

## NOVEDADES DE DERECHO FISCAL COMUNITARIO EN MATERIA DE FISCALIDAD DIRECTA EN 2009

JUAN LÓPEZ RODRÍGUEZ

*Doctor en Derecho*

### **Extracto:**

**DURANTE** el año 2009 no ha habido novedades legislativas de Derecho fiscal comunitario en materia de fiscalidad directa. El Consejo solo ha adoptado una resolución dirigida a coordinar los impuestos exigidos sobre plusvalías latentes en los casos en que una empresa cambia de domicilio fiscal o traslada sus activos entre Estados miembros diferentes. Se trata de concordar soluciones respetuosas con las libertades de circulación del Tratado. Sin embargo, cada vez son más las resoluciones sobre incumplimientos de las normas comunitarias. Casi dos docenas de sentencias relevantes en materia de fiscalidad directa, por violación del principio de no discriminación o de las libertades fundamentales. En cuanto a dictámenes motivados de la Comisión Europea contra España, han sido numerosos y abarcan distintos aspectos del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de No Residentes. Entre las sentencias, destaca la que ofrece los términos en que la legislación tributaria dictada en el marco del Concierto Económico con el País Vasco no constituye ayuda de Estado contraria al Derecho comunitario. También, la que vuelve a indicar que las normas de subcapitalización deben ser proporcionadas y ajustarse a los principios del valor de mercado, la que acepta los sistemas de retenciones sobre tributación de no residentes a pesar de sus diferencias con el sistema de ingresos a cuenta de sujetos pasivos residentes. En cuanto a los dictámenes motivados, la mayoría persigue que la legislación española antiabuso se adapte a los principios de adecuación y proporcionalidad para ser validadas por el Derecho comunitario. Por otra parte, es destacable la decisión de la Comisión de no considerar como ayuda de Estado la bonificación en el Impuesto sobre Sociedades del 50 por 100 de los ingresos por explotación de determinados intangibles. Finalmente, el trabajo se refiere a la propuesta de la Comisión para extender el campo de aplicación de la Directiva del ahorro, dirigida a mejorar la información disponible en el Estado de residencia de las personas físicas sobre la obtención de rentas por cesión a terceros de capitales propios.

**Palabras clave:** principio de no discriminación, libertades fundamentales de circulación, impuestos de salida y normas antiabuso.

# Sumario

1. Resolución del Consejo sobre coordinación en materia de fiscalidad directa-modalidades de imposición de salida.
2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
  - 2.1. En relación con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
  - 2.2. En relación con el Impuesto sobre Sociedades.
  - 2.3. Impuesto sobre la Renta de No Residentes.
  - 2.4. En relación con el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.
  - 2.5. Impuesto sobre el Patrimonio.
  - 2.6. Regímenes forales.
3. Dictámenes motivados de la Comisión Europea por infracción del Derecho comunitario.
  - 3.1. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
  - 3.2. Impuesto sobre Sociedades.
  - 3.3. Impuesto sobre la Renta de No Residentes.
4. Decisiones de la Comisión Europea sobre Ayudas de Estado.
5. Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, COM(2008)727.

## 1. RESOLUCIÓN DEL CONSEJO SOBRE COORDINACIÓN EN MATERIA DE FISCALIDAD DIRECTA-MODALIDADES DE IMPOSICIÓN DE SALIDA

El 2 de diciembre de 2008 el Consejo Ecofin adoptó una resolución sobre la tributación de salida, con el objeto de coordinar las distintas soluciones nacionales y evitar imposición restrictiva de las libertades fundamentales del Tratado de la Comunidad Europea (TCE). Se trata del gravamen ligado al cambio de residencia fiscal de un contribuyente. El Estado de origen quiere garantizarse la tributación sobre las plusvalías latentes que puedan existir en su patrimonio. También se contempla el caso en que el traslado afecta a determinados activos afectos a actividades económicas. Debe tenerse en cuenta que, en principio, el Estado de acogida no tiene por qué tener en cuenta ese gravamen ni los valores que se hubieran utilizado como referencia. De esta manera, esta segunda jurisdicción puede volver a gravar la misma plusvalía cuando se realice con ocasión de la transmisión de los activos o cuando se vuelva a producir un nuevo cambio de residencia fiscal.

El origen de esta iniciativa se encuentra en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo-Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros, COM (2006) 825, donde se plantea la coordinación de las políticas tributarias nacionales para evitar soluciones contrarias al funcionamiento del mercado interior. Esta Comunicación se produjo tras conocerse la doctrina del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (TJCE) sobre esta materia. De acuerdo con su jurisprudencia<sup>1</sup>, violan el Derecho comunitario las disposiciones fiscales que imponen un gravamen por cambio de residencia fiscal desde un Estado miembro a otro cuando tal exacción no existe en los casos en que el traslado se produce dentro de una misma jurisdicción. La Comisión sistematiza en su documento las consecuencias derivadas de esta doctrina y propone como solución que los Estados coordinen sus políticas tributarias. Se trata de aunar esfuerzos y lograr que los Estados cumplan con sus objetivos fiscales, protección de bases imponibles en este caso, al tiempo que se eliminan los obstáculos al mercado interior que supone la descoordinación en la aplicación de las normas fiscales referidas.

La adopción de la resolución es una apuesta por medidas de *soft law* para lograr la integración de las distintas jurisdicciones fiscales y hacer funcionar el mercado interior a través de fórmulas de coordinación en lugar de acudir a medidas de armonización de las legislaciones.

Como resulta de la resolución, su campo de aplicación se restringe a las actividades empresariales, en las que en más clara medida se ponen en juego los derechos derivados de la vigencia de las

<sup>1</sup> Véanse fallos de las SSTJCE de 11 de marzo de 2004, asunto C-9/02, *Lasteyrie de Saillant*, Rep. 2004, pág. I-2409; y de 7 de septiembre de 2006, asunto C-470/04, *N*, Rep. 2006, pág. I-7409.

libertades fundamentales de circulación recogidas en el TCE. En concreto, se refiere a las exacciones por imposición sobre la renta que se devengan en dos casos.

En primer lugar, con ocasión del cambio de residencia fiscal de personas físicas o sociedades entre Estados miembros que desarrollan actividades empresariales. En concreto, la resolución se refiere a los casos en que se deja de estar sujeto a los Impuestos sobre Sociedades o al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en un Estado miembro, el Estado de salida, y pase, al mismo tiempo, a estar sujeto a los Impuestos sobre Sociedades o al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de otro Estado, el Estado de acogida.

En segundo lugar, se contempla el supuesto en que se transfiere una rama de actividad de una empresa matriz o un establecimiento permanente en el Estado de salida a un establecimiento permanente o a una empresa matriz en el Estado de acogida. La resolución considera como rama de actividad el activo y el pasivo de una entidad capaz de funcionar por sus propios medios.

En cuanto a las previsiones de coordinación fiscal, se contemplan las siguientes:

- a) Si en el momento de la emigración personal o el traslado de actividad existen beneficios realizados pero no gravados o gastos no realizados pero imputados como partidas deducibles fiscalmente en concepto de provisiones, el Estado de salida se reserva el derecho a gravar las reservas y a recuperar, total o parcialmente, las partidas deducidas. De forma consecuente, el Estado de acogida podrá prever la constitución de reservas o provisiones por importes idénticos o diferentes, según las normas sobre bases imponibles aplicables en dicho Estado, y permitir su deducción del resultado imponible.

Será necesario disponer de las medidas jurídicas necesarias que aseguren que las valoraciones realizadas en el primer Estado surtan efectos en el de acogida.

- b) Si el Estado de salida se reserva el derecho a gravar las plusvalías latentes correspondientes a los elementos de activo en posesión del contribuyente, determinadas por la diferencia entre el valor venal de dichos elementos en la fecha de la transferencia y su valor contable, el Estado de acogida tomará dicho valor venal en la fecha de la transferencia en que calcule la plusvalía posterior en caso de cesión.

Esta previsión tiene una ambigüedad calculada. No queda claro si tal reserva de derecho implica un gravamen inmediato y con ocasión de la emigración. Debe recordarse que tal devengo, no existente en casos de cambios de residencia dentro de un mismo Estado, ha sido considerado contrario al Derecho comunitario por la jurisprudencia. Tampoco se mencionan posibles medidas de garantía, que plantean equivalentes problemas de legalidad. De acuerdo con la Comunicación de la Comisión, no plantearían problemas determinadas medidas de información con el objeto de facilitar el ejercicio de la potestad tributaria.

Por otra parte, debe criticarse que la norma dé tanta relevancia a la plusvalía fiscal estimada en la fecha de la emigración. Puede ser que, en el momento posterior de transmisión de los activos a los que se impute, la misma no exista –haya una pérdida– o sea inferior a la inicialmente calculada.

El artículo 26.2 d) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades ofrece una solución más adecuada, prevista para los casos de transformación de la forma jurídica de entidades que determine un cambio en el tipo de gravamen aplicable: determinar la plusvalía solo cuando se transmita el activo y prorratear su importe entre los períodos que correspondan a cada uno de los distintos tipos aplicables.

La resolución sí contempla el caso en que haya discrepancias sobre el cálculo de la plusvalía entre las dos jurisdicciones interesadas, pero se limita a remitir a los Estados interesados a resolver la divergencia a través de lo que califica como los procedimientos adecuados. Esta referencia parece efectuarse a los procedimientos amistosos que estén incluidos en los convenios de doble imposición aplicables. Ahora bien, será necesario ver en qué términos están redactadas las cláusulas reguladoras del mismo. Según el artículo 25 del Modelo OCDE de Convenio, es necesaria la existencia de una acción administrativa de la que resulte una imposición contraria al tratado fiscal. No está claro que los tratados inspirados en dicho modelo excluyan claramente esta forma de imposición, puesto que se trata del gravamen de quien es residente, aunque deje de serlo con ocasión de la emigración. No suele haber límites a este ejercicio del poder tributario. Es posible que sea necesario modificar los convenios bilaterales para dar cabida a estas situaciones.

Si fuera un problema de precios de transferencia, pudiera ser de invocación el Convenio 90/436/CEE sobre eliminación de la doble imposición en caso de rectificación de beneficios entre empresas asociadas, si bien este exige que se haya producido una corrección por precios de transferencia, lo que difiere el recurso a esta herramienta hasta el momento en que se produzca una actuación administrativa dirigida a regularizar la liquidación tributaria correspondiente.

Debemos recordar que se trata de una resolución, por lo que no tiene efectos jurídicos vinculantes. Las distintas medidas que se proponen requerirán de la adopción del correspondiente instrumento jurídico. Tal y como se plantean sus términos, las medidas propuestas requerirán la modificación de convenios de doble imposición o de la celebración de acuerdos mutuos al amparo de los mismos. Su buena ejecución requerirá la puesta en práctica de mecanismos de cooperación administrativa. La resolución se hace eco de esta necesidad y considera que el Derecho comunitario en la materia ya vigente ofrece el marco adecuado. También contempla que se requiera al contribuyente la información necesaria para la adecuada gestión tributaria de las exacciones que se contemplan. En particular, ha previsto la posibilidad de que el Estado de acogida pida al contribuyente que facilite la prueba de que el Estado de salida ha ejercido o ejercerá los derechos de imposición en caso de emigración, así como los elementos que certifican el valor venal adjudicado por la administración del Estado de salida.

Por otra parte, es evidente que la resolución y las medidas que se dicten para hacerla eficaz deberán ser respetuosas con lo dispuesto en la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro. Su artículo 10 ter regula determinadas consecuencias fiscales derivadas del cambio de domicilio de las sociedades referidas: no cabe el gravamen de las plusvalías latentes ligadas a los activos que queden afectos a un establecimiento permanente que la sociedad mantenga en el Estado de origen tras su traslado. Debe entenderse que no cabe interpretar que las plusvalías ligadas a activos que no queden afectos puedan gravarse con ocasión de dicho cambio.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

### 2.1. En relación con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

#### 2.1.1. Incentivos fiscales.

#### **STJCE de 17 de enero de 2008, asunto C-152/05, Comisión contra República Federal de Alemania (NFJ031881).**

El asunto se refiere a subvenciones atribuidas a los sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por obligación personal en el supuesto de construcción o de adquisición de una vivienda en plena propiedad situada en territorio alemán. La ayuda se percibía durante los años naturales en que se utilizaba como residencia habitual. La ocupación a título gratuito de la vivienda por un miembro de la familia del beneficiario también permitía la concesión de dicha subvención. Sin embargo, tales ayudas no se disfrutaban cuando el inmueble se encontraba fuera de Alemania.

La sentencia se dicta en un procedimiento de infracción iniciado por una demanda de la Comisión Europea contra el Estado alemán, que no se avino a cumplir con su previo dictamen motivado en el que se instaba a adaptar su legislación al Derecho comunitario.

El fallo se fundamenta en el derecho de todo ciudadano de la Unión Europea (UE) a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (art. 18 del TCE). Asimismo, se encuentran fundamentos jurídicos en la libre circulación de trabajadores (art. 39 TCE) y en la libertad de establecimiento (art. 43 del TCE), en la medida en que la cuestión se pueda suscitar respecto de trabajadores, profesionales o empresarios que se trasladen entre Estados miembros para el ejercicio de sus actividades. El TJCE recuerda, con carácter previo, la primacía del Derecho comunitario al mencionar que «si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, estos deben, sin embargo, ejercer dicha competencia respetando el Derecho comunitario».

De acuerdo con el TJCE, la exclusión de la ayuda en el caso de viviendas situadas fuera de Alemania tiene un efecto disuasorio para los sujetos pasivos por obligación personal del Impuesto sobre la Renta que deseen construir o adquirir una vivienda en otro Estado miembro. Tal efecto se relaciona con quienes pudieran abandonar su Estado de origen, en este caso Alemania, para ejercer su libertad de circulación como trabajador por cuenta ajena o para el desarrollo de una actividad por cuenta propia. La medida es considerada como un obstáculo para esa decisión y, por tanto, restringe la libre circulación de los trabajadores o la libertad de establecimiento según el caso.

Se valoran los efectos hipotéticos de la norma: no se trata de una cuestión prejudicial suscitada en un proceso relativo a un caso particular. De esta forma, las reflexiones de la Corte europea giran en torno a sus consecuencias potenciales, que pueden o no concurrir en todos los casos. Es evidente que la norma podría haberse modificado con el objeto de excluir sus consecuencias cuando determi-

naran una restricción al Derecho comunitario. Sin embargo, el Estado alemán derogó la ayuda antes de que el procedimiento concluyera.

El Estado alemán pretendía justificar la posible restricción de los derechos previstos en el TCE. La razón, su política económica de fomento de la construcción en su territorio. Obviamente, el argumento es rechazado aunque no se recuerda la jurisprudencia ya tradicional que no acepta restricciones a las libertades comunitarias por el desarrollo de tales políticas económicas nacionales. Denegar la ventaja en caso de viviendas en el exterior resulta desproporcionado puesto que no iría en contra del objetivo planteado.

En realidad, la preocupación del Estado alemán estriba en asumir costes presupuestarios para financiar sectores o empresas de otros países o por actividades fuera de su propio territorio. No le concernería. No sería su competencia y los ciudadanos alemanes no querrían votar tales políticas. Subyace en este debate el recurso a ayudas de Estado. Posiblemente, la discusión en el proceso no se dirige a esta materia propia del Derecho comunitario de competencia porque Alemania no debió tramitar la correspondiente autorización ante la Comisión Europea. Así, debemos referirnos someramente al debate acerca de la autorización de ayudas de Estado que pudieran ser discriminatorias o contrarias a las libertades de circulación. Ha habido sentencias que así lo admitían <sup>2</sup>. También existen sentencias en sentido contrario que mantienen que cualquier medida nacional está sujeta a las normas de ayudas de Estado y también deben satisfacer las obligaciones derivadas del principio de no discriminación <sup>3</sup>.

## 2.2. En relación con el Impuesto sobre Sociedades.

### 2.2.1. Base imponible. Subcapitalización.

#### **STJCE de 17 de enero de 2008, asunto C-105/07, *Lammers & Van Cleeff NV* (NFJ026981).**

La cuestión tiene por objeto analizar la legalidad comunitaria de la legislación belga sobre subcapitalización. De acuerdo con la misma, los intereses no se recalifican como dividendos y, por lo tanto, son deducibles en caso de que se abonen a un administrador que sea una sociedad belga, mientras que los mismos intereses se recalifican como dividendos y se someten a tributación en caso de que se abonen a un administrador que sea una sociedad extranjera, cuando superan determinados límites cuantitativos.

La cuestión prejudicial remitida por el Tribunal belga se refiere a la interpretación de diversos preceptos de Derecho comunitario. Sin embargo, el TJCE resuelve el caso a la luz del libre establecimiento. No aborda las consecuencias derivadas del principio general de no discriminación porque considera suficiente fallar sobre la base de la libertad fundamental referida, que contiene una expresión específica de la igualdad. Tampoco considera los efectos de la libre circulación de capitales una vez que constata que el supuesto se refiere a las relaciones existentes entre una sociedad matriz y su filial, a

<sup>2</sup> Véase el párrafo 36 de la STJCE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-94/99, ARGE Gewässerschutz, Rec. 2000 pág. I-11037.

<sup>3</sup> STJCE de 22 de marzo de 1977, asunto C-74/76, *Iannelli y Volpi/Merini*, Rec. 1977, pág. 557; STJCE de 27 de mayo de 1981, asuntos acumulados C-142 y 143/80, *Essevi y Salengo*, Rec. 1981, pág. 1.413.

quien administra. Parece claro que se valora la regulación que recae sobre una forma concreta de ejercer y desarrollar el derecho a establecerse para continuar actividades económicas transfronterizas.

Como es frecuente en los asuntos que versan sobre normas fiscales, competencia estatal en su mayor parte, el TJCE recuerda la prevalencia del Derecho comunitario cuando concurre con el ejercicio de potestades nacionales.

Existe ya doctrina anterior que ha declarado contraria al Derecho comunitario la legislación sobre subcapitalización<sup>4</sup>. Se reproducen aquí las reflexiones que mantienen que la diferencia de trato derivada de este tipo de normativa hace menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento por parte de sociedades establecidas en otros Estados miembros. Estas podrían renunciar a la gestión de una sociedad en el Estado miembro que adopte esa medida o incluso renunciar a la adquisición, la creación o el mantenimiento de una filial en dicho Estado miembro.

Sobre la posible justificación que permita la restricción del Derecho comunitario por una ley nacional, se pondera la existencia de un abuso de Derecho. La reflexión de la resolución gira en torno a la aplicación de la norma antiabuso a montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro. Debemos entender que tales disposiciones nunca pueden suponer límites al ejercicio legítimo de derechos atribuidos por el TCE, dada la primacía de este último ordenamiento. Por tanto, solo cabe aplicarlas cuando no exista un verdadero y legítimo ejercicio de los mismos.

En principio, el TJCE declara que no cabe establecer presunciones generales de abuso y, sin embargo, reitera su doctrina según la cual las normas de subcapitalización cabrían siempre que la recalificación de intereses como dividendos quede referida al exceso de los mismos respecto de los que hubieren pactado sociedades independientes en condiciones normales de mercado. La base para esta conclusión: el valor de mercado se constituye en un elemento objetivo y verificable por terceros para determinar si la transacción en cuestión constituye un montaje puramente artificial cuyo objetivo esencial sea eludir la aplicación de la legislación tributaria.

Es aquí donde cobra sentido analizar cómo se ha elaborado la norma de subcapitalización. En el caso belga, la recalificación se produce cuando el importe de los intereses sobrepasa un umbral determinado. Esta solución parece desproporcionada, ya que se aplicaría a los casos en que las partes se hubieran atendido a las condiciones de mercado que hubieran acordado partes independientes.

### *2.2.2. Eliminación de la doble imposición internacional. Rentas obtenidas a través de establecimiento permanente.*

#### **STJCE de 28 de febrero de 2008, asunto C-293/06, *Deutsche Shell GmbH* (NFJ027752).**

Se debate sobre la normativa alemana del Impuesto sobre Sociedades relativa a la tributación de las rentas obtenidas en el exterior a través de establecimiento permanente. Cuando están exentas

<sup>4</sup> Sigue aquí y cita jurisprudencia anterior, STJCE de 12 de diciembre de 2002, *Lankhorst-Hohorst*, C-324/00, Rec. 2002, pág. I-11779, apartado 32.



por la aplicación de un convenio de doble imposición, no resulta posible computar la pérdida obtenida con ocasión de la repatriación del capital de dotación a la casa central y derivada de diferencias de cambio de moneda extranjera.

El principio jurídico del fallo es la libertad de establecimiento, derecho que se ejerce cuando una empresa desarrolla actividades económicas en el exterior a través de una base fija de actividad como la que constituye un establecimiento permanente. La misma se infringe cuando una medida suponga la prohibición, dificulte o haga menos atractivo su ejercicio. Las normas fiscales descritas tienen como consecuencia incrementar el riesgo económico asumido por las empresas alemanas que deseen crear una entidad en otro Estado miembro y deban usar una divisa distinta. En tal situación, el establecimiento principal debe hacer frente no solo a los riesgos habituales ligados a la creación de ese tipo de entidad, sino que también ha de soportar un riesgo adicional, el derivado de las fluctuaciones en el cambio de moneda. Deberíamos añadir que la dificultad creada por la norma estaría en la imposibilidad de computar las diferencias negativas de moneda extranjera.

Según el Gobierno alemán, las normas están justificadas. De una parte, la coherencia del régimen fiscal debe suponer que si los ingresos están exentos, las pérdidas no se computen. La exención supone hacer abstracción de las rentas, tanto positivas como negativas. Sin embargo, el TJCE acude al concepto de coherencia fiscal elaborado por su propia jurisprudencia anterior: supone demostrar la existencia de una relación directa entre la ventaja fiscal de que se trata y la compensación de dicha ventaja mediante un gravamen fiscal determinado<sup>5</sup>. Para la jurisdicción comunitaria, la comparación entre las pérdidas en el cambio, por un lado, y las ganancias en el cambio, por otro, carece de pertinencia dado que no existe entre esos dos elementos ninguna relación directa en los términos descritos. Añade que la falta de cómputo de la pérdida en el cambio para la determinación de la base imponible no se compensa con ninguna ventaja fiscal en el Estado miembro en el que esa sociedad tiene su domicilio social, ni en el Estado miembro en el que está situado el establecimiento permanente.

En segundo lugar, se defiende el régimen fiscal discutido sobre la base del reparto de competencias tributarias entre el Estado de la sede principal, Alemania, y el del establecimiento permanente, Italia, derivadas del convenio de doble imposición que rige sus relaciones fiscales. Sin embargo, a juicio del TJCE, es al Estado alemán a quien corresponde computar las pérdidas porque considera que son imputables a la casa central.

El Gobierno alemán tenía una visión diferente a la del TJCE: sí que existiría una correlación entre la falta de cómputo de los ingresos y de los gastos. Tal solución arrancararía de una misma norma de exención. En realidad, parecería que debiera ser el Estado de ubicación del centro de actividad quien debiera tener en cuenta la pérdida derivada de su desmantelamiento, incluida la ocasionada por el cambio de divisa. Debe tenerse en cuenta que el cambio de divisa tendría sentido respecto de la actividad exterior y estaría relacionado con su financiación.

Como cuestión adicional se planteó, para el caso de que las pérdidas fueran consideradas deducibles, si tal cómputo quedaría limitado a los supuestos en que el establecimiento permanente no

<sup>5</sup> Véanse SSTJCE de 14 de noviembre de 1995, C-484/93, *Svensson y Gustavsson*, Rep. 1995, pág. I-3955, párrafo 58; de 21 de noviembre de 2002, C-436/00, *X y Y*, Rep. pág. I-10829, párrafo 52; y de 14 de septiembre de 2006, C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, párrafos 54 a 56.

hubiera tenido beneficio alguno. A juicio del TJCE, tal limitación también constituiría una restricción a la libertad de establecimiento. Esta solución es coherente con su planteamiento: no se trata de rentas atribuibles al establecimiento permanente y su consideración no debe estar ligada ni a las rentas ni a la tributación de este último, sino que son atribuibles a la casa central.

### **STJCE de 15 de mayo de 2008, asunto C-414/06, *Lidl Belgium* (NFJ028333).**

La normativa alemana que suscita esta cuestión prejudicial es la que establece la exención de rentas obtenida en el exterior a través de establecimiento permanente, de la que resulta la imposibilidad de computar en la imposición de la casa central las pérdidas derivadas de la actividad de dicho centro de actividad situado en el exterior.

El principio jurídico relevante para el fallo es la libertad de establecimiento. El TJCE recuerda que la creación y la plena propiedad, por parte de una persona física o jurídica establecida en un Estado miembro, de un establecimiento permanente sin personalidad jurídica propia y diferenciada situado en otro Estado miembro están incluidas en el ámbito de aplicación material del artículo 43 del TCE. Excluye el análisis de las consecuencias de la libertad de circulación de capitales ya que su posible violación sería una consecuencia inevitable de un eventual obstáculo a la libertad de establecimiento y no se justifica una valoración específica.

Se recuerda que las obligaciones derivadas de estas provisiones son extensibles al Estado de origen del inversor internacional. Este no puede obstaculizar el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación.

En cuanto al análisis del régimen fiscal, resulta un tanto extraño. Después de considerar aceptable para el Derecho comunitario la práctica internacional de considerar el establecimiento permanente como entidad fiscal autónoma, considera que la posibilidad de deducir sus pérdidas para determinar los beneficios y calcular la base imponible de la sociedad principal constituye una ventaja fiscal. En realidad no es más que una de las dos fórmulas posibles para eliminar la doble imposición internacional. En caso del método de imputación, será normal considerar las pérdidas en la tributación de la sede central. Pero de aquí no resulta ninguna ventaja. También se computan los beneficios cuando los hay. Al mismo tiempo, y a pesar de esa calificación, así como de haber considerado la autonomía fiscal del establecimiento permanente, concluye que la falta de cómputo de tales pérdidas es una restricción de los derechos comunitarios. No se hace un análisis global del funcionamiento del método de exención que implica la no tributación de los beneficios procedentes del exterior. La conclusión se basa en que, en estos casos, la situación fiscal de una sociedad que tiene su sede social en Alemania y que posee un establecimiento permanente en otro Estado miembro es menos favorable que aquella en la que se encontraría si este último estuviera establecido en Alemania.

En cuanto a las posibles justificaciones para esta solución fiscal, se menciona la necesidad de mantener un determinado reparto de la potestad tributaria entre Estados miembros que resulta de la aplicación del método de exención. Se llama la atención sobre el riesgo de que la sociedad pueda imputar dos veces la misma pérdida.

El TJCE analiza estos argumentos a la luz de su jurisprudencia anterior <sup>6</sup> según la cual este tipo de restricciones estarían justificadas ante la necesidad de respetar la distribución de potestades tributarias, el riesgo del doble cómputo de las pérdidas y la necesidad de evitar la evasión fiscal. En estas reflexiones advierte que no es necesario que concurren todas estas circunstancias para considerar que la medida nacional está justificada.

En relación con el caso concreto, reconoce que se debe evitar que las sociedades puedan optar por el Estado en el que computan sus pérdidas para evitar distorsiones en la asignación internacional de recursos tributarios así como se debe evitar que la sociedad pueda efectuar una doble imputación de la pérdida, en el Estado donde está ubicado el establecimiento permanente, según pueda prever la ley tributaria a que esté sometido, y en el Estado de su casa central como consecuencia de la invocación de estas libertades del TCE. Debe tenerse en cuenta que el razonamiento atiende a la circunstancia en que, de acuerdo con su hipotética decisión, las pérdidas fueran deducibles en el Estado de residencia sin que exista previsión legal que así lo regule, lo que pudiera resultar en que con posterioridad no se reintegraran beneficios de dicho centro de actividad. En tal situación, sí que se produciría una deducción excesiva de las pérdidas. La respuesta debiera ser distinta si fuera posible exigir al sujeto pasivo la reintegración de futuros beneficios hasta el importe de la pérdida compensada.

De acuerdo con su análisis, quedaría por determinar si la medida prevista es adecuada y proporcionada: sirve al fin propuesto y no va más allá de lo necesario para lograrlo. Va a resultar relevante para la decisión judicial que el propio establecimiento permanente va a poder compensar esas pérdidas en ejercicios posteriores y el hecho de que así sucediera en el caso concreto planteado. El resultado es un régimen aceptable para el ordenamiento comunitario.

Es criticable que tal calificación dependa de los hechos circunstanciales del caso concreto y deje la duda abierta: ¿hubiera fallado en sentido contrario en el caso de que el establecimiento permanente no hubiera podido deducir sus pérdidas como consecuencia de su cierre sin llegar a generar beneficios?

### 2.2.3. *Eliminación de la doble imposición internacional. Rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente.*

#### **STJCE de 3 de abril de 2008, asunto C-27/07, *Banque Fédérative du Crédit Mutuel* (NFJ028104).**

Esta sentencia interpreta el artículo 4.2 de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes. En el caso de percepción de dividendos, el artículo 4.1 de la Directiva dispone su exención o la deducción de los impuestos ya satisfechos por la filial con cargo a los cuales se produce la distribución del beneficio. Al mismo tiempo, el referido apartado 2 del mismo precepto dispone que no sean deducibles los gastos de gestión de la cartera. Tales gastos pueden fijarse a tanto alzado en un máximo del 5 por 100 de los beneficios distribuidos.

<sup>6</sup> STJCE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03, *Marks & Spencer plc*, párrafos 44 a 50. Rep. 2005, pág. I-10837.

La cuestión prejudicial se plantea respecto de la legislación francesa de transposición. Según la normativa correspondiente, dicho 5 por 100 se aplica sobre el producto total de las participaciones, montante en el que se incluye el crédito fiscal a que tiene derecho la sociedad matriz de acuerdo con un convenio fiscal de doble imposición en compensación por la retención que haya podido soportar en el extranjero. Se debe recordar que tal retención puede ser posible de acuerdo con el régimen transitorio previsto en el artículo 5 de la Directiva.

En primer lugar, la sentencia diserta sobre la naturaleza del crédito fiscal a que se refiere la norma francesa. Se recuerda un precedente que también versa sobre la incidencia de créditos fiscales en la aplicación de la Directiva: el asunto *Océ Van der Grinten*<sup>7</sup>. Sin embargo, en dicho caso tal elemento tributario está referido al pago anticipado del Impuesto sobre Sociedades que debe hacer la sociedad filial con cargo a su propio impuesto y con ocasión de la distribución de beneficios. En este asunto se trata de una partida que tiene por objeto compensar un impuesto retenido en origen sobre la sociedad matriz. Por tanto, el análisis allí efectuado no es relevante para este caso.

Son varios los argumentos en que se apoya la decisión. En primer lugar, la Directiva no se opone a la inclusión de los créditos fiscales en la base de cálculo de los gastos de gestión. Posteriormente se analiza la finalidad de los créditos fiscales, eliminar la doble imposición. Así sucede puesto que se restituye a la matriz en el impuesto satisfecho en el Estado de la filial. Finalmente, y como resulta de su mecánica de funcionamiento, es necesaria su inclusión junto con la cuantía neta de dividendos percibidos para calcular los gastos de la cartera. Es la suma de ambas partidas la que determina el montante final de que dispone la sociedad matriz como consecuencia del reparto de beneficios.

Se abordó una cuestión adicional. Según las disposiciones francesas, la imputación del crédito fiscal procede si la sociedad matriz redistribuye los dividendos percibidos a sus propios accionistas, siempre que tal redistribución se produzca en un plazo de cinco años. Si así no sucede, el crédito fiscal no se imputa; sin embargo, sí que forma parte de la base de cálculo de los gastos no deducibles.

Según se desprende del razonamiento del TJCE, la Directiva no establece que los Estados miembros que dejan exentos los dividendos percibidos por las sociedades matrices residentes en su territorio tengan que conceder deducciones o créditos fiscales para compensar las retenciones en la fuente soportadas por la matriz; menos aún es exigible que imputen tales créditos fiscales en redistribuciones posteriores en todo caso y se limiten a hacerlo dentro de un determinado plazo.

Es cierto que, a pesar de perder el crédito fiscal, el mismo se computa a los efectos de determinar los gastos de cartera no deducibles. Así se incrementa la carga fiscal. Pero la Corte considera que esta es una consecuencia derivada de la retención practicada por el Estado de la filial para la que la Directiva no establece mecanismos de imputación a través de deducciones o créditos fiscales.

### **STJCE de 22 de diciembre de 2008, asunto C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves SA* (NFJ031283).**

Esta petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación del artículo 3 de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las

<sup>7</sup> Párrafos 55 y 56 de la STJCE de 25 de septiembre de 2003, C-58/01, *Océ Van der Grinten*, Rep. 2003, pág. I-9809.

sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes. En particular, se plantea si la legislación belga que la transpone debe considerar que se tiene la participación necesaria para tener la condición de entidad matriz cuando se dispone de las acciones de la filial a título, no de propietario, sino de usufructuario.

Como cuestión preliminar, se plantea la procedencia de la competencia del TJCE, al tratarse de un conflicto puramente interno, sobre tributación de dividendos satisfechos entre dos entidades residentes. Sin embargo, el TJCE recuerda su reiterada jurisprudencia sobre la extensión de su competencia a las dudas relativas a disposiciones comunitarias en situaciones en las que los hechos del procedimiento principal se sitúan fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario, pero en las que las disposiciones de este Derecho han sido declaradas aplicables por el Derecho nacional <sup>8</sup>.

El razonamiento sobre la cuestión de fondo arranca de la comparación de la situación jurídica del propietario de las participaciones en una sociedad con la del usufructuario de las mismas. De acuerdo con el artículo 578 del Código Civil belga, el usufructo atribuye a su titular el derecho a disfrutar de bienes de propiedad ajena. De ello se deduce que el usufructo constituye una relación jurídica entre el usufructuario y el propietario, consistente en que de la plena propiedad de un bien se desgaja el usufructo del mismo. El usufructuario no es propietario de las participaciones, por lo que la relación jurídica que la vincula a la sociedad participada no deriva de la condición de socio, sino del usufructo del que es titular. Dicho usufructo atribuye el derecho a ejercitar determinadas facultades que normalmente corresponden al propietario. La relación de socio es la existente entre el nudo propietario y la entidad participada.

Según el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/435, la calidad de sociedad matriz deriva de poseer una participación en el capital de otra sociedad y es sociedad filial la sociedad en cuyo capital exista la mencionada participación. De aquí deduce el TJCE que el concepto de «participación en el capital», en el sentido de dicho artículo 3, remite a la relación jurídica existente entre la sociedad matriz y la filial, y no contempla la situación en la que la sociedad matriz transfiere a un tercero –en este caso a un usufructuario– una relación jurídica con la sociedad filial. De acuerdo con esta interpretación literal, el concepto de participación en el capital de una sociedad no engloba el usufructo que una sociedad posea sobre partes del capital de otra sociedad.

Esta tesis se apoya en una interpretación sistemática de la Directiva. Su artículo 4.1 se refiere a los beneficios que una sociedad matriz reciba en calidad de socio de su sociedad filial. En el caso estudiado, los dividendos se perciben en virtud de un usufructo. Asimismo, el artículo 4.2 atribuye a los Estados miembros la facultad de prever que las minusvalías derivadas de la distribución de los beneficios de la sociedad filial no sean deducibles del beneficio imponible de la sociedad matriz. Así sucede cuando en el valor de la participación se engloban los beneficios que se distribuyen por la filial de tal forma que tal valor debe reducirse cuando estos últimos se distribuyen. Esta norma persigue evitar que la minusvalía reduzca o elimine la tributación por los beneficios

<sup>8</sup> SSTJCE 17 de julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur-Bloem*, Rep. 1995, pág. I-4161, párrafo 27; de 17 de julio de 1997, asunto C-130/95, *Giloy*, Rep. 1995, pág. I-4291, párrafo 23; de 3 de diciembre de 1998, asunto C-247/97, *Schoonbroodt*, Rep. 1997, pág. I-8095, párrafo 14; y de 17 de marzo de 2005, asunto C-170/03, *Feron*, Rep. 2003, pág. I-2299, párrafo 11.

distribuidos y, además, sea posible aplicar mecanismos para eliminar una doble imposición que no se produce. Es evidente que esta norma solo tiene sentido cuando coinciden en una misma entidad las dos circunstancias: propietaria que ve reducida el valor de su participación y perceptora de los beneficios distribuidos.

Pero la valoración del TJCE no termina con la interpretación de la Directiva. Aunque se trate de una situación puramente interna, valora las consecuencias de las libertades de circulación y recuerda que los métodos para eliminar la doble imposición deben tratar de forma idéntica los dividendos nacionales y los transfronterizos, salvo que existan entre ambas situaciones diferencias objetivas que expliquen un trato diferente o haya razones imperiosas de interés general que lo justifiquen.

Así, si a efectos de exención de los dividendos nacionales percibidos, se trata de la misma manera a la sociedad que posee participaciones en usufructo y a la que las posee en plena propiedad, debe hacer extensible ese mismo tratamiento tributario a los dividendos que se perciban de una sociedad establecida en otro Estado miembro.

Llama la atención que no se explicita qué libertad se puede invocar. Si la participación implica el control de la sociedad filial, se trataría del derecho de establecimiento; cuando la misma no atribuya posibilidades de controlar las decisiones de la participada, se invocaría la libertad de circulación de capitales. En todo caso, esta es una cuestión secundaria puesto que las consecuencias derivadas de ambos principios son equivalentes para el caso.

#### 2.2.4. *Incentivos fiscales.*

#### **STJCE de 13 de marzo de 2008, asunto C-248/06, *Comisión contra Reino de España* (NFJ028748).**

La normativa discutida es la que regula la deducción en la cuota del Impuesto sobre Sociedades por actividades de investigación y desarrollo en los aspectos siguientes:

- Los gastos de investigación y desarrollo correspondientes a actividades realizadas en el exterior, que pueden ser objeto de la deducción siempre y cuando la actividad de investigación y desarrollo principal se efectúe en España y no superen el 25 por 100 del importe total invertido.
- Tienen la consideración de gastos de investigación y desarrollo las cantidades pagadas para la realización de dichas actividades en España, por encargo del sujeto pasivo, individualmente o en colaboración con otras entidades.
- La deducción adicional por gastos correspondientes a proyectos de investigación y desarrollo contratados con universidades, organismos públicos de investigación o centros de innovación y tecnología, reconocidos y registrados como tales según el Real Decreto 2609/1996, de 20 de diciembre, por el que se regulan los centros de innovación y tecnología.

- En lo relativo a las deducciones por actividades de innovación tecnológica, cuando se realicen en el exterior pueden ser objeto de la deducción siempre y cuando la actividad de innovación tecnológica principal se efectúe en España y no sobrepasen el 25 por 100 del importe total invertido. En los casos de subcontratación, la deducción procede cuando las actividades se realicen en España. Asimismo, procede una deducción adicional en el caso de subcontratación con universidades, organismos públicos de investigación o centros de innovación y tecnología, reconocidos y registrados como tales según el Real Decreto 2609/1996, de 20 de diciembre.

El procedimiento se inicia por demanda de la Comisión cuando el Reino de España no adapta su legislación a un dictamen motivado en el que dicha Institución considera que la normativa citada no cumple con las libertades fundamentales del TCE.

Después de recordar la primacía del Derecho comunitario incluso respecto del poder tributario, el TJCE basa sus razonamientos en la libertad de establecimiento y en la libertad de prestación de servicios.

Las prescripciones españolas que limitan la deducción en caso del desarrollo de actividades en el exterior producen el efecto de disuadir a las empresas españolas de efectuarlas en establecimientos secundarios situados fuera de España, en un Estado miembro de la UE o del EEE. Asimismo, la norma tiene consecuencias restrictivas respecto de las empresas de los demás Estados miembros de la UE o del EEE, quienes se ven disuadidas de abrir establecimientos secundarios en España, ya que normalmente no podrán disfrutar del régimen fiscal favorable debido a que los gastos correspondientes a tales actividades se habrán efectuado con mayor probabilidad en el lugar del establecimiento principal de la empresa, es decir, fuera de España. De esta manera, se vulnera el principio de libertad de establecimiento <sup>9</sup>.

Por otra parte, las normas referidas establecen un régimen fiscal diferente para los gastos correspondientes a actividades subcontratadas en función de que se ejecuten en España o en el extranjero. El TJCE observa la existencia de una diferencia de trato basada en el lugar de ejecución de la prestación del servicio, que califica como restricción a la libertad de prestación de servicios. Lo mismo sucede respecto de las actividades contratadas con centros de innovación y tecnología según si estos están reconocidos en España o en el extranjero. Se recuerda que el Real Decreto 2609/1996 no exige que estos centros tengan su domicilio social en España para que puedan obtener el reconocimiento; sin embargo, se requiere que se establezcan allí.

A continuación, la sentencia pondera los argumentos del Reino de España dirigidos a justificar la medida. En primer lugar, menciona la necesidad de promover las actividades de investigación, desarrollo e innovación tecnológica, frente a lo cual se razona que las limitaciones territoriales del incentivo resultan contrarias al objetivo de política comunitaria expresado en el artículo 163.1 del TCE, «fortalecer las bases científicas y tecnológicas de su industria y favorecer el desarrollo de su

<sup>9</sup> Se cita jurisprudencia anterior, en particular la STJCE de 11 de septiembre de 2007, C-318/07, *Comisión/Alemania*, Rep. 2007, pág. I-6957.



competitividad internacional». El TJCE añade que el apartado 2 del mismo artículo precisa que, para ello, la Comunidad «apoyará los esfuerzos de cooperación de las empresas, fijándose, en especial, como objetivo, permitir la plena utilización de las potencialidades del mercado interior, en particular por medio de la supresión de los obstáculos jurídicos y fiscales que se opongan a dicha cooperación <sup>10</sup>».

Subyace aquí la clara ausencia de coordinación de las políticas de ayudas de Estado. Los Estados tienen interés en restringir los costes presupuestarios que se asumen respecto de las actividades que se producen bajo su poder. Resulta interesante destacar que el Estado español no abrió el debate acerca de la existencia de tal ayuda. Pudo deberse a la inexistencia de autorización comunitaria previa, lo que hubiera supuesto su declaración de ilegalidad. En el caso de que tal autorización no hubiese sido necesaria, tal omisión pudo deberse a la dificultad de que prospere el argumento, ya que la jurisprudencia tiende a considerar hoy que las ayudas de Estado no deben infringir el principio de no discriminación ni las libertades fundamentales. Posteriormente, la sentencia considera de forma conjunta dos argumentos: si existe la necesidad de evitar fraudes fiscales y la doble deducción por este mismo concepto, en el Estado donde se realicen las actividades incentivadas y en el Estado de ubicación de la empresa. El razonamiento por el que se excluye esta alegación es su falta de proporcionalidad: de una parte, se refiere a la posibilidad de que el propio contribuyente aporte las pruebas necesarias para que se verifique la procedencia de la ventaja fiscal así como que la misma no se haya disfrutado en otro Estado miembro. Se añade que la Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos ofrece a las autoridades fiscales herramientas para obtener toda la información necesaria para la liquidación correcta de los impuestos.

Llama la atención que se acepte que deba evitarse la doble deducción en concepto de incentivo fiscal. Si dos jurisdicciones gravan a un mismo contribuyente, es natural que ambas le concedan las deducciones que sus respectivas normativas establezcan.

Finalmente, respecto de las deducciones incrementadas en el caso de la subcontratación de actividades de investigación, desarrollo e innovación tecnológica con centros de innovación y tecnología, el Reino de España alega que su reconocimiento oficial permite verificar la fiabilidad y seriedad de estos centros. El TJCE considera esta normativa como desproporcionada e impone, respecto de este argumento, la vigencia del principio de reconocimiento mutuo, para lo que se basa en jurisprudencia previa <sup>11</sup>. Es decir, no es posible negar la igualdad de trato a centros equivalentes que ya hayan sido reconocidos en sus Estados de origen.

El TJCE utiliza así el principio de reconocimiento mutuo, no expresamente referido en el TCE. De la lectura de la sentencia parece que pudiera entenderse como una consecuencia más del principio general de no discriminación, aunque no lo mencione. De acuerdo con el mismo, se considera que

<sup>10</sup> Cita a estos efectos como precedente el párrafo 23 de la STJCE de 10 de marzo de 2005, asunto C-39/04, *Laboratoires Fournier*.

<sup>11</sup> Párrafos 39 y 40 de la STJCE de 14 de septiembre de 2006, C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, Rep. 2006, pág. I-8203.



entidades bajo jurisdicciones diferentes, pero que están sujetas a regímenes jurídicos inspirados por los mismos objetivos y bajo los mismos criterios, se encuentran en una situación comparable. De esta forma, se requiere que los Estados miembros apliquen el régimen previsto para las establecidas bajo su territorio a las entidades equivalentes procedentes de otros Estados miembros.

### **STJCE de 4 de diciembre de 2008, asunto C-330/07, *Jobra* (NFJ031374).**

La ley austríaca deniega una prima por inversión cuando los activos en que se materializa se utilizan principalmente en el extranjero. Se requiere que tales bienes se utilicen en establecimientos situados en el territorio nacional.

El supuesto de hecho que origina el caso se refiere a inversiones en camiones por una empresa austríaca que los arrienda a empresas situadas en Alemania. El TJCE recuerda que el alquiler de vehículos constituye una prestación de servicios en el sentido del artículo 50 del TCE. Este razonamiento es utilizado para aclarar que el principio jurídico relevante es la prestación de servicios y no el derecho de establecimiento. Este último requiere la disposición en otro Estado de los medios necesarios para desarrollar una actividad económica de forma estable, tanto desde un punto de vista temporal como físico. En este caso, no se dispone de tales medios sino que parece que se concierta el alquiler desde el Estado de origen.

En cuanto a la infracción caracterizada de dicha libertad, la resolución constata que la legislación analizada somete las inversiones en bienes que se utilizan en otros Estados miembros a un régimen fiscal menos favorable que el reservado a las inversiones en tales bienes utilizados en el territorio nacional. Tal distinción puede disuadir a la empresa arrendataria de ejercer actividades transfronterizas. Se califica esta diferencia como restricción a la libre prestación de servicios.

Como justificación de esta medida, se alega el adecuado reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros: la ventaja fiscal se concede respecto de activos afectos a establecimientos situados en el propio territorio y luego se gravan las rentas derivadas de su explotación. Sin embargo, como bien constata el Tribunal, las rentas del alquiler siguen tributando en el país de origen. La razón expuesta no queda acreditada porque no se constata la relación tributaria descrita.

También se explica que la norma persigue evitar prácticas abusivas: existiría el peligro de que el arrendador transmitiera esta prima, en todo o en parte, al arrendatario que, por su parte, utilizaría el bien de que se trate para obtener beneficios en otros Estados miembros.

La visión de la Corte es muy diferente. En primer lugar, no considera que la posibilidad descrita constituya verdaderamente un abuso. Subyacen aquí los objetivos fundamentales del TCE, eliminar las restricciones nacionales al desarrollo de actividades transfronterizas. En realidad, la alegación nacional está relacionada con la existencia de ayudas financiadas con recursos del Estado cuyo alcance se quiere limitar al propio ámbito jurisdiccional sobre el que se extiende la propia acción política. Como tantas otras veces, el debate no se dirige en profundidad hacia el alcance de las normas reguladoras de la disciplina de ayudas de Estado, seguramente porque la alegación tampoco hubiera prosperado bajo esta perspectiva.

En segundo lugar, la sentencia recoge razonamientos relacionados con el carácter desproporcionado de la medida, cuyo objeto pretendido es la lucha contra los abusos. No se permite que el contribuyente pueda acreditar la inexistencia de una práctica abusiva.

### 2.2.5. Regímenes especiales. Reorganizaciones empresariales.

#### **STJCE de 11 de diciembre de 2008, asunto C-285/07, A.T. (NCJ047302).**

El asunto tiene por objeto la interpretación del alcance del artículo 8, apartados 1 y 2, de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro. Este artículo regula el valor que debe atribuirse a los valores adquiridos por los socios de las entidades que realizan las operaciones previstas en la Directiva. Sin embargo, existen algunas lagunas. En concreto, para el caso del canje de valores, no se determina el valor que debe atribuirse a los títulos recibidos por la sociedad adquirente que representan la mayoría del capital social de una sociedad adquirida.

Se enjuicia la transposición de estas reglas en Alemania. La legislación correspondiente condiciona la aplicación del régimen de diferimiento de la tributación de la plusvalía puesta de manifiesto en los socios minoritarios que transmiten sus títulos en la sociedad adquirida con ocasión de un canje de valores a que la sociedad adquirente atribuya a las participaciones así adquiridas el valor contable que tenían para los transmitentes.

La sentencia recuerda el régimen fiscal aplicable. En el caso de canjes de acciones, los accionistas que transmiten sus títulos en la sociedad adquirida reciben a cambio participaciones en la sociedad adquirente. La diferencia de valor entre los títulos determina una plusvalía. La Directiva establece como regla especial que tales plusvalías no tributen con ocasión del canje. Para garantizar la imposición, establece que tales socios atribuyan a los valores recibidos en el canje el valor que tenían los que ellos mismos han transmitido. De esta manera, la plusvalía se pondrá de manifiesto cuando enajenen los nuevos títulos y se calculará tomando como referencia el valor de los títulos anteriores.

Después de hacer constar los términos de la Directiva, la resolución pone de manifiesto que la ley alemana establece una condición adicional para disfrutar del diferimiento fiscal: la sociedad dominante que adquiere los títulos debe valorar estos últimos según el valor que tenían en manos de los accionistas que los transmiten.

Estas normas dan lugar al conocido problema de doble imposición. La sociedad adquirente satisface por los títulos su valor real. Como adquirente, no obtiene rentas sujetas a gravamen. Sin embargo, reglas como la alemana implican que la plusvalía que tienen los socios transmitentes se duplique y se atribuya también a la sociedad adquirente como consecuencia de no atribuir a los títulos que recibe su valor de mercado, el que satisface, sino un valor histórico que tenían en manos de los transmitentes, quienes también tributarán por la plusvalía cuando vendan los nuevos títulos, como hemos descrito.

El Gobierno alemán mantiene que la norma es posible y legal, ante el silencio que guarda la Directiva al respecto. Sin embargo, el TJCE entiende que al proceder así, la ley alemana está imponiendo un requisito adicional para aplicar el régimen de la Directiva que no está previsto en la misma. Permitir tal margen de adaptación no permitiría cumplir con su objetivo de eliminar los obstáculos fiscales para las reestructuraciones transfronterizas de sociedades.

El Gobierno alemán también alega que sus normas persiguen evitar abusos. El Tribunal reacciona recordando que, si bien el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva autoriza a los Estados miembros a negarse a aplicar total o parcialmente sus disposiciones en caso de abusos, tales previsiones nacionales deben tener carácter excepcional y aplicarse en casos especiales. Tales previsiones no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de cada operación. Es decir, no cabe establecer una norma de aplicación general que afecte tanto a situaciones legítimas como a otras potencialmente abusivas.

Las reflexiones van más allá y parecen no aceptar soluciones unilaterales como la prevista en la ley alemana que puedan impedir la realización de un régimen fiscal común.

En el caso planteado, la operación de canje de acciones tuvo lugar para cumplir la normativa bursátil, que, asimismo, obligaba a la entidad transmitente a proceder a la venta posterior de las participaciones recibidas como contrapartida. Cuando se procedió a ejecutar la venta legalmente obligatoria, el valor en bolsa de las acciones adquiridas había sufrido una fuerte caída. En consecuencia, la plusvalía diferida se perdió y no tributó. Incluso así, el TJCE considera que no se justifica considerar el mero canje de acciones como el hecho imponible. Afirmar el Tribunal que las reservas latentes aún no se habían realizado en esa fecha. Tampoco cabe ver aquí una operación de abuso que determine la denegación del régimen armonizado.

También se valora el hecho de que la aplicación de la disposición discutida no protegía los derechos de la Hacienda alemana puesto que la entidad adquirente era residente en otro Estado miembro. Cualquier plusvalía posterior tributaría solo en este último Estado.

### 2.2.6. Regímenes especiales. Consolidación fiscal.

#### **STJCE de 27 de noviembre de 2008, asunto C-418/07, *Papillon* (NFJ030334).**

El régimen de consolidación fiscal en Francia es aplicable a las sociedades dominadas directa o indirectamente. No pueden integrarse en el grupo las entidades controladas indirectamente a través de otras sociedades no residentes.

El principio de Derecho comunitario relevante es la libertad de establecimiento, que comprende el derecho a ejercer actividades económicas en otros Estados miembros a través de una filial, sucursal o agencia e implica que el Estado miembro de origen no puede obstaculizar el establecimiento en otro Estado miembro de una sociedad constituida de conformidad con su legislación.

En primer lugar, se pondera si el régimen de consolidación determina una situación fiscal más favorable que la derivada de tributar de forma individual. La resolución destaca que entraña una moderación de la presión fiscal sobre la sociedad matriz puesto que permite al grupo de sociedades un cómputo inmediato de las pérdidas de algunas de las sociedades miembros de este.

Posteriormente, se constata la diferencia de trato que supone excluir de este régimen fiscal los supuestos en que el control de entidades del grupo se ejerce a través de sociedades no residentes, puesto que estas quedan excluidas de la consolidación. El Gobierno francés mantiene que dicha diferencia responde al hecho de que la filial establecida en un Estado miembro que no sea la República Francesa no se halla sujeta al Impuesto de Sociedades en Francia. Sin embargo, el TJCE considera que admitir tal trato distinto por el mero hecho de que el domicilio de una sociedad se encuentre en otro Estado miembro dejaría sin contenido las normas relativas a la libertad de establecimiento. Por tanto, considera que es importante determinar si ambas situaciones son comparables.

De acuerdo con la resolución, es relevante observar que el objetivo de la consolidación fiscal es asimilar el grupo formado por una sociedad matriz con sus filiales y sus subfiliales lo más posible a una empresa que tenga varios establecimientos, permitiendo consolidar los resultados de cada sociedad. El Tribunal concluye que, en función de tal objetivo, la situación fiscal es comparable.

Podría pensarse que la integración de resultados parte del hecho de que todos los integrantes del grupo tributan en un mismo Estado. Esta circunstancia no está presente en el caso de dominio indirecto a través de entidades no residentes. Ahora bien, bastaría en este caso que se excluyera del grupo a estas últimas. Sobre esta base, se concluye que la norma restringe la libertad de establecimiento: es cierto que la norma disuade formar grupos con entidades no residentes.

Los Gobiernos alemán y holandés, que participaron como coadyuvantes, alegaron que la normativa podía estar justificada por la necesidad de preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros. Sin embargo, el Tribunal, con acierto, recuerda que el asunto se refiere a una sociedad residente en un Estado miembro que no puede consolidar con sus subfiliales igualmente residentes en ese Estado. Por tanto, la cuestión se refería al cómputo de las pérdidas registradas en un único y mismo Estado miembro.

También se plantea que la norma esté justificada por la necesidad de garantizar la coherencia del régimen fiscal. En concreto, se mantiene que, en caso de pérdidas incurridas por la subfilial, la filial procederá normalmente a dotar las provisiones necesarias para reflejar la depreciación de su participación en dicha subfilial, por lo que la sociedad matriz deberá dotar las provisiones necesarias para reflejar la depreciación de su participación en su filial. Al mismo tiempo, se consolidaría la pérdida como resultado de la subfilial. Se produce así un doble cómputo de las pérdidas. Si todas las entidades formaran parte del grupo, las provisiones se eliminarían como operaciones internas del grupo y no habría un doble cómputo.

El TJCE considera legítima la alegación pero concluye que excluir del grupo a las subfiliales por esta razón resulta desproporcionado. Cabe establecer que no se computen esas provisiones. Además, se disponen de mecanismos de cooperación administrativa que permiten verificar tales partidas así como sus importes. También se puede exigir a la entidad matriz la información necesaria.

### 2.2.7. Regímenes especiales. Instituciones de inversión colectiva.

#### **STJCE de 20 de mayo de 2008, asunto C-194/06, *Orange European Smallcap Fund NV* (NFJ028746).**

La legislación estudiada en este caso es la aplicable en los Países Bajos a las instituciones de inversión colectiva (IIC). Tributan en el Impuesto de Sociedades al tipo cero. Cuando perciben dividendos de otras sociedades residentes, se practica una retención cuya devolución se puede solicitar en un plazo de seis meses. Cuando se trata de dividendos procedentes del exterior, cabe imputar el impuesto extranjero pero con el límite del impuesto nacional que, en este caso, es cero. Por tanto, tal imputación no supone ninguna reducción o devolución fiscal. Sin embargo, se establece una compensación por la retención fiscal practicada fuera de los Países Bajos, que no podrá superar la cuota del impuesto que, en caso de inversión directa, sería imputable al Impuesto sobre la Renta, en virtud de la ley o de un convenio para evitar la doble imposición, de los partícipes residentes o establecidos en los Países Bajos.

Por otra parte, cuando una IIC distribuye los dividendos percibidos, tales socios están sujetos a un impuesto neerlandés sobre los dividendos que la referida institución debe retener. En lo que atañe a aquellos de dichos socios que residen o que están establecidos en los Países Bajos, tal retención constituye un impuesto anticipado que se devuelve en la medida en que supera la cuota del impuesto pertinente. Para los socios no residentes, la retención fiscal solo se restituye si así lo establece un convenio para evitar la doble imposición o la ley que instaura el marco tributario.

El fallo se fundamenta en la necesidad de respetar la libre circulación de capitales.

En primer lugar, se refiere a la imposibilidad de imputar los impuestos devengados en el extranjero dado que el tipo de gravamen de estas IIC es cero, frente a la posibilidad de obtener la devolución de las retenciones practicadas sobre las rentas de fuente interna. El TJCE considera que no existe una diferencia de trato, puesto que en ambos casos tales sujetos pasivos no son gravados por los Países Bajos. Al contrario, la exención de las rentas de fuente extranjera evita que se produzca doble imposición internacional. Es verdad que la carga final soportada es diferente en ambos casos, mayor por la retención en la fuente de las rentas internacionales; pero es consecuencia del ejercicio paralelo de potestad tributaria, por los Estados miembros de establecimiento de las sociedades que distribuyen los dividendos y el Estado miembro de establecimiento de la sociedad beneficiaria.

La cuestión se deriva a la imputación que se permite de los impuestos extranjeros en la imposición de los partícipes en las IIC según lo que resulte del convenio de doble imposición aplicable. Debe tenerse en cuenta que, en función de lo que se disponga en tal tratado, las rentas de inversiones exteriores tienen un régimen fiscal diferente en atención a su procedencia. El análisis busca determinar si el trato distinto que resulta supone una restricción a la libre circulación de capitales.

Para resolver la cuestión se analiza el alcance de lo dispuesto en el artículo 58, apartado 1, letra a), del TCE, que permite un distinto régimen fiscal en función del lugar de la inversión. De acuerdo con el artículo 58 del TCE, apartado 3, tales diferencias no pueden determinar una discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales. Para el TJCE, la existencia o no de convenio determina situaciones diferentes. Cuando exista tal convenio, la falta de imputación

del impuesto extranjero determinaría una situación peor para los supuestos de inversión a través de IIC, puesto que en caso de inversión directa sería posible tal reducción fiscal. Cuando no es aplicable convenio alguno, la inversión directa o a través de IIC recibe el mismo trato sin necesidad de establecer la deducción de los impuestos extranjeros. Por tanto, la vigencia o no de convenio determinaría situaciones diferentes que pueden estar sujetas a normas tributarias diferentes.

En tercer lugar, se considera la diferencia de trato derivada de permitir la imputación de los impuestos exteriores que gravan las inversiones cuando los partícipes en la IIC son residentes, posibilidad que no se extiende íntegramente a los partícipes no residentes. En el primer caso, cabe la imputación con el límite del impuesto personal del partícipe; en el segundo caso, tal imputación se reduce a prorrata de la participación de los socios de los demás Estados miembros en el capital de las entidades de que se trata.

La sentencia analiza las consecuencias que se derivan de la distribución proporcional de la imputación en función de la participación: la reducción de la compensación relativa al impuesto extranjero va en detrimento indistintamente de todos los socios de la IIC, ya que su efecto consiste en reducir el importe total del beneficio que debe repartirse. La conclusión es que resulta más beneficioso para una IIC atraer a socios residentes, ya que cuanto menor sea la participación en su capital de socios no residentes mayor será el beneficio que deberá distribuirse entre los socios. Por tanto, se restringe la libre circulación de capitales.

El Gobierno holandés explica y justifica la diferencia de trato: la imputación de los impuestos exteriores se limita a los socios residentes que son quienes tributan por el Impuesto sobre la Renta o por el Impuesto sobre Sociedades. El TCE, artículo 58, apartados 1 y 3, permitirían esta distinción. Sin embargo, el TJCE recuerda que los partícipes no residentes también tributan por los dividendos distribuidos por las IIC. Por tanto, la diferencia de trato no estaría justificada.

El Gobierno insiste en que la diferencia de régimen fiscal se explica en el distinto tipo de gravamen que recae sobre socios residentes y no residentes, más elevados en el primer caso. Sin embargo, la resolución considera que la norma vigente no es la adecuada para atender a las consecuencias de las diferencias de tipos. En concreto, la reducción de la imputación por impuestos extranjeros perjudica indistintamente a todos los socios, al reducir el importe total del beneficio que debe repartirse.

La misma cuestión obliga a considerar la legalidad del régimen en su aplicación a los socios de IIC que residan fuera de la Comunidad. Como recuerda la resolución judicial, el artículo 56 del TCE extiende el principio de la libre circulación de capitales a los movimientos de capitales entre los países terceros y los Estados miembros.

En estos casos, podría resultar relevante el diferente grado de integración jurídica que existe entre los Estados miembros de la UE y, en particular, a la existencia de medidas legislativas comunitarias dirigidas a la cooperación entre las autoridades fiscales nacionales, como la Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos. Esta no es aplicable respecto de las relaciones fiscales con Estados no miembros. Como consecuencia derivada, la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales en tales casos justificaría la restricción a los

movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos. Sin embargo, la medida estudiada no responde a tal objetivo de control fiscal y, por tanto, no cabe su alegación para explicar la diferencia de trato.

También alega el Gobierno holandés el grado de armonización fiscal existente en la Comunidad. Sin embargo, la reducción en la imputación de los impuestos extranjeros produce efectos con respecto a todos los socios de la IIC, no solo a los residentes en países terceros, de tal manera que la medida no sirve para atender las consecuencias derivadas del distinto grado de coordinación fiscal.

En cuarto lugar, se plantean las mismas cuestiones relativas a la reducción de la compensación por imputación de impuestos extranjeros para el caso de que la IIC reciba dividendos de países terceros. El TJCE se remite a los mismos razonamientos para llegar a la misma conclusión sobre la existencia de una violación a la libre circulación de capitales.

A continuación, se plantea la medida en que la declaración de ilegalidad realizada por el TJCE variaría en el caso de que los Países Bajos concedan la imputación de los impuestos extranjeros soportados por la IIC a los partícipes no residentes a quienes resulte de aplicación un convenio de doble imposición donde así se establezca sobre la base de la reciprocidad. La respuesta es que tal posibilidad no modifica sus consideraciones anteriores.

## 2.3. Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

### 2.3.1. Base imponible.

#### **STJCE de 16 de octubre de 2008, asunto C-527/06, *Renneberg* (NFJ029802).**

El Impuesto sobre la Renta de No Residentes holandés no permite deducir de los rendimientos del trabajo las rentas negativas derivadas de un inmueble situado en el Estado de residencia del contribuyente, Bélgica, generadas por la renta presunta estimada y los intereses del crédito hipotecario contraído para adquirirla. Si hubiera sido residente, habría podido practicar esta deducción. Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el convenio de doble imposición aplicable, las rentas inmobiliarias tributan en el Estado de ubicación del inmueble, que coincide con el de su residencia fiscal.

La resolución recoge la reflexión sobre el principio aplicable, la libre circulación de trabajadores. El TJCE descarta que el supuesto se encuentre fuera del ámbito de aplicación de la libertad comunitaria. Si bien se trata de un trabajo en la función pública de un ayuntamiento, no se acredita en el caso concreto que se trate de un trabajo en la Administración pública a que se refiera el artículo 39.4 del TCE.

También suscitó dudas que el cambio de domicilio se produjera después de haber obtenido el empleo y nada tenía que ver con su actividad. Se trataba de un traslado que no tenía motivos de trabajo o profesionales. Sin embargo, se defiende que se trata de un trabajador migrante. La protección del TCE debe extenderse a los casos en que se ejerce un trabajo por cuenta ajena en un Estado miembro distinto al de la residencia.



En aplicación de dicha disposición, el Tribunal considera relevante que el resultado de aplicar la normativa en cuestión es que se diferencia entre las personas que trabajan y residen en los Países Bajos de la situación como la del Sr. Renneberg, que trabaja en los Países Bajos mientras reside en Bélgica, caso en que no se tiene derecho a solicitar que se tengan en cuenta los rendimientos negativos derivados de su inmueble situado en Bélgica para determinar la base imponible de sus ingresos percibidos en los Países Bajos. Por tanto, el trato dispensado a los sujetos pasivos no residentes es menos ventajoso que aquel del que se benefician los sujetos pasivos residentes.

El Gobierno holandés alega que la diferencia de trato deriva del reparto de potestades tributarias que resulta del convenio entre Holanda y Bélgica. Se recuerda que la jurisprudencia comunitaria considera conformes al Derecho comunitario los criterios de distribución de potestades tributarias que resultan de los tratados de doble imposición<sup>12</sup>. En el caso concreto, es relevante que dicho convenio establezca que el gravamen de las rentas inmobiliarias corresponda al Estado en cuyo territorio están situados y que las rentas de la función pública tributen en el Estado donde se prestan los servicios.

Para el TJCE tales criterios son aceptables, pero siempre que no determinen medidas contrarias a las libertades de circulación garantizadas por el Tratado<sup>13</sup>. Es más, el convenio no limita la competencia de los Países Bajos para tener en cuenta tales rentas negativas, en particular cuando se trata de un sujeto pasivo no residente que percibe en los Países Bajos la mayor parte o la totalidad de sus rentas imponibles. Aquí las reflexiones recuerdan las vertidas en el asunto *Schumacker*<sup>14</sup>, donde se establece que los no residentes que perciben la parte fundamental de sus rentas en otro Estado se encuentran en una situación equiparable a los residentes de este último, donde deben recibir un trato equivalente al previsto para tales residentes. Y el razonamiento sigue esta misma tesis. De hecho, el TJCE refiere su reflexión a la tributación de los residentes en Holanda, quienes sí pueden deducir las pérdidas derivadas de inmuebles situados fuera de su país.

El Gobierno holandés alega también que la situación es consecuencia de la disparidad de regímenes tributarios entre los dos Estados concernidos. Así, según el Derecho tributario belga, los intereses hipotecarios jamás podrán imputarse a rendimientos distintos de los inmobiliarios. De este modo, aunque el interesado hubiese obtenido ingresos profesionales en Bélgica, el saldo negativo de intereses hipotecarios no podría haberse deducido de dichos rendimientos.

En fin, es claro que la disparidad alegada no es relevante al caso. El TJCE plantea la diferencia de trato que plantea un mismo y único sistema fiscal, el holandés, que diferencia entre residentes y no residentes.

En la vista oral este mismo Gobierno alegó el riesgo de doble imputación de las pérdidas derivadas del inmueble, frente a lo cual el TJCE vuelve a insistir en la existencia de mecanismos de cooperación administrativa que lo impedirían, la Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de

<sup>12</sup> Se cita en particular el párrafo 57 de la STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Saint-Gobain*, asunto C-307/97, Rep. 1999, pág. I-6161.

<sup>13</sup> Para ello cita las SSTJCE de 19 de enero de 2006, asunto C-265/04, *Bouanich*, Rep. 2006, pág. I- 923, párrafo 50; de 12 de diciembre de 2006, asunto C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, Rep. 2006, pág. I-11673, párrafo 54; y de 8 de noviembre de 2007, asunto C-379/05, *Amurta*, Rep. 2007, pág. I-9569, párrafo 24.

<sup>14</sup> STJCE de 14 de febrero de 1995, asunto C-279/93, *Schumacker*, Rep. 1995, pág. I-225.



1977. En realidad, como ya hemos mantenido, la doble consideración de las pérdidas se produce cuando unas mismas rentas tributan en dos jurisdicciones distintas, de tal manera que a una doble imposición debe corresponder una doble consideración de los posibles saldos negativos.

### 2.3.2. Retención.

#### **STJCE de 26 de junio de 2008, asunto C-284/06, *Burda* (NFJ029155).**

Esta sentencia interpreta el artículo 5 de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, donde se establece la exención de retención en la fuente en las distribuciones de beneficios de sociedades filiales a sus matrices. Se plantea el alcance del término retención utilizado por la Directiva. En particular, si se puede considerar como tal el incremento del gravamen por el Impuesto sobre Sociedades que sufre una sociedad filial como consecuencia de distribuir beneficios a sus socios, rentas que no habrían sido gravadas si no hubieran sido distribuidas.

El TJCE define el término retención, para lo que se refiere a jurisprudencia anterior: todo tributo sobre las rentas percibidas en el Estado en que se reparten los dividendos y cuyo hecho imponible es el pago de dividendos o de cualquier otro rendimiento de los títulos, cuando la base imponible de dicho tributo es el rendimiento de estos y el sujeto pasivo es el titular de los mismos títulos<sup>15</sup>. Determina, por tanto, la existencia de tres requisitos, relativos al hecho imponible, a la base imponible y al sujeto pasivo.

Respecto del caso concreto, determina que no concurre el tercero de los elementos indicados. El impuesto se exige a la filial, no a la matriz. Por tanto, no se trata de una retención. Con ello se aparta de la tesis defendida en el caso *Athinaiki Zythopoiia*, donde se consideró retención el impuesto cargado sobre la filial que distribuía el dividendo: el efecto económico de la imposición de la sociedad filial correspondía a una imposición de la sociedad matriz<sup>16</sup>. Se refuerza así la importancia de los elementos jurídicos que integran tal concepto.

Por otra parte, al no tratarse de una retención excluida por la Directiva, se plantea si la libertad de establecimiento impide la normativa que determina que los socios no residentes no puedan disponer un crédito fiscal con ocasión de la distribución de beneficios, al contrario de lo que sucede con los socios residentes.

El TJCE empieza por recordar la primacía jurídica del Derecho comunitario sobre el Derecho fiscal nacional. Su análisis se apoya en el funcionamiento de los mecanismos para eliminar la doble imposición económica, derivada de gravar un beneficio en manos de una sociedad filial y en su matriz cuando lo percibe en forma de dividendos. En concreto, se refiere a la Directiva matriz-filial. Concluye que esta normativa se apoya en la obligación del Estado de la matriz de asumir la obligación

<sup>15</sup> SSTJCE de 8 de junio de 2000, caso C-375/98, *Epson Europe*, Rep. 2000, pág. I-4243, párrafo 23; de 4 de octubre de 2001, caso C-294/99, *Athinaiki Zythopoiia*, Rep. 2001, pág. I-6797, párrafos 28 y 29; y de 25 de septiembre de 2003, caso C-58/01, *Océ van der Grinten*, Rep. 2003, pág. I-9809, párrafo 47.

<sup>16</sup> Véase nota anterior.

de evitar tal doble imposición económica. Por tanto, el Estado de la filial no está obligado por el derecho de establecimiento a reconocer un crédito fiscal a favor de la entidad no residente.

Esta conclusión no parece del todo ortodoxa. Cuando un Estado elimina la doble imposición económica a favor de sus sociedades matrices residentes está renunciando a establecer gravámenes adicionales sobre unos mismos beneficios a lo largo de sus sucesivas distribuciones. ¿Cabe admitir un gravamen adicional por el hecho de que los beneficios se distribuyan fuera de su territorio? Se genera así una clara desventaja respecto de las inversiones internacionales. Esta doctrina no parece encajar tampoco con las conclusiones de otra sentencia, la dictada en el caso *Amurta*<sup>17</sup>, donde se considera contrario a la libertad de circulación de capitales que los dividendos transfronterizos soporten una retención no exigible en caso de pagos nacionales, circunstancia que no se puede justificar incluso en el caso en que el Estado de la sociedad matriz aplique mecanismos para eliminar la doble imposición. Sí cabría que la eliminación de la doble imposición se produjera de acuerdo con lo establecido en un convenio de doble imposición que fuera aplicable.

### **STJCE de 22 de diciembre de 2008, asunto C-282/07, *Truck Center SA* (NFJ031306).**

La sentencia analiza la legislación belga sobre retenciones. En el caso de pago de intereses a no residente, se devenga una retención. En el caso de pago a residentes, no se devenga tal retención sin perjuicio de que el perceptor de los mismos esté sujeto por el Impuesto sobre la Renta que recae sobre los mismos.

La base jurídica de la decisión es la libertad de establecimiento, aun cuando se trata de una operación de préstamo. Así sucede porque entre las partes de la operación existe una relación de asociación, de tal forma que una de las partes tiene potestades de decisión sobre la otra. Como dice la sentencia: «se trate de una participación tal en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro que le confiere una influencia real en las decisiones de dicha sociedad y le permite determinar las actividades de esta». Debe tenerse en cuenta que según el convenio de doble imposición aplicable al caso, la retención depende de la importancia de la participación que la sociedad beneficiaria de los intereses posee en el capital de la sociedad que los satisface. El fallo también se refiere a los movimientos de capitales, que ampara las operaciones de préstamo. Como suele ser habitual en sus sentencias que afectan a las leyes tributarias en materia de imposición directa, el TJCE comienza por recordar la primacía del Derecho comunitario, incluso cuando confluye con un área en principio reservada a la competencia nacional.

Para determinar si existe una restricción a la libertad referida, el análisis versa sobre la diferencia de trato fiscal existente entre pagos a residentes y no residentes y si la misma es discriminatoria en la medida en que ambos supuestos se encuentren en una situación objetivamente comparable.

En sus reflexiones, el primer paso consiste en recordar que, en materia de impuestos directos, la situación de los residentes y la de los no residentes no son, por lo general, comparables. En segundo lugar, se observa cómo la posición del Estado también difiere en ambos casos: en una situación es el Estado de residencia del contribuyente y en otra es el Estado de la fuente. También indica que las exacciones fiscales tienen fundamentos jurídicos diferentes en ambas circunstancias.

<sup>17</sup> Véase fallo de la STJCE de 8 de noviembre de 2007, caso C-379/05, Rep. 2007, pág. I-9569.

De esta manera, resulta relevante que en el caso de pagos a residentes, si bien no hay retención, los intereses son gravados por el Impuesto sobre Sociedades. En el caso de no residentes, se exige una retención en la fuente sobre la base del convenio de doble imposición aplicable. Se trata, como afirma el TJCE, de dos modalidades de exacción que se explica por las dos formas de imposición diferentes y reflejan la distinta posición de los contribuyentes respecto de la recaudación.

El TJCE se detiene en la necesidad de seguir procedimientos tributarios distintos y recuerda que, en el caso de no residentes, se requiere la cooperación de la Administración tributaria del Estado de residencia.

Las conclusiones se refuerzan con la afirmación de que la diferencia de trato no determina necesariamente una ventaja a las sociedades beneficiarias residentes. Estas están obligadas a efectuar pagos anticipados del Impuesto de Sociedades; además, el tipo de la retención sobre no residentes es netamente inferior al del Impuesto de Sociedades.

En consecuencia, no se encuentra violación alguna al Derecho comunitario en el mantenimiento de dos formas de exacción diferente para residentes y no residentes.

## **2.4. En relación con el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.**

### *2.4.1. Base imponible.*

#### **STJCE de 17 de enero de 2008, asunto C-256/06, *Jäger* (NFJ026993).**

Este caso se refiere a las normas de valoración para calcular la base imponible en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones vigente en Alemania. De acuerdo con las mismas, los bienes agrícolas y forestales sitos en el extranjero deben valorarse por su valor venal, por el que se entiende el precio al que podría venderse mediante transacciones comerciales normales. Por el contrario, cuando estos mismos bienes se encuentran en Alemania resulta de aplicación un procedimiento especial de valoración del que resultan cifras que corresponden, como media, al 10 por 100 del valor venal de los bienes, así como una exoneración especial.

La decisión se basa en la libre circulación de capitales, que ampara las adquisiciones *mortis causa* de carácter transfronterizo. El Derecho comunitario no ofrece un concepto de movimientos de capital pero tiene una relación de los supuestos que se consideran como tales. La mención específica a estas transmisiones se encuentra en la rúbrica XI del anexo I «Movimientos de capitales de carácter personal» de la Directiva 88/361/CEE del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado.

El Gobierno alemán plantea que los derechos derivados de estas disposiciones no se encuentran vigentes cuando el causante de la herencia adquiere los bienes. Sin embargo, la resolución judicial estima que esta libertad fundamental se restringe con normas que suponen una disminución del valor de la herencia por el hecho de incluir bienes situados en un Estado miembro diferente a aquel que exige el

tributo y que no se produciría si los bienes se encontraran en su propio territorio. Estos efectos sí que se producen bajo la plena vigencia de la libre circulación de capitales, en el momento en que los herederos adquieren la herencia. Debería haberse mencionado que la cuestión se suscita en relación con una transmisión transfronteriza.

El debate se extiende a la aplicación del vigente artículo 58.1 a) del TCE donde se permiten disposiciones fiscales que establezcan diferencias en función del lugar de inversión del capital. Frente a esta alegación, se trae a colación la jurisprudencia ya asentada en el caso *Verkooijen*<sup>18</sup>, según la cual la aplicación de normativa distinta no debe suponer ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos, de tal forma que no cabe aplicar regímenes diferenciados a situaciones objetivamente comparables. De esta manera, no puede justificarse la diferencia de cuota del impuesto según que la herencia contenga únicamente un bien agrícola y forestal situado en Alemania o que incluya asimismo un bien de esta naturaleza situado en otro Estado miembro.

El Gobierno alemán alega la existencia de intereses generales que deben primar. Este tipo de explotaciones cumplen una función social, al contribuir a la productividad y a la generación de empleo. Por tanto, resulta necesario reducir la carga fiscal para evitar que el heredero de una sociedad agrícola se vea forzado a su venta o desmembración. Estos intereses nacionales no entrarían en juego en el caso de propiedades situadas en otros Estados miembros. La jurisprudencia ya ha reconocido que la actividad de las explotaciones agrícolas y forestales, así como con el mantenimiento del empleo en estas en caso de transmisión *mortis causa* puedan tener, en algunas circunstancias y con determinadas condiciones, carácter de interés general y justificar restricciones a la libertad de los movimientos de capitales<sup>19</sup>. Sin embargo, de aquí no resulta necesariamente que las ventajas tributarias deban restringirse respecto de los bienes situados bajo el propio territorio. Añade el TJCE que no se ha acreditado que las explotaciones establecidas en otros Estados miembros no se encuentren en una situación comparable a la de las explotaciones establecidas en Alemania. De nuevo se suscita el debate acerca de la concesión de ayudas de Estado en el propio ámbito territorial en términos equivalentes a los ya indicados en relación con sentencias anteriormente referidas.

Finalmente, se pretende razonar esta medida en las dificultades para aplicar el procedimiento especial de valoración en el caso de bienes situados fuera del territorio nacional. Dicho proceso se basa en valores de rendimiento normalizados para los distintos tipos de explotaciones afectadas, valores extraídos de estadísticas elaboradas por la Administración. Al TJCE no le parece razón suficiente para admitir la vulneración de una libertad fundamental del TCE.

### **STJCE de 11 de septiembre de 2008, asunto C-11/07, *Eckelkamp* (NFJ029800).**

El asunto tuvo por objeto el análisis de la legislación belga del Impuesto sobre Sucesiones vigente en la Región de Flandes, que no permite deducir en el cálculo de la base imponible las cargas vinculadas a los bienes inmuebles adquiridos de causantes no residentes, al contrario de lo previsto para el caso de causantes residentes.

<sup>18</sup> STJCE de 6 de junio de 2000, C-35/98 *Verkooijen*, Rec. 2000 pág. I-4071, párrafos 43 y 44.

<sup>19</sup> STJCE de 25 de enero de 2007, C-370/05, *Festersen*, Rec. 2005 pág. I-1129, párrafo 28.

Como en casos antes comentados, la decisión se basa en la libre circulación de capitales, que ampara las adquisiciones *mortis causa* de carácter transfronterizo, según resulta de la relación de transacciones amparadas bajo esta libertad incluida en el anexo de la Directiva 88/361/CEE del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado.

Resulta relevante para resolver el caso que la limitación legal para deducir las cargas del inmueble en el cálculo de la base imponible del impuesto tiene como efecto disuadir de la compra de tales bienes situados en el Estado miembro en cuestión. Se constata que la norma provoca la disminución del valor de la herencia de un residente en un Estado miembro distinto de aquel en el que se encuentran tales bienes. Sobre la base de jurisprudencia anterior, se afirma que tal reducción del valor es una restricción a los movimientos de capitales<sup>20</sup>.

El Gobierno belga alega la distinta situación objetiva existente entre causantes residentes y no residentes. Solo respecto de los primeros se puede tener en cuenta, a la hora de hacer el cálculo del Impuesto de Sucesiones, la totalidad de los elementos de la herencia. Sin embargo, recordando doctrina anterior, se concluye que una normativa nacional que en materia tributaria niega a los no residentes la deducción de los gastos profesionales que están relacionados directamente con la actividad que generó los rendimientos imposables en el Estado miembro de que se trate, pero que, en cambio, permite aplicar la referida deducción a los residentes, puede ir en detrimento de los nacionales de otros Estados miembros y es contraria a las libertades del TCE<sup>21</sup>. El TJCE remite al Tribunal nacional la verificación de la realidad del vínculo existente entre la deuda y el bien inmueble adquirido.

En cuanto a la posibilidad de establecer un régimen fiscal distinto en función del lugar de la inversión, el TJCE considera esta norma, artículo 58, apartado 1, letra a), del TCE como una excepción que debe interpretarse en sentido estricto; no cabe entender que cualquier diferencia sea compatible sin más con el Tratado. Según el apartado 3 del mismo precepto, tales diferencias no pueden constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos. Añade que la medida debe ser adecuada al fin que persiga.

Respecto de la medida concreta analizada, el TJCE observa que la misma se refiere al valor del bien inmueble. Respecto de su determinación, no encuentra una diferencia por el hecho de la residencia del causante que pueda justificar una desigualdad de trato fiscal. Debe tenerse en cuenta que el impuesto belga trata de manera idéntica, salvo en cuanto atañe a la deducción de las deudas, las herencias de esas dos categorías de personas.

El análisis de la resolución se extiende a las razones que, según el Estado belga, justificarían la restricción al movimiento de capitales. Alega en concreto la necesidad de evitar que la deuda sea objeto de doble deducción, en el Estado de ubicación del bien y en el Estado de residencia del causante.

Para el TJCE, un Estado no puede ampararse en que el Estado de residencia del causante ofrezca un crédito fiscal para eliminar la doble imposición. Además, la norma era aplicable sin tener en cuenta si tal deducción fiscal existe realmente. En realidad tendría que haber mencionado que la doble

<sup>20</sup> STJCE de 23 de febrero de 2006, caso C-513/03, *van Hilten-van der Heijden*, Rep. 2006, pág. I-1957, párrafo 44, y STJCE de 17 de enero de 2008, caso C-256/06, *Jäger*, sin recopilar, párrafo 31.

<sup>21</sup> STJCE de 12 de junio de 2003, caso C-234/01, *Gerritse*, Rep. 2003, pág. I-5933, párrafos 27 y 28.

deducción fiscal de la carga se hubiera producido ante la doble sujeción a gravamen del bien sobre el que recae.

### **STJCE de 11 de septiembre de 2008, asunto C-43/07, *Arens-Sikken* (NFJ029801).**

En el Derecho holandés, la adquisición por herencia de un bien inmueble situado en su territorio cuando el causante no es residente en esa misma jurisdicción determina un gravamen en el que no son deducibles las deudas derivadas de un exceso de adjudicación en el cálculo de la base imponible, al contrario de lo que sucede en los casos en que el causante es residente.

Como ya hemos visto, las adquisiciones *mortis causa* tienen la consideración de movimientos de capitales en el Derecho comunitario, de tal forma que los adquirentes están protegidos por la correspondiente libertad prevista en el artículo 56 del TCE.

De acuerdo con su propia jurisprudencia, ya referida, el TJCE recuerda que el artículo 56 del TCE, apartado 1, prohíbe por restrictivas a los movimientos de capitales, las medidas que provocan una disminución del valor de la herencia de un residente de un Estado miembro distinto de aquel en el que se sitúan los bienes afectados. En este sentido, la resolución destaca que las normas que enjuicia podría gravar la sucesión de un no residente con una carga fiscal total más elevada que la exigida cuando se trata de un causante residente.

El Gobierno holandés plantea que las deudas por exceso de adjudicación no están directamente vinculadas al inmueble: no forman parte de la sucesión, sino que se trata de deudas que recaen sobre el cónyuge superviviente y que nacen, después del fallecimiento del causante, por efecto del testamento dejado por este último. Quiere hacer valer doctrina judicial anterior que determina que una normativa nacional que, en materia tributaria, se opone a que los no residentes deduzcan los gastos profesionales, siempre que estén vinculados directamente a la actividad que genera los rendimientos imposables en el Estado miembro de que se trate, mientras que, en cambio, sí permite tal deducción a los residentes, implica el riesgo de desplegar sus efectos principalmente en detrimento de los nacionales de otros Estados miembros y resulta contraria a los citados artículos.

Sin embargo, el TJCE considera que no es necesario examinar si existe una conexión directa entre las deudas por exceso de adjudicación y el bien inmueble objeto de la sucesión. El asunto de que se trata versa sobre las diferentes consecuencias que tiene para los herederos una normativa nacional que, a efectos de repartir la base imponible en el supuesto de partición hecha por el testador, establece una distinción en función de que el causante hubiera sido, en el momento de su fallecimiento, residente o no residente del Estado de que se trate. La carga fiscal resulta superior, circunstancia que resulta de la no deducción y la aplicación de un tipo progresivo de gravamen.

En cuanto a la posible justificación de la medida, de nuevo se alega la vigencia del artículo 58.1 a) del TCE. Como es habitual, la Corte recuerda que esta norma debe interpretarse de forma restrictiva, no puede amparar formas de discriminación arbitraria ni restricciones encubiertas de la libre circulación de capitales y pagos y la medida que se acepte debe ser proporcionada y adecuada a los fines que la justifican.

En el asunto analizado, la situación de los herederos del causante es comparable a la de cualquier otro heredero a quien corresponda un bien inmueble sito en los Países Bajos y dejado en herencia por una persona que en el momento de fallecer residiera en ese mismo Estado. Todos están sujetos a un gravamen por la sucesión, siendo la única diferencia la que establece la norma que se analiza. Por tanto, no se encuentran razones que justifiquen tal distinción.

Por otra parte, se plantea si cabría aceptar tal normativa en el caso de que el Estado de residencia del causante concediera un crédito fiscal para eliminar la doble imposición respecto del impuesto satisfecho en el Estado donde se ubican los bienes. Sin embargo, el TJCE considera que un Estado miembro no puede alegar la existencia de una ventaja concedida de manera unilateral por otro Estado miembro para eludir las obligaciones que le incumben en virtud del TCE.

## 2.5. Impuesto sobre el Patrimonio.

### 2.5.1. Base imponible.

#### **STJCE de 2 de octubre de 2008, asunto C-360/06, *Heinrich Bauer Verlag Beteiligungs GmbH* (NFJ029804).**

En el Impuesto sobre el Patrimonio alemán, las participaciones que las sociedades de capital no cotizadas tienen en sociedades personalistas extranjeras se valoran según su valor de mercado, mientras que las participaciones en las sociedades personalistas nacionales se valoran según el valor patrimonial. Si el valor de mercado no puede determinarse mediante referencia a una transmisión que haya tenido lugar en los doce meses anteriores a la valoración, se determina sobre la base del valor patrimonial y de las expectativas de beneficio de la sociedad de la que se trate.

El fallo se fundamenta en los derechos que se derivan de la libertad de establecimiento promulgada en el TCE, que cubre las situaciones en que un nacional o una sociedad de un Estado miembro posee una participación tal en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro que le confiere una influencia real en las decisiones de dicha sociedad y le permite determinar las actividades de esta. Así sucede cuando se es titular de una participación del 100 por 100 en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro o, también, cuando todas las participaciones de una sociedad que tiene su domicilio en un Estado miembro se encuentran, directa o indirectamente, en poder de los miembros de una misma familia, residentes en otro Estado miembro, quienes tienen los mismos intereses, adoptan las decisiones relativas a la sociedad de común acuerdo, a través de un mismo representante en la junta general de la sociedad, y determinan sus actividades.

De acuerdo con la normativa alemana cuestionada, la situación fiscal de una sociedad de capital residente que tiene una participación en el capital de una sociedad personalista establecida en otro Estado miembro es menos favorable, en relación con el Impuesto sobre el Patrimonio que le es exigible, de lo que sería en el caso de que dicha sociedad personalista estuviera establecida en Alemania. En consecuencia, dicha sociedad puede verse disuadida de participar en el capital de una sociedad personalista establecida en otro Estado miembro.



Después de establecer la restricción al Derecho comunitario, la sentencia valora los argumentos que, según el Gobierno alemán, justificarían la medida. Se menciona así que tal normativa es necesaria para asegurar la homogeneidad de la imposición de situaciones de hecho comparables. La falta de integración de las expectativas de beneficio en el contexto de la valoración de las participaciones en entidades no residentes determinaría que estas resultaran favorecidas. Se añaden además las dificultades prácticas de carácter administrativo para calcular el valor de las participaciones en sociedades establecidas en otros Estados miembros.

El TJCE recuerda su doctrina sobre la necesidad de preservar la coherencia de un régimen fiscal: se justifican normas restrictivas de las libertades fundamentales siempre que se acredite la existencia de una relación directa entre la ventaja fiscal de que se trata y la compensación de dicha ventaja mediante un gravamen fiscal determinado. En el caso planteado no se habría demostrado el vínculo directo existente entre la ventaja fiscal atribuida a una participación en el capital de una sociedad personalista establecida en el Estado miembro de imposición y un gravamen fiscal correlativo.

Por otra parte, las dificultades de control administrativo se podrían superar gracias a la vigencia de la Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos e indirectos. Incluso si esta no fuera aplicable, aún cabría solicitar a los propios contribuyentes que aportasen los elementos de prueba que se estimen necesarios para calcular el valor de las participaciones.

## 2.6. Regímenes forales.

### **STJCE de 11 de septiembre de 2008, asuntos acumulados C-428/06 a C-434/06, País Vasco (NFJ029238).**

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco planteó cuestión prejudicial ante el TJCE en el marco de los recursos de anulación interpuestos por diversas Comunidades Autónomas y la Unión General de Trabajadores de La Rioja contra determinadas Normas Forales de los Territorios Históricos del País Vasco por las que se establecían un tipo de gravamen por el Impuesto sobre Sociedades más bajo que el vigente en el resto del territorio español y deducciones de la cuota líquida del 10 por 100 del importe de las inversiones en determinados activos, no previstas en la normativa estatal.

Se trataba de determinar si tales medidas constituían ayudas de Estado que, para su aprobación, debían ser autorizadas previamente por la Comisión Europea. De acuerdo con el concepto comunitario de ayuda de Estado, son tales las medidas tributarias, entre otras, que no son aplicables a todas las empresas, sino solo a las localizadas en parte del territorio. Se habla así de ayudas de Estado de carácter regional. En concreto, se cuestionó si las medidas tributarias referidas, adoptadas por entidades infraestatales, debían considerarse medidas selectivas y, por consiguiente, ayudas de Estado por el mero hecho de no ser aplicables en todo el territorio español.

El TJCE se refiere a jurisprudencia anterior, recogida en la resolución del caso *Azores*<sup>22</sup>, según la cual el marco de referencia no debe necesariamente coincidir con el territorio del Estado miembro

<sup>22</sup> Párrafo 56 de la STJCE de 6 de septiembre de 2006, asunto C-88/03, *Portugal vs. Comisión*, Rep. 2006, pág. I-7115.



considerado, de tal modo que una medida que conceda una ventaja en solo una parte del territorio nacional no pasa por este mero hecho a ser selectiva. Al contrario, es posible que una entidad infraestatal cuente con un estatuto jurídico y fáctico que la haga lo suficientemente autónoma del Gobierno central de un Estado miembro como para que sea ella misma, y no el Gobierno central, quien, mediante las medidas que adopte, desempeñe un papel fundamental en la definición del medio político y económico en el que operan las empresas.

Esta forma de autonomía vendría determinada por la concurrencia de tres circunstancias: en primer lugar, desde el punto de vista constitucional, las entidades autónomas deben contar con un estatuto político y administrativo distinto del Gobierno central; en segundo lugar, se debe constatar una autonomía procedimental, esto es, que el Gobierno central no haya podido intervenir directamente en su contenido; finalmente, debe existir autonomía económica y financiera, lo que supone que las consecuencias financieras de la adopción de cualquier medida no esté compensadas por ayudas o subvenciones procedentes de otras regiones o del Gobierno central.

Por tanto, es necesario concretar la existencia de una verdadera autonomía institucional, procedimental y económica. En cuando a la capacidad para determinar el medio político y económico de las empresas, el TJCE aclara que no es un requisito previo que deba constatarse en todo caso sino una consecuencia derivada de la existencia de una verdadera autonomía.

En este caso particular, resultó necesario determinar en qué entidad debían concurrir las condiciones anteriores, si en la Comunidad Autónoma del País Vasco o en cada uno de los Territorios Históricos. En una primera aproximación a la cuestión, se observa que las diversas condiciones de autonomía referidas no concurren de forma exclusiva en cada una de las organizaciones territoriales mencionadas. Así, los Territorios Históricos únicamente serían competentes en materia tributaria, incumbiendo las demás competencias a la Comunidad Autónoma del País Vasco. Constatada esta circunstancia, la resolución menciona que no parece indispensable, para realizar un análisis de los criterios de autonomía de una entidad infraestatal, tomar únicamente en consideración a los Territorios Históricos, o a la inversa, solamente a la Comunidad Autónoma del País Vasco. Después de explicar que esta forma de distribuir potestades tiene raíces históricas, constata también que este reparto de competencias requiere una estrecha colaboración entre las diversas entidades. El TJCE concluye que se debe tomar como referencia al propio tiempo a los Territorios Históricos y a la Comunidad Autónoma del País Vasco para determinar si existe suficiente autonomía como para constituir el marco de referencia a la luz del cual hay que apreciar la selectividad de una medida adoptada por uno de esos Territorios Históricos.

Antes de analizar si concurren las tres formas de autonomía indicadas, surgió la necesidad de determinar si el control jurisdiccional al que están sometidas las normas forales influye en la autonomía de procedimiento. Se mencionó en el proceso que se trataba de disposiciones sujetas al control de legalidad de los órganos jurisdiccionales administrativos. Sin embargo, el TJCE consideró que lo revelante para verificar la existencia de autonomía no es el control del juez sino el criterio que ese juez siga a la hora de realizar su control. En consecuencia, no puede afirmarse válidamente que una entidad infraestatal no tiene autonomía únicamente porque se ejerza un control jurisdiccional sobre los actos adoptados por esta.

En cuanto a la existencia de autonomía institucional, el TJCE destaca del examen de la Constitución, del Estatuto de Autonomía y del Concierto Económico que entidades infraestatales como

los Territorios Históricos y la Comunidad Autónoma del País Vasco, al poseer un estatuto político y administrativo distinto al del Gobierno central, cumplen el criterio de la autonomía institucional.

En cuanto a la autonomía en materia de procedimiento, es relevante la posibilidad de que esta entidad adopte, en virtud de esa competencia, una decisión de manera independiente, es decir, sin que el Gobierno central pueda intervenir directamente en su contenido. El hecho de que se tome en consideración el interés del Estado al objeto de respetar los límites de las competencias atribuidas a dicha entidad no constituye, en principio, un elemento que menoscabe la autonomía en materia de procedimiento de esta cuando adopte una decisión dentro de los límites de esas competencias. En todo caso, debe ser el órgano jurisdiccional nacional remitente quien verifique si existe autonomía en materia de procedimiento.

Respecto de la autonomía económica y financiera, se plantean las consecuencias que deban derivarse de la existencia del cupo, como contribución de la Comunidad Autónoma para sufragar los gastos del Estado en su territorio. El TJCE destaca que el importe de los ingresos fiscales de los Territorios Históricos no influye en la primera etapa del cálculo, que consiste exclusivamente en una valoración de diversas cargas asumidas por el Estado español. En cuanto a los ajustes, estos solamente pueden verse afectados de manera indirecta por una norma foral que establezca un régimen tributario más favorable para los contribuyentes a los que sea de aplicación dicha norma. Del mismo modo, tal tipo de norma tampoco influye necesariamente en el coeficiente de imputación, elemento esencial para determinar el cupo.

El debate también se refirió a la infravaloración del cupo. Era una cuestión importante, puesto que pudiera entenderse que la aportación al Estado inferior a la que debiera corresponder por los servicios prestados por este es una forma indirecta de financiar otras políticas autonómicas. Sin embargo, el TJCE considera que, si bien una infravaloración de dicho coeficiente tan solo puede constituir un indicio de una falta de autonomía económica de los Territorios Históricos, es necesario que exista una relación de causa a efecto entre una medida tributaria adoptada por las autoridades forales y los importes puestos a cargo del Estado español. En este sentido, resulta relevante destacar que el coeficiente de imputación se fija partiendo de datos económicos en el marco de negociaciones políticas en las que participa el Estado español y en las que este defiende tanto el interés nacional como el de las demás regiones del Reino de España.

En este contexto, el TJCE prefirió remitir al órgano jurisdiccional la valoración sobre si tal proceso de fijación tiene por objeto permitir al Gobierno central compensar el coste de una subvención o de una medida tributaria favorable a las empresas adoptada por los Territorios Históricos. En términos más generales, la resolución atribuye al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco la verificación de si, debido a la metodología adoptada y a los datos económicos tomados en consideración, el cálculo del cupo puede tener como efecto que el Estado español compense las consecuencias de una medida tributaria adoptada por las autoridades forales.

En el proceso, la Comisión puso de manifiesto la existencia de otras muchas transferencias financieras que compensan las medidas fiscales de reducción de impuestos, tales como las resultantes de la existencia de una caja única de Seguridad Social, de un servicio público mínimo garantizado por el Estado o del Fondo de Compensación Interterritorial. Para la Corte, el mero hecho de que existan tales transferencias financieras de dicho Estado hacia estas últimas no basta para demostrar que dichas entidades no asumen las consecuencias financieras de las medidas fiscales que adoptan

y, por tanto, que no gozan de autonomía financiera, ya que tales transferencias pueden explicarse por motivos que no están relacionados con las referidas medidas fiscales.

Debe mencionarse que, pese a referirse a la existencia de límites en el ejercicio de las competencias tributarias autonómicas, tales como el principio de armonización fiscal, la resolución no se detiene en un análisis detallado de su alcance y sus consecuencias. Solo parece desprenderse que tales condicionantes no son relevantes para negar la existencia de tal autonomía.

La conclusión final que recoge la sentencia es que corresponde al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco apreciar el carácter selectivo de las medidas, teniendo en cuenta la autonomía institucional, de procedimiento y económica de la que goce la autoridad que las adopte.

### **3. DICTÁMENES MOTIVADOS DE LA COMISIÓN EUROPEA POR INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO**

#### **3.1. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.**

##### *3.1.1. Base imponible. Devengo de rentas por cambio de residencia fiscal.*

Con fecha 16 de octubre de 2008, la Comisión emitió dictamen motivado por el que considera que España ha infringido el Derecho comunitario al obligar a pagar un impuesto de salida a las personas físicas que dejan de tener su residencia fiscal en España, según resulta del artículo 14.3 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Estas disposiciones son incompatibles con la libre circulación de personas contemplada en los artículos 18, 39 y 43 del Tratado y en los artículos 28 y 31 del acuerdo EEE.

De acuerdo con dicha resolución, la legislación española obliga al contribuyente que transfiere su residencia al extranjero a hacer constar los «ingresos no imputados» en su declaración de hacienda relativa al último ejercicio tributario en el que aún era considerado contribuyente residente, con el objeto de gravarlos inmediatamente. La Comisión considera que este gravamen inmediato penaliza a aquellas personas que deciden dejar España, al dispensarles un trato menos favorable que a las personas que permanecen en el país. Por consiguiente, estas normas españolas pueden disuadir a las personas físicas de ejercer su derecho de libre circulación.

#### **3.2. Impuesto sobre Sociedades.**

##### *3.2.1. Base imponible. Provisiones deducibles.*

Con fecha 28 de febrero de 2008, la Comisión Europea emitió dictamen motivado en el que consideró contrarias al Derecho comunitario determinadas normas tributarias con fines anti-elusivos. En particular, se refirió al artículo 12.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Socieda-

des, que no autoriza a las entidades residentes a realizar deducciones fiscales sobre las dotaciones a provisiones conexas a las participaciones en empresas establecidas en determinados Estados miembros y territorios considerados paraísos fiscales.

La Comisión considera que esas disposiciones nacionales generan una mayor carga tributaria para los accionistas residentes que invierten en esos determinados Estados o territorios que para los accionistas residentes que invierten en España u otros Estados miembros. La legislación española disuade a sus residentes de realizar inversiones en otros Estados miembros y constituye una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de capitales en el sentido, respectivamente, de los artículos 43 y 56 del TCE.

El problema radica en el alcance general de la norma, que no limita sus efectos a los supuestos en que se determine la existencia de abuso a la disposición tributaria.

### 3.2.2. *Base imponible. Rentas exentas.*

Con fecha 28 de febrero de 2008, la Comisión Europea emitió dictamen motivado en el que consideró contrarias al Derecho comunitario determinadas normas tributarias con fines anti-elusivos. Entre estas, figura el artículo 21.1, letra b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, precepto en virtud del cual los dividendos distribuidos por entidades residentes en determinados Estados miembros o territorios de la UE en las que una empresa española tenga una participación superior al 5 por 100 no pueden acogerse a una exención fiscal, mientras que dicha exención sí se concedería si se tratara de dividendos distribuidos por las entidades establecidas en España u otros Estados miembros.

La resolución parece referirse a las inversiones en entidades residentes en países o territorios calificados como paraísos fiscales. El problema estribaría en su aplicación con carácter general, cuando su alcance debiera limitarse a los casos concretos en que se acredite la existencia de una situación de abuso de la norma.

La Comisión considera que esta diferencia de trato restringe la libre circulación de capitales. En concreto, recuerda que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 del TCE, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros. Las disposiciones nacionales en cuestión imponen una mayor carga fiscal a los accionistas residentes que inviertan en entidades establecidas en los Estados miembros y territorios considerados y, por tanto, podrían disuadirlos de invertir capital en empresas establecidas en ellos. Asimismo, dichas disposiciones podrían dificultar la obtención de capital en España por parte de las entidades establecidas en esos Estados miembros y territorios. La legislación examinada obstaculiza, pues, el acceso al mercado tanto de las entidades que distribuyen los dividendos como de los accionistas residentes y, por consiguiente, constituye una restricción en el sentido del artículo 56 del Tratado.

### 3.2.3. *Base imponible. Devengo de rentas por cambio de residencia fiscal o traslado de activos.*

Con fecha 27 de noviembre de 2008, la Comisión emitió dictamen motivado en el que consideró que infringe el Derecho comunitario la normativa fiscal española que dispone el pago inmediato de

impuestos cuando las sociedades dejan de ser residentes fiscales o transfieren sus activos a otro Estado miembro, según resulta de lo dispuesto en el artículo 17.1, letras a) y c), del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. El principio argumentado es la libertad de establecimiento.

En concreto, la Comisión destaca que, según la normativa española, si una sociedad traslada su residencia a otro Estado miembro o si un establecimiento permanente cesa sus actividades en España o transfiere sus activos situados en España a otro Estado miembro, las plusvalías no realizadas deben integrarse en la base imponible de ese ejercicio, en tanto que las plusvalías no realizadas correspondientes a operaciones de ámbito estrictamente nacional no se incluyen en la base imponible.

La Comisión considera que esa imposición inmediata penaliza a las sociedades que desean abandonar España o transferir sus activos al exterior, pues supone aplicarles un trato menos favorable que a las sociedades que permanecen en el país o que transfieren sus activos dentro del territorio nacional. Estas disposiciones pueden, por tanto, disuadir a las sociedades de ejercer su derecho de libre establecimiento y, en consecuencia, constituyen una restricción frente a lo dispuesto en el artículo 43 del TCE.

La Comisión basa su dictamen en la interpretación realizada por el TJCE del TCE, en sus sentencias de 11 de marzo de 2004, asunto C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*, y 7 de septiembre de 2006, asunto C-470/04, *N*, así como en la Comunicación de la Comisión sobre los impuestos de salida COM (2006) 825, de 19 de diciembre de 2006.

### 3.2.4. Regímenes especiales. Transparencia fiscal internacional (TFI).

Con fecha 28 de febrero de 2008, la Comisión Europea emitió dictamen motivado en el que consideró contrarias al Derecho comunitario determinadas normas tributarias con fines anti-elusivos.

En particular, se refirió a las normas sobre TFI, que establecen habitualmente que los beneficios de una sociedad no residente pueden imputarse a sus accionistas nacionales y ser gravados de forma inmediata conforme al régimen impositivo aplicable a esta última, mientras que, normalmente, la empresa matriz tributaría por los beneficios de su filial extranjera únicamente en el momento de distribución de los dividendos. Estas normas tienen como principal objetivo evitar que las empresas residentes evadan impuestos en su propio país desviando sus ingresos hacia filiales situadas en países con niveles de imposición inferiores. De nuevo, el problema estriba en la aplicación de estas disposiciones de forma general y automática sin que se acredite la existencia de abuso en cada caso concreto.

La Comisión se apoya en la doctrina del TJCE<sup>23</sup>, que ha dejado claro que, a la hora de conceder una ventaja fiscal, el efectuar una distinción en función del lugar de establecimiento de la filial constituye una diferencia de trato incompatible con el artículo 43 del TCE, que garantiza la libertad de establecimiento. Recientemente, el Tribunal ha dictaminado asimismo que una medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede estar justificada en la medida en que se aplique específicamente a montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir los impuestos nacionales normalmente exigibles, y siempre que no vaya más allá de lo estrictamente necesario para lograrlo.

<sup>23</sup> STJCE de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Rep. 2006, pág. I-7995.

La Comisión considera que la legislación española se opone al Derecho comunitario puesto que rebasa lo estrictamente necesario. Efectivamente, la legislación española no solo se aplica a los montajes puramente artificiales, sino también a las empresas matrices que controlan filiales que llevan a cabo actividades económicas efectivas en esos Estados miembros o territorios.

Debe mencionarse que la información hecha pública no menciona que la normativa española sobre TFI excluye de su aplicación los supuestos de entidades no residentes controladas que lo sean en un Estado miembro de la UE. Por tanto, sus reflexiones solo pueden entenderse en cuanto a la aplicación de la TFI respecto de paraísos fiscales situados en la UE.

### 3.3. Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

#### 3.3.1. Base imponible por rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente.

Con fecha 16 de octubre de 2008, la Comisión Europea emitió un dictamen motivado en el que consideró que infringe el Derecho comunitario la normativa que determina que los no residentes sean gravados por su renta bruta, mientras que a los residentes solo se les grava su renta neta. La Comisión consideró que estas disposiciones son incompatibles con el TCE, que garantizaba la libre circulación de personas y trabajadores, la libre prestación de servicios y la libre circulación de capitales. La Comisión basó su argumentación particularmente en la sentencia del TJCE de 27 de junio de 1996, dictada en el asunto C-107/94, *Asscher*, Rec. I-3089.

Según la normativa española, artículo 24.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, a los no residentes que operan en España sin un establecimiento permanente se les grava su renta bruta, esto es, sin deducción de los costes, mientras que a los residentes se les grava únicamente su renta neta.

La Comisión estimó que estas normas restringen la libre circulación de personas y trabajadores, la libre prestación de servicios y la libre circulación de capitales, por lo que España incumple sus obligaciones emanadas de los artículos 39, 49 y 56 del TCE y de los artículos correspondientes del Acuerdo EEE.

#### 3.3.2. Tipo de gravamen por rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente.

Con fecha 6 de mayo de 2008, la Comisión Europea adoptó un dictamen motivado en el que consideró que la legislación española viola el Derecho comunitario en la tributación de fondos de pensiones establecidos en el extranjero.

Según dicha Institución, las rentas de los fondos de pensiones están exentas y dichos fondos pueden solicitar la devolución de cualquier retención a cuenta que España aplique a los dividendos que reciben. Por lo tanto, en la práctica, los dividendos nacionales que reciben están exentos de impuestos. En cambio, España impone una retención a cuenta del 18 por 100 a los dividendos paga-

dos a los fondos de pensiones establecidos en otro lugar de la UE o en los países del EEE/AELC (Islandia, Noruega y Liechtenstein). El resultado es que los dividendos pagados a los fondos de pensiones extranjeros soportan más impuestos. El tipo de la retención a cuenta puede ser inferior en virtud de convenios fiscales bilaterales.

#### 4. DECISIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE AYUDAS DE ESTADO

##### **Aprobación de la reducción de la base imponible correspondiente a los ingresos derivados de la explotación de determinados intangibles**

Con fecha 13 de febrero de 2008, la Comisión Europea adoptó la decisión, C(2008)467 final, en el asunto Ayuda de Estado n.º N 480/2007-España, reducción del impuesto sobre activos intangibles, con la que se aprueba el régimen fiscal especial del Impuesto sobre Sociedades previsto en su artículo 23. Este régimen prevé la reducción del 50 por 100 de los ingresos procedentes de la cesión del derecho de uso o explotación de patentes, dibujos y modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, incluidos los ingresos procedentes de derechos sobre informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.

De acuerdo con el razonamiento de la Comisión, recogido en la decisión, resulta relevante que:

- La medida se aplique a todos los contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades en España y también a los trabajadores autónomos, con independencia de la actividad concreta que lleven a cabo, del sector de actividad y de la zona geográfica en la que estén establecidos.
- No supone, en ningún caso, una rebaja directa del coste de realización de las actividades de I+D+i, toda vez que el incentivo fiscal no se aplica sobre ningún gasto específico.
- Está abierto a cualquier empresa sujeta al Impuesto sobre Sociedades en España que cree activos intangibles independientemente de su dimensión, su estructura jurídica y su sector de actividad. El hecho de que no todas las empresas decidan crear un activo intangible que dé derecho a la subvención y genere ingresos correspondientes a la cesión del derecho a usarlo o explotarlo no constituye más que un mero reflejo de una realidad económica.
- La medida no refuerza la posición de una categoría de empresas con respecto a otras empresas competidoras en los intercambios intracomunitarios y se aplica sin discriminación a todos los operadores económicos.

Bajo estas circunstancias, la Comisión considera que esta medida fiscal está abierta a todos los agentes económicos que operan en un Estado miembro y se trata, por tanto, de una medida general. El hecho de que algunas empresas pueden beneficiarse de la medida más que otras no supone necesariamente que la medida sea selectiva. Tampoco el hecho de que la ventaja esté limitada al séxtuplo de los costes de creación del activo es en sí mismo un indicio de selectividad. No existe ningun-



na limitación por lo que se refiere a los costes en que puede incurrir el contribuyente para crear el activo intangible beneficiado.

En consecuencia, la Comisión considera que el régimen tributario español no es una medida selectiva y por lo tanto no constituye ayuda estatal en el sentido del artículo 87, apartado 1, del TCE. La decisión de la Comisión no es, por tanto, de autorización o de declaración de la compatibilidad de la ayuda con el Derecho comunitario. Por el contrario, considera que no se está en presencia de una ayuda, de tal manera que no es necesaria tal declaración.

## **5. PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL CONSEJO POR LA QUE SE MODIFICA LA DIRECTIVA 2003/48/CE EN MATERIA DE FISCALIDAD DE LOS RENDIMIENTOS DEL AHORRO EN FORMA DE PAGO DE INTERESES, COM(2008)727**

El pasado 13 de noviembre de 2008, la Comisión Europea adoptó una propuesta para modificar la Directiva del ahorro, cuyo objeto es facilitar al Estado de residencia de las personas físicas información sobre las rentas en forma de intereses obtenidas en otro Estado miembro con el objeto de garantizar su tributación. Corresponderá al Consejo de la Unión Europea discutirla y aprobarla por unanimidad. Las modificaciones planteadas son las siguientes.

### **Propuestas en relación con la definición de intereses.**

La propuesta plantea la extensión del ámbito de aplicación de la Directiva del ahorro a los rendimientos derivados de valores equivalentes a títulos de deuda desde el punto de vista del inversor. Se trata de aquellos en los que el capital está asegurado al menos hasta un 95 por 100 del total invertido y su retribución está determinada en la fecha de emisión, con independencia de que los activos subyacentes que los respalden incluyan préstamos.

Además, en lo que se refiere a la cobertura de fondos de inversión que invierten en tales valores y en préstamos, se propone sustituir la referencia a las instituciones cubiertas por la Directiva 85/611/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) por otra relativa al registro que se produzca de acuerdo con las normas de cualquiera de los Estados miembros. De esta forma, las mismas normas serán de aplicación no solo a los OICVM sino también a otras entidades con independencia de su forma jurídica concreta.

En cuanto a los fondos de inversión establecidos fuera de la UE, la propuesta aclara los términos usados en la Directiva de acuerdo con la definición OCDE de fondos y sistemas de inversión colectiva.

También se proponen modificaciones para crear las condiciones necesarias para que los agentes pagadores establecidos en un Estado miembro diferente de aquel en que está establecido el fondo de inversión apliquen el principio de la norma del país de origen. Se responde así a una petición de los



operadores del mercado. Es necesario introducir esta modificación a fin de que los agentes pagadores puedan aplicar correctamente la Directiva a los rendimientos procedentes de los organismos de inversión colectiva establecidos en otros países. Las opciones que, en su caso, ejerza un determinado Estado miembro en relación con sus organismos tendrá carácter vinculante para todos los demás Estados miembros. Esta previsión se acompaña de una lista de proveedores de datos en quienes pueden confiar los agentes pagadores para calificar un fondo de acuerdo con la norma del país de origen.

Finalmente, se incluyen en el ámbito de la Directiva las rentas de contratos de seguros de vida que compiten directamente con productos que ya se encuentran en su marco de aplicación, con un régimen transitorio hasta que se asegure dentro de la UE un intercambio de información pleno sobre todos los contratos de seguros de vida.

**Extensión del ámbito de aplicación, bajo determinadas condiciones, de intereses obtenidos por determinadas entidades y estructuras jurídicas establecidas fuera de la UE, cuyo beneficiario último es un beneficiario efectivo residente en la UE.**

Se propone la extensión del campo de aplicación de la Directiva a pagos de intereses percibidos por determinadas estructuras jurídicas de acuerdo con el principio de transparencia. Se requerirá a los agentes pagadores sujetos a obligaciones en materia de lucha contra el blanqueo de capitales que utilicen la información obtenida por estos medios para determinar el verdadero beneficiario efectivo. Así, se exigirá con respecto a pagos efectuados a personas o instrumentos jurídicos establecidos en determinadas jurisdicciones fuera de la UE, pero solo cuando el beneficiario efectivo identificado para fines de blanqueo de capitales sea residente en un Estado miembro de la UE. En este caso, el agente pagador tendrá que aplicar la Directiva como si el pago hubiera sido efectuado directamente a tal beneficiario efectivo. Estas previsiones se limitarán a las situaciones en que no se garantiza la adecuada imposición de los rendimientos de los intereses pagados a esas personas o instrumentos jurídicos. Las mismas se acompañan de una lista de personas e instrumentos jurídicos establecidos en determinadas jurisdicciones situados fuera de la UE.

**Definición de agente pagador en el momento de la percepción.**

La propuesta incluye en anexo una lista «positiva» en la que constan las entidades e instrumentos de cada Estado miembro a los que deben atribuirse las obligaciones de agentes pagadores en el momento de la percepción. Se aclara que se deben aplicar las disposiciones de la Directiva en el momento en que estos instrumentos perciben cualquier pago de intereses de cualquier operador económico inicial. Los instrumentos concernidos tendrán que aplicar la Directiva en el momento de la percepción de cualquier pago, con independencia de que el operador económico inicial que efectúa el pago está establecido en un Estado miembro o fuera de la UE, siempre que cualquiera de sus beneficiarios efectivos sea una persona física residente en otro Estado miembro de la UE.

La definición propuesta de agente pagador en el momento de la percepción incluye a todas las entidades e instrumentos jurídicos cuyos rendimientos no están sujetos a tributación en virtud de las normas generales en materia de fiscalidad directa aplicables en el Estado miembro de su residencia o en el que están establecidos. La definición se acompaña de una lista en la que constan las entidades

e instrumentos de cada Estado miembro que deben considerarse agentes pagadores en el momento de la percepción, de acuerdo con las normas fiscales del Estado miembro de su residencia o donde están establecidas.

### **Introducción de mejoras técnicas en la Directiva.**

En relación con la identificación del beneficiario efectivo:

- Actualización periódica de la información sobre la dirección permanente del beneficiario efectivo con el objeto de determinar su residencia para los fines de la Directiva.
- Complementar el enfoque basado en la «dirección permanente» para determinar la residencia del beneficiario efectivo con otro consistente en dar prioridad a la prueba oficial de residencia fiscal en un país determinado, cuando sea el propio beneficiario efectivo quien haya facilitado esa prueba, con carácter voluntario, al agente pagador.

En relación con el agente pagador:

- Clarificar que la recepción pasiva de pagos en cuenta no supone de forma automática las obligaciones previstas para agentes pagadores. Solo los operadores económicos que conocen al mismo tiempo la naturaleza del pago y la identidad del receptor se convierten en agentes pagadores.
- Clarificar las responsabilidades del agente pagador cuando conocen que el pago a un intermediario o a una sucursal o a una filial situada fuera de la UE está destinado en realidad a uno de sus clientes.

En relación con el régimen transitorio basado en retenciones fiscales:

- Eliminar el procedimiento basado en un certificado para disfrutar de la exención de retención fiscal. Este procedimiento es el único aceptado por Austria y Bélgica. Es muy gravoso para los beneficiarios efectivos y no es equivalente al procedimiento alternativo de comunicación voluntaria al Estado de residencia del beneficiario efectivo e intercambio automático de información. De esta forma, Austria y Bélgica estarían obligadas a participar en el sistema de intercambio de información como ya lo están Luxemburgo y Suiza.

En relación con la revisión del mecanismo:

- Se modifican las obligaciones formales de los Estados miembros de proveer información estadística.