

MIGUEL A. CAAMAÑO ANIDO

JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

Profesores titulares de Derecho Financiero y Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña

Extracto:

ESTE trabajo tiene por objeto el estudio de uno de los últimos pronunciamientos del TJCE en relación con la incidencia de los principios y libertades comunitarias sobre los impuestos directos. La sentencia analizada (el caso *ICI*, Asunto 264/96, Rec. 1998, p. 4.698) añade dos importantes reglas a la jurisprudencia precedente. Por un lado, el TJCE establece que las medidas fiscales del Estado de origen o residencia de una entidad (sociedad matriz) que puedan restringir, directa o indirectamente, el establecimiento de esta entidad en otro Estado miembro a través de filiales de segundo grado resultan, en principio, contrarias al ordenamiento comunitario.

Junto a esta regla material la sentencia *ICI* revela el actual acercamiento del TJCE en torno a las causas de justificación de medidas fiscales restrictivas de libertades fundamentales. En concreto, de esta sentencia y otras posteriores se deduce que el «control fiscal efectivo» o la prevención del fraude y la evasión fiscal no constituyen causas que justifiquen en todo caso medidas nacionales que restrinjan las libertades fundamentales del TCE. Antes al contrario, el Tribunal de Justicia parece inclinarse por la «maximización» de las libertades comunitarias y la realización del mercado interior en detrimento de la consecución de otros objetivos legítimos para los Estados y la propia UE, como son el control fiscal y la prevención de la evasión y el fraude fiscal.

Tras exponer los principios que se extraen de esta jurisprudencia comunitaria, los autores examinan su aplicación al ordenamiento tributario español; en concreto, este trabajo analiza la proyección de estos principios comunitarios sobre el régimen de «Transparencia Fiscal Internacional», la regulación de los «grupos de sociedades» y las normas «antiemigración fiscal», previstas en la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Antecedentes de hecho.
- III. Principales cuestiones que plantea la jurisprudencia del TJCE en el asunto *ICI*.
 1. El Estado de origen como sujeto que restringe las libertades comunitarias.
 2. Exclusión de «ventaja fiscal» a una sociedad residente por parte del Estado de origen como consecuencia de la residencia fiscal de las filiales que forman parte del consorcio: ¿restricción o discriminación?
 3. Justificación de la norma discriminatoria: riesgo de evasión fiscal, pérdida recaudatoria y coherencia fiscal.
 4. A modo de conclusiones sobre las posibles consecuencias del caso *ICI*. Particular referencia al ordenamiento tributario español.
 - 4.1. Transparencia Fiscal Internacional.
 - 4.2. Régimen de los grupos de sociedades.
 - 4.3. Normas «antiemigración fiscal».

NOTA: Los autores quieren hacer constar su agradecimiento al profesor MARTÍN JIMÉNEZ por los comentarios realizados en relación con la versión previa de este trabajo. Ni que decir tiene que todos los errores que pudieran existir en esta obra son imputables únicamente a los autores.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de uno de los últimos pronunciamientos del TJCE en relación con la incidencia de los principios y libertades comunitarias sobre los impuestos directos. En nuestra opinión, la sentencia analizada -el caso *ICI*¹- constituye un importante eslabón en la cadena jurisprudencial que viene configurando la denominada «armonización secundaria» de la imposición directa, la cual lleva consigo, por un lado, límites para los legisladores nacionales y, por otro, derechos para los contribuyentes que ejerzan las libertades fundamentales que proporciona el ordenamiento comunitario.

En esta sentencia el Tribunal de Justicia añade dos importantes reglas relativas a la proyección de los principios y libertades comunitarias sobre la imposición directa. Por un lado, el TJCE establece que las medidas fiscales del Estado de origen o residencia de una entidad (*home country*) que puedan restringir, directa o indirectamente, el establecimiento de esta entidad en otro Estado miembro a través de filiales de segundo grado resultan, en principio, contrarias al ordenamiento comunitario.

Junto a esta regla material -de consecuencias tan impredecibles como relevantes- la sentencia *ICI* revela el actual acercamiento del TJCE en torno a las causas de justificación de medidas fiscales restrictivas de libertades fundamentales. En concreto, de esta sentencia y otras posteriores se deduce que el «control fiscal efectivo» o la prevención del fraude y la evasión fiscal no constituyen causas que justifiquen en todo caso disposiciones restrictivas de las libertades fundamentales del TCE. Antes al contrario, el Tribunal de Justicia parece inclinarse por la «maximización» de las libertades comunitarias y la realización del mercado interior en detrimento de la consecución de otros objetivos legítimos para los Estados y la propia UE, como son el control fiscal y la prevención de la evasión y el fraude fiscal.

¹ STJCE de 16 de julio de 1998, *ICI*, C-264/96, Rec.p. I-4.698 ss.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

El presente asunto constituye el objeto de una cuestión prejudicial planteada ante el TJCE por la *House of Lords* británica en torno a la interpretación de los artículos 5 y 52 del Tratado de Maastricht (ahora, arts. 10 y 43 del Tratado de Amsterdam).

Dicha cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre *Imperial Chemical Industries* (en adelante *ICI*) y el *Inland Revenue* británico, en relación con la denegación por parte de este último de conceder a *ICI* una desgravación fiscal por pérdidas comerciales sufridas por una filial de la sociedad holding de la que *ICI* es propietaria a través de un consorcio.

ICI es una sociedad que posee su domicilio social en el Reino Unido y que forma con Wellcome Foundation Ltd. (Wellcome), también con domicilio social en dicho Estado, un consorcio a través del cual *ICI* es propietaria de un 49 por 100 de la sociedad Coopers Animal Health (Holdings) Ltd. (en adelante, Holdings) y Wellcome de un 5 por 100. Por su parte, Holdings es una sociedad de tenencia de acciones en sociedades filiales domiciliadas tanto en el Reino Unido como en el extranjero (dentro y fuera de la Comunidad Europea). De hecho, tan sólo cuatro filiales de Holdings tienen su domicilio social en el Reino Unido, entre ellas Coopers Animal Health Ltd. (CAH). Las actividades de esta última entidad registraron pérdidas en los ejercicios 1985, 1986 y 1987. Con arreglo a los artículos 258 a 264 de la *Income and Corporation Taxes Act* de 1970, *ICI* solicitó la compensación de las pérdidas registradas por CAH con sus propios beneficios en proporción a su participación en Holdings (49%).

La normativa británica que regula el Impuesto sobre Sociedades permite la cesión de pérdidas a otras sociedades del mismo grupo siempre y cuando concurren determinadas condiciones. Entre estas condiciones, resulta relevante destacar que no se permite la cesión de pérdidas cuando existan dentro del grupo sociedades domiciliadas fuera del Reino Unido. La Administración tributaria británica denegó la compensación de pérdidas solicitada por *ICI* con el fundamento de que la legislación nacional en materia del Impuesto sobre Sociedades no le permitía realizar la compensación, ya que, aunque Holdings es una sociedad de tenencia de acciones que, en principio, reúne las condiciones para que la compensación pueda aplicarse, la legislación en materia de Impuesto sobre Sociedades impide la aplicación de la compensación dado que la mayor parte de las filiales de Holdings son entidades con domicilio social fuera del Reino Unido.

ICI recurrió en diversas instancias la resolución del *Inland Revenue* por la cual se le denegaba la compensación de pérdidas. Dicha entidad argumentó que tal denegación podía resultar contraria a la libertad de establecimiento prevista en los artículos 52 a 58 del Tratado CE (arts. 43 a 48 del Tratado de Amsterdam). El caso llegó hasta la *House of Lords*, órgano jurisdiccional que planteó cuestión prejudicial en el sentido indicado.

III. PRINCIPALES CUESTIONES QUE PLANTEA LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE EN EL ASUNTO *ICI*

El caso *ICI* supone un nuevo eslabón en la cadena de pronunciamientos del TJCE sobre los límites comunitarios al poder que poseen los Estados miembros en el ámbito de la imposición directa. Como se sabe, la materia relativa a los impuestos directos -especialmente, los impuestos sobre la renta de las personas físicas y jurídicas- es competencia de los Estados miembros, aunque éstos deben observar en todo caso los límites establecidos por el Derecho comunitario. La falta del menor atisbo de armonización legislativa de los impuestos sobre la renta de los Estados miembros de la CE, unido a la ausencia de un mínimo consenso comunitario en torno a un concepto y principios que deben modelar la fiscalidad empresarial europea ha traído consigo que sea, a la postre, el TJCE el que termine «armonizando» por vía jurisprudencial esta compleja materia ². Esta situación y sus efectos, probablemente, no sean los más recomendables para lograr la realización efectiva del mercado interior, pero tampoco constituye el contexto más indicado y deseable para los propios Estados, que ven cómo su sistema tributario termina siendo modulado por principios que muchas veces son impracticables o por reglas excesivamente imprecisas y de consecuencias imprevisibles ³.

1. El Estado de origen como sujeto que restringe las libertades comunitarias.

Uno de los aspectos novedosos del caso *ICI* reside en la circunstancia de que analiza las eventuales restricciones que puede provocar el Estado de origen -o nacionalidad- (*home country*) de una entidad u operador económico que ejercita una libertad comunitaria como, por ejemplo, el derecho de establecimiento.

A este respecto no puede dejar de señalarse que las garantías que se han establecido en el TJCE para salvaguardar el ejercicio de las libertades comunitarias persiguen principalmente excluir -y, en algunos casos, limitar- las medidas previstas en el ordenamiento del Estado de acogida (*host country*) que puedan restringir el efectivo ejercicio de tales libertades por un sujeto nacional o residente de otro Estado miembro de la UE. Es decir, el sentido originario que había que darle a las garantías recogidas en los artículos 52 a 58 del TCE no es otro que garantizar el derecho de establecimiento de una entidad nacional de un Estado miembro que ejercía tal derecho trasladándose a otro Estado miembro, o creando una sucursal o una filial en otro Estado miembro.

² Vid.: MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Towards Corporation Tax Harmonization in the EU*, Kluwer, London, 1999.

³ DANIELS, T., «The freedom of establishment: some comments on the *ICI* decision», *EC Tax Review*, n.º 1, 1999, pp. 39-42; y ESSERS, P., «¿A dónde nos lleva el TJCE después de los casos Schumacker y Wielockx?», *Revista de Economía Social y de la Empresa*, n.º 23, 1996, pp. 118 y ss.

En este sentido, no puede menos que destacarse que el TJCE ha utilizado en el caso *ICI* una interpretación creativa o liberal del TCE, ajena a la finalidad originaria del artículo 52 TCE (interpretación histórica), cuando establece que dicho precepto «se propone en especial asegurar el disfrute del trato de nacional en el Estado miembro de acogida, se opone, asimismo, a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación y que responda, por lo demás, a la definición del artículo 58» (f.j. 21). Parece, por tanto, que el TJCE huye de forma descarada de la interpretación literal e histórica del Tratado y lleva a cabo una interpretación liberal o creativa tomando como norte el objetivo último del TCE (arts. 2 y 3 TCE), a saber: la realización efectiva del mercado interior ⁴.

Bien es cierto que esta doctrina no es nueva en el ámbito tributario, ni mucho menos en relación con otras materias, aunque en lo que se refiere a su aplicación a los impuestos directos sí es poco usual ⁵; en concreto, sólo conocemos un caso donde esta interpretación liberal haya sido aplicada a esta materia: fue en el asunto *Daily Mail* ⁶, donde el Tribunal de Justicia reconoció esta garantía en el terreno de la fiscalidad directa, aunque tampoco se puede olvidar que éste consideró que la medida restrictiva del derecho de establecimiento prevista por el Estado de origen (el *exit tax* británico) no resultaba incompatible con el TCE ⁷.

Ahora bien, lo que sí resulta más novedoso es la forma en que el Tribunal de Justicia extiende el ámbito operativo de la libertad de establecimiento y la protección dispensada por la misma. A este respecto, conviene recordar que la normativa británica objeto de controversia deniega a las sociedades de consorcio domiciliadas en el Reino Unido que, a través de una sociedad holding, han hecho uso de su derecho de libre establecimiento para crear filiales en otros Estados miembros, la concesión de la desgravación fiscal por las pérdidas sufridas por una sociedad que tiene su domicilio social en el territorio nacional y que es filial de la sociedad holding, cuando esta última controle principalmente filiales que tienen su domicilio social fuera del Reino Unido. Es decir, la sociedad *ICI* participa en un consorcio con otra entidad británica (Wellcome), de manera que ambas controlan a través de una entidad holding (Holdings) domiciliada en el Reino Unido el conjunto de filiales integrantes en el mismo; la normativa británica excluye que *ICI* compense sus beneficios con las pérdidas de una de las filiales (residentes en el RU) que controla a través de Holdings, por el mero hecho de que una parte importante de tales filiales no son residentes en territorio británico.

⁴ Vid.: DANIELS, T., «The freedom of establishment: some comments on the ICI decision», *op. cit.* pp. 40-41.

⁵ Por ejemplo, tal doctrina se ha aplicado en el marco de la libre circulación de personas y de trabajadores; véanse, en este sentido, las SSTJCE *Bosman y Terhoeve*, casos 415/93 y 19/96, respectivamente.

⁶ STJCE de 27 de septiembre de 1988, Asunto 81/87, Rec.p. 5.483.

⁷ Vid.: VAN THIEL, S., «Daily Mail Case: tax planning and the European right of establishment: a setback», *European Taxation*, n.º 11, 1988, pp. 357 y ss.; KNOBBE KEUK, B., «Restrictions on the Fundamental Freedoms Enshrined in the EC Treaty by discriminatory tax provisions», *EC Tax Review*, n.º 3/1994, pp. 74 y ss.; y GARCÍA PRATS, F.A., *Imposición directa, no discriminación y derecho comunitario*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 188 y ss.

El TJCE entiende que esta forma de estructurar el grupo resulta amparada por el derecho de establecimiento del Tratado: esta libertad no sólo comprende el derecho a establecerse directamente en otro Estado miembro ya a través de una filial, una sucursal o vía cambio de residencia, sino que también abarca -y aquí se halla el dato novedoso- la actuación a través de filiales de segundo grado, esto es, la constitución en otro Estado miembro de entidades controladas, indirectamente, por una sociedad residente en otro Estado de la Comunidad.

Siguiendo la línea trazada por el Tribunal de Justicia, *ICI* soporta una restricción a su libertad de establecimiento comunitario cuando se le deniega una «ventaja fiscal» por el hecho de haber ejercido tal libertad creando y operando a través de filiales residentes de otros Estados miembros que controla a través de una sociedad holding británica. Según el TJCE, la normativa fiscal inglesa «utiliza el criterio del domicilio social de las filiales controladas para aplicar un trato fiscal diferenciado a las sociedades de consorcio establecidas en el Reino Unido» (f.j. 23).

De esta forma, entendemos que el Tribunal vuelve a acudir a la interpretación liberal o creativa del TCE cuando amplía el ámbito operativo de la libertad de establecimiento, comprendiendo las actuaciones a través de filiales de segundo grado «controladas principalmente», directa o indirectamente, por una entidad residente de otro Estado miembro. Repárese en que el Tribunal no ha sido todo lo preciso que hubiera sido deseable cuando crea un principio de esta índole, por cuanto omitió toda referencia a lo que debe entenderse por «control principal» de filiales de segundo grado; téngase en cuenta que en el caso de autos *ICI* sólo poseía el 49 por 100 del capital de la sociedad Holdings. Tampoco puede pasarse por alto el hecho de que, desde un punto de vista formal, es Holdings quien ejerce realmente la libertad de establecimiento comunitaria creando filiales en otros Estados miembros; también aquí el TJCE omite referirse a esta cuestión considerando que *ICI* ejerce -¿indirectamente?- la citada libertad comunitaria ⁸.

Así, este nuevo eslabón de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el ámbito de la imposición directa amplía la operatividad de las libertades comunitarias, de manera que limita -y, en su caso, excluye- las medidas fiscales del *Estado de origen* que puedan restringir, directa o indirectamente, el establecimiento de una entidad del mismo en otro Estado miembro *a través de filiales de segundo grado*. No obstante, esta misma jurisprudencia plantea un interrogante de cuya respuesta depende que una libertad comunitaria esté siendo afectada (restringida) por una medida nacional, a saber: ¿cuándo una entidad nacional de un Estado controla principalmente una filial de segundo grado establecida en otro Estado miembro?

⁸ Véase el f.j. 22 de la sentencia *ICI*; vid.: DANIELS, T., «The freedom of establishment: some comments on the ICI decision», *op. cit.* p. 40.

2. Exclusión de una «ventaja fiscal» a una sociedad residente por parte del Estado de origen como consecuencia de la residencia fiscal de las filiales que forman parte del consorcio: ¿restricción o discriminación?

La segunda cuestión que suscita el examen del caso *ICI* reside en determinar si estamos ante un caso de discriminación fiscal o ante una restricción al derecho de establecimiento derivado de la aplicación de una norma tributaria del Estado de origen. Como apuntó el Abogado General, Sr. Tesouro, en el apartado 20 de sus conclusiones, de tal hecho se derivan relevantes consecuencias para las partes en la medida en que el régimen de excepciones a los supuestos discriminatorios es distinto que el previsto para las medidas restrictivas en sentido estricto; así, una medida discriminatoria sólo puede declararse compatible con el Derecho comunitario cuando está comprendida en alguna de las excepciones expresamente previstas en el Tratado⁹; mientras que una medida aplicable indistintamente a los nacionales y a los extranjeros (no residentes) que resulte restrictiva del derecho de establecimiento puede considerarse justificada si responde a exigencias imperiosas de interés general, es adecuada para garantizar el objetivo perseguido por la misma y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo¹⁰.

Tanto a juicio del Abogado General (Tesouro) como del propio Tribunal de Justicia estamos ante una medida fiscal de carácter discriminatorio; no obstante, lo cierto es que el TJCE, a diferencia de lo que había hecho en la jurisprudencia precedente, ha evitado este término a lo largo y ancho de la sentencia, utilizando en su lugar expresiones tales como «desigualdad de trato» (f.j. 24) o «trato fiscal diferenciado» (f.j. 23), lo cual, a nuestro juicio, contribuye a crear confusión en un ámbito necesitado de mayor claridad y certeza.

El Tribunal de Justicia resuelve de forma parca la cuestión que antes apuntamos; a este respecto argumenta que: «la normativa controvertida en el litigio principal deniega a las sociedades de consorcio domiciliadas en el Reino Unido que, a través de una sociedad holding, han hecho uso de su derecho de libre establecimiento para crear filiales en otros Estados miembros, la concesión de la desgravación fiscal por las pérdidas sufridas por una sociedad que tiene su domicilio social en el territorio nacional y que es filial de la sociedad holding cuando esta última controle principalmente filiales que tienen su domicilio social fuera del Reino Unido (...). Dicha normativa utiliza, por tanto, el criterio del domicilio social de las filiales controladas para aplicar un trato fiscal diferenciado a las sociedades de consorcio establecidas en el Reino Unido. En efecto, en virtud de tal normativa, la concesión de la ventaja fiscal que constituye la desgravación de consorcio se reserva a las sociedades que controlen única o principalmente filiales que tengan su domicilio social en el territorio nacional» (f.js. 22 y 23).

⁹ Véase, por ejemplo, la Sentencia de 26 de abril de 1988, *Bond van Adverteerders*, Asunto 352/85, Rec.p. I-2.085.

¹⁰ Véanse, por ejemplo, las SSTJCE de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, Asunto 55/94, Rec.p. I-4.165; de 15 de mayo de 1997, *Futura Participations*, Asunto 250/95, Rec.p. I-2.471; y de 28 de abril de 1998, *Safir*, Asunto 118/96, Rec.p. I-1.897.

De esta forma, el hecho de que una entidad nacional sea privada de una «ventaja fiscal» (*consortium relief*) cuando controle principalmente filiales residentes de otros Estados miembros usando las posibilidades que le brinda el artículo 52 TCE se considera una «diferencia de trato» (una discriminación), que sólo puede estar justificada en las hipótesis excepcionales previstas por el Tratado ¹¹. El centro de gravedad de este «enfoque discriminatorio» radica en el hecho de que la «diferencia de trato» resulta del domicilio fiscal de las filiales controladas por el consorcio de entidades británico.

Sin embargo, este enfoque pierde de vista que la medida no es en sentido estricto una norma discriminatoria; el Tribunal prescinde del examen de la norma controvertida al que nos tiene acostumbrados en este tipo de casos, esto es, analizando si tal norma se aplica o no a personas (residentes y no residentes) situadas en situaciones comparables o si, por el contrario, la misma norma se aplica a personas en situaciones dispares ¹². De hecho, la propia cuestión prejudicial planteada por la *House of Lords* británica preguntaba al Tribunal de Justicia si la norma del Impuesto sobre Sociedades británico objeto de litigio constituía una «restricción injustificada» de la libertad de establecimiento comunitaria. Tampoco puede pasarse por alto el hecho de que es Holdings y no ICI la entidad que ejerce efectivamente la libertad de establecimiento creando filiales en otros Estados miembros, lo cual puede complicar la construcción realizada por el TJCE (el denominado «enfoque discriminatorio»).

Quizás un análisis desde el punto de vista de las restricciones al derecho de establecimiento encaje un poco mejor con las circunstancias del caso y la propia jurisprudencia precedente del Tribunal de Justicia. ICI soporta una restricción a su libertad de establecimiento en la medida en que la legislación inglesa le deniega una «ventaja fiscal» cuando participe en un consorcio que controle principalmente entidades domiciliadas (residentes) en otros Estados miembros. En este tipo de casos, viene admitiéndose con mayor flexibilidad las restricciones indirectas, de manera que el sujeto objeto de un «trato fiscal desfavorable» -causante de la restricción- es diferente de la persona que se vale o ejerce la libertad comunitaria; de hecho, existen ya varios pronunciamientos del TJCE en este sentido como, por ejemplo, el caso *Safir*; en este asunto se declaró que la legislación fiscal sueca que establecía un diferente régimen fiscal del seguro de vida de capital para el asegurado según se haya realizado la operación de aseguramiento con una entidad establecida o no en Suecia, restringía la libre prestación de servicios por operadores económicos (aseguradores) establecidos en otros Estados miembros ¹³. Conviene destacar, a su vez, que fue éste el enfoque que presidió las alegaciones de ICI ante la *House of Lords* (véase el punto 8 de las conclusiones del Abogado General).

¹¹ Véanse los apartados 21 y 22 de las conclusiones del Abogado General, Tesauro.

¹² Véase, por ejemplo, nuestra obra *Jurisprudencia Tributaria del TJCE*, La Ley, Madrid, 1996, donde comentamos los casos *Schumacker* y *Wielockx*, así como la obra de GARCÍA PRATS, *op. cit.* pp. 101 y ss.

¹³ STJCE de 28 de abril de 1998, Asunto 118/96, Rec.p. I-1.897; véase el comentario de CAAMAÑO/CALDERÓN/MARTÍN JIMÉNEZ, en la *RDFHP*, n.º 251, 1999, pp. 232-248, donde se analiza este caso y la jurisprudencia precedente.

En todo caso, la cuestión de si estamos ante una discriminación o una restricción indirecta es muy opinable y la respuesta a la misma depende del aspecto en que se ponga mayor énfasis. Ahora bien, la existencia de estas dudas vuelve a poner de manifiesto el confuso e incierto terreno que constantemente pisamos en los casos donde se analiza la compatibilidad con el ordenamiento comunitario de medidas que ordenan la imposición directa. Tal circunstancia tiene una importancia de primer orden por las razones que antes señalamos y, además, genera un alto nivel de inseguridad jurídica para los operadores económicos a la par que dificulta la elaboración de un cuerpo de principios que guíen a los Estados miembros a la hora de concebir un sistema y política fiscal compatibles con el ordenamiento comunitario.

El Tribunal de Justicia ha perdido una buena ocasión para clarificar las relaciones entre los principios de no discriminación y no restricción, así como para delimitar con mayor precisión el ámbito operativo de cada uno de ellos. En todo caso, de la sentencia *ICI* se extrae un principio que resulta parcialmente novedoso al haberse empleado con anterioridad en ámbitos diferentes al tributario: resultan contrarias al ordenamiento comunitario todas aquellas medidas (incluidas las del Estado de origen) que supongan una diferencia de trato fiscal que afecte desfavorablemente a una persona que ejerza indirectamente una libertad comunitaria, como el derecho de establecimiento, a través de otras personas (filiales) que controle principalmente.

3. Justificación de la norma discriminatoria: riesgo de evasión fiscal, pérdida recaudatoria y coherencia fiscal.

Una vez que el TJCE ha aplicado el calificativo de «discriminatoria» a la norma fiscal nacional objeto de conflicto procede analizar si tal disposición goza de justificación suficiente que la haga compatible con el ordenamiento comunitario, a pesar de las restricciones que se derivan de la misma para el ejercicio de la libertad de establecimiento.

Como ya destacamos anteriormente, lo cierto es que el Tribunal de Justicia únicamente admite como posibles justificaciones de medidas discriminatorias los motivos expresamente previstos en el artículo 56 TCE (art. 46 del Tratado de Amsterdam), esto es, las normas que persigan la protección del «orden público, seguridad y salud públicas», siempre que resultaran proporcionales para lograr su objetivo¹⁴. Conviene insistir en que el Tribunal de Justicia ha rechazado de forma sistemática toda justificación distinta de las recogidas en el artículo 56 TCE, negando expresamente que consideraciones de índole económica puedan servir para compatibilizar una norma discriminatoria con el ordenamiento comunitario¹⁵.

¹⁴ Véase, por ejemplo, la sentencia de 26 de abril de 1988, *Bond van Adverteerders*, Asunto 352/85, Rec.p. I-2.085.

¹⁵ Véase, no obstante, la STJCE de 14 de noviembre de 1995, *Svensson y Gustavsson*, Asunto 484/93, Rec.p. I-3.955, donde el Tribunal considera la aplicación a una norma discriminatoria de justificaciones diferentes de las establecidas en el artículo 56 TCE; véase también la crítica del Abogado General Tesouro en los apartados 49 y 50 de sus conclusiones a los asuntos *Decker*, C-190/95, y *Kohll*, C-158/96).

Pese a esta ya reiterada jurisprudencia comunitaria, lo cierto es que los Estados miembros siguen invocando motivos distintos de los admitidos por la Corte Comunitaria de Luxemburgo a los efectos de justificar sus normas fiscales discriminatorias. Así, no ha de extrañar que el Gobierno del Reino Unido haya seguido esta línea a la hora de argumentar sobre las razones que amparaban la norma controvertida; de hecho, los dos motivos invocados pueden ser calificados como «consideraciones de índole económica».

En primer lugar, el Gobierno del Reino Unido argumentó que la normativa controvertida pretende reducir el *riesgo de evasión fiscal* que resultaría de la posibilidad de que los miembros de un consorcio transfiriesen cargas de las filiales no domiciliadas en el Reino Unido a una filial domiciliada en él e hiciesen, en cambio, que los beneficios se registrasen en las filiales no domiciliadas. Por tanto, según dicho Gobierno, la referida normativa pretende evitar que la creación de filiales en el extranjero se utilice para sustraer recursos imponibles al Fisco británico.

Por otro lado, la regulación objeto de litigio tiene la finalidad de evitar la *pérdida recaudatoria* que resultaría del mero hecho de existir filiales que no tengan su domicilio social en el territorio nacional y está relacionada con la imposibilidad por parte del Fisco británico, de compensar la reducción de ingresos fiscales que resultaría de la desgravación de las pérdidas de las filiales domiciliadas en dicho territorio mediante la tributación de los beneficios de las filiales situadas fuera del Reino Unido.

La Corte Comunitaria de Luxemburgo salió al paso a estos argumentos rechazándolos de plano, como era esperado, no sólo por las razones que ya hemos adelantado, sino también por la falta de consistencia de los mismos.

Así, en relación con la justificación basada en el riesgo de evasión fiscal, el TJCE considera que la normativa de que se trata no tiene por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes artificiosos cuyo objetivo sea eludir la ley fiscal del Reino Unido, sino que contempla, en general, cualquier situación en la que la mayoría de las sociedades filiales de un grupo se hallen establecidas fuera del Reino Unido por la razón que sea. Es decir, se termina afirmando que el establecimiento de una sociedad fuera del Reino Unido no implica, en sí, la evasión fiscal, ya que la sociedad en cuestión estará sujeta, de todos modos, a la legislación del Estado de establecimiento.

Como ha puesto de relieve MARTÍN JIMÉNEZ ¹⁶ el Tribunal de Justicia termina rechazando la justificación invocada por el Gobierno del Reino Unido en la medida en que la norma nacional controvertida se aplica tanto si existe fraude como si no; de esta forma, el Tribunal no hace otra cosa que emplear el argumento utilizado en el caso *Leur-Bloem* ¹⁷, en el cual interpretó la cláusula anti-abuso de la Directiva Fusiones afirmando que el establecimiento de normas generales que priven automáticamente de una ventaja fiscal a determinadas operaciones, tanto si se ha producido efectivamente fraude o evasión fiscal como si no, sería contraria al objetivo perseguido por la citada

¹⁶ MARTÍN JIMÉNEZ, «Sección de Jurisprudencia del TJCE», *REDF*, n.º 103, 1999, p. 584.

¹⁷ STJCE de 17 de julio de 1997, Asunto 28/1995, Rec.p. I-4.204.

Directiva, que es facilitar las operaciones de reestructuración de las sociedades comunitarias¹⁸; en esta sentencia el Tribunal de Justicia estableció el principio conforme al cual las medidas nacionales antievasión fiscal que afecten al ejercicio de las libertades fundamentales del TCE deben ser no discriminatorias, perseguir un fin legítimo y ser proporcionadas a su objetivo y ser susceptibles de control jurisdiccional¹⁹. El examen de la más reciente jurisprudencia del TJCE desvela la tendencia de éste a minimizar estas causas de justificación (control fiscal/prevención fraude y evasión) en aras de fortalecer el ejercicio efectivo de las libertades comunitarias²⁰. Parece, por tanto, que el Tribunal de Justicia ha reducido el alcance justificador de tales causas o fundamentos a aquellos supuestos donde la maniobra de planificación fiscal sea muy evidente y sus efectos poseen cierta entidad, como aconteció en el caso *Daily Mail*.

No puede dejarse de mencionar que el acercamiento actual del Tribunal a esta cuestión plantea otro problema, a saber: el TJCE no ha establecido criterios claros para diferenciar lo que son medidas de «control fiscal» y cláusulas «anti-evasión y fraude». De hecho, en la hora actual puede afirmarse que no existe un concepto uniforme de fraude y evasión fiscal a nivel internacional y comunitario²¹. ¿Significa esto que las medidas nacionales restrictivas que persigan el control fiscal y aquellas que tengan como finalidad la prevención de la evasión y el fraude operan de la misma forma, esto es, con la misma «fuerza justificadora»?

¹⁸ Vid.: MARTÍN JIMÉNEZ, *REDF*, n.º 99.

¹⁹ No obstante, debe matizarse que la jurisprudencia *Leur-Bloem* fue dictada en un asunto donde se interpretaba una cláusula anti-abuso recogida por el Derecho comunitario y no una medida antievasión fiscal de carácter nacional; tal circunstancia tiene su trascendencia, dado que el TJCE viene rechazando de forma sistemática el riesgo de evasión fiscal para justificar una medida nacional restrictiva o discriminatoria de una libertad comunitaria (Véase la STJCE de 28 de enero de 1986, *Comisión/Francia*, Asunto 270/83), mientras que con las disposiciones anti-abuso comunitarias aplica el criterio antes apuntado (vid. GARCÍA PRATS, *Imposición directa, no discriminación y derecho comunitario*, op. cit., pp. 189 y ss.). Resulta también relevante destacar que el TJCE otorga distinto régimen a las medidas nacionales antievasión fiscal que a las que tienen por finalidad el «control fiscal»; ya hemos señalado cómo las primeras no resultan compatibles con el ordenamiento comunitario si son discriminatorias o restringen las libertades fundamentales del TCE; por el contrario, el Tribunal de Justicia ha declarado en reiterada jurisprudencia que «la eficacia de los controles fiscales constituye una razón imperiosa de interés general que puede justificar una restricción al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado» (Véase, por ejemplo, la STJCE de 20 de febrero de 1979, *Cassis de Dijon*, Asunto 120/79, Rec.p. 649; y, más recientemente, la sentencia de 15 de mayo de 1997, *Futura Participations*, Asunto 250/95; vid: el comentario de CAAMAÑO y CALDERÓN publicado en *QF*, n.º 18/1998). En todos estos casos resulta curioso, cuando no paradójico, observar la desconfianza y acercamiento restrictivo con el que el Tribunal de Justicia se refiere a las normas nacionales anti-abuso y de control fiscal, en contraste con el posicionamiento del Consejo de la UE con relación a esta materia (véase la Resolución del Consejo de 10 de febrero de 1975). El apartado I del Código de Conducta sobre fiscalidad empresarial, aprobado por el ECOFIN el 1 de diciembre de 1997 (98/C 2/01), aporta un buen ejemplo de ello cuando establece que: «El Consejo señala que las disposiciones encaminadas a combatir los abusos o las medidas de respuesta contenidas en las legislaciones fiscales y en los convenios de doble imposición desempeñan un papel fundamental en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal».

Vid.: HOENJET, «The Leur-Bloem Case», *EC Tax Review*, n.º 4, 1997, pp. 206 y ss; y RÄDLER, LAUSTERER, BLUMENBERG, «Tax Abuse and EC Law», *EC Tax Review*, n.º 2, 1997, pp. 86 y ss.

²⁰ SSTJCE de 16 de julio de 1998, *ICI* (C-264/96, Rec.p. I-4698 ss.; de 9 de marzo de 1999, *Centros Ltd*, Asunto 212/97, de 8 de julio de 1999, *Société Baxter*, Asunto 254/97, y de 28 de octubre de 1999, *Skatteministeriet/Bent Vestergaard*, Asunto 55/98.

²¹ Sobre esta cuestión, vid.: CALDERÓN CARRERO, J.M., «Aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal», en *Temas de Derecho Penal Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

El segundo argumento esgrimido por el Gobierno del Reino Unido también fue rechazado de plano por el TJCE declarando que la «disminución de ingresos fiscales» no figura entre las razones mencionadas en el artículo 56 del Tratado y no puede considerarse como una razón imperiosa de interés general que pueda ser invocada para justificar una desigualdad de trato en principio incompatible con el artículo 52 del Tratado. Se reitera, por tanto, la doctrina consolidada en este ámbito sin aportar ningún aspecto novedoso digno de destacarse ²².

El tercer test al que somete el Tribunal de Justicia la norma nacional controvertida es si ésta resulta necesaria para garantizar la *coherencia de un régimen tributario*. Esta causa de justificación no viene recogida en el artículo 56, sino que constituye una creación del propio TJCE a través de la sentencia *Bachmann* ²³. El hecho de haberse creado esta nueva regla al margen del TCE ha sido objeto de diversas críticas, de entre las que destacan aquellas que señalan la imprecisión del concepto acuñado por el Tribunal ²⁴. Y lo cierto es que la configuración de la «coherencia del sistema tributario» tiene un contenido ambiguo y unos perfiles muy difusos debido a que, por un lado, su concreción corresponde a cada uno de los Estados ²⁵ y, por otro, su configuración se ha ido elaborando a través de la jurisprudencia progresiva del TJCE, que aún en el momento actual no termina de delimitarlo con nitidez ²⁶. Precisamente, puede afirmarse que una de las virtualidades que posee el caso *ICI* viene dada por su significativa contribución a la configuración del criterio de la coherencia fiscal, en la medida en que el TJCE apunta un elemento nuevo a estos efectos.

A este respecto, la Corte Comunitaria de Luxemburgo declaró que la necesidad de garantizar la coherencia de un régimen tributario podía, en determinadas circunstancias, justificar una normativa que puede limitar las libertades fundamentales. Pero para que tal criterio opere debe mediar una relación directa entre la norma nacional que se considere discriminatoria o restrictiva y una segunda disposición interna que constituye la otra cara o parte de la misma, de manera que la interrelación que media entre ambas constituya en sí misma un régimen jurídico-tributario completo y coherente. Tal relación directa existía en el caso *Bachmann*, entre la posibilidad de deducir las primas, por un lado, y la tributación de las cantidades adeudadas por los aseguradores en virtud de contratos de seguro de vejez y muerte, por otro, relación que había que preservar para salvaguardar la coherencia del sistema tributario en cuestión. Sin embargo, en el caso *ICI* no existe ninguna relación directa de ese tipo entre, por una parte, la desgravación fiscal, en el caso de la sociedad de consorcio, de las pérdidas sufridas por una de sus filiales con domicilio social en el Reino Unido y, por otra parte, la tributación de los beneficios de las filiales situadas fuera del Reino Unido.

²² Vid. supra; véase también la STJCE de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail*, Asunto 81/87, Rec.p. I-5.505.

²³ STJCE de 28 de enero de 1992, Asunto 204/90, Rec.p. I-249.

²⁴ HINNECKENS, P., «Impact of non-discrimination principle under EC Treaty on Belgian income tax law, *EC Tax Review*, n.º 2, 1996, p. 60; y KNOBBE KEUK, B., «Restrictions on the Fundamental Freedoms Enshrined in the EC Treaty by discriminatory tax provisions», *op. cit.* pp. 80 y 85.

²⁵ *Bachmann*, f.j. 23.

²⁶ Vid.: los casos *Bachmann*, *Svensson*, *Wielockx*, *Schumacker* analizados sistemáticamente por GARCÍA PRATS, *Imposición directa, no discriminación y derecho comunitario*, *op. cit.* pp.194 y ss.; véase también el caso *Safir*, comentado CAAMAÑO/CALDERÓN/MARTÍN JIMÉNEZ, en el n.º 251/1999 de la *RDFHP*.

La aclaración que aporta el Tribunal de Justicia en esta sentencia no puede sino valorarse positivamente -especialmente, después de la confusa regla establecida en el caso *Safir*²⁷- en cuanto que avance en la configuración de un criterio clave a la hora de justificar medidas fiscales discriminatorias o restrictivas. Asimismo, consideramos correcta la aplicación al caso de la citada doctrina, máxime teniendo en cuenta que la entidad cuyas pérdidas se trataba de compensar era una sociedad residente del Reino Unido. Ciertamente, no parece que exista vínculo directo alguno entre la norma que permite la compensación de pérdidas a una entidad que controla una parte sustancial de un consorcio empresarial y la residencia fiscal de la mayoría de las sociedades o filiales integrantes del mismo. Lo que sí puede acontecer es que el Fisco británico -el *Inland Revenue*- tenga mayores dificultades para controlar las bases imponibles (positivas y negativas) de las filiales no residentes en el Reino Unido, los ajustes *a posteriori* que éstas pudieran soportar en sus Estados de residencia, el cumplimiento de los presupuestos del *consortium relief*, etc. Del mismo modo, tampoco puede dejar de señalarse que tanto a nivel comunitario, como a nivel internacional existe, en la hora actual, un marcado clima de «competencia fiscal perniciosa» (*Harmful Tax Competition*) entre los Estados que puede «justificar» en cierto sentido una medida como la prevista en la legislación británica. Ahora bien, tanto los problemas de control fiscal transnacional, como las derivaciones de la «competencia fiscal perniciosa» no forman parte del concepto de «coherencia del sistema tributario» acuñado por el TJCE, ni tampoco integran justificaciones admisibles en todo caso por el citado órgano jurisdiccional, lo cual no deja de plantear, en muchas ocasiones, problemas de la misma o mayor entidad que los que se tratan de evitar.

Con todo, la jurisprudencia establecida en el caso *ICI* ha sido interpretada como una reafirmación de la doctrina conforme a la cual las medidas fiscales discriminatorias sólo pueden justificarse de acuerdo con *written grounds* o causas tasadas establecidas en el TCE y no invocando *unwritten grounds* como la «coherencia fiscal»²⁸.

4. A modo de conclusiones sobre las posibles consecuencias del caso *ICI*. Particular referencia al ordenamiento tributario español.

Esta sentencia -que, dicho sea de paso, ha sido objeto de menor atención de la que se merece por los comentaristas- introduce, a nuestro juicio, una serie de aportaciones muy relevantes, ya sea por su carácter novedoso, ya por las consecuencias que se pueden seguir de alguno de ellos, trasladando la *rule of reason* creada a otros supuestos similares.

En este lugar nos limitaremos a enunciar las reglas que consideramos más novedosas y relevantes, remitiéndonos a lo antes expuesto en lo que al análisis de cada una de ellas se refiere.

²⁷ Vid.: el comentario a esta sentencia de CAAMAÑO/CALDERÓN/MARTÍN JIMÉNEZ, en el n.º 251/99 de la *RDFHP* y el de MARTÍN JIMÉNEZ en *Towards Corporate Tax Harmonization in the EU*, op. cit. pp. 247-250.

²⁸ VAN DEN HURK, H., «The EC Court of Justice knows its limits», *EC Tax Review*, n.º 4, 1999, p. 220.

- En primer lugar, el Tribunal de Justicia amplía la operatividad de las libertades comunitarias cuando limita -y, en su caso, excluye- las medidas fiscales del *Estado de origen* que puedan restringir, directa o indirectamente, el establecimiento de una entidad del mismo en otro Estado miembro *a través de filiales de segundo grado*. Esta jurisprudencia, sin embargo, plantea un interrogante de cuya respuesta depende que una libertad comunitaria esté siendo afectada (restringida) por una medida nacional, a saber: ¿cuándo una entidad nacional de un Estado controla principalmente una filial de segundo grado establecida en otro Estado miembro?
- En segundo término, el TJCE establece que el hecho de que una entidad nacional sea privada de una «ventaja fiscal» (*consortium relief*) cuando *controle principalmente* filiales residentes en otros Estados miembros usando las posibilidades que le brinda el artículo 52 TCE, se considera una «diferencia de trato» (una discriminación) que sólo puede estar justificada en las hipótesis excepcionales previstas por el Tratado. El centro de gravedad de este «enfoque discriminatorio» radica en el hecho de que la «diferencia de trato» resulta del domicilio fiscal de las filiales controladas por el consorcio de entidades nacional. Por tanto, resultan contrarias al ordenamiento comunitario todas aquellas medidas (incluidas las del Estado de origen) que supongan una diferencia de trato fiscal que afecte desfavorablemente a una persona que ejerza indirectamente una libertad comunitaria, como el derecho de establecimiento, a través de otras personas (filiales) que controle principalmente. Es decir, el régimen fiscal aplicable por el Estado miembro de origen (residencia/nacionalidad) de la matriz que controla, directa o indirectamente, una filial residente de otro Estado miembro constituye una restricción al derecho de establecimiento allí donde existe una diferencia de trato fiscal aplicable a la matriz en comparación con el régimen fiscal que correspondería aplicar si tal entidad controlara principalmente filiales nacionales (residentes del mismo Estado miembro que la matriz).
- En tercer lugar, se precisa el alcance de la justificación basada en «*la necesidad de garantizar la coherencia de un régimen tributario*» declarándose que puede, en determinadas circunstancias, justificar una normativa que sea susceptible de limitar las libertades fundamentales. Pero para que tal criterio opere debe mediar una relación directa entre la norma nacional que se considere discriminatoria o restrictiva y una segunda disposición interna que constituye la otra cara o parte de la misma, de manera que la interrelación que media entre ambas constituya en sí misma un régimen jurídico-tributario completo y coherente.

Siguiendo a DANIELS²⁹ puede afirmarse que de la combinación de la jurisprudencia dictada en los casos *Avoir fiscal*³⁰ e *ICI* se pueden extraer las siguientes reglas:

El Tribunal de Justicia, como punto de partida, exige que se aplique el mismo trato fiscal a una entidad nacional de un Estado miembro cuando sea la matriz de:

²⁹ DANIELS, «The freedom of establishment: some comments on the ICI decision», *op. cit.* p. 41.

³⁰ STJCE de 28 de enero de 1986, *Comisión/Francia*, Asunto 270/83.

1. Una filial nacional del mismo Estado;
2. Cuando sea la matriz de una filial nacional (residente) de otro Estado miembro; y
3. Cuando posea un establecimiento permanente en otro Estado miembro.

Ciertamente, no se puede dejar de reconocer la valentía que ha demostrado el TJCE en este pronunciamiento, así como la coherencia con sus pronunciamientos precedentes. Probablemente, una solución distinta a la que se llegó finalmente en el caso *ICI* hubiere «descabalgado» los principios que el propio Tribunal ha ido elaborando a lo largo de los últimos años. La idea subyacente en todas estas sentencias no es otra que la de «remover» los distintos obstáculos fiscales a los que se enfrentan, directa o indirectamente, los operadores económicos que pretenden ejercer o servirse de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado. No puede ocultarse que para lograr este fin el Tribunal de Justicia acude con mucha frecuencia a una interpretación liberal y creativa del TCE, lo cual, en algunas ocasiones, le lleva a establecer principios que difícilmente pueden extraerse del tenor literal y finalidad original de los preceptos del Tratado que son objeto de interpretación. La idea de la realización efectiva del mercado interior, en cuanto objetivo fundamental del TCE, constituye la piedra angular de la construcción de la Corte Comunitaria de Luxemburgo, cuando menos allí donde dilucida los conflictos entre las libertades fundamentales del Tratado y la legislación fiscal nacional (no armonizada) relativa a los impuestos directos. Probablemente, el bloqueo institucional a que viene siendo sometida la armonización de esta materia, así como las oscuras perspectivas que se ciernen sobre tal proceso también puede constituir un factor que haya influido en el TJCE a la hora de tomar estos derroteros. No obstante, el Tribunal no puede convertirse en «legislador», dado que no goza de legitimidad para ello ³¹.

La sentencia *ICI* contribuye, a nuestro juicio, de forma especial a intensificar la presión a la que la doctrina jurisprudencial del TJCE tiene sometidos a los Estados miembros. En concreto, ya hemos indicado que el Tribunal de Justicia, como punto de partida, exige que se aplique el mismo trato fiscal a una entidad nacional de un Estado miembro (*home country*) cuando sea la matriz de una filial nacional del mismo Estado que cuando sea la matriz de una filial nacional (residente) de otro Estado miembro, o cuando posea un establecimiento permanente en otro Estado miembro. De esta regla pueden derivarse consecuencias o aplicaciones poco previsibles y bastante relevantes. Piénsese, por ejemplo, en su aplicación al régimen de «transparencia fiscal internacional» (*Controlled Foreign Companies*). Aplicando la doctrina *ICI* a la normativa española sobre transparencia fiscal internacional (art. 121 LIS y art. 75 LIRPF) puede llegarse fácilmente a la conclusión de que la aplicación de este régimen restringe de forma significativa la libertad de establecimiento de una entidad nacional/residente de España (la matriz) que opera a través de una filial nacional de otro Estado miembro que controla principalmente ya sea de forma directa o indirecta. Otras aplicaciones de esta regla podían manifestarse en relación con las normas «antiemigración fiscal» previstas en la LIRPF (art. 9.3) o en la LIS (art. 17.1), o el propio régimen de los grupos de sociedades ³². Cuestión dis-

³¹ Vid. MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Towards Corporate Tax Harmonization*, op. cit. pp. 285 y ss.

³² Artículo 81.1 LIS; véase, a este respecto, la SAN de 28 de noviembre de 1996, JT96, Ar.1656, donde se deniega la aplicación del régimen de tributación consolidada respecto de un establecimiento permanente situado en España.

tinta es que las restricciones que las citadas normas nacionales generan puedan estar o no justificadas y resulten proporcionales a los fines que persiguen. A estas cuestiones nos vamos a referir a continuación desde el punto de vista de las regulaciones española y comparada de la transparencia fiscal internacional, el régimen de los grupos de sociedades o las llamadas «normas antiemigración fiscal».

4.1. Transparencia Fiscal Internacional.

Los artículos 2 y 10 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social incorporan a nuestro ordenamiento tributario, casi al mismo tiempo que se estrenan en los ordenamientos portugués y finlandés, el instituto de lo que se dio en llamar transparencia fiscal internacional. Esta figura, que ha conservado su nombre tras la promulgación de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades y ahora con la Ley 40/1998, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, nació -como medida antielusoria- con el fin de someter a gravamen a determinadas personas o entidades residentes en nuestro territorio, por ciertas clases de rentas obtenidas por personas y entidades no residentes, controladas por las primeras, en los casos en que la presión fiscal del país de las no residentes fuese sensiblemente inferior a la española.

A pesar de la juventud de esta institución en nuestro ordenamiento, se trata de una vieja fórmula que, si bien con una regulación menos depurada, se introduce en el Derecho norteamericano ya en 1937 con las *Personal Holding Company Provisions*. A partir de 1970 se adoptan medidas similares en la entonces RFA, en Japón, Canadá, Nueva Zelanda, Francia y Gran Bretaña, y en los años 90 en Suecia y Noruega ³³.

En términos generales, para que los contribuyentes con residencia en territorio español deban imputarse ciertas rentas percibidas por los no residentes deben concurrir estos requisitos:

- a) Que las personas, físicas o jurídicas, residentes en territorio español tengan el control, directo o indirecto, de las personas jurídicas no residentes;

³³ Cabe apuntar, en fin, que algunos países han incorporado a su ordenamiento figuras complementarias a la transparencia fiscal internacional con el fin de fortalecer el cuadro de medidas dirigidas a evitar la elusión fiscal internacional. Por vía de ejemplo, son interesantes las contempladas en los artículos 64 del Livre des Procédures Fiscales francés y 739 de la Tax Act británica de 1988. Con arreglo al primero, «los actos que disimulan el contenido verdadero de un contrato o negocio jurídico no son oponibles a la Administración, que está en el derecho de restituir su verdadero carácter a la operación controvertida», precepto en el que, según criterio del Consejo de Estado francés, tienen cabida «las estructuras fiscales sin funcionamiento real» (*Vid.*, en la misma línea, CE 15 enero 1982, RJF 1982, p. 128; CE 19 enero 1983, RJF 1983, p. 190; CE 12 julio 1989, RJF 1989, p. 588). El artículo citado de la Tax Act británica sujeta al Income Tax, por su parte, las rentas o el patrimonio transferido por las personas físicas residentes a otras personas, físicas o jurídicas, residentes en el extranjero, siempre que se aprecie que el derecho efectivo a su disfrute corresponda al residente en el Reino Unido.

- b) Que tales personas no residentes disfruten en su país de residencia de un tratamiento fiscal privilegiado;
- c) Que las rentas sometidas a baja tributación en el país de residencia de la entidad perceptora sean del tipo de las descritas en la normativa española. En términos generales, serían rentas que podrían abrigarse dentro de la expresión «rentas pasivas» (arrendamientos no empresariales de bienes inmuebles, intereses, dividendos y ganancias de capital de acciones, obligaciones e inmuebles no afectos a explotaciones económicas, etc.).

Pues bien, a la luz del razonamiento que ha desgranado el TJCE en el análisis del caso *ICI*, tal vez no sea excesivo concluir que el juego de imputación de rentas al que obliga la figura de la transparencia fiscal internacional establece una discriminación -o una restricción- del principio comunitario de la libertad de establecimiento. Recordemos que, en opinión de la Corte de Luxemburgo, son contrarias al ordenamiento comunitario todas aquellas medidas (incluidas las del Estado de origen) que supongan una diferencia de trato fiscal que afecte desfavorablemente a una persona que ejerza indirectamente una libertad comunitaria, como el derecho de establecimiento, a través de otras personas (filiales) que controle principalmente. Es decir, el régimen fiscal aplicable por el Estado miembro de origen (residencia/nacionalidad) de la matriz que controla, directa o indirectamente, una filial residente de otro Estado miembro constituye una restricción al derecho de establecimiento allí donde existe una diferencia de trato fiscal aplicable a la matriz -y no cabe duda que tal es el efecto que produce la transparencia fiscal internacional- en comparación con el régimen fiscal que correspondería aplicar si tal entidad controlara principalmente filiales nacionales (residentes del mismo Estado miembro que la matriz).

Podríamos afirmar, en línea de principio, que la diferencia de trato a que se somete en relación con la matriz residente en España las rentas obtenidas por la filial, en función de que ésta resida en nuestro país o en ciertos países vecinos -siempre, claro está, que el tratamiento fiscal dispensado por éstos a ciertos tipos de rentas se considere privilegiado-, constituye una diferencia de trato -una restricción- que no guarda sintonía con los principios consagrados en el artículo 52 TCE y, en particular, con la libertad de establecimiento.

Ahora bien, también el TJCE en la Sentencia *ICI* sostiene que la necesidad de garantizar la coherencia de un régimen tributario podía, en determinadas circunstancias, justificar una normativa que puede limitar las libertades fundamentales. Por tal razón, procede examinar si el fundamento jurídico-tributario de la transparencia fiscal internacional se traduce en una garantía del sistema tributario y, por consiguiente, justifica que se «restrinja» la libertad de establecimiento.

¿Cuál es, pues, la fundamentación jurídico-tributaria de la transparencia fiscal internacional?

La Exposición de Motivos de la Ley 42/1994, Ley que, como hemos dicho, introduce la figura de la transparencia fiscal internacional en nuestro ordenamiento, hace referencia expresa a los dos objetivos que el legislador ha perseguido con su creación: evitar el diferimiento del pago del gravamen y evitar el vaciamiento de la base imponible mediante el traslado de las rentas a un territorio de baja tributación.

A) Evitar el diferimiento del pago del gravamen.

En primer lugar, por tanto, la Ley persigue evitar el diferimiento en la tributación. Piénsese que si las rentas que van a ser objeto de imputación en España son mayoritariamente rentas pasivas, o sea, de capital, con frecuencia la entidad perceptora estaría en régimen de transparencia fiscal interna (p.ej. por ser previsiblemente de cartera o de mera tenencia de bienes), y en este caso al tener aquélla el carácter de no residente, las bases imponibles positivas no podrán ser objeto de imputación a los socios, como sería propio de la sociedad transparente, hasta que los beneficios de la no residente fuesen objeto de distribución. Además, no cabe argumentar que a pesar de que los socios no han tributado sí lo ha hecho la entidad perceptora de las rentas en su país de residencia, porque dicho territorio, como hemos visto, es un territorio de baja tributación -y no necesariamente uno de los calificados como paraísos fiscales, sino cualquiera en que las mismas rentas sufran una presión fiscal al menos un 75% inferior a la española-³⁴.

B) Evitar el vaciamiento de la base imponible mediante el traslado de las mismas a un territorio de baja tributación.

Ya hemos apuntado que tiene sus excepciones la regla general de que la transparencia fiscal internacional no se extiende a las rentas derivadas de actividades empresariales. Tal excepción es precisamente la que ordena imputar rentas de aquel tipo -crediticias, financieras, aseguradoras o de prestación de servicios- percibidas por la entidad no residente si tales actividades se realizan con una empresa vinculada que resida en nuestro país y generen para esta última gastos deducibles en su impuesto sobre la renta. Con ello se persigue alcanzar el segundo de los objetivos apuntados: evitar el vaciamiento de la base imponible del contribuyente sujeto en España a través de gastos facturados desde una entidad vinculada no residente y situada en un país de baja tributación.

Pues bien, las referidas finalidades perseguidas a través de la transparencia fiscal internacional ¿justifican la excepción que encierran al principio comunitario de la libertad de establecimiento consagrado en el artículo 52 TCE? ¿justifican una diferencia de trato fiscal entre el régimen de las filiales naciones y de las residentes en el extranjero, de manera que quede a salvo la prohibición comunitaria de discriminación -o restricción-?

Cabe, en efecto, recordar al respecto que para la Corte de Luxemburgo:

a) Pueden entenderse justificadas todas aquellas medidas destinadas a *impedir el ejercicio abusivo de un derecho (control), maniobras fraudulentas o de evasión fiscal*, de confor-

³⁴ Por otra parte, incluso la percepción de rentas a través de entidades residentes en el exterior permite jugar con la posibilidad de alterar la calificación de las rentas a efectos de su distribución. Por ejemplo, convirtiendo las rentas de la actividad empresarial en ganancias patrimoniales, aprovechando v.gr. en el ámbito del IRPF el vigente gravamen al tipo proporcional del 20 por 100 (v.gr. reducción del capital social con restitución de las aportaciones; el exceso de la cuota de adjudicación en relación con el valor de la aportación tiene el carácter de ganancia patrimonial).

midad con la doctrina adoptada en el caso *Daily Mail* (cit.); esta causa de justificación, no obstante, viene siendo reducida a la mínima expresión, de manera que sólo se admite en casos excepcionales ³⁵; y

- b) De que son admisibles restricciones a las libertades fundamentales del TJCE cuando, siendo necesarias y proporcionales a su fin, amparan un *interés legítimo* de un Estado miembro.

Ahora bien, en todo caso, para que una norma nacional discriminatoria se considere justificada y, por lo tanto, compatible con el Tratado, deben concurrir las tres siguientes condiciones:

1. De un lado, debe apreciarse la concurrencia del «*principio de proporcionalidad*» en la solución que da cada ordenamiento por cuanto que la ausencia de ésta, según el TJCE, la convierte en discriminación arbitraria ³⁶.
2. De otro lado, la Corte Comunitaria de Luxemburgo ha considerado que tratar de amparar una medida nacional que establece una discriminación (o una restricción de un derecho) en una causa legítima como la prevención del fraude resulta inadecuado e inaceptable allí donde existen otros medios para alcanzar el mismo fin sin incurrir en dicha diferencia de trato (*principio del carácter indispensable de la restricción*) ³⁷.
3. En tercer lugar, la jurisprudencia del TJCE también ha precisado que incluso las normas nacionales que establezcan diferencias de trato en ejecución de autorizaciones o mandatos comunitarios deben llevarse a cabo de forma que produzcan el menor obstáculo posible para los principios y libertades comunitarias, so pena de resultar contraria al Tratado (*principio de mínima restricción*) ³⁸.

³⁵ SSTJCE de 16 de julio de 1998, *ICI*, C-264/96, Rec.p. I-4698 ss.; de 9 de marzo de 1999, *Centros Ltd*, Asunto 212/97, de 8 de julio de 1999, *Société Baxter*, Asunto 254/97, y de 28 de octubre de 1999, *Skatteministeriet/Bent Vestergaard*, Asunto 55/98.

³⁶ SSTJCE de 7 de diciembre de 1981, *Nederlanse Marts Chapij*, Asunto 272/80, Rec.p.I-3277 y ss.; de 10 de noviembre de 1982, *Rau*, Asunto 261/81, Rec.p. I-3.961 y ss.; de 15 de octubre de 1982, *Oosthecks*, Asunto 286/81, Rec.p. I- 4.575 y ss.; de 30 de abril de 1986, *Comisión/Francia*, Asunto 96/85, Rec.p. I-1.75 (fj11); de 12 de marzo de 1987, *Comisión/RFA*, Rec.p. 1.227-1.274; sentencia *Coenen*, Asunto 39/75, Rec.p. I-1.556 y ss.; de 14 de diciembre de 1989, *Jaderow*, Asunto 26/87, Rec.p. I-4.509 y ss.; de 25 de julio de 1991, *Säger*, Asunto 76/90, Rec.p. I-4.239 y ss.; de 8 de abril de 1992, *Comisión/Alemania*, Asunto 62/90, Rec.p. I-2.601 y ss.; de 2 de agosto de 1993, *Comisión/Francia*, Asunto 276/91, Rec.p. I-4.413 y ss.

³⁷ SSTJCE de 3 de diciembre de 1974, *Van Binsbergen*, Asunto 33/74, Rec.p. I-1.299 y ss.; 10 de julio de 1986, *Segers*, Asunto 79/85, Rec.p. I-2.375 y ss., especialmente f.j.16-17; de 14 de diciembre de 1989, *Jaderow*, Asunto 216/87, Rec.p. I-4.509 y ss.; de 30 de abril de 1986, *Comisión/Francia*, Asunto 96/85, Rec.p. I-1.475 y ss.; de 25 de julio de 1991, *Säger*, Asunto 76/90, Rec.p. I-4.239 y ss.; de 20 de mayo de 1992, *Ramrath*, Asunto 106/91, Rec.p. I-3.351 y ss.; de 3 de febrero de 1993, *Veronica*, Asunto 148/91, Rec.p. I- 513 y ss.; de 9 de agosto de 1994, *Vander*, Asunto 43/93, Rec.p. I- 3.803 y ss.

³⁸ SSTJCE de 15 de diciembre de 1976, *Simmenthal*, Asunto 35/76, Rec.p. I-1.871 y ss. (f.j.17-19); de 22 de julio de 1994, *Deutsches Milch-Kontor*, Asunto 496/94, Rec.p. I- 2.757 y ss., especialmente f.j.52-54; de 13 de julio 1995, Asunto T 466/93, 466/93, 473/93, 474/93 y 477/93, *O'Dwyer/Comisión*, Semana de actividades del TJCE, n.º 21/95; de 13 septiembre 1995, *TWD/Comisión*, Asuntos T-244/93, 486/93.

Sobre la base de todo ello, difícil será justificar la diferencia de tratamiento que la transparencia fiscal internacional comporta entre el régimen fiscal de las filiales residentes y no residentes, en las circunstancias legalmente exigidas. Difícil será, en efecto, reconocer a aquella figura su necesidad para garantizar la coherencia del sistema tributario, si tenemos en cuenta.

- a) Que se trata de una *factio iuris*;
- b) Que altera unilateralmente los criterios de reparto del poder tributario entre los Estados, así como el origen económico de las rentas;
- c) Su discutible sintonía con los Convenios para evitar la Doble Imposición ³⁹;
- d) La complejidad técnica de su aplicación (piénsese en las dificultades de determinar cuándo la diferencia de presión fiscal entre dos países excede del 75 por 100, en la indefinición de ciertos grupos de rentas pasivas, en las dificultades para determinar la suma a imputar en el caso de pérdidas de ejercicios anteriores de la entidad participada o, por ejemplo, cuando tenga rentas positivas y negativas susceptibles de compensación entre sí, pero unas imputables y otras no); o, en fin,
- e) La dificultad -o, más precisamente, imposibilidad- de deducir el impuesto soportado en el extranjero en caso de que la sociedad participada opere en un tercer país a través de otra sociedad.

Para dotar de claridad a la cuestión, es conveniente tener presente criterios jurisprudenciales al respecto del TJCE tales como los siguientes:

- No es suficiente invocar una pérdida recaudatoria futura para fundamentar una norma nacional que establezca una diferencia de trato ⁴⁰;
- La invocación de dificultades administrativas es también inaceptable a la hora de justificar una discriminación residentes/no-residentes. El TJCE considera que la Directiva 77/799/CEE, de asistencia mutua e intercambio de información constituye un mecanismo adecuado para resolver los problemas de esta naturaleza que se puedan plantear ⁴¹.

³⁹ Véanse, a título de ejemplo, el artículo 7 del Convenio con EEUU, y el artículo 9 del MC OCDE y de los Convenios firmados con Francia, Gran Bretaña y Países Bajos.

⁴⁰ *Schumacker*, vid.: B. KNOBBE-KEUK, «Restrictions on the fundamental freedoms enshrined in the EC Treaty- Ban and justification», *op. cit.* pp. 79 y ss.

⁴¹ SSTJCE de 28 enero 1992, Asunto 204/90, *Bachmann*, Rec.p. I-240 y ss. f.j. 18); *Halliburton Services*, de 12 de abril de 1994, Rec.p. I-1.137 y ss. (f.j.22); de 14 de febrero de 1995, *R.Schumacker*, Asunto 279/93, *QF*, n.º 4/95, pp. 48 y ss. (f.j. 45); de 11 de agosto de 1995, *G.H.E.Wielockx/Inspecteur der directe belastingen*, Asunto 80/94, f.j. 26).

- Si bien es cierto que la Directiva 88/361/CEE, de 24 de julio de 1988 reconoce que la libre circulación de capitales debe acompañarse forzosamente de medidas tendentes a suprimir o atenuar los riesgos de evasión y fraude fiscales, apunta a renglón seguido que éstas «no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria, ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos»⁴².

4.2. Régimen de los grupos de sociedades.

La Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades dedica el Capítulo VII del Título VIII, relativo a los regímenes especiales, a la regulación del régimen especial -y opcional- de los grupos de sociedades, que se aplicará por el solo hecho de que así lo acuerden todas y cada una de las sociedades que deban integrar el grupo de sociedades.

En aplicación del citado régimen, en el que las sociedades integradas en el grupo dejan de tributar individualmente, el grupo de sociedades tendrá la consideración de sujeto pasivo, ostentando la sociedad dominante la representación del grupo de sociedades y quedando ésta sujeta, en consecuencia, al cumplimiento de las obligaciones tributarias materiales y formales que se deriven del régimen de los grupos de sociedades. Y también en aplicación del régimen especial, la base imponible del grupo se determinará sumando las bases imponibles correspondientes a todas y cada una de las sociedades integrantes del grupo, las eliminaciones de resultados por operaciones internas efectuadas en el período impositivo y las incorporaciones de las eliminaciones practicadas en ejercicios anteriores (arts. 78 y 85 de la Ley 43/1995).

Pues bien, en el sistema tributario español es condición indispensable para que pueda hablarse de grupo de sociedades a los efectos del Impuesto sobre Sociedades que se trate de un conjunto de sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones, formado por una sociedad dominante y todas las sociedades dependientes de la misma, todas ellas residentes en España (art. 81 Ley 43/1995). La condición de residentes de todas las entidades integrantes del grupo es circunstancia necesaria para que puedan optar por el mismo, de modo que cuando alguna de ellas carece de cualquiera de los requisitos de tener su domicilio social o la sede de dirección efectiva en territorio español, o haber sido constituida conforme a las leyes españolas, la sociedad queda excluida del derecho a optar por el régimen especial y de tributar, en suma, en forma consolidada.

Veamos la coincidencia de la regulación española con algunos modelos de Derecho comparado:

⁴² Vid.: A.P. DOURADO, «Free Movement of Capital and Capital Income Taxation within the European Union», *EC Tax Review*, n.º 4/94, pp. 179 y ss.; G. DE BONT, «Taxation and the Free Movement of Capital and Payments», *EC Tax Review*, n.º 3/95, pp. 142 y ss.

En el Derecho alemán el grupo de sociedades (*Organschaft*) es una unidad empresarial que deriva de una confluencia de intereses económicos⁴³. El artículo 14 de la Ley reguladora del Impuesto sobre Sociedades (*Körperschaftsteuer, KStG*) dispone que en los casos en que una AG o una KgaA (sociedades anónimas o comanditarias por acciones) con sede de dirección y domicilio en Alemania (*Organgesellschaft*, sociedad dependiente) se encuentre obligada por un contrato de transferencia de beneficios, tal como se define en el artículo 291 de la AkG, a transferir la totalidad de sus beneficios a la sociedad dominante residente en Alemania, la renta de las sociedades dependientes debe agregarse a la renta de la sociedad dominante⁴⁴.

Excepcionalmente, el artículo 18 de la KStG permite a grupos cuya empresa dominante sea extranjera, siempre que se trate de una sucursal de naturaleza empresarial inscrita en el Registro Mercantil alemán y que, además, se den las siguientes circunstancias:

- a) La sucursal de la empresa extranjera ha de haber suscrito con las sociedades dependientes un contrato de transferencia de beneficios;
- b) Que se den entre la sucursal en Alemania y las sociedades dependientes las tres notas de dependencia financiera, económica, organizativa y jurídica a las que hemos hecho referencia.

Y tampoco difiere significativamente el régimen de los grupos de sociedades en el Derecho tributario de los Países Bajos:

Para optar por el régimen especial de la «unidad fiscal»⁴⁵, deben darse, entre otras, las siguientes condiciones:

⁴³ Se define jurídicamente como un órgano (*Organ*) integrado por varias empresas (*Organgesellschaften*), que carecen de poder de decisión propio, por corresponder la facultad de decidir a la empresa que ostenta la titularidad del órgano (*Organträger*), es decir, la sociedad dominante del grupo, en el Derecho español. En Alemania el grupo se caracteriza, pues, por su dependencia financiera, económica, organizativa y jurídica de las empresas respecto de la dominante, que ostenta la titularidad del grupo.

⁴⁴ Se exigen, por tanto, al menos dos requisitos para que proceda la tributación consolidada:

- a) Que exista entre las entidades pertenecientes al grupo un contrato de transferencia de beneficios (*gewinnabführungsvertrag*), contrato típico de empresa en Alemania, en virtud del cual una AG, una KgaA o una GmbH se obligan a transferir la totalidad de sus beneficios a otras u otras empresas dominantes (*Organträger*).
- b) La empresa dominante del grupo y las sociedades dependientes deben estar sujetas al KStG por obligación personal de contribuir, es decir, deben tener su sede de dirección o su domicilio social en Alemania y, en el caso de que la empresa dominante sea una sociedad de personas, sólo pueden ser socios de ella personas que tributen por la renta a ellas imputable por el EStG o el KStG de forma ilimitada.

⁴⁵ Lo que caracteriza a la «unidad fiscal» (*fiscale eenheid*), contemplada en los artículos 15 y 15.^o de la WVpB (*Wet op de Venootschapsbelasting*) es la mera titularidad sobre el 99 por 100 del capital de otra persona jurídica. Debe notarse que la «unidad fiscal» como tal es diferente del grupo de sociedades, definido en el artículo 24b del Libro II del Código civil holandés como una unidad económica en la cual aparecen ligadas orgánicamente personas jurídicas y sociedades; Sociedades del grupo son las personas jurídicas y sociedades que están ligadas recíprocamente en un grupo. Pues bien,

- a) La sociedad matriz debe ser residente en los Países Bajos y, además, debe ser una NV (sociedad anónima en el Derecho español), una BV (sociedad de responsabilidad limitada en España), una mutua de seguros o una asociación de cooperativas. Las sociedades filiales, también residentes en los Países Bajos, deben tener la forma de NV o de BV.
- b) La sociedad matriz debe poseer, al menos, el 99 por 100 del capital de las filiales.

Cuando falta cualquiera de las circunstancias citadas, la filial quedará excluida del régimen especial, como también quedará cuando, en el curso de un ejercicio fiscal, la sociedad dominante pierde el porcentaje de participación en las filiales exigido legalmente (99%) o cualquiera de éstas traslada su residencia a territorio extranjero. En tales casos, la separación produce sus efectos desde el comienzo del ejercicio en que se producen las circunstancias que la motivan y trae como consecuencia la tributación de las ganancias producidas en las transmisiones de activos intergrupo, además de gravarse en la matriz, en su caso, las reservas tácitas correspondientes, es decir, la diferencia entre el valor contable del elemento transmitido y su valor de mercado.

A efectos de enjuiciar la sintonía del régimen tributario de los grupos de sociedades con el Tratado CEE y, en particular, del hecho de que la residencia en el extranjero opere como circunstancia excluyente del régimen consolidado, conviene recordar las conclusiones a las que llega el TJCE en la Sentencia *ICI*: el régimen fiscal aplicable por el Estado miembro de origen (residencia/nacionalidad) de la matriz que controla, directa o indirectamente, una filial residente de otro Estado miembro constituye una restricción al derecho de establecimiento siempre que exista una diferencia de trato fiscal aplicable a la matriz en comparación con el régimen fiscal que correspondería aplicar si tal entidad controlara principalmente filiales nacionales (residentes del mismo Estado miembro que la matriz). Más sencillamente, resultan contrarias al ordenamiento comunitario todas aquellas medidas (incluidas las del Estado de origen) que supongan una diferencia de trato fiscal que afecte desfavorablemente a una persona que ejerza indirectamente una libertad comunitaria, como el derecho de establecimiento, a través de otras personas (filiales) que controle principalmente.

Y sin necesidad de reproducir ahora toda la argumentación que hemos aportado en el análisis de la figura de la transparencia fiscal internacional, baste recordar que la idea clave con la que opera la Corte Comunitaria de Luxemburgo para admitir la validez de una restricción a un derecho fundamental comunitario es que las medidas nacionales sean necesarias para proteger un interés legítimo del Estado miembro, y que lo sean en el triple sentido de:

basta que un conjunto de sociedades reúnan las características de una «unidad fiscal, aunque carezcan de la vinculación organizativa y de la unidad económica exigible de todo «grupo de sociedades» para que se les permita integrar los resultados de todas las sociedades que la componen, con la posibilidad de compensar horizontalmente las pérdidas de cualquier miembro con los beneficios de los demás y que cualquier transmisión de activos entre sociedades miembros se considere realizada por su valor contable de forma que no da lugar a computar beneficios ni pérdidas.

1. Proporcionadas;
2. Indispensables, en el sentido de que carecerán de justificación cuando existan otros medios para alcanzar el mismo fin que no generen una diferencia de trato; y
3. Respetuosas con el principio de la mínima restricción, en el sentido de que aquellas normas nacionales que establezcan diferencias de trato deben ejecutarse de manera que se produzca la menor lesión posible para los principios y libertades comunitarias.

Sobre esta base, podemos hacernos las siguientes preguntas:

1. ¿Qué justificación tiene que se excluya la consolidación de las filiales no residentes cuando la participación de la matriz sea del 100 por 100, si, sin embargo, en tales casos las rentas de los establecimientos permanentes situados en el extranjero pertenecientes a sociedades residentes deben ser integradas al objeto de determinar la base imponible de estas últimas?
2. ¿Podrá ser adjetivada de «proporcionada» y «necesaria» la decisión de excluir de la consolidación fiscal las entidades participadas con residencia en el extranjero si, por el contrario, la consolidación contable se hará de todas las entidades integrantes del grupo, sean o no residentes en España?
3. ¿Resiste una prueba de «proporcionalidad», «necesidad» y «mínima restricción» la exclusión del régimen de consolidación de las sociedades no residentes, tanto dominantes como dependientes, en aquellos casos en que unas u otras operasen en España a través de establecimiento permanente, teniendo en cuenta que éste recibe en España el tratamiento fiscal propio de una unidad económica con residencia en nuestro país?
4. ¿No será que la verdadera razón de «restringir» el régimen de los grupos de sociedades a las residentes es de naturaleza recaudatoria, en el sentido de que pretende evitar que las pérdidas de la entidad no residente puedan compensar los beneficios del resto de las sociedades del grupo? Baste recordar a este respecto que, en opinión del TJCE, la invocación de una pérdida recaudatoria futura no es una razón de suficiente entidad que justifique una norma nacional que establezca una diferencia de trato ⁴⁶.

4.3. Normas «antiemigración fiscal».

El artículo 17 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, relativo a las reglas de valoración en determinados supuestos, dispone que se integrará en la base

⁴⁶ Schumacker, *vid.*: B. KNOBBE-KEUK, «Restrictions on the fundamental freedoms enshrined in the EC Treaty- Ban and justification», *op. cit.* pp. 79 y ss.

imponible la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor contable, entre otros, de los siguientes elementos patrimoniales:

- a) Los que sean propiedad de una entidad residente en territorio español que traslada su residencia fuera del mismo, excepto que dichos elementos patrimoniales queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español de la mencionada entidad.
- b) Los que estando previamente afectos a un establecimiento permanente situado en territorio español son transferidos al extranjero.

La razón de tal integración en la base imponible del impuesto estriba, como es sabido, en que el cambio de residencia al extranjero de una entidad que tribute en España por obligación personal produce la conclusión del período impositivo y el devengo del Impuesto sobre Sociedades.

- c) El legislador ha considerado que el cambio de residencia fiscal, por trasladar al extranjero tanto la sede de la dirección efectiva como el domicilio social, encierra un cambio tan relevante de tratamiento tributario de la sociedad mercantil, el tránsito de la tributación por la renta mundial al gravamen por las rentas obtenidas o producidas en territorio español, conforme a los artículos 44 y siguientes de la LIS, que exigía romper el período impositivo, con la obligación de declarar las rentas obtenidas a lo largo del período impositivo hasta la fecha.

Ahora bien, una disposición de estas características, por criticable que pueda parecer desde el punto de vista adoptado por el TJCE en la Sentencia que comentamos, *ICI*, es común a casi todos los sistemas tributarios de los Estados miembros. Por vía de ejemplo, cabe citar los ordenamientos alemán⁴⁷, francés⁴⁸ y británico⁴⁹.

⁴⁷ En Alemania, la LIS (*Körperschaftsteuergesetz* 1991) dispone que el traslado al extranjero de la sede de dirección y/o del domicilio social de una sociedad, de una masa patrimonial o de una unión de personas sujetos a obligación personal de contribuir, de manera que cese en la obligación ilimitada de contribuir, produce según el artículo 12 de la citada KStG el devengo del impuesto, en la medida en que sus efectos son equiparados a las operaciones de disolución y liquidación societarias. El traslado al extranjero genera el gravamen de las reservas tácitas de la sociedad. Pero al no existir propiamente liquidación del patrimonio societario, el legislador adoptó el criterio de apreciar a «valores corrientes» (esto es, a los valores normales de mercado entre partes independientes) el patrimonio social existente en el momento del cambio de residencia al extranjero. Tal patrimonio existente debe comprender incluso tanto el valor del fondo de comercio como el patrimonio que la sociedad tuviese en el extranjero, salvo que un Convenio para evitar la Doble Imposición firmado por Alemania estableciese lo contrario.

⁴⁸ En Francia, el traslado al extranjero de la sede social de una sociedad con residencia en Francia produce, al igual que en Alemania y de acuerdo con el artículo 221.2.º del *Code General des Impôts*, los mismos efectos que una disolución societaria. Naturalmente, lo propio es predicable de una sociedad filial, que genera en el grupo el correspondiente incremento de patrimonio. Sólo el traslado al extranjero de la sede social de una persona jurídica deja de producir los efectos citados cuando dicho traslado ha sido objeto de aprobación, bien es cierto que muy excepcional, en virtud de un acuerdo de la Asamblea general francesa, en los términos del artículo 154 de la Ley 66-537, de 24 de julio.

⁴⁹ En el sistema británico, el traslado de residencia de una sociedad británica al extranjero -que desde la Ley de 15 de marzo de 1988 ya no necesita consentimiento del Tesoro británico, sino que basta con la mera comunicación de la decisión de trasladarse, aportando garantías suficientes para asegurar el pago de los tributos que con tal motivo se devenguen-, surte los mismos efectos tributarios que el cese de actividades, o que su disolución y liquidación. Por consiguiente, los efectos del traslado de residencia son los propios de una enajenación de los activos de la sociedad a precios de mercado, con la consiguiente ganancia patrimonial sujeta al *Corporation Income Tax* (FA 1989, s.127).

Pues bien, en estos supuestos sí que parece razonable la conclusión del período impositivo y el consiguiente devengo del impuesto. Su justificación reside, como es sabido, en que el traslado de residencia comporta un cambio sustancial en la tributación de la sociedad, que de estar gravada por la renta mundial, pasa, una vez trasladada su residencia a territorio extranjero, a tributar en España por las rentas obtenidas o producidas en territorio español, de acuerdo con el artículo 44 y siguientes de la LIS. En consecuencia, el cambio de residencia nos parece una circunstancia de tal entidad en el plano tributario que justifique la obligación de declarar en España las rentas obtenidas a lo largo del período impositivo hasta la fecha en que el traslado al extranjero tiene lugar, y de incorporar a la base imponible la diferencia entre el valor contable y el de mercado de los elementos patrimoniales que sean propiedad de una entidad residente en territorio español, así como de los que estando previamente afectos a un establecimiento permanente situado en territorio español son transferidos al extranjero.

En este mismo sentido, se ha argumentado que las restricciones fiscales de esta índole a la migración de personas jurídicas no resultan prohibidas por el Derecho Comunitario, como sí lo están las que afectan a los cambios de residencia o migración de los trabajadores y profesionales⁵⁰; reforzando este posicionamiento doctrinal puede volver a traerse a colación la jurisprudencia del TJCE dictada en el caso *Daily Mail* (cit.)

En definitiva, la sentencia *ICI* establece un nuevo e importante eslabón en la jurisprudencia del TJCE que maximiza la operatividad de las libertades comunitarias y la consecución de un auténtico mercado interior; no obstante, tampoco puede desconocerse que el alcance de esta regla puede plantear problemas nada desdeñables ya por su imprecisión, o por las consecuencias imprevisibles que tal jurisprudencia posee. En último análisis la operatividad y alcance de esta jurisprudencia termina dependiendo de los propios límites que el TJCE establezca en relación con la misma. En concreto, no puede olvidarse que buena parte de las medidas fiscales restrictivas previstas persiguen contrarrestar fenómenos tan perjudiciales para los Estados como para la propia UE como son la denominada *tax degradation*, y la evasión y el fraude fiscal internacional, o servir de instrumentos para garantizar el control fiscal efectivo. Por tanto, la legitimidad de tales medidas nacionales dependerá en buena medida de la admisión o inadmisión de tales *unwritten foundations* como causas de justificación de una restricción fiscal; de admitirse este tipo de fundamentos como causas legítimas para amparar una restricción de una libertad comunitaria el TJCE tendría que enfrentarse a cuestiones tales como la delimitación o configuración de un concepto uniforme de fraude y evasión fiscal a nivel comunitario, lo cual, probablemente, sólo pueda hacerse de forma casuística. En este sentido,

⁵⁰ VAN DEN HURK, H., «The EC Court of Justice knows its limits», *op. cit.* p. 221.

merece llamarse la atención sobre la más reciente jurisprudencia comunitaria que minimiza el carácter justificador de las medidas naciones que, de un modo u otro, persiguen garantizar un control fiscal efectivo o prevenir el fraude y la evasión fiscal en aras de fortalecer el ejercicio efectivo de las libertades comunitarias ⁵¹.

⁵¹ SSTJCE de de 16 de julio de 1998, *ICI* (C-264/96, Rec.p. I-4.698 ss.); de 9 de marzo de 1999, *Centros Ltd*, Asunto 212/97, de 8 de julio de 1999, *Société Baxter*, Asunto 254/97, y de 28 de octubre de 1999, *Skatteministeriet/Bent Vestergaard*, Asunto 55/98.