

NINA TERESA SOUSA SANTOS AGUIAR

*Doctoranda en la Universidad de Salamanca. Facultad de
Derecho. Departamento de Derecho Financiero*

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2004** en la Modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don José Luis PÉREZ DE AYALA Y LÓPEZ DE AYALA, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PIÑÓN, don Pedro Manuel HERRERA MOLINA, doña Clara JIMÉNEZ JIMÉNEZ, don Diego MARÍN-BARNEDEO FABO y don José Antonio RODRÍGUEZ ONDARZA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de la autora.

Extracto:

DELIMITAR el ámbito de la armonización legislativa en la fiscalidad directa, en el marco de la Unión Europea, supone caracterizar la relación que existe entre la fiscalidad directa y el funcionamiento del mercado común. En la medida en que la armonización legislativa está prevista para eliminar obstáculos relacionados con disposiciones concretas, dicho análisis debe ser de un tipo analítico. El concepto que debe utilizarse para ello es el de «obstáculo al funcionamiento del mercado común» y no el de distorsión o de neutralidad. Dicho concepto coincide parcialmente con el de restricción al ejercicio de las libertades de circulación y establecimiento en que se contiene, a su vez, la discriminación por razón de la nacionalidad o de la residencia. Los obstáculos que se incluyen en esta categoría son también aquellos que vulneran normas de efecto directo y, por ello, son los que delimitan el perímetro de actuación de la llamada integración negativa. Pero muchos de los obstáculos existentes encuentran su razón de ser en un conjunto de principios que rigen el reparto de competencias tributarias entre los países miembros de la Unión, y que están en la actualidad dirigidos a garantizar un cierto grado de equidad internacional en el reparto de dichas competencias. La remoción de los obstáculos colisiona a menudo con dichos principios de equidad, que son, designadamente, los de residencia y de territorialidad. Los actos armonizadores aprobados hasta el momento actual, fundamentalmente dirigidos a eliminar la doble imposición de fuente internacional, han logrado conciliar estos principios para unos sectores muy concretos de la imposición directa, mediante una transposición para el Derecho comunitario de las reglas del Derecho tributario internacional clásico.

Sumario:

I. Introducción.	2
1. Concepto de armonización legislativa: carácter instrumental y principios rectores.	2
2. Los condicionamientos fundamentales de la armonización legislativa en el campo de la fiscalidad directa.	2
II. Delimitación del campo de actuación de la armonización de la tributación directa con base en el artículo 94 TCE.	2
1. El problema de la elección de un criterio para evaluar la relación entre fiscalidad directa y mercado común.	2
1.1. La noción de distorsión fiscal.	2
1.2. La noción de obstáculo.	2
1.3. La noción de neutralidad fiscal.	2
1.4. Solución propuesta.	2
2. Las principales fuentes de distorsión fiscal relacionadas con la tributación de las sociedades y el capital –una revisión crítica–.	2
2.1. Diferencias en el tipo efectivo de gravamen.	2
2.2. Doble imposición de origen internacional.	2
2.2.1. Doble imposición internacional.	2
2.2.2. La doble imposición económica de dividendos de carácter internacional.	2
2.3. Deducción de pérdidas transfronterizas.	2
2.4. Ajuste de precios de transferencia.	2
2.5. El problema de la imposición anticipada de plusvalías puestas de manifiesto en las operaciones de reestructuración empresarial.	2

- 2.6. Desgravación de ciertas rentas.
- 2.7. Opacidad del sistema.
3. Los obstáculos al funcionamiento del mercado común.
 - 3.1. El efecto distorsionador.
 - 3.2. Problema de ajuste entre los ordenamientos estatales.
 - 3.3. Problemas relacionados con la complejidad del sistema fiscal resultante de la diversidad normativa entre los sistemas nacionales.
 - 3.4. Diferencias en el nivel efectivo de imposición.
- III. La eliminación de los obstáculos producidos por la fiscalidad sobre los beneficios societarios y los capitales sobre el mercado común. Principales condicionamientos jurídicos.
 1. El papel de los principios jurídicos fundamentales del Derecho comunitario en la armonización de la fiscalidad.
 - 1.1. Principios de no discriminación y de no restricción al ejercicio de las libertades de circulación.
 - 1.2. Competencias de atribución, subsidiariedad, necesidad, proporcionalidad en la acción y mínima armonización.
 - 1.3. Equidad internacional.
 2. Las fuentes de distorsión analizadas según el modo de incompatibilidad con el Derecho comunitario.
 - 2.1. La incompatibilidad con normas de efecto directo. El área de la integración negativa.
 - 2.1.1. Discriminaciones por razón de la nacionalidad y de la residencia.
 - 2.1.1.1. Las restricciones prohibidas.
 - 2.1.2. Las restricciones prohibidas.
 - 2.2. La incompatibilidad con normas sin efecto directo.
 - 2.2.1. La disparidad legislativa.
 - 2.2.2. La doble imposición internacional.

3. Modos de incompatibilidad y efectos distorsionadores.
 4. Distorsiones fiscales y equidad en la división de las rentas internacionales.
- IV. Hacia una nueva regulación del sistema de reparto de las rentas internacionales.
1. Los actos armonizadores aprobados en materia de imposición de beneficios societarios y de capitales.
 2. El modelo de tributación internacional de beneficios y capitales de la UE según los actos armonizadores aprobados.

V. Epílogo.

Bibliografía.

NOTA: La autora desea agradecer a la Doctora María Ángeles GARCÍA FRIAS, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, cuyas preciosas enseñanzas y colaboración permitieron la consecución del presente trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

1. Concepto de armonización legislativa: carácter instrumental y principios rectores.

La armonización legislativa está prevista en el actual artículo 94 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE) ¹. En la acepción ahí prevista ², la cual tomamos como concepto nuclear del presente estudio, la armonización legislativa consiste en aproximar aspectos sustantivos de los ordenamientos jurídicos.

Del mencionado precepto resulta que dicha armonización no constituye un fin en sí misma, sino que tiene el carácter de un instrumento, cuya utilización está ordenada fundamentalmente a la finalidad de la realización y del buen funcionamiento del mercado común ³. Dicho carácter instrumental, unido al principio de competencias de atribución que rige en la UE ⁴ supone que a las insti-

¹ Este precepto utiliza el término «aproximación de legislaciones», que la doctrina ha identificado como armonización (sobre este punto *vid.* MICHÁN MORO, L., *La armonización de legislaciones en la CEE*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, págs. 17 y ss.

² El precepto se refiere exclusivamente a la armonización legislativa, entendida como una actividad propia de las instituciones europeas y que éstas llevan a cabo en el ámbito de las competencias que les atribuye el Tratado. No incluimos, pues, en el ámbito de nuestro análisis, a la llamada convergencia legislativa espontánea, la cual podría incluirse en un concepto amplio de armonización.

³ Sobre el carácter instrumental de la armonización fiscal véanse, entre otros: ALONSO GONZÁLEZ, L. M., CORONA RAMÓN, J. F., y VALERA TABUENA, F., *La armonización fiscal en la Unión Europea*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997, pág. 39; APARICIO PÉREZ, A., «La armonización fiscal y el Impuesto de Sociedades en la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, 174 (1999), pág. 67; BURGIO, M., *Derecho Fiscal Europeo*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pág. 52 (este autor adopta, en vez de «carácter instrumental», pero con el mismo sentido, la expresión «finalidad funcional», al apuntar que las «iniciativas... que las Comunidades toman para armonizar ciertos elementos de las legislaciones fiscales de los Estados miembros... son previstas en numerosos casos para eliminar los obstáculos que se oponen a la realización de los objetivos fundamentales a alcanzar en el marco del Tratado de Roma»); CALLE SAIZ, R., *La armonización fiscal europea: un balance actual*, Editorial AC, Madrid, 1990, pág. 14; CASADO OLLERO, C., SÁNCHEZ GALLIANA, J. A., y RUFÍAN LIZANA, D. M., *Estudios sobre armonización fiscal y derecho presupuestario europeo*, IAT, Granada, 1987, págs. 29; DE LA VILLA, J. M., *La armonización comunitaria en el ámbito de la imposición directa. Su problemática jurídica-contable y su incidencia en España*, Instituto de Planificación Contable, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1988, pág. 69.

⁴ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2.ª edición, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 44; MOLINA DEL POZO, C. F., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, 3.ª edición, Ed. Trivium, Madrid, 1997, pág. 148.

funciones europeas les está vedado emprender una acción armonizadora si ésta no está dirigida o no resulta adecuada para producir un perfeccionamiento en el mercado común. Además, en virtud del principio de subsidiariedad, es también condición para que dicha armonización sea legítima, que no pueda lograrse el mismo objetivo sin la pérdida de eficacia a través de una acción descentralizada, a nivel de los Estados miembros ⁵.

2. Los condicionamientos fundamentales de la armonización legislativa en el campo de la fiscalidad directa.

La caracterización descrita es plenamente aplicable a la armonización de la fiscalidad directa en la UE ⁶, siendo ésta un instrumento para la realización del mercado común. Pero una acción de armonización legislativa en la fiscalidad directa sólo puede llevarse a cabo cuando se cumplan un conjunto de presupuestos. El primero de ellos, de acuerdo con el tenor literal del precepto mencionado, es que existan disposiciones normativas que tengan una incidencia directa en el establecimiento o funcionamiento del mercado común. Dicha incidencia ha de ser, por una necesidad lógica, de naturaleza obstructivadora, de modo que sólo cabe un acto de armonización legislativa en la fiscalidad directa si previamente se constata la existencia de un obstáculo. En segundo lugar, se supone que el obstáculo se podrá eliminar mediante la acción de armonización elegida, es decir, que dicha acción ha de ser adecuada para eliminar el obstáculo, produciendo una mejora en el funcionamiento del mercado común. Si la acción elimina un obstáculo, creando a su vez otros nuevos, entonces no estará justificada. Y, finalmente, en virtud del principio de subsidiariedad, la acción sólo se considerará legítima si el objetivo no puede realizarse sin experimentar una pérdida de eficacia a través de una acción por parte de los Estados.

La legitimidad de una acción armonizadora en la fiscalidad directa se asienta por tanto sobre unas premisas complejas, cuya verificación se lleva a cabo en momentos sucesivos. En un primer momento habrá que identificar los aspectos del funcionamiento del mercado común que resultan perjudicados por factores de la fiscalidad directa, es decir, habrá que aislar los obstáculos al mercado común relacionados con la fiscalidad directa. La identificación de estos obstáculos se inscribe ante todo en el campo de la ciencia hacendística, en la medida en que se necesitan las herramientas de esta ciencia para llevarlo a cabo. Así, para este análisis, se recurre fundamentalmente a los conceptos de neutralidad, eficiencia económica y distorsión, conceptos que se emplean para averiguar

⁵ Sobre el principio de subsidiariedad en general, *vid.* FAVISTO DE QUARROS, *O principio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 1995; MASCAS MARTÍN, A. y LINÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, pág. 48; sobre el mismo principio en el campo fiscal *vid.* BARENTS, R., «The principle of subsidiarity and the Court of Justice», en SMITH, S. y BARENTS, R., *Neutrality and subsidiarity in taxation* (Foundation for European Fiscal Studies, Erasmus University, Rotterdam, núm. 3), Kluwer International Law, La Haya, 1996; GARCÍA PEATS, F. A., «Incidencia del derecho Comunitario en la configuración jurídica del Derecho Financiero (I): políticas comunitarias con incidencia sobre el Derecho Financiero», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, Vol. 51, núm. 259, (2001), pág. 304; GRAU RUIZ, M. A. y HERRERA MOLINA, P. M., «The link between tax coordination and tax harmonization: limits and alternatives», *EC Tax Review*, Vol. 12, núm. 1 (2003), pág. 16.

⁶ La armonización de la fiscalidad directa se recoge en el ámbito del artículo 94 TCE, ya que para ella no se encuentran establecidas ningunas reglas especiales, como las que existen en el Tratado para la armonización de la fiscalidad indirecta.

los efectos de determinadas normas jurídicas sobre el funcionamiento del mercado común. Una vez que hayamos identificado estos obstáculos, habremos delimitado al mismo tiempo el campo posible de actuación de la armonización de la fiscalidad directa. En el presente estudio, nos vamos a ocupar únicamente de una parte de la fiscalidad directa, la formada por la imposición sobre los beneficios societarios y los capitales.

En un segundo momento, ante el obstáculo o el conjunto de obstáculos identificados, la tarea del intérprete es elegir el modo de actuar más adecuado, no sólo para eliminar el obstáculo fiscal, sino también para conseguir una mejora en el funcionamiento del mercado común. Pero el juicio de adecuación es, a su vez, complejo, pues, no basta una adecuación meramente técnica, que tenga en cuenta el simple efecto económico de una modificación legislativa sobre el funcionamiento del mercado. La construcción del mercado común, siendo un proceso político, está condicionada por un conjunto de valores, algunos contrapuestos a la plena realización del mercado común y a la máxima eficiencia. Son estos valores, fundamentalmente, el mantenimiento de un elevado grado de autonomía política de los Estados miembros y el desarrollo económico de cada economía nacional que, en la perspectiva de cada Estado, se prioriza frente al interés común de un desarrollo colectivo. Estos valores encuentran su expresión en principios jurídicos consagrados en los Tratados, a saber, los principios de competencias de atribución, de subsidiariedad y de equidad internacional. Debido a que la tributación de los beneficios societarios y de los capitales, como sucede en toda la fiscalidad, debe satisfacer al mismo tiempo todos estos intereses, y no solamente la máxima eficiencia, el sistema fiscal en la UE evoluciona hacia un modelo, resultado de una conjunción de todos estos valores.

II. DELIMITACIÓN DEL CAMPO DE ACTUACIÓN DE LA ARMONIZACIÓN DE LA TRIBUTACIÓN DIRECTA CON BASE EN EL ARTÍCULO 94 TCE

1. El problema de la elección de un criterio para evaluar la relación entre fiscalidad directa y mercado común.

Hemos visto que, según el artículo 94 TCE, una medida de armonización legislativa en la fiscalidad directa estará justificada respecto de las disposiciones de los ordenamientos nacionales que tengan una incidencia directa, que se supone negativa, en el funcionamiento del mercado común, y en ninguna otra situación. Así, la posibilidad de una aplicación del precepto al campo de la fiscalidad directa supone concluir que determinada disposición legislativa en concreto, referente a la imposición sobre la renta, tiene una incidencia directa negativa en el funcionamiento del mercado común. Para este análisis, que se incluye en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho, se necesita un criterio, cuya función será permitir identificar los obstáculos generados por las normas fiscales al funcionamiento del mercado. Para ello, la doctrina, tradicionalmente, ha acudido a dos conceptos alternativos: el de distorsión fiscal y el de neutralidad fiscal. Pero, para emplear estos conceptos, con la finalidad de delimitar el ámbito de aplicación del artículo 94 TCE, es preciso examinar en qué medida los mismos están ajustados al previsto en el precepto.

1.1. La noción de distorsión fiscal.

La distorsión fiscal se define, generalmente, como la existencia de una discriminación de origen fiscal que altera las condiciones de competencia de un mercado, de tal suerte que se provoquen modificaciones apreciables en las corrientes normales de tráfico.⁷ La definición citada deja entrever las dificultades del concepto.⁸ Según la misma, la constatación de una distorsión supone la previa definición de una base de referencia, es decir, una situación que pueda considerarse normal u óptima, por contraposición a la cual se puede reconocer la situación de distorsión. Ello, a su vez, supone definir cuál sería la situación en ausencia del aspecto distorsionador, lo que implica un juicio hipotético, con un inevitable grado de incertidumbre.

Los autores se desmarcan significativamente en cuanto a la definición de lo que debe ser la situación de referencia para un determinado mercado.⁹ En el marco de la Unión Europea, se ha hecho uso del concepto de mercado común para superar esta dificultad. En 1963, el Informe Neumark¹⁰, para delimitar el campo de la armonización fiscal, tomó como base la noción de mercado interior, definiéndolo como un mercado con características parecidas a las de un mercado nacional.¹¹ Reconociendo las dificultades del concepto¹², aceptamos que la noción de mercado interior, cuya esencia reside en la similitud con un mercado nacional, constituye la referencia fundamental para la identificación de las distorsiones en el campo fiscal. Así, distorsión fiscal en el seno del mercado común europeo, será una modificación apreciable en las corrientes de tráfico, por referencia a lo que se puede presumir que sería la configuración de las mismas corrientes en un mercado nacional.

Se advierte desde ya, sin embargo, que no sólo las disparidades en las leyes fiscales pueden dar origen a una distorsión fiscal.¹³ Puede darse el caso de que exista una uniformidad en un determinado aspecto de un impuesto y, a pesar de ello, pueda producirse una distorsión, como acontece

7 Por todos, CORUDÓN EZQUERRA, T. y MARTÍNEZ DE LA HOZ, M., *La hacienda pública internacional*, en LAGARES CALVO, M. J. (coord.), *Manual de hacienda pública*, Tomo II, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1995; sobre el concepto de distorsión y su aplicación al campo fiscal *vid.* también MUSGRAVE, R. A., y MUSGRAVE, P. B., *Hacienda pública teórica y aplicada*, 2.ª edición, Instituto de Estudios Fiscales, traducción de LOZANO IROESTE, J. M., Madrid, 1986, págs. 430 y siguientes.

8 Para una descripción de las varias definiciones propuestas para el concepto de distorsión fiscal véase CALLE SAIZ, R., *La armonización...*, *cit.*, págs. 1 y siguientes.

9 CALLE SAIZ, R., *La armonización...*, *cit.*, pág. 3.

10 El Informe Neumark (COMITÉ FISCAL Y FINANCIERO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA. *The ECC reports on tax harmonization: the report of the Fiscal and Financial Committee and the reports of the sub-groups A, B and C*, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 1963) fue el resultado final de un estudio encargado en 1961 al Comité Económico y Financiero de la CEE, en el que se examinaba en qué medida las diferencias existentes en los sistemas financieros de los Estados miembros impedían total o parcialmente el establecimiento de un mercado común, así como en qué medida era posible eliminar estas disparidades.

11 COMITÉ FISCAL Y FINANCIERO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA. *op. cit.*, pág. 104.

12 El concepto de mercado interior se ha perfeccionado a lo largo del tiempo. El Acta Única, aprobada en 1986, definió mercado interior, como un mercado sin «fronteras físicas, técnicas, administrativas o fiscales», es decir, un mercado en el que se garantice un ejercicio sin trabas a las libertades de circulación. En los años siguientes, una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha contribuido para delimitar y objetivar el concepto.

13 Aunque con mucha frecuencia se encuentre esta asimilación del concepto de distorsión fiscal al de disparidad legislativa. *Vid.* por ejemplo, VANSTENDALE, F., *Comments...*, *cit.*, pág. 6; o TERRA, B., y WATTEL, P., *European tax law*, Kluwer Law International, La Haya, 1997, pág. 102.

con la doble imposición internacional de beneficios o de dividendos ¹⁴. Basta que los distintos países utilicen simultáneamente los principios de residencia y de la fuente, como ocurre habitualmente, para que se produzca doble imposición, incluso cuando las normas fiscales sean perfectamente uniformes. Otro ejemplo sería el de la doble imposición resultante de la corrección unilateral de precios de transferencia. Deberemos concluir, pues, que el término distorsión no debe asociarse prioritariamente con el de discriminación, sino que la discriminación es simplemente una forma que pueden revestir las disposiciones que son fuente de distorsiones ¹⁵.

1.2. La noción de obstáculo.

Sin embargo, para que se pueda decir que una disposición legal corresponde a la previsión del artículo 94 o del artículo 2., n.1, (línea h) TCE, y que, por tanto, debe dar lugar a una medida de armonización, no basta con reconocer la existencia de una distorsión. Es necesario, además, que esa distorsión tenga una «incidencia directa sobre el funcionamiento del mercado común», y que la misma sea perniciosa, es decir, que constituya un obstáculo al funcionamiento del mercado común. Como se intentará demostrar adelante, no todas las distorsiones fiscales que puedan identificarse forman obstáculos al funcionamiento del mercado común y, como tal, no todas las distorsiones justifican una acción armonizadora, conforme al artículo 94 TCE.

Por definición, todas las distorsiones que se producen en un determinado mercado pueden perjudicar la eficiencia económica, ya que desvían la afectación de los recursos del óptimo de Pareto ¹⁶. Pero según el artículo 94 TCE, que constituye el fundamento jurídico de la armonización legislativa, la finalidad de la armonización legislativa, incluida la fiscal, no es realizar la eficiencia económica sino eliminar los obstáculos al funcionamiento del mercado común. Para que exista un obstáculo al establecimiento del mercado común, es necesario que la distorsión impida o restrinja o, de alguna forma, dificulte las libertades de circulación transfronteriza entre los Estados miembros, pues ello es lo que esencialmente caracteriza al mercado común. Esto no depende solamente de la intensidad del efecto distorsionador, sino también de la naturaleza de la distorsión. Para demostrarlo, podríamos seguir viviéndonos de la noción de mercado interior, ya que también en un mercado nacional existen distorsiones, algunas de naturaleza fiscal, que sin embargo no impiden, sino que únicamente influyen en el funcionamiento del mercado, eventualmente perjudicando el nivel de eficiencia.

Un obstáculo fiscal al funcionamiento del mercado común será, por consiguiente, una distorsión causada por una disposición de naturaleza fiscal que, al impedir, restringir o dificultar el ejercicio de las libertades de circulación transfronteriza, contribuya para apartar el mercado común de las condiciones propias de un mercado interior.

¹⁴ En este sentido, ANDEL, N., *op. cit.*, pág. 299.

¹⁵ Este aspecto se trata con mayor detalle *infra*, punto III.2.

¹⁶ Sobre el significado de eficiencia y la formulación de Pareto *vid.* MUSGRAVE, R. A., y MUSGRAVE, P. B., *op. cit.*, pág. 88.

1.3. La noción de neutralidad fiscal.

Se suele definir la neutralidad fiscal como la condición existente en un mercado en el que las decisiones de los agentes económicos no están determinadamente influidas por los factores impositivos¹⁷. De forma genérica, la neutralidad puede manifestarse en una variedad de aspectos del comportamiento de los agentes económicos, de tal modo que se podría hablar de varios criterios de neutralidad: neutralidad respecto de la forma jurídica de las empresas, de la forma de financiación, de las fuentes de financiación, etc. A cada uno de estos aspectos, los países les otorgan una importancia variable¹⁸, pero el punto que ha dominado ampliamente el debate sobre la armonización de la tributación directa ha sido el de la neutralidad respecto de la localización de las inversiones, o neutralidad en la exportación de capitales.

Ésta puede definirse como la condición existente en un mercado en el que la opción de localización de las inversiones entre las diversas jurisdicciones del sistema (mercado común, unión económica o federación de Estados) no está influida significativamente por factores fiscales¹⁹. La condición de neutralidad en la exportación de capital puede realizarse bien, a través de la igualación del tipo efectivo de tributación en todos los países que integran el sistema, resultando indiferente, a efectos de rentabilidad, si las rentas tributan en la fuente o en la residencia, bien a través de un modelo de tributación de las rentas interjurisdiccionales basado en el principio de la residencia, según el cual, sea cual sea el local de inversión, la renta tributará siempre en la jurisdicción de la residencia. Pero, debido a que la igualación de los tipos efectivos se considera un objetivo políticamente inalcanzable en la fase actual del proceso de integración europea, la única vía para realizarse la condición de neutralidad en la localización sería el segundo sistema referido, el principio de residencia²⁰.

17. IZQUIERDO LLANES, G., *La armonización y la competencia fiscal: eficiencia frente a equidad*, en *La armonización fiscal en la Unión Europea*, Hacienda Pública Española – Monografías (1997), pág. 48; MUSGRAVE, P. B., *Interjurisdiccional coordination of taxes on capital income*, en CNOSSSEN, S., (ed.), *Tax coordination in the European Community*, Deventer, Kluwer, 1986, pág. 205; TERRA, B., y WATTEL, P., *op. cit.*, pág. 108.

18. Como ejemplo, en 1992, KNOBBE-KREIN, B., «The Ruling Committee Report – an impressive vision of European Company Taxation for the Year 2000», *EC Tax Review*, núm. 1 (1992), pág. 28, advierte que la cuestión de la neutralidad fiscal entre beneficios retenidos y distribuidos es de gran sensibilidad para Alemania, a causa de su influencia sobre el funcionamiento de los mercados de capitales.

19. Sobre este concepto *vid.* MUSGRAVE, P. B.: *Interjurisdictional equity in company taxation: principles and applications to the European Union*, en CNOSSSEN, S. (ed.), *Taxing capital income in the European Union: issues and options for reform*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pág. 48; *Interjurisdictional coordination...*, *cit.*, pág. 205. Sobre el concepto de neutralidad en la localización, puede verse también RUBIO GUERRERO, J., *Los principios básicos de la fiscalidad internacional y la doble imposición internacional*, en Corobón Izquierdo (dir.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2001, pág. 58.

20. MUSGRAVE, P. B., *Interjurisdictional equity...*, *cit.*, pág. 48; *Interjurisdictional coordination...*, *cit.*, pág. 205; RUBIO GUERRERO, J., *op. cit.*, pág. 58. No olvidemos que la obligación de tipos efectivos obligaría a igualar tanto los tipos nominales, como la base, incluso las deducciones a cuenta y, para algunos autores, también el sistema de integración del impuesto de sociedades en el impuesto sobre la renta (BIRD, R. M., *Corporate-personal tax integration*, en CNOSSSEN, S., (ed.), *Tax coordination in the European Community*, Deventer, Kluwer, 19, pág. 238).

La introducción en la UE de un sistema de tributación basado en la residencia reveló siempre dificultades insuperables desde el momento en el que se propuso ²¹. El motivo principal de ello, lo debemos buscar en las implicaciones que el principio de residencia tiene en el problema de la equidad internacional en la tributación ²². Si en un grupo de Estados, los inversores tributan únicamente en su propia jurisdicción de residencia, se logra que la localización de la inversión no sea sensible a las diferencias de carga impositiva entre los Estados (neutralidad). Pero, en general, el Estado donde se localiza la inversión (Estado de la fuente), que contribuye con los servicios públicos en parte a la rentabilidad de la misma, no acepta renunciar a gravar la renta que se genera en su territorio, generándose una condicionante política que se opone al principio de tributación en la residencia. Entre los hacendistas, aquellos que han defendido más la neutralidad en la exportación de capitales ²³ proponen para solucionar este problema que las rentas tributen primariamente en la fuente, según el tipo establecido por cada Estado, y que al Estado de residencia le corresponda el papel de anular, a través de una tributación complementaria, las diferencias de carga impositiva. Así, si en el Estado de la fuente el tipo de gravamen es inferior al establecido en el Estado de residencia, este último deberá recaudar la diferencia. Pero, si en el Estado de la fuente, el tipo de gravamen existente es superior al del Estado de residencia, éste debería rembolsar al contribuyente residente por la diferencia, a través de un mecanismo de crédito de impuesto pleno, a fin de cumplir el criterio de neutralidad. La primera hipótesis se enfrenta con un problema de orden práctico muy difícil de solucionar en un contexto de fiscalidad internacional, que es cómo asegurar la declaración al Estado de residencia de las rentas obtenidas en el exterior. La segunda hipótesis se ve rechazada en el plano político por los Estados exportadores de capitales que no están dispuestos a soportar el gasto fiscal, cuando su tipo impositivo sea superior al del Estado de la fuente. Cuando fuese posible superar las mencionadas dificultades, la aplicación del sistema tendría un efecto económico equivalente a una uniformidad de todos los tipos efectivos de gravamen, al menos para las rentas internacionales.

Dejando a un lado el problema de la viabilidad política del referido sistema, interesa a los fines de nuestro análisis plantear la cuestión de si el principio de neutralidad en la exportación de capitales sirve como criterio para identificar los obstáculos al funcionamiento del mercado común provocados por la tributación directa. Si adoptásemos este criterio, llegaríamos a la conclusión de que todos los sistemas fiscales serían incompatibles con el funcionamiento del mercado común, a no ser que se igualasen los tipos efectivos de gravamen en todas las jurisdicciones. Una vez que la totalidad de la regulación de un impuesto influye o puede influir en el tipo efectivo de gravamen, ello supondría, en la práctica, una uniformidad de toda la disciplina impositiva, lo que manifestamente excede cualquier interpretación posible de los imperativos expresos en los Tratados europeos en la actualidad.

²¹ El Informe Neumark (1963), ya mencionado, propuso un sistema ampliamente basado en la residencia. En una apreciación global, puede decirse que las soluciones propuestas en dicho Informe reflejan una adhesión estricta a un sistema de neutralidad en la exportación de capitales. En este sentido, el Informe refleja las teorías contemporáneas de la escuela «igualizadora» de Reboud. que refiere Dossier, D. *Economic analysis of tax harmonization*, en SAOUR, C., (ed.), *Fiscal harmonization in common markets*, Columbia University Press, Nueva York, 1967, pág. 32.

²² Para una cabal comprensión de la problemática asociada a ello, nos remitimos a la abundante literatura académica que se ha ocupado del asunto, en particular MUSGRAVE, P. B.: *Interjurisdictional equity... cit.*; y *Interjurisdictional coordination... cit.*. En la doctrina española, en particular, MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards... cit.*, págs. 20 y ss.

²³ Sobre todo MUSGRAVE, P. B.: *Interjurisdictional equity... cit.*; y *Interjurisdictional coordination... cit.*

Pero, aun si tal interpretación de Derecho comunitario fuese posible, desde un punto de vista teórico se podría cuestionar si tal sistema fiscal se conseguiría realizar la plena neutralidad fiscal. Si bien es cierto que el impuesto constituye un factor susceptible de influir en las decisiones sobre la inversión, también lo es el nivel y la calidad de los servicios públicos ofrecidos por los Estados a las empresas, lo que significa que también el componente del gasto público ha de ser tenido en cuenta en un sistema en que se pretenda realizar plenamente la condición de neutralidad²⁴. Aspectos como la eficiencia administrativa, la calificación de la mano de obra, la calidad de las infraestructuras, etc., que son factores decisivos para la toma de decisiones sobre la localización de las inversiones, presentaban variaciones significativas entre los distintos países, debiendo admitirse que el nivel de tributación está relacionado con el nivel de los servicios prestados. Así, las decisiones de las empresas no se toman únicamente por el nivel de fiscalidad, sino también por la relación existente entre este nivel y el valor de las utilidades ofrecidas por el Estado, es decir, por el *fiscal residuum*²⁵. De ello resulta que, si las diferencias de tributación se anulan, bien a través de una igualación de tipos efectivos, bien por medio de un sistema de compensación de los mismos en la residencia, se produce con ello una ventaja competitiva para las empresas situadas en Estados que ofrezcan más y mejores servicios públicos²⁶. Y, como consecuencia de todo ello, en un modelo basado en la tributación en residencia, esta ventaja competitiva está financiada con gasto público en el país de residencia. De igual modo, un sistema de neutralidad en la exportación de capital actúa como un desincentivo a la localización de la inversión en países de bajo nivel de tributación, y una correlativa reducción en el nivel de los servicios públicos²⁷, cuando este nivel de servicios públicos puede ser una opción democráticamente realizada por los ciudadanos respecto a la dimensión y al papel del Estado en la economía²⁸. Venos así que no puede reconocerse una validez absoluta al principio de neutralidad en la localización, sino que dicho principio tiene asociada una posición ideológica²⁹. Un sistema basado en el principio de neutralidad en la exportación de capitales no sólo elimina la competencia fiscal entre los Estados, sino que favorece la inversión en los Estados más intervencionistas y con mayores niveles de gasto público³⁰.

²⁴ MUSGRAVE, R. A., y MUSGRAVE, P. B., *op. cit.*, pág. 451: «puede que una empresa comercial se sienta atraída por unas buenas carreteras, escuelas y otros servicios públicos, y al mismo tiempo repelida por la presencia de unos tipos impositivos altos. Lo que importa son las diferencias netas en los beneficios o cargas fiscales».

²⁵ KRAISS, M., *The «tax harmonization problems» in free trade areas and common markets*, The Manchester School, 2 (1971), pág. 75. La misma idea ya había sido expresada en el Informe Neumarck (COMITÉ FISCAL Y FINANCIERO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA, *op. cit.*, pág. 105).

²⁶ MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards corporate tax harmonization in the European Community*, Kluwer, London, 1999, pág. 35.

²⁷ En este sentido, VOGEL, *Taxation of cross border income, harmonization, and tax neutrality under European Community Law: An institutional approach*, Kluwer, Deventer, 1994, pág. 29.

²⁸ Sobre este punto, WARTTEL, P. J., *Home neutrality in an internal market*, European Taxation, Vol. 36, núm. 5 (1996), pág. 161.

²⁹ En este sentido, CORONA RAMÓN, J. F., *La Fiscalidad en el sistema comparado y la armonización fiscal en la UE*, en ALBI, E., CORONA, J., GAGO, A., GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M., MONASTERIO, C., y VALERA, F., *Reforma Fiscal y crecimiento económico*, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, Madrid, 1999, pág. 290: «Es evidente que la valoración de ambas opciones depende en gran medida de los planteamientos políticos y de de jerarquía de objetivos a satisfacer, sin embargo, ello no implica aceptar una cierta conchifación entre ambas estrategias».

³⁰ VOGEL, K., *Taxation...*, *cit.*, pág. 29, señala aún que un sistema basado en la tributación en la residencia no favorece la reducción del gasto público improductivo y, de esta forma, constituye un factor de ineficiencia, ya que la eficiencia supone también minimizar el gasto público improductivo.

Al lado del concepto de neutralidad en la exportación de capitales, se ha elaborado el concepto de neutralidad en la importación de capitales, que significa que todos los inversores que localicen sus inversiones en una determinada jurisdicción se enfrentan al mismo tratamiento fiscal, con independencia de su residencia ³¹. La realización de esta condición exige que: i) en cada jurisdicción, todos los inversores reciban el mismo tratamiento fiscal con independencia de su residencia; y ii) que cada jurisdicción exima las rentas obtenidas por sus residentes en el exterior ³², es decir, que se opte por un sistema de tributación exclusiva en la fuente. Se advierte, desde luego, que mientras el sistema de la neutralidad en la exportación de capitales busca la neutralidad fiscal en la localización de las inversiones, el segundo principio busca más bien la neutralidad fiscal para el conjunto de los inversores, que aplican sus capitales en una determinada jurisdicción. Por ello, mientras que el primer principio considera como condición de neutralidad la eliminación de la competencia fiscal entre los Estados, el principio de neutralidad en la importación de capitales resulta en un sistema de competencia fiscal, en el que los países buscan optimizar su *fiscal residuum*, a fin de atraer inversión.

Siempre subordinando nuestro análisis a la cuestión de cómo identificar los obstáculos colocados por la tributación directa al funcionamiento del mercado común, nos preguntamos qué se puede decir sobre la validez del principio de neutralidad en la importación de capitales para ese fin. Observaremos, en primer lugar, que el criterio nos conduce a reconocer un obstáculo en el funcionamiento del mercado común, en todos los supuestos en que una norma del sistema fiscal produzca una situación de desventaja para un inversor o grupo de inversores, con relación a los restantes inversores, para una inversión en una misma jurisdicción. Con otras palabras, todo trato diferenciado en el campo fiscal, con relación a distintos inversores en una misma jurisdicción, deberá ser eliminado a través de una medida de armonización legislativa.

Que el trato diferenciado entre distintos grupos de agentes económicos en el mercado común constituye, en general, una restricción a las libertades de circulación consagradas en los Tratados, es algo que ha sido ampliamente confirmado por la jurisprudencia del TJCE, como se verá más adelante. El problema del criterio de neutralidad en la importación de capitales es que no es suficientemente amplio, como para agotar el ámbito de aplicación del artículo 94 del Tratado. El criterio deja fuera un importante número de situaciones que crean obstáculo al funcionamiento del mercado común, como, por ejemplo, la doble imposición internacional y, por eso, ha de considerarse insuficiente para la función de delimitar el perímetro de actuación de la armonización fiscal.

1.4. Solución propuesta.

Sobre este punto debemos, por tanto, concluir que el criterio de neutralidad fiscal, en cualquier de sus versiones –neutralidad en la exportación de capitales o en la importación de capitales– no se muestra adecuado a fin de analizar la relación entre la tributación directa y el mercado común,

³¹ IZQUIERDO LLANES, G., *op. cit.*, pág. 48; y RUBIO GUERRERO, J. J., *op. cit.*, pág. 59.

³² MUSGRAVE, P. B., *Interjurisdictional coordination...*, *op. cit.*, pág. 206; McLURE, E., Jr., «Coordinating business taxation in the Single European Market: the Rading Committee Report», *EC Tax Review*, 1 (1992), pág.19.

desde una perspectiva de legitimación jurídico-política de actos de armonización³³. Si el criterio de neutralidad en la exportación de capitales no posee la objetividad que se exige para legitimar en un plano jurídico-político, una intervención de una organización supranacional en una materia tan sensible, dejándose influir por valores ideológicos, a su vez el criterio de neutralidad en la importación de capitales, aunque cumpla con el requisito de objetividad, no abarca todos los supuestos posibles de obstáculos de naturaleza fiscal que puedan justificar una acción armonizadora, aunque este criterio se revele de gran utilidad para explicar cómo una parte de los obstáculos, que identificaremos en seguida, actúa sobre el mercado común.

Los conceptos apropiados para el fin de caracterizar la relación entre fiscalidad directa y mercado común son los de distorsión fiscal y de obstáculo, pues sólo ellos permiten una evaluación analítica, de acuerdo con la previsión normativa del artículo 97 TCE, y son, al mismo tiempo, suficientemente amplios para permitir aislar todos y cada uno de los aspectos de los sistemas fiscales que deban ser corregidos en vista al pleno funcionamiento del mercado común.

2. Las principales fuentes de distorsión fiscal relacionadas con la tributación de las sociedades y el capital —una revisión crítica—.

2.1. Diferencias en el tipo efectivo de gravamen.

La existencia de diferencias en el tipo efectivo de imposición entre los diversos países constituye un factor fiscal susceptible de influir en las decisiones de los agentes económicos en cuanto a la localización de las inversiones³⁴ y, por ello, de provocar modificaciones en los flujos de capitales³⁵. Si bien no cabe duda de que se trata de una fuente de distorsión fiscal, nos interesa examinar en qué medida esta diversidad resulta incompatible con el funcionamiento del mercado común. La cuestión se resume así, en saber si la competencia fiscal entre los Estados miembros de la unión económica es, o no, compatible con el pleno funcionamiento del mercado común y, por tanto, nos hace volver inevitablemente sobre la problemática de la neutralidad, ahora bajo una diferente pers-

³³ En este sentido, RAVLER, A., *Reasons for corporate tax harmonization*, en Harmonization of corporate taxes in the EC. Proceedings of a seminar held in Florence, Italy, in 1993 during the 47th Congress of the International Fiscal Association, Vol. 18a, Kluwer, Deventer/Boston, 1994, pág. 91. En nuestro entendimiento, la orientación señalada está en consonancia con la jurisprudencia del TJCE. Aunque el Tribunal no haga uso del concepto de distorsión fiscal en la apreciación de los supuestos de restricciones al ejercicio de las libertades de circulación su enfoque se centra en apreciar el efecto que una cierta norma de un ordenamiento tributario puede producir sobre los flujos de bienes o factores de producción. Un ejemplo reciente se puede ver en la motivación producida por el Tribunal en su sentencia sobre el asunto *Safir* (C-118/96, 1998, ECR I-1897).

³⁴ En este sentido véase, entre otros, GANNETT, S., «Mercado interno e fiscalidad: aspectos económicos», *Ciudad e Técnica Fiscal*, 401 (2001), pág. 146. Esta capacidad de influenciar en las decisiones se da por vía del reflejo de la fiscalidad sobre el capital, incluyendo el impuesto sobre sociedades, en el coste de capital (ZYGERTHO LAMAS, G., *op. cit.*, pág. 50).

³⁵ MORGAN, R. A., y MUSGRAVE, P. B., *op. cit.*, pág. 450. En la UE, los estudios existentes muestran que dichas diferencias son significativas. Según un reciente estudio de la Comisión Europea, el rango de diferencias se halla entre 30 y 37 puntos para inversiones domésticas y es de aproximadamente 30 puntos para inversiones transfronterizas (COMISIÓN EUROPEA, *Company Taxation in the Internal Market*, COM (2001) 582 final, Bruselas, 2001, pág. 4).

pectiva. Una respuesta a la cuestión planteada requiere decidir, en primer lugar, si la realización del mercado común exige como condición que se realice plenamente el principio de máxima eficiencia en la asignación de los recursos. Aunque para algunos autores el principio resulte implícito en los objetivos enunciados en los artículos 2 y 3 del Tratado ³⁶, y para otros el mismo principio se deduce del propio concepto de mercado único ³⁷, de hecho el TCE no afirma expresamente el principio de neutralidad o de máxima eficiencia en la asignación de los recursos ³⁸.

Evidentemente, este argumento, de naturaleza estrictamente jurídica, no puede ser decisivo. Habrá que preguntar, en segundo lugar, si efectivamente la realización plena del mercado común, definido como un mercado de características similares a un mercado nacional, representa la necesidad de una condición de neutralidad plena. Una vez más, la cuestión pertenece al campo de la ciencia hacendística, por lo que al Derecho no le cabe más que aceptar las conclusiones alcanzadas por la misma. Con este planteamiento, se empieza a advertir que los estudios empíricos, que han intentado evaluar el impacto real de los tipos de imposición sobre las decisiones de inversión, no han sido conclusivos hasta hoy ³⁹. Los estudios disponibles muestran que el nivel de fiscalidad es un factor importante para las empresas, pero sólo es uno entre los muchos factores, de forma que su importancia puede resultar diluida. Entre los factores que las empresas más valoran, están la calidad de las infraestructuras económicas, la disponibilidad de mano de obra cualificada, la accesibilidad a los mercados, el coste del transporte y otros que están estrechamente y frecuentemente relacionados con un nivel elevado de fiscalidad. Es decir, los estudios empíricos confirman que el *fiscal residuum* es el factor fiscal decisivo para las decisiones sobre la inversión, y no el tipo de gravamen efectivo, ni mucho menos el nominal. Una igualación artificial de los tipos de gravamen podrá así crear más distorsiones que un sistema con diferentes tipos de gravamen ⁴⁰.

³⁶ MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards...*, cit., pág. 8; CARBAJO VASCO, D., *El proceso de armonización fiscal en la Unión Europea: las perspectivas actuales*, Noticias de la Unión Europea, 204, Vol. 18 (2002), pág. 91.

³⁷ Entre los autores que consideran al principio de neutralidad como el principio básico del Derecho comunitario europeo en materia de fiscalidad está CARBAJO VASCO, D., *El proceso...*, cit., pág. 91; en el mismo sentido, CROSSIN, S. y BOVENBERG, L., *Company tax harmonization in the European Union: some further thoughts on the Rading Committee report*, en BLEIER y TER-MINASSIAN (ed.), *Macroeconomic dimensions of public finance*, Routledge, London, 1997, pág. 165.

³⁸ El único precepto del Tratado en el que se encuentra referencia al objetivo de la eficiencia es el artículo 98 [ex art. 102A] que, bajo el epígrafe «la política económica», preceptúa: «(...) Los Estados miembros y la Comunidad actuarán respetando el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, favoreciendo una eficiente asignación de recursos (...)». No parece ser esta alusión suficiente para poderse afirmar sin más que se contiene en el Tratado un principio general expreso de máxima eficiencia en la asignación de los recursos.

³⁹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Informe del Comité Rading: conclusiones y recomendaciones del Comité de Expertos Independientes sobre la imposición de sociedades*, traducción de GUTIÉRREZ ANDRÉS, L., Hacienda Pública Española, - Monografías, núm. 2-22 (1992), pág. 222, en que se afirma que «la evidencia obtenida puso de relieve que las diferencias impositivas entre Estados miembros distorsionan las decisiones de localización exterior de las empresas multinacionales... pero no fue posible cuantificar satisfactoriamente la consiguiente mala asignación de los recursos»; *cf.* también, COMISIÓN EUROPEA, *Company taxation...*, cit., pág.3; MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards...*, cit., pág. 10.

⁴⁰ Se puede trazar una correspondencia entre los dos planteamientos señalados y la clasificación de DOSSER, D., *Economic analysis of tax harmonization*, en SITON, C. (ed.), *Fiscal harmonization in Common Markets*, Columbia University Press, Nueva York, 1967. En una revisión sintética de las principales escuelas de pensamiento respecto de la cuestión del papel que, desde un punto de vista económico, cabe a los impuestos en una unión económica, el autor distingue los enfoques «igualación», «diferenciales» y «standards». Según el primero (*equalization approach*), lo importante es que, en orden a realzar la máxima eficiencia en la localización de los capitales, el sistema fiscal de la unión sea neutral en cuanto a la localización de las inversiones. Para ello, defiende la igualación de los tipos del impuesto de sociedades. La escuela que

Además del aspecto de la eficiencia, se ha analizado también la cuestión de la competencia fiscal bajo la perspectiva de sus efectos sobre algunas variables económicas, como el déficit de las cuentas públicas o el empleo ⁴¹. Se pondera en particular el problema de una eventual reducción insostenible de la recaudación, que ganó importancia en el transcurso de los años noventa ⁴². Pero, por importante que sea este debate, en el plano de la integración europea, no está directamente relacionado con el tema de la relación entre tributación directa y mercado común y, por tanto, los problemas a los que se refiere no pueden considerarse como fuente de distorsiones fiscales.

2.2. Doble imposición de origen internacional.

Se suele distinguir entre doble imposición jurídica y doble imposición económica ⁴³. En un plano interno, hay doble imposición económica cuando una misma manifestación de capacidad contributiva determina el nacimiento de dos obligaciones tributarias por el mismo o análogo supuesto para dos contribuyentes distintos ⁴⁴. Se habla de doble imposición jurídica, cuando

el autor denomina como *differentiatis approach*, puede decirse que es opuesta de la primera. Partiendo de una concepción del sistema fiscal con un papel activo en los sistemas económicos, como instrumento para realizar objetivos de política económica, se asume que los impuestos no deben ser neutrales, por el contrario los «diferenciales» en los tipos de gravamen deben utilizarse para realizar objetivos de la unión.

41 Ya no estamos, por tanto, considerando la simple existencia de diferencias en el nivel de tributación, sino que tratamos de un fenómeno en que los Estados utilizan dichas diferencias para reclamar para ellos las bases imponibles transformadas en móviles, pudiendo con ello llegar a ocasionar efectos graves indeseables tanto para sus propias economías como para las de otros países. Los efectos perjudiciales que los Estados causan a otros países con motivo de sus políticas de competencia fiscal reciben en ciencia económica la designación de externalidades negativas. El IS puede causar externalidades negativas en otros Estados de dos formas: protegiendo las empresas locales de la competencia externa, y exportando los costes de la gobernanza (Martín Jiménez, A. J., *Tercera...*, cit., págs. 50-51, 148-152).

42 A mediados de la década de los noventa, el llamado Informe Monti (Comisión De Las Comunidades Europeas, *La fiscalidad en la Unión Europea. Informe sobre la Evolución de los sistemas tributarios («Segundo Informe Monti»)*, COM (96) 546 final, Bruselas, 22.10.1996) nombre del entonces comisario para los asuntos fiscales, afirma que «la libre competencia es un elemento clave del mercado único, pero la competencia desleal en el ámbito fiscal constituye un motivo de preocupación, debido a las repercusiones negativas que puede tener, en particular, sobre los ingresos fiscales de los Estados miembros, la adecuada distribución de los recursos económicos dentro de la UE, y la competitividad y el empleo». A continuación de esta comunicación, los ministros de Finanzas de la UE decidieron su preocupación por los efectos de la competencia fiscal perjudicial y decidieron formar un grupo de trabajo, incluyendo representantes de los gobiernos, que se ocupase de medidas para combatir dicha competencia fiscal.

43 Vogen, K., *El Derecho internacional tributario*, en Amatucci, A. (dirección), *Tratado de Derecho tributario*, Vol. I, Cedam, Padova, 2001, pág. 386; Rubio Gurrerío, J., *op. cit.*, pág. 44; Calderón Carretero, J. M., *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 109. Para este último autor, la doble imposición económica es «aquella situación jurídico-tributaria en la que una misma fuente impositiva resulta gravada por dos (o más) impuestos idénticos o análogos en manos de personas diferentes». Aun, según el mismo autor, es necesaria la presencia de tres requisitos para poder hablar de doble imposición económica: identidad de fuente impositiva, identidad o similitud de impuestos y heterogeneidad de sujetos pasivos.

44 El ejemplo más común se refiere a los beneficios de las empresas, que son gravados por impuesto de sociedades y, como dividendos (o incremento patrimonial para los sistemas que lo apliquen), en el impuesto sobre la renta o, una segunda vez, en impuesto de sociedades, como componente del beneficio imponible de la sociedad beneficiaria. Sobre el concepto *vid.* Rubio Gurrerío, J., *op. cit.*, pág. 44; y Calderón Carretero, J. M., *op. cit.*, pág. 110.

un mismo hecho imponible determina el nacimiento de dos obligaciones tributarias para un único sujeto pasivo ⁴⁵. Desde otra perspectiva, se habla de doble imposición internacional para expresar lo que ocurre cuando dos o más Estados someten a imposición a una misma materia imponible, por el mismo o análogo tipo de impuesto ⁴⁶. La expresión «doble imposición internacional» se utiliza para designar las situaciones de doble imposición jurídica de carácter internacional ⁴⁷. La doble imposición internacional constituye siempre una fuente de distorsión fiscal, ya que, en virtud de la misma, las rentas quedan sometidas a una carga fiscal adicional que no soportan las que tributan en un solo país ⁴⁸.

Pero también una situación de doble imposición económica puede ocurrir por estar el hecho imponible relacionado con una operación transfronteriza, y esto es por sí mismo relevante para que dicha situación pueda calificarse como distorsionadora del tráfico internacional. Cuando se verifica una doble imposición económica, que está relacionada con una operación transfronteriza y que no se produciría si la operación fuera puramente interna, también se puede decir que la realización del hecho imponible ocasiona una carga fiscal adicional directamente causada por el carácter transfronterizo de la operación. Así, tanto la doble imposición jurídica como la doble imposición económica (aunque sólo la primera suele recibir la designación de doble imposición internacional) pueden tener un carácter interjurisdiccional ⁴⁹. En ambos supuestos, la doble imposición será fuente potencial de distorsión fiscal ⁵⁰.

⁴⁵ La existencia de doble imposición jurídica supone la identidad del impuesto. Pero, en rigor, la identidad del impuesto es ya un elemento contenido en la identidad del hecho imponible. Según la doctrina dominante, la identidad del hecho imponible supone cuatro identidades: la identidad del objeto, la identidad del sujeto, la identidad del período tributario y la identidad del impuesto (SERRANO ANTÓN, F., *Los principios básicos de la fiscalidad internacional y los convenios para evitar la doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estructura y aplicación*, en SERRANO ANTÓN, F. (coord.), *Fiscalidad internacional*, Ed. Estudios Financieros, Madrid, Barcelona & Valencia, 2001, pág. 96; VOGEL, K., *Il Diritto...*, 1997, pág. 33).

⁴⁶ PÉREZ DE AYALA, J., y PÉREZ DE AYALA BERRILL, M., *Fundamentos de derecho tributario*, (4.ª ed.), Edersa, Madrid, 2000, pág. 415; RUBIO GUERRERO, J., *op. cit.*, pág. 44; FANTOZZI, A., y VOGEL, K., *Doppia imposizione internazionale*, Extracto del *Digesto*, 4.ª edición, UTET, Turín, 1990, pág. 4; CALDERÓN CARRERO, J. M., *op. cit.*, pág. 90. Los comentarios al MCOEDE definen la doble imposición jurídica internacional como el resultado de la aplicación de impuestos similares en dos o más Estados a un mismo contribuyente respecto de la misma materia imponible y por un mismo período de tiempo.

⁴⁷ VOGEL, K., *Il Diritto...*, *cit.*, pág. 386; CALDERÓN CARRERO, J. M., *op. cit.*, pág. 110; PÉRES, M., *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento*, Centro de Estudos Fiscais, Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Lisboa, 1984 pág. 73; DOURADO, A. P., *A tributação dos rendimentos de capitais: a harmonização na Comunidade Europeia* (Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, núm. 175), Centro de Estudos Fiscais, Direcção-Geral dos Impostos, Lisboa, 1996.

⁴⁸ FANTOZZI, A., y VOGEL, K., *op. cit.*, pág. 8.

⁴⁹ RUBIO GUERRERO, J., *op. cit.*, pág. 44; CALDERÓN CARRERO, J. M., *op. cit.*, pág. 113.

⁵⁰ En ambos supuestos, la distorsión fiscal se origina cuando un número considerable de empresas deciden no invertir fuera de su país de residencia para evitar la doble imposición.

2.2.1. Doble imposición internacional.

Dado que la generalidad de los Estados aplican simultáneamente los principios de residencia y de la fuente ⁵¹ en la tributación de la renta, se producen como resultado situaciones de potencial doble imposición internacional ⁵². Ya hemos visto, que esto es lo que sucede cuando los beneficios societarios tributan, al mismo tiempo, en el país de residencia de la sociedad y en el país de la fuente, por ejemplo, el Estado donde la sociedad tiene localizado un establecimiento permanente. Lo mismo puede producirse con los dividendos, pues si un accionista, sociedad o persona física, recibe dividendos fuera de su país, puede tributar simultáneamente en el país de la fuente y en el país de residencia ⁵³ por un impuesto igual o análogo. Además, situaciones de doble imposición internacional pueden también ocurrir cuando los países apliquen un mismo punto de conexión. Esto se produce a menudo en los supuestos de doble residencia de sociedades, en los cuales la sociedad se considera residente simultáneamente en dos o más Estados por las respectivas legislaciones ⁵⁴.

Hasta el momento actual, la solución de los problemas de doble imposición internacional en la UE ha sido confiada en su mayor parte a la negociación de tratados bilaterales. Pero los convenios bilaterales sobre doble imposición (CDI) han demostrado ser un instrumento imperfecto. Debido a que su negociación es demasiado lenta, la mayor parte de los convenios existentes son antiguos ⁵⁵ y están desactualizados en relación con las circunstancias económicas y la evolución del Derecho comunitario. A ello hay que añadir que numerosos convenios están todavía pendientes de celebrar ⁵⁶, lo que significa que entre los países respectivos no existen mecanismos que eliminen la doble imposición internacional. En segundo lugar, los convenios existentes no eliminan totalmente la doble imposición internacional, sino que sólo la atenúan ⁵⁷, por lo que no se puede decir que resulten eliminadas las distorsiones fiscales relacionadas con ella ⁵⁸. Pero además, al ser bilaterales y comportar diferencias sustanciales entre sí, los convenios crean desigualdades entre los contribuyentes de diver-

⁵¹ Según RUBIO GUERRERO, J., *op. cit.*, pág. 45, «la principal razón que permite explicar el mantenimiento de criterios tan opuestos por parte de los países es evitar la pérdida de recaudación fiscal, por lo que... los países importadores de capital mantienen generalmente el criterio de territorialidad o de la fuente mientras que los países exportadores de capital se muestran partidarios de la aplicación del criterio personalista»; como advierte DOUGADO, A. P., *op. cit.*, pág. 48, «la doble imposición jurídica internacional no está prohibida por el Derecho internacional vigente, no existiendo ningún principio de territorialidad material que se oponga a la incidencia de la ley interna sobre situaciones que hayan ocurrido fuera del territorio».

⁵² Sobre el concepto de doble imposición internacional *vid.* FANTOZZI, A., y VOGL, K., *op. cit.*; CALDERÓN CARRERO, J. M., *op. cit.*, pág. 442; SERRANO ANTON, F., *op. cit.*, págs. 96-98; XAVIER, A., *op. cit.*, págs. 31 y ss.; PARES, M., *op. cit.*, págs. 29 y ss.; BÜHLER, O., *Principios de Derecho Internacional tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1968.

⁵³ RUBIO GUERRERO, J., *op. cit.*, pág. 45.

⁵⁴ FANTOZZI, A., y VOGL, K., *op. cit.*, pág. 5.

⁵⁵ De los 97 convenios bilaterales en vigor en 2001, 36 tenían más de 20 años (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Company Taxation...*, pág. 286).

⁵⁶ A finales de 2001, de un total de 105 convenios posibles habían sido concluidos 97 (*ibidem*, pág. 286).

⁵⁷ Sobre los mecanismos utilizados en los convenios internacionales para eliminar o atenuar la doble imposición *vid.* XAVIER, A., *op. cit.*, págs. 423 y ss.; o GARCÍA MORENO, M. P., *Los convenios de doble imposición*, en CORDÓN EZQUERRA (dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2001.

⁵⁸ GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición directa no discriminación y Derecho comunitario*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 213.

3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000

La jurisprudencia del TJCE en esta materia, como en muchas otras, no es totalmente concluyente, pero ha dejado suficientemente claro que el Derecho de los convenios bilaterales sobre doble imposición, elaborados, por regla general, con base en el Convenio Modelo de la OCDE (CMOCDE), está inspirado por principios de Derecho tributario internacional que no coinciden con los principios del Derecho comunitario y, por ello, suscitan problemas de compatibilidad ⁶⁰.

Refiriéndonos solamente a algunas de las sentencias más importantes en este tema, en el Asunto *Avoir Fiscal* ⁶¹, el Tribunal consideró que el respeto de los derechos otorgados en el TCE, concretamente en el artículo 52, no puede quedar supeditado a las disposiciones de un acuerdo celebrado entre los Estados miembros, y «en particular, (no se permite) que dichos derechos queden supeditados a una condición de reciprocidad que se estableció con el fin de obtener ventajas correspondientes en otros Estados miembros» ⁶². La Corte europea reconoció así, ya en 1983, la supremacía del Derecho comunitario sobre el Derecho internacional de los convenios de doble imposición. En el asunto *Saint-Gobain* ⁶³, el Tribunal afirmó que el principio de no discriminación impone al Estado miembro, parte de un CDI con un país tercero, conceder a las sociedades no residentes, que estén en situación comparable a los residentes, el mismo tratamiento fiscal aplicable a las sociedades residentes, con independencia del Derecho contenido en los convenios aplicables.

Sintetizando las razones por las que el Derecho de los convenios bilaterales entra en colisión con el Derecho comunitario, se puede adelantar que el primer punto de divergencia está en el principio de no discriminación. Mientras que en el Derecho internacional no se considera discriminatorio el trato fiscal diferenciado entre un residente y un no residente, por considerarse que estos dos

⁵⁹ GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición...*, cit., pág. 213. Para una visión detallada de los aspectos en los que los tratados de doble imposición internacional pueden ofender el principio de no discriminación, VAN RAAD, K., *Comment: The meaning of non-discrimination*, in VOGEL, K., *Taxation of cross-border income, harmonization, and tax neutrality under European Community Law: An institutional approach*, Kluwer, Deventer, 1994. Aun sobre la compatibilidad de los convenios de bilaterales de doble imposición con el Derecho comunitario vid. FARMER, P., *EC Law and double taxation agreements*. The EC Tax Journal, Vol. 3, núm. 3 (1999); y HINNEKENS, L., «Compatibility of bilateral tax treaties with European Community Law. The rules», *EC Tax Review*, núm. 4 (1994).

⁶⁰ PISTONE, P., *An EU model...*, cit., pág. 130; GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición...*, cit., pág. 30, y 213; THIEL, S. van, «Removal of income tax barriers to market integration in the European Union: litigation by the Community citizen instead of harmonization by the Community legislature?», *EC Tax Review*, Vol. 12, núm. 1 (2003), pág. 14.

⁶¹ Asunto 270/83 *Commission/France* (1986) ECR 274, comentado por MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., «¿Hacia una nueva configuración de las relaciones entre el Derecho comunitario y la normativa nacional en materia de imposición directa? El caso Gilly», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 102 (1999), pág. 301; y DOCAVO ALBERTI, L., *Jurisprudencia tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Distribuciones de la Ley. Madrid, 1981, págs. 44-48.

⁶² HINNEKENS, L., *Compatibility...*, cit., pág. 161. subraya la interpretación del abogado MANCINI en este asunto, al sustentar éste que el principio de la primacía del Derecho comunitario se opondrá a que los derechos consagrados en el Tratado se supediten a un convenio bilateral.

⁶³ Asunto C-307/97, *Compagnie Saint-Gobain ZD v. Finanzamt Aachen*, 1999, ECR, I-6163. Comentan ampliamente esta sentencia MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. y CALDERÓN CARRERO, J. M., «Los establecimientos permanentes, los casos triangulares y el Derecho comunitario. Un comentario a la sentencia del TJCE Saint-Gobain», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 214 (2002).

sujetos no se encuentran en situaciones comparables⁶⁴, en el Derecho comunitario, el TJCE ha venido ampliando el concepto de no discriminación por razón de la nacionalidad, para incluir en él la discriminación por razón de la residencia⁶⁵. Pero además, el principio de no discriminación propio del Derecho internacional sólo se aplica a los nacionales del otro Estado contratante⁶⁶ y, condicionado así mismo a la reciprocidad, a diferencia de lo que está instituido en el Derecho comunitario⁶⁷. Finalmente, en el Derecho internacional, el principio de no discriminación no «opera al margen de un CDI»⁶⁸, es decir, no existe un principio de no discriminación generalmente aplicable⁶⁹.

La concepción del convenio de doble imposición, como sistema de reparto bilateral de bases entre Estados, se asienta en la negociación y, por tanto, en la diferenciación⁷⁰. Por el contrario, el Derecho comunitario y las libertades de circulación están ancladas sobre un principio de no discriminación que se asienta en la igualdad de todos los ciudadanos y agentes económicos al amparo del ordenamiento jurídico comunitario, y que es además de aplicabilidad directa⁷¹. A pesar de estas evidentes diferencias, que los casos referidos ponen de manifiesto, en la jurisprudencia del TJCE, queda todavía no definitivamente resuelta la cuestión fundamental, es decir, si es o no compatible con el principio de no discriminación el trato diferenciado otorgado por un Estado a los residentes de dos o más Estados, en función del convenio celebrado con cada uno⁷².

2.2.2. La doble imposición económica de dividendos de carácter internacional.

Al contrario de lo que sucede con la doble imposición (jurídica) internacional, la doble imposición económica de dividendos no es por sí sola fuente de distorsión fiscal. Habrá distorsión sólo cuando, como hemos dicho antes, una misma operación que origina doble imposición no la originaría si no fuera de carácter transfronterizo.

64 CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., «Removal of income tax barriers to market integration in the European Union: litigation by the Community citizen instead of harmonization by the Community legislature?», *EC Tax Review*, Vol. 12, núm. 1 (2003), pág. 664; PISHIHO, G., *A fiscalidade na União Europeia*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, pág. 165; THIEL, S. van, *The prohibition of income tax discrimination in the European Union: what does it mean?*, *European Taxation*, vol. 34, núm. 9 (1994), pág. 296.

65 Sobre este punto en particular, GARCÍA FRIAS, A., «La necesaria armonización de la tributación de las personas físicas no residentes a la luz de la jurisprudencia del TJCE», *RDFHP*, núm. 242 (separata) (1996), pág. 1.028.

66 CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *op. cit.*, pág. 663.

67 VOGEL, K., *Taxation... cit.*, pág. 15; aboga que los Estados miembros están obligados a no discriminar contra los nacionales de otros Estados miembros, incluso en los Convenios de doble imposición celebrados con terceros Estados.

68 CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *op. cit.*, pág. 663.

69 Sobre el principio de no discriminación en los diversos modelos de convenio sobre doble imposición *vid.*, entre otros, SANTA-BARBARA RUIZPEREZ, J., *La no discriminación fiscal*, Edersa, Madrid, 2001, págs. 87 y ss.

70 VOGEL, K., *Taxation... cit.*, pág. 16.

71 THIEL, S. van, *The prohibition... cit.*, pág. 304; GARCÍA PRATS, A. F., «The evolution of income taxation under EC law requirements», *EC Tax Review*, núm. 3 (2002), pág. 139.

72 Así lo consideran, entre otros, FARMER, P. y LVAL, R., *EC Tax Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pág. 318; y PISTONIA, P., «An EU model tax convention», *EC Tax Review*, núm. 3 (2002), pág. 130. VOGEL, K., en *Taxation... cit.*, pág. 14, no duda en afirmar que «el principio de no discriminación tal como fue establecido en el artículo 7 del TCE (...), combinado con los artículos 48 y 52 deben ser observados (...) se aplica también a las disposiciones de los Tratados y las disposiciones que violan el principio de no discriminación resultan inaplicables en virtud del Derecho comunitario». Añade el mismo autor (*idem*, pág. 15) que «un Estado miembro de la Comunidad no puede tratar de modo discriminatorio a los nacionales de otros Estados miembros tanto en su Derecho interno como en un tratado con un Estado no miembro».

Una situación, que con frecuencia ocasiona este tipo de doble imposición, es aquella en la que los Estados prevén mecanismos para atenuar la doble imposición económica que sólo se apliquen cuando los beneficiarios de los dividendos sean residentes y la sociedad distribuidora sea residente ⁷³. En ambos supuestos se está ante una fuente potencial de distorsión fiscal: si se concede un crédito fiscal, por ejemplo, a un inversor residente y no a un no residente, el flujo de capital proveniente del exterior podrá resultar perjudicado; si se concede el mismo crédito fiscal a un inversor residente por los dividendos percibidos de una sociedad doméstica y no a otro inversor residente por los dividendos percibidos de una sociedad no residente, el flujo de capital hacia el exterior podrá resultar perjudicado.

Pero además, las referidas diferencias de trato, plantean problemas de compatibilidad con el principio de no discriminación del Derecho comunitario. El TJCE ha considerado reiteradamente que dichas diferencias de trato no son compatibles con las disposiciones de los Tratados sobre libre circulación. En el Asunto *Avoir Fiscal* ⁷⁴ se planteó directamente la cuestión de la compatibilidad con el Derecho comunitario de la diferencia de trato entre sociedades residentes y no residentes, a efectos de la eliminación de la doble imposición económica sobre dividendos. El Tribunal estimó que dicha diferenciación del Derecho fiscal francés violaba el Tratado, no aceptando, como justificaciones para ello, la ausencia de armonización de la imposición directa o la competencia de los convenios de doble imposición para regular este aspecto de la fiscalidad. También en el asunto *Saint-Gobain* se consideró que las normas vigentes en el ordenamiento de un Estado, ya sean éstas de Derecho interno o de carácter convencional, relativas a la eliminación de la doble imposición de dividendos, deben aplicarse a los establecimientos permanentes de las sociedades no residentes de forma no discriminatoria con relación al tratamiento concedido a las sociedades residentes. Ya en el caso *Verkooyen* ⁷⁵, el Tribunal tuvo ocasión de aplicar la misma línea de jurisprudencia a un supuesto de distribución de dividendos a un accionista persona física. Se cuestionaba la validez de una exención parcial, en el impuesto personal sobre la renta de dividendos percibidos por residentes y distribuidos por sociedades residentes, excluyendo la exención relativa a los dividendos distribuidos por sociedades no residentes ⁷⁶. Nótese que, en este caso, no se enjuiciaba una diferencia de trato por razón de la residencia del contribuyente, sino una diferencia de trato en función de la residencia de la sociedad pagadora de los dividendos. El Tribunal estimó que la disposición referida era incompatible con el Tratado, por considerarla una restricción injustificada al ejercicio de la libertad de circulación de capitales ⁷⁷.

⁷³ En particular sobre la relación entre el sistema de imputación y el principio de neutralidad fiscal. CHOWN, J., «International aspects of the imputation system», *British Tax Review*, núm. 2 (1993); y WATTEL, P. J., *op. cit.*, págs. 159-160. *Vid.* también BIRD, R. M., *op. cit.*, pág. 243.

⁷⁴ *Supra*, nota núm. 61.

⁷⁵ Asunto C-35/98 *B.G.M. Verkooyen*, JO C 247 26.08.2000, pág. 4. Esta sentencia se comenta por CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *op. cit.*, págs. 740 y ss.

⁷⁶ La ley holandesa asociaba el sistema clásico de impuesto con un sistema de *shareholder relief*.

⁷⁷ Al considerar incompatibles con las disposiciones del Tratado en materia de libertades de circulación no únicamente las discriminaciones sino también las restricciones no justificadas; la sentencia *Verkooyen* no hace más que continuar una línea de jurisprudencia ya iniciada por el Tribunal, para materias de imposición directa, en casos anteriores como *Safir*, *Futura* o *ICI*. Todas estas sentencias se comentan detalladamente por CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *op. cit.*

Otra fuente de doble imposición económica de dividendos de carácter interjurisdiccional está constituida por la aplicación de retenciones a cuenta en el momento del pago de dividendos. Debido a que dichos dividendos están gravados por el impuesto sobre sociedades o por el impuesto de renta personal en el país de residencia del beneficiario (sociedad o persona física), se originará doble imposición internacional⁷⁸. Tal como hemos visto respecto al sistema de imputación, también estas retenciones en la fuente se aplican a menudo de forma discriminatoria. En la mayoría de los países, existen retenciones a cuenta que son definitivas sólo para los no residentes⁷⁹. Además, las retenciones a cuenta sobre no residentes en general inciden sobre la renta bruta, no admitiéndose la deducción de gastos, al contrario de lo que sucede con los residentes⁸⁰. También de este aspecto resulta un trato fiscal más gravoso para los residentes⁸¹. En la medida en que dichas diferencias de trato produzcan diferencias de carga fiscal, las mismas se convertirán en potenciales fuentes de distorsión fiscal.

2.3. Deducción de pérdidas transfronterizas.

En la mayor parte de los Estados no se permite a las empresas deducir las pérdidas en las que hayan incurrido sus filiales o establecimientos permanentes localizados en otros países. Siempre que las pérdidas puedan deducirse cuando incurran en ellas las filiales o las sucursales localizadas en el mismo Estado de la sociedad matriz o de la empresa principal, se originará un agravamiento de la carga fiscal en los supuestos en que estén implicadas pérdidas interestatales. Agravamiento este que puede constituir un factor decisivo en las decisiones en cuanto a la localización de filiales o establecimientos permanentes⁸².

Actualmente, en la mayor parte de los Estados miembros de la UE está permitida la compensación de pérdidas sufridas por establecimientos permanentes localizados fuera del Estado de resi-

⁷⁸ En casos límites, podrán ocurrir situaciones de triple imposición, cuando los beneficios son gravados en impuesto sobre sociedades por el país de la fuente, que en seguida aplica también una retención a cuenta sobre los dividendos distribuidos y, finalmente, los mismos dividendos son gravados, en el impuesto sobre sociedades o en impuesto personal, por el país de residencia.

⁷⁹ De hecho, la retención a cuenta se aplica como una medida de eficacia en la recaudación de rentas que de otra forma podrían evadirse, lo que resulta particularmente importante en el caso de las rentas de capitales percibidas por no residentes. Pero en términos generales se puede también decir que de la retención a cuenta resulta un agravamiento de la carga fiscal, porque el pago del impuesto se produce antes de lo que ocurriría sin retención (Göckemeier, B., *Removal of Discrimination-a never-ending story*, European Taxation, 9, Vol. 34, (1994), pág. 296).

⁸⁰ Este problema se ha planteado en el Asunto *Gilly* (Asunto C-336/96, *Gilly*, 1998 ECR I-2793).

⁸¹ *Tuurel, S. van, The prohibition...*, cit., pág. 308.

⁸² En el momento presente, en todos los países de la UE se encuentra establecida la posibilidad de compensar las pérdidas sufridas por establecimientos (es decir, por unidades empresariales sin personalidad jurídica propia dependientes de una entidad principal) localizados en el mismo Estado de residencia tributaria de beneficiarios, aunque en términos muy variables. En otros tienen establecida la posibilidad de consolidación tributaria de beneficiarios, aunque en términos muy variables. En cuanto a las filiales, la mayoría de los países, aunque no todos, tienen establecida alguna forma de compensación de pérdidas internas, segundo reglas que varían marcadamente entre los países. Sobre este punto *vid.* García Frías, A. «El régimen especial de los grupos de sociedades en la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 214 (2002); *El régimen especial de los grupos de sociedades en el Impuesto sobre Sociedades*, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, 1997.

dencia de la casa matriz ⁸³. En cuanto a las filiales, sólo tres Estados ⁸⁴ tienen establecida en sus ordenamientos la posibilidad de deducción de pérdidas sufridas por filiales residentes en otros Estados miembros. En los restantes, la consolidación fiscal de beneficios se limita al universo de las entidades residentes en el territorio de aplicación del impuesto ⁸⁵.

La cuestión de la compatibilidad de este tipo de disposiciones con las normas del Tratado de efecto directo en materia de libre circulación se plantea en los siguientes términos. Una disposición del ordenamiento tributario de un Estado permite a una sociedad residente deducir las pérdidas obtenidas por una filial o una sucursal localizadas en el mismo Estado de residencia, pero no permite que la misma sociedad deduzca las pérdidas sufridas por una filial o establecimiento permanente situados en otro Estado miembro. Paralelamente, la Ley permite a una filial deducir las pérdidas de su casa matriz cuando ésta se sitúe en el mismo Estado, pero no cuando ésta sea residente en otro Estado. Estamos, por tanto, ante una diferencia de trato por razón de la localización de las inversiones.

Hasta ahora nunca se ha planteado la cuestión directamente ante el TJCE ⁸⁶, pero algunos casos relacionados con la deducción de pérdidas en grupos multinacionales han sido apreciados por la Corte europea, de cuya jurisprudencia se pueden extraer algunas líneas fundamentales ⁸⁷. En el asunto *Futura* ⁸⁸, se discutió una situación en la que un establecimiento permanente ⁸⁹ pretendía que se le reconociese el derecho a compensar, con sus beneficios del año 1986, las pérdidas originadas en años anteriores, con la particularidad de que, tanto los beneficios como las pérdidas debían calcu-

⁸³ COMISIÓN EUROPEA, *Company taxation...*, pág. 244. La compensación de pérdidas surge asociada al principio de residencia en la imposición de los establecimientos permanentes, lo que significa que del mismo modo que las pérdidas se compensan con los resultados de la entidad principal, también los beneficios obtenidos por los establecimientos permanentes son computados en los resultados de la entidad principal, originando, en algunos casos, un problema de doble imposición internacional. De acuerdo con el estudio que venimos citando, hay países que aplican un sistema de imputación (el impuesto soportado por el establecimiento permanente en el Estado de localización se deduce a la cuota correspondiente a la entidad principal) y otros que no conceden este tipo de atenuación de la doble imposición. No estamos ya aquí, sin embargo, ante el problema de la deducción de pérdidas, sino ante un problema de doble imposición internacional que hemos tratado en su lugar.

⁸⁴ Dinamarca, Holanda y Francia.

⁸⁵ GARCÍA FRIAS, A., «El régimen especial de los grupos de sociedades en la Unión Europea», *cit.*, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 214 (2002), pág. 68.

⁸⁶ En este momento se encuentra en curso ante los tribunales ingleses una acción en la que se plantea la cuestión de deducción de pérdidas en estos términos precisos. Se trata del Asunto *Marks & Spencer PLC v. David Halvey*, en la que la sociedad Marks & Spencer reclama el derecho a compensar pérdidas sufridas por filiales residentes en otros Estados miembros. La normativa del Reino Unido en esta materia ha sido modificada tras la sentencia proferida por el TJCE en el asunto *ICI*. Tras dicha modificación, en vigor desde abril de 2000, la ley inglesa prevé la posibilidad de compensación de pérdidas de filiales no residentes, pero solamente si dichas filiales llevan a cabo actividades en el Reino Unido. La sociedad fundamenta su pretensión en que la mencionada norma no respeta el principio de libre circulación contenido en el artículo 43 del TCE, constituyendo una restricción prohibida al ejercicio de dicha libertad [HINNEKENS, L., *The Marks and Spencer Case: UK special commissioners find UK group relief rules compatible with freedom of establishment*, European Taxation, Vol. 43, núm. 5 (2003)].

⁸⁷ Un análisis sucinto de esta cuestión se puede ver en LEIBNER, M., *Limitation of the national power of taxation by the fundamental freedoms and non-discrimination clauses of the EC treaty*, European Taxation, Vol. 9, núm. 1 (2006).

⁸⁸ Asunto C-250/95, *Futura Participations SA and Singer v. Administration des Contributions*, 1997 ECR I-2471.

⁸⁹ *Singer* era la denominación de la sucursal, situada en Luxemburgo, de una sociedad con sede en Francia, denominada *Futura*.

larse con base en un método de cifra de negocios ⁹⁰, ya que dicha sucursal no mantenía una contabilidad separada de la sociedad principal. Las autoridades tributarias luxemburguesas denegaron la pretensión, invocando a una disposición del Derecho interno, según la cual los contribuyentes no residentes sólo estaban autorizados a deducir pérdidas reportadas de años anteriores cuando dichas pérdidas estuviesen económicamente relacionadas con la renta obtenida localmente y cuando mantuviesen contabilidad en Luxemburgo. La Corte europea consideró incompatible con el Tratado la segunda de las dos reglas, por ser innecesaria a los fines pretendidos y constituir una restricción a la libertad de establecimiento. En cuanto a la primera norma, el Tribunal la consideró conforme al Derecho comunitario, por estar «conforme con el principio fiscal de la territorialidad» ⁹¹. El principio de la territorialidad se aplicaba en Luxemburgo con relación a las rentas de los no residentes, lo que significaba que para esta categoría de contribuyentes el impuesto incidía solamente sobre las rentas obtenidas localmente.

En el caso *ICI* ⁹², la situación controvertida se refería a una compensación de pérdidas entre empresas diferentes de un grupo, pero el ámbito de compensación estaba limitado a las pérdidas domésticas. Se trataba de una empresa residente en el Reino Unido y que formaba parte de un *consortium* ⁹³ que pretendía compensar con sus beneficios, las pérdidas sufridas por una filial también residente en Reino Unido. La legislación inglesa permitía la compensación de pérdidas entre sociedades pertenecientes a un *consortium*, a condición de que la mayoría de las filiales detentadas por la sociedad *holding* del grupo se encontrasen domiciliadas en Reino Unido. El Tribunal estimó la norma violadora del Tratado por constituir una restricción al ejercicio de la libertad de establecimiento.

En el caso *Amid* ⁹⁴, del mismo modo que en el caso *Future*, se apreciaba una cuestión de imposibilidad de compensación de pérdidas internas con relación a una misma empresa. El Estado de residencia denegó la pretensión de compensación porque, según la Ley nacional, dichas pérdidas deberían haber sido deducidas en el período fiscal anterior, de los beneficios obtenidos por un establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro. El problema se planteó porque, en virtud del convenio sobre doble imposición celebrado entre el Estado de residencia (Belgica) y el Estado de localización (Luxemburgo) del establecimiento permanente, los beneficios obtenidos por este último sólo eran gravables por el Estado de la fuente, no admitiendo este Estado que con estos beneficios se compensasen las pérdidas sufridas por la entidad principal. De esta forma, las pérdidas sufridas por la entidad principal no podían llegar a ser compensadas en ningún caso, aunque dichas pérdidas pudie-

⁹⁰ Sobre el método de cifra de negocios, como forma para determinar la base imponible correspondiente a cada jurisdicción, *vid.*, por ejemplo, ANDREI, N., *Determination of company profits*, in KNOSSEN (ed.), *Tax coordination in the European Community*, Deventer, Kluwer, 1986.

⁹¹ Reenértese que el principio de territorialidad está asociado, en el Derecho tributario internacional, al principio de la tributación en la fuente. Mientras éste sirve para determinar la jurisdicción competente para gravar un sujeto pasivo, el principio de territorialidad sirve para delimitar la incidencia objetiva del derecho a gravar, es decir, la amplitud de la base imponible sobre la que dicha jurisdicción debe ejercer su competencia tributaria (XAVIER, A., *op. cit.*, pág. 203).

⁹² Asunto C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc v. Her Majesty's Inspector of Taxes*, 1998, ECR I-4711.

⁹³ En la legislación fiscal del Reino Unido «consortium» es una agrupación de empresas con fines tributarios, a través del cual es posible compensar las pérdidas y los beneficios de las empresas que forman el *consortium* y de sus filiales (DANIELS, T., «The freedom of establishment: some comments on the ICI decision», *EC Tax Review*, Vol. 8, núm. 1 (1999), pág. 39).

⁹⁴ Asunto C-141 *Algemene Maatschappij voor Investering en Dienstverlening NV (AMID) v. Belgische Staat*, 2000, ECR I-471.

sen ser deducidas si la sucursal que había obtenido beneficios estuviese situada en el mismo Estado de la entidad principal. El Tribunal consideró la norma en cuestión incompatible con el Tratado, por conllevar una restricción no justificada al ejercicio de la libertad de establecimiento.

Los casos mencionados dejan ver la existencia de una tensión entre, por un lado, la subsistencia de modelos de consolidación ampliamente basados en la distinción entre residentes y no residentes y, por otro lado, un sistema de coordinación fiscal cada vez más impregnado por un principio de no discriminación que afecta a las discriminaciones por razón de la residencia⁹⁵ y, principalmente, por un principio de no restricción al ejercicio de las libertades, que afecta a las diferenciaciones por razón de la localización de las inversiones⁹⁶. Pero resultan de esta jurisprudencia dos reglas alternativas y contradictorias. Como ya resaltó alguna doctrina⁹⁷, el reconocimiento del principio de territorialidad, que hizo el Tribunal en el asunto *Futura*, conllevaría la legitimidad de los sistemas de consolidación limitados a las entidades localizadas en un mismo Estado. La regla formulada en el asunto *Futura* es que, en la medida en que el ordenamiento de un Estado limita la tributación de los no residentes a las rentas obtenidas en su territorio, también se justificaría excluir de la base imponible de un no residente las pérdidas, eventualmente registradas por entidades vinculadas al sujeto pasivo no residente, sufridas fuera de su territorio⁹⁸.

Por otro lado, la regla que resulta de las restantes sentencias referidas es que una diferencia de trato fiscal que produzca una desventaja en una relación matriz-filial transfronteriza, en comparación con una relación matriz-filial doméstica, constituye una restricción al ejercicio de la libertad de establecimiento incompatible con el Tratado⁹⁹. Esta misma línea de jurisprudencia se confirmó recientemente en la sentencia sobre el asunto *Hoescht*¹⁰⁰, en la que el Tribunal estimó que «la dife-

⁹⁵ GARCÍA FRÍAS, A., *La necesaria...*, cit., pág. 1.039.

⁹⁶ GARCÍA FRÍAS, A., *El régimen especial de los grupos de sociedades en la Unión Europea*, cit., pág. 69, manifiesta que, a largo plazo, se impondrá un concepto de grupo (a efectos de consolidación tributaria) que incluya dentro del mismo a cualquier sociedad que al menos tenga su residencia dentro de la UE y sugiere asimismo que esta tendencia se manifiesta ya en el Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas.

⁹⁷ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo e Impuesto sobre Sociedades*. Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2001, pág. 33.

⁹⁸ CAAMAÑO ANDO, M. A., CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Jurisprudencia tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Tomo II, La Ley, Madrid, 2000, pág. 38.

⁹⁹ DANIELS, T., *op. cit.*, pág. 41, para quien en el Asunto *ICI* el TJCE ha dado todos los pasos para considerar la existencia de esta regla en la jurisprudencia del TJCE. En el mismo sentido, SANZ GADEA, E., «Aspectos internacionales de la política fiscal (III)», *Impuestos*, núms. 15-16, pág. 37; LENSCHER, M., *op. cit.*, pág. 10, llama la atención para que la decisión del TJCE en el caso *Futura*, respaldada en el principio de territorialidad, está en contradicción con la decisión proferida por el mismo Tribunal en el caso *ICI*, en la que el Tribunal no aceptó que la posibilidad de compensación de pérdidas quedase supeditada a la condición de una sujeción a gravamen de los beneficios obtenidos por las mismas entidades.

¹⁰⁰ Asunto C-410/98, *Hoescht v. Inland Revenue*, 2001, ECR I-1727. Aunque el objeto principal de litigio en este caso no era una deducción de pérdidas, el asunto tiene afinidad con la cuestión, ya que el problema central se refería a la posibilidad, para dos empresas vinculadas, de beneficiarse de un régimen fiscal aplicable a grupos de sociedades (*group income election*) en el ordenamiento fiscal del Reino Unido. En virtud de la sección 277 del Income and Corporation Tax Act de 1988, entonces en vigor en el Reino Unido, dos sociedades residentes en este país, cuando una de las dos participase por lo menos en un 51 por 100 en el capital de la otra, podrían formar un grupo a efectos de tributación sobre la renta (*group income election*). A través de este mecanismo, la filial se eximía de la obligación de pagar el *Advance Corporation Tax* (ACT). El *Advance Corporation Tax*, abolido por el *Finance Act* de 1998, tenía la naturaleza de un impuesto por

rencia de trato fiscal concedida a sociedades filiales, por razón de su condición de residentes, no podrá justificarse que se deniegue una ventaja fiscal a sociedades residentes filiales de sociedades residentes en otro Estado miembro, cuando esa ventaja está establecida a favor de sociedades filiales residentes en el mismo Estado de la sociedad matriz»¹⁰¹. Subráyese que esta regla, formulada como está en términos genéricos y abstractos, conduciría por sí sola, si fuera aplicada a un supuesto de deducción de pérdidas, a considerar incompatible con el Tratado la denegación de la posibilidad de deducción, por una sociedad filial residente en un Estado miembro, de las pérdidas registradas por la sociedad matriz residente en otro Estado miembro, cuando tal deducción estuviese permitida a una sociedad filial residente en condiciones idénticas, respecto de las pérdidas registradas por una sociedad matriz residente en el mismo Estado.

Esta aparente contradicción se resuelve a través de una delimitación de los campos de aplicación de las dos reglas. El Tribunal ha afirmado la admisibilidad del principio de territorialidad, en el asunto *Futura*, del mismo modo en que, en numerosas ocasiones, declaró admisible una diferenciación por razón de la residencia¹⁰². Pero, siendo válidas en principio, las discriminaciones basadas en la residencia se vuelven incompatibles con el Derecho, cuando conllevan, en la práctica, una discriminación por razón de la nacionalidad. También, cuando la aplicación del principio de territorialidad tenga como efecto provocar una diferencia de trato, que además se traduzca en una restricción al ejercicio de una libertad de circulación, tal diferencia de trato será incompatible con el Tratado.

2.4. Ajuste de precios de transferencia.

El hecho de que, en general, los beneficios societarios tributan originaria y definitivamente en la fuente tiene como consecuencia, para empresas o grupos que operan internacionalmente, la necesidad de repartir las bases imponibles entre las distintas jurisdicciones donde se localizan sus actividades¹⁰³. Este reparto puede efectuarse de diversos modos, pero lo más común en el Derecho internacional tributario es el sistema de contabilidad separada¹⁰⁴, que busca determinar la parte de

cuenta del Impuesto de Sociedades, cuya obligación de pago nace con el acto de distribución de dividendos. Así, el único agravamiento resultante para una empresa del hecho de quedar sujeta al ACT, se derivaba del anticipo del pago del impuesto sobre sociedades. Simplemente, esta anticipación podía extenderse por períodos largos de tiempo.

¹⁰¹ Punto 76 de la citada sentencia.

¹⁰² Lo hizo, por ejemplo, en el asunto *Avonir Fiscal* (*supra* nota núm 61).

¹⁰³ Rubio GARCERÁN, J., *op. cit.*, pág. 61.

¹⁰⁴ Un sistema de contabilidad separada consiste en apurar separadamente el beneficio de cada entidad económica dentro de un grupo, utilizando para ello un procedimiento contable normal, como si de una entidad completamente autónoma se tratase. Para aplicar este método, resulta necesario atribuir valores contables a los flujos económicos que tienen lugar entre las empresas del grupo, lo que se designa en fiscalidad como precios de transferencia (McCLURE JR. E. Y WEINER, J. M., *Deciding whether the European Union should adopt formula apportionment of company income*, en CNOSSSEN, S. (ed), *Taxing capital income in the European Union: issues and options for reform*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pág. 244). Para una percepción amplia de la problemática de los precios de transferencia se puede ver HAMAKER, H., *Precios de transferencia. Historia, evolución y perspectivas*, en SARRANO ANTON, E. (coord.), *Fiscalidad internacional*, Ed. Estudios Financieros, Madrid, Barcelona & Valencia, 2001; NEWLON, T. S., *Transfer pricing and income shifting in integrating economies*, en CNOSSSEN, S. (ed), *Taxing capital income in the European Union: issues and options for reform*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, págs. 214-242. Segundo, para este autor precios de transferencia son los precios establecidos para las transacciones de bienes y servicios y para el préstamo de fondos entre entidades pertenecientes a un mismo grupo.

la renta que realmente se produjo en una jurisdicción. Para hechos económicos relacionados con transacciones externas, esta contabilidad separada no encuentra mayores dificultades. Pero cuando existan transacciones intragrupo, es decir, entre empresas del mismo grupo, cuyos valores no están fijados en ningún tipo de contrato, ni han dado origen a pagos o recibimientos, se plantea entonces el problema de su valoración ¹⁰⁵.

La expresión «precios de transferencia» designa los valores que se atribuyen a dichas transacciones. A parte de la inherente dificultad técnica de atribuir precios de transferencia, un problema específico de la tributación reside en la utilización abusiva que los contribuyentes pueden hacer de dichos precios, con el objeto de atribuir mayores beneficios a las jurisdicciones con niveles más bajos de tributación ¹⁰⁶. A fin de prevenir esta forma de elusión fiscal, las leyes fiscales suelen establecer mecanismos que permitan a las administraciones tributarias corregir los precios de transferencia y, por esta vía, modificar el valor del resultado declarado por el contribuyente ¹⁰⁷.

En este mecanismo de control reside una fuente potencial de distorsiones fiscales, dentro de las cuales podemos hacer referencia a las siguientes ¹⁰⁸. En primer lugar, las empresas que utilicen precios de transferencia están obligadas a probar que han aplicado correctamente el principio de los precios de mercado en la determinación de los precios por los que han registrado sus transacciones, lo que exige la obtención y elaboración de una compleja documentación. En segundo lugar, el hecho de que una empresa multinacional utilice precios de transferencia en una jurisdicción origina, por sí sólo, un aumento de la probabilidad de sufrir una inspección por parte de las autoridades fiscales. En tercer lugar, cuando la administración fiscal no acepte los precios declarados y proceda a la corrección unilateral del valor de los beneficios, esto tiene como resultado una doble imposición sobre la parte de los beneficios correspondiente al valor de la corrección. E incluso cuando, en virtud de un proceso de resolución de conflictos como el que está establecido en el contexto de la UE por el

¹⁰⁵ Para este efecto el principio fundamental es el principio de los precios normales de mercado (*arm's length principle*). Sobre este concepto *vid.* HAMAËKERS, H., *op. cit.*, págs. 263-264; MUSGRAVE, P. B., *Interjurisdiccional equity...*, *cit.*, pág. 55. Sobre el concepto correlativo de *valore normale* en la doctrina italiana, *vide* ADONIS, P., *La nozione di «valore normale»*, en UCKMAR, V., MGANANI, C., y MARONGIU, G. (coord.), *Il Reddito di impresa nel nuovo testo unico*, Cedam, Padua, 1988. En España, se puede ver, entre otros, SALA GALVÁN, G., *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 39. La OCDE ha empezado la publicación, desde 1995, de una serie de «Directivas» en materia de precios de transferencia. Los capítulos I a V de estas «Directivas» se refieren al principio del *arm's length*.

¹⁰⁶ SALA GALVÁN, G., *op. cit.*, pág. 47; MUSGRAVE, P. B., *Interjurisdiccional equity...*, *cit.*, pág. 55; GONZÁLEZ GARCÍA, E., *El fraude a la Ley tributaria en la jurisprudencia*, Aranzadi, Elcano, 2001, analiza algunos supuestos de operaciones, en especial el *lease-back*, más frecuentemente utilizados para hacer desplazar resultados de una entidad hacia otra.

¹⁰⁷ Sobre esta materia el artículo 9.1 del Modelo de Convenio de la OCDE dispone: «Cuando a) una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante; o b) unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante, y en uno y otro caso las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y sometidos a imposición en consecuencia» (sobre este punto *vid.* GARCÍA PRATS, A. F., *Tributación de las rentas empresariales*, en SERRANO ANTÓN, F. (coord.), *Fiscalidad internacional*, Ed. Estudios Financieros, Madrid, Barcelona & Valencia, 2001).

¹⁰⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Company Taxation...*, *cit.*, pág. 259.

Convenio de Arbitraje ¹⁰⁹, se llegue a eliminar esta doble imposición, hay un coste fiscal agravado resultante de la necesidad de financiar la doble imposición durante el periodo de tiempo que dura el proceso de regulación, que como regla suele ser bastante largo. De todos los aspectos señalados resulta un agravamiento de los costes fiscales en un sentido amplio. Una vez que dicho agravamiento de costes se produce en virtud del carácter multinacional de la empresa, del mismo resulta para ésta una desventaja fiscal, con relación a las empresas que operan desde un único país.

2.5. El problema de la imposición anticipada de plusvalías puestas de manifiesto en las operaciones de reestructuración empresarial.

La mayor parte de los ordenamientos tributarios de los Estados miembros contienen reglas para prevenir que las plusvalías puestas de manifiesto en el momento de una operación de reestructuración – fusión, escisión, canje de acciones o aportación de activos – no sean gravadas antes de su realización final ¹¹⁰, lo que podría constituir un agravamiento fiscal desincentivador de este tipo de operaciones, consideradas deseables desde el punto de vista del desarrollo empresarial y de la eficiencia económica ¹¹¹. Con el objetivo de evitar un agravamiento de la situación fiscal de las entidades implicadas como consecuencia de la operación de reestructuración, las leyes tributarias suelen permitir, una vez verificados ciertos requisitos, que la imposición de dichas plusvalías sea pospuesta al momento de la realización de las mismas. Con este procedimiento, el Estado no renuncia a gravar las ganancias, sino que dilata el momento de gravarlas.

Pero, cuando la operación de reestructuración tenga lugar entre entidades residentes en diferentes jurisdicciones tributarias, el problema de la imposición de las plusvalías emergentes ya no afecta simplemente al momento de tributación, es decir, ya no es simplemente temporal, sino que se convierte también en un problema de determinación de la jurisdicción competente para gravar ¹¹². Como regla general, en la práctica fiscal internacional y en ausencia de coordinación, el Estado de residencia de la entidad cedente no renuncia a gravar las plusvalías en el momento de la operación, ya que este Estado no estará en condiciones de gravar dichas ganancias en el momento de su realización final. Cuando así es, se produce desde luego una tributación de las plusvalías anticipada con relación al momento de su realización final, hecho que constituye por sí mismo una desventaja de las operaciones de reestructuración internacionales, en comparación con las operaciones internas.

¹⁰⁹ Convenio 436/90/CEE relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas. (DOCE núm. L 225/10, 20-8-1990).

¹¹⁰ En el ordenamiento español rigen en esta materia los artículos 97 a 110 de la Ley del Impuesto sobre sociedades. ¹¹¹ Desde un punto de vista financiero, lo que ocurre o puede ocurrir en dichas operaciones es que una plusvalía que se encontraba oculta desde el punto de vista de la contabilidad de una empresa (VOGEL, K., *Taxation...* cit., pág. 12), o que se encontraba registrada como plusvalía no realizada, se traslada al patrimonio de otra entidad, atribuyéndose compensaciones por esta transferencia bien a la empresa trasnigente, bien a sus socios (CORRIJN, P., *L'imposition des plus-values*, Litec, París, imp. 1978, págs. 39 y ss.).

¹¹² Una descripción analítica de los diferentes tipos de efecto sobre el patrimonio de las entidades intervinientes en las operaciones de reestructuración empresarial se puede ver en RAVENTÓS CALVO, S., *La reestructuración empresarial como instrumento de planificación fiscal internacional*, en SERRANO ANTON, F. (coord.), *Fiscalidad internacional*, Ed. Estudios Financieros, Madrid, Barcelona & Valencia, 2001.

Pero además, en la generalidad de los casos, el Estado de residencia de la entidad receptora tampoco estará de acuerdo en renunciar a gravar dichas ganancias en el momento de su realización, generando doble imposición. En esta situación, estaremos ante una fuente de distorsión fiscal, en la medida en que un número significativo de empresas puedan ser disuadidas de realizar operaciones de reestructuración internacionales, en consideración a las razones fiscales apuntadas.

3

2.6. Desgravación de ciertas rentas.

4

Los intereses y cánones están incluidos, al lado de los dividendos, en la categoría de rentas pasivas ¹¹³, frente a las rentas derivadas de los beneficios de las empresas. Cuando el pago de intereses o cánones tenga como beneficiario a una entidad residente en un Estado diferente del de la entidad pagadora, las cantidades pagadas pueden estar o no sujetas a una retención a cuenta en el Estado de la fuente. En los últimos años, se ha operado una tendencia a la abolición de esta clase de retenciones, como consecuencia de la competencia fiscal entre los Estados ¹¹⁴. Pero también cuando hay retención, ésta es en general reducida, en comparación con los tipos del impuesto de sociedades o de impuesto personal sobre la renta, al que dichas rentas estarían sujetas, en la hipótesis de que se debieran a entidades residentes y, por tanto, se incluyeran en las respectivas bases imponibles. Se entiende, en general, que corresponde al Estado de residencia gravar estas rentas ¹¹⁵, pero el Estado de residencia tiene serias dificultades para gravarlas, porque la obligación de declarar este tipo de rentas es fácilmente eludible. En realidad, estas rentas se evaden con frecuencia de cualquier tributación o se sujetan a una imposición mínima ¹¹⁶. Una primera consecuencia de ello es la disminución global de ingresos, si no para cada uno de los Estados miembros, al menos para el conjunto de los países. Pero sobre este problema hemos apuntado con anterioridad que, pudiendo tratarse de un problema serio a tener en cuenta en el marco de una política fiscal europea, no constituye una fuente de distorsión fiscal en el sentido que consideramos relevante como criterio definidor del campo de actuación de la armonización fiscal. Por otra parte, en la medida en que subsistan algunas diferencias significativas en la imposición

113 LUCAS DURÁN, M., «Las rentas pasivas en la fiscalidad internacional (dividendos, intereses y cánones)», en SERRANO ANTÓN, Fernando (coord.), *Fiscalidad internacional*, Ed. Estudios Financieros, Madrid, Barcelona & Valencia, 2001, pág. 321. Según este autor, la calificación de estas rentas como pasivas «se debe probablemente a que, a diferencia de

otro tipo de rentas, no implican tanto una actividad de ordenación de medios de producción en el otro Estado (como sería, por ejemplo, la creación de un establecimiento permanente), sino únicamente la cesión de un dinero (financiación propia, por medio de acciones, o ajena, por medio de préstamos), o bien la cesión de una determinada tecnología (i. gr. Patentes), que producirán un flujo periódico de rentas a favor del cedente».

114 ZUMIT ORIA, I., *Las reformas fiscales en los países de la Unión Europea: causas y efectos*, Hacienda Pública Española, monografías, 2001, pág. 24.

115 En concurrencia con el país de la fuente, en general (XAVIER, A., *op. cit.*, pág. 480), pero reservándose a este último un poder tributario limitado. Sobre este aspecto subraya LUCAS DURÁN, M., *op. cit.*, pág. 324, que «las medidas tributarias asociadas a los dividendos, intereses y cánones representan una excepción al establecer, en la mayoría de los casos, una tributación limitada en la fuente, que ha llevado a unificar en gran parte su tratamiento tributario (...)».

116 PÉREZ ROYO, F., «La propuesta de Directiva europea sobre fiscalidad de los intereses», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 214 (2002), pág. 127; MUSGRAVE, P. B., *Interjurisdiccional equity...*, *cit.*, pág. 72; CNOSEN, S. y BOVENBERG, L., *Company tax... cit.*, pág. 168; *A better alternative*, in BOVENBERG, CNOSEN, VANSTENDAEL y WESTENBURGEN, Harmonization of company taxation in the European Community: some comments on the *Rating Committee Report*, Kluwer, Deventer, 1992, pág. 39; CHOWN, J., *Monetary Union and tax harmonization*, *Interfax*, vol. 28, núm. 3 (2000), pág. 107; ALBI IBAÑEZ, E., «Armonización fiscal europea: balance de situaciones», *Papeles de Economía*, núm. 87, (2001), pág. 40.

de este tipo de rentas entre los distintos países, esto funcionará como un factor de influencia sobre la localización de las inversiones ¹¹⁷. Pero ello tampoco será una fuente de distorsión, que deba ser considerada de forma autónoma desde un punto de vista sistemático, sino que se estará más bien ante un efecto de las diferencias entre tipos efectivos de gravamen ¹¹⁸.

Sin embargo, algunos especialistas ¹¹⁹ han advertido que el hecho de que los intereses y cánones no resulten gravados o lo sean de forma muy atenuada, tiene como consecuencia que las empresas prefieren financiarse a través de capitales ajenos, a financiarse acudiendo a los capitales propios. Esto aun no sería significativo desde un punto de vista de la afectación geográfica de los recursos si esta preferencia fuese indiferente en el plano espacial. Pero, señalan estos autores una preferencia por la deuda como fuente privilegiada de financiación empresarial que beneficia a las economías con mayor peso del sector financiero, además de originar una ventaja para las empresas más robustas, en particular las empresas multinacionales, que tienen un acceso al crédito en condiciones más favorables, en detrimento de las empresas más pequeñas, especialmente las nuevas empresas, para quienes el crédito resulta un medio de financiación más gravoso ¹²⁰.

2.7. Opacidad del sistema.

Utilizamos esta expresión para referirnos a una serie de dificultades que soportan los agentes económicos que se propongan internacionalizar sus actividades a una escala europea, al manejar veinticinco sistemas fiscales diferentes y además poco transparentes. Siempre que tal dificultad sea suficiente como para disuadir a los agentes económicos de realizar sus operaciones fuera de su Estado de residencia, estaremos en presencia de una fuente de distorsión fiscal. Según un estudio comparativo publicado por la Comisión Europea ¹²¹, con anterioridad al último alargamiento de la Unión, las

¹¹⁷ Lucas Durán, M., *op. cit.*, pág. 324, refiere a este propósito que las rentas pasivas son particularmente propicias a una planificación fiscal a través del *treaty shopping* o «utilización de una determinada red de convenios fiscales firmados por un país concreto con la finalidad de mejorar la tributación de ciertas rentas». Explica el mismo autor que esta planificación se alcanza por medio de «la reconducción de los dividendos, intereses y cánones por uno u otro país, a través de la interposición de sociedades *holding* o por medio de la utilización de empresas asociadas (...)». aprovechando el contribuyente el hecho de que no todos los CDI firmados por un país fijan la misma tributación en la fuente para un determinado tipo de rendimientos.

¹¹⁸ Ya dejamos clara nuestra opinión, al tratar las diferencias en la carga fiscal efectiva como fuente de distorsiones, que este factor, aunque pueda influenciar la localización de capitales y, por tanto, afectar la neutralidad del sistema fiscal, no es relevante a efectos de la aplicación del artículo 94 TCE porque no se ha podido demostrar que este factor fiscal deba ser considerado como un obstáculo a la realización del mercado común.

¹¹⁹ CNOSSSEN, S. y BOVENBERG, L., *Company tax... cit.*, pág. 171. Los autores se refieren a este problema como el «trato preferencial de la deuda». Sobre la misma problemática, BOND, R. S., *Leveling up or leveling down? Some reflections on the ACE and CBIT proposals, and the future of the corporate tax base*, in CNOSSSEN, S. (ed), *Taxing capital income in the European Union: issues and options for reform*, Oxford University Press, Nueva York, 2000.

¹²⁰ CNOSSSEN, S. y BOVENBERG, L., *Company tax... cit.*, pág. 172. Para solucionar este problema, los autores proponen la institución del designado *comprehensive business income tax* (CBIT), lo cual consiste en la eliminación total de imposición sobre los dividendos percibidos y en la no deducción de los intereses pagados por las sociedades en la base imponible del impuesto sobre beneficios societarios.

¹²¹ Nos estamos refiriendo al estudio, ya varias veces citado, COMISIÓN EUROPEA, *Company taxation...*, *cit.*, págs. 39 y ss.

diferencias más significativas entre los quince sistemas fiscales que entonces formaban la UE residen en la determinación de la base imponible: se refieren sobre todo a la relación entre la base y el resultado contable, la deducción de provisiones, la deducción de costes relacionados con amortización de inmovilizado, el cálculo de plusvalías, la inclusión de dividendos, la deducción de pérdidas de una misma empresa y las reglas de consolidación. Hay también diferencias importantes dentro de los conceptos básicos, como son las entidades sujetas al impuesto, la definición de establecimiento permanente, la definición de grupo, etc. Y en un tercer grupo, aparecen las deducciones en la cuota, a menudo relacionadas con beneficios fiscales.

Por un lado, esta diversidad plantea problemas de transparencia, que dificultan la tarea de identificar situaciones de trato fiscal discriminatorio¹²², por otro, la mera diversidad es susceptible de ocasionar costes adicionales para las empresas que ejerzan sus actividades en más de un Estado miembro, resultantes de la necesidad de cumplir reglas de varios sistemas diferentes¹²³. En cuanto a este último problema, es importante hacer notar que ello afecta sobretodo a las empresas de pequeña y mediana dimensión¹²⁴, ya que las multinacionales están en mejores condiciones para enfrentarse a los costes relacionados con la gestión de los aspectos de la fiscalidad e incluso pueden sacar partido de las diferencias existentes. Por el contrario, para las pequeñas y medianas empresas, la complejidad del sistema de la fiscalidad comunitaria puede constituir un factor importante de disuasión a la internacionalización de sus actividades.

3. Los obstáculos al funcionamiento del mercado común.

3.1. El efecto distorsionador.

Hemos identificado en el punto anterior las distorsiones creadas por la fiscalidad de beneficios y capitales sobre el mercado común. Pero aún no tenemos delimitado el campo posible de actuación del artículo 94 TCE, fuera de cuyo ámbito no estarán legitimados los actos de armonización de la fiscalidad directa, ya que lo previsto del artículo 94 no es la distorsión, sino el obstáculo al funcionamiento del mercado común. Si queremos definir el ámbito de actuación de la armonización de la fiscalidad sobre beneficios societarios y capitales, resulta necesario analizar los efectos que las distorsiones referidas tienen sobre el funcionamiento del mercado común. Para que se pueda hablar de un obstáculo, deberemos identificar una disposición que tenga por efecto impedir, restringir o dificultar la integración de la actividad productiva al nivel del mercado común, es decir, el ejercicio transfronterizo de las libertades de circulación.

¹²² McLURE, E. J., *op. cit.*, pág. 14; RADLER, A., *op. cit.*, pág. 91.

¹²³ MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Tercerías...*, *cit.*, pág. 50; GIANNINI, S., *op. cit.*, pág. 149.

¹²⁴ En este sentido se pronunciaba ya el Informe Rüdiger, en sus conclusiones: «El Comité es igualmente consciente de que las importantes diferencias existentes en las normas actuales (sobre la base), que varían considerablemente de uno a otro país, complican la actividad empresarial intracomunitaria. Esto es especialmente cierto en el caso de las pequeñas y medianas empresas que carecen de recursos para abordar con éxito el problema» (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Informe del Comité Rüdiger...*, *cit.*, pág. 240).

De lo que hemos expuesto, y debido a la diferente naturaleza de algunos tipos de distorsiones identificadas, consideramos justificado establecer una distinción entre tres grandes grupos de fuentes productoras de distorsión fiscal en la tributación no armonizada de las sociedades y del capital en el mercado común, por razón de su efecto ¹²⁵. Además de permitirnos identificar los obstáculos al funcionamiento del mercado común, un análisis del efecto distorsionador, al mismo tiempo, va a permitirnos comprobar que existen diferentes grados de intensidad en el efecto obstaculizador de una distorsión fiscal, así como diferentes grados de objetividad en el examen de dichos efectos.

3.2. Problemas de ajuste entre los ordenamientos estatales.

En un primer grupo nos encontramos con problemas de ajuste entre los diferentes sistemas fiscales en las áreas de la fiscalidad internacional ¹²⁶. Estas situaciones se caracterizan por producir agravamiento de la carga fiscal para las operaciones internacionales, que tiene como principal efecto restringir el número de estas operaciones. Siempre que al realizar una operación fuera de las fronteras nacionales, resulte una carga fiscal más elevada que si la misma se realizase dentro de un único Estado, se estará desincentivando la internacionalización de las actividades en el mercado común. El agravamiento de la carga fiscal puede darse globalmente sobre la operación o sobre ciertos componentes de las bases imponibles, pero siempre como efecto directo de su carácter internacional. En ausencia de armonización o de alguna forma eficaz de coordinación internacional, este carácter interjurisdiccional de las bases o de ciertos componentes de las mismas dará origen bien a dobles impositivos internacionales, bien a tratos fiscales restrictivos de las operaciones transfronterizas.

En este grupo de distorsiones, se incluyen la doble imposición internacional, la no eliminación de la doble imposición económica de dividendos en condiciones similares a las que existen para las operaciones domésticas, la tributación anticipada de ganancias puestas de manifiesto en operaciones de reestructuración, y la imposibilidad de compensar las pérdidas sufridas por filiales no residentes en el mismo Estado de la entidad matriz ¹²⁷.

¹²⁵ Una sistematización alternativa a la que proponemos se puede ver en EDEN, S., «Corporate Tax Harmonization in the European Community», *British Tax Review*, núm. 6 (2000).

¹²⁶ Por fiscalidad internacional nos referimos a las operaciones o hechos económicos que tienen puntos de conexión con más de una jurisdicción tributaria.

¹²⁷ En este segundo grupo de distorsiones cabría incluir lo que EDEN, S., *op. cit.*, pág. 625, identifica como tres posibilidades distintas: la doble imposición internacional, el tratamiento restrictivo de las operaciones transfronterizas por parte de la jurisdicción de la fuente, y el tratamiento restrictivo de las operaciones transfronterizas por parte de la jurisdicción de residencia. Según la autora, la razón de distinguir estas diferentes posibilidades reside en que la corrección de cada una de ellas se plantea en planos distintos. Así, la causa de la doble imposición internacional estaría en la forma de interrelación entre dos ordenamientos tributarios y, por eso, cualquier solución exigiría una acción sobre los dos sistemas simultáneamente. Ya la corrección de las distorsiones provocadas por tratos restrictivos de las operaciones transfronterizas, tanto por parte de la jurisdicción de residencia como por la de la fuente, solamente necesitarían una actuación al nivel de una de las jurisdicciones. Creemos que éste es un planteamiento válido, que resulta además comprobado por la práctica reciente. De hecho, verificamos que en los últimos años, y en consecuencia de la acción del TJG, algunos Estados vienen introduciendo unilateralmente modificaciones en sus ordenamientos de forma a compatibilizarlos con los principios del Derecho comunitario en materia de libertades de circulación y no discriminación (*vid.*, a este propósito, las reformas alemanas del año 2000, o las modificaciones introducidas por diferentes Estados en materia de corrección de la doble imposición de dividendos). Pero, como también esta práctica permite constatar, la actuación unilateral no parece ser generalmente una solución eficaz porque, como también hemos intentado demostrar, las disposiciones restrictivas que se encuentran en los ordenamientos estatales son el soporte normativo de un sistema de reparto de las bases internacionales.

En estos supuestos, la previsión del artículo 94 TCE se constata con el máximo grado de objetividad. Así, el carácter internacional de la operación constituye una desventaja en el plano fiscal, lo que obviamente tendrá un efecto, al menos potencial, de dificultar la internacionalización de las inversiones y, por ende, de la integración económica. Como resulta también evidente, estos problemas de ajuste entre los sistemas fiscales son particularmente sensibles para las empresas multinacionales, que están en condiciones de realizar inversiones internacionales en un contexto fiscal como el europeo, extremadamente complejo. Estas empresas no sólo tienen la posibilidad de soportar elevados costes en los servicios de gestión fiscal, sino que extraen ventajas derivadas de la existencia de diferencias entre los tipos y entre las bases. Se ve así cómo al primer aspecto, estrictamente jurídico, se suma el factor práctico, haciendo que este grupo de distorsiones formen un área de particular agudeza en lo que concierne los problemas de la armonización y ello explica que la mayor parte de los actos armonizadores aprobados hasta el momento actual incidan sobre estos aspectos ¹²⁸.

3.3. Problemas relacionados con la complejidad del sistema fiscal resultante de la diversidad normativa entre los sistemas nacionales.

En un segundo grupo, nos encontramos con un fenómeno que, aunque pueda tener un efecto restrictivo de la actividad internacional, resulta más difícil de objetivar, ya que es más complejo calificar el agravamiento de costes resultante. Nos estamos refiriendo a la complejidad del conjunto de los sistemas fiscales nacionales, que afecta sobre todo a las empresas que tienen, hasta el momento actual, sus actividades concentradas en un único Estado y que, además, carecen de una dimensión suficiente como para permitirles soportar los costes de la gestión de diferentes sistemas fiscales.

La gran diversidad y complejidad del conjunto de los sistemas fiscales constituye un factor disuasorio de la internacionalización de pequeñas y medianas empresas y de empresas nuevas que pretendan localizar sus inversiones en otras jurisdicciones, cuyos ordenamientos no conocen ¹²⁹. Estamos, por tanto, ante un claro obstáculo al desarrollo del mercado común.

Pero, al contrario de lo que ocurre en el grupo anterior, en esta clase de distorsiones resulta de gran dificultad cuantificar o evaluar con objetividad el efecto de contracción de los flujos transfronterizos. Por ello, la consideración de esta clase de distorsiones como obstáculos al funcionamiento del mercado común y como fundamento para desencadenar la aplicación del artículo 94 TCE colisiona frontalmente con el principio de necesidad de la acción, ya que, al no ser posible cuantificar el efecto de contracción de los flujos transfronterizos, resulta difícil determinar dónde queda el punto deseable de equilibrio entre la necesaria uniformidad legislativa y la autonomía de los Estados en materia tributaria.

¹²⁸ Sobre la forma como las empresas multinacionales tienen oportunidad de influir en el proceso legislativo de armonización *vid.* MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards...*, *cit.*, pág. 159. CROWN, J., *Monetary...*, *cit.*, pág. 104 observa que mientras las instituciones europeas han centrado su atención principalmente en la cuestión de la armonización de la base y de los tipos (lo que corresponde al primer grupo que hemos mencionado) «los prácticos internacionales han estado más preocupados en asegurar el ajuste entre los sistemas fiscales independientes, de tal forma que no se produzca ningún coste fiscal adicional en consecuencia del carácter transfronterizo de las operaciones.

¹²⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Company Taxation...*, *cit.*, pág. 299.

Esto puede explicar, en parte, que esta clase de obstáculos haya recibido poca atención por parte de las instancias decisorias, en comparación con los problemas de ajuste de los sistemas. Si consideramos la dinámica del proceso de integración económica del mercado común europeo en una perspectiva temporal, también parece obvio que este tipo de obstáculos aparezca en un segundo plano, ya que la integración empezó naturalmente con las empresas de mayor dimensión, que disponen de más capacidad de presión sobre los órganos de decisión política¹³⁰ y están mejor equipadas para manejar la complejidad de los sistemas fiscales europeos¹³¹.

3.4. Diferencias en el nivel efectivo de imposición.

En un tercer grupo, están las situaciones que originan diferencias de carga fiscal efectiva. Estas resultan, fundamentalmente, de las diferencias entre los tipos nominales, de las disparidades entre las normas que determinan la base imponible y de las deducciones en la cuota que constituyan, por ejemplo, beneficios fiscales. Estas diferencias pueden influir en las decisiones de localización de las inversiones, sobre todo para un grupo de empresas de mayor dimensión¹³² y, en esta medida, pueden provocar desvíos en los flujos de capitales dentro del mercado común¹³³. Pueden, incluso, provocar fenómenos de competencia fiscal entre los Estados, lo que podrá conducir a una rebaja de los tipos nominales y efectivos. Aquí se incluye también el problema que hemos denominado como «desgravación de ciertas rentas», ya que, también en este caso, se produce el efecto de desviar los flujos de capital hacia las jurisdicciones donde virtualmente las rentas quedan libres de imposición.

Las referidas diferencias de carga fiscal tienen como principal efecto influir en el *fiscal residence* de cada país, y así determinar que algunos países sean más atractivos como lugar de inversión que otros. El fenómeno tiene como principal efecto afectar a la asignación geográfica de los capitales en el mercado común, pero no tiene un efecto de contracción sobre la actividad internacional realizada por los agentes económicos en el mercado común.

Como factor de influencia sobre la asignación de los recursos, es discutible hasta qué punto las diferencias entre los tipos efectivos de gravamen constituyen un obstáculo al establecimiento o funcionamiento del mercado común¹³⁴. Una postura en sentido afirmativo implica la aceptación de dos premisas: una, que los sistemas fiscales deben tener un papel pasivo, es decir, neutral, con relación al funcionamiento de un mercado¹³⁵; otra, que la neutralidad fiscal se identifica con igualdad

¹³⁰ MARTÍN JALÉN, A. J., *Towards...*, cit., pág. 159.

¹³¹ COMISIÓN EUROPEA, *Company Taxation...*, cit., pág. 299. No debe confundirse este aspecto con aquel otro mencionado en el mismo informe citado, de que los efectos de las distorsiones fiscales relacionadas con la imposición sobre sociedades y capitales son, de un modo general, más graves para las pequeñas y medianas empresas.

¹³² GRANNINI, S., *op. cit.*, pág. 146.

¹³³ MUSGRAVE, R. A., y MUSGRAVE, P. B. *op. cit.*, pág. 451; IZQUIERDO LLANES, G., *op. cit.*, pág. 50.

¹³⁴ CHOWN, J., *Monetary...*, cit., pág. 104; VANSTENENBERG, F., *Fiscal Support...*, cit., pág. 158; VOGEL, K., *Taxation...*, cit., pág. 29.

¹³⁵ Lo que significaría aceptar el «*differentials approach*» de que habla DOSSER, D., *op. cit.*, pág. 32.

de tipos efectivos ¹³⁶. Ambas premisas son de dudosa validez ¹³⁷. En cuanto a la segunda, en particular, hemos visto que una igualación de tipos de gravamen puede producir un sesgo del sistema fiscal en favor de los sistemas hacendísticos más interventores y con más elevados niveles de fiscalidad, y con menor grado de eficiencia en el empleo de los recursos públicos.

La existencia de diferencias entre los tipos de gravamen está, por el contrario, en conformidad con el concepto de neutralidad en la importación de capital. Ésta es compatible con la existencia de competencia fiscal entre los Estados, por medio de la cual cada Estado buscará atraer el máximo de bases imponibles a través de la optimización de su *fiscal residuum* ¹³⁸. Las diferencias entre los tipos efectivos serán, desde esta perspectiva, un factor fiscal susceptible de influir en los flujos de capitales, pero cuya adecuación al funcionamiento del mercado común deberá apreciarse en su dimensión política. La excepción a este principio está constituida por las situaciones en las que las diferencias de nivel de tributación puedan calificarse como «medidas de competencia fiscal permisivas». En su mayor parte, recuérdese, tales medidas podrán reconducirse al concepto de ayudas de Estado prohibidas bajo el artículo 87 TCE ¹³⁹.

III. LA ELIMINACIÓN DE LOS OBSTÁCULOS PRODUCIDOS POR LA FISCALIDAD SOBRE LOS BENEFICIOS SOCIETARIOS Y LOS CAPITALES SOBRE EL MERCADO COMÚN. PRINCIPALES CONDICIONAMIENTOS JURÍDICOS

1. El papel de los principios jurídicos fundamentales del Derecho comunitario en la armonización de la fiscalidad.

El edificio jurídico de la UE asienta sus cimientos en unos principios, que trasladan al plano jurídico valores políticos fundamentales del proceso de integración europea. Algunos de ellos son principios clásicos del Derecho internacional, mientras otros son originarios de los Tratados europeos,

¹³⁶ Lo que significa adoptar la validez del concepto de neutralidad en la exportación de capital.

¹³⁷ Hemos presentado lo esencial de los términos de esta cuestión en el punto II.1.2, *supra*. Para una revisión de los principales argumentos en pro y contra de la competencia fiscal *vid.* OATES, W., *Fiscal competition or harmonization? some reflections*, National Tax Journal, Vol. 54, núm. 3 (2001), o CORONA RAMÓN, J. F., *La Fiscalidad...*, *cit.*

¹³⁸ VOGEL, K., *Taxation...*, *cit.*, pág. 29: «la tributación en el Estado de la fuente produce un incentivo para invertir donde el exceso de los costes inducidos por el Estado sobre los servicios prestados por el Estado que beneficiarían las empresas individuales sea reducido, si no negativo (...)». En el mismo sentido, VANISTENDAEL, F., *Fiscal Support...*, *cit.*, pág. 158.

¹³⁹ El «Código de conducta sobre fiscalidad de las empresas», aprobado por resolución del Consejo ECOFIN de 1 de diciembre de 1997 y publicado en anexo a las conclusiones de este Consejo en el DOCE núm. C 2/1, de 6-1-1998, refería expresamente que algunas medidas específicas causadoras de competencia fiscal darían lugar a la posibilidad de medidas que, no estando cubiertas por la disciplina de dichos preceptos, pudieran estar cubiertas por el régimen de competencia de los artículos 87, 88 y 89 TCE. Este planteamiento dejaba antever la posibilidad de medidas que, no estando cubiertas por la disciplina de dichos preceptos, pudieran ser consideradas incompatibles con el «Código de conducta». En su trabajo *Fiscal Support...*, *cit.*, pág. 161, VANISTENDAEL, F., tras un análisis exhaustivo de la relación entre el ámbito de aplicación del «Código de conducta» y el del artículo 87 TCE, concluye que «las medidas deberán ser apreciadas primariamente a través de su confrontación con los criterios ya establecidos en el contexto del artículo 87».

encontrándose, incluso, en cierta medida, en oposición con los primeros. La necesidad de síntesis de estos valores forma el principal condicionante jurídico en el sistema fiscal europeo, incluida la fiscalidad de beneficios y capitales.

1.1. Principios de no discriminación y de no restricción al ejercicio de las libertades de circulación.

Los principios de economía de mercado y de libre competencia impregnan todo el Derecho comunitario.¹⁴⁰ El propio concepto de mercado común tiene como pilar una total libertad de competencia y, para que esta libertad de competencia se realice de forma plena, los Tratados la consagraron a través de diferentes normas jurídicas concretas. Por ejemplo, el principio de libre competencia está reflejado en un conjunto de normas prohibitivas que forman la llamada disciplina comunitaria de la competencia. Una manifestación de ello está en la prohibición de ayudas estatales, que tiene repercusión directa en el campo del impuesto de sociedades. Para el tema que nos ocupa, sin embargo, tiene particular relevancia el conjunto de las normas concernientes a las libertades de circulación. En esta materia, los principios de no discriminación¹⁴¹ y de no restricción a la libre circulación forman el núcleo del aparato jurídico del Derecho comunitario para la realización de la libre competencia.

En cuanto al primero, está consagrado en el TCE con carácter general en el artículo 12 y, consecutivamente, en una serie de disposiciones específicas, referidas a las libertades de circulación.¹⁴² En todas estas disposiciones, está consagrada una prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad. Entendido en este sentido estricto, el principio tendría un alcance limitado en el campo tributario, ya que la generalidad de los sistemas tributarios no utiliza el concepto de nacionalidad como elemento del cual dependa la aplicación de sus normas, sino los conceptos de residencia y de

¹⁴⁰ CASADO OLLERO, G., SÁNCHEZ GALIANA, J. A. y RUBÉN LIZANA, D. M., *op. cit.*, pág. 57.

¹⁴¹ En este sentido CASADO OLLERO, G., «Fundamento jurídico y límites de la armonización fiscal en el Tratado CEE», *Civitas REDF*, 38, (1983), pág. 225. Según la concepción dominante, el principio de no discriminación tiene en el Derecho comunitario una función instrumental, y por ello se distingue la formulación comunitaria de este principio de aquellas formulaciones que se encuentran en los textos constitucionales como manifestación del principio de igualdad. En el Derecho comunitario, el principio de no discriminación se entiende como un instrumento de puesta en práctica de los principios fundamentales de la economía de mercado, que son esencialmente las libertades de circulación y de competencia. En esta medida, el principio de no discriminación posee en el Derecho comunitario un alcance más limitado que el principio de igualdad tradicionalmente consagrado en los textos constitucionales. Así, el principio de no discriminación comunitario no conlleva el aseguramiento de la igualdad de oportunidades, ni implica para los Estados la obligación de aproximación de las condiciones económicas. Además de ello, el principio de no discriminación comunitario tiene su campo de aplicación limitado a las situaciones a las que se aplica el TCE, quedando fuera de este campo de aplicación las situaciones puramente internas a los Estados miembros. (GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición...*, *cit.*, págs. 31-34). Sobre el principio de no discriminación y su relación con cada una de las libertades de circulación en materia tributaria *vid.* en particular CALDERÓN CABREJO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *op. cit.*; y FARRER, P. y LYAL, R., *op. cit.*, págs. 309 y siguientes. Sobre la no discriminación fiscal, *vide* la obra fundamental de SANTA-BARBARA RUIZ, J., *op. cit.*

¹⁴² Artículos 39, 2 (libre circulación de trabajadores); 43 (libertad de establecimiento); 49 (libre prestación de servicios) y 58, 3 (libre circulación de capitales). Según GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición directa...*, *cit.*, pág. 20, en todas estas disposiciones nos encontramos con manifestaciones específicas del principio de no discriminación, que tienen por finalidad «matizar el mismo, profundizar en su desarrollo, o destacar su aplicación específica en el caso concreto».

exigía para ello, sin distinción entre residentes y no residentes, que el contribuyente hubiese efectuado, en los años incluidos en la traslación, contabilidad conforme a las normas luxemburguesas. Para la sociedad no residente, esto implicaba llevar una contabilidad según las normas luxemburguesas. El problema surgió porque la legislación luxemburguesa no obligaba a los no residentes a mantener contabilidad según las normas luxemburguesas para la determinación de la base imponible fuera del supuesto de traslación de pérdidas¹⁷⁶. Evidentemente, el ejercicio de esta facultad se convertía en una desventaja para la sociedad no residente, en comparación con las sociedades residentes, cuando aquélla, por no poseer la contabilidad conforme a las normas locales, estaba impedida de trasladar sus pérdidas. En su razonamiento, el Tribunal argumentó que el requisito de llevar una contabilidad en el Estado de situación «puede constituir una restricción, a efectos del artículo 52 del Tratado, a la libertad de establecimiento de una sociedad (...)» y, en consecuencia, «la exigencia de dicho requisito, que recae específicamente sobre las sociedades que tienen su domicilio social en otro Estado miembro, está, en principio, prohibida por el artículo 52 del Tratado».

Es también relevante en este análisis el asunto *Amid*¹⁷⁷, en el cual una sociedad belga, que posee un establecimiento en Luxemburgo, pretende efectuar una traslación de sus propias pérdidas. La normativa belga le impide este procedimiento, al establecer que las pérdidas obtenidas por una sociedad que tiene sucursales, deben compensarse en primer lugar con los beneficios obtenidos por las sucursales, pero, ya que la sucursal tributaba en Luxemburgo y no podía compensar ahí las pérdidas de su casa matriz, en virtud de la aplicación, en Luxemburgo, de un principio de territorialidad, la sociedad belga se veía completamente imposibilitada de deducir sus pérdidas. La norma ocasionaba una desventaja para una sociedad residente que quisiese establecer sucursales en otros Estados miembros que aplicasen el principio de territorialidad. La sociedad demandante alegó, acertadamente, que las disposiciones controvertidas «colocan las sociedades con establecimientos en el exterior en posición de desventaja con relación a aquéllas con establecimientos sólo en Bélgica». Es decir, el efecto discriminatorio se produce únicamente entre sociedades nacionales, en razón de la localización de sus establecimientos permanentes¹⁷⁸.

De estos pronunciamientos se extrae que el TJCE viene considerando en sustancia una regla de prohibición de restricciones al ejercicio de libertades, pero obvia afirmar claramente la autonomía de dicha regla con relación al principio de no discriminación¹⁷⁹. Pero el propio Tribunal ya lo había hecho en un caso no relacionado con materia tributaria, la sentencia emanada en el asunto *Kraaius*¹⁸⁰, en la que se afirma que «los artículos 48 y 52 se oponen a cualquier medida nacional que,

¹⁷⁶ De hecho, la legislación otorgaba a los establecimientos permanentes de sociedades no residentes la facultad de no llevar una contabilidad separada, permitiéndoles calcular sus beneficios según un método de cifra de negocios.

¹⁷⁷ Asunto C-141/99 *Algemene Maatschappij voor Investering en Dienstverlening NV (AMID) v. Belgische Staat*, 2000, ECR I-471.

¹⁷⁸ En particular sobre el asunto *Amid* y sobre sus implicaciones en el desarrollo de la doctrina de la prohibición de restricciones, véase HINNEKENS, L., *AMID... cit.*, en que el autor cuestiona en especial los límites a la aplicación de una prohibición general de restricciones.

¹⁷⁹ GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición... cit.*, pág. 56. Según el análisis realizado por este autor, el TJCE ha utilizado el expediente de vincular los dos fundamentos, de no restricción y de no discriminación, en los asuntos *Avoir Fiscal*, *Werner*, *Commerzbank* y *Biehl*.

¹⁸⁰ Asunto C-19/92, *Dierck Krans v. Land Baden-Wuerttemberg*, ECR 1993, I-1663. Sobre este punto véase, GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición... cit.*, pág. 50; y también MARTÍN IMENÉZ, A. J., *Towards... cit.*, pág. 219.

incluso si se aplica sin discriminación sobre la base de la nacionalidad, es capaz de obstruir o tomar menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el TCE a los nacionales comunitarios, incluyendo aquellos del Estado miembro que han tomado la medida».

Nuestra conclusión en este punto es que el principio de prohibición general de restricciones al ejercicio de libertades de circulación se encuentra ya suficientemente establecido en el ordenamiento comunitario, aunque la Corte europea se muestre reticente a reconocerlo expresamente en el dominio tributario ¹⁸¹.

1.2. Competencias de atribución, subsidiariedad, necesidad, proporcionalidad en la acción y mínima armonización ¹⁸².

Según el principio de competencia de atribución, la Comunidad tiene únicamente las competencias que le son atribuidas por los Tratados y no puede adoptar actos jurídicos fuera del marco de los Tratados ¹⁸³. De este principio fundamental en materia de competencia de las instituciones de la UE, se derivan todos los otros que se mencionan en el Título. De hecho, en las competencias de la CE se incluyen no solamente aquellas que están previstas de forma expresa, sino también aquellas que son necesarias a la consecución de los fines de los Tratados. Así, la delimitación de la competencia en cada caso supone un juicio que tiene en cuenta la necesidad de una medida, para la realización de los fines de los Tratados (principio de necesidad); en esta necesidad está ya implicado el principio de subsidiariedad, lo cual significa que, habiendo necesidad de realizar una acción, ésta debe llevarse a cabo en el nivel superior de la organización política, si dicha acción no puede realizarse en el nivel inferior ¹⁸⁴; y también, cuando la acción se lleve a cabo al nivel de la comunidad, la actuación comunitaria debe limitarse a lo necesario para conseguir los objetivos que se quieren alcanzar (principios de proporcionalidad en la acción ¹⁸⁵ y de mínima armonización). El último aspecto resulta de una aplicación del principio de necesidad a la intensidad de la acción ¹⁸⁶.

¹⁸¹ En un reciente trabajo, HINNEKENS, L. (*The search...* cit., págs. 115 y siguientes) intenta establecer algunas líneas delimitadoras del concepto de restricción prohibida. Según el autor, «una restricción fiscal o obstáculo prohibido debe provocar una sobrecarga suficientemente grande como para constituir una barrera real al ejercicio de las libertades de circulación». Y «esta determinación necesita una apreciación que es bastante más delicada y mucho menos directa que aquella referente a la discriminación...». Al realizar esta evaluación, es importante mirar la causa de los costes y carga fiscal adicionales. Un cualquier insignificante aumento de la carga fiscal asociada con una medida fiscal nacional no puede ser considerada una restricción prohibida, si dicha medida es una parte esencial del sistema fiscal internacional del grupo de los Estados miembros, o si es necesaria como medida anti fraude o anti abusos».

¹⁸² Oprimos por tratar en conjunto a todos estos principios pues todos tienen como función delimitar el campo de actuación de la Comunidad Europea frente a los Estados. En este sentido GARCÍA PRATS, F. A., *Incidencia...* (I)... cit., pág. 304.

¹⁸³ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, pág. 44.

¹⁸⁴ FUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, pág. 18. Según este autor, el principio, tal como se encuentra formulado en el artículo 3 b) TCE, se compone en dos elementos: un elemento negativo -la insuficiencia por parte de los Estados miembros- y un elemento positivo -la incapacidad de la Comunidad para perseguir más eficazmente los objetivos del Tratado-.

¹⁸⁵ CASADO OLIBERO, *op. cit.*, pág. 223; BARENTS, R., *op. cit.*, 1996, pág. 34; Un entendimiento diverso del significado del principio de proporcionalidad se puede ver en MATA-SERRA, M. T., *La armonización fiscal en la CEE*, Lex Nova, Valladolid, 1993, pág. 172.

¹⁸⁶ GARCÍA PRATS, F. A., *Incidencia...* (I)... cit., pág. 304; GRAU RUIZ, M. A. y HERRERA MOLINA, P. M., *op. cit.*, pág. 18. Sobre el punto, PÉREZ DE AYALA, J., y PÉREZ DE AYALA-BECERRA, M., *op. cit.*, pág. 389, consideran un principio de la proporcionalidad en sentido lato, que estaría formado por tres elementos «intrínsecamente unidos»: La idoneidad, que supo-

localización de los activos. Pero el TJCE ha venido progresivamente extendiendo el alcance del principio en diferentes campos, y también en el tributario. La principal extensión del principio se operó con base en la idea de «discriminación indirecta o encubierta»¹⁴³. Cuando el trato diferenciado afecta a una categoría de sujetos formada principalmente por no nacionales, ello podrá representar una discriminación encubierta o indirecta contra no nacionales.

3

El Tribunal empleó por primera vez este razonamiento en una cuestión relacionada con la tributación directa en el caso *Biehl*¹⁴⁴. En él, se estimó contraria al principio de no discriminación del Tratado, en materia de libre circulación de trabajadores, una norma que limitaba a los residentes el derecho de devolución del impuesto retenido a cuenta. El tribunal consideró que, en este caso, la discriminación por razón de la residencia conducía al mismo resultado que produciría una discriminación por razón de la nacionalidad ya que, como regla general, los residentes son también no nacionales. Esta línea de jurisprudencia se ha reiterado de forma constante en casos como *Commerzbank*¹⁴⁵, *Schumacker*¹⁴⁶, o *ICI*¹⁴⁷.

La cuestión que hoy se discute es si, en la jurisprudencia del TJCE, el principio de no discriminación se mantiene limitado al concepto original de un principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, aunque interpretado en términos muy amplios, o si se deriva de la jurisprudencia del Tribunal la existencia de un nuevo principio de no discriminación por razón de la residencia. Sobre este punto, coincidimos con un sector de la doctrina¹⁴⁸ que sustenta que, en el campo tributario, lo que empezó siendo una prohibición por razón de la nacionalidad «ha terminado convirtiéndose en una prohibición de discriminación por razón de la residencia, aplicable siempre que residentes y no residentes se encuentren en situaciones comparables». Ahora bien, la consagración jurisprudencial de un principio de no discriminación por razón de la residencia tiene una virtualidad inagotable en el campo de la tributación directa, en el marco europeo, en que la residencia sigue siendo una piedra angular del sistema de reparto internacional de las bases. De tal forma, que algunos autores ven en la construcción jurisprudencial del principio de no discriminación el principal motor de aproximación de las leyes fiscales en la actualidad¹⁴⁹.

3

143 El concepto de establecimiento en el asunto 152/73, *Sotgiu v. Deutsche Bundespost*, ECR 1974, I-1779. Sobre este punto *vid. entre otros*, GARCÍA FRÍAS, A., *La necesidad...*, cit., pág. 1.028; GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición directa...*, cit., pág. 36; CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *op. cit.*, pág. 668; LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo e Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2001, pág. 6.; y SANTA-BÁRBARA RUIZ, J., *op. cit.*, págs. 252 y ss.

144 Asunto 175/88, *Klaus Biehl v. Administration des Contributions* ECR 1990, I-1779.

145 Asunto C-330/91, *Commerzbank*, ECR 1993, I-4017.

146 Asunto C-279/93, *Schumacker*, ECR 1995, I-225. Esta sentencia se comenta ampliamente por GARCÍA FRÍAS, A., *La necesidad...*, cit.

147 Asunto C-264/96, *ICI*, ECR 1998, I-4711.

148 GARCÍA FRÍAS, A., *La necesidad...*, cit., pág. 1039. La autora respalda su conclusión principalmente en el caso *Asscher*, en que lo que se discutía, y que el tribunal reconoció como relevante, era la discriminación practicada por un Estado contra un no residente que era su nacional. VANISTENDAELE, F., *Tax revolution...*, cit., pág. 155, a su vez, sustenta que «la existencia de unas reglas que aseguren a residentes y no residentes la posibilidad de ejercer sus actividades económicas en igualdad de circunstancias es un requisito previo para una competencia libre y justa».

149 En este sentido, CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. (*op. cit.*, pág. 662) califican este proceso como una «revolución extraordinaria de las bases y conceptos sobre los que se asientan los sistemas tributarios nacionales de gravamen de los no residentes y de las inversiones en el extranjero».

En cuanto al segundo principio mencionado, alguna doctrina viene señalando el desarrollo, en la jurisprudencia del TJCE, de una regla de prohibición de restricción al ejercicio de las libertades de circulación¹⁵⁰, autónomo, respecto al concepto de discriminación¹⁵¹. Pero dicha autonomía no puede considerarse asentada en la doctrina ni mucho menos en la jurisprudencia del TJCE¹⁵². Existe desde luego un área en la que los dos conceptos se superponen¹⁵³, ya que la discriminación por razón de la nacionalidad constituye casi siempre una restricción, en la medida en que, al producirse efecto de diferenciación entre nacionales y no nacionales, se dificulta el ejercicio de una actividad¹⁵⁴, para alguna de estas categorías¹⁵⁵. Habrá, por otra parte, supuestos en los que una discriminación no conlleve una restricción al ejercicio de las libertades de circulación, por ejemplo, en algunas situaciones de discriminación inversa¹⁵⁶.

Pero, si concluimos que hay discriminaciones que constituyen restricciones y otras que no lo son, esto no es suficiente como para afirmar que existe un principio autónomo de no restricción. Para ello será necesario además, comprobar que existen restricciones prohibidas que no constituyen supuestos de discriminación por razón de la nacionalidad.

¹⁵⁰ El TCE contiene disposiciones que expresamente prohíben las restricciones al ejercicio de las libertades de circulación en los artículos 34 (libertad de establecimiento), 49 (libertad de prestación de servicios) y 56.1 (libertades de circulación de capitales).

¹⁵¹ Para una visión amplia del tema *vid.* GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición...*, *cit.*, págs. 46 y ss.; *Id.* también: HINNEMKENS, L., «The search for the framework conditions of the fundamental EC Treaty principles as applied by the European Court to member States' direct taxation», *EC Tax Review*, núm. 3 (2002), págs. 115 y ss.; y LEIBNER, M., *op. cit.*

¹⁵² CAMAÑO ANIDO, M. A., CALDERÓN CARRERO, J. M., y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *op. cit.*, pág. 111; GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición...*, *cit.*, pág. 51 y 52.

¹⁵³ Es éste también el entendimiento propuesto por GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición...*, *cit.*, págs. 53, con base en la formulación realizada por el TJCE en el Asunto.

¹⁵⁴ Esto mismo el TJCE lo ha consultado innumerar veces. Para citar un ejemplo reciente, en el asunto *Lankhorst-Hofhorst GmbH v Finanzamt Steinfurt* (Case C-324/00, 2002, aún no publicado en la recopilación) se considera, en el párrafo 32, que: «Tal diferencia de trato entre sociedades filiales residentes según el domicilio de la sociedad matriz constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento que está, en principio, prohibida por el artículo 43 EC».

¹⁵⁵ Como se ha visto antes y según la jurisprudencia del TJCE, tanto se considera contraria al principio de no discriminación una disposición que confiera un trato desventajoso para los nacionales con relación a los nacionales como la inversa.

¹⁵⁶ GARCÍA-MONCÓ, A. M., *Libre circulación de capitales en la Unión Europea: problemáticas tributarias*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 57. Ilustrativo de esta hipótesis es el supuesto discutido en la sentencia del Tribunal Constitucional Español 96/2002, de 25 de abril 2002 (BOE de 22 de mayo). En esta sentencia se aprecia la constitucionalidad de una norma estatal que prevé el pago de compensaciones por indebida denegación de beneficios fiscales sólo a los «residentes en la Unión Europea que no lo sean en territorio español». El origen de la disposición controvertida se encuentra en una norma foral que establece un conjunto de beneficios fiscales reservados a los sujetos que operan en las regiones del País Vasco y Navarra. Del ámbito de aplicación de esta norma quedaban excluidos los sujetos residentes en otros países de la Unión Europea. Tras la Comisión Europea haber notificado el Estado español de que dicha norma era incompatible con el principio de no discriminación establecido por el TCE, el Estado español aprobó una Ley en la cual se establecía un derecho a una compensación por la denegación de dichos beneficios a los residentes de la Unión Europea que no fuesen residentes en España. El Tribunal Constitucional consideró la norma inconstitucional por, entre otros motivos, originar una diferencia de trato discriminatoria para los residentes en España (no residentes en los territorios de la regiones autónomas referidas) con relación a los residentes en otros Estados europeos. Se trataba, pues, de un supuesto de discriminación inversa.

La autonomía del concepto de restricción prohibida debe, en primer lugar, fundamentarse en el texto del Tratado ¹⁵⁷ y, en particular, en los referidos artículos 43, 49 y 56.1. Todos estos preceptos prohíben «restricciones», mientras que el artículo 39 sobre circulación de trabajadores, emplea la expresión «discriminación por razón de la nacionalidad». El Tratado emplea por tanto diferentes expresiones que, de acuerdo con una regla de Derecho común, debe interpretarse que cuentan con contenidos diferentes ¹⁵⁸. Además, en algunos casos, las dos expresiones surgen contrapuestas, como en los artículos 54 y 58.3 ¹⁵⁹.

La jurisprudencia del TJCE ha evolucionado en este mismo sentido. La afirmación, por parte del Tribunal, de un principio de prohibición de medidas restrictivas tiene su origen en el asunto *Dassonville* ¹⁶⁰, en el que la Corte europea definió el concepto de «medidas prohibidas de efecto equivalente», como «medidas que, de modo efectivo o potencial, directo o indirecto, pueden obstaculizar el comercio intracomunitario» ¹⁶¹. Esta línea jurisprudencial fue confirmada en la sentencia emanada en el célebre asunto *Cassis de Dijon* ¹⁶². Estas decisiones se refieren a la prohibición –entonces establecida en el artículo 30 TCE ¹⁶³– de medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas, específica del campo de la circulación de mercancías. Con posterioridad, el Tribunal extendió la dicha interpretación al tema de la circulación de personas ¹⁶⁴. En fechas más recientes, el Tribunal ha venido a aplicar esta misma jurisprudencia en materia de tributación de la renta ¹⁶⁵. Una de las primeras sentencias en las que se aplicó el concepto que estamos analizando en materia de tributación de la renta fue la sentencia que solucionó el Asunto *Daily Mail* ¹⁶⁶ aunque, en este caso, considerando que las disposiciones controvertidas no representaban «una restricción a las transacciones descritas».

¹⁵⁷ En este sentido HINNEKENS, L., *The search...*, cit., pág. 115.

¹⁵⁸ En este sentido GARCÍA-MOSCÓ, A. M., *op. cit.*

¹⁵⁹ El artículo 54 TCE, relativo a la libertad de prestación de servicios, dispone: «En tanto no se supriman las restricciones a la libre prestación de servicios, cada uno de los Estados miembros aplicará tales restricciones, sin distinción de nacionalidad o residencia, a todos los prestadores de servicios a que se refiere el primer párrafo del artículo 49». El artículo 58.3, sobre libertad de circulación de capitales, dispone: «Las medidas y procedimientos a que se hace referencia en los apartados 1 y 2 no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el artículo 56».

¹⁶⁰ Asunto C-8/74, *Dassonville*, ECR 1974, 837.

¹⁶¹ Vid. HINNEKENS, L., *AMID: The wrong bridge or a bridge too far? An analysis of a recent decision of the European Court of Justice*, European Taxation, Vol. 41, núm. 6 (2001), pág. 208.

¹⁶² Asunto 120/78, *Reeve – Cassis de Dijon*, ECR 1979, 649. Sobre este aspecto, vid. MARTÍN INFÁNEZ, A. J., *Towards...*, cit., pág. 210 y ss.; THIEL, S. van, *The prohibition...*, cit., pág. 310.

¹⁶³ Corresponde al actual artículo 28: «Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente».

¹⁶⁴ THIEL, S. van, *The prohibition...*, cit., pág. 310. Como ejemplo de sentencias en las que se ha utilizado esta interpretación se pueden mencionar: Asunto C-340/89, *Viassapola*, ECR 1991, I-2357; Asunto C-104/91, *Borrel*, ECR 1992, I-3003; Asunto C-19/92, *Kraus*, ECR 1993, I-1663.

¹⁶⁵ EDBN, S., *op. cit.*, pág. 639.

¹⁶⁶ Asunto 81/87, *Daily Mail*, ECR 1988, 5505. Vid. LEHNER, M., *op. cit.*, pág. 9.

En casos ulteriores, el Tribunal ha declarado incompatibles con el Tratado normas nacionales, por constituir restricciones al ejercicio de libertades de circulación, aunque no siempre con la deseable claridad conceptual. Algunos autores ¹⁶⁷ señalaban al asunto *ICI* ¹⁶⁸, como aquél en el que se introdujo la teoría de las restricciones en el tema de la fiscalidad directa. Sin embargo, en la sentencia sobre este asunto, el Tribunal empleó una motivación ambigua, dejando abierta la relación entre la prohibición de restricción y la prohibición de discriminación ¹⁶⁹. En su pronunciamiento, en ningún momento se incluye el término «restricción», y aunque se haya evitado también el término «discriminación, la argumentación gira en torno a la idea de «trato diferenciado por razón del domicilio» ¹⁷⁰. Pero, como señalan algunos comentaristas ¹⁷¹, la diferencia de trato fiscal que se discute no tiene como base el domicilio del contribuyente; ni tampoco de las sociedades cuyas pérdidas se pretende deducir, sino el domicilio de otras filiales, que, a su vez, no sufren discriminación alguna. La diferencia de trato se establece, pues, entre residentes y tiene como base la localización de sus inversiones. Si comparamos la argumentación empleada por el Tribunal en esta sentencia con la utilizada en otras ocasiones, en las que se afirmó claramente la independencia entre prohibición de restricciones y principio de no discriminación ¹⁷², resulta obligado concluir que en el asunto *ICI* el Tribunal obvió pronunciarse sobre dicha autonomía.

En nuestra opinión, el Tribunal empleó en teoría la prohibición de restricciones no justificadas en el asunto *Futura* ¹⁷³, anterior al que hemos analizado previamente ¹⁷⁴. La argumentación empleada por el Tribunal es bastante similar a la antecedente, y, también en este caso, encontramos un razonamiento ambiguo en cuanto a la distinción entre la prohibición de discriminación y de restricción. Pero la sustancia de los hechos apreciados deja bastante claro que se trata de un supuesto de restricción no discriminatoria ¹⁷⁵. En el mismo, una sucursal luxemburguesa de una sociedad francesa pretendía efectuar una traslación de pérdidas. La legislación luxemburguesa permitía la compensación de pérdidas procedentes de años anteriores tanto a residentes como a no residentes, pero

¹⁶⁷ LEHNER, M., *op. cit.*, pág. 10. Sobre el asunto ver también DANIELS, T., *op. cit.*, pág. 40; HINNEKENS, L., *The search...*, *cit.*, pág. 115.

¹⁶⁸ Asunto C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc v. Her Majesty's Inspector of Taxes*, 1998, ECR I-4711.

¹⁶⁹ En este sentido CAMAÑO ANIDO, M. A., CALDERÓN CARRERO, J. M., y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *op. cit.*, pág. 110.

¹⁷⁰ En el párrafo 23 de la sentencia se afirma que: «Dicha normativa utiliza, por tanto, el criterio del domicilio social de las filiales controladas para aplicar un trato fiscal diferenciado a las sociedades de consorcio establecidas en el Reino Unido. En efecto, en virtud de tal normativa, la concesión de la ventaja fiscal que constituye la desgravación de consorcio se reserva a las sociedades que controlen única o principalmente filiales que tengan su domicilio social en el territorio nacional».

¹⁷¹ DANIELS, T., *op. cit.*, pág. 40.

¹⁷² En el asunto *Sager v. Deminor* (C-76/90, ECR 1991 I-4221), referente a un supuesto de prestación de servicios en un Estado diferente del de residencia, el Tribunal argumentó que el ámbito del artículo 59 se extiende a «cualquier restricción, aunque se aplique sin distinción tanto a los prestadores de servicios que son nacionales y a aquellos que son nacionales de otros Estados miembros, cuando dicha restricción tiene como efecto prohibir o impedir de alguna manera el ejercicio de la actividad por un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, en que dicho prestador presta legalmente servicios similares».

¹⁷³ Asunto C-250/95, *Puura Participations SA and Singer v. Administration des Contributions*, 1997 ECR I-2471.

¹⁷⁴ En el mismo sentido, CAMAÑO ANIDO, M. A., CALDERÓN CARRERO, J. M., y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *op. cit.*, pág. 31; y HINNEKENS, L., *The search...*, *cit.*, pág. 116.

¹⁷⁵ LEHNER, M., *op. cit.*, pág. 10.

En un planteamiento distinto del que venimos de exponer. Algún sector de la doctrina invoca al principio de subsidiariedad como el principio más importante para delimitar la competencia comunitaria en materia de armonización fiscal, sobre todo tras la consagración formal del referido principio en el Tratado de la Unión Europea ¹⁸⁷, lo que desemboca en un empleo incorrecto del término subsidiariedad.

Según la concepción clásica, el principio de subsidiariedad implica que, habiendo necesidad de realizar una acción, ésta debe llevarse a cabo en el nivel superior de la organización política sólo si dicha acción no puede realizarse, sin pérdida de eficacia, en el nivel inferior. El principio está por tanto relacionado con el *ejercicio* de las competencias que corresponden a la UE ¹⁸⁸, en virtud del principio de atribución, y no con el reparto de competencias en sí mismo. Al referirse únicamente al ejercicio de las competencias, su aplicación supone una delimitación previa del ámbito material de la acción a emprender, de conformidad con el principio de competencia de atribución ¹⁸⁹.

Cuando una acción de armonización se considere necesaria, el principio de subsidiariedad resulta asegurado, debido a la naturaleza propia de la acción armonizadora, que nunca puede llevarse a cabo por los Estados. Es decir, la armonización puede ser o no ser necesaria, en aplicación de los criterios explicitados en el artículo 94 TCE. Si no es necesaria, no podrá llevarse a cabo, en virtud del principio de competencia de atribución y, más específicamente, del artículo 3. 1 h) TCE. Si la acción es necesaria, no podrá realizarse individualmente por cada Estado, por su naturaleza específica, ya que ningún Estado individualmente puede llevar a cabo una acción de armonización. La armonización es, por definición, por tanto, una acción propia del nivel comunitario.

Si aceptamos este planteamiento, hay que constatar que la utilización que se hace del término «subsidiariedad», por parte de la mayor parte de los documentos oficiales de las instituciones comunitarias e incluso por parte de alguna doctrina, especialmente económica, no es la más rigurosa ¹⁹⁰. De hecho, vemos empleado el concepto de «subsidiariedad» frecuentemente, tanto, en el sentido de «necesidad de la acción» en vista de la realización de los fines del Tratado, como en el sentido de «necesidad de los medios empleados», o proporcionalidad de la acción ¹⁹¹.

ne que los medios elegidos no sean inútiles para alcanzar el fin al que sirve la norma o el ejercicio de la potestad; Necesidad, que implica la obligación de intervenir de la forma más moderada posible sobre el patrimonio jurídico del ciudadano; Y la proporcionalidad *stricto sensu*, que supone ponderar los beneficios derivados de la medida, y el sacrificio que implica para los ciudadanos.

¹⁸⁷ Artículo 5 TCE: «En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá (...) sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros...».

¹⁸⁸ En este sentido, MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, pág. 48. FAJISTO DE CUADROS, *op. cit.*, pág. 43; GARCÍA PRATS, F. A., *Incidenia... (I)..., cit.*, pág. 304; BARENTS, R., *op. cit.*, pág. 34.

¹⁸⁹ Un ejemplo de aplicación del principio de subsidiariedad puede verse en la normativa sobre el presupuesto de la Unión Europea. Según el TCE, la Unión tiene recursos financieros propios, entre los cuales se encuentran algunos tributos. Sin embargo, estos ingresos no son recaudados por la administración comunitaria, si no por los servicios nacionales. Además, la aplicación de estos recursos tampoco queda a cargo de las instituciones europeas, sino de los Estados. También en el sistema jurisdiccional, el TJCE no tiene jurisdicción sobre los litigios que oponen ciudadanos y autoridades nacionales, aunque en algunos de ellos se trate de aplicar normas comunitarias (BARENTS, R., *op. cit.*, pág. 31).

¹⁹⁰ La misma crítica se encuentra en BARENTS, R., *op. cit.*, pág. 34.
¹⁹¹ Un ejemplo muy evidente de aplicación del término «subsidiariedad» en este sentido se puede ver en COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Informe... cit.*, pág. 223. Tras afirmar que amplias diferencias en los sistemas fiscales distorsionan el funcionamiento del mercado interno, que las mismas no pueden reducirse a través de la acción independiente de los Estados y que, por ello, se necesita una «actuación a escala comunitaria», se declara que «otras consideraciones,

Intimamente relacionado con esta problemática, está el principio de mínima armonización, que fue establecido en el Derecho comunitario por el TJCE en la sentencia sobre el asunto *Cassis de Dijon* en 1979.¹⁹² Aunque pueda considerarse este principio como una aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad al campo de la armonización legislativa, éste aporta alguna especificidad en esta materia: significa el reconocimiento expreso de que los Estados no están dispuestos a sacrificar su soberanía en el campo legislativo, más de lo estrictamente necesario, incluso cuando ello aparezca justificado por razones de un mejor funcionamiento del mercado común. Dicho de otro modo, hay un grado de ineficiencia que los Estados están dispuestos a soportar a nivel comunitario, si ello resulta necesario para conservar su soberanía.¹⁹³

Para ilustrar la separación entre los elementos de «necesidad en la acción» y «subsidiariedad o mejor realización al nivel comunitario», se podrá acudir a un ejemplo de tributación directa. Una vez identificado un obstáculo de naturaleza fiscal, de ello no deriva automáticamente la necesidad de una acción comunitaria, pues los Estados pueden tener la capacidad de solucionar el problema. Esto es lo que ha pasado con el «Convenio sobre arbitraje»¹⁹⁴, destinado a eliminar la doble imposición en caso de corrección de precios de transferencia, en el que, tras una propuesta de directiva presentada por la Comisión – acción comunitaria – el Consejo consideró que dicha acción se podría llevar a cabo de modo más eficaz por los Estados a través de un instrumento convencional.¹⁹⁵

En conclusión, afirmamos que es el principio de competencias de atribución, y no el de subsidiariedad, el único que puede servir para delimitar el campo de la armonización de la tributación directa.¹⁹⁶ Una vez delimitado este campo, habrá que considerar si los mismos objetivos que se buscan alcanzar a través de la armonización pueden lograrse a través de otro medio, distinto de la armonización, a emplear a nivel de los Estados. Llegados a este punto estaremos aplicando el principio de la subsidiariedad. Una vez que se decida que el medio más adecuado es la armonización, que necesariamente se llevará a cabo al nivel de la UE, deberá garantizarse que el grado de armoniza-

como (...) el principio de subsidiariedad, apoyan la tesis de establecer una mínima armonización comunitaria que permita evitar la discriminación y las principales distorsiones»; o en COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *La fiscalidad...*, cit., pág. 11, en lo cual se afirma, basándose en el principio de subsidiariedad: «La Comisión tiene la intención de buscar soluciones adecuadas a diversos problemas. Cuando sea necesario, se propondrá cierto grado de armonización; no obstante, se privilegiarán otros instrumentos si resultan más apropiados», en una evidente confusión entre subsidiariedad y necesidad. Un ejemplo de aplicación del término «subsidiariedad» en el sentido de «necesidad de la acción» por la doctrina se ve en CROSSIN, S. y BOVENBERG, A. L., *A Better... cit.*, pág. 41. Sobre esta cuestión puede verse aún el análisis realizado por BARENTS, R., *op. cit.*, en lo que el autor conjetura afirmando que «el principio de subsidiariedad es nada más que un *shogun* político» que en términos legales, podría «ser cualificado como potación del Derecho comunitario».

¹⁹² Sobre este punto véase MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards... cit.*, pág. 123.

¹⁹³ MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards... cit.*, pág. 124.

¹⁹⁴ Véase *infra*, punto IV, 1.

¹⁹⁵ FALCÓN Y TELLA, R., *Introducción al Derecho financiero y tributario de las Comunidades Europeas*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, pág. 139.

¹⁹⁶ Secundáramos en este sentido a VOGEL, K., *Taxation...*, pág. 18-20. Este autor observa que elegir entre armonizar el Derecho sustantivo de la tributación sobre la renta o limitar la armonización al Derecho internacional de la tributación sobre la renta es una cuestión a decidir por medio del principio de proporcionalidad. Y que evaluar si en algún aspecto de los sistemas fiscales tiene aplicación el artículo 94, es decir, si puede tener lugar un acto armonizador, constituye una cuestión a decidir mediante aplicación del principio de competencias de atribución.

ción a efectuar no excede de lo necesario, según los principios de proporcionalidad en la acción. Este último criterio, aplicado al campo de la armonización legislativa, equivale al principio de mínima armonización.

1.3. Equidad internacional.

Este principio no se encuentra formalmente consagrado en los documentos oficiales, pero es un principio básico de toda política de armonización fiscal¹⁹⁷. Su respecto en el seno de la UE se asegura indirectamente a través de la regla de la unanimidad en las decisiones del Consejo en materia fiscal. El sistema de relaciones entre los Derechos fiscales internacionales de los Estados miembros, tal como existe en el momento actual, es de tipo clásico, ya que se asienta en el principio de equidad en el reparto de la competencia impositiva. La regla de la unanimidad asegura que no se producirá ningún cambio en este sistema, cuando algún Estado no considere que su interés resulte debidamente protegido. Vemos, de hecho, que el principio de equidad internacional subyace en todas las propuestas concernientes a la armonización, bien de la imposición de sociedades, bien de la imposición de capitales. Como se verá más adelante, el problema del reparto de las bases imponibles, en situaciones en las que los rendimientos son generados a través de operaciones resultantes de la interacción de varias economías nacionales, está en el centro de toda problemática de la armonización de la imposición directa.

2. Las fuentes de distorsión analizadas según el modo de incompatibilidad con el Derecho comunitario.

El análisis descriptivo que hicimos con anterioridad de las fuentes de distorsión fiscal, permitió constatar que, entre las disposiciones del Derecho nacional que originan la distorsión y el Derecho comunitario, se establecen diferentes clases de relaciones. Desde luego, se advierten diferentes grados de intensidad en la incompatibilidad de dichas distorsiones con las normas comunitarias. Partiendo de este planteamiento, se pueden distinguir las distorsiones fiscales que vulneran normas de Derecho comunitario con efecto directo, de aquellas que afectan a normas de Derecho comunitario sin efecto directo¹⁹⁸.

¹⁹⁷ En este sentido, LAGARES CALVO, M. J., «La armonización del impuesto sobre sociedades en la Comunidad Económica Europea», *Hacienda Pública Española*, núm. 617 (1970), pág. 158; y también RUIJO GUERRERO, J., *op. cit.*, pág. 60, para quien, bajo la noción de equidad internacional, «el problema que se plantea es determinar cómo han de participar los países, de forma equitativa, en la base imponible originada por las transacciones internacionales que tienen lugar entre los mismos».

¹⁹⁸ El efecto directo es una característica que poseen algunas, la mayoría en el momento actual, de las normas de Derecho comunitario, que significa que dichas normas «son susceptibles de otorgar derechos o imponer obligaciones a los particulares» y, como consecuencia, «los particulares tienen derecho a invocar dichas disposiciones del Derecho comunitario ante sus jurisdicciones nacionales, estando los jueces obligados a aplicar dichas normas, con independencia de la legislación del país donde ejercen sus funciones» (MOLINA DEL POZO, C. F., *op. cit.*, pág. 509). Sobre el concepto de efecto directo *vid.* también MOTA DE CAMPOS, J., *Manual de Derecho comunitario*, 3ª edic., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, págs. 349 y ss.; y BOULOUIS, J., *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 6.ª edic., Monchrestien, París, 1997, pág. 146.

2.1. La incompatibilidad con normas de efecto directo. El área de la integración negativa.

Siempre que la disposición estatal se muestre contraria a una norma del Derecho comunitario con efecto directo, dicha disposición será inválida. En consecuencia, el TJCE puede declarar la invalidez, y la disposición no puede seguir aplicándose por los tribunales nacionales. En esta clase de distorsiones se incluyen, en primer lugar, todas aquellas disposiciones estatales que configuran discriminaciones por razón de la nacionalidad o de la residencia¹⁹⁹. Se incluyen también las disposiciones que conllevan restricciones prohibidas al libre ejercicio de las libertades de circulación. Finalmente, están en esta categoría las disposiciones que puedan configurarse como ayudas de Estado prohibidas por el Tratado²⁰⁰.

2.1.1. Discriminaciones por razón de la nacionalidad y de la residencia.

En cuanto al primer grupo, ya decimos que la jurisprudencia del TJCE ha entendido que la prohibición de discriminación contenida en el Tratado recoge en su ámbito, tanto los supuestos de discriminación directa como aquellos de discriminación indirecta o encubierta²⁰¹. Ha sido mayoritariamente en este marco, en el que el Tribunal ha utilizado el principio de no discriminación para considerar incompatibles con el Tratado disposiciones del Derecho tributario de los Estados miembros, que establecían diferencias de trato por razón de la residencia²⁰². En el contexto de la tributación de sociedades²⁰³, el Tribunal se ha reafirmado en esta línea de jurisprudencia en el asunto *Hoesecht*, al considerar que la sede social de las sociedades «sirve como punto de conexión con el sistema legal de un Estado en particular, del mismo modo que la nacionalidad en cuanto a personas

¹⁹⁹ Sobre el efecto directo del principio de no discriminación como fundamento de la acción del TJCE en el área de la tributación de la renta, *vid.* GARCÍA PEÑAS, F. A., *Imposición...*, *cit.*, pág. 210, y CASADO OLLERO, G., *L'ordinamento comunitario e l'ordinamento tributario interno*, en AMATUCCI, A. (dir.), *Trattato di Diritto tributario*, I Vol. Cedam, Padova, 2001, pág. 509.

²⁰⁰ Como advierte VANSTENDAELE, F., *Fiscal...*, *cit.*, pág. 153, aunque los artículos 87 y 89 del TCE afectan primordialmente a las subvenciones de diferentes tipos, la aplicabilidad de estas disposiciones a la tributación no es nueva. Hasta el momento presente se han aplicado ya en innumerables ocasiones en el campo de la tributación indirecta. Se dan como ejemplos los asuntos C-16/69, *Comisión v. Italian Republic*, 1969, ECR 377; C-47/69, *French Republic v. Comisión*, 1970, ECR 487; C-77/72, *Carmine Capolongo v. Azienda Agricola Maya*, 1973, ECR 611; C-77/76, *Frattelli Cucchi v. Avez S. p. a.*, 1977, ECR 987; C-73/79, *Comisión v. Italian Republic*, 1980, ECR 1533; C-18/84, *Comisión v. French Republic*, 1985, ECR 1339. Sobre este punto, *vid.* también EDEN, S., *op. cit.*, pág. 635.

²⁰¹ Sobre este punto *vid.* en especial GARCÍA PEÑAS, F. A., *Imposición directa...*, *cit.*, págs. 64 y ss. Según este autor, el supuesto de discriminación encubierta se descompone en tres elementos, a saber: la aplicación de criterios de diferenciación distintos de la nacionalidad, la virtualidad de dichos criterios de diferenciación para provocar el mismo resultado, y la condición de que dicha identidad de resultados sea una identidad fáctica, atendiendo a los efectos de la norma o a la actuación presuntamente discriminatoria; *vid.* también THIEL, S. VAN, *The prohibition...*, *cit.*, pág. 305.

²⁰² De un modo general, puede decirse que el trato diferenciado entre residentes y no residentes se verá afectado por la prohibición de discriminación establecida en el Tratado en particular en dos casos: cuando residentes y no residentes se encuentren en situación fiscal similar pero reciben trato fiscal diferenciado, y cuando residentes y no residentes se encuentran en la misma situación fiscal y son gravados de forma idéntica pero son discriminados con relación a alguna concesión de beneficios o ventajas o beneficios. (THIEL, S. VAN, *The prohibition...*, *cit.*, pág. 307).

²⁰³ Esta jurisprudencia se desarrolló originalmente en materia de la tributación sobre la renta de las personas físicas. Sobre este punto *vid.*, entre otros, GARCÍA PEÑAS, A., *La necesaria...*, *cit.*

físicas». Así, aceptar que un Estado miembro puede aplicar a una sociedad, que pretenda establecerse, «un trato diferenciado únicamente basado en el hecho de que dicha sociedad posee su sede legal en otro Estado miembro, privaría al artículo 52 de todo su significado ²⁰⁴».

Discriminaciones de trato fiscal existen tanto en el campo de la tributación de la renta de personas físicas como en el campo de la tributación de las sociedades ²⁰⁵. En el primero, las situaciones más comunes se refieren a la deducción de gastos personales y familiares y a la aplicación de beneficios fiscales ²⁰⁶. En el campo de las sociedades, los problemas más frecuentes conciernen el trato fiscal de los establecimientos permanentes ²⁰⁷ y la deducción de pérdidas entre empresas de un mismo grupo. Como se vio con anterioridad, dichas discriminaciones constituyen, por regla general, una fuente potencial de distorsión fiscal, ya que influyen en las condiciones de competencia entre las empresas, o afectan a las ventajas comparativas de ciertas localizaciones con relación a otras, en lo que concierne a las inversiones. Pero, además de que constituyen distorsiones fiscales, dichas discriminaciones vulneran normas de Derecho comunitario con efecto directo ²⁰⁸.

2.1.2. Las restricciones prohibidas.

En cuanto a las disposiciones de las que resulten restricciones prohibidas al libre ejercicio de las libertades de circulación, ya hemos defendido que existe en el ordenamiento comunitario un principio de no restricción al ejercicio de las libertades de circulación, independiente del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. El Tribunal lo ha aplicado en diferentes ocasiones, con importantes efectos sobre los ordenamientos de los Estados miembros. Respecto de la distinción entre los dos principios, se resalta que en la generalidad de los supuestos, las restricciones estimadas prohibidas conllevan también diferencias de trato. Sin embargo, las diferencias de trato que caben en esta categoría no son diferencias por razón de la nacionalidad o de la residencia, sino de otros factores, como la localización de los activos.

²⁰⁴ El artículo 52 TCE corresponde al actual artículo 43, que establece la regla general de libertad de establecimiento. Esta misma argumentación ya había sido utilizada en el asunto *Comisión v. France - Avair Fiscal* (C-270/83 , ECR 1986, pág. 273).

²⁰⁵ WATTEL, P. J., *Home neutrality...*, cit., pág. 159, resume de forma muy clara el ámbito de incidencia del principio de no discriminación tal y como éste resulta de la jurisprudencia del TJCE, sobre la tributación de la renta. En sus palabras, «de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE basada en las disposiciones del Tratado CE se extrae como norma establecida que el Estado fuente debe proporcionar trato nacional a los trabajadores y a los profesionales independientes no residentes y a las sociedades de otros Estados miembros con respecto a beneficios fiscales objetivos (conectados con la fuente), a menos que exista una muy buena justificación para no hacerlo. También en la misma jurisprudencia se funda la norma de que el Estado de la fuente debe proporcionar trato nacional con respecto a deducciones y minoraciones por circunstancias personales y familiares, a los trabajadores y profesionales independientes residentes de otros Estados miembros que perciban la (práctica) totalidad de su rendimiento en el Estado de la fuente y no estén sujetos a imposición en su Estado de residencia en condiciones que les permitan disfrutar de las deducciones en el Estado de residencia».

²⁰⁶ VANISTENDAEL, F., *Fiscal...*, cit., pág. 4 y ss.

²⁰⁷ VANISTENDAEL, F., *Fiscal...*, cit., pág. 6; THIEL, S. van, *The prohibition...*, cit., pág. 307.

²⁰⁸ La eficacia directa o efecto directo se reconoce por la jurisprudencia a la mayoría de las disposiciones del Tratado, salvo las de carácter meramente programático. Una de las primeras sentencias a establecer este concepto ha sido la sentencia *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero 1963. Sobre el punto *vid.* FALCÓN Y TILLA, R., *El Derecho...*, cit., pág. 641.

Parece evidente que la doctrina de las restricciones prohibidas tiene un potencial de aplicación inagotable en el campo de la fiscalidad directa. Y, en particular, de los beneficios societarios y los capitales, aunque puede que no sea fácil determinar siempre dónde se ubica la frontera entre los dos principios. El principio de no restricción, al igual que el principio de no discriminación, está creado en el TCE a través de prohibiciones, relacionadas con algunas de las libertades de circulación en particular, como son la libertad de establecimiento, la libertad de prestación de servicios y la libertad de circulación de capitales, que forman precisamente el campo de mayor incidencia de los obstáculos relacionados con la fiscalidad directa. Así por ejemplo, podrán vulnerar el principio de no restricción los regímenes especiales aplicables a la tributación de los establecimientos permanentes, las normas que limitan el perímetro de consolidación en función de la localización de las filiales, y las normas que limitan los mecanismos de eliminación de la doble imposición económica en función de la procedencia de los dividendos o de su destino, por mencionar simplemente algunas posibilidades.

Plantando la cuestión en términos genéricos, todo el sector de la tributación que se asienta sobre un principio de territorialidad, forma un campo de potencial vulneración del principio de no restricción. Pertenecen a este campo, especialmente, las distorsiones relacionadas con el problema de la deducción de pérdidas transfronterizas. Pero también, de una forma más general, toda la tributación de los grupos de sociedades, donde se incluye la problemática de la tributación de los establecimientos, desde la propia determinación de su base imponible, y también algunos mecanismos de eliminación de doble imposición económica, basados en la situación de las inversiones.

2.2. *La incompatibilidad con normas sin efecto directo.*

En una segunda categoría, encontramos disposiciones que son fuente de distorsiones fiscales para el funcionamiento del mercado común, pero no son incompatibles con normas de efecto directo del TCE. Demostrado su efecto obstaculizador sobre el mercado común, y debido a que la compatibilidad de los ordenamientos nacionales con el mercado común constituye un imperativo del Tratado, dichas disposiciones deben considerarse contrarias al Derecho comunitario, por su validez no resulta automáticamente afectada por este hecho.

2.2.1. *La disparidad legislativa.*

Un supuesto de incompatibilidad con normas sin efecto directo es la diversidad normativa entre los ordenamientos, cuando la misma se considere fuente de distorsión fiscal y ello puede producirse por dos vías distintas. En primer lugar, las disparidades en la carga fiscal efectiva, por su influencia en la rentabilidad de los capitales, pueden influir en la localización de las inversiones.²⁰⁹ En segundo lugar, la diversidad en la estructura de los impuestos, en la definición de la subjetividad

²⁰⁹ MUSGRAVE, R. A., y MUSGRAVE, P. B., *op. cit.*, págs. 1.128-1.129; HINNENKENS, L., *The search...*, *cit.*, pág. 118.

pasiva, en la composición de la base imponible, o en las normas que conceden incentivos, pueden originar un grado de complejidad tal que llegue a disuadir a los agentes económicos de invertir sus capitales en sistemas fiscales que desconozcan ²¹⁰.

La noción de «disparidad» se introdujo en la teoría de la armonización fiscal europea por el Informe *Neumarck* ²¹¹ y, desde entonces, ha sido ampliamente utilizada en los estudios sobre el tema. Una vez dilucidadas las nociones de discriminación y restricción y su importancia como fuente de distorsión fiscal, parece suficientemente claro que la noción de disparidad legislativa tiene en esta materia solamente un papel residual. Al contrario de lo que ocurre con las normas discriminatorias o restrictivas, la simple disparidad legislativa no constituye siempre una fuente potencial de distorsión fiscal ²¹². Por otro lado, mientras la discriminación no justificada o la restricción prohibida se sitúan en un ordenamiento nacional concreto, el cual deberá adoptar unas medidas unilaterales para eliminar las distorsiones, por el contrario, las disparidades que ocasionen distorsiones y que deban ser eliminadas sólo pueden serlo mediante una acción sobre el conjunto de los ordenamientos ²¹³. Ésta es una importante consecuencia, a la hora de delimitar el campo posible de actuación de la llamada integración negativa llevada a cabo por la acción del TJCE, en la aplicación del «Derecho constitucional comunitario».

2.2.2. La doble imposición internacional.

Finalmente, hay una clase particular de distorsiones que no tienen origen en normas discriminatorias o restrictivas, y ni tampoco en la diversidad de normas, sino que, por el contrario, resultan más bien, la mayor parte de las veces, de la concurrencia de normas similares. Hablamos de los supuestos de doble imposición internacional *stricto sensu* ²¹⁴, que se producen bien por la aplicación

210 En este sentido HINNEKENS, L., *The search...*, cit., pág. 118; La complejidad del sistema global formado por el conjunto de los sistemas fiscales nacionales se traduce efectivamente en costes financieros para las empresas que pretenden desarrollar sus actividades fuera de las fronteras del Estado de residencia. Existen indicaciones de que los llamados «compliance costs» —costes soportados por los contribuyentes con la actividad de gestión fiscal—, pueden representar actualmente de el 2 a 4 por 100 de los ingresos fiscales totales de los países. El Informe Rüdiger había estimado estos mismos costes en 3 por 100 de la renta de las sociedades. Existe también alguna demostración de que estos costes son más importantes para las rentas provenientes de fuente externa que para las de fuente interna, y de que son particularmente pesados para las pequeñas y medianas empresas (LANNOC, K. y LEVIN, M., *An EU company without a EU tax? A corporate tax action plan for advancing the Lisbon process*, (CEPS research report), CEPS; Bruselas, 2002, pág. 24).

211 COMITÉ FISCAL Y FINANCIERO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA, *op. cit.* El Informe mencionaba tres clases de disparidades: disparidades en la carga fiscal global, disparidades en la composición del gasto público y disparidades en la composición de los sistemas fiscales. En relación con esta última clase de disparidades, el Informe consideraba aún la existencia de «diferencias en la estructura de ciertos impuestos en particular» que pueden resultar de diferencias en la definición de elementos subjetivos o objetivos del hecho imponible, en la base, o en la combinación del impuesto con otros impuestos del sistema.

212 En el asunto *Titanium Dioxide* (Asunto C-300/89, 1991, ECR I-2867), el TJCE ha considerado que «para que resulten efectivas las libertades de circulación (...), son necesarias medidas de armonización para actuar sobre las disparidades entre las legislaciones de los Estados miembros, cuando estas disparidades tienen la virtualidad de crear o mantener condiciones distorsionadas de competencia.» (sobre este punto *vid. MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., Towards...*, cit., pág. 6).

213 En este sentido, EBEN, S., *op. cit.*, pág. 625; y HINNEKENS, L., *The search...*, cit., pág. 118.

214 Discordamos en este punto de DOURADO, A. P., *A tributação...*, cit., pág. 51, para quien la doble imposición resultante de la adopción por todos los Estados miembros de los criterios de tributación en la fuente y en la residencia se revela discriminatoria».

de múltiples puntos de conexión por parte de la legislación de los distintos Estados implicados, bien por el sometimiento a tributación por dos o más Estados, utilizando el mismo punto de conexión, como sucede con las situaciones de doble residencia.

La situación se comprende claramente a través de un breve ejemplo. Supongamos, con relación a dos Estados A y B, que en ambos ordenamientos se establece la exigencia del impuesto de sociedades simultáneamente sobre la renta universal de las sociedades residentes y sobre la renta obtenida en el territorio por las sociedades no residentes. Si una sociedad del Estado A tiene una inversión en el Estado B, la respectiva renta quedará sujeta a doble imposición (y lo mismo ocurrirá si una sociedad de B posee una inversión en A). La doble imposición constituye un obstáculo para el funcionamiento del mercado común y, en esta medida, la doble imposición está en contradicción con el Tratado. Pero la doble imposición no puede considerarse efecto de una disposición en especial, sino de la confluencia de las disposiciones de los ordenamientos implicados, de tal forma que no puede decirse que ninguna de las disposiciones sea por sí sola incompatible con el Tratado²¹⁵. Si existe una fuente de doble imposición, los Estados quedan obligados, en virtud del artículo 293 TCE, a emprender negociaciones encaminadas a eliminar dicha doble imposición. Aunque ésta no es una disposición con efecto directo y, por tanto, aquellas disposiciones quedan fuera del marco de actuación de la integración negativa.

3. Modos de incompatibilidad y efectos distorsionadores.

No es posible establecer una correspondencia entre los niveles de disconformidad con el Tratado y los grupos de fuentes de distorsión fiscal, en función de la naturaleza de las distorsiones, que hemos enunciado en el punto anterior. Como máximo, se podrán encontrar algunas situaciones en las que se produce esa correspondencia. Así, la diferencia en el nivel de tributación se produce, en la mayor parte de las ocasiones, como consecuencia de las diferencias entre los tipos nominales y entre las reglas de determinación de la base y, en menor grado, de deducciones a cuota. En todos estos supuestos, estaremos ante simples situaciones de diversidad legislativa, producto de la autonomía de los Estados en materia de tributación directa. Algunas veces, sin embargo, la diferencia de nivel impositivo puede estar relacionada con un régimen fiscal susceptible de ser considerado como una ayuda de Estado prohibida²¹⁶. En este caso, debido a que las normas contenidas en el artículo 87 del TCE tienen efecto directo, también aquellas disposiciones que les son contrarias estarán en el ámbito de la integración negativa.

²¹⁵ EDERN, S., *op. cit.*, pág. 625. Para la autora este tipo de distorsiones presentan como trazo caracterizador el hecho de que no puedan eliminarse por una modificación unilateral por parte de un Estado miembro.

²¹⁶ De acuerdo con MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., «El concepto de ayuda de Estado y las normas tributarias: problemas de delimitación del ámbito de aplicación del artículo 87.1 TCE», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 196, 2001, págs. 84-86, el TJCE ha dejado claro desde la sentencia preferida en el asunto *Steenkolenmijnen* (Asunto 30/59, *Steenkolenmijnen v. Alta Autoridad de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero*, 1961, I-19), pero también en otras más recientes como *Piaggio (Asunto C-295/97, Piaggio, 1999, I-3735)*, que medidas de carácter tributario del tipo de los incentivos fiscales, al suponer una reducción de costes para una empresa, pueden ser calificadas como ayudas de Estado. Pero la delimitación del ámbito de coincidencia de los dos conceptos no se ha podido establecer hasta este momento de forma clara porque el concepto de ayuda de Estado «dista mucho de estar definido con precisión». Según el mismo autor, una

Ya en el campo del ajuste entre los ordenamientos, como ya hemos visto, en la mayor parte de las situaciones se plantean problemas bien de discriminación por razón de la nacionalidad, bien de restricción injustificada al ejercicio de las libertades de circulación. Sin embargo, hay también casos de doble imposición, en los que no tenemos ni discriminación, ni una restricción prohibida al ejercicio de las libertades, ni tampoco una situación de diversidad normativa, sino que la doble imposición se produce por efecto de la concurrencia de dos normas, eventualmente idénticas, en dos ordenamientos distintos. Las distorsiones que hemos denominado como de complejidad del sistema fiscal comunitario, por su parte, resultan siempre de la diversidad normativa entre los sistemas nacionales.

Un enfoque de las distorsiones fiscales con base en el modo de incompatibilidad con el Derecho comunitario permite comprender la importancia del fenómeno de la llamada «integración negativa» y la forma en que dicho fenómeno se interrelaciona con la problemática de la armonización. El término «integración negativa» designa el efecto de la acción del TJCE sobre los ordenamientos estatales²¹⁷. Siempre que el Tribunal considere una disposición de un ordenamiento estatal como incompatible con el Tratado, declarará su invalidez y la norma no podrá seguir siendo aplicada por los tribunales nacionales. La acción del Tribunal tiene, por tanto, un efecto corrector sobre los ordenamientos, en la medida en que determina la eliminación de las normas incompatibles con los Tratados. Las disposiciones que, además de ocasionar obstáculos al mercado común, vulneren normas del Derecho comunitario con efecto directo, forman el campo de actuación de la «integración negativa» en el área de la tributación directa. Muchas veces, la acción correctora del Tribunal, al determinar la eliminación de disposiciones declaradas incompatibles con el Derecho comunitario, deja un vacío legislativo, que sólo puede rellenarse a través de una acción legislativa de los Estados, que sustituya la norma suprimida por otra que sea conforme al Derecho comunitario. La acción del Tribunal de Justicia funciona así como impulso de una aproximación legislativa espontánea o incluso de una armonización legislativa en sentido propio llevada a cabo por las instituciones comunitarias que de otra forma no se produciría.

medida de carácter tributario deberá ser considerada como ayuda de Estado, cuando se verifique la ocurrencia de las tres características que la doctrina (y la jurisprudencia del TJCE) reconoce como siendo las que definen el concepto de ayuda de Estado prohibida: la existencia de un ventaja que actúe de modo selectivo, es decir, cuyos efectos se limiten a una empresa o conjunto de empresas; que la misma ventaja esté concedida mediante fondos estatales; y que dicha ventaja tenga un efecto distorsionador de la competencia (idem, págs. 88 y ss.); sobre el mismo punto *vid.* también GRAU RUIZ, M. A. y HERRERA MOLINA, P. M. *op. cit.*, pág. 33). En el mismo sentido, se puede ver VANISTENDAEL, F., *Fiscal...*, *cit.*, también la relación entre medidas fiscales que constituyen ayudas estatales prohibidas y ayudas estatales prohibidas, quienes se preocupa en definir, además de la relación ya referida entre incentivos tributarios y ayudas estatales prohibidas, principio de no discriminación o constituyen restricciones prohibidas al ejercicio de libertades fundamentales. En otras palabras, el autor se plantea la cuestión de delimitar, con relación a la tributación de la renta, el campo de actuación de las disposiciones relativas a las libertades fundamentales y el del artículo 87 TCE. Para esta distinción, el autor considera que el trazo fundamental reside en el carácter estructural o transitorio de la medida fiscal que se aprecia. Mientras los supuestos de incompatibilidad con el Tratado por violación del principio de no discriminación juzgados por el TJCE se refieren a elementos estructurales de los sistemas de tributación directa, el campo de actuación del artículo 87 TCE estaría fundamentalmente formado por medidas fiscales de carácter transitorio o excepcional como son normalmente los beneficios fiscales.

²¹⁷ Sobre el concepto de integración negativa, GARCÍA FRIAS, A., *La necesaria...* *cit.*, pág. 1020; MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards...* *cit.*, pág. 205; y GARCÍA PRATS, A. F., *The evolution...* *cit.*, págs. 138.

Si hemos empezado por decir que el fundamento primero de la armonización, según el artículo 94 TCE, está en la existencia de obstáculos de naturaleza fiscal al funcionamiento del mercado común, ahora se suscita la cuestión de cómo conciliar ese fundamento con el planteamiento anterior. Las dos perspectivas no están en contradicción, sino que se cruzan. Los principios de no discriminación y de no restricción al ejercicio de las libertades de circulación, así como las normas más específicas que concretan dichos principios, la prohibición de ayudas estatales o la prohibición de prácticas restrictivas de la competencia, son los instrumentos jurídicos empleados por los Tratados comunitarios para garantizar precisamente la realización del mercado común. De hecho, siempre que una disposición de los ordenamientos estatales produzca una discriminación por razón de la residencia o de la nacionalidad, o una restricción al ejercicio de libertades de circulación, ello supondrá la existencia de un obstáculo al funcionamiento del mercado común. Por el contrario existen muchos obstáculos, como dejamos demostrado, que no están asociados con una violación de una norma de efecto directo.

4. Distorsiones fiscales y equidad en la división de las rentas internacionales.

Los problemas que hemos descrito como distorsiones al funcionamiento del mercado común procedentes de la tributación de la renta de sociedades y de capitales, no son nuevos ni específicos de la UE. Los problemas que hemos identificado como de ajuste entre los ordenamientos estatales son problemas relacionados con la cuestión fundamental de la división interestatal de las bases imponibles internacionales o transfronterizas ²¹⁸. Hasta el momento actual, el sistema de reparto de las bases que rige entre los países miembros de la UE está configurado como un sistema clásico, basado en los principios tradicionales del Derecho tributario internacional. Dicho sistema se caracteriza por que la generalidad de las jurisdicciones tributarias toma como punto de conexión con sus ordenamientos simultáneamente la residencia del contribuyente y la fuente del rendimiento. Respecto a la extensión de su poder tributario ²¹⁹, los ordenamientos gravan a los residentes, como regla general, por el principio de universalidad (*world-wide-income*), mientras que para los no residentes rige el principio de territorialidad ²²⁰. Este principio fundamental de definición del poder tributario se asienta, pues, en una distinción entre la condición de residente y de no residente. De él resultan otros

²¹⁸ Encontramos en la doctrina algunas referencias puntuales que enfatizan la estrecha relación existente entre la problemática de la armonización de los sistemas de tributación directa en la UE y el modelo de reparto de las bases internacionales. Así, VOGLI, K., *Taxation...*, cit., empieza por aclarar que uno de los problemas tratados en su trabajo, es el de «que sistema de tributación internacional de la renta estará más conforme con los principios básicos y las políticas de la Comunidad Europea». A continuación, este autor sugiere que la armonización de la doble imposición intra comunitaria constituye una alternativa a la armonización del Derecho fiscal sustantivo (ídem, pág. 16). También THIEL, S. Van, *Removal...*, cit., pág. 4, centra su aproximación en el impacto de los principios fundamentales del Derecho comunitario sobre la tributación de las rentas transfronterizas intracomunitarias.

²¹⁹ La doctrina moderna distingue entre la cuestión de definir las conexiones relevantes para fundamentar el poder tributario de un Estado, a la cual responden, en los actuales sistemas tributarios, los principios de residencia y de la fuente, y la cuestión de la definición de la extensión de ese poder, es decir, hasta dónde se extiende el ámbito de incidencia de las leyes tributarias internas, a la que responden los principios de universalidad y de territorialidad (XAVIER, A., *op. cit.*, pág. 203).

²²⁰ A este respecto observa GARCÍA PRATS, F. A., (*Imposición...*, cit., pág. 219) que esta doble condición de sujeción a la imposición en un Estado, nacida con la introducción de la imposición sobre la renta a principios del siglo XX, «parte de una concepción estatal de la sujeción, y es consecuencia con una formulación del poder tributario que únicamente tiene en consideración los condicionantes y límites del poder tributario del Estado derivados de sus exigencias constitucionales y de los condicionantes internacionales del ejercicio de los poderes estatales». A esto deberemos nosotros añadir que

dos aspectos esenciales del sistema de tributación de las rentas internacionales. El primero consiste en la oposición entre obligación personal, que rige para los residentes, y obligación real ²²¹, válida para los no residentes. Esta oposición implica desde luego una diferencia de trato entre residentes y no residentes, la cual ha sido considerada en distintas ocasiones por el TJCE como incompatible con el principio de no discriminación ²²². Por otra parte, el mismo principio, al aplicarse por diferentes Estados sobre la misma renta, generará inevitablemente situaciones de doble imposición ²²³.

Para caracterizar sucintamente el sistema de la tributación de las rentas internacionales entre los países de la UE, además de los aspectos referidos, falta mencionar que este sistema comporta algunas reglas de reparto de dichas bases, para mitigar la doble imposición. Se reconoce en general primacía a la tributación en la fuente para las rentas derivadas de inversión directa, mientras la tributación en la residencia se aplica preferentemente con relación a las rentas de capital pasivo ²²⁴. En cualquiera de los supuestos mencionados se requieren medidas de limitación de la competencia de los Estados ²²⁵. Pero, en general, estas medidas operan únicamente en el ámbito de convenios bilaterales. Vemos así que el sistema de reparto de bases internacionales vigente entre los Estados miembros de la UE se organiza de modo que residentes y no residentes no ejerzan sus actividades económicas en condiciones de igualdad, y que las operaciones interestatales no reciban trato fiscal similar a las operaciones internas.

Hemos visto, que en el contexto de la doble imposición internacional, adquiere particular relevancia el problema de la tributación de los beneficios de los establecimientos permanentes situados en un Estado distinto al de residencia de la entidad principal ²²⁶. En estos supuestos, para que no se produzca doble imposición, la competencia del Estado de residencia debe ceder paso a la competencia del Estado de la fuente ²²⁷.

en esta concepción está totalmente ausente cualquier preocupación con la neutralidad económica de la imposición sobre la renta o con asegurar la libre circulación de factores de producción en un mercado internacional. BIRD, R. M. y WILKIE, J. S., *Source- vs. residence-based taxation in the European Union: the wrong question?*, en CROSSEN, S. (ed), *Taxing capital income in the European Union: issues and options for reform*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pág. 81, en una visión pragmática y realista, explican el mismo sistema de doble vínculo por el hecho de que «los gobiernos se preocupan más con la riqueza nacional y con la justicia fiscal entre sus residentes que con el destino de los no residentes que obtienen rentas generadas dentro de sus fronteras».

²²¹ GARCÍA FRIAS, A., *La necesaria...*, *cit.*, pág. 1.040.

²²² GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición...*, *cit.*, pág. 220.

²²³ Para eliminar o atenuar los problemas de doble imposición, se introducen reglas que limitan la competencia de los Estados con relación a las rentas obtenidas por residentes fuera del territorio estatal, o con relación a algunas rentas obtenidas por no residentes en el territorio estatal. Sobre este punto, *vid.* XAVIER, A., *op. cit.*, págs. 419 y ss.; y GARCÍA MORENO, M. P., *op. cit.*

²²⁴ LUCAS DURÁN, M., *op. cit.*, pág. 321; BIRD, R. M. y WILKIE, J. S., *op. cit.*, pág. 81. Sobre la preferencia del principio de tributación en la fuente, RUBIO GUERRERO, J., *op. cit.*, pág. 61. Según observa este último autor la preferencia de la tributación en origen se funda en el criterio de equidad internacional, pero la validez del principio para realizar la equidad internacional debe cuestionarse «argumentando que una distribución justa exige una participación en la recaudación por parte del país de residencia del propietario del capital, dada la contribución de este país a la creación y producción de la inversión».

²²⁵ XAVIER, A., *op. cit.*, págs. 501 y ss.

²²⁶ La regla general del artículo 7 del Modelo de Convenio de la OCDE es la de que cabe al Estado de residencia la competencia exclusiva para gravar los beneficios empresariales, pero la regla sufre un excepción para los establecimientos permanentes. Significa esto que «el Estado de la fuente está excepcionalmente autorizado a gravar los resultados de las actividades que se ejercen en su territorio con cierta intensidad» (XAVIER, A., *op. cit.*, pág. 423).

²²⁷ De acuerdo con el supra citado artículo 7 del Modelo de Convenio de la OCDE (VOGEL, K., *Double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital: with particular reference to German treaty practice*, Kluwer Law International, La Haya, 1997, pág. 399).

En la doble imposición económica, el problema se centra en la tributación, en el Estado de residencia, de los dividendos percibidos de fuente externa, tanto por personas físicas como por sociedades y, en el último supuesto tanto en el ámbito de un grupo de empresas como de participaciones aisladas.²²⁸ Hemos visto que para este tipo de rentas se reconoce la primacía de la competencia tributaria del Estado de residencia.²²⁹ Debido a la sujeción de los beneficios primarios al impuesto sobre sociedades en la fuente, cualquier tributación en el Estado de residencia resultará en doble imposición. Su supresión requiere, pues, que este Estado aplique a los dividendos un mecanismo de atenuación o eliminación de la doble imposición.²³⁰ Hemos visto también, sin embargo, que, en general, los Estados limitan la aplicación de sus mecanismos de integración a las situaciones en las que los beneficiarios de los dividendos son residentes y en las que la sociedad distribidora es residente.²³¹ es decir, de modo discriminatorio por razón de la residencia.

La razón de esta práctica es de carácter financiero y está relacionada con el hecho de que la concepción de dichos sistemas se asienta sobre una lógica de correlación entre los impuestos sobre sociedades y sobre la renta de las personas físicas cuando éstos son recaudados por el mismo país.²³² Sin embargo, al aplicarse estos mecanismos a los dividendos de fuente externa, el Estado de residencia transfiere hacia el Estado de la fuente, bases que le competen gravar según el principio de residencia.²³³ Si entre los dos Estados existen flujos de inversión equivalentes, el hecho no tendrá consecuencias negativas, pero si uno de los Estados es exportador neto y el otro importador neto de capitales, el mismo hecho provocará un desequilibrio en los ingresos fiscales en favor del Estado de la fuente, con relación a la simación que resultaría del sistema clásico de reparto de las bases.²³⁴ En contrapartida, si el Estado de residencia no extiende el mecanismo de atenuación a los dividendos de fuente externa, se produce una restricción al ejercicio de las libertades fundamentales.

²²⁸ CHOWN, J., *Internacional...*, cit., pág. 91; para el problema de la doble imposición económica de dividendos distribuidos entre empresas asociadas, vid. GARCÍA FRIAS, A., *El régimen especial de los grupos de sociedades en el Impuesto sobre Sociedades*, cit., pág. 24.

²²⁹ El artículo 10 del Modelo de Convenio de la OCDE estipula que los dividendos pueden estar sometidos a tributación compartida por ambos Estados, pero la tributación en el Estado de la fuente debe ser limitada a un porcentaje reducido, no debiendo exceder del 15 por 100.

²³⁰ Vid. nota núm. 265, *supra*, y la bibliografía ahí citada.

²³¹ En ambos supuestos estaremos en presencia de una fuente de distorsión fiscal: si se concede un crédito fiscal, por ejemplo, a un inversor residente y no a un no residente, el flujo de capital proveniente del exterior podrá resultar perjudicado; si se concede el mismo crédito fiscal a un inversor residente por los dividendos percibidos de una sociedad doméstica y no a otro inversor residente por los dividendos percibidos de una sociedad no residente, será el flujo de capital hacia el exterior el que podrá resultar perjudicado. En particular sobre la relación entre el sistema de imputación y el principio de neutralidad fiscal, CHOWN, J., *International...*, cit.; y WATTEL, P. J., *Home neutrality*, cit. págs. 159-160.

²³² En un contexto interno, este tipo de mecanismos tiene implícita la idea de que los beneficiarios deben gravarse solamente una vez, y de que la tributación por la sociedad tiene la naturaleza de un anticipo respecto al impuesto que debe ser soportado por el accionista (SANZ GADDA, E., «Aspectos internacionales de la política fiscal (D)», *Impuestos*, núm. 13 (2001), cit., pág. 28).

²³³ XAVIER, A., *op. cit.*, pág. 465; El Modelo de Convenio OCDE (art. 10) reconoce al Estado de la fuente una competencia acumulativa (PIRES, M., *op. cit.*, pág. 623) para gravar los dividendos pero sugiere un límite máximo para esa imposición.

²³⁴ En su modelo de neutralidad en la exportación de capital, MUSGRAVE, P. B., *Interjurisdiccional coordination...*, cit., pág. 210, alude a este problema y sugiere que el mismo se debería solucionar a través de la institución de un tipo común bajo para las rentas interjurisdiccionales.

El problema se plantea tanto si coexisten diversos sistemas, como si hay un sistema común, lo que prueba que no se trata de una cuestión de técnica tributaria, sino de una cuestión de coordinación de las soberanías tributarias ²³⁵, que sólo podrá solucionarse mediante una fórmula que permita al Estado que concede el crédito de impuesto recibir una compensación financiera del Estado de la fuente.

235

En cuanto a la cuestión de las ganancias puestas de manifiesto en operaciones de reestructuración transfronterizas, el dilema consiste en atribuir el poder de gravar dichas ganancias al Estado donde las mismas se han generado o al Estado donde se realicen ²³⁶.

236

Respecto de la deducción de pérdidas transfronterizas, la cuestión se centra en cómo aplicar las reglas de consolidación de beneficios de forma no discriminatoria en razón de la localización de las inversiones, aunque bajo esta aparente simplicidad se esconden en realidad una serie de problemas de difícil solución. Una aplicación indiscriminada de las reglas de consolidación actualmente existentes no parece viable en el momento presente. Recuérdese que el sistema actual se asienta en la tributación autónoma del establecimiento permanente en el Estado de la fuente, y en la renuncia del Estado de residencia, a través de convenio, a la competencia tributaria sobre sus beneficios ²³⁷. Se basa, por otro lado, en la total desconexión tributaria entre la entidad principal y la filial no residente, ambas gravadas por su Estado de residencia respectivo ²³⁸. La aplicación a un grupo multinacional de las reglas de consolidación interna tendría como consecuencia, que las pérdidas se desplazarían hacia el Estado que admitiera la consolidación, pero este Estado no tendría la posibilidad de transferir las pérdidas sufridas por sus residentes hacia las restantes jurisdicciones ²³⁹. Por otra parte, la transferencia de los beneficios hacia el primer Estado, por efecto de una aplicación unitaria de sus reglas de consolidación internas, se traduciría en doble imposición.

El primer problema reside, pues, en que, para poder aplicarse la consolidación internacional, no puede subsistir la tributación autónoma de los establecimientos permanentes en la jurisdicción de la fuente ni de las empresas filiales en su Estado de residencia. La fórmula que naturalmente más se adecua a un sistema de consolidación internacional es la tributación del grupo en el Estado de residencia de la matriz ²⁴⁰, pero ello supone una radical inversión de las reglas de reparto hasta hoy aceptadas. Como alternativa, se podrá optar por un sistema en el que la base consolidada se calcule por las reglas de un solo de los ordenamientos implicados, y en un segundo momento esta base se

235 DOURADO, A. P., *A tributação...*, cit., pág. 51.

236 El artículo 13 del Modelo de Convenio de la OCDE establece como principio general que las plusvalías tributarán exclusivamente en el país de residencia del alienante, pero prevé excepciones a este principio general. Una de estas excepciones se refiere a «las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente que una empresa de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante, incluyendo las ganancias derivadas de la enajenación de dicho establecimiento permanente». Del precepto se extrae, por consiguiente, que para las ganancias manifestadas en virtud de procesos de reestructuración de sociedades, como la fusión, el Convenio establece la regla de tributación en la fuente.

237 XAVIER, A., *op. cit.*, pág. 423; DOURADO, A. P., *A tributação...*, cit., pág. 67.

238 DOURADO, A. P., *A tributação...*, cit., pág. 98.

239 LEHNER, M., *op. cit.*, pág. 14.

240 GARCÍA PRÍAS, A., *El régimen especial de los grupos de sociedades en el Impuesto sobre Sociedades*, cit., pág. 75.

divida entre todas las jurisdicciones competentes para gravar dicha renta ²⁴¹. Pero ello implicará inevitablemente la definición de una fórmula de reparto de la base consolidada entre las distintas jurisdicciones, lo que significa una simple traslación del problema de la base generada internacionalmente, a un momento posterior del proceso de aplicación del gravamen.

El problema de los ajustes de precios de transferencia está íntimamente conectado con el anterior:

Los ajustes de precios de transferencia resultan de la aplicación de mecanismos normativos, a través de los cuales los Estados buscan asegurar que las bases que les corresponden, por aplicación del principio de la territorialidad, no sean desviadas hacia otras jurisdicciones mediante la manipulación de aquellos precios. La propia realidad del fenómeno demuestra la existencia de una dificultad para establecer un nexo económico real entre las bases imponibles y los Estados en los que un grupo ejerce su actividad ²⁴². La eliminación total del problema supondría, pues, un sistema de consolidación internacional.

Vemos, por tanto, que la compatibilización de los sistemas de tributación directa en la UE implica una toma de decisión política en lo que respecta el reparto de las bases entre los países. Si esta decisión se reveló complicada en la fecha del Informe *Neumarck*, cuando la Comunidad Económica Europea estaba formada por seis países con sistemas económicos de estructura similar, esta decisión parece ser más difícil a medida que la UE se extiende a un conjunto cada vez más heterogéneo y numeroso de países.

IV. HACIA UNA NUEVA REGULACIÓN DEL SISTEMA DE REPARTO DE LAS RENTAS INTERNACIONALES

1. Los actos armonizadores aprobados en materia de imposición de beneficios societarios y de capitales.

La Directiva 435/90/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matri- ces y filiales de Estados miembros diferentes ²⁴³ se aplica a los dividendos distribuidos entre socie- dades de un mismo grupo ²⁴⁴. Su objeto fundamental es la doble imposición económica de dividen- dos, pero limitada a los dividendos distribuidos entre sociedades de un grupo.

²⁴¹ Esto es lo que se propone a través de los sistemas del *home state taxation*, de la «base común consolidada» o de la «base armonizada única obligatoria». *Vid.* nota núm. 292.

²⁴² Sobre este problema *vid.*, entre otros, BIRD, R. M. y WILKIE, J. S., *op. cit.*; MUSCARVELI, P. B., *Interjurisdictional coordi- nation...*, *cit.*, pág. 202.

²⁴³ DOCE núm. 225 de 20-8-1990. La «Directiva matrices y filiales» fue adoptada en julio de 1990 y tuvo su origen en una propuesta presentada en 1969. El fundamento invocado fue el artículo 100 del TCE y la necesidad de la directiva se ha jus- tificado con el principio de la neutralidad fiscal y también por el objetivo de eliminar el tratamiento menos favorable apli- cado a las operaciones de reestructuración internacionales (comunitarias) en comparación con las operaciones internas.

²⁴⁴ Sobre el régimen establecido en esta directiva *vid.*, entre otros, FARRIER, P. y LYAL, R., *op. cit.*, págs. 277 y ss.; ESTEVE Pardo, M. L., *El impuesto sobre sociedades en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 72 y ss.; MERRAT, R. H. A., *op. cit.*, págs. 77 y ss.; MANGANELLI, A., *The degree of harmonization attained through the implementation of*

El aspecto principal del régimen establecido consiste, en que el Estado de residencia de la sociedad matriz debe abstenerse de gravar los dividendos percibidos por la sociedad matriz o, como alternativa, gravar dicha sociedad concediéndole un crédito de impuesto correspondiente a la totalidad del valor del impuesto soportado en la fuente. El Estado de la fuente, a su vez, puede gravar los beneficios primarios, pero debe abstenerse de imponer una retención a cuenta sobre los dividendos pagados a una sociedad matriz no residente ²⁴⁵. A través del régimen descrito, se elimina la doble imposición económica sobre esta clase de dividendos, a costa de una renuncia del Estado de residencia a gravar los beneficios primarios obtenidos fuera de su territorio, y de una renuncia del Estado de la fuente a gravar los dividendos (rentas pasivas o secundarias), siempre que una entidad no residente sea la beneficiaria.

Al margen de observarse que, a través los referidos aspectos, en su limitado ámbito de aplicación, la mencionada directiva logra eliminar una fuente de distorsiones relacionadas con la transferencia de beneficios entre sociedades de un mismo grupo, cabe también apreciar la normativa respecto de los principios de reparto de bases internacionales en los que se basa dicho régimen.

El primero de los aspectos mencionados de la regulación, constituye una limitación del principio de tributación de la renta universal de los residentes y, por ende, de la competencia del Estado de residencia. Cuando el Estado de residencia opte por tributar los beneficios obtenidos por su residente en otro Estado el mecanismo de crédito de impuesto garantizará que la renta tributará en el Estado de residencia sólo cuando la tributación sea, ahí, más elevada, y únicamente por la diferencia. Con este mecanismo, los Estados de tributación más elevada lograrán anular la ventaja fiscal que resultaría para sus residentes, al invertir en un Estado con un nivel de tributación inferior.

Por el segundo de los aspectos mencionados, la normativa limita la competencia tributaria del Estado de la fuente a los beneficios primarios, ya que este Estado está imposibilitado a gravar los dividendos pagados a las sociedades no residentes del grupo, operando, así, una restricción al principio de territorialidad.

the Parent-subsidiary Directive in the EC member States, in EC. Proceedings of a seminar held in Florence, Italy, in 1993 during the 47th Congress of the International Fiscal Association, Vol. 18a, Kluwer, Deventer/Boston, 1994; HELMINEN, M., «Dividend equivalent benefits and the concept of profit distribution of the EC Parent-subsidiary Directive», *EC tax Review*, vol. 9, núm. 3 (2000).

²⁴⁵ Han sido señaladas algunas insuficiencias a la directiva que venimos mencionando. La primera es que se aplica sólo entre «empresas asociadas», concepto que se refiere al supuesto de una entidad (de forma societaria u otra) que tiene una participación directa mínima en el capital de otra. Esta participación está fijada por la directiva en 25 por 100 como límite máximo, pudiendo los Estados reducir este porcentaje. Aunque muchos Estados han fijado porcentajes más bajos, un gran número de participaciones minoritarias de capital quedan fuera del ámbito de aplicación de la directiva. Una segunda insuficiencia señalada se refiere a las «situaciones triangulares», en las que un establecimiento permanente posee una participación en una sociedad. El problema se plantea porque los establecimientos permanentes no están, en principio, cubiertos por el ámbito de aplicación de la directiva, por lo que no se aplicaría el respectivo mecanismo de atenuación de la doble imposición. Se denominan también situaciones triangulares aquellas en que una sociedad A posee una participación en una segunda sociedad B y en las que ésta, a su vez, posee una participación en una tercera sociedad C. En estos casos, el problema consiste en saber si la sociedad A puede computar en su crédito fiscal el impuesto pagado por C o si sólo el impuesto soportado por B. Se han producido hasta hoy dos sentencias importantes sobre la aplicación de la Directiva 435/90/CE: la sentencia sobre el caso *Denkavit* (Asunto C-291/94, *Denkavit*, ECR (1996) I-424), en que el Tribunal concluye que la aplicación del régimen de la directiva no exige como condición el transcurso previo del período mínimo de duración de la participación de capital; y la sentencia sobre el caso *Epson Europe Bv* (Asunto C-375/98, *Facenda Pública v. Epson Europe Bv*, ECR (2000) I-424, en que el Tribunal establece el entendimiento de que la prohibición de aplicar retenciones a cuenta sobre los dividendos es extensible a cualquier tipo de gravamen.

Debe advertirse que, en la directiva mencionada, no se regula directamente el problema de la tributación de los beneficios primarios, sino solamente de los dividendos. Pero el régimen descrito supone una aceptación de que el Estado de la fuente, en la práctica, ostenta la primacía en lo que concierne a la tributación de los beneficios primarios. Habida cuenta de que, en el debate anterior a la aprobación de la directiva, se discutió si el coste de la eliminación de la doble imposición debería recaer sobre la jurisdicción de la residencia o debería repartirse dicho coste con el Estado de la fuente, se constata que la cuestión se decide en favor del Estado de la fuente, al establecer que el Estado de residencia es el que debe soportar la totalidad del coste de la eliminación de la doble imposición económica sobre los dividendos.

Si comparamos el régimen de la directiva con la norma que rige sobre el mismo asunto en el Modelo de Convenio de la OCDE (MCOCE), que se puede tomar como referencia de un sistema clásico de tributación internacional, se observa que los dos regímenes son parcialmente coincidentes. En ambos se confiere la primacía a la tributación de los beneficios primarios en la jurisdicción de la fuente. En este aspecto, por tanto, debemos concluir que la normativa europea adoptó el principio clásico, con la diferencia de que la normativa internacional no prevé la eliminación de la doble imposición económica de los dividendos, previendo por el contrario su tributación autónoma en el Estado de residencia.

La Directiva 434/90/CEE²⁴⁶ relativa al régimen fiscal común aplicable a fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones versa el problema de la tributación de ganancias de capital en operaciones de reestructuración transfronterizas. El régimen establecido en la directiva es similar al que existe en muchos ordenamientos nacionales²⁴⁷: los Estados prescinden de gravar las ganancias de capital puestas de manifiesto mediante la operación de reestructuración²⁴⁸ en el momento de su realización, difiriendo la tributación hacia el momento de su realización final por la entidad adquirente del activo²⁴⁹. La normativa no se ocupa directamente de la cuestión del reparto de la competencia tributaria. Su objetivo central es el de eliminar la tributación en el momento de la reestructuración, ya que esta tributación induce una desventaja para las operaciones de reestructuración transfronterizas. Al reparto de la competencia tributaria, la normativa lo deja a las reglas del Derecho internacional aplicables, sin perjuicio de que se despenda del conjunto de sus reglas, el reconocimiento de una competencia para someter a tributación al Estado de la situación de los

²⁴⁶ DOCE núm. L 225 de 20.8.1990. La «Directiva fusiones», adoptada el 23 de julio de 1990, que previene su transposición para los ordenamientos estatales hasta enero de 1992, tuvo como antecedente a una propuesta presentada por la Comisión en 1969. La directiva se ha adoptado con base en el artículo 100 del TCE que, como ya hemos visto, contiene un fundamento genérico para la armonización fiscal aplicable a todos los aspectos de los sistemas fiscales que tengan una «incidencia directa en el establecimiento o en el funcionamiento del mercado común». En el preámbulo, se justifica la necesidad de la medida por el principio de la neutralidad fiscal en la competencia, y su propósito es el de eliminar las desventajas que afectan a las operaciones de reestructuración empresarial transfronterizas en comparación con las operaciones internas.

²⁴⁷ La directiva «Fusiones» es aplicable a cuatro clases de operaciones: fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones. Para que la directiva sea aplicable, es necesario que la operación tenga carácter «comunitario», es decir, que estén implicadas sociedades de más de un Estado miembro. Sobre el régimen que se establece por la directiva *vide*, entre otros: FARMER, P. y LYAL, R., *op. cit.*, págs. 277 y ss.; MURAV, R. H. A., *op. cit.*

²⁴⁸ Artículo 5 de la directiva.

²⁴⁹ De hecho, la operación de reestructuración pone de relieve la existencia de una plusvalía, porque esta plusvalía ya existía en estado latente, en la sociedad trasmitente (VOGEL, K., *Taxation...*, *cit.*, pág. 12). A través de una norma como la referida, el Estado renuncia a gravar la plusvalía en el momento de la operación, pero la grava en el momento en que la misma pueda ser considerada realizada definitivamente, ya sea por la sociedad adquirente —cuando ésta enajene los activos— o por los accionistas —cuando éstos enajenen sus acciones— o en los dos momentos.

activos. Según el MOCODE ²⁵⁰, y en virtud del principio del establecimiento permanente ²⁵¹, la ganancia tributaría en el Estado de situación del activo, es decir, el Estado de la fuente ²⁵². También aquí, por consiguiente, la normativa europea descansa en lo esencial en los mismos principios válidos para la fiscalidad internacional clásica ²⁵³, pero se aparta de aquélla al prohibir la tributación de las ganancias en el momento de la operación de reestructuración.

Sobre el Convenio 436/90/CEE relativo a la supresión de la doble imposición en el caso de corrección de los beneficios de las empresas asociadas ²⁵⁴, aprobado en la misma fecha de los actos anteriores, se resalta que no se trata de un verdadero acto de armonización, ya que su función no es de aproximar aspectos sustantivos de las legislaciones. No es, ni siquiera, un acto comunitario ²⁵⁵, es un tratado internacional, que regula, a la vez, un procedimiento de negociación bilateral voluntaria entre las administraciones tributarias de los Estados implicados respecto a la doble imposición y un procedimiento de arbitraje que tendrá lugar cuando el anterior no produzca resultados ²⁵⁶. Instituye, pues, un mecanismo de coordinación de la fiscalidad internacional entre los Estados miembros de la UE.

²⁵⁰ Artículo 13.

²⁵¹ XAVIER, A., *op. cit.*, pág. 423; DOURADO, A. P., *A tributação...*, *cit.*, pág. 67.

²⁵² XAVIER, A., *op. cit.*, págs. 444-445.

²⁵³ Aunque se reconozca ser esta directiva un importante avance en la resolución de los problemas concernientes a las reestructuraciones societarias transfronterizas, subsisten en este ámbito algunos aspectos no totalmente resueltos (COMISIÓN EUROPEA, *Company Taxation...*, *cit.*, pág. 235). Una primera deficiencia generalmente achacada a la directiva está relacionada con el hecho de que su ámbito subjetivo de aplicación no cubre todas las formas jurídicas de entidades que pueden entrar en operaciones de reestructuración, ni siquiera todas aquellas entidades que son sujetos pasivos de impuesto sobre sociedades según las leyes de cada país. Quedan fuera de su ámbito, concretamente, las sociedades personalistas. Por otra parte, también algunos tipos de operaciones plantean dudas en cuanto a su inclusión en el ámbito de aplicación de la normativa europea, como la transformación de establecimientos permanentes en filiales, cuando situados en un Estado miembro diferente del de la entidad principal; o la fusión o división de una sociedad *holding* de la que no resulta la creación de un establecimiento permanente en el Estado miembro de la empresa implicada; o la transferencia de dinero entre empresas de un mismo grupo. Los requisitos establecidos en las leyes nacionales como condición de aplicación del régimen de la directiva constituyen otro problema, ya que no sólo estos requisitos presentan gran diversidad entre sí, sino que algunos regímenes son bastante más restrictivos que otros: finalmente, algunas situaciones de doble imposición de plusvalías, así como la deducción de pérdidas entre las empresas implicadas, no están totalmente salvaguardadas por la directiva. Subrayamos que lo que acabamos de enumerar son insuficiencias apuntadas respecto al régimen de la directiva y que pueden perjudicar el balance financiero de una operación de reestructuración. No todos los aspectos descritos serán, necesariamente, fuente de distorsión fiscal. Así, por ejemplo, la imposibilidad de deducción de pérdidas de la empresa transferida por parte de la empresa adquiriente (en una fusión) o la necesidad de mantener la titularidad de los activos durante un período mínimo tras la operación de reestructuración, no deben ser consideradas por sí mismas como fuentes de distorsión fiscal. Lo serán solamente cuando el tratamiento fiscal que resulta de dichas normas para una operación de reestructuración internacional sea más gravoso de lo que sería aplicable a una operación interna.

²⁵⁴ DOCE núm. L 225 de 20-8-1990.

²⁵⁵ El primer intento de encontrar una solución de coordinación para el problema de las correcciones unilaterales de los precios de transferencia a nivel europeo data de 1976. En esta fecha se presentó una primera propuesta de directiva orientada a establecer una comisión de arbitraje encargada de resolver las situaciones conflictivas que surjan en esta materia (Propuesta de directiva de 29-11-1976 concerniente a la eliminación de la doble imposición en el caso de corrección de beneficios entre empresas asociadas, JOCE núm. C 301 de 21-12-1997). La razón alegada para el cambio en la forma jurídica para un convenio multilateral, aprobado con base en el artículo 220 del TCE (actual 293) ha sido que en este precepto del Tratado se preveía el establecimiento de negociaciones entre los Estados miembros «a fin de asegurar la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad». El argumento es dudoso, ya que muchas de las distorsiones fiscales que hemos visto existir en el campo de la imposición societaria y de capitales originan una doble imposición. La verdadera razón que se apunta para el cambio es más bien el deseo de los Estados de escapar al control jurisdiccional del TJCE en esta materia (en este sentido ESTEVE PARDO, M. L., *El impuesto...*, *cit.*, pág. 80).

²⁵⁶ Sobre el régimen del Convenio y su aplicación *vid.* GARCÍA PRATS, A. F., *Tributación...*, *cit.*, págs. 252-253.

temas, respecto a un conjunto importante de supuestos. Algunos de ellos no formarán parte de la llamada fiscalidad internacional, sino que se incluirán en el campo de la fiscalidad interna. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la determinación de los beneficios de una empresa parte de un grupo, pero cuya actividad se ejerce de modo totalmente autónomo y con un ámbito territorial limitado a las fronteras de un único Estado. A nuestro juicio, en este caso se estará abandonando el campo de la mera armonización de la fiscalidad internacional, para entrar en el campo de la armonización de la fiscalidad interna.

V. EPÍLOGO

Si la armonización de la fiscalidad directa tiene en el Tratado, como único fundamento jurídico, la necesidad de eliminar los obstáculos colocados por la fiscalidad directa al funcionamiento del mercado común, ello significa que el campo de actuación de la armonización de la fiscalidad directa no es limitado, sino que se ciñe a los aspectos particulares de la imposición que perjudiquen el funcionamiento del mercado común. Para caracterizar la relación que se establece entre fiscalidad directa y mercado común, a los fines referidos de delimitar el campo de actuación del artículo 94 TCE, el principio de neutralidad fiscal no se muestra adecuado. El concepto de neutralidad en la exportación de capitales, por muy explicativo que sea en el campo hacendístico, no posee objetividad suficiente como para servir de criterio jurídico para toda una acción comunitaria, cuando la legitimidad de esta acción depende, en virtud del principio de atribución de competencias, de que se pruebe su necesidad y su adecuación para el perfeccionamiento del mercado común. El concepto operacional para esta delimitación hay que buscarlo en la noción de obstáculo, que es la prevista en el artículo 94 del TCE.

Constatamos, sin embargo, la existencia de diferentes clases de obstáculos, la principal distinción refiriéndose al hecho de un obstáculo estar o no estar asociado con una situación de vulneración de una norma comunitaria con efecto directo. Así es porque el Derecho comunitario realiza, en muchas de sus normas referentes a las libertades de circulación, una jurificación del concepto de obstáculo al funcionamiento del mercado común, a través de los principios de no discriminación y de no restricción. En esas disposiciones se contienen verdaderas normas de conducta, de efecto directo, susceptibles de ser aplicadas por los tribunales a petición de los particulares. Al poseer efecto directo, ellas permiten una acción correctora sobre los ordenamientos estatales que no tiene parangón en ningún otro contexto de organización internacional.

Un dilema fundamental de la fiscalidad internacional europea es cómo conciliar el mantenimiento de un sistema de reparto internacional de bases imponibles, basado en los principios de residencia y de territorialidad, con los principios de no discriminación y de no restricción, teniendo en cuenta la extensión con que dichos principios vienen siendo definidos por el TJCE. Una realización plena de los principios de no discriminación y de no restricción, al colisionar con los principios de territorialidad y de residencia, supone la necesidad de abandonar el actual sistema de fiscalidad internacional en la UE, y de su sustitución por otro sistema, asentado en unas bases totalmente nuevas.

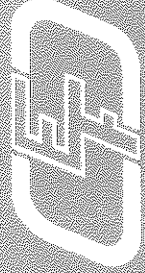
Esto no se ha logrado todavía a través de las medidas armonizadoras vigentes hasta el momento actual. Los actos de armonización aprobados están todos ellos dirigidos a eliminar diversas formas de doble imposición de fuente internacional. Son instrumentos muy próximos a un convenio internacional clásico, no afectando a la fiscalidad puramente interna de los Estados. Pero la compatibilidad del sistema fiscal europeo con las libertades de circulación exige ir más lejos. Ya que dicha compatibilidad constituye un imperativo jurídico, siempre que no se realice a través de una armonización legislativa llevada a cabo por las instituciones comunes, se realizará a través de una integración negativa. Un buen ejemplo de ello se puede observar en los mecanismos de eliminación de la doble imposición económica sobre los beneficios que en algunos Estados miembros, se han visto seriamente afectados por la acción del TJCE, debido a que operaban de modo discriminatorio. En consecuencia, en la mayoría de los ordenamientos se han introducido modificaciones unilaterales que comportaron la supresión de cualquier mecanismo de eliminación de la doble imposición. Otro campo de incompatibilidad está formado por la problemática de la deducción de pérdidas transfronterizas, en el que, sin embargo, todavía no se ha desencadenado un proceso similar de armonización. Mientras no se defina una línea para conciliar, en este tema, los principios de no discriminación y de no restricción con el principio de equidad en el reparto de las bases imponibles, no se habrá definido el rumbo de la tributación de las sociedades y de los capitales en la UE.

BIBLIOGRAFÍA

Además de la bibliografía referenciada en las notas a pie de página, la autora ha consultado:

- APARICIO PÉREZ, A., ÁLVAREZ GARCÍA, S. y ARIZAGA JUNQUERA, M. C. [2000]. *La fiscalidad en la Unión Europea*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. [2001], «La armonización jurisprudencial de la imposición directa: las implicaciones fiscales del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad», en CORDÓN EZQUERRO (dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, págs. 657-751.
- CASADO OLLERO, G. [1983], *Fundamento jurídico y límites de la armonización fiscal en el Tratado CEE*, Civitas REDF, 38, págs. 197-233.
- CHOWN, J. [1992], «Comentario al Informe Ruding», *Hacienda Pública Española, Monografías*, 2, págs. 259-267.
- CNOSSEN, S. y BOVENBERG, A. L. [1992], *A better alternative*, in BOVENBERG, CNOSSEN, VANISTENDAELE y WESTENBURGEN, Harmonization of company taxation in the European Community: some comments on the Ruding Committee Report, Kluwer, Deventer, págs. 33-46.

- CORONA RAMÓN, J. F. y VALERA, F. [1989], *La armonización fiscal en la Comunidad Europea*, Editorial Ariel, Barcelona.
- FARMER, P. y LYAL, R. [1994], *EC Tax Law*, Clarendon Press, Oxford.
- GARCÍA FRIAS, A. [1996], «La necesaria armonización de la tributación de las personas físicas no residentes a la luz de la jurisprudencia del TJCE», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, núm. 242 (separata), págs. 1019-1047.
- HEIMINEN, M. [2000], «Dividend equivalent benefits and the concept of profit distribution of the EC Parent-subsidiary Directive», *EC tax Review*, Vol. 9, núm. 3, págs. 161-171.
- KRAUSS, M. [1971], *The «tax harmonization problem» in free trade areas and common markets*. The Manchester School, 2, págs. 71-82.
- PLASSCHAERT, S. [2002], *The EU Consolidated Income Tax revisited*, paper núm. 670 (1), CESifo, Munique.
- VANSTENDAEL, F. [1992], «Comments on the Rüding Committee Report», *EC Tax Review*, 1, págs. 3-13.
- [1993], «Some Basic Problems on the Road to Tax Harmonization», *European Taxation*, pág. 22-24.
 - [2000], «Fiscal Support measures and harmful tax competitions», *EC Tax Review*, 3, págs. 152-161.
 - [2000], «Tax revolution in Europe: the impact of non-discrimination», *European Taxation*, vol. 40, núm. 1/2, págs. 3-7.

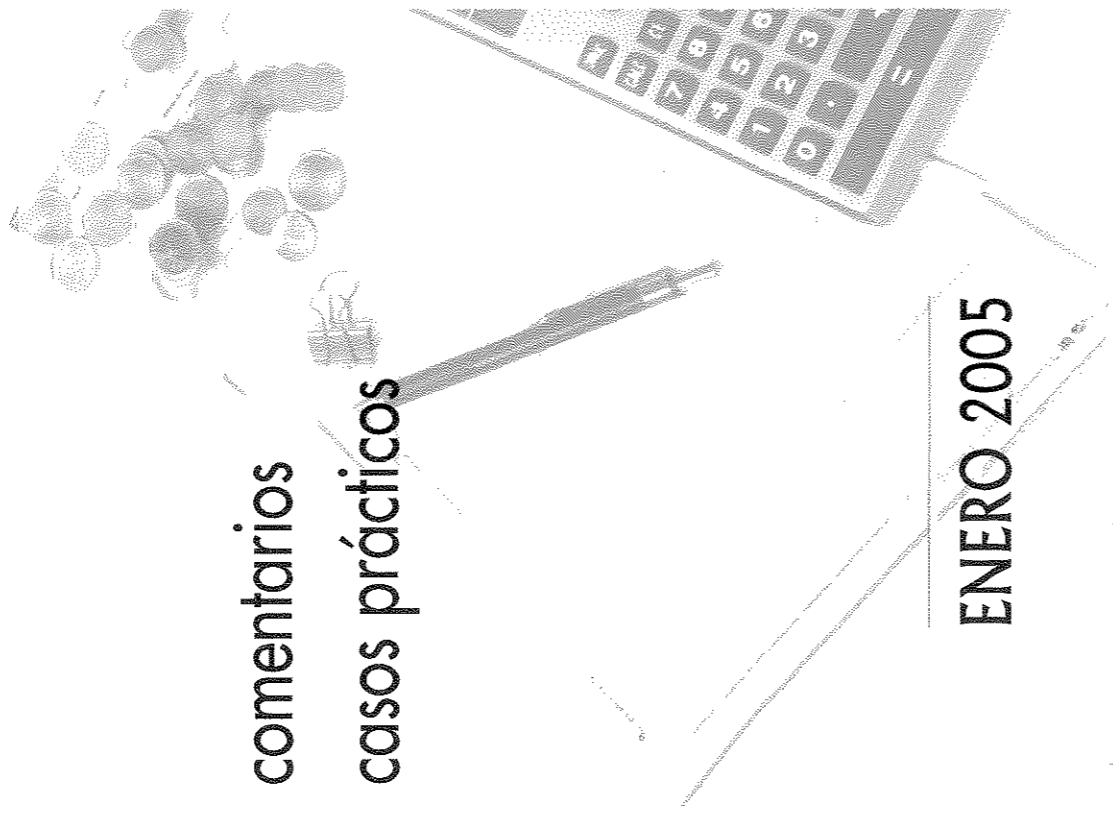


ESTUDIOS FINANCIEROS

REVISTA MENSUAL NÚM. 262

CONTABILIDAD y TRIBUTACIÓN

- comentarios
- casos prácticos



ENERO 2005

MAESTR EN **30.º promoción**
Dirección
Económico-Financiera

Dirigido a
 Preferentemente a Licenciados y Diplomados en ADE y Ciencias Empresariales. También pueden acceder al Máster otros profesionales que, sin poseer la titulación anterior, acrediten tener formación contable.

www.cefes.com

PROGRAMA	Carpets	Horas
ÁREA CONTABLE	5/11	102
Interpretación y Análisis de Estados Financieros (1) 28 carp. y 48 h; Costes para la Toma de Decisiones (2 carp. y 24 h; Control de Gestión (1 carp. y 30 h).		
ÁREA FINANCIERA	7	159
Relaciones de la Empresa con la Banca (1 carp. y 15 h); Entorno financiero (regulación y funcionamiento) (1 carp. y 15 h); Gestión Financiera de la Empresa (2 carp. y 60 h); Gestión de Tesorería (1 carp. y 2 h); Análisis de Inversiones (1 carp. y 27 h); Finanzas del Comercio Exterior (1 carp. y 27 h).		
ÁREA JURÍDICO-FISCAL	5	75
Práctica Societaria (1 carp. y 15 h); Impuestos (Ocho: IIR, IIR, IVA, Sociedades y Obligaciones Fiscales y Contables) (4 carp. y 60 h).		
ÁREA VARIOS	1	84
Habilidades: Directivos (regulación, hablar en público, trabajo en equipo, organización de reuniones) (9) (1 carp. y 30 h); Casos Prácticos (54 h) (9).		
TOTAL ÁREAS	18/24	420

- (1) Los alumnos de distancia reciben 6 carpetas de documentación de Contabilidad General y de Societables. A los alumnos de clase presencial se les prescriben los conocimientos de estas materias.
- (2) El Seminario de «Trabajo en equipo» se realizará bajo la metodología *outdoor* en un día completo de trabajo (de 9 a 21 h). Su asistencia será voluntaria.
- (3) En este módulo se realizan casos prácticos de gestión financiera así como un juego de simulación empresarial en el que se trabaja en equipo. Asimismo, puede incluir ponencias sobre involucrados en el ámbito financiero.

HONORARIOS	Euros
CLASES PRESENCIALES	4.680
CLASES A DISTANCIA	2.340

PAGO FRACCIONADO:
 Inscripción (14% del total) y 10 mensualidades (9% del total)

OBJETIVOS

Adquirir un elevado nivel de conocimientos tanto a nivel teórico como práctico, que permitan al profesional gestionar las actividades financiero-contables de la empresa y diseñar la planificación de estrategias financieras, la supervisión de la áreas de Contabilidad y Control de Gestión y Tesorería, así como la repercusión del sistema fiscal en la planificación y estrategia de la empresa.

Combina las materias necesarias para un profesional de las finanzas con el desarrollo de habilidades imprescindibles en cualquier directivo, a través de la realización de ejercicios prácticos que acerquen los contenidos teóricos necesarios en todo tipo de formación a la realidad de las empresas.

SISTEMAS DE ENSEÑANZA

El sistema de CLASES PRESENCIALES es continuo y por áreas. El carácter práctico del Máster se refleja en el análisis de una serie de casos elaborados y coordinados por altos directivos de empresas expertos en financiación, tesorería, planificación estratégica y otras áreas, cuya finalidad es fomentar el trabajo en equipo, el acercamiento a situaciones reales de empresa y hallar las interrelaciones entre las diversas áreas del Máster. El desarrollo de habilidades directivas constituye también un aspecto abordado en el Máster. A la finalización del mismo se deberá desarrollar un trabajo final, consistente en la creación de un proyecto empresarial.

calendario y horarios

Tenemos distintas fechas de inicio y diferentes horarios, según se trate del Centro de Barcelona, Madrid o Valencia.

CLASES A DISTANCIA

Es un sistema de preparación muy recomendable para las personas que tengan dificultades en asistir a clases directas. La duración normal es de 12 meses, concediéndose a los alumnos un periodo de 6 meses de prórroga para su finalización.

MATERIAL DIDÁCTICO

Todo el material didáctico es actualizable, de tal manera que nuestros alumnos podrán tener siempre las mejores herramientas en su despacho. Les facilitamos el siguiente material:

- *Unidades didácticas*. 18 carpetas de hojas intercambiables a los alumnos de presencia y 24 carpetas a los alumnos de distancia.
- *Leyes Tributarias*. Principales normas fiscales que se actualizan bimestralmente. Se entregan en hojas intercambiables.
- *Plan General de Contabilidad*, junto con un apéndice de otras normas contables.
- *Normativa Fiscal*. DVD, que recoge la totalidad de la legislación, la jurisprudencia, las consultas, etc. Actualización bimestral.
- *Revista de «Contabilidad y Tributación»*. Durante el desarrollo del Máster nuestros alumnos recibirán mensualmente esta Revista editada por el CEF.