponible. Así, en su párrafo 29:

«Es cierto que las sociedades que tienen su domicilio en Grecia son gravadas en este país sobre la base de su renta mundial (obligación fiscal ilimitada), en tanto que las sociedades extranjeras que ejercen una actividad en dicho Estado por mediación de un establecimiento permanente son gravadas sobre la base únicamente de los beneficios que obtenga allí el citado establecimiento permanente (obligación fiscal limitada). Ahora bien, esta circunstancia, resultante de la soberanía fiscal limitada del Estado de origen de la renta en relación con la del Estado de domicilio de la sociedad, no puede impedir que se pueda considerar que los dos grupos de sociedades se hallan en una situación comparable por lo que se refiere a la forma de determinación de la base imponible, siempre que todos los demás datos sean iguales.»

En definitiva, no deja de ser caprichoso, no justificado, establecer un régimen fiscal diferente sobre determinadas rentas cuando la imposición que recae sobre las mismas está objetivada hasta tal punto que no se ve modificada por la presencia de otros factores ligados a la personalidad del

²⁸ J. LÓPEZ, «Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de Luxemburgo y tributación directa», revista *Canarias Fiscal*, n.º 22, octubre 2001, página 24. El caso citado es el C-311/97, resuelto en sentencia de 29 de abril de 1999, ECR 1999, p. I-2651.

contribuyente y relevantes para la determinación de la carga tributaria. Esto es, las diferentes circunstancias presentes en el caso de residentes y de no residentes no tienen incidencia en el cálculo de la deuda a pagar en relación con la renta.

La doctrina del caso *avoir fiscal* es utilizada y extendida en la sentencia del caso *Saint Gobain*. Se reconoce a un establecimiento permanente el derecho al trato nacional en esta materia de la doble imposición, lo que llegó a abarcar en dicho caso la aplicación de instrumentos previstos al efecto en un convenio bilateral de doble imposición. Estos convenios se aplican sólo a residentes fiscales de alguno de los Estados signatarios. Pues bien, el TJE considera aplicable uno de estos tratados entre dos países a un establecimiento permanente de una entidad que no era residente fiscal en ninguno de los territorios de las jurisdicciones parte de la convención ²⁹. Además, no resultó relevante la tributación de la entidad o persona a la que pertenecía en el Estado de residencia; no es un factor que, a la luz de esta doctrina, implique un elemento distintivo que el primer Estado pueda tomar en consideración para ofrecer un régimen fiscal diferente a estos contribuyentes por la imposición sobre la renta. Parecen conclusiones extensibles a la aplicación de las normas armonizadoras por parte del Estado de ubicación a las sucursales establecidas en su territorio y en su consideración de sujetos pasivos separados e independientes.

Existen opiniones diversas acerca del alcance de las conclusiones del Tribunal en este mismo asunto en relación con su invocación en caso de dividendos percibidos por establecimientos permanentes desde sociedades filiales situadas en un tercer Estado miembro. KOSTENSEN mantiene que el derecho de establecimiento, en función de la interpretación jurisprudencial, genera obligaciones sólo en dos de los tres Estados involucrados en estas situaciones triangulares: el Estado de ubicación del establecimiento permanente y el de residencia de su casa central, pero no aquel en que se origina la renta atribuible a la sucursal ³⁰, el Estado fuente que practica la retención. Al extender estas conclusiones a nuestro caso, esto querría decir que el Estado de la sucursal y el de residencia de la matriz deben aplicar exención o imputación por los dividendos percibidos, en tanto que el Estado fuente no está obligado a dejar de exigir retención en la fuente. En su opinión, es evidente que el artículo 43 del Tratado relativo al derecho de establecimiento prohíbe a los Estados miembros introducir restricciones al mismo en sus territorios a nacionales de otros Estados miembros. En realidad, dicho precepto establece la obligación general de no introducir restricciones cuando los nacionales de un Estado miembro se establecen en el territorio de otro Estado miembro, pero no parece que el artículo ligue dicha obligación al Estado de acogida. La propia jurisprudencia ha extendido ya esta limitación al Estado de quien ejerce la libertad ³¹. La pregunta es si tendría sentido perder el esfuerzo realizado ya por dos Estados e impedir o limitar la realización del derecho del Tratado por la acción de un tercero. No lo creemos.

²⁹ Ver sentencia de 21 de septiembre de 1999, caso C-307/99 *Compagnie de Saint-Gobain v. Finanzamt Aachen-Innenstadt*, ECR 1999, p. I-6163.

³⁰ H.E. KOSTENSEN, «The *Saint-Gobain* case and the application of tax treaties. Evolution or revolution?», ec Tax Review, 2000-4.

³¹ En este sentido, ver sentencias de 27 de junio de 1996, caso C-107/94, *Asscher*, ECR 1996, p. I-3089, y de 16 de julio de 1998, caso C-264/96, *ICI*, ECR 1998, p. I-4711.

El siguiente paso obliga a considerar el posible gravamen complementario sobre la repatriación de las rentas generadas por el establecimiento permanente, tanto si trata exclusivamente de los dividendos percibidos como si abarca a rentas de otra naturaleza. En principio, esta forma de gravamen persigue asimilar su situación a la de las sociedades residentes que pagan dividendos a matrices no residentes que deben soportar retención en la fuente. La Directiva no recoge un concepto de dividendo y su artículo 5 habla genéricamente de beneficios distribuidos, lo que puede provocar la cuestión acerca de la extensión de su ámbito objetivo a esta transferencia financiera y la consiguiente exclusión de cualquier forma de gravamen sobre los mismos como pudiera ser el caso del impuesto complementario o *branch tax*. Existiría el problema de calificar una transferencia producida en el seno de una misma entidad como distribución de beneficios, salvo que se forzara la asimilación de la personificación fiscal con la personalidad jurídica. De todas formas, la jurisprudencia comunitaria relativa al Derecho de establecimiento nos conduce a pensar que no sería acorde con el derecho a elegir la forma a través de la cual se canalizan inversiones en los Estados miembros, ya se trate de una filial con personalidad jurídica o una sucursal, someter a imposición complementaria a las rentas transferidas desde sucursales a sus casas centrales cuando esa misma actividad fuera desarrollada a través de una filial cuyas distribuciones de beneficios no soportan retención en la fuente³². El principio de neutralidad así también lo pide.

En cuanto a las obligaciones que corresponda exigir al Estado de residencia de la sociedad titular del establecimiento permanente, debe indicarse en principio que la solución aplicada respecto del Estado fuente pudiera no ser un condicionante, si se sigue la corriente doctrinal que aboga por la tesis según la cual la definición de dividendo no tiene por qué tener el mismo alcance cuando el texto armonizado se refiere al Estado fuente y cuando lo hace al Estado donde se percibe la renta³³; debe recordarse que el artículo 4 habla de sociedades matrices que reciben en calidad de socios beneficios distribuidos mientras que el artículo 5 no alude a tal condición social.

En realidad, la posterior transferencia de fondos no suscita tributación normalmente en la jurisdicción de la entidad matriz. Este Estado reputará percibido el dividendo cuando se ingrese en las cuentas de la sucursal, cuya existencia, entendemos, no obstaculiza las obligaciones derivadas del artículo 4 de la Directiva sobre matrices y filiales. Por tanto, dicho Estado considerará el beneficio percibido exento o concederá la correspondiente deducción por impuestos satisfechos en el extranjero. Evidentemente, esta afirmación parte de considerar que la norma se aplica al concurrir los requisitos previstos en relación con la entidad matriz y su filial.

Ligada a estas reflexiones, resulta inevitable abordar la posible aplicación de normas comunitarias a establecimientos permanentes situados fuera del territorio europeo. Existe ya doctrina que niega esta posibilidad a la luz de lo dispuesto en el artículo 299 del Tratado de la UE en relación con

³² A la misma conclusión llega P. PISTONE en *The Impact*. op. cit., página 149, donde insiste en que la aplicación de la Directiva a la luz de la resolución del caso *Saint-Gobain* conduce a que los dividendos percibidos por un establecimiento permanente deben estar exentos no sólo en el Estado de la filial sino también respecto de retenciones en la fuente en el Estado donde se ubica aquél.

³³ Ver en este sentido las opiniones de VANISTENDAEL en su trabajo «The implementation...» op. cit. de FARMER y LYAL en su obra *EC...*, op. cit., p. 272 y siguientes y de Marjaana HELMIEN, en su trabajo «Dividend equivalent benefits and the concept of profit distribution of the EC Parent-Subsidiary Directive» ec Tax Review 2000-3.

su extensión territorial ³⁴. Por otra parte, no deja de ser contundente el argumento de que la Directiva no se centra en la ubicación o destino de los pagos efectuados sino en que las sociedades matrices y filiales cumplen con una serie de condiciones.

Estos pagos de dividendos involucran a un tercer Estado aquel donde está situada la base de actividad, que no está obligado por las disposiciones de la Directiva de tal manera que no tendrá que conceder al sujeto pasivo la aplicación de métodos para eliminar la doble imposición y podrá asimismo gravar las rentas que aquél transfiera a su casa central. En tales casos, las obligaciones de la Directiva implicarían renunciadas de recursos fiscales de los Estados miembros en favor de terceros países sin que, al mismo tiempo, se satisfagan sus fines últimos de facilitar las actividades de los grupos de sociedades situados dentro del mercado interior. Por otra parte, el derecho de establecimiento queda referido de manera expresa a la localización en el territorio de otro Estado miembro.

Veamos un *ejemplo* de pago de dividendos a establecimientos permanentes situados en terceros Estados y en el que se aplica la Directiva, de tal manera que el Estado fuente no practica retención y el Estado de residencia de la matriz concede métodos para eliminar la doble imposición a través de imputación.

EM 1	Beneficio	1.000
	Impuesto 40%	400
Tercer Estado (establecimiento permanente)	Base imponible	600
	Impuesto 40%	240
	Deducción doble imp.	0
EM 2	Base imponible	1.000
	Impuesto 40%	400
	Deducción doble imp.	400
	Impuesto	0

En fin, conceder los beneficios fiscales previstos en estos casos no satisface principios ni objetivos comunitarios puesto que no se evita la doble imposición y se trasladan ingresos fiscales a jurisdicciones terceras. Sólo cuando no se produzca este último efecto sería posible considerar la exención de la retención en la fuente y del gravamen en residencia, o alternativamente la imputación, con el objeto de facilitar las actividades de grupos finalmente europeos, si se atienden a las circunstancias reunidas por las entidades pagadora o perceptora en relación con las prescripciones de la Directiva. Resulta relevante cierta jurisprudencia del TJE que considera que se encuentra dentro de la jurisdicción comunitaria una operación cuyos efectos afectan a las condiciones de mercado en la Comunidad ³⁵, de tal

³⁴ G. SASS así lo expone en su trabajo «The Nex EC Tax Directives on Mergers and Parent-Subsidiaries Directives», Tax Planing International Review, de 5 de mayo de 1991.

³⁵ Ver sentencia de 21 de febrero de 1973, caso C-6/72, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc v. Comisión de las Comunidades Europeas*, ECR 1973, p. 215.

manera que si el tercer Estado dispone de la aplicación de mecanismos para eliminar la doble imposición en favor del establecimiento permanente o así resulta de sus acuerdos fiscales internacionales, los Estados de residencia de las entidades matriz y filial deberán aplicar la Directiva puesto que de no hacerlo serán éstos quienes impidan su realización y, potencialmente, distorsionarán la realización del mercado único sin que encuentren justificación para ello. En el ámbito fiscal, puede ser relevante la doctrina del caso *Halliburton* donde, según PISTONE, el TJE resuelve y falla como contrario a las libertades comunitarias un contexto jurídico en principio interno, un impuesto exigido a un contribuyente nacional, en la medida en que suponía una barrera que afectaba a las condiciones de una operación con otro nacional comunitario de otro Estado miembro. Debe destacarse que en esta misma sentencia se compara a residentes y no residentes aunque no estaban en la misma situación; ahora bien, las medidas implicaban una diferenciación que no estaba fundamentada en bases sustanciales. El resultado viene a ser la capacidad para declarar contra la legalidad comunitaria una exacción tributaria nacional sobre un mismo nacional como consecuencia de sus efectos para la realización de los principios comunitarios ³⁶.

La extensión de toda esta doctrina a nuestro análisis debe salvar un obstáculo: no hablamos aquí de los derechos del Tratado sino del régimen derivado de una Directiva. Ahora bien, no parece que debiera ser tan relevante si pensamos que la labor del derecho comunitario secundario, al menos en este campo, tiene por objeto servir a los mismos fines para los que se articulan los derechos y libertades fundamentales, la realización del mercado interior. En cualquier caso, se echa en falta una posición más clara de la legislación en este punto.

5. DEDUCCIÓN DE LOS IMPUESTOS SATISFECHOS POR SUBFILIALES

En este epígrafe queremos referirnos a los casos en que las empresas organizan su gestión y actividades a través de cadenas de entidades. La eliminación de la doble imposición de dividendos a través del método de imputación o crédito de impuesto plantea el alcance de las deducciones de la cuota a todos los impuestos que hayan gravado la renta distribuida desde el momento en que fue generada. Se debe pensar que los sucesivos pagos de dividendos en cadenas de sociedades implican que un mismo beneficio sea distribuido y gravado en las diversas entidades.

La Directiva sólo contempla el impuesto satisfecho por la entidad filial participada en relación con la renta distribuida. Esta solución es parcial y no permite eliminar la doble imposición. Veamos un *ejemplo*: *A* obtiene beneficios de 2.000. Tributa al 40% y distribuye la renta disponible a su único accionista, *B*. Esta entidad tiene como única renta los dividendos percibidos, que quedan sujetos a un tipo del 30%. Esta última sociedad distribuye la renta disponible a su único socio, *C*, que tributa al 40%.

³⁶ P. PISTONE, *The Impact...* op. cit., página 115; caso C-1/93, caso *Halliburton*, resuelto por sentencia de 12 de abril de 1994, ECR, 1994, p. I-1137.

Liquidación de A:

Beneficios	2.000
Base imponible	2.000
Cuota	800

Liquidación de B:

Beneficios.....	1.200
Base imponible	2.000
Cuota	600
Deducción (2000 × 30%)	600
Deuda	0

Liquidación de C:

Beneficios	1.200
Base imponible.....	1.200
Cuota	480
Deducción	0
Deuda	480

Para unos beneficios reales de 2.000 se produce una imposición global de 1.280, a un tipo medio de gravamen del 64%, mayor que el tipo de gravamen superior de cualquiera de los Estados implicados. Además, la renuncia al gravamen del Estado de *B* se traduce en imposición a favor del Estado de *C*: no se han satisfecho impuestos en el Estado de *B* y *C* sólo tiene deducciones para eliminar la doble imposición en relación con los impuestos satisfechos por *B*, inexistentes.

El estudio pone de manifiesto esta realidad que ya se había tenido en cuenta en la propuesta de modificación de la Directiva de 1993 ³⁷. Por otra parte, la valoración de esta medida debe tener en cuenta que muchos Estados han optado por el método de exención para eliminar la doble imposición, donde este problema se obvia. Por otra parte, los métodos de imputación suelen disponer ya de deducciones por impuestos subyacentes satisfechos por subfiliales de segundo y tercer nivel ³⁸.

³⁷ Documento citado, página 304. Propuesta citada.

³⁸ Ver artículo 30 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

6. DEDUCCIÓN DE LOS GASTOS DE GESTIÓN DE LA CARTERA

Parece lógico que si una renta no tributa no resulten deducibles los gastos incurridos para su obtención. El artículo 4 de la Directiva recoge en su primer apartado las normas que obligan a dejar exentos los dividendos procedentes de sociedades filiales europeas o a conceder a la sociedad matriz el derecho a deducir de su propio impuesto el satisfecho por la entidad participada en el Estado fuente, por la parte correspondiente a los beneficios distribuidos y con el límite del impuesto del Estado de residencia de la accionista. El apartado siguiente de este mismo artículo consagra el principio aquí comentado en relación con los gastos de gestión referidos a la participación.

La normativa europea atiende a las dificultades existentes para identificar y delimitar tales gastos y ofrece como solución que las legislaciones nacionales los determinen a tanto alzado con el límite del 5% del importe de los dividendos percibidos de la sociedad filial no residente. El efecto primario de este tipo de disposiciones es la reducción automática de la exención de dividendos en el importe calculado de acuerdo con dicho porcentaje, en la medida en que exceda de los costes reales incurridos. También se amortigua el efecto perseguido de eliminar la doble imposición mediante la concesión del derecho a practicar reducciones de la cuota en la aplicación del método de imputación, puesto que el límite consistente en el impuesto nacional se determina sobre una base minorada por los conceptos aquí referidos. Es el caso, por ejemplo, de la legislación holandesa, que condicionaba la deducción de gastos derivados de participaciones a que contribuyan a la obtención de ingresos sujetos a gravamen, lo que implica la no deducibilidad de los ligados a participaciones en entidades no residentes, en la medida en que las rentas que reciben de las mismas no tributan ³⁹.

El problema estriba en determinar si el tanto alzado de gastos no deducibles a que se refiere el segundo inciso del artículo 4.2 incluye o no los gastos financieros. Si así no fuera, parece que los Estados podrían excluir su deducción al margen de dicho límite cuantitativo. Es posible encontrar opciones diversas en la doctrina ⁴⁰. Hay quien considera que el concepto utilizado por la Directiva, gastos, es lo suficientemente amplio para cubrir no sólo los costes de gestión sino también los intereses de un préstamo que financia los valores y otros incurridos con ocasión de la adquisición de la participación ⁴¹; se debe reconocer que las razones para excluir la deducibilidad son las mismas para los dos conceptos. La realidad es que el texto de la Directiva recoge dos afirmaciones: la posibilidad de que los Estados excluyan la deducción de los gastos referidos a la participación y que, en el cálculo de los gastos no deducibles, los de gestión no pueden exceder del 5% de los beneficios distribuidos. Parece que estos últimos constituyen una parte de los conceptos referidos en primer lugar.

³⁹ Van Der LANDE y BELLINGWOUT lo mencionan en su obra *The EEC Merger and Parent-Subsidiary Directives of 23 July 1990 in Practice*, ed. Bruylant, Bruselas 1992, pág. 157.

⁴⁰ VANISTENDAL en «The implementation...» Op. cit., página 609, mantiene que la mención de gastos de gestión no incluye los financieros; opinión contraria mantiene BROKELIND, *Une interprétation...* op. cit., pág. 288.

⁴¹ FARMER y LYAL en su obra *EC...*, ya citada, pág. 269.

En cuanto a la base de deducción del *forfait* y ante la falta de una mención más precisa, los Estados pueden entender que el porcentaje queda referido bien al importe bruto o bien a la cuantía neta de los dividendos, considerando que el primer caso obliga a elevar el importe percibido en atención a los impuestos que se hayan podido soportar⁴². Sin embargo, parece posible pensar que el texto legal habla de beneficios distribuidos por la filial, que son los que resulten después del pago de impuestos y con anterioridad a la tributación que puedan soportar en manos de la matriz, sin mencionar que no debieran producirse retenciones ni en el Estado de la filial –art. 5.1 de la Directiva– ni en el de la matriz –art. 6–.

7. LA RETENCIÓN EN LA FUENTE

Desde la adopción de la Directiva la doctrina ha venido debatiendo en torno al concepto de retención en la fuente, tanto por las posibilidades evidentes de incumplir la obligación de suprimirla por diversas vías como por la difícil lectura que ofrece el artículo 7 del texto europeo cuando adapta el régimen fiscal establecido a determinados sistemas de imputación.

En este debate, VANISTENDAL mantenía que el artículo 5 no precisaba, como el artículo 4, que los beneficios distribuidos por la sociedad filial fueran recibidos por su matriz en su calidad de socio, de tal manera que la retención en la fuente debería abarcar las reclasificaciones como dividendos de cargos de intereses o precios de transferencia. Consideraba también que este concepto amplio no era extensible al referido en el artículo 4: no estaba claro que las reclasificaciones realizadas por el Estado de la entidad filial obligasen al del Estado de la matriz, quien estaría en otro caso obligado a dar exención o créditos de impuesto por rentas que ni siquiera habrían sido recibidos por la matriz. Saltaba también a la vista que el artículo 5 no recogía la exclusión de los beneficios derivados de la liquidación: para la filial se podían tratar como beneficios no distribuidos pero para la matriz, que podría adquirir los valores en cualquier momento de la vida de la primera, se podían considerar como un pago que podía generar plusvalías⁴³.

El concepto de retención no está definido en la Directiva. Pero sí existe una concepción amplia de la misma en cuya virtud sería retención cualquier forma de gravamen impuesta por el Estado de la filial con ocasión de la distribución de beneficios cualquiera que fuera el mecanismo utilizado para su exacción. En esta línea, FARMER y LYAL son de la opinión de que si un Estado recaracteriza rentas como dividendos para evitar abusos, la misma debe surtir efecto en relación con la aplicación de la Directiva⁴⁴. Mantienen de forma coherente que de esta manera se conseguiría el doble efecto de evitar abusos y eliminar la doble imposición. Precisan que si se siguiera un concepto restringido a los gravámenes exigidos mediante deducción en la fuente sería fácil evitar las obligaciones de la Directiva exigiendo el impuesto mediante un sistema de gestión directa. Además consideran que su

⁴² Así lo considera BROKELIND, *Une interprétation...*, op. cit., página 290.

⁴³ VANISTENDAL: «The implementation...» op. cit.

⁴⁴ FARMER y LYAL en su obra *EC...*, op. cit., página 273.

postura explica las previsiones del artículo 7 de la Directiva cuando expresamente excluye a los impuestos satisfechos en el marco del mecanismo de la imputación con ocasión de las distribuciones de beneficios. De la misma manera, aunque aceptando que puede ser discutible, entienden que un tipo impositivo sobre la entidad filial más elevado para los beneficios distribuidos sería contrario al artículo 5.1 de la Directiva ya que el tipo marginal sería en realidad una reducción fiscal en la fuente sin que tuviera la misma utilidad que el impuesto devengado en el sistema de imputación.

La vida de la Directiva empieza a ofrecer algunas ideas. No ha correspondido a los Estados miembros definir qué es dividendo o distribución de beneficios a los efectos de aplicar la Directiva, sino que ha sido el Tribunal quien ha asumido la tarea, como por otra parte le correspondía, al tratarse de conceptos de Derecho comunitario y no de legislación nacional⁴⁵. También se puede advertir que las tesis que defienden un concepto amplio de retención se van consagrando en las sentencias dictadas.

La sentencia dictada en el caso *Epson*⁴⁶ plantea el alcance del término retención en origen utilizado por el artículo 5 de la Directiva. No se ha abordado el debate relativo a la relación entre los conceptos utilizados en los artículos 4 y 5 ni el correspondiente al ámbito de rentas afectadas, sino la identificación de las formas de imposición inaplicables a la luz de estas previsiones.

La cuestión se suscitó ante el Código do Imposto Municipal da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações portugués (Código del Impuesto Municipal sobre Transmisiones y del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones), que preveía el gravamen, en cada reparto de beneficios, de los dividendos pagados por sociedades que tienen su sede en Portugal. El Supremo Tribunal Administrativo suscitó ante al TJE una cuestión prejudicial en la que planteaba si el artículo 5 de la Directiva se refería únicamente a la tributación por el Impuesto sobre Sociedades o si, por el contrario, comprendía cualquier tributación sobre el rendimiento de las acciones que gravase los dividendos, con independencia de la norma legal que la amparase.

La opinión del TJE⁴⁷ fue que se estaba en presencia de un tributo en origen cuyo hecho imponible era el pago de dividendos o de cualquier otro rendimiento de los títulos, que la base imponible de dicho tributo era el importe de dichos rendimientos y que el sujeto pasivo era su titular. Por lo tanto, el ISD tenía el mismo efecto que un impuesto sobre la renta. Para la corte no era tan relevante la denominación concreta del impuesto como que se viera en entredicho el objetivo de la Directiva si los Estados pudieran deliberadamente privar a las sociedades de otros Estados miembros de sus ventajas al someterlas a tributos que producen el mismo efecto que un impuesto sobre la renta. Llama la atención que el fallo considerara como retención en la fuente todo tributo, cualquiera que fuera su naturaleza o denominación, que revistiera la forma de retención en origen sobre los dividendos distribuidos por dichas filiales, conclusión que parece llegar más allá que sus consideraciones, donde se detuvo para referirse a cada uno de los diversos elementos que configuraban el tributo, como el hecho imponible, la base y, sobre todo, el sujeto pasivo.

⁴⁵ El Abogado General Comas así lo menciona de forma expresa en sus conclusiones en el caso C-375/98, *Epson Europe BV*, párrafo 45, ECR 2000 página I-04243.

⁴⁶ Sentencia de 8 de junio de 2000, caso C-375/98, *Epson Europe BV*, ECR 2000, p. I-4245.

⁴⁷ Párrafos 23 a 25 de la sentencia del caso *Epson*, citada.

La jurisprudencia del caso *Athinaiki* ⁴⁸ valora un impuesto satisfecho por la entidad filial que distribuye el dividendo. La legislación nacional en entredicho establecía:

1. Que determinadas rentas estaban sujetas a un régimen de tributación especial o de exención mientras permanecieran en la sociedad filial.
2. Que las entidades debían pagar impuestos sobre el importe de las rentas que disfrutaban del régimen especial o de exención cuando procedieran a distribuirlas a sus socios.

La cuestión prejudicial en este caso pretendía dilucidar si existía retención en origen a los efectos del artículo 5, apartado 1, de la Directiva

El TJE desatendió los argumentos del Gobierno griego que defendían que se trataba de la tributación de la renta de la filial, sin que fuera relevante que el impuesto se pagase en el momento de la distribución de los beneficios a la sociedad matriz, ya que dichos beneficios tributan en nombre de la filial. Fue determinante que el hecho imponible fuera la distribución de beneficios y que el gravamen dependiera directamente de la cuantía de la distribución efectuada ⁴⁹. Finalmente, se consideró que se estaba en presencia de una verdadera retención en la fuente.

La realidad es que el gravamen griego tenía por efecto eliminar, no transferir, ciertas ventajas fiscales por el solo hecho de transmitir las rentas beneficiadas a las entidades matrices, beneficios que se matendrían si las rentas se retuvieran, de tal manera que son estas últimas las perjudicadas con el gravamen del impuesto. Además, en la base imponible de esta carga fiscal la filial no podía compensar los rendimientos negativos de ejercicios anteriores, contrariamente al principio fiscal de compensación de pérdidas vigente, lo que contribuía a la sopescha del verdadero sujeto pasivo gravado.

Hasta aquí nada que objetar. Sin embargo, se entra en una línea de trabajo enormemente delicada que abre diversas cuestiones no tan claras: las conclusiones del Abogado General Alber ⁵⁰ en este caso mencionan que, aunque el sujeto pasivo no era el propietario de las participaciones sino que el gravamen se exigía formalmente a la sociedad que distribuye los beneficios, no es decisivo el hecho de atribuir a la sociedad filial la carga impositiva. Al efecto económico de gravar a la sociedad filial corresponde el gravar a la sociedad matriz.

Este tipo de aproximación a la norma armonizada puede producir efectos posiblemente no queridos al adoptar la Directiva: parece que podrían considerarse contrarios a la misma formas alternativas de construcción de la imposición societaria en las que, con la finalidad de aliviar el coste de capital y el desincentivo a la financiación propia, como el propio estudio sobre imposición de sociedades de la Comisión pone de manifiesto, se retrasa el devengo del impuesto al momento de la distribución de los beneficios retenidos. Se cree que los argumentos de las conclusiones debieran haber-

⁴⁸ Sentencia de 4 de octubre de 2001, caso C-294/99, *Athinaiki Zythopoiia AE*, ECR 2001.

⁴⁹ Ver párrafos 31 y 32 de la resolución citada.

⁵⁰ Conclusiones del Abogado General Alber, presentadas el 10 de mayo de 2001, caso C-294/99, ECR 2001, página I-06797.

se referido al sistema del impuesto griego en todo su contexto y haber indicado cómo la sociedad había sido ya gravada con anterioridad al obtener la renta, aunque fuera con disfrute de algunas ventajas fiscales. En fin, que el factor relevante era que las rentas en cuestión perdían las ventajas fiscales al ser distribuidas, o lo que es lo mismo, que tales incentivos no se trasladaban al socio-matriz, gravado así finalmente por el hecho de percibir los beneficios distribuidos.

Por otro lado debemos preguntarnos si este tipo de interpretaciones extensivas caben en relación con el artículo 4, hasta tal punto que sea posible considerar que las obligaciones del Estado de residencia de la matriz le limitan en la posibilidad de determinar el momento en que grava las rentas del grupo de sociedades, que no puede ser otro que, según lectura del precepto, cuando la sociedad matriz reciba, en calidad de socio, beneficios distribuidos. No se puede olvidar que cuando tal pago efectivo se produce, dicho Estado:

- «– o bien se abstendrá de gravar dichos beneficios;
- o bien los gravará, ...»

Esta interpretación limitaría la posibilidad de que la Directiva resulte aplicable a sociedades de personas o en régimen de transparencia y pone en duda su compatibilidad con las normas de transparencia fiscal internacional. Ya se defendió que resulta difícil extraer de la Directiva tal sistema de imposición sobre la renta de las sociedades.

8. NORMAS ANTI-ABUSO

a) Sobre el concepto de fraude y abuso fiscal

El artículo 1.2 afirma que la Directiva no constituirá un obstáculo para la aplicación de normas dirigidas a evitar fraudes y abusos, ya se encuentren tales mecanismos en las normas nacionales o en convenios internacionales. La jurisprudencia tampoco permite extraer un concepto comunitario, armonizado, de fraude o abuso perfilado en todas sus condiciones, si bien las dificultades para llegar a tal concepto europeo no debiera conducirnos a pensar que para lograrlo sea necesario con carácter previo, como afirma WEBER, que se complete la armonización en todos los campos de la imposición directa⁵¹. La situación propuesta por este autor conduciría a que las fórmulas utilizadas para el fraude o abuso acabarían siendo iguales en todos los Estados miembros de tal forma que fuera entonces posible construir una identificación única del abuso, pero como veremos puede haber un entendimiento común sobre cuándo una determinada conducta debe o no implicar la reacción del ordenamiento tributario con el objeto de mantenerse en sus efectos con plena eficacia.

⁵¹ Dennis WEBER, «A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive», *EC Tax Review*, 1996-2, páginas 63 a 69.

La remisión de esta Directiva a las normas pactadas en otros convenios puede producir un problema de jerarquía de normas que resuelve la doctrina de manera unánime tras los pronunciamientos del Tribunal. Basa sus conclusiones en la necesidad de mantener el principio del efecto útil del Derecho comunitario, siendo el resultado que el mismo tiene efecto de supremacía sobre el Derecho convenido en materia fiscal. Por tanto, cuando un supuesto de hecho concreto encuentra amparo legítimo en la Directiva pero resulta postergado por una norma anti-abuso prevista en un convenio bilateral, la conclusión debe ser la invocación preferente de los derechos nacidos en la norma europea común ⁵².

La ausencia de un concepto común abre posibilidades de distorsión, en función de las diversas soluciones nacionales que se adopten, y de inseguridad jurídica. Dicho esto, también resulta evidente que ninguna disposición anti-abuso puede limitar la invocación legítima de la Directiva y que, en cuanto excluyentes, debe ser objeto de interpretación restrictiva y adecuarse a las obligaciones derivadas para los Estados del Derecho comunitario ⁵³, entre éstas el respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad, que luego veremos.

La remisión de esta materia a los Estados miembros puede bien responder a una competencia de reserva bien a la materialización del principio de subsidiariedad. Unas normas adecuadas anti-abuso parece que deben adaptarse a las peculiaridades de cada sistema de imposición sobre sociedades. Esta solución es asimismo coherente con el principio de proporcionalidad que debe regir esta materia. Como luego veremos, este estudio caso por caso a que invita la jurisprudencia se resuelve mejor adaptando las normativas nacionales a las situaciones de abuso propias de cada ordenamiento. Se insiste que debemos distinguir la disposición de mecanismos particulares de reacción ante conductas que, bajo un entendimiento común, se consideren abusivas. Otra cosa es que, de existir una competencia normativa comunitaria que correspondiera en exclusiva a la UE, además de compartir un concepto tuviera toda lógica armonizar los mecanismos concretos de reacción ante el abuso.

b) Algunas pautas en torno al abuso en la jurisprudencia comunitaria.

En cuanto a la doctrina jurisprudencial concreta dictada en relación con la Directiva matriz-filial, la sentencia dictada en el caso *Denkavit* ⁵⁴ declaró ilegal una norma nacional de implementación de la norma comunitaria que se refería a una condición temporal en la titularidad de las participaciones que generaban el derecho a percibir un dividendo exento según la Directiva pero que restringía los términos literales de la norma común: la armonización se refería a acciones detentadas durante un período de dos años y la norma nacional exigía que dicho período se cumpliera con anterioridad a poder disfrutar de la exención del dividendo. El TJE afirma en relación con la cláusula anti-abuso lo siguiente:

⁵² Se cita el trabajo de Cécile BROKELIND, *Une interprétation...*, op. cit., páginas 210 y 211, donde se resume una amplia doctrina en este aspecto.

⁵³ Éstas parecen conclusiones definitivas a juzgar por lo que tradicionalmente viene opinando la doctrina. Cécile BROKELIND *Une interprétation...*, op. cit., pág. 203 y siguientes, recoge abundantes referencias bibliográficas en este sentido.

⁵⁴ Párrafo n.º 34 de la sentencia del TJE de 17 de octubre de 1996, dictada en los casos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94, *Denkavit International BV*, ECR 1996 página I-5063.

«Procede señalar que el apartado 2 del artículo 1 de la Directiva constituye una disposición de principio, cuyo contenido se explicita en detalle en el apartado 2 del artículo 3 de la misma Directiva. Así, la finalidad de esta última disposición es en particular, sin que lo discuta ninguna de las partes que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia, combatir los abusos resultantes de la adquisición de participaciones en el capital de sociedades con el único fin de beneficiarse de las ventajas fiscales previstas, y sin que tales participaciones vayan a ser duraderas. Por ello, no es oportuno recurrir al apartado 2 del artículo 1 para interpretar el apartado 2 del artículo.»

Una norma cuyo objetivo es restringir el ámbito de la Directiva para evitar operaciones dirigidas de forma artificial a disfrutar de sus ventajas fiscales debe ser interpretada de forma restrictiva, sin que sea invocable un principio o doctrina general anti-abuso de acuerdo con el Tribunal. Por el contrario, tales disposiciones deben guiarse siempre por el principio de proporcionalidad y el respeto al principio y objeto general de la Directiva. En consecuencia, cualquier restricción a la norma debe estar prevista de forma expresa para que pueda ser admisible y sólo puede interpretarse de manera restrictiva puesto que su finalidad es la construcción de las relaciones fiscales entre matrices y filiales de una determinada manera, no la construcción de una teoría de la conducta abusiva. El fraude es una patología que se debe estirpar sin estropear el funcionamiento general del sistema, idea que incorpora como principio legítimo de cualquier disposición anti-abuso su condición de necesaria y proporcionada.

En cuanto al principio de proporcionalidad, ha sido desarrollado por el TJE en la sentencia del caso *Leur Bloem*⁵⁵: no será posible incorporar condiciones no previstas en la Directiva que resulten desproporcionadas en relación con el objeto de protección que intentan perseguir. Es decir, cabe que el legislador nacional proteja las normas de implementación mediante el establecimiento de condiciones no previstas en la Directiva; sin embargo, las nuevas exigencias deben mantenerse dentro de unos límites de tal manera que no se dejen de cumplir los objetivos generales perseguidos.

En este mismo asunto *Leur Bloem*, el TJE mantuvo que a la hora de determinar si una operación en particular tiene como objeto principal o como uno de sus finalidades principales la evasión o la elusión fiscal, las autoridades competentes nacionales deben desarrollar un análisis general de cada caso, examen que debe estar sujeto a posible revisión judicial. Además, también debe mencionarse que dicho tribunal ha mantenido en diversas sentencias⁵⁶ que la Directiva del Consejo 77/799/CEE de 19 de diciembre de 1977 relativa a la asistencia mutua entre autoridades competentes de los Estados miembros en el campo de los impuestos directos dispone de fórmulas para obtener información comparable a la existente entre las autoridades fiscales a nivel nacional. Se provee a los Estados miembros con la posibilidad de disponer de dicha información y poder precisar la verdadera naturaleza de las operaciones realizadas por los contribuyentes en cada caso concreto. Por tanto, las medidas que imponen restricciones sólo pueden estar justificadas en los casos excepcionales en los que la

⁵⁵ Sentencia de 17 de julio de 1997, caso C-28/95, *Leur Bloem*, ECR 1997, página I-4161.

⁵⁶ El Tribunal se refiere a la Directiva 77/799/CEE sobre asistencia mutua entre autoridades competentes de los Estados Miembros. Así ha sucedido, entre otras, en las sentencias de 14 de febrero de 1995, dictada en el caso C-279/93, *Schumacker*, ECR 1995, p. I-225, y de 28 de octubre de 1999, caso C-55/98, *Bent Vestergaard*, ECR 1999, página I-7643.

Directiva no puede utilizarse razonablemente para obtener la información relevante con el objeto de conocer la finalidad de evasión o elusión fiscal de las transacciones entre las partes. En consecuencia, existen cada vez más dudas acerca de la posibilidad de establecer normas que impongan a los particulares cargas adicionales para probar que se reúnen las condiciones para aplicar el régimen fiscal derivado de las previsiones comunitarias.

De esta manera, la exclusión *a priori* del campo de aplicación de la norma europea de determinadas categorías de participación, como sucede con las mantenidas por entidades *holdings*, cuando esté establecida de manera general sin que se permita un estudio caso por caso corre el riesgo de contravenir los criterios fijados en la resolución judicial citada. Finalmente, las normas anti-fraude deben responder a criterios objetivos y no delimitarse por referencia a una pretendida voluntad de defraudar de los contribuyentes.

c) Cuándo existe fraude o abuso. La reacción ante regímenes fiscales preferenciales.

Sentadas unas ideas en torno al cómo de la construcción legal de la lucha contra el abuso, la jurisprudencia también ofrece datos para una tarea más ambiciosa: perfilar cuándo existe tal fraude o abuso. Destaca en las diversas resoluciones como realidad de partida que la tributación directa no ha sido armonizada de tal forma que las normas nacionales pueden fijar libremente los términos cuantitativos de determinación de bases imponibles y de tipos de gravamen⁵⁷. Al mismo tiempo, la realización de los principios, derechos y libertades otorgados por los Tratados debe producirse en el marco de esta realidad. La doctrina del TJE así mantiene:

- Que un Estado miembro no debería poder impedir o restringir el ejercicio del derecho al libre establecimiento de sus propios ciudadanos sobre la base de que tal ejercicio implica una pérdida de recursos fiscales que se hubieran obtenido en el caso de que hubiera permanecido sujeto a las leyes de ese Estado⁵⁸.
- Que cualquier ventaja fiscal que pueda resultar aplicable a una persona en su Estado de establecimiento no puede ser utilizada para justificar un trato fiscal desfavorable en otro Estado a quienes realizan operaciones con ellos⁵⁹.
- Que no están justificadas las normas anti-abuso que centran su objeto en un régimen de baja tributación que pueda disfrutar un contribuyente dado⁶⁰. En consecuencia, disposiciones que condicionan los beneficios o ventajas de una Directiva al hecho de haber soportado en el Estado origen de la renta una imposición comparable o mínima no parecen aceptables ni puede entenderse que encuentren justificación en la normativa fiscal comunitaria.

⁵⁷ Ver sentencia de 12 de mayo de 1998, case C-336/96, *Mr and Mrs Robert Gilly*, ECR 1998 pág. I-2793, párrafos 34 y 47.

⁵⁸ Ver sentencia de 27 de septiembre de 1988, caso C-81/87, *Daily Mail*, ECR 1988, p. 5505, pág. 12 y 13.

⁵⁹ Sentencia del caso *avoir fiscal*, antes nota 25, párrafo 21; sentencia del caso *Asscher*, antes nota 32 párrafo 53; sentencia del caso *Saint-Gobain*, antes nota 30, párrafo 57; sentencia de 26 de octubre de 1999, *Eurowing*, caso C-294/97, párrafo 20, ECR 1999, página I-7447.

⁶⁰ Sentencia del caso *Eurowings*, citada.

Es decir, los Estados miembros están obligados a respetar el ejercicio concreto de los derechos de imposición de otro Estado y no pueden reaccionar contra los mismos. Existe un principio implícito de reconocimiento mutuo en cuanto que están obligados a seguir las reglas que excluyen la discriminación y establecen las libertades fundamentales. Las personas físicas y jurídicas pueden ejercer el derecho de establecerse y, como consecuencia, pueden verse sujetos a diferentes sistemas fiscales. Estas diferencias fiscales no justifican por sí mismas la reacción de defensa de un ordenamiento jurídico. No debe perderse la perspectiva de que hablamos de las consecuencias derivadas de derechos y libertades recogidas en los Tratados europeos que se podrán invocar en la medida en que se hayan ejercido de manera efectiva.

Estas consideraciones permiten reinterpretar el sentido y alcance de la previsión del artículo 2 letra c) que exige que la sociedad esté sujeta sin estar exenta a algún impuesto sobre sociedades. Tal condición parece referirse a la exención general de las rentas del sujeto pasivo, aunque fuera temporal, pero no abarcaría el dato concreto de la tributación efectiva y concreta de las rentas distribuidas⁶¹. Sería defendible que este artículo tuviera por objeto excluir a ciertas categorías de sociedades sujetas a regímenes especiales del ámbito de la imposición societaria; sin embargo, el hecho de que la renta de una filial que paga dividendos no haya soportado tributación efectiva, por ejemplo porque se obtiene de filiales o establecimientos permanentes establecidas en otros Estados miembros o en Estados terceros y ha disfrutado de exención por doble imposición internacional, no las excluye del ámbito de la Directiva. Las condiciones que establece no garantizan que la distribución de una sociedad amparada por la misma quede referida a beneficios que han estado sujetos de manera efectiva al impuesto sobre sociedades en un Estado miembro. Este razonamiento no excluiría la aplicación de normas anti-abuso cuando la distribución forma parte de un acuerdo artificial, como cuando se procede a la repatriación de beneficios desde un paraíso fiscal a través de otro Estado miembro⁶².

d) Abuso de la Directiva: quién o por qué conceptos.

El abuso concreto de la Directiva matriz-filial invita a reflexionar acerca de las limitaciones de los ámbitos subjetivo y objetivo: se trata de determinados contribuyentes de la imposición sobre la renta y por conceptos determinados, las distribuciones de beneficios. Así, se considera que las leyes nacionales pueden plantear si un determinado sujeto pasivo intenta beneficiarse del régimen

⁶¹ Opinión contraria mantiene Álvaro DE LA CUEVA en «Tax Authorities Issue Rulings on Comparable Income Tax», revista *ET 2000*, páginas 153 a 155.

⁶² FARMER y LYAL en *EC...*, *op. cit.*, pág. 264-265. De HOSSON, en su trabajo *The Direct Investment Tax Initiatives of the European Community*, ed. Kluwer, 1990, pág. 35 estudia la cláusula de la sujeción al impuesto sin opción o sin estar exenta y menciona diversas sociedades que no estarían cubiertas por la Directiva como las *holding* luxemburguesas de 1929, las sociedades holandesas de inversión cubiertas por el artículo 28 de la Ley de 1969 del Impuesto sobre Sociedades, las sociedades alemanas de inversión a que se refiere la Ley sobre *Kapitalanlagegesellschaften* y las sociedades españolas y portuguesas sujetas al régimen de transparencia fiscal, dado que no tributan éstas sino sus socios. Evidentemente, la referencia a la transparencia española debería valorarse de nuevo desde que estas entidades tributan hoy por el impuesto. En cuanto a la posibilidad de opción, quedaba referida a las sociedades belgas de responsabilidad limitada que podían optar por el régimen de transparencia fiscal.

fiscal establecido cuando no estaba previsto que pudiera invocarlo. Nos referimos a la posible utilización de cláusulas como la del beneficiario efectivo o las que persiguen afrontar estrategias de *treaty shopping*, aquí de *Directive shopping*.

Hay opiniones que muestran dudas sobre la compatibilidad del Derecho comunitario con este tipo de medidas. Se alega que la construcción del concepto jurídico de la libertad de establecimiento implica que cualquier sociedad comunitaria puede ser considerada como beneficiaria efectiva desde el mismo momento que se constituye conforme las disposiciones nacionales en vigor en el Estado miembro de su establecimiento principal ⁶³. Se puede razonablemente pensar que una entidad, con la forma jurídica prevista en la disposición europea y como consecuencia de la libertad de establecimiento, debe poder disfrutar de su aplicación.

Imaginemos que una persona física o una sociedad de personas *–partnership–* quiere beneficiarse de la Directiva y constituye una sociedad interpuesta que reúne las condiciones de tal disposición, de tal manera que pretenden recibir dividendos de otro Estado sin tener que soportar retención practicada en la fuente. Debemos preguntarnos qué sentido ha tenido que el texto legal europeo no haya querido que tales personas o sociedades puedan disfrutar de las ventajas fiscales establecidas; nadie afirma que este resultado jurídico viole el Derecho primario del Tratado a la libertad de establecimiento. Así, el derecho de establecimiento es condición necesaria pero no suficiente. Enseguida se observa que la invocación de estas normas anti-abuso, que impedirían a esta sociedad disfrutar del beneficio de la Directiva, no queda referida a la libertad de establecimiento, sino a la condición prevista en la Directiva y que debe concurrir en la sociedad. Esto es, no se trata de negar el derecho al establecimiento sino el derecho a aplicar los beneficios de un derecho derivado que no está previsto para todos los que tienen la condición de establecidos en el marco comunitario. En definitiva, la introducción del requisito que implica reunir las condiciones del artículo 2 se convierte en un plus exigible a los ya establecidos, cuestión que no se discute. Los Estados miembros reciben de la Directiva la competencia para determinar qué sujetos pasivos no son verdaderamente los destinatarios de sus disposiciones y pueden adoptar las necesarias disposiciones para evitar este tipo de artificios.

Es posible que, finalmente, estas dos maneras de acercarse al problema conduzcan a un mismo resultado en función de la construcción que se haga del derecho al establecimiento. Así sucede si se entiende que tal derecho no se adquiere de la mera formalidad de la constitución sino que implica un verdadero contenido económico que da sustantividad, identificación y explicación a la existencia de una forma social ⁶⁴. De esta manera, si tales personas físicas o sociedades de personas constituyen una sociedad con contenido económico sustantivo, los dividendos que reciba deberán disfrutar de los beneficios comunitarios.

⁶³ Ver Cécile BROKELIND *Une interprétation...*, op. cit., págs 207.

⁶⁴ Los intentos de definir esta libertad han generado algún debate. Se podría considerar que el «establecimiento», según dispone el Tratado, significa la integración en una economía nacional e implica la concurrencia de dos factores, tanto la localización física como el ejercicio de una actividad económica y, si no sobre unas bases de permanencia, sí exigiría una vocación de estancia duradera. Ver en este sentido las conclusiones generales del Abogado General Darmon emitidas el

Esta forma de aproximarse a la cuestión pudiera encontrar el apoyo de la sentencia dictada en el caso *Centros* ⁶⁵, de la que resulta que sólo pueden beneficiarse de las ventajas comunitarias las sociedades cuyos últimos beneficiarios no sean comunitarios cuando tienen un lazo económico efectivo y continuado en los Estados miembros ⁶⁶.

Estas precisiones no deben olvidar la jurisprudencia del Tribunal sobre el principio de no discriminación y las obligaciones derivadas del mismo en relación con el disfrute del contenido de los beneficios de la Directiva en materia de doble imposición. No se puede dejar pasar estos comentarios sin mencionar el artificio que supone que un Estado restrinja los efectos de la Directiva a determinadas entidades en función de su forma jurídica, si de esta forma se produce una clara ruptura de principios comunitarios. Se quiere decir que el traslado de las ventajas que supone desde sociedades que la pueden invocar en función de lo expresamente previsto a quienes no tienen tal derecho no es una decisión a adoptar libremente por el legislador nacional: depende de cómo se construyan los mecanismos internos de doble imposición respecto de los cuales no existe nada armonizado. También la labor nacional de implementación de una Directiva debe satisfacer los derechos y libertades comunitarios y el principio de no discriminación.

La delimitación de un objeto específico también puede invitar a conductas de abuso. La Directiva se refiere a dividendos. Sin entrar tampoco a valorar los problemas de neutralidad que genera este ámbito material limitado, existe la tentación de transformar plusvalías de cartera en distribución de dividendos cuando sea posible. Parece aceptable que las normas nacionales reaccionen contra este tipo de artificios, respetando los principios de proporcionalidad y carga de la prueba.

e) El abuso indirecto de normas nacionales.

Queda para el final el análisis de una situación mucho más compleja: la exclusión de la aplicación de la Directiva, invocada de manera legítima, como consecuencia del abuso de las normas tributarias nacionales. Aquí podría ser relevante la sentencia del caso *Centros*, cuando se lee ⁶⁷:

«De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deriva, sin lugar a dudas, que un Estado miembro está facultado para adoptar medidas destinadas a impedir que, aprovechando las posibilidades creadas por el Tratado, algunos de sus nacionales intenten evitar abusivamente la aplicación de su legislación nacional y que los justiciables puedan invocar el Derecho comunitario de forma abusiva o fraudulenta.

...

7 de junio de 1988, en el caso *Daily Mail*, ECR, 1988 p. 5483, párrafos 3 a 5. Por tanto, el concepto de establecimiento es esencialmente económico. Implica siempre un lazo económico genuino, en expresión de R. W. HARDING en su trabajo *Freedom of establishment and the rights of companies, Current legal problems*, 1963, páginas 162, y 163.

⁶⁵ Sentencia de 9 de marzo de 1999, caso C-212/97, *Centros*, ECR 1999, página I-1459.

⁶⁶ Ver Cécile BROKELIND *Une interprétation...*, op. cit., págs. 212 y 213.

⁶⁷ Sentencia de 9 de marzo de 1999, caso C-212/97, *Centros*, ECR 1999, p. I-1459, párrafos 24 y 34.

Las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32, y de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 37).»

Por tanto, parece que se pueden adoptar medidas anti-abuso siempre que se acredite la concurrencia de razones imperiosas de interés general, como es el propio abuso, siempre que se cumplan los principios de necesidad, adecuación y proporcionalidad.

9. CONCLUSIONES

Este trabajo no ha pretendido hacer un análisis de derecho comparado sino una valoración de una normativa internacional común puesto que su objeto ha sido valorar los problemas concretos presentes en la misma con el objeto de plantear su posible mejora. Aunque falten datos relativos a las disposiciones nacionales dictadas, sí es posible afirmar que desde 1990, año de adopción de la Directiva, se ha producido una fuerte evolución en las leyes nacionales que regulan la doble imposición internacional de dividendos. La simple lectura de las disposiciones de la LIS vigente y su comparación con el texto aprobado en 1995 o el recogido por la legislación adoptada en 1978 pone de manifiesto diferencias evidentes. La conclusión en el caso español, sin necesidad de análisis en profundidad, es que las previsiones comunitarias han dejado de cumplir su papel en la medida en que se han visto superadas por la política fiscal nacional, conclusión que no sería difícil ni controvertido extender a las leyes de la mayoría de los Estados miembros. Por tanto, el planteamiento de nuevas disposiciones armonizadoras adaptadas a estas nuevas políticas junto con la necesidad de hacer efectivo un mercado que ha pasado a ser de común a único parece que haría oportuno un análisis en relación con los nuevos objetivos. Ése es el fin del estudio referido de la Comisión y de este ejercicio.

Al mismo tiempo, la propia evolución de la doctrina del TJE pone de manifiesto nuevas consideraciones de política fiscal: las normas nacionales deben respetar los derechos y libertades comunitarios. Y deben hacerlo también cuando implementan el Derecho comunitario derivado. Por tanto, no bastará con respetar la letra de la Directiva sino que además las normas nacionales así originadas no deben generar discriminaciones nacionales o restricciones injustificadas, contravenciones cuyo parámetro se encuentra en la propia forma de afrontar este ámbito fiscal en un contexto puramente interno.

BIBLIOGRAFÍA

- BROKELIND, C.: *Une interpretation de la directive sociétés mères et filiales du 23 juillet 1990*, Editions Bruylant, Bruselas 2000.
- COMUNIDADES EUROPEAS: *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation*, marzo de 1992.
- SEC(2001) 1681, *Company Taxation in the Internal Market*, editado por la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, octubre de 2002.
- DE HOSSON: *The Direct Investment Tax Initiatives of the European Community*, ed. Kluwer, 1990.
- DE LA CUEVA, A: «Tax Authorities Issue Rulings on Comparable Income Tax», *revista ET* 2000.
- FARMER, P. y LYAL, R.: *EC Tax Law*, Clarendon Press Oxford, 1994.
- HARDING, R.W.: *Freedom of establishment and the rights of companies, Current legal problems*, 1963.
- HELMIEN, M.: «Dividend equivalent benefits and the concept of profit distribution of the EC Parent-Subsidiary Directive» *ec Tax Review* 2000-3.
- KOSTENSEN, H.E.: «The *Saint-Gobain* case and the application of tax treaties. Evolution or revolution?», *ec Tax Review*, 2000-4.
- IBFD: *Commentary on EC tax measures*.
- LÓPEZ, J.: «Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de Luxemburgo y tributación directa», *revista Canarias Fiscal*, n.º 22, octubre 2001.
- MAISTO, G.: «Status and perspectives of harmonisation and coordination of company taxation in the European Community», presentado en el 1.º Forum de Juristas Europeos celebrado en Nuremberg entre el 12 y el 14 de septiembre de 2001 y publicado por Nomos, Baden, 2001
- OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital*.
- PETERS, M.: «Capital movements and taxation in the EC», *ec Tax Review* 1998-1.
- PISTONE, P.: *The Impact of Community Law on Tax Treaties: Issues and Solutions*, EUCOTAX Series on European Taxation, ed. Kluwer Law International Limited.
- SASS, G.: «The Nex EC Tax Directives on Mergers and Parent-Subsidiaries Directives», *Tax Planning International Review*, de 5 de mayo de 1991.
- STELLA RAVENTÓS: «Recent income tax cases before de European Court of Justice: impact on future tax policy in Europe» en la *revista ET*, octubre de 1998.
- WEBER, D.: «A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive», *EC Tax Review*, 1996-2.
- VAN DER LANDE y BELLINGWOUT: *The EEC Merger and Parent-Subsidiary Directives of 23 July 1990 in Practice*, ed. Bruylant, Bruselas 1992.
- VANINSTENDAEL, Frans: «The implementation of the Parent/Subsidiary Directive in the EC-Comments on some unresolved questions», *TNI* 21 de septiembre 1992.