



**VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**La armonización de la tributación de los beneficios societarios en la  
Unión Europea. Principios fundamentales**

Nina Aguiar

2003

Tesina elaborada y leída públicamente para obtención del Grado de Salamanca.

Dirección: Profesora Doctora María de los Ángeles García Frías

## ÍNDICE

<b>INDICE</b> .....	<b>1</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>6</b>
<b>I CAPÍTULO: Conceptos jurídicos fundamentales del tema de la armonización fiscal en la UE</b> .....	<b>15</b>
1. Armonización y convergencia legislativa espontánea.....	15
2. Fundamento jurídico y carácter instrumental .....	18
3. Significado del término armonización – Grados de convergencia legislativa ..	23
4. Principios de la armonización de la fiscalidad directa.....	36
4.1. Importancia de los principios .....	36
4.2. Principios generales del derecho comunitario con incidencia en el campo tributario .....	37
4.2.1. Economía de mercado y libre competencia .....	38
4.2.2. No discriminación .....	38
4.2.3. Competencias de atribución, subsidiariedad, proporcionalidad en la acción y mínima armonización .....	41
4.3. Principios específicos de la armonización fiscal.....	48
4.3.1. Equidad internacional .....	48
4.3.2. Neutralidad fiscal.....	49
4.3.3. Coherencia de los sistemas tributarios.....	49
<b>II CAPÍTULO: LA RELACIÓN ENTRE LA TRIBUTACIÓN DE LOS BENEFICIOS SOCIETARIOS Y DE LOS CAPITALES Y EL MERCADO COMÚN</b> .....	<b>52</b>
1. Relación entre el sistema fiscal y el mercado común.....	52
1.1. La noción de distorsión fiscal .....	52
1.2. La noción de neutralidad.....	56
2. La imposición no armonizada de sociedades y capitales como fuente de distorsión del funcionamiento del mercado común .....	71
2.1. Precisiones terminológicas: distorsiones, discriminaciones, restricciones al ejercicio de las libertades fundamentales, diversidad legislativa. ....	71

2.1.1.	Enunciado de la cuestión terminológica .....	71
2.1.2.	Discriminaciones por razón de la nacionalidad .....	74
2.1.3.	Restricciones prohibidas.....	77
2.1.4.	Disparidad o diversidad legislativa .....	83
2.2.	Las principales fuentes de distorsión fiscal resultantes de la tributación de sociedades y capitales – una revisión crítica .....	85
2.2.1.	Diferencias en el tipo efectivo de gravamen: el problema de la competencia fiscal .....	85
2.2.2.	Doble imposición .....	93
2.2.3.	Doble imposición internacional .....	96
2.2.4.	El problema de los dividendos .....	103
2.2.5.	Deducción de pérdidas transfronterizas .....	116
2.2.6.	Ajuste de precios de transferencia.....	128
2.2.7.	El problema de la imposición anticipada de plusvalías puestas de manifiesto en las operaciones de reestructuración empresarial.....	134
2.2.8.	“Desimposición” de ciertas rentas .....	137
2.2.9.	Opacidad del sistema.....	140
2.3.	Grupos de distorsiones fiscales.....	141
2.3.1.	Planteamiento general .....	141
2.3.2.	Diferencias en el nivel efectivo de tributación .....	142
2.3.3.	Problemas de encaje entre los ordenamientos estatales .....	144
2.3.4.	Problemas relacionados con la complejidad del sistema fiscal resultante de la diversidad normativa entre los sistemas nacionales. ....	146
<b>III CAPÍTULO: Una perspectiva evolutiva del proceso de armonización de la tributación directa en la UE .....</b>		<b>154</b>
1.	Fórmulas parciales, fórmulas globales y soluciones integrados .....	154
2.	Evolución de las concepciones teóricas .....	159
2.1.	El Informe Neumark .....	160
2.2.	El Informe Ruding .....	164
2.3.	El Informe de octubre de 2001.....	167

<b>3. Los actos armonizadores aprobados en materia de imposición de beneficios societarios y de capitales – su significado para la configuración de un futuro sistema europeo .....</b>	<b>169</b>
<b>3.1. La Directiva 434/90/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones .....</b>	<b>170</b>
<b>3.2. La Directiva 435/90/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.....</b>	<b>172</b>
<b>3.3. 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 .....</b>	<b>174</b>
<b>3.4. El “Paquete fiscal para hacer frente a la competencia fiscal perjudicial” ..</b>	<b>174</b>
<b>3.5. El Código de conducta sobre fiscalidad de las empresas.....</b>	<b>175</b>
<b>3.6. Régimen armonizado de la tributación de las rentas del ahorro.....</b>	<b>176</b>
<b>3.7. Régimen fiscal relativo a los pagos de intereses y cánones entre empresas asociadas .....</b>	<b>177</b>
<b>4. El modelo de tributación internacional de beneficios y capitales de la UE....</b>	<b>178</b>
<b>4.1. Los principios fundamentales .....</b>	<b>178</b>
<b>4.2. Un modelo de neutralidad en la importación de capitales .....</b>	<b>180</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>184</b>

## ABREVIATURAS

DOCE – Diario Oficial de la Comunidad Europea

ECOFIN – Consejo Europeo de Ministros de Hacienda y Economía

ECR – European Court Recueil

IRPF – Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

LIS – Ley del Impuesto de Sociedades (Ley 43/95, de 27 diciembre)

OCDE – Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

TCE – Tratado de la Comunidad Europea, o Tratado de Roma

TJCE – Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

TUE – Tratado de la Unión Europea

UEM – Unión Económica y Monetaria

MCOCDE – Modelo de Convenio de la OCDE sobre doble imposición en materia de tributación de la renta

CE – Comunidades Europeas

CEE – Comunidad Económica Europea

## INTRODUCCIÓN

La armonización del impuesto sobre sociedades en el seno de la Unión Europea constituye, en el momento actual, una cuestión abierta. Cuarenta y cinco años después de la formación de la Comunidad Económica Europea, la imposición de las sociedades y de los capitales continúa siendo un área de la fiscalidad casi libre del proceso de armonización legislativa a nivel europeo. Las únicas excepciones en este panorama son, hasta el momento, la Directiva 434/90/CEE del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros<sup>1</sup>, la Directiva 435/90/CEE del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes<sup>2</sup> y 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<sup>3</sup>. Más significativo que el número, es el hecho de que en estos actos se regulan fundamentalmente aspectos de la fiscalidad internacional en el contexto europeo, es decir, los avances que hasta este momento se han realizado afectan solamente a aspectos de convivencia entre los numerosos ordenamientos fiscales nacionales, sin producir efectos sobre la fiscalidad interna de los Estados.

Por otro lado, es cierto que alguna aproximación espontánea ha tenido lugar, en cuanto a los aspectos estructurales del impuesto de sociedades, como la existencia generalizada de un impuesto de sociedades o del beneficio contable o la contabilidad financiera como punto de partida para cuantificación de la base, etc. – los estudios

---

<sup>1</sup> DOCE n.º L 225 de 20.8.1990.

<sup>2</sup> DOCE n.º L 225 de 20.8.1990.

<sup>3</sup> DOCE n.º L 225 de 20.8.1990. Además de los actos indicados habría que mencionar la Directiva 799/77/CEE, relativa a asistencia mutua entre autoridades competentes en materia de impuestos directos e indirectos (DOCE n.º L 336, 27.12.1977), que, como su título sugiere, no es una norma específica de la tributación directa.

comparados más recientes llevados a cabo en esta materia muestran que las divergencias siguen siendo numerosas, profundas y de gran relevancia práctica<sup>4</sup>.

Esta casi ausencia de medidas de armonización legislativa no sería un problema si en su origen estuviera la convicción por parte de las instancias comunitarias de que una armonización tal es prescindible para el funcionamiento del mercado común. Pero, en contra de esta hipótesis, se debe señalar que a lo largo de los cuarenta y cinco años pasados no sólo la Comisión de la UE, con su papel de principal motor del proceso legislativo, ha llevado a cabo una incansable labor de elaboración y presentación de propuestas de medidas armonizadoras, en su gran mayoría sin éxito, sino que también el propio Consejo ha reconocido, en diversas ocasiones desde los orígenes de la CE y, reconocido la necesidad de considerar la relación entre la imposición de sociedades y capitales y el mercado común<sup>5</sup> en el ámbito de una política fiscal. Hecho este que indica por si solo la existencia de algún grado de disfunción entre el proceso político y el legislativo al nivel de las instancias europeas en la materia que nos proponemos tratar.

Esta escasez de resultados se puede explicar totalmente por el hecho de que los Estados miembros han ejercido, a lo largo de las cuatro décadas pasadas, una fuerte resistencia a avances más significativos. El deseo de defender la integridad de su soberanía en un tema de gran sensibilidad para la política económica y social interna de los Estados, aliada a la regla de unanimidad que rige en materia tributaria, ha imposibilitado la realización de avances más profundos en el camino de la armonización de la fiscalidad directa.

La cuestión que de inmediato se plantea es saber si este estado de cosas se deberá mantener o si, por el contrario, existen factores objetivos que permiten prever

---

<sup>4</sup> **COMISIÓN EUROPEA**, *Company Taxation in the Internal Market*, COM (2001) 582 final, Bruselas, 2001, pp. 39 y siguientes.

<sup>5</sup> La iniciativa de realizar un primer estudio sobre las implicaciones del impuesto de sociedades sobre la realización del mercado común ha partido del Consejo, en 1960 (sobre este punto, ver **ANDEL, N.**, *Determination of company profits*, en CNOSEN (ed.), *Tax coordination in the European Community*, Deventer, Kluwer, 1986, p. 288.

un cambio. Sobre este punto no podemos precipitarnos. Cuando, en 1990, se aprobaron los actos legislativos que se han mencionado, de hecho existió la creencia de que se estaría en un momento de viraje. La verdad es que desde entonces hasta este momento no se ha aprobado ningún acto legislativo más. Dos años más tarde, en 1992, se introducía por el Tratado de la UE la consagración expresa del principio de subsidiariedad, que ha tenido un papel importante en la paralización que se siguió. Ello no debe tampoco, sin embargo, disuadirnos de registrar los factores de cambio que objetivamente se están produciendo. Estos factores son, en nuestra opinión, básicamente tres. El primero es que el grado de integración económica es hoy más intenso, y ello origina que un número creciente de empresas sientan las dificultades de expandir sus actividades en un mercado donde tienen que gestionar quince (veinticinco en breve) sistemas fiscales diferentes. El segundo factor es que la jurisprudencia del TJCE en los últimos años ha afectado y sigue afectando los ordenamientos fiscales nacionales de forma contundente, hasta tal punto que los países sienten hoy necesidad de adaptar sus sistemas para volverlos más compatibles con el ordenamiento comunitario. Y el tercer factor es que la Comisión ha cambiado su modo de actuar, en el sentido de implicar al Consejo en las negociaciones de los proyectos de directivas, lo que no ocurrió hasta mediados de la década de los 90. Siendo estos hechos una realidad, que apunta en un sentido de una mayor presión sobre la armonización de la fiscalidad directa, no creemos que sean suficientes para permitir realizar previsiones, en un campo que se ha revelado tan imprevisible en el pasado.

Sin embargo, no creemos que realizar previsiones sea lo más relevante en el estudio de la problemática de la armonización fiscal en Europa. Está en curso, en este momento, un proceso de armonización de la fiscalidad directa en el seno de la UE. Lo que significa que en la actualidad se están presentando y discutiendo propuestas que podrán en breve plazo tener reflejo en los ordenamientos estatales.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sigue su labor de integración negativa, con reflejos importantísimos en los ordenamientos estatales. La relevancia de los efectos ya producidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo ha sido ya bastante visible. Uno de los efectos más evidentes ha sido el abandono

mayoritario del sistema de imputación como técnica para evitar la doble imposición. Pero en varios otros aspectos se suscita la necesidad de ajustar los sistemas normativos a la jurisprudencia del Tribunal. El problema adquiere una dimensión incrementada si consideramos que los casos que hasta la actualidad han sido llevados ante TCE representan una pequeña parte de las situaciones de discriminación y restricción no justificada existentes en los ordenamientos de los Estados europeos, ya que un estudio llevado a cabo en 1998 ha demostrado que en todos los ordenamientos europeos existe una extensa lista de supuestos de discriminaciones y restricciones no justificadas<sup>6</sup>.

Es sabido que la acción del Tribunal sobre los sistemas de tributación directa tiene sobretodo dos vectores: el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, que el Tribunal ha extendido a la residencia, y el libre ejercicio de las libertades de circulación. Como señala VANISTENDAEL<sup>7</sup>, los sistemas nacionales de imposición directa de los Estados miembros siguen teniendo como regla fundamental la distinción entre residentes y no residentes. Esta regla es una pieza fundamental del sistema de repartición interjurisdiccional de las bases en un contexto clásico, en que la soberanía fiscal suele ejercerse con base en los elementos de conexión residencia y fuente. En principio, la soberanía fiscal puede ser ejercida sobre todos los residentes de un Estado, con independencia del lugar donde estos reciban sus rentas, y sobre las rentas obtenidas en el respectivo territorio, con independencia de quien las obtenga. Simplemente, un sistema así concebido no se ajusta a un principio de no discriminación con la amplitud con que dicho principio está consagrado en el Tratado CE, o con la prohibición de todas restricciones al ejercicio de las libertades de circulación en el mercado común.

---

<sup>6</sup> Los resultados de este estudio se han publicado en *European Taxation*, vol. 40, num. 1/2 (2000).

<sup>7</sup> VANISTENDAEL, F., *Tax revolution in Europe: the impact of non-discrimination*, *European Taxation*, vol. 40, no. 1/2 (2000), p.4.

Se trata además de una incoherencia fundamental, que no puede subsanarse sin una modificación profunda del sistema, ya que, como señala WATEL<sup>8</sup>, puede encontrarse una incompatibilidad entre el mismo principio de residencia, según el cual al Estado de residencia le compete gravar al contribuyente residente con arreglo a su capacidad económica mundial y teniendo en cuenta sus circunstancias personales y familiares, y las libertades de circulación, en caso de trabajadores. Creemos que un planteamiento similar sería válido para otras libertades, como la de establecimiento o de circulación de capitales.

La incompatibilidad del actual sistema con el derecho comunitario crea una tensión sobre los ordenamientos estatales que no es sostenible. No cabe duda, por tanto, que los sistemas de imposición directa de la UE evolucionan en una dirección común. Lo que no se conoce con claridad es el sentido de esta evolución.

La incertidumbre se refuerza en virtud de las características singulares del proceso de integración europea. Es cierto que el movimiento generalizado de globalización en la actualidad plantea problemas a la fiscalidad internacional. Pero el contexto del mercado común europeo presenta un conjunto de características específicas que lo configuran como un caso *sui generis* de coordinación fiscal internacional<sup>9</sup>.

Desde luego, la integración económica en la UE no es una simple consecuencia del fenómeno general de globalización, sino que resulta del imperativo jurídico de realización de un mercado común, establecido en el Tratado CE. De aquí se desprende una importante diferencia para la coordinación fiscal en el seno de la UE, con relación

---

<sup>8</sup> **WATTEL, P. J.**, *Progressive taxation of non-residents and intra-EC allocation of personal tax allowances: why Schumacker, Asscher, Gilly and Gschwind do not suffice*, European Taxation, Vol. 40, num.6 (2000), p. 214.

<sup>9</sup> Para algunos autores, como **SANZ GADEA, E.**, (*Aspectos internacionales de la política fiscal (I)*, Impuestos, num. 13 (2001)), los problemas de que se habla emergen del fenómeno de la globalización. No tenemos dudas de que los problemas de repartición de las bases se tornan cada vez más candentes a nivel internacional, como consecuencia del fenómeno de la globalización de los mercados y de las empresas. Pero no estamos de acuerdo con este autor en reducir la raíz de la problemática de la coordinación fiscal en la UE al fenómeno de la globalización, por las razones que exponemos.

a lo que se verifica en la fiscalidad internacional clásica. Esta diferencia es que los Estados están obligados a utilizar sus sistemas fiscales como instrumento de realización del mercado común. Los Estados no sólo se enfrentan, a causa de la integración económica, a los problemas ya típicos de la elusión fiscal y de la fuga de las bases, que se plantean en las relaciones fiscales internacionales en general, sino que están obligados, para la resolución de estos problemas, a eliminar los obstáculos existentes al avance del propio proceso de integración. En este marco hay que entender, por ejemplo, el amplio alcance del principio de no discriminación en el ordenamiento fiscal comunitario, o de la prohibición de restricciones no justificadas al ejercicio de las libertades de circulación. Las limitaciones que estos principios suponen para la libertad de actuación de los Estados en la defensa de su recaudación, no tienen paralelo en ningún otro contexto de fiscalidad internacional.

Por otro lado, tampoco se benefician los Estados europeos de las ventajas – desde el punto de vista de la coordinación fiscal – de un sistema federal. La regla de la unanimidad en la votación de materias fiscales es desde luego una importante diferencia, a la cual se asocia el deseo de los Estados de mantener su soberanía tributaria lo más íntegra posible. Otro factor de dificultad es la ausencia de un nivel tributario supraestatal. Además de esto, algunos aspectos económicos, como tipos efectivos de gravamen bastante elevados (al nivel estatal) y diferencias significativas de nivel de fiscalidad entre las numerosas jurisdicciones, son factores que contribuyen a incrementar los efectos distorsionadores de los sistemas fiscales no coordinados<sup>10</sup>. En términos de coordinación fiscal, la UE está por tanto pisando un terreno inexplorado, equidistante de un sistema internacional clásico y de un sistema federal.

Hay diversas formas de abordar el tema objeto de este estudio. Durante mucho tiempo la mayor parte de los trabajos que se han realizado en esta área han sido de carácter económico. En ellos, se analiza la incidencia de las normas fiscales en factores económicos como la eficiencia, el empleo, o la inversión. De carácter fundamentalmente económico es también la mayor parte de los estudios que

---

<sup>10</sup> **MUSGRAVE, P.B.**, *Interjurisdictional coordination of taxes on capital income*, en CNOSEN, S., (ed.), *Tax coordination in the European Community*, Deventer, Kluwer, 1986, p. 197.

presentan fórmulas de armonización globales o parciales, concebidas en función de criterios también económicos, como la neutralidad fiscal o la forma de establecer una conexión real entre las bases y las jurisdicciones. Durante mucho tiempo, los estudios de carácter jurídico se han limitado a la construcción de los principios fundamentales en la armonización tributaria y al análisis descriptivo del proceso histórico de armonización. Recientemente, la disciplina jurídica ha empezado a ocuparse a fondo de la jurisprudencia del TJCE en materia de fiscalidad directa, donde de hecho se encuentra un campo muy rico de estudio y donde se han ya producido importantes avances.

En este estudio nos proponemos, por el contrario, una reflexión sobre los principios informadores del sistema de tributación directa que está en formación en el contexto de las relaciones entre los países de la UE. Para ello, hemos considerado necesario empezar, en el capítulo I, por aclarar los conceptos jurídicos fundamentales de la armonización fiscal. Lo hemos hecho, en primer lugar, por una razón epistemológica, que es la de identificar y separar los conceptos jurídicos de aquellos que son propios de la ciencia económica, en un área en la que unos y otros se confunden frecuentemente.

La segunda razón de nuestra opción, de estudiar los principios jurídicos fundamentales del tema de la armonización fiscal, reside en la importancia estructuradora de estos conceptos. En la función armonizadora concurren dos grandes clases de condicionantes. Una, formada por los principios generales establecidos en el Tratado en materia de armonización – que fijan el fundamento, el contenido y los límites de la armonización – otra, formada por el propio objeto de distorsión – los sistemas fiscales existentes con su diversidad y sus distorsiones. Al estudiar los conceptos fundamentales, pues, no hacemos más que identificar factores jurídicos que condicionan la actividad armonizadora, es decir, que son estructuradores para el sistema fiscal futuro de la UE.

En contraste con la importancia de los fundamentos jurídicos de la armonización fiscal, hemos encontrado una elaboración doctrinal escasa en algunos puntos de este tema. En particular, hemos intentado aclarar si y en que medida, bajo

los términos “armonización”, “aproximación de legislaciones” o “coordinación”, existe un abanico de posibilidades de actuación sobre el sistema fiscal de los Estados. En este punto, nuestro objetivo ha sido el de construir una tipología de grados de aproximación legislativa en materia fiscal, partiendo para ello de la observación de las soluciones reales e intentando establecer algunas relaciones con los objetivos de política fiscal.

Todavía en el campo de los conceptos jurídicos fundamentales, hemos considerado útil, y no sólo por una razón sistemática, discutir otros dos puntos: el fundamento jurídico de la armonización de la tributación directa y los principios jurídicos fundamentales. El primero porque, aunque abundantemente tratado por la doctrina, sobre él existen posiciones doctrinales discordantes, lo que hemos considerado como razón suficiente para llevarnos a adoptar una posición. El segundo, los principios fundamentales, porque entendemos que, por su importancia, es un tema de inclusión obligatoria en un estudio sobre armonización fiscal, y además en este aspecto, encontramos con frecuencia una superposición de principios jurídicos y económicos.

En el segundo capítulo, hemos tratado la cuestión de la relación entre imposición de sociedades y de capitales y mercado común. A través de esta relación, se llega a identificar al segundo condicionante *supra* mencionado: los aspectos de los ordenamientos tributarios que han de ser corregidos mediante actos armonizadores, es decir, el ámbito material de la armonización.

Esta parte de nuestro estudio se asienta necesariamente en un análisis de los sistemas fiscales y en una caracterización del modo en como determinados aspectos de estos sistemas fiscales influyen en el funcionamiento del mercado común. A través de este análisis, se llegan a identificar los obstáculos colocados por la tributación de sociedades y de capitales al buen funcionamiento del mercado común y, más tarde, de los elementos a modificar.

Antes, sin embargo, hemos juzgado necesario solucionar una cuestión previa, también conceptual, que es la elección del criterio para permitirnos evaluar la relación relevante entre cada aspecto determinado de los sistemas fiscales y el funcionamiento

del mercado común. Para este fin, los estudios sobre el tema han utilizado frecuentemente el concepto de neutralidad y, con alguna menor frecuencia, el de distorsión fiscal. Aunque los dos conceptos sean bastante próximos, no son coincidentes y la utilización de uno u otro conduce a resultados diferentes. La elección de uno de estos criterios es, además, lo que nos permite realizar una revisión crítica y no meramente descriptiva de los obstáculos fiscales relacionados con la tributación directa. Hemos, pues, optado por dedicar a la elección de un de estos dos conceptos una gran parte del segundo capítulo.

Identificados los condicionantes de las dos clases mencionadas de armonización de la tributación directa, resulta lógico abordar las soluciones dadas por la armonización a los obstáculos descritos. Por este motivo, en el capítulo III analizamos los actos de armonización ya aprobados, a luz de los condicionantes anteriormente identificados, intentando extraer de ellos algunas líneas directrices para el contenido de una política de armonización futura.

La última parte de nuestro estudio es la dedicada naturalmente a la elaboración de las conclusiones a las que hemos llegado a través del mismo.

## I CAPÍTULO: Conceptos jurídicos fundamentales del tema de la armonización fiscal en la UE

### 1. Armonización y convergencia legislativa espontánea

En la extensa literatura existente sobre el tema de la armonización legislativa fiscal en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, aparece la utilización del término armonización en dos acepciones que es útil delimitar desde un primer momento. La mayor parte de la doctrina se acerca al concepto de armonización legislativa en su acepción de actividad o acción, una actividad propia de las instituciones europeas y que estas desarrollan en el ámbito de las competencias que le son atribuidas por los tratados europeos<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> En este sentido se pueden ver, entre otros: **ALBI IBAÑEZ, E. y RUBIO GUERRERO, J.**, *Balance y perspectivas de la armonización fiscal en la CEE*, en IGLESIAS SUAREZ, A., (dir. y coord.), *La armonización fiscal en los años noventa*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-la-Mancha, Albacete, 1991, p. 13, que definen armonización como “aquel proceso de acercamiento de los sistemas fiscales nacionales para corregir las distorsiones de naturaleza tributaria...”; **APARICIO PÉREZ, A., ÁLVAREZ GARCÍA, S. y ARIZAGA JUNQUERA, M. C.**, definen armonización fiscal como “aquel procedimiento que va dirigido hacia el establecimiento de un determinado modelo fiscal...” (*La fiscalidad en la Unión Europea*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2000, p. 35); **BOUZA VIDAL**, para quien armonización significa “limar disparidades entre las legislaciones internas a fin de que sean susceptibles de realizar un objetivo común” (*Modalidades de unificación y armonización de legislaciones en la CEE*, en *Iniciación al estudio del Derecho Comunitario Europeo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1984, p.161); para **CALLE SAIZ, R.**, armonización fiscal es “un proceso dinámico de aproximación progresiva de los sistemas fiscales, con la finalidad de suprimir aquellas distorsiones capaces de impedir la realización de un mercado común” (*La armonización fiscal europea: un balance actual*, Editorial AC, Madrid, 1990, p.10); **CAYÓN GALIARDO, A., FALCÓN Y TELLA, R., DE LA HUCHA CELADOR, F.**, consideran que el término armonización se refiere a una actividad o una potestad orientada a determinados fines (*La armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea y el sistema tributario español: incidencia y convergencia*, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990, p.8-9); **LAGARES CALVO**, para quien armonización fiscal es el “proceso de ajuste de los diversos sistemas tributarios nacionales para adaptarse a los fines u objetivos económicos comunes” (*La armonización del impuesto sobre sociedades en la Comunidad Económica Europea*, Hacienda Pública Española, nº 6/7 (1970), pp. 157-193, p. 158); **MATA SIERRA, M. T.**, que define armonización fiscal como “el proceso de aproximación que con carácter progresivo e irreversible es

Debido a que su finalidad es armonizar la legislación tributaria de los Estados, la actividad armonizadora, tomada en este primer sentido, tendrá un carácter “fundamentalmente normativo” y su forma final consistirá en la promulgación de actos normativos de contenido general (directivas o reglamentos)<sup>12</sup>.

La segunda perspectiva se acerca al concepto de armonización como resultado<sup>13</sup>, es decir como el efecto de aproximación entre los ordenamientos de los Estados miembros, pudiendo tal resultado ser considerado con independencia de los procesos que le han dado origen. Así, por ejemplo, CORONA RAMÓN<sup>14</sup> define armonización como “la convergencia de las estructuras impositivas de los países de la Comunidad”, ya sea esta convergencia resultado de un proceso de competencia fiscal entre los Estados miembros o consecuencia de las directivas en materia tributaria aprobadas por las instituciones comunitarias. También ALBI IBAÑEZ<sup>15</sup> se refiere a una “armonización espontánea” en el ámbito del impuesto sobre sociedades en la UE, lograda por la competencia fiscal entre los Estados<sup>16</sup>.

El principal efecto práctico de esta distinción reside en que esta segunda perspectiva nos permite considerar la existencia de un proceso de convergencia espontánea, que no resulta del cumplimiento por parte de los Estados de actos

---

llevado a cabo por la CEE respecto a los sistemas fiscales de los estados que la componen, con la finalidad de suprimir cualesquiera distorsiones o discriminaciones de origen fiscal ...” (*La armonización fiscal en la CEE*, Lex Nova, Valladolid, 1993, p. 66).

<sup>12</sup> **CAYÓN GALIARDO, A.**, *et al*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>13</sup> Sobre la misma distinción, **GRAU RUIZ, M. A. y HERRERA MOLINA, P. M.**, *La armonización fiscal: límites y alternativas*, Impuestos, num. 10 (2002), p. 13.

<sup>14</sup> **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, p. 278.

<sup>15</sup> **ALBI IBAÑEZ, E.**, *Posibilidades de armonización en la imposición europea sobre sociedades* [La armonización fiscal en la Unión Europea], Monografías Hacienda Pública, num. 8 (1997), p. 83.

<sup>16</sup> Otros autores se refieren a una “armonización espontánea como **AGULLÓ AGÜERO, A.**, *El impuesto de sociedades ante el derecho comunitario*, Impuestos, II, 1986, p. 904; y **APARICIO PEREZ, A., ALVAREZ GARCÍA, S. y ARIZAGA JUNQUERA, M. C.**, *op. cit.*, p. 57. Pero otros, como **ESTEVE PARDO, M. L.**, *El impuesto sobre sociedades en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 44) consideran no tratarse aquí de armonización en sentido propio.

normativos emitidos por las instituciones comunitarias en el ejercicio de su potestad armonizadora, sino que tiene por causa una decisión autónoma de los órganos legislativos estatales en seguir ciertas líneas de orientación comunes. Las razones para esta convergencia espontánea pueden ser diversas. Una de ellas es la existencia de un fenómeno de mimetismo en la fiscalidad internacional moderna, fruto de la intensificación de los flujos internacionales de comercio y de factores productivos<sup>17</sup>. Este fenómeno estaría en el origen, por ejemplo, de la expansión del sistema de imputación entre los países de la CE en la década de 80. Otro factor determinante para esta convergencia en el contexto europeo, es el papel conductor que ha tenido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobretudo en los años más recientes. Y un tercer y último factor reside en los actos institucionales comunitarios no vinculantes, como propuestas legislativas, programas de acción o informes técnicos (el llamado “derecho blando”<sup>18</sup>), que definen líneas previsibles de evolución del sistema europeo.

Como se verá, esta forma llamada de “armonización espontánea”, es muy importante precisamente en la materia que nos ocupa en el presente trabajo, la tributación de la renta de sociedades y de capitales, en la que viene ocurriendo desde algunos años una evolución convergente en algunos aspectos de los sistemas estatales, simplemente como resultado del proceso de integración económica entre los Estados miembros<sup>19</sup>.

No cabe dentro del ámbito de este estudio profundizar en la discusión sobre la validez de estas dos perspectivas, pero creemos que ambas son admisibles y que no tienen por qué excluirse mutuamente. Si, por un lado, la convergencia espontánea de legislaciones es un fenómeno cuya realidad fáctica no se puede negar, pudiendo como tal ser objeto de estudio, por otro, el proceso formal de armonización, conseguido por medio de actos normativos armonizadores practicados por las instituciones europeas y

---

<sup>17</sup> **BIRD, R. M.**, *Corporate-personal tax integration*, en CNOSEN, S., (ed.), *Tax coordination in the European Community*, Deventer, Kluwer, 1986, p. 246.

<sup>18</sup> **GRAU RUIZ, M. A. y HERRERA MOLINA, P. M.**, *op. cit.*, p. 22.

<sup>19</sup> **DOSSER, D. y HAN, S. S.**, *Taxes in the EEC and Britain: the problem of harmonization*, European Series, Chatham House and P.E.P., Londres, 1968, p. 31.

regulado por el Derecho comunitario, debe ser considerado de modo autónomo. La cuestión debe resolverse en el plano terminológico. Por ello, una vez planteados sumariamente los términos de la cuestión, creemos que es posible dejar a un lado la indeterminación lingüística optando por utilizar, en el ámbito de este trabajo, la expresión “convergencia espontánea” para referirnos al fenómeno de aproximación legislativa que tiene lugar como consecuencia de la libre y espontánea iniciativa de los Estados en su normal proceso legislativo. Y, por otra parte, reservar el término “armonización” para el proceso que se lleva a cabo por iniciativa comunitaria, a través de actos normativos, formalmente dirigidos al resultado de armonización, como son directivas y actos normativos de transposición de dichas directivas al ordenamiento interno de cada Estado.

## 2. Fundamento jurídico y carácter instrumental

En el marco del sistema político-jurídico comunitario rige, como es sabido, un sistema de competencias de atribución, lo que “impide a la Comunidad emprender cualquier acción para la que los tratados no establezcan una habilitación expresa”<sup>20</sup>. De ahí resulta la necesidad de buscar una habilitación dirigida a la función de armonización fiscal, es decir, hay que ver en qué medida los tratados fundacionales de las Comunidades Europeas habilitan a las instituciones europeas a llevar a cabo una armonización fiscal<sup>21</sup>.

El Tratado CE prevé de forma expresa, en el actual art. 93 (originariamente el art. 99), la armonización fiscal de “los impuestos sobre el volumen de ventas, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos”. En cuanto a los

---

<sup>20</sup> MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., McGrawHill, Madrid, 1999, p. 44; MOLINA DEL POZO, C. F., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, 3ª edición, Ed. Trivium, Madrid, 1997, p.148.

<sup>21</sup> CASADO OLLERO, G., *Fundamento jurídico y límites de la armonización fiscal en el Tratado CEE*, Civitas R.E.D.F., 38, (1983), p. 205.

impuestos directos, no existe una idéntica previsión expresa, por lo que la armonización comunitaria de la tributación directa no tiene más que el fundamento genérico del actual art. 94 (art. 100 original) en materia de aproximación de legislaciones: “El Consejo adoptará por unanimidad, (...) directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común”.

De este precepto, en el que la doctrina encuentra el principal fundamento jurídico de la potestad armonizadora en el campo de la tributación directa<sup>22</sup>, resulta que dicha armonización tiene (tal como la indirecta por fuerza del art. 93) el carácter de un instrumento, cuya utilización está ordenada fundamentalmente a la finalidad de la realización y del buen funcionamiento del mercado común<sup>23 24</sup>.

---

<sup>22</sup> **BURGIO, M.**, *La armonización del impuesto sobre los beneficios de las sociedades en la CE*, Civitas, R.E.D.F., 54 (1987), p. 159; **CAYÓN GALIARDO, A.** et al, *La armonización...*, cit., p. 11; **FARMER, P.** y **LYAL, R.**, *EC Tax Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 309; **TERRA, B.**, y **WATTEL, P.**, *European tax law*, Kluwer Law Internacional, La Haya, 1997, p. 105.

<sup>23</sup> Sobre el carácter fundamentalmente instrumental de la armonización fiscal véanse, entre otros: **ALONSO GONZÁLEZ, L. M.**, **CORONA RAMÓN, J. F.**, y **VALERA TABUEÑA, F.**, *La armonización fiscal en la Unión Europea*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997, p. 39; **APARICIO PEREZ, A.**, *La armonización fiscal y el Impuesto de Sociedades en la Unión Europea*, Noticias de la Unión Europea, 174 (1999), p. 67; **BURGIO, M.**, *Derecho Fiscal Europeo*, Instituto de estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 52 ( este autor adopta, en vez de “carácter instrumental”, pero con el mismo sentido, la expresión “finalidad funcional”, al referir 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 SÁIZ, R.**, *La armonización fiscal europea: un balance actual*, Editorial AC, Madrid, 1990, p. 14; **CASADO OLLERO, G.**, **SANCHEZ GALIANA, J. A.**, y **RUFIAN LIZANA, D. M.**, *Estudios sobre armonización fiscal y derecho presupuestario europeo*, TAT, Granada, 1987, p. 29; **DE LA VILLA, J. M.**, *La armonización comunitaria en el ámbito de la imposición directa. Su problemática jurídico-contable y su incidencia en España*, Instituto de Planificación Contable, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1988, p. 69.

<sup>24</sup> **GRAU RUÍZ** y **HERRERA MOLINA** (*op. cit.*, p.15) resaltan que hoy la protección del medio ambiente constituye un fundamento autónomo de armonización fiscal, por fuerza del art. 175.2 TCE.

Señálese, sin embargo, que para algunos autores, la armonización fiscal debe verse como un instrumento para la realización en general de los objetivos o fines del Tratado CE y no sólo para la realización del mercado común<sup>25</sup>. La cuestión es relevante ya que, siendo la armonización fiscal una actividad instrumental, la legitimidad<sup>26</sup>, el contenido y los límites de una determinada medida armonizadora dependen de su adecuación para realizar los fines que le sirven de fundamento. Los autores que defienden esta interpretación más lata de las finalidades de la armonización fiscal, sustentan su posición en el art. 3º del Tratado al establecer este que: “Para alcanzar los fines enunciados en el art. 2, la acción de la Comunidad implicará...: h) la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común”. El art. 2º, al que se remite el precepto citado, tiene una formulación compleja. En él se mencionan varios fines que no se encuentran en el mismo plano, debiendo entenderse que la remisión realizada se refiere a los fines instrumentales o intermedios. Con esta expresión se designan aquellos fines que son objetivos de la acción comunitaria, pero que son al mismo tiempo los medios elegidos para realizar la misión última que la Comunidad tiene encomendada<sup>27</sup>. En la redacción

---

<sup>25</sup> Así, por ejemplo, **BURGIO, M.**, *Derecho...*, cit., p. 52; **CAYÓN GALIARDO, A.** et al, *op. cit.*, p. 9; y **AGULLÓ AGUERO, A.** *op. cit.*, p. 900; **VANISTENDAEL, F.**, 2000 – *is the end at hand?*, EC Tax Review, num 1, (1999), p. 2.

<sup>26</sup> **GUTIERREZ LOUSA, M.**, *El Informe Ruding en el proceso de armonización de la imposición directa de la Comunidad Económica Europea*, Actualidad Tributaria, 31 (1993).

<sup>27</sup> Como es conocido, la doctrina iuseuropeísta interpreta el art. 2 del Tratado CEE, en su formulación compleja, como conteniendo una enunciación al mismo tiempo de fines últimos (objetivos) y fines intermedios o instrumentales. Los primeros (la “misión de la Comunidad”) consisten hoy, con la redacción que ha sido dada al art. 2º del Tratado CE por el Tratado de la Unión Europea, en “promover, en toda Comunidad, el desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas, un elevado grado de empleo y de protección social, la igualdad entre hombres y mujeres, un crecimiento sostenible no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los comportamientos de las economías, un elevado nivel de protección y la mejoría de la cualidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”, los fines inmediatos son “la creación de un mercado común y de una unión económica y monetaria”. En este sentido véase **MOLINA del POZO, C. F.**, *op. cit.*, p. 146. **MOTA de CAMPOS, J.** habla en objetivos reales o inmediatos,

original del Tratado, estos fines inmediatos eran dos: i) la creación de un mercado común y ii) la coordinación de las políticas económicas. El Tratado de la Unión Europea (TUE) de 7 de febrero de 1992 ha modificado la redacción del art. 2, pasando éste a prever como fines instrumentales de la Comunidad Económica Europea, al lado de la realización del mercado común, el de creación de una unión económica y monetaria<sup>28</sup>. Y si antes ya se discutía si la coordinación de las políticas económicas podría formar, junto al mercado común, un segundo principio armonizador en el plano fiscal<sup>29</sup>, con mayor motivo se pone actualmente la misma interrogación con relación a la realización de la unión económica y monetaria. Si la coordinación de las políticas económicas, siendo un objetivo de la Comunidad, no tenía con todo una dirección predefinida y, por tanto, no podía servir de base a una política armonizadora, ya la unión económica y monetaria tiene un contenido y exigencias de funcionamiento bien definidos, que permiten establecer relaciones concretas con aspectos del sistema fiscal. Sólo a título de ejemplo, cabe referirse a la importancia que para el funcionamiento de la UEM tienen algunas variables de política macroeconómica, como el tipo de inflación, el déficit público o la deuda pública en porcentaje del PIB y la influencia que los impuestos tienen necesariamente sobre estas variables.

Sobre este punto, empezamos por señalar que no se debe hacer una separación absoluta entre los objetivos de realización del mercado común y de la unión económica y monetaria, y otros, como un elevado nivel de empleo o la competitividad externa, ya que sería artificiosa. El proceso de integración europeo tiene, como se ha señalado, una dinámica propia, de tal forma que cada momento histórico tiene sus problemas y sus prioridades. Pero los objetivos están entrelazados de tal forma y son de tan esenciales para los pueblos europeos que ninguna política podrá llevarse a cabo orientada por un solo objetivo e ignorando sus efectos sobre los restantes.

---

por oposición a objetivos mediatos o últimos (*Direito Comunitário*, Vol. I, 7ª edición, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1995, p. 465).

<sup>28</sup> **MOTA CAMPOS, J.** (*op. cit.*, p. 476) considera poco adecuada la redacción del art. 2 del TCEE, distinguiendo como fines la creación de un mercado común y de una unión económica y monetaria, ya que la Unión Económica presupondría la existencia del mercado común.

<sup>29</sup> **CAYÓN GALIARDO, A.** *et al, op. cit.*, p. 18.

Sin embargo, desde un punto de vista teórico nos parece esencial mantener una visión compartimentada, si queremos evaluar con algún rigor qué medidas están justificadas por qué objetivos. Si es verdad que cada una de las razones invocadas en las propuestas de armonización realizadas a lo largo del tiempo, se traduce un interés político relevante, la relación de cada una de estas razones con los fines de los Tratados y, en consecuencia, con el grado de imperatividad de cada una es variable y debe por eso definirse claramente<sup>30</sup>.

En esta línea, todavía en un plano teórico y jurídico, el objetivo de realización del mercado común está en primer lugar. Parece lógico este planteamiento<sup>31</sup> habida cuenta del peso del principio de subsidiariedad en el proceso legislativo europeo. Si una determinada medida de armonización fiscal no resulta suficientemente justificada por el objetivo de realización del mercado común, difícilmente podrá ser adoptada con fundamento en cualquiera otro objetivo.

Una segunda perspectiva sobre este aspecto reside en la cuestión de si la unión económica y monetaria, una vez concretada, constituye un factor de aumento de la presión para una mayor armonización de los impuestos directos<sup>32</sup>. No se olvide que la unión económica y monetaria supone, entre otros requisitos, una total liberalización de los movimientos de capitales. Con la concreción de la unión económica y monetaria se ponen de manifiesto las disposiciones de los ordenamientos fiscales que tengan un efecto restrictivo de la circulación de capitales. Muchos de los casos decididos por el

---

<sup>30</sup> Sobre la interferencia de objetivos de política económica en la estrategia de armonización fiscal, **ALBI IBÁÑEZ, E.**, *Líneas de reforma en el Impuesto sobre Sociedades*, en Tendencias de reforma fiscal, Hacienda Pública Española – Monografías (2001), pp. 192 y siguientes; **AUJEAN, M.**, *Los sistemas fiscales en la Unión Europea: competencia o coordinación*, en La armonización fiscal en la Unión Europea, Hacienda Pública Española – Monografías (1997).

<sup>31</sup> Al mismo se refieren los artículos 2,1, alinea h) y 94 TCE, las dos disposiciones genéricas del Tratado sobre armonización legislativa

<sup>32</sup> En este sentido: **CORONA RAMÓN, J. F.**, *La Fiscalidad ...*, cit., p. 291; **CARBAJO VASCO, D.**, *El proceso de armonización fiscal en la Unión Europea: las perspectivas actuales*, Noticias de la Unión Europea, 204, vol. 18 (2002), p. 93; **RODRIGUEZ MORENO, R.**, *La armonización fiscal en el contexto de la Unión Económica y Monetaria*, en La armonización fiscal en la Unión Europea, Hacienda Pública Española – Monografías (1997).

TJCE en los años más recientes están precisamente relacionados con la circulación de capitales<sup>33</sup>. Por otra parte, los capitales son un factor de extrema movilidad, lo que tiene como consecuencia una agudización de la competencia fiscal en este campo, con una consecuente ineficiencia en la asignación de estos recursos dentro del espacio europeo. Pero estos son aún aspectos relacionados con la circulación de capitales, que es una parte del mercado común – un espacio de libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales.

### 3. Significado del término armonización – Grados de convergencia legislativa

La función de armonización es de carácter jurídico y por ello es necesario atribuir a esta expresión un significado jurídico, con lo que se quiere decir caracterizar el acto armonizador, tanto en su forma como en su contenido típico.

En cuanto a la forma, el Tratado dispone en su art. 94 que el instrumento adecuado es la directiva. Su proceso de aprobación requiere la previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, y exige la unanimidad de los votos del Consejo (art. 94 TCE).

En cuanto al contenido, en una primera aproximación, estará condicionado por el carácter instrumental de la armonización fiscal<sup>34</sup>. El contenido del acto armonizador debe guiarse por la mejor adecuación de la solución armonizada al objeto de la realización del mercado común, lo que significa que no serán válidos, por si mismos, otros criterios como una mayor racionalidad o un mayor grado de justicia fiscal<sup>35</sup>. La intensidad armonizadora, es decir, el grado de aproximación producido entre las legislaciones nacionales, por su parte, debe ser el necesario y suficiente para conseguir este objetivo<sup>36</sup>. Se observa también que los dos aspectos mencionados están

---

<sup>33</sup> Un ejemplo de ello es el Asunto *Verkoijen*, C-35/9, de 6 de junio de 2000.

<sup>34</sup> **GRAU RUÍZ y HERRERA MOLINA** (*op. cit.*, p.16) hablan de límites sustantivos o materiales y añaden que el principal límite material de la armonización radica en su carácter instrumental.

<sup>35</sup> **ESTEVE PARDO**, *El impuesto...*, *cit.*, p. 28.

<sup>36</sup> **MATA SIERRA**, *op. cit.*, p. 119.

indisociablemente ligados, ya que una determinada solución normativa, con un determinado contenido material, implica un determinado grado de aproximación legislativa y nos es compatible con ningún otro.

Pero, más allá de estos criterios lógicos, derivados del carácter instrumental de la función armonizadora, nos enfrentamos a una casi total ausencia de líneas directrices estructurales de una política de armonización fiscal<sup>37</sup>. De esta forma, las instituciones implicadas en el proceso armonizador tienen ante sí un vasto abanico de posibilidades en lo que respecta al grado en que han de converger los ordenamientos fiscales nacionales<sup>38</sup>, que puede ir desde la simple armonización de procedimientos administrativos hasta la uniformidad legislativa en aspectos sustantivos de los sistemas fiscales.

Intentar extraer del Tratado CE algunos puntos de referencia para establecer el alcance del término “armonización” resulta de poca ayuda, dada la poca precisión con que el vocablo aparece empleado en el texto fundamental. Las disposiciones del Tratado emplean en unos casos el vocablo “aproximación”, en otros el de “coordinación”, y finalmente, en el ámbito de la fiscalidad, el de “armonización”. El precepto que venimos citando como principal fundamento para la armonización de la fiscalidad directa (el art. 94) habla de “aproximación”, así como el art. 3º, 1. h), ya mencionado, mientras el art. 93 se refiere a “armonización” de la imposición indirecta.

En la doctrina sobre el tema encontramos a menudo referencias a una variedad de grados de convergencia, bajo las expresiones “estandarización”<sup>39</sup>, “uniformidad”,

---

<sup>37</sup> **CASADO OLLERO, SÁNCHEZ GALIANA y RUFIAN LIZANA** (*op. cit.*, p. 42) observan que del mismo art. 99 (primitivo), el único que, a propósito de tributación indirecta, se refiere expresamente a una función armonizadora a cargo de las instituciones comunitarias, “no es posible inferir ni el alcance ni el contenido de la armonización fiscal indirecta”. Sobre los art.s 100 y 101 (primitivos), el mismo autor concluye que en “modo alguno fija el Tratado el grado o intensidad con que deberá efectuarse la armonización fiscal ni la aproximación de legislaciones, confiándose tal decisión a las instituciones comunitarias”. En el mismo sentido **CASADO OLLERO, G.**, *op. cit.*, p. 206.

<sup>38</sup> **CAYÓN GALIARDO, A.**, *et al, op. cit.*, p. 21.

<sup>39</sup> **CHOWN, J.**, *Monetary Union and tax harmonization*, Intertax, vol. 28, no. 3 (2000), p. 102.

“coordinación”, “armonización” y otros<sup>40</sup>. A propósito de esta diversidad de nomenclatura se plantean dos cuestiones distintas: una es de saber si estos diferentes términos tienen en el ámbito normativo significados distintos, de modo que en el Tratado se contendría una jerarquía de competencias en función de la materia, a la que correspondería, a su vez, una gradación de la intensidad armonizadora de los actos<sup>41</sup>; la segunda cuestión consiste en determinar si, en un plano teórico, y ya no normativo, a cada uno de los diferentes términos debe corresponder un diferente grado de uniformidad legislativa<sup>42</sup>.

A la primera cuestión la mayor parte de la doctrina responde negativamente, observando que ni siquiera es posible encontrar uniformidad en el empleo de los términos en las diferentes versiones lingüísticas del Tratado, correspondientes a los idiomas de los países miembros<sup>43</sup>. Parece cierta la conclusión de MILLÁN MORO<sup>44</sup>, de que “para las instituciones comunitarias (...) los distintos términos empleados no tienen un significado preciso y diferenciado entre sí, sino que aluden todos al principio armonizador (...) de suprimir los obstáculos al establecimiento y funcionamiento del mercado común”.

---

<sup>40</sup> **HINNEKENS, L.**, *The Monti Report: the uphill task of harmonizing direct tax systems of EC member states*, EC Tax Review, Vol. 6, num 1 (1997), p. 31. **CORONA RAMÓN, J. F.**, La armonización de los impuestos en Europa: problemas actuales y perspectivas para los años noventa, monografía num. 84, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1990. **MARTÍN QUERALT, J.** y **MARTINEZ LAFUENTE, A.**, *La política fiscal europea*, en GARCÍA de ENTERRÍA, GONZALEZ CAMPOS y MUÑOZ MACHADO, Tratado de de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho Español, T. III, Madrid, 1986, p. 288.

<sup>41</sup> **CASADO OLLERO, G., SÁNCHEZ GALIANA y RUFIAN LIZANA**, *op. cit.*, p. 31.

<sup>42</sup> **MILLÁN MORO, L.**, *La armonización de legislaciones en la CEE*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 17. Se podría todavía plantear otra cuestión que es la saber si los Tratados deberían emplear los términos con distintas acepciones (cuestión de jure constituyendo)

<sup>43</sup> **CASADO OLLERO, G., SÁNCHEZ GALIANA y RUFIAN LIZANA**, *op. cit.*, p. 31.

<sup>44</sup> **MILLÁN MORO, L.**, *op. cit.*, p. 20.; En el mismo sentido: **GARCÍA PRATS**, *Incidencia del derecho Comunitario en la configuración jurídica del Derecho Financiero (II): políticas comunitarias con incidencia sobre el Derecho Financiero*, RDFHP, Vol. 51, num. 259, (2001), p. 557; y

**MATA SIERRA, M. T.**, *op. cit.*, p. 64.

Pero esta constatación no tiene por qué impedirnos establecer una clasificación teórica, en la medida en que ésta se revele útil para una mejor comprensión de la problemática que venimos analizando. La segunda cuestión no aparece por tanto afectada por la respuesta a la primera. Por lo que respecta a una definición doctrinal del concepto de armonización, empezamos por señalar la existencia, más que de una divergencia de principios, de una gran diversidad de terminología y de formulaciones propuestas por la doctrina.

Así, por ejemplo, CONSTANTINESCO considera que la armonización, la aproximación y la adaptación legislativa, son manifestaciones de un fenómeno más amplio que es la coordinación<sup>45</sup> y, a su vez, define coordinación como “concordar programas que han sido elaborados independientemente unos de otros y por autoridades diferentes, con miras a un objetivo a veces superior pero siempre común”. Importa destacar en esta concepción que la misma tiene implícita la necesaria conciliación entre “coordinación”, en cualquiera de sus modalidades, entre las cuales está la “armonización”, y un elevado grado de autonomía, al referirse a “programas elaborados independientemente unos de otros”<sup>46</sup>. Para CONSTANTINESCO, por tanto, “armonización” sería una especie dentro del género “coordinación” y, en cualquiera de las modalidades comprendidas en el concepto de “coordinación”, tendríamos como dato esencial un elevado grado de autonomía reservado a los Estados. Tanto el concepto de “coordinación” como el de “armonización” dejarían por tanto fuera fórmulas más intensas de uniformidad legislativa<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup>Citado por **CASADO OLLERO**, *op. cit.*, p. 209. En el mismo sentido, de la armonización como una especie dentro del género coordinación, **HERRERA MOLINA, M. A.**, *Nuevas perspectivas de armonización fiscal: Comentarios a la nota sobre “Panorama sobre el proceso de armonización fiscal” elaborada por el Grupo de intercambio sobre asuntos europeos*, Noticias de la Unión Europea, 187/188 (2000), p. 85.

<sup>46</sup> Sobre este punto véase **ESTEVE PARDO** (*El impuesto...*, *cit.* p. 43) para quien una tal definición de coordinación “es más idónea para describir la cooperación de Estados independientes que el instrumento de una comunidad económica integradora”.

<sup>47</sup> Con esta concepción parece estar de acuerdo **HERRERA MOLINA, M. A** (*op. cit.*, p. 85).

Otros autores distinguen entre “armonización” y “coordinación”, considerando que están en dos planos distintos<sup>48</sup>. Entre ellos, MARTÍNEZ y BARREIRO<sup>49</sup> oponen “armonización” a “mera coordinación”, acentuando que la armonización se dirige a la uniformidad de las legislaciones y la mera coordinación es la forma de “alentar hasta un cierto grado los sistemas impositivos pero dejando margen a la competencia”. Tendríamos así que “armonización” y “mera coordinación” corresponderían a dos grados diferentes de aproximación y el factor que esencialmente los distingue, sería la existencia o inexistencia de competencia fiscal entre los Estados dentro del mercado común.

En cuanto a la amplitud del término “armonización”, aplicado ahora específicamente al campo fiscal, se define frecuentemente por oposición a unificación<sup>50</sup>. La distinción puede tener su origen en el Informe Neumark, que

---

<sup>48</sup> GRAU, A. y HERRERA, P.M., *The link between tax coordination and tax harmonization: limits and alternatives*, EC Tax Review, Vol. 12, num.1 (2003). Para estos autores, la coordinación fiscal se distinguiría de la armonización por su carácter no vinculante. La coordinación fiscal al nivel comunitario pero tendría solamente una función de supervisión, estímulo y conducción de la política fiscal de los Estados, reservándose la acción legal para estos últimos (*op. cit.* p. 28).

<sup>49</sup>En una concepción totalmente divergente del término coordinación, para MILLÁN MORO, L., coordinación “quedaría referido a las políticas de los Estados miembros como instrumento de cooperación”, y se opondría sea a la “aproximación” sea a la “armonización” de legislaciones, excluyendo por lo tanto cualquier grado de uniformidad legislativa (MILLÁN MORO, L., *op. cit.*, p. 19).

<sup>50</sup> Sobre este punto es clásica la formulación tripartita de DOSSER, en la que este autor distingue tres enfoques posibles para abordar la problemática de la armonización: enfoque igualación, enfoque diferencial y enfoque *standards*. En nuestra opinión, la clasificación de DOSSER no sirve al objetivo de construir una noción jurídica de “armonización fiscal”. La clasificación de DOSSER es en verdad 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 directos en una unión económica. Para la primera (“igualación”), lo importante es que, en orden a realizar la máxima eficiencia en la localización del capital, el sistema fiscal de la unión sea neutral en cuanto a la localización de las inversiones. Por este motivo esta escuela de pensamiento defiende la igualación de los tipos del impuesto de sociedades. Queda por definir – y el autor apunta este aspecto como una fragilidad de la teoría – si se defiende solamente una igualación de los tipos nominales o también de los tipos efectivos de tributación, y en este segundo caso queda aparentemente también sin solucionarse el problema de cómo llegar a esta igualación de tipos efectivos. Esta teoría se asienta en una concepción de los sistemas

fiscales con un papel pasivo en los sistemas económicos: los impuestos no deben influenciar las decisiones de los agentes económicos, antes deben ser neutrales.

La segunda escuela de pensamiento, que el autor denomina como *differentials 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 tributación deben ser utilizados para realizar objetivos económicos de la unión. Ninguna de estas dos escuelas de pensamiento abandona una visión estrictamente económica enfocada sobre la relación entre el sistema de tributación del rendimiento y el modelo de integración económica que se pretende realizar a través de la unión económica.

Lo que **DOSSER** denomina *standards approach* no es, en verdad, una alternativa a los dos enfoques anteriores, sino que es un planteamiento en un plano distinto. En este enfoque está implícito el reconocimiento de que una política fiscal para una unión económica ha de tener en cuenta no solamente el objetivo de eficiencia económica (u otros objetivos económicos) y el carácter instrumental de los diferenciales de tipo de gravamen en la realización de estos objetivos, sino que debe tener en cuenta otros criterios fundamentales, como la equidad, tanto interna como internacional. Para esta escuela de pensamiento se debe por tanto partir de la definición de un conjunto de *ideal standards*, estén estos relacionados con equidad o con eficiencia. El proceso político se encargará de realizar gradualmente estos *standards*, a través de una jerarquía de prioridades y de sucesivos cambios parciales.

En nuestra opinión, esta enumeración de *approaches* empieza por no ser una clasificación de grados de armonización. El tercer enfoque, por ejemplo, no se opone a los dos primeros. Mientras los dos primeros son fundamentalmente concepciones teóricas respecto del papel, pasivo o activo, de los sistemas fiscales, ya el tercer enfoque ignora esta cuestión, con la que cualquier proceso de armonización debe inevitablemente afrontarse. Así, por ejemplo, el proceso de armonización de la tributación directa en la UE ha sido a lo largo del tiempo una sucesión de intentos de definir conjuntos de *ideal standards* relacionados con varios principios como eficiencia, equidad interindividual, equidad interjurisdiccional y otros. Pero mientras algunos de estos intentos han optado por una visión "igualacionista", dando preferencia el principio de la neutralidad en la localización o externa, otros han aceptado el principio de que los diferenciales en los tipos efectivos actúen como reguladores de las asimetrías económicas. En segundo lugar, el enfoque *standards* no aborda el problema fundamental de determinar que nivel de "estandarización" es necesaria para realizar una unión económica. Mucho menos – y es este el objetivo del punto de venimos tratando – nos proporciona cualquier ayuda en la identificación de los diversos grados de "estandarización" posibles (**DOSSER, D.**, *Economic analysis of tax harmonization*, en SHOUP, C. (ed.), *Fiscal harmonization in Common Markets*, Columbia University Press, Nueva York, 1967, pp. 1-144) Un ejemplo de una aplicación del *standards approach* es lo que se puede ver en **MUSGRAVE, P.B.**, *Interjurisdictional coordination...*, *cit.*

distinguía los dos grados, “unificación” y “armonización”, y defendía que la unificación no era practicable, en virtud de las diferencias históricas existentes entre los sistemas nacionales<sup>51</sup>. La mayoría de los autores está de acuerdo en que el concepto de armonización excluye una completa unificación de las legislaciones. En las palabras de MILLÁN MORO, “en la unificación el Derecho nacional se sustituye por el Derecho comunitario, en la armonización el Derecho nacional permanece, pero modificado o completado. En la unificación, por definición, el Derecho unificado no deja margen a diferencias nacionales, en la armonización comunitaria las divergencias nacionales pueden subsistir si no inciden negativamente en el establecimiento y funcionamiento del mercado común”<sup>52</sup>. Pero tampoco en este punto encontramos consenso absoluto, habiendo autores para quienes la unificación se debe incluir en el ámbito de la armonización, otorgando así a este último concepto el sentido más lato posible<sup>53</sup>.

Hay finalmente otra parte de la doctrina que, todavía en la línea del Informe Neumark, establece una relación entre la noción de armonización y los diferentes grados de integración financiera. Así, ALONSO, CORONA y VALERA, considerando la armonización como un instrumento para la consecución del mercado común, que consistiría en adoptar “medidas que contribuyan a eliminar las distorsiones existentes, a través de una cierta integración parcial de la actividad financiera”, la califican como una opción intermedia entre los simples “mecanismos de compensación o neutralización fiscal” y la “integración financiera plena”<sup>54</sup>.

Estamos de acuerdo con algunos autores<sup>55</sup> en que hay que aceptar que, en un plano normativo, armonización es un término poco preciso, y que aquella función que

---

<sup>51</sup> **COMITÉ FISCAL Y FINANCIERO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA**, *The EEC 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, Ámsterdam, 1963., p. 102.

<sup>52</sup> **MILLÁN MORO, L.**, *op. cit.*, p.21; En el mismo sentido, **MATA SIERRA, M. T.**, *op. cit.*, p. 64; **CARBAJO VASCO, D.**, *Evolución y perspectivas de la armonización fiscal de los impuestos directos en la Comunidad Económica Europea*, Noticias CEE 85 (1992), p. 38; **CORONA RAMÓN, J. F. y VALERA F.**, *La armonización fiscal en la Comunidad Europea*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989., p. 126.

<sup>53</sup> **CAYÓN GALIARDO, A. et al.**, *op. cit.*, p. 9.

<sup>54</sup> **ALONSO GONZÁLEZ, L. M., CORONA RAMÓN, J. F., y VALERA TABUEÑA, F.**, *op. cit.*, p. 21.

<sup>55</sup> **CAYÓN GALIARDO, A. et al.**, *op. cit.*, p. 8

el Tratado CE designa como “aproximación de legislaciones” unas veces, y en otras como “armonización”, comportará diversos grados de convergencia legislativa. Pero esta posibilidad de concurrencia de diferentes grados de aproximación legislativa es la principal razón para, en un plano teórico, distinguir entre los diferentes grados de uniformidad y designarlos con términos diferentes. Si además admitimos la posibilidad de que tales grados tengan una relación constante con determinados factores, es decir, que las razones para esta diversidad de grados no sean casuísticas, entonces estará plenamente justificada la necesidad de distinguir conceptualmente estos diversos grados.

Miremos brevemente lo que se nos presenta en la realidad sobre este punto. Para ello, consideremos como objeto de observación empírica, los tres actos legislativos aprobados hasta este momento en la UE en materia de fiscalidad sobre sociedades y capitales: el “Convenio de arbitraje” y las directivas “Fusiones y escisiones” y “Sociedades matrices y filiales”<sup>56</sup>. Además de estos, tomaremos también en consideración la “VI Directiva en materia de armonización de las legislaciones relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, que ha procedido a la armonización de la tributación sobre el consumo.

El “Convenio de arbitraje” intenta solucionar el problema de la doble imposición que resulta para las sociedades multinacionales en caso de corrección unilateral, por parte de las administraciones tributarias, de los precios de transferencia practicados para las transacciones entre empresas pertenecientes a un grupo. La doble imposición es consecuencia de las normas de los diversos ordenamientos estatales que permiten corregir los precios de transferencia mediante ciertos criterios. Ésta constituye una creciente zona de conflicto en la UE y podrá constituir a corto plazo un importante obstáculo a un mayor grado de integración económica<sup>57</sup>. Dentro de la armonización comunitaria, hay varias fórmulas posibles para solucionar este problema. Una, defendida por muchos y eventualmente la más perfecta desde un punto de vista

---

<sup>56</sup> Ver notas 1, 2 y 3.

<sup>57</sup> **PLASSCHAERT, S.**, *The EU Consolidated Income Tax revisited*, paper num. 670 (1), CESifo, Munique, 2002, p. 5.

técnico, sería suprimir la necesidad de practicar los precios de transferencia, reconociendo que los precios practicados entre empresas asociadas son artificiales y permitiéndoles consolidar los beneficios a escala europea. Otra sería la aprobación de unas reglas comunes, a trasponer en cada ordenamiento estatal, fijando criterios para la aceptación o corrección de los precios practicados. La solución adoptada fue una tercera: un convenio que establece un procedimiento, complejo y largo, en que las administraciones tributarias implicadas en un conflicto son llamadas a negociar una solución para cada caso. Obviamente, la primera solución implicaría un mayor grado de uniformidad que la tercera, mientras la segunda está en una posición intermedia.

La “Directiva Fusiones y escisiones” establece un régimen fiscal común a aplicar a las operaciones de reestructuración empresarial – fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones – que se realicen entre empresas situadas en Estados miembros diferentes. Su contenido se puede resumir en que a los Estados se les impide gravar las plusvalías emergentes de las operaciones referidas, en el momento en que la operación se realice. Los Estados son libres de establecer el régimen fiscal que quieran para las operaciones de reestructuración puramente internas. A diferencia del caso anterior, esta directiva implica una modificación en aspectos sustantivos de los ordenamientos estatales (que antes gravaban las plusvalías en operaciones internacionales) y en esta medida hay una aproximación legislativa sustantiva<sup>58</sup>. Pero esta aproximación está limitada a un sector de las relaciones tributarias, las operaciones de reestructuración internacionales, sin producir ningún efecto sobre las normas aplicables a los hechos imposables puramente internos.

Lo mismo se podría decir de la “Directiva sociedades matrices y filiales”, que establece un régimen fiscal común para los dividendos distribuidos entre empresas asociadas residentes en Estados miembros diferentes, y deja intactos los regímenes sobre los dividendos distribuidos entre sociedades residentes en un mismo Estado.

Finalmente, la “VI Directiva” establece un régimen común para la tributación sobre el valor añadido. A diferencia de lo que hemos visto en los casos anteriores, su

---

<sup>58</sup> **VOGEL, K.**, *Taxation of cross-border income, harmonization, and tax neutrality under European Community Law. An institutional approach*, Kluwer, Deventer, 1994, p. 12.

régimen se aplica a toda la tributación sobre el valor añadido de la UE, ya que los Estados miembros están obligados a adoptar dicho régimen tanto para las transacciones internas como para las transacciones internacionales. Estamos aquí, por tanto, ante un grado de aproximación legislativa que no existía en ningún de los casos anteriores, ya que el acto armonizador afecta no sólo la fiscalidad internacional sino también la fiscalidad sobre las operaciones meramente internas. Pero es posible, como es sabido, avanzar más en el campo del sistema común del impuesto sobre el valor añadido, a través de la prevista supresión del principio de destino en las transacciones intracomunitarias<sup>59</sup>.

Los ejemplos señalados muestran la variedad de grados de convergencia posible y cómo son estos efectivamente utilizados en la práctica comunitaria. Y demuestran también que el grado de aproximación no está relacionado con el carácter del problema que se pretende solucionar, ya que los ejemplos ponen de manifiesto que para un mismo problemas hay múltiples soluciones posibles.

Ello es válido para todas las propuestas que se encuentran en este momento en discusión. Si quisiéramos apuntar un ejemplo de un problema todavía no resuelto, sería interesante analizar el proceso de la propuesta sobre fiscalidad del ahorro de los particulares presentada por la Comisión en 1998. En él se preveían dos mecanismos alternativos: o se garantizaba una fiscalidad mínima (20 por cien) sobre las rentas del ahorro a realizar a través de retención a cuenta (efectuada por el Estado de la fuente sobre los rendimientos pagados a no residentes en su territorio) o se aseguraba un intercambio de información entre el Estado de la fuente y el Estado de la residencia, que permitiese a este último gravar las rentas obtenidas por sus residentes en el exterior<sup>60</sup>. Tras una larga discusión en el Consejo, los Estados han acordado, a través de un acuerdo político, eliminar la primera alternativa, adoptando la solución que es administrativamente más compleja, pues obliga las administraciones a poner en

---

<sup>59</sup> Sobre el programa de la Comisión para la implantación del régimen definitivo del IV ver **ALEMANY SÁNCHEZ DE LEÓN, L. F.**, *La armonización de la fiscalidad en la Unión Europea. Perspectivas ante la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria*, en *La armonización fiscal en la Unión Europea*, Hacienda Pública Española – Monografías (1997), pp. 167

<sup>60</sup> Sobre esta propuesta ver **CARBAJO VASCO, D.**, *El proceso...*, cit., p. 96.

práctica un sistema de intercambio de informaciones de gran magnitud. La solución no implica, en contrapartida, ningún grado de aproximación de los aspectos sustantivos de los sistemas estatales, al mismo tiempo que permite un pleno principio de tributación en la residencia para este tipo de rendimientos.

En nuestra opinión, los diversos grados de aproximación legislativa deben poder ser relacionados con diferencias de fondo en cuanto a los objetivos de la política armonizadora. Un punto de partida para ello puede ser la distinción trazada por CORDÓN y GUTIÉRREZ entre “estrategia de coordinación competitiva” y “estrategia de coordinación institucional”<sup>61</sup>. La primera consistiría en “impulsar aquellas acciones destinadas a liberalizar el espacio económico europeo, (...) (persiguiendo) una Europa como un espacio económico único, pero con Estados miembros que no ceden soberanía y que se coordinan como consecuencia de la libre circulación de los bienes y de los factores productivos”. La segunda supondría “la búsqueda de convergencia de los sistemas fiscales cediendo parcelas importantes de soberanía fiscal en beneficio de las instituciones comunitarias”. La primera “no exige necesariamente acciones coordinadas centralmente por los órganos comunitarios” mientras que en la segunda “la igualación se producirá a un nivel prefijado por la autoridad supranacional”, previo acuerdo con los Estados”. En este aspecto la distinción parece superponerse a aquella apuntada antes entre armonización y convergencia espontánea<sup>62</sup>. Pero la “coordinación competitiva” también puede ser llevada a cabo a través de acciones coordinadas centralmente (es lo que se desprende de la expresión “no exige necesariamente acciones coordinadas centralmente”), por tanto este no es el aspecto decisivo de la distinción. El aspecto decisivo nos parece que radica en la alternativa entre mantener la plenitud del potencial de los sistemas fiscales como instrumentos de política económica de los Estados – incluso a través de competencia fiscal – o de suprimir esta libertad en favor de una mayor eficiencia económica en el mercado común. Dicho de otro modo, será la alternativa entre una visión que privilegia la

---

<sup>61</sup> CORDÓN EZQUERRO y GUTIERREZ LOUSA, *Estrategias e instrumentos para la armonización fiscal. Algunas Consideraciones sobre la armonización del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, en *La armonización fiscal en la Unión Europea*, Hacienda Pública Española – Monografías (1997), p. 36.

<sup>62</sup> Ver punto 1 en este capítulo.

eficiencia en la asignación de los recursos y la visión que privilegia la autonomía de los Estados. Son pues dos visiones cuyo punto de divergencia se sitúa en el campo político. El hecho de que los autores utilicen la misma expresión coordinación para las dos modalidades demuestra que la distinción es de esencia y no de forma<sup>63</sup>.

Otros autores realizan distinciones que tienen que ver con esto. Por ejemplo, CORONA Y VALERA<sup>64</sup> distinguen dos objetivos complementarios de la armonización fiscal: la armonización fiscal *strictu sensu*, tendente a conseguir una aproximación de las normas tributarias internas de los Estados miembros; y una armonización internacional (“o coordinación”) de las reglas tributarias de todos los Estados para regular situaciones de fiscalidad internacional. Simplificando un poco más, estos autores distinguen entre “armonización de las legislaciones internas” y “la elaboración de un Derecho fiscal internacional comunitario”. Es interesante poner de relieve que incluyen a las directivas entonces propuestas sobre fusiones y escisiones de sociedades y sobre matrices y filiales, junto con el convenio (entonces propuesta de directiva) sobre ajustes por transferencias de beneficios en la categoría de “Derecho fiscal internacional comunitario”.

Finalmente, VOGEL<sup>65</sup>, distingue también entre armonización del “Derecho internacional de la tributación sobre la renta” y armonización del “Derecho sustantivo de la tributación sobre la renta”.

Partiendo de las distinciones que hemos mencionado hasta ahora, en nuestra opinión tenemos que apoyarnos en los siguientes conceptos para abordar esta materia:

---

<sup>63</sup> Creemos que **CASADO OLLERO** sostiene una concepción próxima a la descrita, cuando distingue dos formas alternativas de concebir la armonización, “como medio de organizar la coexistencia entre distintas legislaciones nacionales, o como manifestación de unificar estructuras fiscales y financieras” (**CASADO OLLERO**, *op. cit.*, p. 229);

<sup>64</sup> **CORONA RAMÓN, J. F. y VALERA F.**, *La armonización fiscal en la Comunidad Europea*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, p. 141.

<sup>65</sup> **VOGEL, K.**, *Taxation of cross-border income, harmonization, and tax neutrality under European Community Law. An institutional approach*, Kluwer, Deventer, 1994, p. 16.

## La Armonización de la Tributación de los Beneficios Societarios en la Unión Europea

- La primera idea es que la armonización fiscal, tal como está prevista en el Tratado CE, corresponde a una forma de integración financiera situada entre la simple cooperación, propia de las organizaciones de Estados intergubernamentales puras (un ejemplo serían las directrices emitidas por la OCDE en materia fiscal) y la integración plena, propia de los Estados federados<sup>66</sup>. Esta última presupone la existencia, entre otros factores, de una autoridad tributaria central.
- La “aproximación de legislaciones” prevista en el art. 94 del Tratado CE, se encuentra situada entre estos dos extremos. Consiste en armonizar aspectos sustantivos de los ordenamientos, es por tanto una aproximación material entre legislaciones. Para esta categoría de actos deberá reservarse el término armonización.
- Pero la armonización admite una variedad de grados posibles de convergencia entre los ordenamientos estatales. Fundamentalmente, hay que distinguir si la aproximación de legislaciones importa modificación en la regulación de aspectos internos de la fiscalidad nacional de los Estados, o si se limita a los aspectos de la fiscalidad internacional. Esta distinción no es bastante para traducir toda la variedad posible de grados de aproximación. En este punto, sin perjuicio de que pueda hacerse una clasificación más detallada, hay que distinguir entre una concepción uniformizadora que busca como objetivo máximo la eficiencia, en

---

<sup>66</sup> Esta es la idea que se encuentra ventilada también en el Informe Neumark, sobre el que se ha desarrollado buena parte de la doctrina fiscal de la integración europea. Según este informe, las opciones teóricas para eliminar las distorsiones fiscales a la realización del mercado único son tres: a) la plena integración financiera; b) la utilización de mecanismos de compensación; c) la armonización fiscal progresiva que, según el mismo informe, consistiría en “las medidas necesarias para establecer condiciones de tributación y gasto público parecidos a los que existirían en una economía unificada”. Cabe observar sin embargo que lo que se expone aquí son modalidades de integración financiera, de las que forma parte la armonización fiscal, que estará en una posición intermedia entre la simple compensación financiera de diferencias de cargas tributarias – lo que no llega a ser armonización – y la “plena integración financiera”, que va más allá de la armonización fiscal. De esta formulación del Informe Neumark no debe intentarse derivarse ninguna indicación en cuanto al grado, límites o intensidad que cabe a la armonización fiscal en el marco europeo (**COMITÉ FISCAL Y FINANCIERO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA**, *op. cit.*, p. 117)

detrimento de la diversidad legislativa, y una concepción de mínima intervención, en la que se busca disciplinar la coexistencia de los diversos ordenamientos fiscales, en vistas al mejor funcionamiento del mercado común, pero aceptando un grado de ineficiencia económica.

- Al lado de esta categoría de actos, hay a considerar otra, en la cual el resultado no consiste en aproximar aspectos materiales de las leyes, sino que se limita a instituir mecanismos de cooperación internacionales. Estamos en este caso ante actos que podemos designar como coordinación internacional, ya que se trata de asegurar el funcionamiento conjunto de ordenamientos estatales autónomos. Sus efectos se limitan, necesariamente, al plano de la fiscalidad internacional.
- En términos funcionales, sin embargo, las dos categorías de actos están a veces bastante próximas, como resalta de los ejemplos referidos, razón por la cual puede ser útil disponer de una expresión comprensiva de las dos fórmulas. Para ello, lo más adecuado será el término “coordinación”, que comprendería la “armonización” y la “mera coordinación”.

#### **4. Principios de la armonización de la fiscalidad directa**

##### **4.1. Importancia de los principios**

Esta breve exposición dedicada a los conceptos fundamentales de la armonización no quedaría completa sin una referencia a los principios de la armonización de la fiscalidad directa. Su importancia viene reforzada por el hecho, ya referido, de la ausencia en el Tratado CE de criterios materiales orientadores de la política fiscal<sup>67</sup>. En una interpretación simplificadora, los criterios materiales para la armonización se inferirán del objetivo de realización del mercado común. Identificadas las disparidades que obstaculizan la creación en el mercado europeo de “condiciones análogas a las de un mercado interior”, tales disparidades deberían ser eliminadas

---

<sup>67</sup> MONTAGNIER, G., *Harmonisation fiscale communautaire (janvier 1995-février 1997)*, Revue Trimestrielle de Droit Européen n° 2 (1997), p 365.

creándose en su lugar normas uniformes que modificarían o completarían las leyes nacionales. Hemos visto que esto no es así. Primero, por la necesidad de valorar y seleccionar las distorsiones a eliminar; y después porque, ante una distorsión fiscal, se plantean siempre múltiples hipótesis de solución, que tienen en su origen valoraciones igualmente diversas en cuanto al resultado pretendido. Se podría poner como ejemplo, relacionado con la materia objeto de este estudio, lo que ha ocurrido con la cuestión del llamado “sistema de impuesto”, o modo de relación entre impuesto de sociedades e impuesto personal. Existían varias soluciones viables, pero no todas tenían como base los mismos valores. Mientras el sistema clásico daba preferencia a la transparencia y la simplicidad en la aplicación, el sistema de imputación daba preferencia a valores como la progresividad en la tributación y el principio de tributación en la residencia (o, en otros términos, la neutralidad en la exportación de capital).

Ante la ausencia de líneas orientadoras en los Tratados, los principios jurídicos fundamentales asumen un papel importante como criterio de conformación de las modificaciones a introducir.

En este campo, la doctrina suele distinguir los principios comunitarios con incidencia tributaria, de los principios específicos de la tributación. En una síntesis de las diversas aportaciones que hemos recogido<sup>68</sup>, los principios generales del ordenamiento comunitario apuntados como relevantes en materia de armonización fiscal son los siguientes:

#### **4.2. Principios generales del derecho comunitario con incidencia en el campo tributario**

---

<sup>68</sup> Sobre este asunto, en general, véase: **CASADO OLLERO**, *op. cit.*, pp. 220 y ss.; **CASADO OLLERO, G., SANCHEZ GALIANA, J. A. y RUFIAN LIZANA, D. M.**, *op. cit.*, pp. 55 y ss.; **GARCIA PRATS, F. A.**, *Incidencia..., (I)...*, *cit.*, pp. 299 y ss.; **MATA SIERRA**, *op. cit.*, pp. 133 y ss.; **APARICIO PÉREZ, A., ÁLVAREZ GARCÍA, S. y ARIZAGA JUNQUERA, M. C.**, *op. cit.*, pp. 50 y siguientes; y **PEREZ DE AYALA, J.**, y **PEREZ DE AYALA BECERRIL, M.**, *Fundamentos de derecho tributario*, (4ª ed.), Edersa, Madrid, 2000, pp. 374 y siguientes.

#### 4.2.1. Economía de mercado y libre competencia

Según CASADO OLLERO la economía de mercado es uno de los principios generales del derecho comunitario que más incidencia tienen en la armonización fiscal<sup>69</sup>. El mercado común, teniendo como pilares básicos la realización, bien de una total libertad de circulación de personas y factores de producción, bien de una total libertad de concurrencia, es la expresión de este principio.

De este principio deriva el de libre competencia. El principio de libre competencia está reflejado en el plano del Derecho comunitario en un conjunto de normas prohibitivas que forman la llamada disciplina comunitaria de la concurrencia. Una manifestación de ello está, por ejemplo, en la prohibición de ayudas estatales, que tiene repercusión directa en el campo del impuesto de sociedades. Hay que notar que, relacionado con la aplicación del principio en el campo de la actividad estatal, ha estado desde siempre el concepto de neutralidad, que significa que la actuación de los Estados no debe alterar substancialmente las condiciones de competencia, por lo que se podría hablar incluso en un principio de neutralidad, aplicable a toda actuación pública.

#### 4.2.2. No discriminación

Es sabido que el principio de no discriminación es, junto con el de libre competencia, el segundo gran pilar de la construcción del mercado común<sup>70</sup> y que está sobretodo relacionado con la realización de las libertades de circulación<sup>71</sup>. Su importancia para el tema de la armonización de la fiscalidad directa es de la máxima trascendencia.

---

<sup>69</sup> CASADO OLLERO, G., SANCHEZ GALIANA, J. A. y RUFIAN LIZANA, D. M., *op. cit.*, p. 57.

<sup>70</sup> CASADO OLLERO, G., *op. cit.*, p. 225.

<sup>71</sup> Sobre el principio de no discriminación y su relación con cada una de las libertades de circulación en materia tributaria ver en particular CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *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, 2001; y FARMER, P. y LYAL, R., *EC Tax Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 309 y siguientes.

El principio de no discriminación está establecido en el Tratado CE con carácter general en el art. 12, donde se establece la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad. Esta prohibición general se encuentra concretada en varias disposiciones referidas a las libertades de circulación, como son los art.s 39.2 (libre circulación de trabajadores), 43 (libertad de establecimiento), 49 (libre prestación de servicios) y 58.3 (libre circulación de capitales). En todas estas disposiciones, de conformidad con el citado art. 12, se establece la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad. De esta forma, se puede decir que el principio de no discriminación establecido en el Tratado CE es un principio de no 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. Sí son utilizados los conceptos de residencia y de localización de los activos. No obstante, en su labor jurisprudencial, el TJCE ha venido progresivamente extendiendo el alcance del principio en el campo tributario.

Esta extensión del principio de no discriminación se ha realizado fundamentalmente con base en que el principio de no discriminación debe ser entendido con alcance suficiente para cubrir situaciones de “discriminación indirecta o encubierta”<sup>72</sup>. Así, cuando el trato diferenciado se aplica a una categoría de personas formada principalmente por no nacionales, ello podrá configurar una discriminación encubierta o indirecta contra no nacionales<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Esta interpretación se ha establecido a partir del asunto -152/73, *Sotgiu v. Deutsche Bundespost*, ECR 1974, I-1779.

<sup>73</sup> Sobre este punto, ver, entre otros, **GARCÍA FRÍAS, A.**, *La necesaria armonización de la tributación de las personas físicas no residentes a la luz de la jurisprudencia del T.J.C.E.*, Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública, nº 242 (separata) (1996), p. 1028; **CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.**, *op. cit.*, p. 668; **LOPEZ RODRIGUEZ, J.**, *Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo e Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2001, p. 6.

La primera vez que el Tribunal ha aplicado este razonamiento en una cuestión relacionada con el tema de la tributación directa ha sido en el caso *Biehl*<sup>74</sup>. En él, el TJCE ha considerado contraria al principio de no discriminación del Tratado, en materia de libre circulación de trabajadores, la norma que limitaba a los residentes el derecho de devolución de 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*<sup>75</sup>, *Schumacker*<sup>76</sup>, o *ICI*<sup>77</sup>.

La cuestión que se plantea en este aspecto es de saber 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 deriva de la jurisprudencia del Tribunal la existencia de un nuevo principio de no discriminación por razón de la residencia. Sobre este punto, GARCÍA FRÍAS<sup>78</sup> sustenta que “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”. Otros autores, como VANISTENDAEL<sup>79</sup>, han insistido en subrayar la importancia y autonomía de un principio de no discriminación por razón de la residencia, que además estaría implícito en el principio de libre competencia y en las reglas, de él derivadas, relativas al ejercicio de las libertades de circulación.

---

<sup>74</sup> Asunto 175/88, *Klaus Biehl v. Administration des Contributions* ECR 1990, I-1779.

<sup>75</sup> Asunto C-330/91, *Commerzbank*, ECR 1993, I-4017.

<sup>76</sup> Asunto C-279/93, *Schumacker*, ECR 1995, I-225. Esta sentencia se comenta ampliamente por **GARCÍA FRÍAS, A.**, *La necesaria...*, *cit.*.

<sup>77</sup> Asunto C-264/96, *ICI*, ECR 1998, I-4711.

<sup>78</sup> **GARCÍA FRÍAS, A.**, *La necesaria ...*, *cit.*, p. 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.

<sup>79</sup> **VANISTENDAEL, F.**, *Tax revolution ...*, *cit.*, p. 155. Este autor 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”.

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 actualidad<sup>80</sup>.

#### **4.2.3. Competencias de atribución, subsidiariedad, proporcionalidad en la acción y mínima armonización**

El Tratado de la UE ha consagrado formalmente este principio al prescribir en el art. 5 del TCE que: “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...”. Desde entonces, el principio de subsidiariedad es uno de los más invocados en materia de armonización fiscal, y ello se debe precisamente a su función de instrumento para delimitar el campo de actuación de la Comunidad frente a la de los Estados<sup>81</sup>. Es decir, el principio de subsidiariedad actúa sobretodo como un primer límite sustantivo a la armonización fiscal<sup>82</sup>. Conjugado con la imprecisión que vimos que caracteriza el mandato contenido en el art. 94, y con la dificultad de definir los contornos de la relación entre ciertos aspectos de los sistemas fiscales y el mercado común, este principio de subsidiariedad ha condicionado efectivamente y de forma relevante el desarrollo de la armonización fiscal, en particular en el campo de la tributación directa.

---

<sup>80</sup> En este sentido, **CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.** (*op. cit.*, p. 662) califican este proceso como una “revolución extraordinaria de las bases y conceptos sobre los que asientan los sistemas tributarios nacionales de gravamen de los no residentes y de las inversiones en el extranjero”.

<sup>81</sup> **GARCÍA PRATS, F. A.**, *Incidencia... (I)...*, *cit.*, p. 304.

<sup>82</sup> **GRAU RUIZ, M. A. y HERRERA MOLINA, P. M.**, *op. cit.*, p.16.

Sin embargo, debemos resaltar la existencia de una evidente imprecisión en el empleo del término subsidiariedad, hecho que se reconoce en documentos oficiales de las instituciones comunitarias<sup>83</sup>.

Según la concepción más clásica, el principio de subsidiaridad significa que, habiendo necesidad de realizar una acción, ella debe ser llevada a cabo en el nivel superior de la organización política (en la comunidad más amplia) si la misma acción no puede realizarse, sin pérdida de eficacia, en el nivel inferior, es decir, por la comunidad más reducida<sup>84</sup>. Así, el principio de subsidiariedad se refiere fundamentalmente al *ejercicio* de las competencias que, en virtud del principio de las competencias de atribución, caben a la UE<sup>85</sup>. Puesto que se refiere solamente al ejercicio de competencias, o mejor dicho, al reparto del ejercicio de las competencias entre la Comunidad y los Estados, su aplicación presupone una delimitación previa del ámbito material de acción. Esta delimitación material de la acción a emprender debe realizarse en los términos generales del principio de la competencia de atribución que rige en el derecho comunitario. Es decir, el principio de subsidiariedad sólo actúa, repartiendo el ejercicio de competencias entre la Comunidad y los Estados, en materias que quepan en las atribuciones de la Comunidad, pues sólo en estas puede haber concurrencia de competencias de ejercicio entre los Estados y la Comunidad<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> GRAU RUIZ, M. A. y HERRERA MOLINA, P. M., *op. cit.*, p. 17.

<sup>84</sup> FAUSTO DE QUADROS, *O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 1995, p.18. Según este autor, el principio, tal como se encuentra formulado en el art. 3.b) TCE, se compone en dos elementos: un elemento negativo – la insuficiencia por parte de los Estados miembros – y un elemento positivo – la capacidad de la Comunidad para proseguir más eficazmente los objetivos del Tratado.

<sup>85</sup> En este sentido, MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, p. 48. FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, p. 43; GARCIA PRATS, F. A., *Incidencia ...(!)...*, *cit.*, p. 304; 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, Róterdam, num. 3), Kluwer International Law, La Haya, 1996, p. 34.

<sup>86</sup> Un ejemplo de aplicación del principio de subsidiariedad puede ser visto 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

Así, el momento de la definición del ámbito material de las atribuciones de la Comunidad es lógicamente anterior al momento de la repartición del ejercicio de competencias entre la Comunidad y los Estados<sup>87</sup>. Según el principio de la 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<sup>88</sup>. Tendríamos así que el elemento “necesidad de la acción” y los elementos “insuficiencia de la acción de los Estados y eficacia de la acción comunitaria” concurrirían para delimitar la competencia de la Comunidad pero en momentos sucesivos y lógicamente distintos.

Pero nos encontramos también con alguna indefinición en la doctrina a la hora distinguir estos dos momentos. FAUSTO DE QUADROS, por ejemplo, sostiene que el principio de subsidiariedad contiene el elemento de necesidad<sup>89</sup>, para en seguida subrayar que el principio de subsidiariedad se limita al reparto del ejercicio de las competencias que caben en las atribuciones de la Comunidad<sup>90</sup>. GARCÍA PRATS, ya con referencia específica al campo tributario, es más categórico al considerar sobre el principio de subsidiariedad, que “sólo se trata de un principio sobre el ejercicio de competencias que la Comunidad ya dispone en virtud del T.C.E. – sean estas exclusivas o concurrentes con los Estados”<sup>91</sup>.

Puede argumentarse que, en el campo de la armonización legislativa, la cuestión no tiene una importancia trascendente, ya que la acción comunitaria en materia de armonización exige siempre, por imperativo expreso, el elemento de

---

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.*, p. 31).

<sup>87</sup> Este orden lógico encontraría correspondencia en el art. 5 del Tratado que en su párrafo 1º enuncia el principio de la competencia por atribución, y en el párrafo 2º refuerza la restricción de las atribuciones de la Comunidad a través del principio de subsidiariedad (FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, p. 34).

<sup>88</sup> MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, p. 44;

<sup>89</sup> FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, p. 18.

<sup>90</sup> *Idem*, pp. 38 y siguientes.

<sup>91</sup> GARCIA PRATS, F. A., *Incidencia..., (I)...*, *cit.*, p. 304.

necesidad. El art. 3. 1h) TCE, que establece una competencia genérica para la armonización de legislaciones, condiciona esta competencia al criterio de necesidad, al estatuir que la aproximación de legislaciones debe hacerse en la medida necesaria al funcionamiento del mercado común. Por otro lado, la armonización legislativa no puede, por naturaleza, llevarse a cabo por los Estados. Tendríamos así que los dos elementos – necesidad y subsidiariedad – se confundirían, en el caso particular de la armonización de legislaciones. Es esta la idea que defiende FALCÓN Y TELLA al manifestar que “el principio de subsidiariedad” (...) no supone en realidad ninguna novedad en materia de armonización”<sup>92</sup>. Según este autor, la Comisión habría seguido siempre un criterio de subsidiariedad en materia de armonización tributaria, al limitar sus esfuerzos a aquellas materias en que resultaba imprescindible para hacer efectivas las libertades básicas consagradas por el Tratado.

Estamos de acuerdo con estos autores pero, en nuestra opinión, no debe inferirse, de la construcción señalada, que *necesidad de la acción y subsidiariedad* son la misma cosa. Lo que sí se sustenta es que cuando la acción de armonización se considera necesaria, el principio de subsidiariedad resulta asegurado, debido a la naturaleza propia de la acción armonizadora. Es decir, la armonización puede ser o no ser necesaria, en aplicación de los criterios explicitados en el art. 94 TCE. Si no es necesaria, no podrá llevarse a cabo, en virtud del principio de competencia de atribución y, más específicamente, del art. 3. 1 h) TCE. Si la acción es necesaria, por tratarse de una aproximación de legislaciones, no podría realizarse por los Estados, por lo que siempre se respetaría el principio de subsidiariedad.

Si aceptamos este planteamiento, que creemos ser correcto, 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, sobretodo económica, no es la más rigurosa<sup>93</sup>. De hecho, vemos empleado el concepto de “subsidiariedad” frecuentemente tanto en el sentido de

---

<sup>92</sup> FALCÓN Y TELLA, R., *El Derecho Fiscal Europeo*, en CORDÓN EZQUERRO (dir.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2001, p. 655. En el mismo sentido, GRAU RUIZ, M. A. y HERRERA MOLINA, P. M., *op. cit.*, p. 17.

<sup>93</sup> En el mismo sentido, BARENTS, R., *op. cit.*, p. 34.

“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<sup>94</sup>.

En este punto debemos introducir el concepto de “principio de la proporcionalidad en la acción”. Éste significa que la actuación comunitaria debe ser sólo la necesaria para conseguir los objetivos que se quieren alcanzar<sup>95</sup>. Está referido, por tanto, a la intensidad de la acción<sup>96</sup>. Lógicamente, el momento de evaluar las

---

<sup>94</sup> Un ejemplo muy evidente de aplicación del término “subsidiariedad” en este sentido se puede ver en **COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**, *Informe del Comité Ruding: conclusiones y recomendaciones del Comité de Expertos Independientes sobre la imposición de sociedades*, traducción de GUTIERREZ ANDRÉS, L., Hacienda Pública Española, - Monografías, nº 2-22 (1992), p. 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, 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 en la Unión Europea, Informe sobre la Evolución de los sistemas tributarios (“Segundo Informe Monti”)*, COM (96) 546 final, Bruselas, 22.10.1996, p. 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 **CNOSEN, S. y BOVENBERG, A. L.**, *A better alternative*, en BOVENBERG, CNOSEN, VANISTENDAEL y WESTENBURGEN, *Harmonization of company taxation in the European Community: some comments on the Ruding Committee Report*, Kluwer, Deventer, 1992, p. 41. Sobre esta cuestión puede verse aún el análisis realizado por **BARENTS, R.**, *op. cit.*, en lo que el autor concluye afirmando que “el principio de subsidiariedad es nada más que un *slogan* político” que en términos legales, podría “ser cualificado como polución del Derecho comunitario”.

<sup>95</sup> **CASADO OLLERO**, *op. cit.*, p. 223. Un entendimiento diverso del significado del principio de proporcionalidad véase en **MATA SIERRA, M. T.**, *op. cit.*, p. 172; **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, Róterdam, num. 3), Kluwer International Law, La Haga, 1996, p. 34.

<sup>96</sup> **GARCIA PRATS, F. A.**, *Incidencia... (I)...*, *cit.*, p. 304; **GRAU RUIZ, M. A. y HERRERA MOLINA, P. M.**, *op. cit.*, p. 18; **PEREZ DE AYALA, J.**, y **PEREZ DE AYALA BECERRIL, M.**, *op. cit.*, p. 389) consideran un principio

proporcionalidad de la acción supone que ya han sido aplicados los elementos de “necesidad de la acción” en vista de los fines comunitarios y de subsidiariedad<sup>97</sup>.

Para algún sector de la doctrina, también el principio de la proporcionalidad estaría de alguna forma contenido en el principio de la subsidiariedad, en el ámbito de las competencias compartidas<sup>98</sup>. No estamos de acuerdo. Más bien somos partidarios de la posición según la cual el principio de la proporcionalidad debe ser considerado de forma autónoma. No es difícil encontrar ejemplos adecuados para una aplicación separada de los dos principios en la armonización de la tributación directa. Como hemos visto ya, identificada una distorsión fiscal, que justifica una acción armonizadora comunitaria, se abre una variedad de hipótesis de soluciones técnicas, que se distinguen precisamente por sus diferentes grados de intervención sobre el ordenamiento jurídico de los Estados, siendo esto lo que en mayor medida influye en la elección de la solución final. Pero con ello no estamos operando en el campo del principio de subsidiariedad, sino que se está aplicando el principio de la proporcionalidad.

Estrechamente relacionado con el principio de la proporcionalidad, está el principio de mínima armonización que ha sido establecido en el derecho comunitario por el TJCE en la sentencia sobre el asunto *Cassis de Dijon* en 1979<sup>99</sup>. Aunque pueda considerarse este principio como una aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad al campo de la armonización legislativa, este aporta alguna

---

de la proporcionalidad en sentido lato, que estaría formado por tres elementos “íntimamente unidos”: La idoneidad, que supone 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.

<sup>97</sup> El TJCE ha empleado algunas veces el concepto de proporcionalidad en la acción con otro sentido, aplicado a la acción de los Estados. A este propósito ver, por ejemplo, la sentencia proferida por el Tribunal en el caso *Safir* (Asunto C-118/96, *Jessica Safir*, ECR 1997, p. I-1897).

<sup>98</sup> En este sentido **GRAU RUIZ, M. A. y HERRERA MOLINA, P. M.**, *op. cit.*, p. 18: “la pertinencia de una medida atiende también a la intensidad con que ha de aplicarse”.

<sup>99</sup> Sobre este punto ver **MARTÍN JIMENEZ, A. J.**, *Towards corporate tax harmonization in the European Community*, Kluwert, London, 1999, p. 123.

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 aunque 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, siempre que ello suponga conservar un mayor grado de soberanía<sup>100</sup>.

Si quisiéramos ilustrar la separación entre los elementos de “necesidad en la acción” y “subsidiariedad o mejor realización al nivel comunitario”, podríamos aún recurrir a un ejemplo de la tributación directa. Una vez identificada una distorsión fiscal de ello no deriva automáticamente la necesidad de una acción comunitaria. Puede que los Estados tengan la capacidad de solucionar ese problema. Esto es lo que ha pasado con el “Convenio sobre arbitraje”, ya mencionado antes<sup>101</sup>, 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<sup>102</sup>.

En conclusión, defendemos que es el principio de competencias de atribución, y no el de subsidiariedad, el único que puede ser utilizado para delimitar el campo de la armonización de la tributación directa<sup>103</sup>. Una vez delimitado este campo, hay que considerar si los mismos objetivos que se pretenden alcanzar a través de la armonización pueden ser conseguidos a través de otro medio, que no la armonización, a ser empleado al nivel de los Estados. En este punto estaremos aplicando el principio

---

<sup>100</sup> MARTÍN JIMENEZ, A. J., *Towards ...*, cit., p. 124.

<sup>101</sup> Ver nota 3.

<sup>102</sup> FALCON Y TELLA, R., *Introducción al derecho financiero y tributario de las Comunidades Europeas*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 139.

<sup>103</sup> En este sentido, VOGEL, K., *op. cit.*, p. 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 art. 94, es decir, si puede tener lugar un acto armonizador, constituye una cuestión a decidir mediante aplicación del principio de competencias de atribución.

de la subsidiariedad. De una vez que se decida que el medio más adecuado es la armonización, que necesariamente se llevará a cabo al nivel de la UE, luego deberá garantizarse que el grado de armonización a efectuar no excede lo necesario, según los principios de la proporcionalidad en la acción y de mínima armonización.

Falta referir, a propósito del principio de subsidiariedad, que éste debe relacionarse con el de progresión al que se refiere MATA SIERRA<sup>104</sup>, señalando que la repartición del ejercicio de competencias que pueda resultar de la aplicación del principio de subsidiariedad, debe acompañar la dinámica del proceso de integración europea, respondiendo a las exigencias puestas en cada nueva fase de este proceso.

### **4.3. Principios específicos de la armonización fiscal**

Junto a los principios generales del derecho comunitario con incidencia en el campo tributario, encontramos un conjunto de principios específicos de la armonización tributaria, expresos unos, y otros elaborados por la doctrina y por la jurisprudencia.

#### **4.3.1. Equidad internacional**

Aunque no lo encontremos expresamente en los documentos oficiales, este es un principio básico de toda política de armonización fiscal<sup>105</sup> y 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 que los rendimientos son generados a través de operaciones que resultan de la interacción de varias economías nacionales, está en el centro de toda problemática de la armonización de la imposición directa. Por esto el principio de equidad internacional es un de los más sobresalientes en el plano de la armonización tributaria.

---

<sup>104</sup> MATA SIERRA, M. T., *op. cit.*, p. 170.

<sup>105</sup> LAGARES CALVO, M. J., *op. cit.*, p. 158.

### 4.3.2. Neutralidad fiscal

El principio de neutralidad fiscal es quizás el principio específico más importante en la temática de este estudio, ya que se confunde con el propio fundamento de la acción de armonización fiscal<sup>106</sup>. El concepto de neutralidad ha sido desarrollado sobretudo en el campo de la ciencia económica, que lo ha elegido como el punto de referencia primario para definir la relación óptima entre el sistema fiscal y el objetivo de realización del mercado común. El Informe Neumark lo define en el sentido de que las normas fiscales no deben impedir que las inversiones, los capitales, el trabajo y las empresas se dirijan o elijan otros lugares para localizarse, diferentes de aquellos que serían naturalmente o técnicamente los más favorables. El informe establece además una conexión clara entre este principio y el de libre competencia<sup>107</sup>, de forma que la neutralidad de los sistemas fiscales sería un imperativo comunitario derivado del mismo concepto de mercado común y de la obligación general de libre competencia a la que los Estados se han comprometido<sup>108</sup>.

El criterio de neutralidad fiscal ha estado efectivamente en la base de todo el debate sobre la armonización de la tributación directa en la UE. Sin embargo, la concreción del principio se ha revelado prolífica en dificultades. En gran medida, estas dificultades derivan de que el desarrollo de un sistema basado en la neutralidad exige un elevado grado de armonización, que colisiona con el principio de subsidiariedad<sup>109</sup>.

### 4.3.3. Coherencia de los sistemas tributarios

---

<sup>106</sup> Según **MATA SIERRA, M. T.**, (*op.cit.*, p. 141) la importancia de este principio “radica en que el logro de los objetivos por el T.C.E.E. no puede alcanzarse sin la existencia de neutralidad fiscal”.

<sup>107</sup> **COMITÉ FISCAL Y FINANCIERO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA**, *op. cit.*, p. 104.

<sup>108</sup> **CASADO OLLERO, SÁNCHEZ GALIANA y RUFIAN LIZANA**, *op. cit.*, p. 41.

<sup>109</sup> **CNOSSEN, S. y BOVENBERG, L.**, *Company tax harmonization in the European Union: some further thoughts on the Ruding Committee report*, en BLEJER y TER-MINASSIAN (ed.), *Macroeconomic dimensions of public finance*, Routledge, London, 1997, p. 165.

Fue en el caso *Bachman*<sup>110</sup> donde el TJCE, por la vez primera, ha reconocido la necesidad de garantizar la coherencia del sistema tributario y ha admitido la posibilidad de que la misma necesidad de coherencia pudiese justificar un trato fiscal restrictivo de las libertades de circulación. En el mismo año, el Tribunal volvió a reconocer el principio en *Comisión v. Bélgica*<sup>111</sup>.

Tras estas dos sentencias, el argumento de coherencia de los sistemas fiscales ha sido invocado repetidamente por los Estados, pero el Tribunal no ha vuelto a aplicarlo. La regla que ha permitido al Tribunal recusar la aplicación del principio de coherencia ha sido la necesidad de que exista un vínculo directo entre la ventaja fiscal sobre la cual existe discriminación y otro impuesto, a través del cual la misma ventaja fiscal resulta compensada. Este ha sido el pronunciamiento en *Svensson*<sup>112</sup> y, más recientemente, en los casos *Baars*<sup>113</sup> y *Verkooijen*<sup>114</sup>. En este último caso, el Tribunal volvió a afirmar que restricciones a las libertades de circulación “podían resultar justificadas por razones imperiosas de interés general, y en particular por razones de coherencia del régimen tributario...”. Pero tal como en la sentencia anterior, el Tribunal ha rehusado, en este caso concreto, la aplicación la regla de coherencia por considerar que no existe un vínculo directo entre la ventaja en cuestión – una exención sobre dividendos – y la sujeción a gravamen de los beneficios societarios correspondientes<sup>115</sup>.

Ante la escasa consistencia en la aplicación de la regla por parte del Tribunal, la práctica generalidad de la doctrina duda en reconocer la existencia del principio<sup>116</sup>,

---

<sup>110</sup> Asunto C-204/90, *Bachman*, ECR 1992, I-249.

<sup>111</sup> Asunto C-300/90, *Comisión v. Bélgica*, ECR 1992, I-305.

<sup>112</sup> Asunto C-484/93, *Peter Svensson y Lena Gustavsson v. Ministre du Logement et de l'Urbanisme*, ECR 1995, I-3955.

<sup>113</sup> Asunto C-251, *Baars*, ECR 2000, I-2787.

<sup>114</sup> Asunto C-35/98, *B.G.M. Verkooijen*, ECR 2000 I-4073, 4109, 4113.

<sup>115</sup> La sentencia en examen se comenta en la perspectiva señalada en el texto por **SANZ GADEA, E.**, *Aspectos internacionales de la política fiscal (I)*, Impuestos, num. 13 (2001), p. 25 y siguientes.

<sup>116</sup> **CARBAJO VASCO, D.** (*El proceso...*, *cit.*, p. 95) reconoce la existencia del principio de coherencia, mientras **LOPEZ RODRIGUEZ, J.** (*op. cit.*, p. 8) considera dudosa la validez del principio. En este último sentido, también, **EDEN, S.**, (*Corporate Tax Harmonization in the European Community*, British Tax

## La Armonización de la Tributación de los Beneficios Societarios en la Unión Europea

mientras algunos afirman que el principio ha sido eliminado en la jurisprudencia más reciente de TJCE<sup>117</sup>.

---

Review, num. 6 (2000), p. 641), para quien el principio de coherencia existe “más en potencia que realidad”.

<sup>117</sup> VANISTENDAEL, F., *Tax revolution...*, cit., p. 155.

## II CAPÍTULO: LA RELACIÓN ENTRE TRIBUTACIÓN DE BENEFICIOS SOCIETARIOS Y DE CAPITAL Y EL MERCADO COMÚN

### 1. Relación entre sistema fiscal y mercado común

Una vez aceptado que el principal principio armonizador en el plano fiscal está constituido por el objetivo de la realización y buen funcionamiento del mercado común<sup>118</sup>, cabe cuestionar de qué forma se establece la relación entre las divergencias de la ley fiscal y el mercado común y, sobretodo, se impone definir las condiciones en que tal relación puede dar lugar a un acto armonizador. En este punto reside la cuestión clave de toda la armonización de la tributación directa y, en particular, del impuesto de sociedades. El mandato conferido por el art. 94 del Tratado CE limita expresamente la potestad de armonización a aquellas disposiciones “que tengan incidencia directa en el establecimiento o en el funcionamiento del mercado común” y, aunque el precepto no lo diga, resulta evidente que esta incidencia ha de ser una incidencia obstaculizadora, no favorable a la realización o al buen funcionamiento del mercado común. Pero, como resalta BOUZA VIDAL, constituye este un criterio material “muy amplio y genérico” que, por su imprecisión terminológica, deja un considerable margen de discrecionalidad a las instituciones comunitarias<sup>119</sup>. Para precisar esta relación entre fiscalidad y mercado común se recurre tradicionalmente a dos conceptos: el de distorsión fiscal y el de neutralidad fiscal.

#### 1.1. La noción de distorsión fiscal

La doctrina española acepta la definición de distorsión fiscal propuesta por el Profesor FUENTES QUINTANA: “la existencia de una discriminación de origen fiscal que

---

<sup>118</sup> MILLÁN MORO, L., *op. cit.*, p. 24.

<sup>119</sup> BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pp. 171-172.

altera las condiciones de concurrencia de un mercado, de tal suerte que se provoquen modificaciones apreciables en las corrientes normales de tráfico”<sup>120</sup>. Pero el término distorsión fiscal no es unívoco en su significado<sup>121</sup>, como la misma formulación citada deja entrever.

La primera dificultad de la noción de distorsión viene de que la misma presupone una definición de una base de referencia, una situación que pueda ser considerada normal u óptima, por contraposición a la cual se puede reconocer la situación de distorsión. En otras palabras, verificar si estamos ante una distorsión presupone configurar cual sería la situación en ausencia del aspecto distorsionante, 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<sup>122</sup>.

En el marco de la Unión Europea se ha hecho uso del propio concepto de mercado común para superar esta dificultad. Así, por ejemplo, el Informe Neumark, para delimitar el campo de la armonización fiscal, ha tomado por base la noción de mercado común, definiéndolo como un mercado con características parecidas a las de un mercado interior<sup>123</sup>. Refiriéndose a esta definición, subraya MATA SIERRA<sup>124</sup> que “es imprecisa y no detalla hasta qué punto las condiciones de tributación o los gastos han de asimilarse a las economías unificadas, si han de hacerlo en gran medida o un mínimo parecido con las mismas nos permite hablar de armonización fiscal”.

---

<sup>120</sup> **FUENTES QUINTANA, E.**, *Hacienda Pública. Principios y estructura de la imposición*, I.R. García Blanco, Madrid, 1986, p. ¿?; formulación idéntica propone **CALLE SAÍZ, R** (*La armonización...*, *cit.*, p. 4); sobre el concepto de distorsión y su aplicación al campo fiscal ver también **MUSGRAVE, R. A.**, y **MUSGRAVE, P. B.**, *Hacienda pública teórica y aplicada*, 2ª edición, Instituto de Estudios Fiscales, traducción de LOZANO IRUESTE, J. M., Madrid, 1986, pp. 430 y siguientes.

<sup>121</sup> Para una descripción de las varias definiciones propuestas para el concepto de distorsión fiscal véase **CALLE SAÍZ**, *La armonización...*, *cit.*, pp. 1 y ss.

<sup>122</sup> **CALLE SAÍZ**, *La armonización...*, *cit.*, p. 3.

<sup>123</sup> **COMITÉ FISCAL Y FINANCIERO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA**, *op. cit.*, p. 104.

<sup>124</sup> **MATA SIERRA, M. T.**, *op. cit.* p. 45.

Es sabido que el concepto de mercado común ha evolucionado en el marco de la integración europea, primeramente con base en los pilares fundamentales de las libertades de circulación y de la libre competencia y, desde el Acta Única, por referencia al concepto de mercado interior, un mercado sin “fronteras físicas, técnicas, administrativas o fiscales”, es decir, un mercado en el que se garantice un ejercicio sin trabas de las libertades de circulación<sup>125</sup>. En nuestra opinión, el concepto de mercado interior, cuya esencia reside en la similitud con un mercado nacional, debe ser la referencia fundamental para la identificación de distorsiones en el campo fiscal, a pesar de sus limitaciones. Así, distorsión fiscal en el seno del mercado común, europeo será una modificación apreciable en las corrientes de tráfico, por referencia a lo que sería presumiblemente la configuración de las mismas corrientes en un mercado similar a un mercado interior. Las dificultades serán de mayor calado cuando se trate de dar el paso siguiente, que será el de concebir soluciones que eliminen tales distorsiones y aproximen el sistema de las condiciones de un mercado interior.

La segunda dificultad ligada al concepto de distorsión fiscal, está producida porque existen distorsiones fiscales de diversas clases, según su origen, o en cuanto a la amplitud, la intensidad y el plano de incidencia de sus efectos. Tales distorsiones no son independientes entre sí, si no que forman algo similar a un entramado de pesos y contrapesos, de modo que no es extraño que la eliminación de un aspecto considerado distorsionante provoque nuevas distorsiones no previstas o perjudique la eliminación de otras ya existentes. Nótese que, en la formulación propuesta por FUENTES QUINTANA, se consideran como distorsiones fiscales aquellas que provocan modificaciones “apreciables” en las corrientes de tráfico, implicando una evaluación de la intensidad del efecto distorsionante<sup>126</sup>. Así, una política de armonización presupone siempre evaluar la importancia relativa de las distorsiones existentes y previsibles y un proceso de selección de aquellas que se quieren eliminar<sup>127</sup>. Esta selección con

---

<sup>125</sup> **CARBAJO VASCO, D.**, *La armonización fiscal de la imposición directa en la Comunidad Económica Europea*, Cuadernos de Actualidad, num. 5 (1995), p. 136.

<sup>126</sup> El aspecto señalado de la necesidad de valorar relativamente las distorsiones es resaltado por **CALLE SÁIZ, R.** (*La armonización...*, cit., p. 5).

<sup>127</sup> Sobre la clasificación de las distorsiones fiscales, idem, p. 5.

frecuencia exige una definición previa de los objetivos, que son, en su esencia, fundamentalmente políticos. Respecto a esto se subraya que, para que el debate sobre la relación entre tributación directa y mercado común sea útil, hay que mantener clara una distinción entre una aportación de contenido esencialmente económico-financiero, que permite identificar las distorsiones y formular soluciones alternativas, y el plano de la decisión política, impregnado por una multitud de valoraciones que no tienen a veces ninguna relación con objetivos de eficiencia económica<sup>128</sup>.

Para que se pueda decir que una distorsión fiscal corresponde a la previsión del art. 94 o del art. 2., n.1, alinea h) TCE y que por tanto debe dar lugar a una medida de armonización, es necesario además que esa distorsión tenga una “incidencia directa (nefasta) sobre el funcionamiento del mercado común”, es decir, que constituya un obstáculo al funcionamiento del mercado común. Esto no depende solamente de la intensidad del efecto distorsionante, que ya vimos como era un elemento del propio concepto de distorsión, sino también de la naturaleza de la distorsión. Este es un aspecto que será retomado adelante, pero la idea que dejamos desde este momento abierta es que es posible que el mercado común deba convivir con algunas distorsiones.

A propósito del concepto de distorsión fiscal propuesto por FUENTES QUINTANA, cabe señalar además que no sólo las disparidades en las leyes fiscales pueden dar origen a una distorsión<sup>129</sup>. Puede darse el caso de que exista uniformidad en un determinado aspecto del impuesto y así mismo puede producirse una distorsión, como es el caso de la doble imposición internacional de beneficios o de dividendos<sup>130</sup>. Basta que los distintos países utilicen simultáneamente los principios de residencia y de la fuente, como ocurre en general, para que haya doble imposición, incluso cuando las normas fiscales son perfectamente uniformes. Otro ejemplo será el de la doble imposición resultante de la corrección unilateral de precios de transferencia. Así, el

---

<sup>128</sup> BIRD, R. M., *Corporate-personal ...*, cit., p. 247.

<sup>129</sup> Aunque con mucha frecuencia se encuentre esta asimilación del concepto de distorsión fiscal al de disparidad legislativa (ver por ejemplo, VANISTENDAEL, F., *Comments on the Ruding Committee Report*, EC Tax Review, 1 (1992), p. 6); o TERRA, B., y WATTEL, P., *op. cit.*, p. 102.

<sup>130</sup> En este sentido, ANDEL, N., *op. cit.*, p. 299.

término distorsión no debe asociarse apriorísticamente con el de discriminación, sino que la discriminación es simplemente una forma que pueden revestir las disposiciones que son fuente de distorsiones. Adelante volveremos de forma más detallada a este tema.

## 1.2. La noción de neutralidad

Los economistas que se han ocupado del tema de la coordinación o armonización fiscal han hecho referencia, de modo general, al concepto de neutralidad fiscal, como criterio principal para establecer una relación relevante entre tributación directa y el funcionamiento de un mercado integrado<sup>131</sup>.

Se suele definir neutralidad fiscal como la condición existente en un mercado en el que las decisiones de los agentes económicos no están determinantemente influidas por los aspectos de orden fiscal<sup>132</sup>. El principio de neutralidad fiscal y la necesidad de su desarrollo en el marco de la tributación directa han sido afirmados de forma reiterada y constante desde el informe elaborado por el Comité Neumark en 1962<sup>133</sup>, justificado por el postulado del objetivo de máxima eficiencia en la asignación de los recursos en el mercado común.

El Tratado CE no afirma expresamente el principio de neutralidad o de máxima eficiencia en la asignación de los recursos<sup>134</sup>. Lo único precepto del Tratado en que se

---

<sup>131</sup> Para una revisión de los conceptos de neutralidad y de los varios modelos propuestos, ver: **MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.**, *Towards...*, pp. 19 y siguientes; **TERRA, B., y WATTEL, P.**, *op. cit.*, pp. 107 y siguientes.

<sup>132</sup> **IZQUIERDO LLANES, G.**, *La armonización y la competencia fiscal: eficiencia frente a equidad*, *La armonización y la competencia fiscal: eficiencia frente a equidad*, en *La armonización fiscal en la Unión Europea*, Hacienda Pública Española – Monografías (1997), p. 48; **MUSGRAVE, P.B.**, *Interjurisdictional coordination...*, *cit.*, p. 205; **TERRA, B., y WATTEL, P.**, *op. cit.* p. 108.

<sup>133</sup> **COMITÉ FISCAL Y FINANCIERO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA**, *op. cit.*, p. 104.

<sup>134</sup> Sobre el concepto de eficiencia ver **MUSGRAVE, R. A., y MUSGRAVE, P. B.**, *op. cit.*, p. 88. Según el criterio propuesto por Pareto (principio de eficiencia de Pareto), “una ordenación económica dada es eficiente si no puede existir una nueva ordenación que deje a alguien en mejor posición sin empeorar la de otros”

encuentra referencia al objetivo de la eficiencia, es el art. 98 (ex art. 102-A) 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. Para algunos autores, el principio resultaría de los objetivos enunciados en los arts. 2 y 3 del Tratado<sup>135</sup>, mientras que para otros el mismo principio se deduciría del propio concepto de mercado único<sup>136</sup>.

El criterio genérico de neutralidad puede concretarse en una variedad de aspectos del comportamiento de los agentes económicos, de tal modo que se podría hablar de varios criterios de neutralidad. Se puede hablar de neutralidad respecto de la forma jurídica de las empresas, de la forma de financiación, de las fuentes de financiación. A cada uno de estos aspectos, los países les otorgan una importancia variable<sup>137</sup>. Pero el punto que ha dominado ampliamente el debate sobre la armonización de la tributación directa es el de la neutralidad respecto de la localización de las inversiones [la llamada neutralidad en la localización o neutralidad en la exportación de capital (NEC)]. Se comprende fácilmente que sea así, una vez que la construcción del mercado común está conectada sobre todo con la integración económica en el espacio geográfico del conjunto de los países y, para ello, constituye un factor decisivo la localización de las inversiones. Debe notarse, sin embargo, que, como varios autores han observado<sup>138</sup>, la existencia de distorsiones en aspectos como

---

<sup>135</sup> **MARTÍN JIMENEZ, A. J.**, *Towards...*, cit., p. 8; **CARBAJO VASCO, D.**, *El proceso...*, cit., p. 91.

<sup>136</sup> 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., p. 91; en el mismo sentido, **CNOSEN, S. y BOVENBERG, L.**, *Company tax ...*, cit., p. 165.

<sup>137</sup> Como ejemplo, en 1992, **KNOBBE-KEUK** observaba que la cuestión de la neutralidad fiscal entre beneficios retenidos y distribuidos era de gran sensibilidad para Alemania, a causa de su influencia sobre el funcionamiento de los mercados de capitales (*The Ruding Committee Report – an Impressive Vision of European Company Taxation for the Year 2000*, EC Tax Review, nº 1 (1992), p. 28.

<sup>138</sup> **CNOSEN, S. y BOVENBERG, L.** (*Company tax ...*, op. cit., pp. 171 y siguientes) sustentan que un tratamiento fiscal que favorece la deuda como fuente de financiamiento, mientras penalice la emisión

la fuente de financiación (deuda, emisión de capital o retención de beneficios), acaban teniendo un efecto indirecto importante en la repartición geográfica del capital<sup>139</sup>.

La neutralidad en la exportación de capital, puede definirse como la condición existente en un mercado en el que la opción de localización de las inversiones entre las varias jurisdicciones del sistema (mercado común, unión económica o federación de Estados) no está influida significativamente por factores fiscales. O, dicho de otro modo, en que un inversor X residente en el Estado A soporta la misma carga fiscal invirtiendo en A, B o C<sup>140</sup>. De esta forma, el inversor aplicará su capital en la jurisdicción con la productividad marginal más alta, es decir, en el país con la rentabilidad marginal de capital más elevada antes de impuestos.

El criterio de neutralidad en la exportación de capital ha influido de tal modo el debate sobre armonización de la tributación directa en la UE, que justifica que se le dispense una explicación más detallada.

---

de capital, tiene un efecto discriminatorio contra las pequeñas y medianas empresas, sobretudo las más jóvenes. Este efecto, a su vez, acaba por traducirse en una ventaja para las multinacionales (aquellas que son suficientemente lucrativas como para poder deducir integralmente los costes de la deuda en la base imponible) que están concentradas en un pequeño número de países. De modo similar, un tratamiento fiscal que favorece la retención de beneficios en comparación con la emisión de nuevas acciones, tiene por efecto reducir el volumen de capital disponible en los mercados europeos de capitales, retrayendo el desarrollo de los mercados de valores mobiliarios, que sería favorable a un desarrollo de nuevas empresas.

<sup>139</sup> Sobre las implicaciones de diferentes tratamientos fiscales aplicados a distintas formas de financiación para el problema de la neutralidad, **BOND, R. S.**, *Levelling up or leveling down? Some reflections on the ACE and CBIT proposals, and the future of the corporate tax base*, in CNOSEN, S. (ed), *Taxing capital income in the European Union: issues and options for reform*, Oxford University Press, Nueva York, 2000.

<sup>140</sup> **MUSGRAVE, P.B.**: *Interjurisdictional equity...*, cit., p. 48; *Interjurisdictional coordination ...*, cit., p. 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 CORDÓN EZQUERRO (dir.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2001, p. 58.

La condición de neutralidad en la exportación de capital puede ser realizada básicamente de dos modos: i) a través de la igualación del tipo efectivo de tributación en todos los países que integran el sistema (lo que corresponde al *equalization approach* de DOSSER<sup>141</sup>), con lo que sería indiferente, a efectos de neutralidad, si las rentas tributan en la fuente o en la residencia; ii) a través de un modelo de tributación de las rentas “interjurisdiccionales” basado en el principio de la residencia.

Una vez que la igualación de tipos efectivos se considera un objetivo 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, basado en el principio de residencia<sup>142</sup>. No olvidemos que la obligación de tipos efectivos obligaría a igualar tanto los tipos nominales, como la base, incluso las deducciones a cuota y, para algunos autores, también el sistema de integración del impuesto de sociedades en el impuesto sobre la renta<sup>143</sup>.

Este sistema admite varias posibilidades, pero en todas ellas el Estado de residencia somete a tributación a sus residentes teniendo en cuenta su renta universal, es decir, sujeta a gravamen la totalidad de las rentas obtenidas por el residente, incluyendo en esa base universal tanto las rentas obtenidas en el país de residencia como aquellas que fueron obtenidas en el exterior<sup>144</sup>. Teóricamente, es posible concebir un modelo en el que todos los países o jurisdicciones que integren el sistema acuerden prescindir de la tributación en la fuente y sólo sea adoptada la tributación en la residencia, tanto en la tributación de personas físicas como de sociedades. En realidad, sin embargo, se reconoce que esta es una posibilidad extremadamente remota ya que, por lo que se refiere a la tributación de las sociedades, el principio de la fuente se encuentra solidamente enraizado en el Derecho fiscal internacional desde

---

<sup>141</sup> Ver nota 45.

<sup>142</sup> **MUSGRAVE, P.B.**, *Interjurisdictional equity...*, cit., p. 48; *Interjurisdictional coordination ...cit.*, p. 205; **RUBIO GUERRERO, J.**, *op cit.*, p. 58.

<sup>143</sup> **BIRD, R. M.**, *Corporate-personal...*, cit., p. 238.

<sup>144</sup> **XAVIER, A.**, *Direito tributário internacional. Tributação das operações internacionais*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 203; **RUBIO GUERRERO, J.**, *op cit.*, p. 42.

hace décadas<sup>145</sup>. Se apuntan para esto razones históricas, de equidad internacional y de eficacia administrativa<sup>146</sup>. El hecho es que nos encontramos en la práctica generalidad de los países de la OCDE con un sistema de tributación basado en una aplicación combinada del criterio de la fuente y de la residencia. Obviamente, este sistema tiene por efecto la producción de doble tributación internacional de las rentas interjurisdiccionales.

Pero cuando se produce la doble imposición internacional es precisamente porque se carece de neutralidad. En presencia de la doble imposición internacional no es igual, para un inversor residente en A, invertir en A, en B o en C, ya que al invertir en B o en C quedará sujeto a un nivel de imposición más elevado. Por esta razón, un modelo que tenga como objetivo realizar la condición de neutralidad en la localización tendrá que contener mecanismos que anulen los diferenciales de tipo efectivo de gravamen entre las varias jurisdicciones y que, al mismo tiempo, eliminen o atenúen la doble imposición internacional. Existen diversos mecanismos que permiten obtener este doble efecto<sup>147</sup>. Pero, a fin de eliminar totalmente, al mismo tiempo, la doble

---

<sup>145</sup> **MUSGRAVE, P.B.:** *Interjurisdictional equity...*, cit., p. 47; *Interjurisdictional coordination ...*, cit., p. 202; Ver también, **CNOSEN** y **BOVENBERG**, *Company tax...*, p. 168; **RUBIO GUERRERO, J.**, *op cit.*, p. 43.

<sup>146</sup> **MUSGRAVE, P.B.**, *Interjurisdictional coordination... cit.*, p. 202.

<sup>147</sup> El problema de la neutralidad en la localización de la inversión respecta tanto el impuesto sobre sociedades (a través el cual se realiza la neutralidad para las inversiones reales) como el impuesto personal (a través el cual se realiza la neutralidad para las inversiones de *portfolio*). Teóricamente se pueden concebir los siguientes mecanismos para realizar la condición de neutralidad: a) el crédito fiscal, segundo el cual el Estado de residencia permite que la cantidad paga (en concepto de impuesto de sociedades o personal) en la fuente y referente a rentas interjurisdiccionales y incluidas en la base universal de su residente, sea deducida al importe del impuesto calculado sobre esta base. Este crédito fiscal puede ser total o limitado al importe del impuesto que correspondería en la residencia sobre la misma renta. En el primer caso, y se el impuesto pago en la fuente es superior al impuesto que correspondería a la misma renta en la residencia, el Estado de residencia deberá reembolsar el contribuyente por la diferencia, y sólo en este caso realiza plenamente la condición de neutralidad; b) un segundo mecanismo posible es el de "deducción", a través el cual el Estado de residencia permite al contribuyente residente incluir en su base universal la renta obtenida al exterior, líquida del impuesto soportado en la fuente (en concepto de impuesto de sociedades o personal). Este mecanismo no elimina totalmente la doble tributación internacional y por la misma razón tampoco permite realizar plenamente la condición de neutralidad en la exportación de capitales; c) el tercer mecanismo consiste

imposición y las diferencias de tipo efectivo, es necesario que el Estado de residencia reembolse íntegramente al contribuyente la diferencia del exceso que este ha soportado en la fuente, cuando el tipo efectivo de impuesto sea más elevado en la fuente que en la residencia<sup>148</sup>. Así, si los tipos efectivos se igualan en los dos países, el Estado de residencia prescinde simplemente de gravar. Si el tipo es superior en la residencia, el Estado de residencia recauda apenas la diferencia. Si el tipo es superior en la fuente el Estado de residencia debe devolver la diferencia<sup>149</sup>.

Lo que tenemos en estas situaciones es, por tanto, un sistema de reparto internacional de las bases, basado nominalmente en el principio de residencia. Decimos nominalmente ya que las rentas están sujetas a una tributación definitiva en el Estado de la fuente, que además decide unilateralmente sobre el tipo a aplicar. Para el Estado de residencia queda simplemente el papel de anular la diferencia con relación a su propio nivel de imposición, aunque para eso tenga que reembolsar al contribuyente (cuando el impuesto de la fuente sea superior) por un impuesto que no ha ingresado<sup>150</sup>.

---

en exentar o aplicar un tipo reducido sobre las rentas de fuente externa. Solo en caso de exención total se elimina totalmente la doble tributación internacional pero esto no será bastante para realizar la condición de neutralidad si el impuesto soportado en la fuente es superior al que correspondería a la misma renta en la residencia; d) un cuarto mecanismo aún puede consistir en aplicar en la residencia un impuesto compensatorio autónomo sobre las rentas de fuente externa, cuyo importe corresponderá exactamente al diferencial entre el impuesto soportado en la fuente y el que correspondería en la residencia. Teóricamente este impuesto podrá ser negativo en el caso de que el impuesto de la fuente sea superior al impuesto de la residencia. En todos los mecanismos descritos se puede ver que el Estado de residencia, a fin de eliminar los diferenciales de tributación aplica un impuesto, positivo o negativo, sobre la renta de fuente externa, de tal modo que, combinado con el impuesto soportado en la fuente resulte en una carga fiscal igual a que el Estado de residencia impondría sobre una renta e fuente interna (MUSGRAVE, P.B., *Interjurisdictional equity...*, cit., p. 48)

<sup>148</sup> RUBIO GUERRERO, J., *op cit.*, p. 58; y MUSGRAVE, P.B., *Interjurisdictional coordination...*, cit., p. 210. Esta última autora designa esta modalidad como "crédito pleno".

<sup>149</sup> MUSGRAVE, P.B., *Interjurisdictional coordination...*, cit., pp. 210 -213.

<sup>150</sup> Este sistema ha sido puesto en práctica en Estados Unidos de Norteamérica al final de la Segunda Guerra Mundial (McLURE, E., Jr., *Coordinating business taxation in the Single European Market: the Ruding Committee Report*, EC Tax Review, 1 (1992), p. 15).

Los sistemas de neutralidad en la exportación de capital, basados en un principio de residencia, presentan en su aplicación práctica una serie de dificultades considerables, algunas de las cuales quedan patentes ya en la descripción hecha anteriormente<sup>151</sup>.

La primera es de carácter administrativo. El sistema se asienta en el presupuesto de que el Estado de residencia tiene conocimiento de las rentas obtenidas por sus residentes en el exterior, lo que debe ser conseguido, bien a través de declaración del contribuyente, o bien a través de cooperación con los Estados de la fuente. Como resulta evidente, ambas soluciones tienen una eficacia problemática<sup>152</sup>. La primera solución se traduce, en la mayoría de las veces, en una invitación a la evasión; mientras la segunda impone sobre las administraciones fiscales un aumento extraordinario e indeseado de tareas. Nótese que el principio de la fuente se ha afirmado como principio predominante en el sistema de reparto internacional de las bases, precisamente porque el Estado de la fuente tiene, naturalmente, una mayor facilidad para obtener información sobre las rentas que se generan en su territorio.

La segunda gran dificultad es la que resulta de la necesidad del Estado de residencia de compensar totalmente la diferencia impositiva cuando el tipo efectivo es superior en el de la fuente, reembolsando al contribuyente por un impuesto que el propio Estado de residencia no ha ingresado<sup>153</sup>. Obviamente, esto no significa una imposición, sino un gasto “fiscal” que permite localizar inversiones en países de

---

<sup>151</sup> Para una revisión de estas dificultades, ver **MARTÍN JIMENEZ, A. J.**, *Towards...*, cit., pp. 20 y siguientes.

<sup>152</sup> En este sentido véase **MUSGRAVE, P.B.**, *Interjurisdictional equity...cit.*, p 49; o **CNOSEN, S.** y **BOVENBERG, L.**, *Company tax...*, cit., p. 168.

<sup>153</sup> **WATTEL, P. J.**, *Home neutrality in an internal market*, European Taxation, Vol. 36, num. 5 (1996), p. 159. En realidad, ningún Estado hasta la actualidad ha puesto en práctica un tal sistema de “crédito pleno”. El sistema que se practica en realidad en el del crédito de impuesto parcial, limitado al montante que se pagaría sobre la misma renta según el impuesto del país de residencia, pero con este sistema no se garantiza la neutralidad a los países exportadores ni a los países importadores de capital (**ALONSO GONZÁLEZ, L. M.**, **CORONA RAMÓN, J. F.**, y **VALERA TABUEÑA, F.**, *op. cit.*, p. 120.

tributación más elevada, que de otro modo podrían no recibir esas inversiones<sup>154</sup>. Se podrá argumentar que esta no es una fragilidad intrínseca al modelo, ya que para eliminarla bastaría con suprimir la tributación en la fuente, o mantener simplemente en la fuente una tributación provisional (una retención a cuenta que permitiría superar los problemas de eficacia administrativa antes aludidos) pasando las rentas a tributar en definitiva en la residencia. Pero hemos visto que, en un plano político, la eliminación de la tributación en la fuente es simplemente impracticable, e incluso indeseable en el plano de los principios, como por ejemplo el de la equidad internacional<sup>155</sup>.

Otro problema del modelo está relacionado con el grado de armonización requerido. Aunque los defensores del sistema insistan en la virtualidad que el modelo tendría para conciliar el principio de neutralidad con el de subsidiariedad, lo cierto es que el sistema no puede funcionar sin un grado elevado de armonización. Desde luego, para responder al problema del coste financiero del crédito fiscal total se propone la fijación de una banda de variación estrecha para los tipos nominales<sup>156</sup>. Pero además resulta evidente que un sistema de crédito fiscal no puede funcionar de forma coherente si no hay un grado mínimo de correspondencia entre las bases, lo que implica armonizar al menos el cálculo de los beneficios. Para algunos, esa necesidad de armonización se extendería a las deducciones en la cuota e incluso a las ayudas fiscales<sup>157</sup>.

---

<sup>154</sup> Se ve, por tanto, como este sistema de coordinación de la tributación internacional puede interesar sobretodo a los países con un nivel de fiscalidad más elevado, que suelen coincidir con aquellos donde el nivel de gasto público es también más elevado.

<sup>155</sup> En hecho la elección entre principio de residencia y principio de la fuente no es neutral del punto de vista de la equidad, ya que el principio de la fuente resulta más ventajoso para los países importadores de capital (que son también, en general, los países de renta más baja) mientras el principio de residencia beneficiaría a los países exportadores de capital (que son también, en general, los países de renta más elevada) (**RUBIO GUERRERO, J.**, *op cit.*, p. 43)

<sup>156</sup> **MUSGRAVE, P.B.**, *Interjurisdictional coordination...cit.*, pp. 210.

<sup>157</sup> **MUSGRAVE, P.B.**, *Interjurisdictional coordination...cit.*, p. 208. La autora sustenta que un elevado grado de uniformidad en la definición de la base es esencial del punto de vista de la equidad interjurisdiccional.

Un cuarto problema tiene que ver con el momento de la tributación de las rentas interjurisdiccionales. Si se opta por someter a las rentas empresariales obtenidas en exterior sólo en el momento en que las mismas sean repatriadas, es decir en el momento en que sean transferidas bajo la forma de dividendos, esto supondrá una ventaja para las empresas que localicen sus inversiones en el exterior, frente a otras que realicen sus inversiones en el interior. Ya que la primera podrá ver diferida, y así reducida, al menos en algunas situaciones, la tributación de sus rentas<sup>158</sup>. Por este motivo, los modelos de neutralidad en la localización propuestos, sugieren, por regla general, que se adopte el principio de tributación por el incremento patrimonial, independientemente de la percepción de los dividendos respectivos.

Un último problema en el plano de la aplicación práctica del sistema, se refiere a la ubicación de la residencia. Este es un concepto que, por lo que respecta las personas jurídicas, se revela de contornos extremadamente fluidos<sup>159</sup> y ocasiona abundantes medios de manipulación con intuitos de elusión fiscal.

Además de todas las dificultades apuntadas, más bien de aplicación práctica y que no afectan la validez teórica del modelo, se apunta aún una fragilidad teórica importante: si bien es cierto que el impuesto constituye un factor susceptible de influir en las decisiones de inversión, no lo será menos 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 para un sistema que pretenda realizar plenamente la condición de neutralidad<sup>160</sup>. Aspectos como la eficiencia administrativa, la cualificación 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, presentan variaciones significativas entre los países,

---

<sup>158</sup> **ALBI IBAÑEZ, E.**, *Armonización fiscal europea: balance de situación*, Papeles de Economía, 87 (2001), p. 40; **McLURE, E., Jr.**, *op. cit.*, p. 15.

<sup>159</sup> **XAVIER, A.**, *op. cit.*, pp. 248 y siguientes.

<sup>160</sup> **MUSGRAVE, R. A.**, y **MUSGRAVE, P. B.**, *op. cit.*, p. 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".

La Armonización de la Tributación de los Beneficios Societarios en la Unión Europea

debiendo admitirse que el nivel de tributación está relacionado con el nivel de los servicios prestados. Así, las decisiones de las empresas se toman no simplemente por el nivel de fiscalidad, sino también por la relación existente entre este y el valor de las utilidades ofrecidas por el Estado (es decir, por el *fiscal residuum*<sup>161</sup>). 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 (financiada por gasto público) para las empresas situadas en Estados que ofrezcan más y mejores servicios públicos<sup>162</sup>. Y, como ya vimos anteriormente, en un modelo basado en la tributación en residencia, esta ventaja competitiva está financiada con gasto público en el país de residencia. De la misma forma, 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 un correlativo reducido nivel de servicios públicos<sup>163</sup>. Esto puede no constituir un problema que sea deseable corregir, sino una opción democráticamente realizada por los ciudadanos respecto a la dimensión y el papel del Estado en la economía<sup>164</sup>. Vemos así que no puede ser reconocida una validez absoluta al principio de neutralidad en la localización, sino que el mismo principio tiene asociado una posición ideológica<sup>165</sup>: un sistema basado en el principio de neutralidad en la exportación del capital 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 público<sup>166</sup>.

---

<sup>161</sup> **KRAUSS, M.**, *The "tax harmonization problem" in free trade areas and common markets*, The Manchester School, 2 (1971), p. 75. Esta idea había sido expresada en el Informe Neumark (**COMITÉ FISCAL Y FINANCIERO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA**, *op. cit.*, p. 105).

<sup>162</sup> **MARTÍN JIMENEZ, A. J.**, *Towards...*, *cit.*, p. 35.

<sup>163</sup> En este sentido, **VOGEL**, *op. cit.*, p. 29.

<sup>164</sup> Sobre este punto, **WATTEL, P. J.**, *Home neutrality ...*, *cit.*, p. 161.

<sup>165</sup> En este sentido, **CORONA RAMÓN, J. F.**, *La Fiscalidad...*, *cit.*, p. 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 conciliación entre ambas estrategias".

<sup>166</sup> **VOGEL, K.**, (*Taxation of cross-border...*, *cit.*, p. 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 presupone también minimizar el gasto público improductivo.

Dentro de la misma línea, habría todavía que señalar que la poca precisión del concepto de residencia está asociada a su fácil manipulación del mismo, ocasionando que, en un modelo de tributación basado en la residencia, exista un elevado riesgo de que los inversores localicen la misma en la jurisdicción que ofrece el tratamiento fiscal más favorable<sup>167</sup>. Tendríamos así que un modelo de tributación cuyo objetivo fundamental es establecer condiciones de neutralidad, se transformaría por si mismo en una fuente de “no neutralidad”, es decir, de distorsión, en cuanto a la localización del ahorro<sup>168</sup>. Sobre este punto, los economistas observan que los ahorradores serían menos sensibles a las diferencias en la rentabilidad del capital que las empresas, y por tanto, debiendo ir en detrimento de algún aspecto, se justificaría perjudicar la neutralidad en la localización del ahorro<sup>169</sup>.

Junto al concepto de neutralidad en la exportación de capital, se ha elaborado el concepto de neutralidad en la importación de capital (NIC). Para algunos autores, se trata de un principio alternativo al primero respecto de la eficiencia en la localización del capital, mientras que para otros la neutralidad en la importación de capitales no está relacionada con la localización de la inversión<sup>170</sup>. Los dos conceptos difieren substancialmente. Mientras que el primero significa que un inversor se enfrenta al mismo tratamiento fiscal invirtiendo en su país de residencia o en cualquier otro país del sistema (mercado común, unión económica y monetaria, o federación de estatal), el segundo significa que todos los inversores que localicen sus inversiones en una determinada jurisdicción, se enfrentan el mismo tratamiento fiscal, con independencia

---

<sup>167</sup> Véase, **CNOSEN, S.** y **BOVENBERG, L.**, *Company tax....cit.*, , p. 168.

<sup>168</sup> En hecho, la neutralidad en la importación de capital será la que asegura una asignación eficiente del ahorro (en este sentido, **IZQUIERDO LLANES, G.**, *op. cit.*, p. 48). **MUSGRAVE, R. A.**, y **MUSGRAVE, P. B.**, *op. cit.*, p. 1129, observan que un modelo de tributación basado en la residencia, en lo que las diferencias de imposición en la localización son neutralizadas por la imposición en la residencia tiene también efectos distorsionadores sobre la asignación de los factores: “si el Impuesto sobre los Beneficios se traslada en forma de precios más altos (...) las exportaciones se retrasarán (...) si ello va a reducir la tasa de rendimiento neto del capital, (estorbará) así el nivel global de inversión”.

<sup>169</sup> **CNOSEN, S.** y **BOVENBERG, L.**, *Company tax....cit.*, p. 168; **MUSGRAVE, P.B.**, *Interjurisdictional equity..., cit.*, p. 65;

<sup>170</sup> En el primero sentido, por todos, **IZQUIERDO LLANES, G.**, *op. cit.*, p. 48; en el segundo sentido, **MUSGRAVE, P.B.**, *Interjurisdictional coordination..., op. cit.*, p. 206.

La Armonización de la Tributación de los Beneficios Societarios en la Unión Europea de su residencia<sup>171</sup>. 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<sup>172</sup>.

El Profesor VOGEL ha sido uno de los principales defensores de este modelo para la UE. Según este autor, un modelo basado en la tributación de la renta universal en el Estado de residencia supone costes adicionales para la inversión, siempre que el nivel de impuesto sea más elevado en la jurisdicción de la residencia que en la de la fuente, y por eso no es adecuado para realizar el presupuesto de la neutralidad<sup>173</sup>. Por otra parte, observa el mismo autor, que los modelos de neutralidad en la exportación de capitales requieren un grado de armonización del derecho sustantivo incompatible con el principio de la necesidad de la acción establecido por el Tratado<sup>174</sup>. Por el contrario, la neutralidad en la importación de capitales asegura un sistema de imposición neutral respecto de los flujos internacionales, respetando un mayor grado de autonomía de los Estados.

Resulta evidente que un sistema basado en el principio de neutralidad en la importación de capitales exige un grado bastante menor de armonización. Desde el momento en que no se pretende una igualación de las cargas tributarias efectivas, cada país puede mantener sus tipos nominales diferenciados, así como sus reglas de determinación de los beneficios, sus incentivos, etc. Un tratamiento no discriminatorio de los no residentes en comparación con los residentes – un principio de no discriminación por razón de la residencia – se convierte en el factor decisivo del modelo.

En el ámbito del Derecho tributario internacional, la neutralidad en la importación de capital se corresponde con un sistema de repartición de la renta basado en una preferencia por el principio de la fuente, asociado al método de

---

<sup>171</sup> IZQUIERDO LLANES, G., *op. cit.*, p. 48.

<sup>172</sup> MUSGRAVE, P.B., *Interjurisdictional coordination...*, *op. cit.*, p. 206; McLURE, E., Jr., *op. cit.*, p.19.

<sup>173</sup> VOGEL, K., *op.cit.*, p. 29.

<sup>174</sup> *Idem*, p. 18.

exención<sup>175</sup>. Este último es utilizado no sólo como medio para eliminar la doble imposición de rentas, sino también como forma de realizar la condición de neutralidad en la importación de capitales. Se señala, sin embargo, que en materia de reparto internacional de las bases imponibles, la diferencia es más bien teórica que práctica. De hecho, hemos visto que en el sistema anterior la tributación en la residencia es sólo residual, ya que las rentas son gravadas originaria y definitivamente en la fuente, y la jurisdicción de residencia limita su tributación a la diferencia, cuando su tipo de impuesto es superior al de la fuente<sup>176</sup>. En el sistema de neutralidad en la importación de capital, sólo se elimina esta tributación residual en el país de residencia.

Sobre este modelo consideramos de utilidad hacer dos observaciones. La primera es que el sistema de neutralidad en la importación de capitales no es un modelo alternativo al de neutralidad en la exportación de capitales para alcanzar los mismos objetivos. Eso sí, es un sistema alternativo de reparto y de coordinación internacional de la tributación de la renta, una vez que, como hemos visto, los países prescinden de hacer tributar a sus residentes con base en la renta universal y lo hacen por un acuerdo colectivo en lugar de en virtud de tratados bilaterales. Exceptuando este aspecto, el sistema no se distancia significativamente del que se encuentra en vigor entre la generalidad de los países de la OCDE. Pero si queremos juzgar comparativamente los dos sistemas, no debe bastarnos con estas diferencias, ni mucho menos con los aspectos técnicos, ya que lo que fundamentalmente distingue este sistema del anterior es una opción ideológica de fondo<sup>177</sup>. Mientras que el sistema de la neutralidad en la exportación de capitales pretende eliminar la competencia fiscal favoreciendo la inversión en los países con más alto nivel de gasto público, el sistema de neutralidad en la importación de capitales resulta un sistema de competencia fiscal, en el que los países buscarán optimizar su *fiscal residuum*, a fin de atraer inversión.

---

<sup>175</sup> VOGEL, K., *op.cit.*, p. 21.

<sup>176</sup> Al Estado de residencia quedaría la opción cuanto a repartir el remaneciente entre el contribuyente y el Estado (MUSGRAVE, P.B., *Interjurisdictional coordination...*, *cit.*, p. 202)

<sup>177</sup> Por ello, la elección entre el principio de la NEC y el principio de la NIC se torna una cuestión central en el debate. Como observa McLURE, E., Jr., (*op. cit.*, p. 20) el Informe Ruding falló en realizar esta opción fundamental, de lo que ha resultado la inconsistencia de sus conclusiones y recomendaciones.

Analizando desde un prisma más estrictamente jurídico, el sistema de neutralidad en la importación de capitales avoca mucho más a un concepto de “mera coordinación”, en el sentido que hemos definido anteriormente,<sup>178</sup> que a un concepto de armonización. Parece que es esta también la idea defendida por VOGEL, aunque el autor no llegue a establecer claramente tal relación<sup>179</sup>.

Vistos los principales aspectos de los dos conceptos de neutralidad que han absorbido gran parte del debate sobre armonización de la tributación directa en la UE, y retomando ahora la cuestión de la identificación de la relación entre tributación directa y mercado común que ha quedado abierta al final del punto anterior, habrá que preguntarse sobre la validez del concepto de neutralidad como criterio para evaluar la compatibilidad entre la configuración de los sistemas fiscales nacionales y el mercado común, es decir, como instrumento para la definición de la competencia comunitaria en materia de tributación directa?

En primero lugar, se señala que el concepto de neutralidad y el de distorsión fiscal están bastante próximos. De la definición que hemos dado, resulta que el presupuesto de neutralidad es precisamente el inverso al de distorsión, es decir, se puede considerar que la neutralidad se corresponde con la ausencia de distorsiones fiscales. Por otra parte, el concepto de neutralidad está íntimamente conectado con la idea de eficiencia en la asignación de los recursos. Si se asume como objetivo maximizar la eficiencia en la asignación de recursos, como es normal en un sistema de economía de tipo liberal, será de fundamental importancia tener en cuenta el criterio de neutralidad en una política fiscal.

Pero no resulta ya tan claro que un criterio de neutralidad global, como el sugerido en los modelos de neutralidad en la exportación de capitales que han sido propuestos, deba ser utilizado como un patrón de referencia cuando se trate de evaluar si y en qué medida un sistema de tributación es o no obstructivo de la realización del mercado común. Ello es así porque tomar como base el criterio de neutralidad, significa asumir como punto de referencia una total ausencia de

---

<sup>178</sup> Ver I Capítulo, punto 3.

<sup>179</sup> VOGEL, K., *op.cit.*.

distorsiones y, puesto que esta condición no existe en la realidad, sería lo mismo decir que tomamos como punto de referencia una hipótesis ideal. Hemos visto por otro lado, que esa misma hipótesis ideal, presenta demasiadas fisuras en su construcción teórica para que pueda ser convincente en el plano de la decisión política, aún más en un caso de una integración política como es el de la UE, marcada desde su inicio por un gran pragmatismo. Además, hemos visto que el concepto de neutralidad no es unívoco, si no que admite varias formulaciones que tienen en su base diferentes opciones político-ideológicas de fondo<sup>180</sup>. Con esto no queremos tomar posición sobre la validez de un modelo o sobre su viabilidad práctica o política, ya que no se trata de eso. Lo que queremos decir, si el objetivo de nuestro análisis es identificar los obstáculos de naturaleza fiscal al funcionamiento del mercado común existentes en los sistemas vigentes, es que el mejor camino no es tomar por referencia un modelo ideal, que no parta de la realidad existente y que dudamos si no sería dicho modelo una fuente de distorsiones.

Por el contrario, el concepto de distorsión fiscal puede ser analizado partiendo de la realidad existente y tomando separadamente diferentes aspectos del sistema fiscal, para identificar aquellas disposiciones que puedan constituir obstáculos al mercado común. Este tipo de análisis, analítico y más conservador con relación a la realidad existente, parece estar más de acuerdo con la formulación de las disposiciones de los Tratados ya referidas sobre armonización legislativa. De hecho, en los Tratados no se habla de una política fiscal global basada en un conjunto de principios generales (como la máxima eficiencia en la asignación de los recursos, la neutralidad, y otros que se podrían fácilmente formular), sino que se prevé la posibilidad de armonizar las disposiciones que puedan “incidir directamente en el funcionamiento del mercado común”<sup>181</sup>, lo que está mucho más de acuerdo con una visión analítica, conservadora de la realidad existente. Por las razones apuntadas, creemos que el concepto de distorsión fiscal y no el de neutralidad es el más adecuado

---

<sup>180</sup> En este sentido, **BRANDS, J.**, *Comment: Trade-off between subsidiarity and neutrality*, in VOGEL, K., *Taxation of cross-border income, harmonization, and tax neutrality under European Community Law. An institutional approach*, Kluwer, Deventer, 1994, p.39.

<sup>181</sup> Ver art. 94 TCE.

para tratar la cuestión de la relación entre la tributación directa y el mercado común, desde una perspectiva de legitimación jurídico-política de actos de armonización<sup>182</sup>.

Así, la tarea de concretar la parcela de la relación entre imposición societaria y mercado común, que permite en un segundo momento delimitar el ámbito material de aplicación y el sentido de la armonización fiscal<sup>183</sup>, debe empezarse por la identificación y valoración de las distorsiones existentes. Como observa VANISTENDAEL<sup>184</sup>, la cuestión tiene realmente dos aspectos, uno objetivo y otro subjetivo. El primero se centra en establecer los casos en los que disposiciones fiscales existentes se traducen en diferencias de carga fiscal, e incluso de costes con relevancia para las decisiones sobre la inversión; el segundo se refiere al impacto efectivo que estas diferencias de carga fiscal o de costes puedan tener sobre la toma de decisiones. El primero requiere un ejercicio fundamentalmente teórico, mientras el segundo exige un análisis empírico.

## **2. La imposición no armonizada de sociedades y capitales como fuente de distorsión del funcionamiento del mercado común**

### **2.1. Precisiones terminológicas: distorsiones, discriminaciones, restricciones al ejercicio de las libertades fundamentales, diversidad legislativa.**

#### **2.1.1. Enunciado de la cuestión terminológica**

---

<sup>182</sup> En este sentido, **RADLER, A.**, *Reasons for corporate tax harmonization*, in *Harmonization of corporate taxes in the EC. Proceedings of a seminar held in Florence, Italy, in 1993 during the 47<sup>th</sup> Congress of the International Fiscal Association*, Vol. 18a, Kluwer, Deventor/boston, 1994, p. 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 la 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 fundamentación producida por el Tribunal en su sentencia sobre el asunto *Safir* (C-118/96, 1998, ECR I-1897).

<sup>183</sup> **CALLE SÁIZ, R.**, *La armonización... cit.*, p. 10.

<sup>184</sup> **VANISTENDAEL, F.**, *Comments... cit.*, p. 6.

Con frecuencia la doctrina utiliza de forma indiscriminada los conceptos de discriminación y restricción al ejercicio de libertades de circulación<sup>185</sup>, de disparidades legislativas<sup>186</sup>, así como de distorsión fiscal. Consideramos que tal utilización de los términos es perjudicial al estudio de esta temática. Parece por tanto necesario, para iniciar un estudio de la problemática de las distorsiones fiscales por establecer un esquema conceptual mínimo. Para abordar el tema de las distorsiones fiscales relacionadas con la tributación de sociedades en el mercado común, se debe distinguir entre:

- *Distorsiones fiscales*, que también podríamos identificar como *obstáculos*: es el concepto de máxima amplitud, comprendiendo todos los restantes conceptos señalados. Este concepto ha quedado definido anteriormente<sup>187</sup>, como una alteración de las condiciones de competencia en un mercado (en el mercado común), de tal suerte que se provoquen modificaciones apreciables en las corrientes normales de tráfico. Nótese que cuando hablamos de distorsión fiscal nos estamos refiriendo a un efecto provocado por una disposición legislativa o

---

<sup>185</sup> **COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**, *Informe del Comité Ruding: conclusiones y recomendaciones del Comité de Expertos Independientes sobre la imposición de sociedades*, traducción de GUTIERREZ ANDRÉS, L., Monografías Hacienda Pública Española, nº 2-22 (1992) p. 223.

<sup>186</sup> Ejemplos de esta yuxtaposición se pueden encontrar en **GOERGEN, R.**, *Harmonization des impost sur les sociétés dans la Communauté Européenne*, in *Harmonization of corporate taxes in the EC. Proceedings of a seminar held in Florence, Italy, in 1993 during the 47<sup>th</sup> Congress of the International Fiscal Association*, Vol. 18a, Kluwer, Deventor/boston, 1994, p. 20; **MARTÍN JIMENEZ**, *Towards...*, *cit.*, p. 6. Una vez más, estas diferencias terminológicas tendrán probablemente su origen en documentos producidos al nivel de la Comisión y que han marcado decisivamente la conceptualización de la materia que estamos tratando. El Informe Neumark, por ejemplo, ha hecho intenso uso del concepto de “disparidades”. En él se opone uniformidad a disparidad y se considera que un “mercado interno” no excluye enteramente todas las disparidades locales”, sino apenas aquellas de un tipo y dimensión que tales que se tornan obstáculos a la libre circulación, en particular. de factores de producción (**COMITÉ FISCAL Y FINANCIERO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA**, *op. cit.*, p. 104); Ya el Informe Ruding subraya la distinción de nivel conceptual entre “diferencias” y “distorsiones”, refiriendo que las primeras pueden ser o no ser causa de las segundas (**COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**, *Informe del Comité Ruding...cit.*, p. 222).

<sup>187</sup> Ver punto 1.1. en este capítulo.

práctica administrativa tributaria. Hay por tanto que distinguir entre la distorsión fiscal y su fuente respectiva;

- *Fuente de distorsión* es el concepto que corresponde a la previsión general del art. 94. Debe considerarse como fuente de distorsión, la disposición legal o conjunto de disposiciones legales (o prácticas administrativas) que tengan por efecto producir una modificación significativa del tráfico, con relación a lo que probablemente ocurriría en su ausencia. Tales fuentes de distorsión pueden asumir distintas configuraciones. Una configuración posible es la de discriminación por razón de la nacionalidad, que está en principio prohibida por el Tratado, o incluso de discriminación por razón de la residencia, que ya vimos como está emergiendo como nuevo principio de Derecho comunitario, por la acción de la jurisprudencia del TJCE. Existen también situaciones de normas que configuran restricciones al ejercicio de las libertades de circulación, que no son discriminaciones por razón de la nacionalidad o de la residencia, y constituyen asimismo fuente de distorsión fiscal<sup>188</sup>. Hay finalmente situaciones en las que la simple existencia de disparidades en las disposiciones fiscales ocasiona distorsiones, como por ejemplo las diferencias en la definición de la base imponible. La utilidad del concepto de fuente de distorsión fiscal es precisamente permitir englobar todas estas configuraciones, gracias a su punto común: que tienen “una incidencia directa” (obstructiva) en el funcionamiento del mercado común;

---

<sup>188</sup> Este ha sido el posicionamiento del TJCE, designadamente en el caso *Futura* (Asunto C-250/95, ECR 1997 I-2471). En la sentencia proferida sobre este caso, el Tribunal ha considerado que una disposición no discriminatoria, aplicada sin distinción a una empresa no residente constituía una medida restrictiva de la libertad de establecimiento, en la medida en que la empresa no residente tenía más dificultad en cumplir la norma en cuestión que una empresa residente. Sobre la extensión al campo de la tributación directa del concepto de la prohibición de restricciones a las libertades de circulación y establecimiento, llevada a cabo por el TJCE, **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, num.6 (2001). Sobre la problemática de las prohibiciones implícitas en el Tratado CE, **PELECHÁ ZOZAYA, F.**, *Obstáculos a la libre circulación de mercancías: ¿Puede ser la fiscalidad directa una medida de efecto equivalente a un derecho de aduana?*, en *La armonización fiscal en la Unión Europea*, Hacienda Pública Española – Monografías (1997).

- *Áreas o aspectos del sistema de tributación en que se producen las distorsiones:* para el estudio de las distorsiones fiscales, puede ser útil distinguir las partes de los sistemas fiscales donde, por sus características, se producen distorsiones con mayor incidencia. Así, podremos hablar de la existencia de distorsiones fiscales en el área de los establecimientos permanentes, de las operaciones de reestructuración empresarial, o de los dividendos.

Para ilustrar la utilidad del esquema, tomemos como ejemplo la siguiente situación: en un ordenamiento fiscal S existe una norma del impuesto de sociedades que dispone que a una empresa residente no le será permitido deducir las pérdidas obtenidas por un establecimiento permanente localizado en un país extranjero, aunque a la misma empresa sí se le será permitido deducir las pérdidas registradas por un establecimiento permanente localizado dentro del mismo Estado. Esta norma es fuente de distorsión, ya que la empresa que invierta bajo la forma de un establecimiento permanente en un país extranjero recibirá un tratamiento menos favorable que aquella otra que realice sus inversiones en su país de residencia y, por tanto, existe la posibilidad de que un número de inversores decidan no invertir en el extranjero para no sufrir esta desventaja. En cuanto a su configuración, esta disposición otorga un tratamiento diferenciado basado en la localización del establecimiento permanente, es decir, de la inversión, por lo que puede constituir una restricción al ejercicio de una libertad de circulación fundamental establecida en el Tratado: la de establecimiento. Este aspecto es de gran importancia, no para la calificación de la disposición en cuestión como fuente de distorsión, sino para evaluar el grado de incompatibilidad de la disposición con el Tratado. Finalmente, puede ser útil para una visión global, integrar esta distorsión en un área de problemas como es la deducción de pérdidas transfronterizas o los establecimientos permanentes, porque, en el ámbito de las medidas correctoras, las disposiciones a armonizar deben ser consideradas dentro de un contexto, que viene dado por su función económica.

### **2.1.2. Discriminaciones por razón de la nacionalidad**

Nos referimos con esta designación a las discriminaciones prohibidas como tal por el Tratado, es decir, los supuestos de trato diferenciado por razón de la nacionalidad. Ya hemos dicho que el Tratado contiene una prohibición general por razón de la nacionalidad, en el art. 12. Pero el mismo principio se encuentra reiterado en otras disposiciones referentes a algunas libertades de circulación, concretamente la libertad de circulación de trabajadores (art. 39 TCE), la libertad de establecimiento (art. 43 TCE), la libertad de prestación de servicios (art. 49) y la libre circulación de capitales (art. 58). Ante esta multiplicidad de preceptos, la doctrina ha asignado al art. 12 un carácter general y subsidiario<sup>189</sup>. Tal significaría, según alguna doctrina que el principio de no discriminación debe ser adaptado a la especificidad de cada aspecto o sector del mercado común<sup>190</sup>.

La prohibición de discriminación contenida en el art. 12 se refiere expresamente a la nacionalidad. Hemos visto como el TJCE ha venido definiendo el alcance de este principio. En su jurisprudencia, el Tribunal ha fijado el entendimiento de que la prohibición de discriminación contenida en el Tratado cubre tanto los supuestos de discriminación directa como aquellos de discriminación indirecta o encubierta<sup>191</sup>. Ha sido mayoritariamente en este marco que el Tribunal ha utilizado el principio de no discriminación para considerar incompatibles con el Tratado a disposiciones del Derecho tributario de los Estados miembros que establecían diferencias de trato por razón de la residencia<sup>192</sup>. En innumerables ocasiones el Tribunal ha considerado que la diferencia de trato por razón de la residencia, establecida por el ordenamiento fiscal de un Estado, tenía como efecto práctico producir una

---

<sup>189</sup> **DOURADO, A. P.**, *A tributação dos rendimentos de capitais: a harmonização na Comunidade Europeia* (Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, num. 175), Centro de Estudos Fiscais, Direcção-Geral dos Impostos, Lisboa, 1996, P. 181. El mismo entendimiento ha sido sancionado por el TJCE, de ello siendo ejemplos las sentencias proferidas por el Tribunal en los asuntos *Comisión v. Greece* (C-305/87, ECR 1989, 1461), *Halliburton* (C-1/93, ECR 1994, I – 1137), *Royal Bank of Scotland* (C-311/97, ECR 1999 I-2651), o *Hoescht* (C-410/98, ECR 2001, I-1727).

<sup>190</sup> **DOURADO, A. P.**, *A tributação...*, *cit.*, p. 182.

<sup>191</sup> **THIEL, S. van**, *The prohibition...*, *cit.*, p. 305.

<sup>192</sup> **THIEL, S. van**, *The prohibition...*, *cit.*, p. 305.

discriminación entre nacionales y no nacionales<sup>193</sup>. En el contexto de la tributación de sociedades, el Tribunal ha reafirmado esta línea de jurisprudencia en el asunto *Hoescht*, al afirmar que la sed 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 físicas”. Así, aceptar que un Estado miembro puede aplicar a una sociedad, que ahí pretende establecerse, “un trato diferenciado únicamente basado en el hecho de que dicha sociedad posee su sed legal en otro Estado miembro, privaría al art. 52 de todo su significado<sup>194</sup>”.

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 encuentran 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<sup>195</sup>.

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. En el primero, las situaciones más comunes se refieren a la deducción de gastos personales y familiares y a la aplicación de beneficios fiscales<sup>196</sup>. En el campo de las sociedades, los problemas más frecuentes conciernen el trato fiscal de los establecimientos permanentes<sup>197</sup> y a la deducción de pérdidas intragrupo.

Estas situaciones, en lo que concierne principalmente las sociedades, serán tratadas en detalle más adelante. Desde ya, debemos resaltar que tales discriminaciones constituyen, en regla general, una fuente potencial de distorsión

---

<sup>193</sup> Ver

<sup>194</sup> El art. 52 TCE corresponde al actual art. 43, que establece la regla general de libertad de establecimiento. Esta misma argumentación ya había sido utilizada en el asunto *Comisión v. France - Avoir Fiscal* ( C-270/83 , ECR 1986, p.273).

<sup>195</sup> THIEL, S. van, *The prohibition...*, cit., p. 307.

<sup>196</sup> VANISTENDAEL, F., *Fiscal Support...*, cit., p. 4 y siguientes.

<sup>197</sup> VANISTENDAEL, F., *Fiscal Support...*, cit., p. 6; THIEL, S. van, *The prohibition...*, cit., p. 307.

fiscal, ya que influyen en las condiciones de competencia entre las empresas, o afectan las ventajas comparativas de ciertas localizaciones con relación a otras, en lo que concierne las inversiones. Pero, además de que constituyen distorsiones fiscales, es importante subrayar que las disposiciones legales que establecen este tipo de discriminaciones violan normas de Derecho comunitario directamente aplicables<sup>198</sup>.

### 2.1.3. Restricciones prohibidas

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). Alguna doctrina viene señalando el desarrollo, en la jurisprudencia del TJCE, de una regla de prohibición de restricción al ejercicio de las libertades de circulación, autónomo del concepto de discriminación<sup>199</sup>. Sin embargo, la autonomía del concepto de restricción de caras al concepto de discriminación no es punto asiente en la doctrina ni mucho menos en la jurisprudencia del TJCE<sup>200</sup>. Veamos sumariamente que argumentos pueden ser invocados para fundamentar esta autonomía, bien como las razones que los pueden invalidar.

La autonomía del concepto de restricción prohibida debe en primer lugar fundamentarse en el texto del Tratado, y en particular en los referidos preceptos de los artículos 43, 49 y 56.1. En todas estas disposiciones el Tratado se refiere expresamente a “restricciones”, mientras que el art. 39, sobre circulación de trabajadores, se aparta de esta formulación al referirse a “discriminación por razón de

---

<sup>198</sup> El TJCE ha reconocido la aplicabilidad directa de los mentados preceptos en numerosas ocasiones. Como ejemplo se pueden citar: del art. 52 en los asuntos *Baxter* ( C-254/97, 08. 07.1999) y *Saint Gobain* (C-307/97,21.09.1999).

<sup>199</sup> **FARMER, P. y LYAL, R.**, *op. cit.*, p. 310; Referencias al concepto de integración negativa se encuentran en **GARCÍA PRATS, A. F.**, *The evolution of income taxation under EC law requirements*, EC Tax Review, num. 3 (2002), p. 139; **PISTONE, P.**, *An EU model tax convention*, EC Tax Review, num. 3 (2002), p. 129.

<sup>200</sup> **CAMAÑO ANIDO, M. A., CALDERÓN CARRERO, J. M., y MARTÍN JIMENEZ, A. J.**, *op. cit.*, p. 111.

la nacionalidad”. Como observa GARCÍA MONCÓ<sup>201</sup>, no existe razón que nos autorice presumir que cuando el Tratado menciona dos expresiones distintas quiera expresar lo mismo con ambas. Además, en algunos casos las dos expresiones surgen contrapuestas, como en los artículos 54 y 58.3<sup>202</sup>.

Pero el fundamento más decisivo la doctrina lo encuentra en la jurisprudencia del TJCE. La afirmación, por parte del Tribunal, de un principio de prohibición de medidas restrictivas tiene su origen en el asunto *Dassonville*<sup>203</sup>, 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”. Este entendimiento ha sido consolidado poco tiempo después en la sentencia proferida en el célebre asunto *Cassis de Dijon*<sup>204</sup>. Estas decisiones se referían a la prohibición, entonces establecida en el art. 30 TCE<sup>205</sup>, de medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas, específica del campo de la circulación de mercancías. Con posterioridad, el Tribunal extendió esta interpretación al tema de la circulación de personas<sup>206</sup>. En fechas más recientes, el Tribunal ha venido

---

<sup>201</sup> GARCÍA-MONCÓ, A. M., *Libre circulación de capitales en la Unión Europea: problemas tributarios*, Civitas, Madrid, 1999.

<sup>202</sup> El art. 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 art. 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”.

<sup>203</sup> Asunto C-8/74, *Dassonville*, ECR 1974, 837.

<sup>204</sup> Asunto 120/78, *Rewe – Cassis de Dijon*, ECR 1979, 649. Sobre este aspecto, ver MARTÍN JIMENEZ, A. J., *Towards...*, cit., p. 210 y siguientes; THIEL, S. van, *The prohibition...*, cit., p. 310.

<sup>205</sup> Corresponde al actual art. 28: “Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente”.

<sup>206</sup> THIEL, S. van, *The prohibition...*, cit., p. 310. Como ejemplo de sentencias en las que se ha utilizado esta interpretación se pueden mencionar: Asunto C-340/89, *Vlassopolou*, ECR 1991, I-2357; Asunto C-104/91, *Borrel*, ECR 1992, I-3003; Asunto C-19/92, *Kraus*, ECR1993, I-1663.

a aplicar esta misma jurisprudencia en materia de tributación de la renta<sup>207</sup>. Una de las primeras sentencias en las que se ha aplicado el concepto que estamos analizando en materia de tributación de la renta fue la proferida en el Asunto *Daily Mail*<sup>208</sup>, aunque lo haga para considerar que las disposiciones controvertidas no configuraban “una restricción a las transacciones descritas”.

Pero en innumerables casos posteriores el Tribunal ha juzgado incompatibles con el Tratado a ciertas disposiciones de los ordenamientos tributarios nacionales, por constituyeren restricciones al ejercicio de libertades de circulación.

Alguna doctrina apunta el asunto *ICI* como aquel en lo que por primera vez el Tribunal ha declarado incompatible con el Derecho comunitario a una disposición del ordenamiento tributario de un Estado por dicha disposición, sin ser discriminatoria, generar una restricción no justificada al ejercicio de una libertad de circulación<sup>209</sup>. Pero, como observan CAAMAÑO ANIDO, CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ<sup>210</sup>, en su pronunciamiento sobre este asunto el Tribunal ha utilizado una argumentación ambigua, en la que deja por esclarecer la relación entre la prohibición de restricción y la prohibición de discriminación. En su razonamiento el Tribunal no ha utilizado en ninguna ocasión el término “restricción”; y aunque haya evitado también utilizar el término discriminación, la argumentación está construida en torno a la idea de “trato diferenciado por razón del domicilio”<sup>211</sup>. Simplemente, como señalan algunos comentaristas, la diferencia de trato fiscal que se discute no tiene como base el domicilio del contribuyente (que se sitúa en el Reino Unido), ni tampoco de las

---

<sup>207</sup> EDEN, S., *Corporate Tax Harmonization in the European Community*, British Tax Review, num. 6 (2000), p. 639.

<sup>208</sup> Asunto 81/87, *Daily Mail*, ECR 1988, 5505.

<sup>209</sup> DANIELS, T., *op. cit.*, p. 40.

<sup>210</sup> CAMAÑO ANIDO, M. A., CALDERÓN CARRERO, J. M., y MARTÍN JIMENEZ, A. J., *Jurisprudencia tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Tomo II, La ley, Madrid, 2000, p. 110.

<sup>211</sup> 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”.

sociedades cuyas pérdidas se pretende deducir, sino el domicilio de otras filiales, que a su vez no sufren discriminación alguna<sup>212</sup>. Es decir, la diferencia de trato se establece entre residentes y tiene como base la localización de las inversiones.

Si, por otra parte, comparamos la argumentación utilizada por el tribunal en esta sentencia con la utilizada en otras ocasiones, en las que se ha explicitado claramente la doctrina de la independencia entre la prohibición de restricciones y el principio de no discriminación<sup>213</sup>, resulta obligatorio concluir que en el caso supra mencionado el Tribunal ha evitado pronunciarse sobre la cuestión de la admisibilidad de una regla de no restricción desligada del principio de no discriminación en materia de imposición directa.

Sin perjuicio de lo que hemos dejado expuesto, en nuestra opinión el Tribunal ha juzgado un supuesto de restricción no conectado con una discriminación en el caso *Futura*<sup>214</sup>, anterior al que hemos analizado previamente. La argumentación utilizada 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 tratarse de un supuesto de restricción no discriminatoria.

En este caso una sucursal luxemburguesa de una sociedad francesa, pretendía efectuar un reporte de pérdidas, es decir, pretendía deducir de sus beneficios de un año las pérdidas de años anteriores. La ley luxemburguesa permitía la compensación

---

<sup>212</sup> DANIELS, T., *op. cit.*, p. 40.

<sup>213</sup> En el asunto *Säger v. Dennemeyer* (C-76/90, ECR 1991 I-4221), referente a un supuesto de prestación de servicios en un Estado diferente del de residencia, el Tribunal ha argumentado que el ámbito del art. 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 por como efecto prohibir o impedir de alguna manera el ejercicio de la actividad por un prestador de servicios establecido en otro estado miembro en lo que dicho prestador presta legalmente servicios similares”.

<sup>214</sup> Asunto C-250/95, *Futura Participations SA and Singer v. Administration des Contributions*, 1997 E.C.R. I-2471. En el mismo sentido, CAMAÑO ANIDO, M. A., CALDERÓN CARRERO, J. M., y MARTÍN JIMENEZ, A. J., *op. cit.*, p. 31.

de pérdidas reportadas de años anteriores tanto a residentes como a no residentes. Pero exigía para ello, sin distinción entre residentes y no residentes, que el contribuyente hay efectuado, para los años incluidos en el reporte, contabilidad conforme a las normas luxemburguesas. Para la sociedad no residente, esto implicaba mantener una contabilidad según las normas luxemburguesas. El problema surgió porque la ley luxemburguesa no obligaba a los no residentes a mantener contabilidad según las normas luxemburguesa para la determinación de la base imponible fuera del supuesto de reporte de pérdidas. Por otras palabras, la ley otorgaba a los establecimientos permanentes de sociedades no residentes la facultad de calcular los beneficios imputables se según un método de *formula apportionment*. Evidentemente, el ejercicio de esta facultad se convertía en una desventaja para la sociedad no residente, en comparación con las sociedades residentes, cuando aquella, por no poseer contabilidad conforme a las normas locales, se vía impedida de reportar sus pérdidas. Pero esta desventaja se producía por efecto de una norma no discriminatoria, que no tenía en cuenta las diferentes condiciones en que residentes y no residentes ejercían sus actividades. En su razonamiento, el Tribunal argumentó que el requisito (exigido al establecimiento de una sociedad no residente) 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”.

Otro caso que puede ser relevante en este análisis es el que se discute en el asunto *Amid*<sup>215</sup>. Aquí una sociedad belga, que posee un establecimiento en Luxemburgo, pretende efectuar un reporte de sus propias pérdidas. La ley belga le veda este procedimiento al establecer que las pérdidas obtenidas por una sociedad poseyendo sucursales deben ser deducidas en primer lugar en los beneficios obtenidos por las sucursales. Simplemente, una vez que en este caso la sucursal tributaba en Luxemburgo y no podía deducir las pérdidas de su casa matriz (en virtud del principio

---

<sup>215</sup> Asunto C-141 *Algemene Maatschappij voor Investering en Dienstverlening NV (AMID) v. Belgische Staat*, 2000, ECR I-471.

de territorialidad aplicado en Luxemburgo), la sociedad belga se vía imposibilitada en absoluto de deducir sus p erdidas. Obviamente, esto creaba una desventaja para una sociedad residente que quisiese establecer sucursales en otros Estados miembros que aplicasen el principio de territorialidad. Es sin embargo dudoso que se trate de un supuesto de discriminación por razón de la nacionalidad. Las alegaciones de la sociedad litigante consisten en que las disposiciones controvertidas “colocan las sociedades con establecimientos en el exterior en posición de desventaja con relación a aquellas con establecimientos sólo en B elgica”. Es decir, el efecto discriminatorio se produce únicamente entre sociedades nacionales, en función de la localización de sus establecimientos estables.

De estos pronunciamientos se extrae que el TJCE viene considerando en sustancia una regla de prohibición de restricciones al ejercicio de libertades pero en el plano de la fundamentación jurídica ha evitado afirmar claramente la autonomía de dicha regla con relación al principio de no discriminación.

La relación entre el principio de no discriminación y la prohibición de restricción al ejercicio de las libertades de circulación no resulta evidente, ni del texto del Tratado ni de la jurisprudencia del TJCE<sup>216</sup>.

Sobre este aspecto empezaremos por resaltar que existe un área en que los dos conceptos se sobreponen. Una discriminación por razón de la nacionalidad constituirá casi siempre una restricción en la medida en que, produciendo un efecto de diferenciación entre nacionales y no nacionales, hace más difícil para una de estas categorías<sup>217</sup> una actividad o una operación<sup>218</sup>. Habrá también casos, sin embargo, en

---

<sup>216</sup> En este sentido **CAMAÑO ANIDO, M. A., CALDERÓN CARRERO, J. M., y MARTÍN JIMENEZ, A. J.**, *op. cit.*, p. 111.

<sup>217</sup> Como se ha visto antes y según la jurisprudencia del TJCE tanto se considera contraria al principio de no discriminación a una disposición que confiere un trato desventajoso para los nacionales con relación a los nacionales como la inversa.

<sup>218</sup> Esto mismo el TJCE lo ha constatado innumeradas veces. Para citar un ejemplo reciente, en el asunto *Lankhorst-Hohorst 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 subsidiarias

los que una discriminación no conlleva una restricción al ejercicio de las libertades de circulación. Podrá ser así por lo menos en algunas situaciones de discriminación inversa<sup>219</sup>. Pero si somos llevados a concluir que hay discriminaciones que constituyen restricciones y otras que no lo son, ello no es suficiente como para permitirnos autonomizar el concepto de restricción prohibida. Esto sólo será posible en la hipótesis de que se pueda también concluir que también existen restricciones prohibidas que constituyen supuestos de discriminación por razón de la nacionalidad.

#### 2.1.4. Disparidad o diversidad legislativa

La noción de “disparidad” se ha introducido en la teoría de la armonización fiscal europea por el Informe Neumark<sup>220</sup> y, desde entonces, ha sido largamente utilizada en los estudios sobre esta materia.

---

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”.

<sup>219</sup> **GARCÍA-MONCÓ, A. M.**, *op. cit.*, p. 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 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 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 ha considerado la normal inconstitucional por, entre otros motivos, originar una diferencia de trato discriminatoria para los residentes en España (no residentes en los territorios de las regiones autónomas mentadas) con relación a los residentes en otros Estados europeos. Se trataba, pues, de un supuesto de discriminación inversa.

<sup>220</sup> **COMITÉ FISCAL Y FINANCIERO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA**, *The EEC 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, Ámsterdam, 1963. 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

En este punto, 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. Mientras una norma discriminatoria o restrictiva es siempre, por definición, fuente de distorsión fiscal, la simple disparidad legislativa no lo es necesariamente<sup>221</sup>.

Cumple señalar sin embargo, que tales disparidades pueden constituir fuente de distorsión fiscal por dos vías distintas. En primer lugar, las disparidades en la carga fiscal efectiva resultante de un impuesto en particular, determinada por la conjugación del tipo nominal y de la composición de la base, por su influencia en la rentabilidad de los capitales, pueden influir en la localización de las inversiones<sup>222</sup>. En segundo lugar, la diversidad en la estructura de los impuestos, en la definición de la incidencia subjetiva, en la composición de la base, en las normas que conceden incentivos pueden originar un grado de complejidad tal que llegue a disuadir los inversores de aplicar sus capitales en sistemas fiscales que desconozcan<sup>223</sup>.

---

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.

<sup>221</sup> En el asunto *Titanium Dioxide* (Asunto C-300/89, 1991, ECR I-2867), el TJCE ha considerado que “para tornar 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 ver **MARTÍN JIMENEZ, A. J.**, *Towards...*, cit., p. 6).

<sup>222</sup> **MUSGRAVE, R. A.**, y **MUSGRAVE, P. B.**, *Hacienda pública teórica y aplicada*, 2ª edición, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986, pp. 1128-1129.

<sup>223</sup> 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 “compilance costs” – costes soportados por los contribuyentes con la actividad de gestión fiscal, pueden representar actualmente de 2 a 4 por cien de los ingresos fiscales totales de los países. El Informe Ruding había estimado estos mismos costes en 3 por cien 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 (**LANNOO, 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; Brujelas, 2002, p. 24)

## **2.2. Las principales fuentes de distorsión fiscal resultantes de la tributación de sociedades y capitales – una revisión crítica**

Desde prácticamente el inicio de la CEE y desde que el Consejo, en 1961, expresó su preocupación por las cuestiones de la fiscalidad directa<sup>224</sup>, se ha intentado identificar las distorsiones originadas por los sistemas de tributación directa para el funcionamiento del mercado común<sup>225</sup>. Aunque se diferencien en la respectiva sistematización, hay una coincidencia y estabilidad a lo largo del tiempo en los numerosos estudios llevados a cabo para identificar dichas distorsiones u obstáculos.

### **2.2.1. Diferencias en el tipo efectivo de gravamen: el problema de la competencia fiscal**

El tipo efectivo del impuesto sobre sociedades resulta de la conjunción del tipo nominal, de la base y de las deducciones en la cuota. 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 (especialmente en cuanto a la localización de la inversión<sup>226</sup>) y, por ello, de provocar modificaciones en los flujos de capitales<sup>227</sup>. En la UE los estudios existentes muestran que dichas diferencias son significativas. Según un reciente estudio de la Comisión Europea el rango de

---

<sup>224</sup> **BURGIO, M.**, *Derecho...*, cit., p. 159.

<sup>225</sup> Esta preocupación puede verificarse sucesivamente en el Informe Neumark (**COMITÉ FISCAL Y FINANCIERO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA**, *op. cit.*), en el Informe Ruding (**COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**, *Informe del Comité Ruding...*, cit.; y en el Informe de la Comisión de 2001 (**COMISIÓN EUROPEA**, *Company taxation in the internal market (Comission staff working paper)*, SEC(2001)1681, Bruselas, 23.10.2001).

<sup>226</sup> En este sentido véase, entre otros, **GIANNINI, S.**, Mercado interno e fiscalidade: aspectos económicos, *Ciência e Técnica Fiscal*, 401 (2001), p. 146. Esta capacidad de influenciar las decisiones se da por vía del reflejo de la fiscalidad sobre el capital, incluyendo el impuesto sobre sociedades, sobre el coste de capital (**IZQUIERDO LLANES, G.**, *op. cit.*, p. 50).

<sup>227</sup> **MUSGRAVE, R. A., y MUSGRAVE, P. B.**, *op. cit.*, p. 450

diferencias se halla entre 30 e 37 puntos para inversiones domésticas y es de aproximadamente 30 puntos para inversiones transfronterizas<sup>228</sup>. Potencialmente, por tanto, constituye una fuente de distorsión fiscal. Lo que importa averiguar es en qué medida esta diversidad resulta incompatible con el funcionamiento del mercado común, lo que nos reconduce inevitablemente a la problemática de la neutralidad.

Si adoptamos el criterio de neutralidad en la localización de las inversiones, todo lo dicho con anterioridad resulta suficiente para concluir que la existencia de diferencias significativas en el nivel de imposición de los capitales (incluyendo el impuesto de sociedades) perjudica la eficiencia en la afectación de los recursos. Si se acepta la idea de que la realización plena del mercado común exige como presupuesto que se realice también plenamente el principio de máxima eficiencia en la asignación de los recursos, entonces la diversidad de tipos efectivos de imposición sería un obstáculo al mercado común. Pero ya hemos visto que aquella premisa no resulta del Tratado CE. La realización del mercado común tal y como este es concebido por el Derecho europeo no postula la necesidad de una condición de neutralidad plena<sup>229</sup>.

A lo que se ha dicho antes sobre este punto habría todavía que añadir que los estudios empíricos que han intentado evaluar el impacto real de los tipos de imposición sobre las decisiones de inversión no han sido decisivos hasta hoy<sup>230</sup>. Los

---

<sup>228</sup> **COMISIÓN EUROPEA**, *Company taxation...*, cit., p. 4.

<sup>229</sup> En una resolución de 14 de marzo de 2002, el Parlamento Europeo ha expresado su posición sobre este aspecto, afirmando que la existencia de competencia fiscal entre los Estados de la UE puede contribuir para alcanzar los objetivos de crecimiento y competitividad y estimular una aproximación positiva entre los Estados (**DELLA VEDOVA, B.**, *Towards an internal market without tax obstacles – a strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities*, (paper presentado en la Conferencia organizada por la Comisión Europea en 30 de abril de 2002), Bruselas, 2002. Con esto, el PE afirma una posición contraria al principio de la neutralidad en la exportación de capital.

<sup>230</sup> **COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**, *Informe del Comité Ruding...*, cit., p. 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”; cfr. también, **COMISIÓN EUROPEA**, *Company taxation...*, cit., p.3; **MARTÍN JIMENEZ, A. J.**, *Towards...*, cit., p. 10.

estudios disponibles muestran que el nivel de fiscalidad es un factor importante para las empresas, pero sólo es uno de entre 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 calificada, la accesibilidad de los mercados, el coste de transporte y otros, que están estrechamente y frecuentemente relacionados con un nivel elevado de fiscalidad, de forma que estos factores se compensarían.

Además del aspecto de la eficiencia, la existencia de diferencias significativas en el nivel de imposición está también asociada con el problema de la competencia fiscal entre los Estados y con los efectos que tal competencia puede producir en algunas variables económicas, como el déficit de las cuentas públicas o el empleo. 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 transfronterizas móviles, pudiendo con ello llegar a ocasionar efectos graves indeseables tanto para sus propias economías como para las de otros países<sup>231</sup>.

Se puede definir competencia fiscal como la utilización por los Estados de su nivel de fiscalidad con el propósito de atraer o retener actividades de gran movilidad dentro del territorio nacional<sup>232</sup>. Los datos existentes sobre la evolución de los tipos nominales y efectivos en la UE a lo largo de los últimos años sugieren que los Estados miembros de la UE han utilizado sus tipos impositivos para influenciar la localización de las inversiones<sup>233</sup>. Entre 1980 y 1997 el tipo del impuesto sobre sociedades se ha

---

<sup>231</sup> 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 gobernación (**MARTÍN JIMENEZ, A. J.**, *Towards...*, cit., p.50-51, 148-152).

<sup>232</sup> **GARCÍA DE LA CALLE, A., y SERRANO ANTÓN, F.**, *La supuesta necesidad de las medidas diseñadas contra la competencia fiscal lesiva y las iniciativas para su control*, Noticias de la Unión Europea, num. 214 (2002), p. 29.

<sup>233</sup> **GIANNINI, S.**, *op. cit.*, p. 130; **LODIN, S.-O.**, *The competitiveness of EU Tax Systems*, European Taxation, vol. 41, no. 5 (2001), p. 167. En el mismo sentido se ha pronunciado el Informe Ruding

reducido en la UE en un promedio de diez puntos porcentuales, de 46 por cien a 36 por cien<sup>234</sup>, y después de esto varios países han efectuado nuevas reducciones en sus tipos nominales<sup>235</sup>. Pero también es cierto que los países de la UE viven en un contexto de economía mundial globalizada, por lo que se enfrentan a una competencia fiscal seria por parte de los restantes países del mundo. Así, el referido movimiento a la baja de los tipos efectivos puede ser una respuesta a dicha competencia fiscal externa, más que un efecto de la competencia fiscal interna.

Respecto de esta aparente competencia, se presenta el problema de una reducción insostenible de la recaudación, lo que se conoce también como “degradación fiscal”<sup>236</sup>. Este problema se empezó a sentir por los Estados a partir de mediados de la década de los ochenta, coincidiendo con el momento en que empieza a hacerse visible el antes referido movimiento a la baja de los tipos y en el que las

---

(COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Informe del Comité Ruding...*, cit., p. 222). Sin embargo, los resultados de los estudios sobre la efectiva sensibilidad de la localización de la inversión a las diferencias en los tipos de impuesto no parecen ser absolutamente seguros.

<sup>234</sup> Es cierto que mientras el tipo nominal se ha reducido, la base se ha alargado en el mismo período en el mismo grupo de países, con lo que podríamos no tener una reducción significativa o ni mismo alguna reducción del tipo efectivo (sobre la evolución de la base del impuesto de sociedades en la UE, **LODIN, S.-O.**, *The competitiveness...*, cit., p. 166). Sin embargo, esto no sería suficiente como para invalidar la tesis de la competencia fiscal entre los países de la UE, dado que se constata que el tipo nominal es el factor más determinante de la localización de las inversiones más móviles, que serán las de las multinacionales (**GIANNINI, S.**, *op.cit.*, p.131)

<sup>235</sup> En 1999, el tipo promedio del impuesto de sociedades en la UE era de 33,6% (**ZUBIRI ORIA, I.**, *Las reformas fiscales en los países de la Unión Europea: causas y efectos*, Hacienda Pública Española, monografías, 2001, p. 21). En su reforma del 2000 Alemania ha reducido los tipos del Impuesto de Sociedades hasta el 25% y en 2003 ha entrado a vigorar el tipo general de 12,5 por cien en Irlanda. Algunos estudios han mostrado que los tipos del impuesto también se han acercado (**ESTEVE GARCÍA, V.**, **SOSVILA RIVERO, S.** y **TAMARIT ESCALONA, C. R.**, *Un análisis empírico del proceso de convergencia fiscal en la Unión Europea*, Hacienda Pública Española, 150 (1999), p. 144). Según estos autores, los resultados a que ha llegado sugieren que durante el periodo entre 1967 y 1994, se ha “venido registrando, para un numero importante de países europeos y para las principales figuras impositivas, un proceso de acercamiento o *catching up* de sus presiones fiscales con aquella que se registra en Alemania”.

<sup>236</sup> **GARCÍA DE LA CALLE, A.**, y **SERRANO ANTÓN, F.**, *op. cit.*, p. 32;

diferencias de nivel de imposición entre los países empiezan también a ser más significativas, con la entrada en la CEE de países de renta más baja<sup>237</sup>. El Informe Ruding refleja visiblemente estas preocupaciones, aunque toma sobre las mismas posiciones poco claras. Después de reconocer que se había registrado en el periodo 1985 a 1991 una convergencia acentuada y una reducción en el promedio de los tipos impositivos en los países de la CE<sup>238</sup>, afirma que “el Comité no halló pruebas convincentes de que la acción independiente emprendida por los Gobiernos nacionales pueda provocar una desenfrenada competencia fiscal entre los Estados miembros que conduzca a una drástica e indeseable erosión de recaudación del Impuesto sobre Sociedades”. Las reticencias del Comité provenían de la constatación de que, en el periodo entre 1965 y 1991, el total de los ingresos provenientes del impuesto se habían incrementado, no obstante la reducción de los tipos. Pero el Informe tampoco descarta la hipótesis de que se verifiquen efectos perniciosos en el futuro. Primero porque el fenómeno señalado de incremento de los ingresos fiscales podría haber estado asociado a un aumento de la rentabilidad de las empresas y a un aumento del número de empresas que han adoptado la forma de sociedad<sup>239</sup> y, en segundo lugar, por ser “probable que el establecimiento (del mercado interno) aumente la sensibilidad de la inversión a las diferencias fiscales entre los Estados miembros”<sup>240</sup>. Sin embargo, en sus recomendaciones finales el Informe termina considerando “que debería existir un tipo de gravamen mínimo del Impuesto sobre sociedades legalmente vinculante con el fin de evitar una excesiva competencia”<sup>241</sup>.

---

<sup>237</sup> Antes de ello, el Informe Neumark, por ejemplo, señalaba que las diferencias en el nivel de imposición no eran significativas (**COMITÉ FISCAL Y FINANCIERO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA**, *op. cit.*, p. 108). Pero debe notarse que en la fecha en que se publica dicho informe la CEE está formada por los seis países fundadores, que eran países con un nivel económico muy próximo.

<sup>238</sup> **COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**, *Informe del Comité Ruding:..., cit.*, p. 231.

<sup>239</sup> En este sentido, **CNOSSEN, S.** y **BOVENBERG, L.**, *Company tax..., cit.*, p. 166; **ZUBIRI ORIA, I.**, *Las reformas ..., cit.*, p.14.

<sup>240</sup> **COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**, *Informe del Comité Ruding:..., cit.*, p. 232.

<sup>241</sup> **COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**, *Informe del Comité Ruding..., cit.*, p. 238.

A mediados de la década de los noventa, el llamado Informe Monti<sup>242</sup>, 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 declararon 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 a la misma<sup>243</sup>. En 1997, el mismo órgano aprueba un paquete de medidas con este fin, del que se destaca, para combatir la competencia fiscal nociva, el “Código de conducta sobre fiscalidad de las empresas”<sup>244</sup>. En el Consejo de Viena de 1998 los jefes de gobierno reafirman su posición de que “la cooperación en materia de política fiscal no tiene como objetivo uniformizar los tipos

---

<sup>242</sup> **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.

<sup>243</sup> **ZUBIRI ORIA** (*Las reformas ...*, cit, p. 24), sugiere que para este despertar de la atención de los Estados sobre este problema podrá haber contribuido la circunstancia de que muchos países necesitaban sanear sus finanzas para cumplir los requisitos del Pacto de Estabilidad.

<sup>244</sup> El “pacote fiscal” consiste en una propuesta de la Comisión Europea presentada en Octubre de 1997 (**COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**, *Comunicación de la Comisión por el Consejo: Hacia la coordinación fiscal en la Unión Europea. Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa*, COM (97) 495 final, Bruselas, 1.10.1997), bajo el comisariato de Mario Monti. Este “pacote fiscal” incluía una serie de medidas, entre las cuales la aprobación de un “código de conducta sobre fiscalidad de las empresas”, revistiendo la forma de “instrumento jurídicamente no vinculante que comprometa los Estados miembros a respetar los principios de una competencia leal y no adoptar medidas fiscales que resulten perniciosas”. El texto de este “código de conducta” fue aprobado por una resolución del Consejo ECOFIN en 1 de diciembre de 1997 (98/C 2/01, DOCE C 2/1, de 6.1.98). Además del “código de conducta” el paquete fiscal propuesto por la Comisión preveía, como medidas futuras la aprobación de dos directivas, una sobre fiscalidad del ahorro y otra sobre fiscalidad de interés y cánones. Sobre estas dos directivas, en dicha Comunicación la Comisión pide al Consejo ECOFIN que obtenga un previo compromiso político sobre las bases en que deben ser elaborados los proyectos, lo que el Consejo hace también en su resolución de diciembre de 1997.

de gravamen y no es incompatible con una competencia fiscal leal, pero sí es llamada a... prevenir pérdidas excesivas en los ingresos fiscales y a desarrollar las estructuras fiscales en un sentido más favorable al empleo”<sup>245</sup>.

Junto a las preocupaciones con la degradación de la recaudación, y como queda manifiesto en los párrafos citados, la problemática de la competencia fiscal surge en este momento asociada a preocupaciones por el empleo<sup>246</sup>. De hecho, se constata a lo largo de las décadas de los ochenta y los noventa que la fiscalidad sobre el empleo (incluyendo la seguridad social) sigue un sentido inverso de la fiscalidad sobre el capital. Entre 1980 y 1993, el tipo de imposición sobre el trabajo asalariado ha aumentado en un promedio de cerca de 20 puntos, mientras el tipo promedio sobre “otros factores de producción”, se ha reducido en 10 puntos en el mismo período. Se cree que en el origen de esta correlación está la necesidad de compensar la reducción de la carga fiscal sobre el capital<sup>247</sup>.

Sin embargo, la importancia efectiva de los efectos nocivos inducidos por la competencia fiscal entre los Estados sigue siendo muy discutida<sup>248</sup> <sup>249</sup>. A los

---

<sup>245</sup> Vienna European Council 11 and 12 December 1998, Presidency Conclusions, pt. 21.

<sup>246</sup> Sobre la relación del nivel de la fiscalidad con el empleo, **ZUBIRI ORIA**, *Las reformas ...*, cit, p. 31.

<sup>247</sup> **MONTAGNIER**, *op. cit.*, p. 367; **RODRIGUEZ MORENO, R.**, *op. cit.*, p. 66; **ALBI IBAÑEZ, E.**, *Posibilidades...*, cit., p. 81; **MONTI, M.**, *The single market and beyond: challenges for tax policy in the European Union*, EC Tax Review, vol. 6, num. 1, (1997).

<sup>248</sup> **VANISTENDAEL, F.**, *Fiscal Support ...*, cit., p. 158. Para una revisión de los argumentos en pro y contra de la competencia fiscal véase, entre otros, **CORONA RAMÓN, J. F.**, *La Fiscalidad...*, cit.; **OATES, W.**, *Fiscal competition or harmonization?: some reflections*, National Tax Journal, Vol. 54, num. 3 (2001), **ZUBIRI ORIA**, *op. cit.*; **GARCÍA DE LA CALLE, A.**, y **SERRANO ANTÓN, F.**, *La supuesta...*, cit.

<sup>249</sup> El reconocimiento de que la competencia fiscal puede ser portadora de beneficios para las economías ha conducido a distinguir entre competencia “sana” e “nociva” o perjudicial. La primera estaría dirigida al incremento de la competitividad de la economía interna y induciría los gobiernos a ser eficientes, manteniendo niveles relativamente bajos de gasto público y logrando un equilibrio apropiado entre la carga impositiva total soportada por los contribuyentes y un nivel aceptable de servicios públicos. La competencia perjudicial, por el contrario, tiene como objetivo exclusivo o primordial la atracción de inversiones extranjeras directas. Sin embargo, los criterios objetivos para distinguir en concreto las dos formas de competencia y por ello constituye una cuestión muy complicada establecer la medida exacta

potenciales perjuicios ya señalados, los defensores de la competencia fiscal añaden que en ausencia de competencia fiscal, los Estados tienden a gravar excesivamente el capital, dada la inelasticidad de este factor y dado que la competencia fiscal es el único límite al crecimiento de la imposición<sup>250</sup>. Por otro lado, consideran que la fijación de tipos uniformes o mínimos para un conjunto de países, como es la UE, hace que, para estos países, resulte difícil adaptar posteriormente su nivel de fiscalidad a la presión competitiva ejercida por otros mercados, perjudicando con ello a la competitividad global del conjunto de países implicados<sup>251</sup>. Añaden además que debe dejarse a los Estados libertad de elegir su nivel de fiscalidad en relación con el nivel de servicios públicos que sus ciudadanos esperan del Estado. En otras palabras, sugieren que condicionar el nivel de fiscalidad sería también condicionar el modelo de Estado y la estructura del gasto público, lo que sería una restricción injustificable de la libertad democrática de las comunidades políticas<sup>252</sup>. Finalmente, la existencia de competencia fiscal supondría que los Estados intenten optimizar el gasto público, utilizando de este modo el gasto como instrumento de competencia.

Hemos enunciado los principales puntos del debate en torno a la cuestión de las diferencias entre los tipos de gravamen. ¿Qué podemos concluir sobre su importancia en el marco de la relación entre imposición directa y mercado común?

Por importante que sea este debate en el plano de la integración europea, cabe decir que los aspectos que se acaban de analizar, relacionados con los efectos de la competencia fiscal, bien sobre la recaudación, bien sobre el empleo, no están – o por lo menos no están directamente – relacionados con el tema de la relación entre mercado común y tributación directa y, por tanto, los problemas que hemos referido no pueden ser considerados como distorsiones o como fuente de distorsiones fiscales. Con esto no queremos decir que tales aspectos no deban ser tenidos en consideración

---

de lo que puede llegar a ser una medida fiscal (**GARCÍA DE LA CALLE, A., y SERRANO ANTÓN, F.**, *op. cit.*, p. 30-31).

<sup>250</sup> **IZQUIERDO LLANES, G.**, *op. cit.*, p. 52; **VANISTENDAEL, F.**, *Fiscal Support measures and harmful tax competition*, EC Tax Review, 3 (2000), p. 158.

<sup>251</sup> **McLURE, E., Jr**, *op. cit.*, p. 20.

<sup>252</sup> **MARTÍN JIMENEZ, A. J.**, *Towards ...*, *cit.*, p. 36.

para una política fiscal europea e incluso en el ámbito de una política de armonización de la fiscalidad directa en la UE. Los aspectos que hemos señalado son de gran relevancia en relación con los objetivos establecidos en el Tratado CE y por ello deben ser considerados en todas las políticas que puedan influenciarlos. Así, el mantenimiento de un determinado nivel de recaudación, puede ser considerado una medida adecuada a efectos de mantener los objetivos de convergencia económica, del mismo modo que una estructura del sistema impositivo que no penalice el empleo puede ser una medida adecuada a combatir el desempleo. Y evidentemente, estos son objetivos importantes del proceso de integración europea, e incluso puede defenderse que tienen una incidencia indirecta en el funcionamiento del mercado, ya que una plena integración económica dependerá en buena medida de la prosperidad y del desarrollo armonioso de las economías europeas, de tal modo que si no es posible realizar aquellos objetivos económicos sin coordinación entre los Estados, estos deberán perseguirlos a través de una política conjunta. Pero tales medidas estarán dictadas por otros fundamentos diferentes al de eliminar los obstáculos al mercado común, en el sentido del art. 94 del Tratado CE.

### 2.2.2. Doble imposición

Se suele distinguir entre doble imposición jurídica y doble imposición económica<sup>253</sup>. 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

---

<sup>253</sup> **VOGEL, K.**, *Il Diritto internazionale tributario*, en AMATUCCI, A. (dirección), *Trattato di Diritto tributario*, Vol. I, Cedam, Padua, 2001, p. 386; **RUBIO GUERRERO, J.**, *op cit.*, p. 44; **CALDERÓN CARRERO, J. M.**, *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*, McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 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. Aún según el mismo autor, es necesaria la presencia de tres requisitos para poderse hablar de doble imposición económica: identidad de fuente impositiva, identidad o similitud de impuestos y heterogeneidad de sujetos pasivos.

distintos<sup>254</sup>. 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 de nuevo en impuesto de sociedades, como componente del beneficio gravable de esta segunda sociedad<sup>255</sup>. Y se habla de doble imposición jurídica cuando un mismo hecho imponible determina el nacimiento de dos obligaciones tributarias para un único sujeto tributario<sup>256</sup>.

Por otro lado se habla de doble imposición internacional para expresar lo que ocurre cuando dos o más Estados someten a tributación a una misma materia imponible por el mismo o análogo tipo de impuesto<sup>257</sup>. La expresión “doble imposición internacional” se utiliza para designar las situaciones de doble imposición jurídica de carácter internacional<sup>258</sup>. Este sería el caso como ya hemos visto de una sociedad que obtiene beneficios en un país extranjero a través de un establecimiento permanente, cuando en el país de localización del establecimiento grava dichos beneficios por el principio de la fuente y en el país de residencia de la sociedad grava los mismos beneficios por el principio de residencia. La doble imposición internacional constituye

---

<sup>254</sup> RUBIO GUERRERO, J., *op cit.*, p. 44.

<sup>255</sup> CALDERÓN CARRERO, J. M., *op. cit.*, p. 110.

<sup>256</sup> La existencia de doble imposición jurídica presupone 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 presupone cuatro identidades: la identidad del objeto, la identidad del sujeto, la identidad del periodo tributario y la identidad del impuesto (VOGEL, K., *Il Diritto...cit.*, p. 385; XAVIER, A., *op. cit.*, p. 33).

<sup>257</sup> PÉREZ DE AYALA, J., y PÉREZ DE AYALA BECERRIL, M., *op. cit.*, p. 415; RUBIO GUERRERO, J., *op. cit.*, p. 44; FANTOZZI, A., y VOGEL, K., *Doppia imposizione internazionale*, Extracto del *Digesto*, 4ª edición, UTET, Turin, 1990, p. 4; CALDERÓN CARRERO, J. M., *op. cit.*, p. 90. Los comentarios al MCOCDE 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 periodo de tiempo.

<sup>258</sup> VOGEL, K., *Il Diritto...cit.*, p. 386; CALDERÓN CARRERO, J. M., *op. cit.*, p. 110. En sentido divergente, DOURADO, A. P., *A tributação dos rendimentos de capitais: a harmonização na Comunidade Europeia* (Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, num. 175), Centro de Estudos Fiscais, Direcção-Geral dos Impostos, Lisboa, 1996. Estos dos autores concluyen que la identidad de sujetos no es esencial al concepto de doble imposición internacional.

siempre una fuente de distorsión fiscal, ya que en virtud de la misma, las rentas quedan sujetas a una carga fiscal adicional que no soportan las que se gravan en un solo país<sup>259</sup>.

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 ser calificada como distorsionante del tráfico internacional. Cuando se verifica una doble imposición económica que está relacionada con una operación transfronteriza y que no ocurriría 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<sup>260</sup>. En este caso se convierten en una fuente potencial de distorsión fiscal. 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.

La doble imposición económica puede estar relacionada a su vez con numerosas situaciones. La más común es la relativa a los dividendos de sociedades, ya mencionada. Pero pueden ocurrir también situaciones de doble imposición económica relativas a ajustes de precios de transferencia<sup>261</sup>, a la imposición de plusvalías y a otros supuestos.

Esta breve descripción pone de manifiesto que bajo el término doble imposición se engloban una serie de problemas bastante diferentes. Dados la complejidad y la importancia de algunos de esos problemas, deberemos analizar a partir de aquí cada uno de ellos por separado.

---

<sup>259</sup> FANTOZZI, A., y VOGEL, K., *op. cit.*, p. 8.

<sup>260</sup> RUBIO GUERRERO, J., *op. cit.*, p. 44; CALDERÓN CARRERO, J. M., *op. cit.*, p. 113.

<sup>261</sup> CALDERÓN CARRERO, J. M., *op. cit.*, p. 111.

### 2.2.3. Doble imposición internacional

En materia de imposición directa, dado que la generalidad de los Estados aplican simultáneamente los principios de residencia y de la fuente, se producen como resultado situaciones de potencial doble imposición internacional<sup>262</sup>. Ya hemos visto que esto es lo que ocurre cuando los beneficios societarios son gravados en el país de residencia de la sociedad y el país de la fuente, por ejemplo, el Estado donde la sociedad tiene localizado un establecimiento permanente. Lo mismo puede producirse con los dividendos. Así, si un accionista, sociedad o persona física, recibe dividendos en un país extranjero, puede ser gravado simultáneamente en el país de la fuente y en el país de residencia<sup>263</sup>, por un impuesto igual o análogo. Además, situaciones de doble imposición internacional pueden aún ocurrir cuando los países aplican un mismo punto de conexión. Es lo que se verifica frecuentemente con las situaciones de doble residencia de sociedades, en las que la sociedad es considerada residente simultáneamente en dos o más Estados por las respectivas legislaciones<sup>264</sup>.

La problemática de la doble imposición internacional está subordinada a la cuestión más amplia del reparto internacional de las bases imponibles. El hecho de que en el seno de la UE la generalidad de los países aplica simultáneamente, en la imposición sobre los beneficios societarios los principios de residencia y de la fuente, puede verse como un resultado de la ausencia de un consenso al nivel de la UE sobre el reparto de las bases. La solución de los problemas de doble imposición<sup>265</sup> reconocida como de grande relevancia para la realización de las libertades de circulación es dejada

---

<sup>262</sup> **FANTOZZI, A.**, y **VOGEL, K.**, *op. cit.*, p. 5; **RUBIO GUERRERO, J.**, *op. cit.*, p. 45. Según este autor, “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”.

<sup>263</sup> **RUBIO GUERRERO, J.**, *op. cit.*, p. 45.

<sup>264</sup> **FANTOZZI, A.**, y **VOGEL, K.**, *op. cit.*, p. 5

<sup>265</sup> Art. 293 (antes 222) del Tratado CE.

a una negociación bilateral que tratará de definir qué parte de las rentas transfronterizas pueden ser objeto de apropiación por cada Estado<sup>266</sup>.

Para todos aquellos que defienden que la convergencia de los sistemas fiscales europeos debe ser dejada a las fuerzas del mercado, y que por tanto defienden por principio la existencia de la competencia fiscal, esta forma de reparto interjurisdiccional de las bases imponibles será la más conforme con el principio asumido. Así, los países adoptarán bilateralmente un sistema de repartición de las bases que vaya de acuerdo con las circunstancias particulares del mismo<sup>267</sup>. Entre los países miembros de la UE este es el sistema adoptado como regla general. El actual art. 293 del Tratado CE recomienda incluso a los Estados el uso de este instrumento para eliminar situaciones de doble imposición.

Sin embargo, los convenios bilaterales se han mostrado un instrumento insuficiente para solucionar el problema de la doble imposición internacional en la UE. En primer lugar se trata de un proceso naturalmente lento y cada país tiene que negociar (en la actualidad) catorce convenios diferentes. El resultado es que la mayor parte de los convenios existentes son demasiado antiguos<sup>268</sup>, se encuentran desactualizados con relación a las circunstancias económicas y a la evolución del derecho comunitario. A ello hay que añadir que numerosos convenios están todavía por celebrar<sup>269</sup>, 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, sólo la

---

<sup>266</sup> En la expresión de **MUSGRAVE, P. B.** (*Interjurisdictional equity...*, cit., p. 54), "a través del tratado los Estados implicados establecen la parte que a cada uno debe caber en los rendimientos interjurisdiccionales, según lo que sea mutuamente reconocido como equitativo. También **RUBIO GUERRERO, J.**, (*op. cit.*, p.43) subraya el aspecto de que la división de bases entre los Estados no tiene una naturaleza meramente técnica, sino que es también recaudatoria, y está condicionada por los flujos existentes entre cada par de países; aún en este sentido, **VOGEL, K.**, *Taxation of cross-border ...*, cit., p. 16.

<sup>267</sup> **PISTONE, P.**, *An EU model ...*, cit., p. 13

<sup>268</sup> De los 97 convenios bilaterales en vigor en 2001, 36 tenían más de 20 años (**COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**, *Company Taxation ...*, p. 286).

<sup>269</sup> En finales de 2001, de un total de 105 convenios posibles habían sido concluidos 97 (*idem*, p. 286).

atenúan<sup>270</sup>, por lo que no se puede decir que resulten eliminadas las distorsiones fiscales.

Pero además, debido a que son bilaterales y efectivamente comportan diferencias sustanciales entre sí, los convenios crean desigualdades entre contribuyentes de diversos países miembros que, con relación a un mismo país-fuente, estén comprendidos por diferentes convenios. Esto se puede ver de dos formas. Desde una perspectiva económica se debe decir que tales desigualdades perjudican la neutralidad en la importación de capitales, ya que los inversores que localicen sus actividades en un dado país no perciben todos ellos el mismo tratamiento fiscal, sino tratamientos diferentes de acuerdo con el convenio celebrado entre el país de la fuente y sus respectivos países de residencia. Desde una perspectiva jurídica, se puede decir que estas desigualdades son susceptibles de vulnerar el principio de no discriminación o de constituir restricciones al ejercicio de las libertades de circulación en el mercado común<sup>271</sup>. En todo caso, tales divergencias constituyen en si mismas fuente importante de potenciales distorsiones fiscales<sup>272</sup>.

El Tribunal de Justicia de la CE en diversas ocasiones se ha pronunciado sobre la relación entre el derecho de los convenios bilaterales y el derecho comunitario. En el asunto *Commerzbank*<sup>273</sup> una sociedad alemana que había realizado, a través de su

---

<sup>270</sup> Sobre los mecanismos utilizados en los convenios internacionales para eliminar o atenuar la doble imposición véase **XAVIER, A.**, *op. cit.*, pp. 423 y siguientes; o **GARCÍA MORENO, M. P.**, *Los convenios de doble imposición*, en CORDÓN EZQUERRO (dir.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2001.

<sup>271</sup> Para una visión detallada de los aspectos de los aspectos en 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

<sup>272</sup> **RADLER, A.**, *op. cit.*, p. 92.

<sup>273</sup> Asunto C-330/91, *Regina v. Inland Revenue Commissioners ex parte Commerzbank* (1993) ECR I-429, comentado, entre otros, por **MARTÍN JIMENEZ, A. J.**, *Towards ...*, *cit.*, pp. 229 -230; **CALDERÓN CARRERO, J. M.** y **MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.**, *La armonización ...*, *cit.*, pp. 702-703; y **THIEL, S. van**, *The prohibition of income tax discrimination in the European Union: what does it mean?*, *European Taxation*, vol. 34, no. 9 (1994), p. 305.

agencia (establecimiento permanente) en Inglaterra, operaciones con los Estados Unidos de Norteamérica, y que había sido gravada en Inglaterra por los rendimientos obtenidos con esas operaciones, bajo la forma de intereses, reclamó ante un tribunal inglés que le fuese concedida una exención prevista en el convenio sobre doble imposición celebrado entre el Reino Unido y los EUA. La disposición del convenio invocada eximía de gravamen los intereses pagados, en Inglaterra, por sociedades de los EUA a sociedades no residentes en Inglaterra. La pretensión consistía por tanto en hacer aplicar una disposición de un convenio celebrado entre el Reino Unido y los EUA a una sociedad alemana. Al mismo tiempo, la sociedad reclamó el pago, por el Estado inglés, de una compensación, por el período durante el cual había soportado el gravamen indebido.

El tribunal inglés concedió la primera pretensión. En cuanto a la segunda, la ley inglesa preveía este tipo de compensaciones sólo para residentes. De una vez que la sociedad alemana, en la primera pretensión, invocaba su calidad de no residente, el tribunal entendió no ser coherente que la misma sociedad reclamase de forma subsiguiente la aplicación de una disposición aplicable sólo a residentes.

El TJC ha sido solicitado a pronunciarse únicamente sobre esta última cuestión, habiendo considerado que la disposición invocada del derecho nacional inglés – que reservaba la posibilidad de pagar intereses de demora a los residentes – era discriminatoria con relación a los no residentes y, por este motivo, constituía una restricción al ejercicio de la libertad de establecimiento.

El Tribunal no ha apreciado directamente la cuestión de la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho de los convenios. Pero, al no considerar relevante que la sociedad hubiese con anterioridad invocado su condición de no residente para reclamar la aplicación de una disposición de un convenio, la posición del Tribunal significa que la aplicación del principio de la primacía del derecho comunitario y el efecto directo de las disposiciones que establecen las libertades de circulación no están condicionados por una regla de coherencia entre el Derecho comunitario y el derecho internacional constante de los convenios.

En el asunto *Shumacker*<sup>274</sup>, el TJCE consideró no procedente el argumento de la coherencia del sistema<sup>275</sup>, invocado por el *Finanzgericht* alemán para justificar el tratamiento diferenciado de un ciudadano belga con relación a los residentes alemanes. Para justificar esta posición, el Tribunal invocó el convenio sobre doble imposición entre Alemania y Holanda, al conceder este a los residentes holandeses trabajando en Alemania el derecho de recibir el mismo tratamiento fiscal concedido a los residentes alemanes. En la sustancia de este considerando está, en nuestro entendimiento, la afirmación de que si, entre dos Estados miembros, el principio de la coherencia del sistema no impide la aplicación de una igualdad de trato, entonces el mismo principio de coherencia no puede justificar un trato discriminatorio en un supuesto idéntico, en lo que estén implicados ciudadanos de otro Estado miembro. La misma respuesta dio el Tribunal en el asunto *Wielockx*<sup>276</sup>. Con este posicionamiento, el Tribunal está cerceando, en observancia del principio de no discriminación vigente en el ordenamiento comunitario, la libertad que en el Derecho tributario internacional asiste a los Estados de disponer sobre la igualdad de trato – aceptando esta igualdad, excluyéndola o limitándola – en los convenios de doble imposición que celebran entre ellos<sup>277</sup>.

Sin embargo, los asuntos más importantes sobre la relación entre el Derecho de los convenios sobre doble imposición y el Derecho comunitario fueron los Asuntos *Avoir Fiscal*<sup>278</sup>, *Saint-Gobain*<sup>279</sup> y *Gilly*<sup>280</sup>.

---

<sup>274</sup> Asunto C-279/93, *Finanzamt Koln-Altstadt v. Roland Shumacher* (1995) ECR I-225, comentada por **GARCÍA FRÍAS, A.**, *La necesaria...*, cit.

<sup>275</sup> Este argumento había sido utilizado por el Tribunal en el asunto *Bachman* (Asunto C-204/90, *Bachman*, 1992, ECR I 249).

<sup>276</sup> Asunto C-80/94, *G. H. E. J. Wielockx v. Inspecteur der Directe Belastingen* (1995) ECR I-2493.

<sup>277</sup> **CALDERÓN CARRERO, J. M.** y **MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.**, *La armonización ...*, cit., p. 663.

<sup>278</sup> Asunto 270/83 *Comission/France* (1986) ECR 274, comentado por **MARTÍN JIMENEZ, 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*, num. 102 (1999), p. 301; y **DOCAVO ALBERTI, L.**, *Jurisprudencia tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, *Distribuciones de la Ley*, Madrid, 1981, pp. 44-48.

<sup>279</sup> Asunto C-307/97, *Compagnie Saint-Gobain ZD v. Finanzamt Aachen*, 1999, ECR, I-6163.

En el primero se cuestionaba la concesión, a los establecimientos permanentes en Francia de sociedades no residentes, de una deducción para la eliminación de la doble imposición económica. La deducción beneficiaba a las sociedades residentes y, de conformidad con los convenios de doble imposición celebrados por Francia, a los residentes bajo condición de reciprocidad. El Tribunal consideró que el respeto de los derechos otorgados en el Tratado, concretamente en el art. 52, no puede quedarse supeditado a las disposiciones de un acuerdo celebrado entre los Estados miembros, reconociendo así la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho internacional de los convenios de doble imposición.

En el asunto *Gilly*, se cuestionaba una disposición contenida en el convenio de doble imposición entre Francia y Alemania, de la que resultaba: i) un tratamiento más gravoso para el contribuyente en virtud de su nacionalidad alemana; ii) una eliminación sólo parcial de la doble imposición sobre la renta de un residente francés que trabajaba en Alemania. En el primer aspecto, la cuestión se planteaba en términos de vulneración del principio de no discriminación, en el ámbito de la libre circulación de personas; en el segundo, se planteaba la cuestión de la existencia de una restricción al ejercicio de la libertad de circulación de personas. En este caso, el TJCE decidió a favor del derecho de los convenios<sup>281</sup> pero, como pone de relieve MARTÍN JIMENEZ, no sólo esta decisión del Tribunal se toma sin “razonar si estos principios podían dar lugar a problemas de compatibilidad con el Derecho comunitario<sup>282</sup>, sino que también esta decisión está en contradicción frontal con la jurisprudencia que el Tribunal ha dictado en otros casos, como *Avoir Fiscal*, *Safir*<sup>283</sup> y *ICI*<sup>284</sup>.

---

<sup>280</sup> Asunto C-336/96, *Mr and Mrs Gilly v. Directeur des Services Fiscaux du Bas-Rhin* (1998), comentado por MARTÍN JIMENEZ, A. J., *Hacia...*, cit..

<sup>281</sup> PISTONE observa que en su sentencia sobre el asunto *Gilly* el TJCE ha intentado cuidadosamente evitar concluir sobre la posibilidad de que los mecanismos contenidos en los Convenios internacionales de doble imposición pueden afectar el ejercicio de las libertades fundamentales (PISTONE, P., *An EU model tax convention*, EC Tax Review, num. 3 (2002), p. 129).

<sup>282</sup> MARTÍN JIMENEZ, A. J., *Hacia...*, cit., p. 314.

<sup>283</sup> Asunto C-118/96, *Jessica Safir* (1998), comentado por MARTÍN JIMENEZ, A. J., *Towards...*, p. 247

Poco tiempo después de haber dictado la sentencia *Gilly*, el Tribunal ha retomado su jurisprudencia anterior en el asunto *Saint-Gobain*<sup>285</sup>. En este, el Tribunal ha afirmado expresamente 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.

Sobre este punto creemos posible concluirse que el derecho de los convenios bilaterales sobre doble imposición, elaborados por regla general con base en el Convenio Modelo de la OCDE, están inspirados por unos principios de Derecho tributario internacional que no coinciden con los principios del derecho comunitario y que por ello pueden suscitar problemas de compatibilidad<sup>286</sup>. El primero gran punto de divergencia es 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 sujetos no se encuentran en situaciones comparables<sup>287</sup>, en el Derecho comunitario, como hemos visto, el Tribunal ha venido ampliando el concepto de no discriminación por razón de la nacionalidad, para incluir en él la discriminación por razón de la residencia. Este es en el momento actual un de los aspectos más decisivos de la llamada integración negativa en materia de imposición directa. Pero además, el principio de no discriminación propio del Derecho internacional sólo se aplica a los nacionales del otro Estado

---

<sup>284</sup> Asunto C-264/96, *ICI v. Colmer*, 1(998), ECR I 4695, comentado por **MARTÍN JIMENEZ, A. J.**, *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Revista Española de Derecho Financiero, 103 (1999), pp. 583 y siguientes.

<sup>285</sup> Esta sentencia ha sido abundantemente comentada en **MARTÍN JIMENEZ, 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, num. 214 (2002).

<sup>286</sup> **PISTONE, P.**, *An EU model ...*, cit., p. 130

<sup>287</sup> **CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.**, op. cit., p. 664; **PINHEIRO, G.**, *A fiscalidade na União Europeia*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, p. 165; **THIEL, S. van**, op. cit., p. 296.

contratante<sup>288</sup> y condicionado a reciprocidad, lo que no ocurre en el Derecho comunitario<sup>289</sup>. Finalmente en el Derecho internacional el principio de no discriminación no “opera al margen de un CDI”<sup>290</sup>, es decir, no existe un principio de no discriminación generalmente aplicable. Como hemos visto, la concepción misma del convenio de doble imposición como sistema de reparto bilateral de bases entre Estados, se asienta en la negociación y, por tanto, en la diferenciación<sup>291</sup>. Por el contrario, el Derecho comunitario y las libertades de circulación están basadas 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 además es de aplicabilidad directa<sup>292</sup>.

A pesar de estas evidentes diferencias, que los casos referidos ponen de manifiesto, la cuestión fundamental de saber 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 otros Estados, en función del convenio celebrado con cada uno, queda todavía no resuelta<sup>293</sup>.

#### 2.2.4. El problema de los dividendos

Al contrario de 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, la misma operación que origina la doble

---

<sup>288</sup> CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *op. cit.*, p. 663. Esta regla se rompió en el caso *Commerzbank*, como hemos visto.

<sup>289</sup> VOGEL, K., (*Taxation...*, *cit.*, p. 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.

<sup>290</sup> *Idem*, p. 663.

<sup>291</sup> VOGEL, K., *Taxation...*, *cit.*, p. 16.

<sup>292</sup> THIEL, S. van, *op. cit.*, p. 304; GARCÍA PRATS, A. F., *The evolution of income taxation under EC law requirements*, *EC Tax Review*, num. 3 (2002), p. 139.

<sup>293</sup> FARMER, P. y LYAL, R., *EC Tax Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 318; PISTONE, P., *An EU model...*, *cit.*, p. 130.

imposición no la originaría si no fuera su carácter transfronterizo. Esto puede ocurrir ya sea porque los sistemas fiscales nacionales prevén mecanismos para atenuar la doble imposición aplicables exclusivamente a los residentes y a los dividendos de origen interno, ya sea porque los Estados aplican sobre los dividendos pagados a beneficiarios extranjeros retenciones a cuenta para los cuales no existan mecanismos de coordinación interjurisdiccional para la eliminación de la doble imposición.

Se conoce como sistema de impuesto la forma en que se relacionan la imposición de beneficios empresariales al nivel del impuesto de sociedades y la imposición de los mismos beneficios al nivel del impuesto personal sobre la renta<sup>294</sup>. Dicha relación puede ser de integración, en la cual se busca en alguna medida eliminar o atenuar la llamada doble imposición de dividendos, y de ausencia de integración. En este último caso, que se suele denominar sistema clásico, la imposición de la sociedad se hace de modo independiente a la imposición del accionista<sup>295</sup>.

Entre los sistemas con integración, los más usados en la UE a lo largo de los 45 años pasados son el sistema de imputación, en que Francia ha sido pionera, y el de *split rate* o doble tipo, del cual ha sido Alemania la principal representante<sup>296</sup>. En el primero, el accionista persona física incluye los dividendos percibidos en la base de su impuesto personal y deduce en el impuesto liquidado sobre esta base la totalidad (imputación total) o parte (imputación parcial) del montante correspondiente al impuesto de sociedades soportado por el mismo dividendo (este mecanismo se

---

<sup>294</sup> **GOTA LOSADA, A.**, *Tratado del Impuesto de sociedades*, Tomo I, *Nociones fundamentales del Impuesto sobre sociedades e historia del tributo en España*, Extecom, Madrid, 1988, p. 39; **CORONA RAMÓN, J. F.** y **VALERA, F.**, *op. cit.*, p. 142.

<sup>295</sup> **COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**, *Informe Van den Temple*, en VALLE SÁNCHEZ, V., y LAGARES CALVO, M. J., *El impuesto sobre sociedades: aspectos polémicos*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1973.

<sup>296</sup> Sobre los sistemas de impuesto existentes se puede ver **COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**, *Informe Van den Temple*, *cit.*; **DEVEREUX, M. P.**, *Issues in the taxation of income from foreign portfolio and direct investment*, en CNOSEN, S. (ed), *Taxing capital income in the European Union: issues and options for reform*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, p. 111; **BURGIO, M.**, *La armonización...*, *cit.*, pp. 166 y siguientes; **PISTONE, A.**, *La tassazione degli utili distribuiti e la thin capitalization: profili internazionali e comparati*, Cedam, Padua, 1994, pp. 89 y siguientes.

designa como crédito fiscal o *tax credit*). El sistema de *split rate* o doble tipo consiste en aplicar diferentes tipos impositivos a los beneficios retenidos (tipo más alto) y a los beneficios distribuidos (tipo más bajo<sup>297</sup>). Como el anterior, este sistema supone una atenuación de la doble imposición de dividendos pero, al contrario de aquel, actúa exclusivamente a nivel del impuesto sobre sociedades. Un tercer sistema usado, que algunos autores anglosajones designan como *shareholder relief*<sup>298</sup>, consiste bien en una exención total o parcial, o en la aplicación de un tipo reducido sobre los dividendos al nivel del impuesto personal. Finalmente, algunos países aplican el sistema designado por *dual income tax system* que consiste en gravar los dividendos distribuidos a través de un impuesto de producto específico, con un tipo más bajo que el del impuesto personal<sup>299</sup> y además proporcional en vez de progresivo.

En cuanto al aspecto de la coordinación o de la convivencia internacional de estos sistemas, el sistema clásico es aquel que menos problemas plantea, siendo irrelevante que los dividendos sean percibidos por accionistas residentes o extranjeros o que la sociedad que los distribuye sea residente o no residente. Sin embargo, al no eliminar o ni siquiera atenuar la doble imposición económica de los dividendos, el sistema clásico penaliza la distribución de dividendos con lo que impide la diseminación del ahorro y el desarrollo del mercado de capitales<sup>300</sup>.

Con el sistema de doble tipo se consigue una atenuación de la doble imposición que evidentemente depende del tipo aplicado a los beneficios distribuidos. Pero el sistema no es adecuado para conseguir una total eliminación de la doble imposición. En Alemania el sistema ha sido aplicado hasta fechas recientes (se eliminó con la reforma de 2000), junto al sistema de imputación<sup>301</sup>. El sistema de imputación es el

---

<sup>297</sup> En una variante posible, el sistema puede consistir en la aplicación de un tipo cero sobre los dividendos distribuidos, con lo que se eliminará totalmente la doble imposición.

<sup>298</sup> **DEVEREUX, M. P.**, *op. cit.*, p. 111.

<sup>299</sup> **CHOWN, J.**, *Monetary...*, *cit.*, p.109.

<sup>300</sup> **KNOBBE-KEUK, B.**, *op. cit.*, p. 28; **THOMMES, O.**, *Harmonization of enterprise taxation in the EC*, Intertax, nº4 (1990), p. 213.

<sup>301</sup> **LEFFERS, I.**, *Germany*, en *The Taxation of Companies in Europe*, International Bureau of Fiscal Documentation, 2000.

más adecuado no solo para conseguir una total eliminación de la doble imposición, para lo que se hace necesario una imputación total, sino también para compatibilizar este aspecto con la progresividad del impuesto y, por tanto, con el principio de la equidad fiscal horizontal.

El problema del sistema de impuesto y su relevancia para la relación entre imposición de beneficios y el mercado común puede ser visto bajo dos perspectivas. El primero, que subyace al Informe van den Temple, referido, es el de la neutralidad en la localización del capitales. Si se adopta el criterio de neutralidad en la exportación capitales, el sistema de impuesto en la UE tendrá que satisfacer la condición de igualar la carga fiscal (total, incluyendo la imposición personal<sup>302</sup>) para las inversiones de todos los residentes de un mismo país. Si se adopta el criterio de la neutralidad en la importación de capitales, el sistema de impuesto tendrá que satisfacer la condición de igualar la carga fiscal soportada por todos los inversores, con independencia de su residencia, que perciban dividendos procedentes del país de la fuente. El Informe *Van den Temple* analiza los sistemas de impuesto desde esta perspectiva y muestra que difícilmente se puede realizar cualquiera de estos criterios mientras se mantengan sistemas diferentes entre los distintos países de la UE<sup>303</sup>.

Otra perspectiva, que ha sido la más aceptada en los últimos años, se refiere a la compatibilidad de los sistemas de impuesto tal y como están configurados en los varios sistemas nacionales con las disposiciones del Tratado en materia de libertades fundamentales<sup>304</sup>. Lo que se verifica en la realidad es que los Estados suelen limitar la

---

<sup>302</sup> Para una síntesis de los efectos de distorsión provocados por un sistema de impuesto no integrado véase **BIRD, R. M.**, *Corporate-personal...*, cit., p. 243.

<sup>303</sup> **COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**, *Informe Van den Temple*, cit., pp. 313 y siguientes.

<sup>304</sup> **WATTEL** ha defendido que el sistema de imputación es, por definición, incompatible con un mercado común. Así es, en la opinión del autor, porque los principios de no discriminación y de libre circulación, que forman la esencia del mercado común, exigen que todos los beneficios o minoraciones aplicados por un Estado lo sean por igual a residentes y no residentes, mientras que el sistema de imputación tiene, no solamente por efecto sino por finalidad, neutralizar esas minoraciones. De esta forma, las minoraciones aplicadas por el Estado de la fuente a los no residentes, en conformidad con el principio de no discriminación, benefician solamente la hacienda del Estado de residencia (**WATTEL, P. J.**, *Home neutrality...*, cit., pp. 160-161).

aplicación de los mecanismos de atenuación que hemos visto, a las situaciones en que los beneficiarios de los dividendos son residentes y en que la sociedad distribuidora es residente<sup>305</sup>. En cualquiera de los casos 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, el flujo de capital hacia el exterior podrá ser perjudicado.

La razón de por qué los Estados aplican sus sistemas de modo discriminatorio es de carácter financiero. Está relacionada con el hecho de que la concepción de dichos sistemas<sup>306</sup>, se asienta sobre una lógica de correlación entre los impuestos sobre sociedades y sobre la renta de las personas físicas cuando estos son recaudados por el mismo país. Si un Estado aplica un sistema de imputación a los dividendos recibidos de fuente externa, estará concediendo al beneficiario un crédito fiscal por un impuesto de sociedades que ha sido cobrado por otro Estado, el de residencia de la sociedad, lo que se traducirá en una pura pérdida de ingresos. Este problema, que se plantea tanto si coexisten diversos sistemas como si hay un sistema común, sólo podrá ser solucionado mediante una fórmula que permita al Estado que concede el crédito de impuesto recibir una compensación financiera del Estado de la fuente.

En su jurisprudencia, el TCE ha considerado, de forma reiterada, que dichas diferencias de trato no son compatibles con las disposiciones del Tratado CE en materia de libre circulación. En el Asunto *Avoir Fiscal*, antes mencionado, se planteó directamente la cuestión de la compatibilidad con el Derecho comunitario de la diferencia de tratamiento entre sociedades residentes y no residentes a efectos de la eliminación de la doble imposición económica sobre dividendos. El Tribunal ha considerado que dicha diferenciación del Derecho fiscal francés violaba el Tratado, no

---

<sup>305</sup> 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*, num. 2 (1993).

<sup>306</sup> Así lo señala **SANZ GADEA, E.**, *Aspectos ... (I)*, *cit.*, p. 24.

aceptando como justificaciones de la misma 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 estas 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. Y si los casos anteriores se refieren ambos a la eliminación de la doble imposición de dividendos distribuidos entre empresas, en el caso *Verkooijen*<sup>307</sup> el Tribunal ha tenido oportunidad de aplicar la misma línea de jurisprudencia a un supuesto de distribución de dividendos a un accionista persona física. En este caso, se cuestionaba una disposición del ordenamiento fiscal holandés en la que se establecía una exención parcial, 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 (la ley holandesa asociaba el sistema clásico de impuesto con un sistema de *shareholder relief*). Nótese que, en este caso, no enjuicia una diferencia de trato por razón de la residencia del contribuyente, sino una diferencia por razón de la residencia de la sociedad pagadora de los dividendos. El Tribunal ha juzgado la disposición referida incompatible con el Tratado, por considerarla una restricción injustificada al ejercicio de la libertad de circulación de capitales<sup>308</sup>.

La jurisprudencia del TJCE sobre este punto es de importancia trascendental, por la repercusión que tiene, en un plano inmediato, sobre la relación entre los

---

<sup>307</sup> Asunto C-35/98 *B.G.M. Verkooijen*, JO C 247 26.08.2000, p. 4. Esta sentencia se comenta por **CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.**, *op. cit.*, pp. 740 y siguientes.

<sup>308</sup> En este aspecto – de considerar incompatibles con las disposiciones del Tratado en materia de libertades de circulación no apenas a las discriminaciones sino también las restricciones no justificadas – la sentencia *Verkooijen* 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.*.

ordenamientos tributarios nacionales y el Derecho comunitario y, en un plano mediato, sobre la configuración de un sistema fiscal armonizado.

La no aceptación del principio de coherencia como justificación de la exclusión del ámbito del mecanismo de imputación de los dividendos percibidos de fuente externa (como en el caso *Verkooijen*) es muy discutible<sup>309</sup>. Desde un punto de vista de la realidad financiera, parece obvio que existe un vínculo directo entre la renuncia del Estado a gravar los dividendos patrimonio del accionista y el hecho de haber ya gravado los dividendos patrimonio de la sociedad. Al no aceptar el principio de coherencia en este supuesto, el Tribunal cuestiona la legitimidad de esta lógica financiera. La consecuencia de este planteamiento es que no será aceptable ninguna medida de eliminación de la doble imposición con una base meramente nacional. Como observa LUPO, la jurisprudencia del tribunal en esta cuestión debe extrapolarse en un nuevo concepto de doble imposición económica, que ya no puede ser considerado a una escala nacional, sino europea<sup>310</sup>.

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. En la medida en que dichos dividendos estén gravados por el impuesto sobre sociedades o por impuesto de renta personal en el país de residencia del beneficiario (sociedad o persona física), ello originará doble imposición internacional. 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

---

<sup>309</sup> Como señala **SANZ GADEA, E.**, “la exención del dividendo de fuente interna...o la existencia de un crédito de impuesto generado por el mismo... es una medida o norma directamente relacionada con otra norma o medida que contiene una determinada forma de tributación del beneficio del que procede el dividendo, de manera tal que entre una y otra definen un régimen tributario cuya coherencia se asienta en ambas. Si una de las normas debe ser eliminada...la coherencia del régimen tributario quiebra” (*Aspectos ... (I)*, cit., p. 28).

<sup>310</sup> **LUPO, A.**, *Reliefs from economic double taxation on EU dividends: impact of the Baars and Verkooijen cases*, European Taxation, Julio 2000, p. 274.

impuesto sobre sociedades o en impuesto personal, por el país de residencia. Tal como hemos visto para el sistema de imputación, también estas retenciones en la fuente son frecuentemente aplicadas de forma discriminatoria. En la mayoría de los países existen retenciones a cuenta que inciden exclusivamente sobre los no residentes<sup>311</sup>, o que son obligatorias sólo para los no residentes. 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<sup>312</sup>. Además, las retenciones a cuenta sobre no residentes en general inciden sobre la renta bruta, no se autorizando la deducción de gastos, al contrario de lo ocurre con los residentes<sup>313</sup>. También este aspecto resulta en un trato fiscal más gravoso para los residentes<sup>314</sup>. En la medida en que dichas diferencias de trato produzcan diferencias de carga fiscal, las mismas se convertirán en potenciales fuentes de distorsión fiscal.

Merece una alusión particular el problema de la distribución de dividendos entre empresas, objeto de la directiva “Directiva Matrices y Filiales”<sup>315</sup>. El régimen establecido en la directiva consiste en la obligación, para el Estado de la fuente, de no aplicar cualquier retención a cuenta sobre los dividendos pagados por sociedades residentes a otras sociedades residentes en otros Estados miembros; y en la obligación, para el Estado de residencia, de eximir los dividendos percibidos o de, como alternativa, concederles un crédito de impuesto equivalente al impuesto ya pagado por la sociedad que los ha distribuido.

Han sido señaladas algunas insuficiencias a la directiva que venimos mencionando. La primera es que se aplica sólo entre “empresas asociadas”, concepto

---

<sup>311</sup> **GOUTHIÈRE, B.**, *Removal of Discrimination - a never-ending story*, European Taxation, 9, vol. 34, (1994), p. 296

<sup>312</sup> **GOUTHIÈRE, B.**, *op. cit.*, p. 299.

<sup>313</sup> Este problema se ha planteado en el Asunto *Gilly* (Asunto C-336/96, *Gilly*, 1998 ECR I-2793).

<sup>314</sup> **THIEL, S. van**, *The prohibition...*, *cit.*, p. 308.

<sup>315</sup> Directiva 435/90/CE

que se refiere al supuesto de una entidad (de forma societaria o otra) que tiene una participación directa mínima en el capital de otra. Esta participación está fijada por la directiva en 25 por ciento 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 esta, 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<sup>316</sup>.

En todas las situaciones de distribución de dividendos entre empresas en que no sea aplicable esta directiva, la eliminación o atenuación de la doble imposición de dividendos queda confiada a los Estados. Y del mismo modo que hemos descrito para el supuesto de los dividendos distribuidos a personas físicas, se plantearían problemas cuanto al tratamiento igualitario de sociedades residentes y no residentes, o de dividendos percibidos de sociedades residentes o no residentes.

Por su influencia en la carga fiscal final sobre las inversiones y por la virtualidad que tiene de influir en la localización de los capitales más móviles<sup>317</sup>, el sistema de

---

<sup>316</sup> 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 periodo mínimo de duración de la participación de capital; y la sentencia sobre el caso *Epson Europe Bv* (Asunto C-375/98, *Fazenda 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.

<sup>317</sup> **CHOWN, J.**, *Monetary...*, cit., p. 106.

impuesto ha estado desde siempre en el núcleo de las preocupaciones comunitarias sobre la imposición de beneficios<sup>318</sup>. Sin embargo, la coordinación internacional del sistema presenta un elevado grado de complejidad. Desde luego, la coexistencia de diversos sistemas es por sí sola fuente de importantes distorsiones, razón por la cual se ha intentado desde un primer momento encontrar un sistema común a los países de la UE.

El Comité *Neumark* ya se ocupó de esta cuestión, concluyendo con la recomendación de que se adoptara al nivel de la Comunidad, como sistema común, el sistema de doble tipo. Pocos años después, un grupo de trabajo específicamente encargado de estudiar el problema de la imposición de los dividendos, presidido por el holandés *van den Temple*, concluía que la solución más adecuada a un buen funcionamiento del mercado común sería un modelo de tipo clásico, por su sencillez en el plano de su aplicación a las operaciones internacionales. En 1975 la Comisión, de forma un poco sorprendente habida cuenta de los antecedentes mencionados, presentó una propuesta de directiva que intentaba armonizar varios aspectos del impuesto sobre sociedades, entre los cuales se proponía la adopción como sistema común europeo del sistema de imputación, siguiendo al sistema francés de entonces.

No queda duda que el sistema clásico soluciona de un golpe todos los problemas de coordinación internacional del sistema, pero la contrapartida es renunciar a eliminar la doble imposición económica, tanto en el plano interno como en el plano interjurisdiccional<sup>319</sup>. Este aspecto ha sido determinante para que durante tres décadas las instancias europeas hayan insistido en un sistema de integración. El argumento más relevante ha sido que la eliminación de la doble imposición es importante como estímulo a la distribución de dividendos por parte de las empresas, y

---

<sup>318</sup> APARICIO PEREZ, A., ALVAREZ GARCÍA, S. y ARIZAGA JUNQUERA, M. C., *op. cit.*, p. 71; CALLE SÁIZ, R., *La armonización fiscal...*, *cit.*, p. 80; CAYON GALIARDO, A., FALCON y TELLA, R., y DE LA HUCHA CELADOR, F., *op. cit.*, pp. 583 y siguientes.

<sup>319</sup> Sobre este punto ver PISTONE, A., *La tassazione degli utili distribuiti e la thin capitalization: profili internazionali e comparati*, Cedam, Padua, 1994, pp. 47 y siguientes.

que una mayor distribución de dividendos constituye condición fundamental para una más amplia participación de los ahorradores en los mercados de capital<sup>320</sup>.

De entre los aspectos de la imposición de beneficios societarios, en la práctica en los países de la Unión Europea, el sistema de impuesto ha sido aquel donde ha tenido mayor expresión el fenómeno de convergencia espontánea durante las décadas de 60 y 70. Tras la propuesta de directiva presentada por la Comisión en 1975, varios países han cambiado sus legislaciones para adoptar dicho sistema<sup>321</sup>. Si en 1972 solamente Francia y Bélgica tenían sistemas de imputación con crédito de impuesto, en 1987, de los 12 países comunitarios, nueve aplicaban el sistema de imputación<sup>322</sup>. Pero desde entonces, se ha empezado a verificar un movimiento inverso, de tal forma que se puede decir que en la actualidad la UE está abandonando el sistema de imputación. Hasta hoy, Austria, Alemania, Portugal, Irlanda, Bélgica, Dinamarca y Reino Unido<sup>323</sup> han abandonado el sistema<sup>324</sup>, y en este hecho la mencionada jurisprudencia del TCE tendrá una gran cuota de responsabilidad<sup>325</sup>.

---

<sup>320</sup> BIRD, R. M., *Corporate-personal ...*, cit., p. 232.

<sup>321</sup> CAYÓN GALIARDO, A., FALCÓN y TELLA, R., DE LA HUCHA CELADOR, F., *op. cit.*, p. 596.

<sup>322</sup> CERDÁ APARICIO, J. y GARCÍA BENAÚ, M. A., *Armonización comunitaria del Impuesto sobre Sociedades*, Estudios financieros - Revista de Contabilidad y Tributación, num. 118 (1993), p. 47. Para 1993 los autores señalan ocho países aplicando el sistema de imputación, de los cuales está excluido Portugal. En realidad, Portugal ha adoptado en sistema de imputación en 1988. Los restantes países sin sistema de imputación en 1993 eran Grecia, con un sistema de exención total de los beneficios distribuidos en impuesto de sociedades, Holanda y Luxemburgo, ambos con sistema clásico.

<sup>323</sup> Reino Unido ha abandonado el sistema de imputación *de facto* desde 1999, aunque nominalmente lo mantenga bastante reducido (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Tax and the economy: a comparative assessment of OECD countries*, Tax policy studies – Taxation, Vol. 6, OECD Publishing, 2001, p. 24.

<sup>324</sup> CHOWN (*Monetary Union ...*, cit., p. 107) sugiere que dicha inversión de tendencia tendrá que ver, por un lado, con la dificultad sentida mayoritariamente por los países exportadores de capitales, como Inglaterra, en aplicar el sistema de forma no discriminatoria y neutral a los dividendos recibidos de fuente externa y por otro, con la proliferación de entidades de inversión colectiva exentas de impuesto sobre dividendos, que hace que un volumen creciente de dividendos pagados a estas entidades no sufran imposición o beneficien de una imposición reducida.

<sup>325</sup> LODIN, S.-O., *The competitiveness...*, cit., p. 169.

Cabe cuestionar la razón de este abandono. De hecho, si los Estados quisieran simplemente escapar al efecto destructivo de la acción del TJCE, les bastaría para ello eliminar de sus sistemas las diferencias de trato basadas en la residencia o en la fuente de los dividendos, volviendo con ello sus sistemas perfectamente compatibles con el Tratado e incólumes a la acción del Tribunal<sup>326</sup>. El problema está en que la extensión de los sistemas de atenuación de la doble imposición a los residentes y a los dividendos de fuente externa se traduce, como se ha observado, en una ruptura en la lógica financiera nacional de los modelos normativos existentes, que tiene como consecuencia una alteración en el reparto de las bases entre los Estados<sup>327</sup>. Si una jurisdicción A, la jurisdicción de residencia del accionista, renuncia a gravar los dividendos, cuando los beneficios primarios han sido gravados en otra jurisdicción B, de residencia de la sociedad distribidora, esto significa que la jurisdicción A no recibe ninguna parte de la renta implicada, cuando las reglas del Derecho internacional clásico le reconocen el derecho de recaudar una parte de esta renta<sup>328</sup>.

En la propuesta de directiva de 1975<sup>329</sup>, que preveía la adopción de un sistema de imputación común, este problema se solucionaba parcialmente a través de dos fórmulas: la primera consistía en fijar una banda de variación del tipo nominal del

---

<sup>326</sup> **KNOBBE-KEUK**, *op. cit.*, p.32..

<sup>327</sup> **CHOWN, J.**, *Comentario...*, cit., p. 262 y siguientes. Este autor critica a este respecto las recomendaciones del Informe Ruding, precisamente por el hecho de que las mismas no han tenido en debida cuenta el aspecto a que se alude en el texto. Según el autor, los gobiernos nacionales no ven razón que les obligue a devolver los impuestos, en especial a los fondos de pensiones exentos de impuestos, cuando el impuesto subyacente a que han estado sometidos los beneficios societarios no ha sido recaudado por ellos y en la opinión del autor este ha constituido el principal motivo por que no ha se ha llegado a una solución armonizada. El autor critica las recomendaciones del Informe Ruding por el hecho de que estas indicaban que el coste de la “bonificación fiscal se soporte por el país de residencia, incluso aunque los acuerdos actualmente existentes (...) concedan al país de origen la reclamación principal, y en la frecuentemente la última, del impuesto”. Para solucionar este problema, el autor proponía la institución de una cámara de compensación, pero en el Informe Ruding no se ha aludido a esta posibilidad.

<sup>328</sup> **XAVIER, A.**, *op. cit.*, p. 465.

<sup>329</sup> Proposal for a Directive of the Council concerning the harmonization of systems of company taxation and of withholding taxes on dividends, DOCE. num. C 253, 5.11.1975.

impuesto, entre el 45 y el 55 por cien, lo que tenía como efecto limitar las diferencias de imposición resultantes de los distintos sistemas; y en segundo lugar, el proyecto preveía un sistema de compensación financiera entre los Estados, en virtud del cual el Estado de la fuente debería transferir al Estado de residencia la recaudación correspondiente a la reducción de impuesto resultante para el Estado de residencia de la concesión del crédito de impuesto. Nótese que tal fórmula significaba la adopción de un sistema de reparto de las bases interjurisdiccionales plenamente basado en el principio de residencia<sup>330</sup>, en el que el impuesto de sociedades aplicado en el Estado de la fuente funcionaría prácticamente como una mera retención a cuenta, destinada a ser transferida al Estado de residencia<sup>331</sup>.

Las dificultades de aplicar el sistema de imputación han determinado que el Informe *Ruding*, en 1992, se haya abstenido de recomendar la adopción de un sistema en particular. El Informe indicaba, sí, que los países que aplican algún sistema de integración garantizaran que fuera aplicado de modo no discriminatorio independientemente del origen interno o externo de los dividendos<sup>332</sup>. Como observa KNOBBE-KEUK, se trataba de una contemporización con el principio de la fuente<sup>333</sup>, en la medida en que la eliminación de la doble imposición de dividendos se realizaba principalmente a costa del Estado de residencia. La solución no ha sido aceptada.

---

<sup>330</sup> En este sentido, **BIRD, R. M.**, *Corporate-personal...*, p. 240.

<sup>331</sup> Sobre el sistema de la propuesta de directiva de 1975 véase, entre otros, **DE LA VILLA, J. M.**, *op. cit.*, p.17; y **CORONA RAMÓN, J. F. y VALERA F.**, *La armonización...*, *cit.*, p. 145.

<sup>332</sup> En hecho, el Informe *Ruding* contiene dos recomendaciones diferentes para los Estados que aplican sistemas de imputación y para los Estados que aplican otros mecanismos de atenuación de la doble imposición económica sobre dividendos al nivel de los accionistas: para los primeros, el Informe recomienda que se conceda igual crédito de impuesto a los dividendos percibidos de fuente interna y de fuente externa; para los restantes Estados, el Informe recomienda que concedan tratamiento igual a los dividendos percibidos de fuente interna y externa, en condiciones de reciprocidad. Uno de los miembros del Comité *Ruding*, el Profesor Radler, ha propuesto para sistema común un sistema de “shareholder relief” [**KNOBBE-KEUK** (*op. cit.*, pp. 32 y siguientes) describe detalladamente la propuesta Radler]. La propuesta ha recibido un apoyo mayoritario por parte de los miembros del comité, que sin embargo, ha decidido no incluirla en las recomendaciones finales.

<sup>333</sup> **KNOBBE-KEUK**, *op. cit.*, p. 32.

La evolución reciente, en la que un número significativo de Estados han adoptado sistemas clásicos atenuados, pone de manifiesto que los Estados no están dispuestos, dada la ausencia de un sistema armonizado que tenga en cuenta la equidad interjurisdiccional, a abandonar el principio de residencia en la imposición de dividendos ni el principio de la fuente en la imposición de beneficios primarios.

#### 2.2.5. Deducción de pérdidas transfronterizas

Otra fuente importante de distorsiones reside en las disposiciones sobre deducción de pérdidas. El problema se ocasiona porque en la mayor parte de los Estados no se permite a las empresas deducir las pérdidas en que hayan incurrido sus filiales o establecimientos permanentes localizados en otros países. En la medida en que las pérdidas puedan ser deducidas cuando incurran en ellas las filiales o las sucursales localizadas en el mismo Estado de la sociedad matriz o de la empresa principal, ello dará origen a un agravamiento de la carga fiscal en las situaciones en que estén implicadas pérdidas interjurisdiccionales. Agravamiento éste que puede constituir un factor decisivo en las decisiones en cuanto a la localización de filiales o establecimientos permanentes<sup>334</sup>. En el Informe de la Comisión de 2001 se considera este como uno de los más importantes supuestos de distorsión relacionados con la imposición de beneficios y que requiere corrección prioritaria<sup>335</sup>.

---

<sup>334</sup> En el momento presente, en todos los países de la UE se encuentra establecida la posibilidad de deducir las pérdidas incurridas por establecimientos (es decir por unidades empresariales sin personalidad jurídica propia dependientes de una entidad principal) localizados en el mismo Estado de residencia de la entidad principal; la mayoría de los Estados miembros tienen establecida la posibilidad de consolidación tributaria de beneficios, 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 véase **GARCÍA FRÍAS, A**, *El régimen especial de los grupos de sociedades en la Unión Europea*, Noticias de la Unión Europea, num. 214 (2002); *El régimen especial de los grupos de sociedades en el Impuesto sobre Sociedades*, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, 1997.

<sup>335</sup> **COMISIÓN EUROPEA**, *Company taxation...*, p. 242.

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 residencia de la casa matriz<sup>336</sup>. Hay sin embargo algunos países en los cuales no es posible esta deducción de pérdidas transfronterizas.

En cuanto a las filiales, la situación es la inversa, siendo sólo tres los países (Dinamarca, Holanda y Francia) que 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<sup>337</sup>.

La cuestión de la compatibilidad de este tipo de disposiciones con las normas del Tratado con efecto directo en materia de libre circulación no es tan evidente como en los casos anteriores. El objeto de análisis consiste en una disposición del ordenamiento tributario de un Estado que 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. O, en simetría, de una disposición que permite a una filial deducir las pérdidas de su casa matriz cuando esta se sitúe en el mismo Estado, pero no cuando esta sea residente en otro Estado. Estamos, por tanto, ante una diferencia de trato por razón de la localización de las inversiones.

---

<sup>336</sup> **COMISIÓN EUROPEA**, *Company taxation ...*, p. 244. La compensación de pérdidas surge asociada al principio de residencia en la imposición de los establecimientos permanentes, con lo que se significa que del mismo modo que las pérdidas son deducidas a los resultados de la entidad principal, también los beneficios obtenidos por el 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 (por el cual el impuesto soportado por el establecimiento permanente en el Estado de localización se deduce a la cuota resultante del resultado de la entidad principal) y otros que no conceden este tipo de alivio 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.

<sup>337</sup> **GARCÍA FRÍAS, A**, *El régimen especial de los grupos de sociedades en la Unión Europea*, Noticias de la Unión Europea, num. 214 (2002). p. 68.

Hasta hoy en ningún caso llevado ante el TJCE se ha planteado la cuestión de la deducción de pérdidas transfronterizas en estos términos precisos<sup>338</sup>. Sin embargo, algunos casos relacionados con deducción de pérdidas en grupos multinacionales han sido llevados ante la corte europea, de cuya jurisprudencia es posible extraer algunas líneas generales de orientación<sup>339</sup>.

En el asunto *Futura*<sup>340</sup>, se discutió una situación en la que un establecimiento permanente (*Singer* era la denominación de la sucursal, situada en Luxemburgo, de una sociedad sedeada en Francia, denominada *Futura*) pretendía que le fuera reconocido el derecho a deducir de sus beneficios del año 1986, las pérdidas por si registradas en años anteriores. Con la particularidad de que tanto los beneficios como las pérdidas deberían ser calculados con base en un método de *formula apportionment*, de una vez que dicha sucursal no mantenía una contabilidad separada de la sociedad principal. Las autoridades tributarias luxemburguesas han denegado esa pretensión invocando una disposición del Derecho interno según la cual los contribuyentes no residentes sólo estaban autorizados a deducir pérdidas reportadas de años anteriores cuando: 1) dichas pérdidas estuviesen económicamente relacionadas con la renta obtenida localmente; 2) cuando mantuviesen contabilidad en

---

<sup>338</sup> 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 Halsey*, en la que la sociedad Marks & Spencer reclama el derecho a deducir 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 del 2000, la ley inglesa prevé la posibilidad de deducción 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 respecta 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, num. 5 (2003)).

<sup>339</sup> Un análisis sucinto de esta cuestión se puede ver en **LEHNER, M.**, *Limitation of the national power of taxation by the fundamental freedoms and non-discrimination clauses of the EC treaty*, European Taxation, Vol. 9, num. 1 (2000), pp. 14-15.

<sup>340</sup> Asunto C-250/95, *Futura Participations SA and Singer v. Administration des Contributions*, 1997 E.C.R. I-2471.

Luxemburgo. La segunda regla ha sido la que la Corte europea consideró incompatible con el Tratado, por ser desnecesaria a los fines pretendidos, pero las dos reglas están estrechamente relacionadas. En cuanto a la primera norma, el Tribunal la consideró conforme al Derecho comunitario, por dicha norma estar “en conformidad con el principio fiscal de la territorialidad”<sup>341</sup>. El principio de la territorialidad era aplicado en el Luxemburgo con relación a las rentas de los no residentes, lo que significa que para esta categoría de contribuyentes el impuesto incidía solamente sobre las rentas obtenidas localmente.

En el conocido caso *ICI*<sup>342</sup>, la situación controvertida se refería a una compensación de pérdidas entre empresas diferentes dentro 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* que pretendía deducir, de sus beneficios, las pérdidas sufridas por una filial también ella residente en Reino Unido. La legislación inglesa permitía la compensación de pérdidas entre sociedades pertenecientes a un *consortium*<sup>343</sup>, en la condición de que la mayoría de las filiales detentadas por la sociedad *holding* del grupo se encontrasen domiciliadas en el Reino Unido. El Tribunal ha considerado que tal norma violaba el Tratado, en la medida en que constituía una restricción al ejercicio de la libertad de establecimiento.

---

<sup>341</sup> Reacuérdesse que el principio de la territorialidad está asociado, en el Derecho tributario internacional, al principio de la tributación en la fuente. Mientras este sirve para determinar la jurisdicción competente para gravar un sujeto pasivo, el principio de la 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.*, p. 203).

<sup>342</sup> Asunto C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc v. Her Majesty's Inspector of Taxes*, 1998, ECR I-4711.

<sup>343</sup> 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, num.1 (1999), p. 39).

En el caso *Amid*<sup>344</sup>, del mismo modo que en *Futura*, se apreciaba una cuestión de imposibilidad de deducción de pérdidas internas con relación a una misma empresa. Pero esta deducción es denegada por el Estado de residencia (Bélgica) porque, según la ley nacional, dichas pérdidas deberían haber sido deducidas en el periodo fiscal anterior, de los beneficios obtenidos por un establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro (Luxemburgo). El problema se planteó porque, en virtud del convenio sobre doble imposición celebrado entre el Estado de residencia y el Estado de localización del establecimiento permanente, los beneficios obtenidos por este último sólo son gravables por el Estado de la fuente, no admitiendo este Estado que de estos beneficios sean deducidas las pérdidas incurridas por la entidad principal. De esta forma, las pérdidas sufridas por la entidad principal no podrían llegar a ser deducidas en ningún caso, aunque dichas pérdidas pudiesen ser deducidas si la sucursal que había obtenido beneficios estuviese situada en el mismo Estado de la entidad principal. El Tribunal ha considerado la norma en cuestión incompatible con el Tratado, por conllevar una restricción no justificada al ejercicio de la libertad de establecimiento.

A pesar de que el TJCE no se ha pronunciado todavía directamente sobre la compatibilidad con el Tratado de los sistemas de consolidación tributaria, en la medida en que restringen la deducción de pérdidas a las filiales residentes, 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 las discriminaciones por razón de la residencia<sup>345</sup> y, principalmente, por un principio de no restricción al ejercicio de las libertades que afecta las diferenciaciones por razón de la localización de las inversiones<sup>346</sup>.

---

<sup>344</sup> Asunto C-141 *Algemene Maatschappij voor Investering en Dienstverlening NV (AMID) v. Belgische Staat*, 2000, ECR I-471.

<sup>345</sup> GARCÍA FRÍAS, A., *La necesaria...*, cit., p. 1039

<sup>346</sup> GARCÍA FRÍAS, A. (*El régimen especial de los grupos de sociedades en la Unión Europea*, cit., p. 69) manifiesta que, a largo plazo, se impondrá un concepto de grupo (a efectos de consolidación tributaria)

Si, como hemos empezado por señalar, la jurisprudencia del Tribunal en materia de deducción de pérdidas transfronterizas tiene su alcance limitado por el ámbito material de las cuestiones hasta este momento planteadas, hay por otro lado que constatar que resultan de esta jurisprudencia dos reglas alternativas y contradictorias.

Como ya se resaltó por alguna doctrina, el reconocimiento del principio de la territorialidad en esta materia, realizado por el Tribunal en el Asunto *Futura*, tendría como corolario la posibilidad de subsistencia de los sistemas de consolidación limitados a las entidades localizadas en un mismo Estado<sup>347</sup>. La regla formulada en el asunto *Futura* es la de 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 territorio<sup>348</sup>.

Por otro lado, la regla que resulta formulada de las restantes sentencias referidas es la de que una diferencia de trato fiscal que produzca una desventaja para 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 Tratado<sup>349</sup>. Esta misma línea de jurisprudencia se ha confirmado más recientemente en el asunto *Hoescht*<sup>350</sup>. A pesar de que el objeto principal de litigio no era una deducción de pérdidas, el asunto tiene afinidad con la materia, ya que el problema central se refería a la posibilidad, para dos empresas entre las cuales

---

que incluya dentro del mismo a cualquier sociedad que al menos tenga su residencia dentro de la UE y sugiere así mismo 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.

<sup>347</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op. cit.*, p. 33.

<sup>348</sup> CAAMAÑO ANIDO, M. A., CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *op. cit.*, p. 38

<sup>349</sup> DANIELS, T., *op. cit.*, p. 41, para quien en el Asunto *ICI* 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, num. 15-16, p. 37.

<sup>350</sup> Asunto C-410/98, *Hoescht v. Inland Revenue*, 2001, ECR I-1727.

existe una relación matriz-filial, de beneficiarse de un régimen fiscal aplicable a grupos de sociedades (*group income election*) en el ordenamiento fiscal del Reino Unido<sup>351</sup>. En la sentencia que profirió, el Tribunal consideró que “la diferencia de trato fiscal concedido a sociedades filiales por razón de su condición de residentes, no podrá justificar 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 residentes filiales de sociedades también residentes<sup>352</sup>. 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 una tal deducción fuese permitida a una sociedad filial residente en condiciones idénticas en cuanto a pérdidas registradas por una sociedad matriz residente en el mismo Estado.

Cabe pues averiguar si estas dos reglas aparentemente antagónicas traducen una incongruencia en la jurisprudencia del Tribunal, que no podrá subsistir en el futuro, o si tienen ámbitos de aplicación distintos. Para ello, deberemos considerar una situación típica de comunicación de pérdidas entre entidades diferentes dentro de un mismo grupo, y aplicarles las dos reglas a que nos hemos referido con anterioridad.

En una primera situación tenemos una sociedad S1, residente en el Estado A, que posee un establecimiento permanente o una filial S1x en el mismo Estado A. Consideremos también una segunda sociedad S2, residente en el Estado A, que posee

---

<sup>351</sup> 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 el Reino Unido, en que una de las dos participase por lo menos en un 51 por cien 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 cuenta del Impuesto de Sociedades, cuya obligación de pago nacía con el acto de distribución de dividendos. Así, el único agravamiento resultante para una empresa del hecho de quedar sujeta al ACT, se derivaba de la anticipación temporal del pagamiento del impuesto sobre sociedades. Simplemente, esta anticipación podía extenderse por periodos largos de tiempo.

<sup>352</sup>

a su vez una filial o un establecimiento permanente S2x en el Estado B. El ordenamiento tributario del Estado A prevé la consolidación tributaria limitada al ámbito doméstico. Así, la sociedad S1 podrá deducir de sus beneficios las pérdidas sufridas por su filial, pero este mismo procedimiento no está permitido para la sociedad S2. Tendremos, así, una diferencia de trato, aplicada en el Estado A, entre la sociedad S1 y la sociedad S2, ambas residentes, por razón de la localización de sus inversiones. La proximidad de la situación con aquella apreciada en el asunto *ICI* es evidente.

En una segunda situación, tenemos una sociedad S1, residente en el Estado A, que posee una filial S1x en el Estado B; y una segunda sociedad S2, residente en el Estado B, que posee a su vez una filial S2x en el mismo Estado B. El ordenamiento tributario del Estado B admite la posibilidad de que las empresas filiales deduzcan de sus beneficios las pérdidas sufridas por las respectivas matrices, pero esta facultad está limitada al ámbito doméstico. Así, la filial S2x podrá deducir las pérdidas sufridas por su matriz, pero este mismo procedimiento está vedado para la sociedad filial S1x. también en este caso resulta patente una diferencia de trato, aplicada por el Estado B, entre dos sociedades residentes, por razón de la localización de la entidad detenedora del respectivo capital.

En el asunto *Futura* tenemos una sociedad S1, residente en el Estado A, que posee un establecimiento permanente S1x en el Estado B. El ordenamiento jurídico del Estado B permite al establecimiento S1x deducir de sus beneficios las pérdidas que haya sufrido en años anteriores, pero no le permite deducir las pérdidas sufridas por la casa matriz S1. Respecto de esta limitación, el Tribunal estima que la misma está en conformidad con el principio de la territorialidad: si el Estado B grava únicamente los beneficios imputables a S1x, y no los beneficios de S1, tampoco deben poder ser deducidas de la base imponible correspondiente a S1x las pérdidas sufridas por S1.

Pero el Tribunal no lleva en cuenta, para esta afirmación, si un establecimiento igualmente situado en el Estado B, estará autorizado a deducir las pérdidas sufridas por la casa matriz, en la hipótesis de que esta se sitúe en el mismo Estado. La diferencia resulta de que, en esta última hipótesis, el principio de territorialidad

conllevará una diferencia de trato por razón de la localización de la sociedad matriz<sup>353</sup>. Esta diferencia de trato, a su vez, tiene un efecto restrictivo sobre la libertad de establecimiento, ya que, en virtud de ella se produce una desventaja para las inversiones llevadas a cabo en el Estado B por sociedades extranjeras, en comparación con idénticas inversiones llevadas a cabo por sociedades residentes. Esta desventaja se relaciona con la diferencia de carga fiscal que resulta para los inversores entre una inversión que se lleva a cabo a través de una filial en el mismo Estado o en un Estado diferente del Estado de residencia de la entidad principal y que tiene que ver con la posibilidad de consolidar el resultado del conjunto de las empresas para fines tributarios, del mismo modo que tal posibilidad existe en el plano interno. De forma sucinta, podemos decir que, si se permite la consolidación en el plano interno pero no en el plano externo, tal hecho podrá disuadir a un número significativo de inversores de establecer sus inversiones primarias, bajo la forma de filiales, fuera del país de residencia<sup>354</sup>.

La primera conclusión que hemos de extraer, pues, es que la aplicación del principio de territorialidad puede, o no, conllevar una restricción al ejercicio de libertades de circulación. Lo que hemos intentado demostrar hasta este punto es que el principio de territorialidad, afirmado por la corte europea en el caso *Futura*, no puede ser interpretado como una razón justificativa para una diferencia de trato restrictiva del ejercicio de libertades de circulación<sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> HINNEKENS, L., *The Marks...*, cit., p. 180, analiza este aspecto con relación al caso *Marks & Spencer*, ya mencionado.

<sup>354</sup> Es frecuente la situación en que la inversión inicial se efectúa a través la forma de establecimiento permanente, de modo que en los primeros años de actividad, mientras la unidad no obtiene resultados positivos, las pérdidas puedan ser deducidas al resultado de la entidad principal, y cuando la nueva unidad empieza a obtener beneficios, que darán origen a doble imposición internacional, el establecimiento permanente se transforma en filial.

<sup>355</sup> HINNEKENS, L. (*The Marks...*, cit., p. 180) manifiesta la misma posición, invocando el hecho de que en la jurisprudencia reciente del TJCE, este tribunal ha aplicado al tema de la tributación transfronteriza un entendimiento basado en el concepto de mercado interior, traduciéndose este en desvalorizar la existencia de fronteras fiscales entre los Estados. Según el autor, esta jurisprudencia se desprende de casos recientes como el asunto *AMID*.

Si esta restricción debe, o no, ser considerada prohibida por el Tratado depende de la cuestión, explanada con anterioridad<sup>356</sup>, de saber si el Tratado establece o no, con carácter general o sólo para algunas libertades de circulación, la prohibición de restricciones al ejercicio de dichas libertades. A esta cuestión hemos respondido en sentido afirmativo.

Así, hemos de concluir que la afirmación que el Tribunal hizo en el asunto *Futura* del principio de territorialidad no implica reconocer la compatibilidad con el Tratado de los sistemas de consolidación tributaria limitados al ámbito doméstico. El Tribunal ha afirmado la admisibilidad del principio de territorialidad, del mismo modo que en innumerables ocasiones declaró admisible una diferenciación por razón de la residencia. 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.

Este planteamiento tendrá importantes consecuencias. Antes de todo debe hacerse notar que la hipótesis misma de deducción de pérdidas transfronterizas, tanto de establecimientos permanentes como de filiales, es difícilmente compatible con el principio de territorialidad. Dada la íntima conexión existente entre el principio de territorialidad y el principio de la fuente, lo mismo es decir que la deducción de pérdidas transfronterizas difícilmente se adecua a un sistema de tributación de las bases interjurisdiccionales basado en la tributación en la fuente de los beneficios primarios<sup>357</sup>. Este es, como también hemos visto con anterioridad, el sistema vigente en las relaciones entre los países miembros de la UE. En él, los beneficios empresariales tributan primordialmente según el principio de la fuente. Así, las filiales residentes en un Estado diferente del de la matriz no tributan en este, porque no son ahí consideradas residentes; ya los establecimientos permanentes están por principio

---

<sup>356</sup> Capítulo II, 2.1.3.

<sup>357</sup> CAAMAÑO ANIDO, M. A., CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *op. cit.*, p. 38. Según los autores, en el contexto del comentario a la sentencia proferida por el Tribunal en el asunto *Futura*, “en tanto no resultan gravados (los sujetos) en Luxemburgo más que por las rentas obtenidas dentro del territorio de este país, parece lógico y coherente que únicamente puedan compensar las pérdidas sufridas en relación con actividades desarrolladas en el mismo marco territorial y económico”.

abarcados por el principio de residencia aplicado en el Estado de residencia de la entidad principal, pero existe una práctica generalizada de limitar la competencia del Estado de residencia en cuanto a los beneficios imputables a los establecimientos permanentes situados fuera de su territorio<sup>358</sup>. Es así que los beneficios de los establecimientos son en hecho gravados en regla general por el Estado de situación (fuente), por excepción al principio de residencia, valiendo para ellos el principio de territorialidad. El problema de conciliar la deducción de pérdidas con la tributación en la fuente es bastante similar a lo que vimos que se verificaba con relación al tema de la doble imposición de dividendos. Si el Estado de residencia permite que la sociedad residente deduzca de sus beneficios las pérdidas sufridas por una filial en otro Estado, los beneficios obtenidos por dicha filial en un período posterior habrán de ser gravados igualmente por el Estado de residencia de la entidad principal. De lo contrario, una parte de las bases imponibles se estaría transfiriendo desde el Estado de residencia hacia el país de la fuente<sup>359</sup>. En cuanto a su esencia, por tanto, también el problema de la deducción de pérdidas transfronterizas se transforma en un problema de modelo de reparto de las bases interjurisdiccionales<sup>360</sup>.

Un segundo orden de problemas, está relacionado con la determinación de las pérdidas. Habida cuenta de las diferencias existentes entre las diversas legislaciones tributarias respecto de las reglas de determinación de la base, es posible que los valores de las pérdidas difieran significativamente de un ordenamiento al otro, o

---

<sup>358</sup> **XAVIER, A.**, *op. cit.*, p. 422. Este autor designa la referida regla como “principio del establecimiento permanente”, que surge como una excepción al principio de residencia, consagrando una competencia cumulativa del estado de la fuente, pero únicamente si en su territorio se encuentra instalado un establecimiento permanente y sólo en la medida en que los beneficios resulten imputables a ese establecimiento.

<sup>359</sup> **VANISTENDAEL, F.**, *Tax revolution...*, p. 6, alude al problema de que los Estados miembros de la UE, al intentar poner en práctica un sistema de consolidación o de compensación de pérdidas intragrupo en términos igualitarios para residentes y no residentes, se enfrentan a la posibilidad de pérdida sustancial de rendimiento.

<sup>360</sup> **VANISTENDAEL, F.**, *Tax revolution...*, p. 6, manifiesta sobre este aspecto la opinión de que es inevitable la institución de un sistema único, que debe configurarse para cada Estado miembro como un *two-way system*, en lo que algunas veces se pierde y otras se gana, y las probabilidades de ganar o perder son divididas equitativamente.

incluso que a una pérdida computada en un ordenamiento le corresponda un resultado positivo en otro ordenamiento. Esta diversidad no tendría consecuencias importantes si estuviéramos en presencia de un sistema puro de tributación en la residencia. Pero en un sistema como el actual, que combina los principios de residencia y de la fuente, la deducción de pérdidas transfronterizas tendría que efectuarse mediante un sistema coordinado de reparto de las bases, y esto exigiría, como condición de coherencia, algún grado mínimo de armonización de las reglas de determinación de la base imponible<sup>361</sup>.

En la propuesta de directiva presentada por la Comisión en 1991<sup>362</sup>, relativa a un sistema de deducción de pérdidas en grupos multinacionales, se preveían dos métodos alternativos para el tratamiento de las pérdidas sufridas por establecimientos permanentes<sup>363</sup>. Según el primer método, apropiado para los Estados que aplicasen un sistema de imputación para la atenuación de la doble imposición de dividendos, la totalidad de los beneficios y pérdidas obtenidos por un establecimiento permanente serían agregados al beneficio gravable de la entidad principal, concediendo el Estado de residencia un crédito por el impuesto soportado en la fuente. Cuando, tras un periodo o varios periodos sucesivos de pérdidas, el establecimiento empezase a registrar beneficios, se preveía la “reversión del crédito”, mediante la cual se permitía que el Estado de residencia (de la entidad principal) reincorporase las pérdidas deducidas. A través del segundo método, adecuado a los Estados miembros que aplicasen un sistema de exención de las rentas de fuente exterior, las pérdidas sufridas por el establecimiento serían deducidas en el beneficio gravable de la entidad principal, reduciendo el impuesto en el Estado de residencia, pero los beneficios registrados por el mismo en periodos posteriores serían gravados exclusivamente por

---

<sup>361</sup> Esta fue la razón que llevó el Parlamento Europeo a no pronunciarse sobre la propuesta de directiva presentada por la Comisión en 1975.

<sup>362</sup> Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un sistema de imputación de pérdidas de establecimientos permanentes y filiales situadas en otros Estados miembros, COM/90/595 Final, DOCE n.º C 53, 28.2.1991.

<sup>363</sup> Esta información se ha tomado de **ESTEVE PARDO, M. L.**, *El impuesto...*, *cit.*, pp. 81 y siguientes. Un comentario se puede también ver en **MURAY, R. H. A.**, *European direct tax harmonization – progress in 1990*, *European Taxation*, vol. 31- 3 (1991), p. 84.

el Estado de residencia, hasta el valor de las pérdidas deducidas anteriormente (deducción seguida de reincorporación). En cuanto a las pérdidas sufridas por filiales, este último método sería el único disponible. Vemos, pues, que el sistema propuesto en 1991 lograba solucionar el problema de la deducción de pérdidas interjurisdiccionales a costa de una concesión al principio de tributación en la residencia de las rentas transfronterizas. La referida propuesta ha sido retirada por la Comisión en el año 2001 y hasta el momento no se vislumbra solución para este problema.

#### 2.2.6. Ajuste de precios de transferencia

El hecho de que en general los beneficios societarios sean gravados originaria y definitivamente en la fuente tiene por consecuencia que, para empresas o grupos que operan internacionalmente, resulta necesario repartir las bases por las varias jurisdicciones donde se localicen sus actividades. Este reparto puede ser realizado de diversos modos, pero aquel que es más ampliamente utilizado en el Derecho internacional es el llamado sistema de contabilidad separada, complementado por el principio del *arm's length principle* (principio de los precios normales de mercado). 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<sup>364</sup>. Pero, en un grupo empresarial, se realizan con frecuencia transacciones por una entidad cuya función económica no se limita a esta misma entidad, sino que se extiende a otras unidades del grupo; u ocurren determinadas economías de escala; o se realizan transacciones dentro del grupo que no se realizarían si las empresas participantes no tuvieran entre si una relación de grupo. Es decir, es posible que las

---

<sup>364</sup> **McLURE Jr, E. y WEINER, J. M.**, *Deciding whether the European Union should adopt the company income apportionment formula*, en CNOSEN, S. (ed), *Taxing capital income in the European Union: issues and options for reform*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, p. 244; **MUSGRAVE, P.B.**, *Interjurisdictional equity...*, *cit.*, p. 55.

entidades que forman un grupo no actúen como unidades empresariales separadas sino como unidades interdependientes<sup>365</sup>. En estos casos, se hace 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<sup>366</sup>. Los precios de transferencia deben estar de acuerdo con el criterio del *arm's length principle*, es decir, deben corresponder a los precios que prevalecerían en transacciones entre empresas no asociadas operando de forma independiente y en condiciones normales de mercado<sup>367</sup>.

Un primer orden de problemas que suele identificarse a propósito de la utilización del sistema de contabilidad separada es lo que concierne la determinación de los precios normales de mercado. En ciertos casos, cuando el grado de interdependencia económica entre las empresas asociadas es grande, puede resultar imposible determinar los precios normales de mercado aplicables a ciertas transacciones<sup>368</sup>. Incluso en condiciones de integración económica reducida, cuando estemos ante transferencias internas de bienes o de servicios que no operan normalmente en el mercado – como sobretodo ocurre con los derechos de propiedad intelectual – la determinación de los precios adecuados, según el principio del *arm's length prices* resulta inherentemente difícil<sup>369</sup>.

Un segundo orden de problemas está relacionado con la utilización que los contribuyentes pueden hacer de los precios de transferencia, con el objetivo de

---

<sup>365</sup> **SALA GALVAÑ, G.**, *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 39.

<sup>366</sup> Para una percepción amplia de la problemática de los precios de transferencia se puede ver **NEWLON, T.S.**, *Transfer pricing and income shifting in integrating economies*, en CNOSEN, S. (ed), *Taxing capital income in the European Union: issues and options for reform*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pp. 214-242. Segundo este autor precios de transferencia son los precios establecidos para las transferencias de bienes y servicios y para el préstamo de fondos entre entidades pertenecientes a un mismo grupo.

<sup>367</sup> **McLURE Jr, E. y WEINER, J. M.**, *op. cit.*, p. 246; **NEWLON, T.S.**, *op. cit.*, p. 215.

<sup>368</sup> Segundo **McLURE Jr, E. y WEINER, J. M.**, *op. cit.*, p. 248, la señalada interdependencia económica resulta de una producción conjunta, de gastos conjuntos, o de economías de escala.

<sup>369</sup> **McLURE Jr, E. y WEINER, J. M.**, *op. cit.*, p. 248.

atribuir mayores beneficios a las jurisdicciones con niveles más bajos de tributación<sup>370</sup>. A fin de prevenir esta forma de elusión fiscal, las leyes fiscales suelen establecer mecanismos que permiten a las administraciones tributarias corregir los precios de transferencia y, por esta vía, alterar el valor del resultado declarado por el contribuyente.

En este mecanismo de control reside una fuente potencial de distorsiones fiscales, dentro de las cuales podemos hacer referencia a las siguientes<sup>371</sup>. En primer lugar las empresas que utilicen precios de transferencia están obligadas a probar que han aplicado correctamente el principio del *arm's length prices* en la determinación de los precios por que han registrado sus transacciones – es decir, deben ser capaces de probar que los precios aplicados son realmente los precios normales de mercado – lo que exige la obtención y elaboración de compleja documentación. En segundo lugar, el hecho de que una empresa multinacional utilice precios de transferencia en una jurisdicción origina, por si 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 Convenio de Arbitraje<sup>372</sup>, se llegue a eliminar esta doble imposición, hay un coste fiscal agravado resultante de la necesidad de financiar la doble imposición durante el período de tiempo que dura el proceso de regulación, que como regla suele demorarse bastante. Todos los aspectos señalados se traducen en un agravamiento de costes, si no directamente fiscales, al menos indirectamente, ya que están relacionados con el impuesto. Una vez que dicho agravamiento de costes se produce

---

<sup>370</sup> SALA GALVAÑ, G., op. cit., p. 47; MUSGRAVE, P.B., *Interjurisdictional equity...*, cit., p. 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.

<sup>371</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Company Taxation...*, cit., p. 259.

<sup>372</sup> Convenio 436/90/CEE relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (DOCE n.º L 225/10, 20.8.1990).

en virtud del carácter multinacional de la empresa, del mismo resulta una desventaja fiscal con relación a las empresas con una relación de competencia que operan desde un único país.

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 presenta una primera propuesta de directiva orientada a establecer una comisión de arbitraje encargada de resolver las situaciones conflictivas que surjan en esta materia<sup>373</sup>.

Catorce años más tarde se aprueba el Convenio 436/90/CEE relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (“Convenio de Arbitraje”), por el cual se establece un procedimiento para resolución de conflictos. En él se prevé un procedimiento de negociación entre las administraciones fiscales, que se abre por iniciativa del contribuyente y que tiene una duración máxima de dos años, al que se sigue un procedimiento de arbitraje. Según el informe publicado por la Comisión en 2001 al que venimos refiriendo, este instrumento de coordinación fiscal presenta varias deficiencias. En el caso de corrección unilateral de beneficios, el Estado que efectúa la corrección exige, por regla general, el pago inmediato del impuesto correspondiente, sin que el “Convenio de arbitraje” prevea mecanismos de suspensión de la obligación de pago. En consecuencia, hasta que se produzca una solución del conflicto, el contribuyente se ve obligado a soportar la carga financiera de la doble imposición. Este problema se agrava cuando el mismo Estado que efectúa la corrección exige al contribuyente el pago de intereses relativos al periodo transcurrido desde la declaración de renta y pago voluntario hasta el momento de la corrección. Otro problema se relaciona con el hecho de que, cuando una de las empresas implicadas está sujeta, por la legislación de uno de los Estados competentes, a una “penalidad grave”, los Estados no están obligados a iniciar el procedimiento de resolución de conflictos previsto por el

---

<sup>373</sup> 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 n.º C 301 d 21.12.1976). Los datos referentes a esta propuesta de directiva los hemos tomado de **ESTEVE, M. L.**, *El impuesto...*, cit., p. 56.

convenio. Además, las situaciones que en los diversos ordenamientos pueden dar origen a una penalidad grave no están uniformizadas, lo que constituye un factor de incertidumbre para las empresas en cuanto a la posibilidad de poner en marcha un procedimiento de reconducción voluntaria de los conflictos. Los problemas de interpretación del convenio son relevantes. No sólo las reglas del convenio resultan en ciertos aspectos poco claras, sino que también muchos de los conceptos empleados, como “empresa”, “establecimiento permanente” o “empresa asociada” no son definidos por el convenio, debiendo ser interpretados de conformidad con los convenios bilaterales aplicables. Del mismo modo, el convenio adolece de falta de claridad en lo concerniente la tramitación del procedimiento de arbitraje (hasta hoy muy escasamente utilizado) y respecto de los medios a imponer en caso de incumplimiento del convenio por los Estados. Finalmente, se han planteado sucesivamente problemas con la dilación en el tiempo de la ratificación del convenio por parte de los Estados. El informe de la Comisión que venimos mencionando no concluye claramente sobre la incidencia real del problema de la corrección unilateral de beneficios por ajuste de precios de transferencia en las decisiones de inversión de las empresas europeas. Pero nos parece exento de dudas que la incertidumbre y los riesgos de doble imposición resultantes tanto de los mecanismos de corrección establecidos por los ordenamientos nacionales<sup>374</sup> (incertidumbre y riesgo que pueden ser en gran medida inevitables dado el carácter naturalmente poco preciso de la determinación de precios de transferencia, sobretudo en la ausencia de “comparables”<sup>375</sup>), como del procedimiento de resolución de conflictos establecido en el “Convenio de Arbitraje”, son un factor suficiente de desventaja fiscal para las inversiones llevadas a cabo en más de un Estado miembro.

---

<sup>374</sup> Sobre los fundamentos jurídicos y la naturaleza del procedimiento de ajuste unilateral de precios de transferencia se puede ver **ESTEVE, M. L.**, *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

<sup>375</sup> **NEWLON, T.S.**, *op. cit.*, p. 215.

Es también evidente que, como varios autores señalan<sup>376</sup>, el riesgo de deslocalización de bases por parte de las empresas es real, y que dicho riesgo podrá aumentar en la medida en que se incremente el número de empresas multinacionales en el mercado común, sobre todo si se mantienen significativas diferencias en los tipos efectivos de gravamen entre los distintos países<sup>377</sup>. Pero la consideración de este problema excede el ámbito de la problemática de las distorsiones fiscales, para situarse en el campo de la equidad en el reparto internacional de las bases.

Por todo lo que se ha dicho se constata que la materia que aquí se trata está estrechamente relacionada con el problema ya abordado en el punto anterior, de la consolidación de resultados en empresas multinacionales. Como se ha señalado con anterioridad, la práctica de los precios de transferencia está estrechamente conectada con la necesidad de alocar bases imponibles a una pluralidad de jurisdicciones tributarias o, lo que significa lo mismo, establecer nexos de territorialidad entre parcelas de la base imponible de un grupo de empresas y una pluralidad de jurisdicciones tributarias<sup>378</sup>. Esta repartición territorial de las bases se hace por un proceso mediante el cual se individualizan y valorizan transacciones realizadas entre empresas vinculadas.

La consideración del grupo empresarial como una entidad única a efectos tributarios dispensaría la necesidad de individualizar dichas transacciones y, por tanto, de practicar precios de transferencia. Pero no será siempre así en realidad. En la diversidad de sistemas de consolidación de cuentas existentes en los países de la UE, nos encontramos con situaciones en las que la consolidación aparece conectada con la eliminación de las operaciones internas y con otras en las que no se eliminan

---

<sup>376</sup> **McLURE Jr, E. y WEINER, J. M.**, *op. cit.*, p. 272; **MUSGRAVE, P.B.**, *Interjurisdictional equity...*, *cit.*, p. 61; **NEWLON, T.S.**, *op. cit.*, p. 216.

<sup>377</sup> **BIRD, R. M. y WILKIE, J. S.**, *Source- vs. residence-based taxation in the European Union: the wrong question?*, en CNOSSSEN, S. (ed), *Taxing capital income in the European Union: issues and options for reform*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, p. 92.

<sup>378</sup> **NEWLON, T.S.**, *op. cit.*, p. 215.

estas operaciones<sup>379</sup>. Sólo en las primeras se prescindirá de la práctica de los precios de transferencia.

El problema puede sí, transferirse para un momento ulterior, que es el de determinar que parte de la base consolidada multinacional debe caer a cada jurisdicción.

### **2.2.7. El problema de la imposición anticipada de plusvalías puestas de manifiesto en las operaciones de reestructuración empresarial**

La generalidad 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, lo que podría constituir un agravamiento fiscal inhibitorio de este tipo de operaciones, consideradas deseables desde el punto de vista del desarrollo empresarial y de la eficiencia económica. 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<sup>380</sup>, o que se encontraba registrada como plusvalía no realizada, es transferida al patrimonio de otra entidad, atribuyéndose compensaciones por esta transferencia a la empresa que ve transferido su patrimonio o bien a sus socios<sup>381</sup>. Con el objetivo ya señalado de evitar un agravamiento de la situación fiscal de las entidades implicadas como consecuencia de la operación de

---

<sup>379</sup> Sobre esta materia y en particular sobre este aspecto ver **GARCÍA FRÍAS, A**, *El régimen especial de los grupos de sociedades en la Unión Europea*, cit., pp. 71 y siguientes; y *El régimen especial de los grupos de sociedades en el Impuesto sobre Sociedades*, cit., pp. 94 y siguientes. Según la autora, la eliminación de resultados internos se corresponde más con el ideal teórico de tributación de grupo, inspirado por la denominada teoría de la unidad. Entre los países de la UE que tienen establecida la consolidación de cuentas, Irlanda, Holanda, Gran Bretaña, España y Francia admiten la eliminación de operaciones internas, mientras que en Alemania, Austria, Luxemburgo y Dinamarca (y Francia para algunos supuestos) esta práctica no está autorizada.

<sup>380</sup> **VOGEL, K.**, *Taxation...*, cit., p. 12.

<sup>381</sup> **COURTOIS, P.**, *L'imposition des plus-values*, Litec, Paris, imp. 1978, pp. 39 y siguientes.

reestructuración, las leyes tributarias suelen permitir, una vez verificados ciertos requisitos, que la imposición de dichas plusvalías sea postpuesta al momento de la realización de las mismas. Con este procedimiento, el Estado no renuncia a gravar las plusvalías emergentes, sino que defiere el momento de gravarlas.

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 vuelve también un problema de determinación de la jurisdicción competente para gravar. 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 esto se verifica, hay 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. 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 plusvalías en el momento de su realización, lo que dará origen a 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.

Esta ha sido una cuestión considerada como prioritaria en la estrategia de armonización de la fiscalidad directa en la UE desde que se dieron los primeros pasos en este campo. Así, en 1969, la Comisión presentó una primera propuesta de directiva relativa a un régimen común aplicable a fusiones, escisiones y aportaciones de activos. Fue sin embargo necesario esperar más de veinte años hasta la aprobación, en 1990, de la actual Directiva 434/90/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de

diferentes Estados miembros<sup>382</sup>. Puede por tanto considerarse que éste es un problema de la imposición directa parcialmente solucionado en el seno de la UE, aunque subsistan algunos aspectos no totalmente resueltos<sup>383</sup>.

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: es el caso de la transformación de establecimientos permanentes, situados en un Estado miembro diferente del de la entidad principal, en una filial; es también el caso de la fusión o división de una sociedad *holding* de la cual que no resulte la creación de un establecimiento permanente en el Estado miembro de la empresa implicada; y lo mismo sucede con 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 si, 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.

---

<sup>382</sup> DOCE n.º L 225 de 20.8.1990.

<sup>383</sup> La Directiva 434/90/CEE ha sido transpuesta al ordenamiento español por la Ley 29/1991, de 16 de diciembre. Más tarde, la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, por la que se aprobó el Impuesto de Sociedades, incorporó a sus artículos 97 a 110 la regulación de la directiva (sobre el régimen previsto en la LIS relativo a fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones, ver RUIZ HIDALGO, C., *Tributación de la empresa en la Unión Europea. Estudio de su regulación jurídica y jurisprudencial*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 105 y siguientes). En Portugal, la Directiva está transpuesta al ordenamiento interno por el *Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (Decreto-Lei nº 442-B/88, de 30-11)*, que contiene el régimen aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones en los artículos 68 a 72.

Subrayamos que lo que acabamos de enumerar son insuficiencias apuntadas respecto al régimen de la directiva<sup>384</sup> 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 periodo 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.

#### **2.2.8. “Desgravación” de ciertas rentas**

Los intereses y cánones están incluidos, junto a los dividendos, en la categoría de rentas pasivas, frente a las rentas derivadas de los beneficios de las empresas. Cuando el pago de intereses o cánones tenga como beneficiario (acreedor) 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 este último Estado (jurisdicción de la fuente). En los últimos años, se ha verificado una tendencia a abolir esta clase de retenciones, como consecuencia de la competencia fiscal entre los Estados<sup>385</sup>. 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). La razón de ello es que se entiende que corresponde al Estado de residencia gravar estas rentas<sup>386</sup>. Pero el Estado de residencia tiene a su vez una gran dificultad para gravarlas,

---

<sup>384</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Company Taxation...*, cit., p. 235.

<sup>385</sup> ZUBIRI ORIA, I., *Las reformas...*, cit., p. 24.

<sup>386</sup> En concurrencia con el país de la fuente, en general (XAVIER, A., *op. cit.*, p. 480).

o mejor dicho, para asegurar su declaración. En la práctica, por tanto, estas rentas eluden de cualquier tributación o se sujetan a una imposición mínima<sup>387</sup>.

Este fenómeno tiene desde luego una primera consecuencia que es la disminución global de ingresos, sino para todos los Estados miembros, al menos para el conjunto de los países. En cuanto a ello ya hemos visto que, pudiendo tratarse de un problema serio a considerar 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<sup>388</sup>. Por otra parte, en la medida en que subsistan algunas diferencias significativas a nivel de la imposición de este tipo de rentas entre los varios países, ello funcionará como un factor de influencia de la localización de las inversiones. Pero no estaremos aquí ante una fuente de distorsión que desde un punto de vista sistemático deba ser considerada de forma autónoma, sino que estaremos más bien en presencia de un aspecto consecuencia de la diferencia de los tipos efectivos de gravamen, que ya hemos tenido en consideración anteriormente.

Sin embargo, algunos especialistas señalan que el hecho de que los intereses y cánones no sean gravados o lo sean de forma muy atenuada tiene como consecuencia que las empresas prefieren financiarse a través de capitales ajenos a financiarse recorriendo a capitales propios<sup>389</sup>. Esto podría no ser significativo desde un punto de vista de la afectación geográfica de los recursos (capitales) si esta preferencia fuese indiferente en el plano espacial. Pero no es así. De hecho, señalan estos autores, una preferencia por la deuda como fuente privilegiada de financiación empresarial beneficia a las economías con mayor peso del sector financiero, además de originar una ventaja para las empresas más robustas (especialmente las empresas multinacionales) que tienen un acceso al crédito en condiciones más favorables, en

---

<sup>387</sup> **PÉREZ ROYO, F.**, *La propuesta de Directiva europea sobre fiscalidad de los intereses*, Noticias de la Unión Europea, num. 214 (2002), p. 127; **MUSGRAVE, P.B.**, *Interjurisdictional equity...*, *cit.*, p. 72; **CNOSSEN, S. y BOVENBERG, L.**, *Company tax ...*, *cit.*, p. 168; *A better...*, *cit.*, p. 39; **CHOWN, J.**, *Monetary...*, *cit.*, p. 107; **ALBI IBÁÑEZ, E.**, *Armonización ...*, *cit.*, p. 40.

<sup>388</sup> Ver punto 1.2. en este capítulo.

<sup>389</sup> **CNOSSEN, S. y BOVENBERG, L.**, *Company tax... cit.*, p. 171.

detrimento de las más pequeñas empresas (especialmente las nuevas empresas) para quienes el crédito es un medio de financiación más gravoso.

Éste constituye también un problema clásico de la armonización de la fiscalidad directa en la UE. En 1989 la Comisión europea presentó una propuesta de directiva relativa a un sistema de retención a cuenta sobre los intereses. En esta propuesta, se preveía la institución de un sistema de retención a cuenta, con un tipo mínimo del 15 por cien, a aplicar obligatoriamente por todos los Estados miembros sobre los intereses pagados a todos los residentes de cualquier Estado miembro. Este sistema debería estar complementado por un mecanismo, a instituir en el ámbito de la asistencia mutua, que asegurase el intercambio de informaciones y el control sobre los pagos de intereses en el mercado común. La propuesta, como muchas otras, no ha merecido la aprobación del Consejo. En 1998 la Comisión presentó dos nuevas propuestas de directiva relativas a la fiscalidad de intereses y cánones: una primera sobre los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros<sup>390</sup> y una segunda propuesta sobre los pagos de intereses efectuados a personas físicas<sup>391</sup>.

En la primera se proponía la abolición de todo gravamen por parte del Estado de la fuente sobre intereses y cánones satisfechos por una sociedad o establecimiento permanente a otra sociedad o establecimiento permanente localizados en otro Estado miembro (se aplicaba por tanto a pagos transfronterizos de intereses y cánones).

La segunda se destinaba a ser aplicada también a los pagos transfronterizos de intereses efectuados a personas físicas. En ella se preveían dos regímenes alternativos, a elegir por el Estado, que podrían consistir en que el Estado de la fuente prestaría información al Estado de residencia (régimen de información) o en aplicar obligatoriamente una retención a cuenta de un tipo mínimo del 20 por cien.

---

<sup>390</sup> Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, DOCE n.º C 123, 22.4.1998.

<sup>391</sup> Propuesta de Directiva del Consejo destinada a garantizar un mínimo de imposición efectiva de los rendimientos del ahorro en forma de intereses dentro de la Comunidad, DOCE n.º C 212, 8.7.1998.

En 2001 se presenta una tercera propuesta<sup>392</sup> que substituye la anterior referente a pagos de intereses efectuados a personas físicas. El principal cambio consiste en abolir el régimen alternativo de aplicación de retención a cuenta (que se mantiene solamente para algunos Estados – Bélgica, Luxemburgo y Austria – a título excepcional y por un periodo limitado de tiempo) y en basar el sistema de coordinación exclusivamente en la cooperación administrativa para el intercambio de informaciones<sup>393</sup>. Las dos propuestas deberán entrar a regir en 1 de enero de 2004, según las conclusiones de la reunión del ECOFIN de enero de 2003.

### 2.2.9. Opacidad del sistema

Bajo esta denominación queremos referirnos a una serie de dificultades que resultan para los agentes económicos que se propongan internacionalizar sus actividades a una escala europea, de administrar 15 sistemas fiscales diferentes y además poco transparentes. En la medida en 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. No se tratará, respecto a su configuración, de una discriminación ni tampoco de una restricción, sino que tales distorsiones resultan simplemente de la diversidad normativa existente entre los sistemas nacionales.

Según el último estudio comparativo de los quince sistemas de la UE, publicado por la Comisión Europea<sup>394</sup>, las diferencias más significativas residen a nivel de la determinación de la base: se refieren sobretudo a la relación entre la base y el

---

<sup>392</sup> Propuesta de Directiva del Consejo destinada a garantizar la imposición efectiva de los rendimientos del ahorro en forma de intereses dentro de la Comunidad, DOCE n. C 270, 25.9.2001.

<sup>393</sup> Para una descripción detallada del contenido de la propuesta, ver **PÉREZ ROYO, F.**, *op. cit.*, pp. 130 y siguientes.

<sup>394</sup> Nos estamos refiriendo al estudio, ya varias veces citado, **COMISIÓN EUROPEA**, *Company taxation...*, *cit.*, pp. 39 y siguientes.

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 a nivel 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, muchas veces relacionadas con beneficios fiscales.

Por un lado, esta diversidad plantea problemas de transparencia, que dificultan la tarea de identificar situaciones de trato discriminatorio<sup>395</sup>. 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 diferentes<sup>396</sup>. En cuanto a este último problema, es importante hacer notar que afecta sobre todo a las empresas de pequeña y mediana dimensión<sup>397</sup>. De hecho, las multinacionales están en mejores condiciones para enfrentarse a los costes relacionados con la gestión de los aspectos de la fiscalidad e incluso son aquellas que más partido pueden sacar 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.

## 2.3. Grupos de distorsiones fiscales

### 2.3.1. Planteamiento general

---

<sup>395</sup> **McLURE, E., Jr.**, *op. cit.*, p. 14; **RADLER, A.**, *op. cit.*, p. 91.

<sup>396</sup> **MARTÍN JIMENEZ, A. J.**, *Towards...*, *cit.*, p. 50; **GIANNINI, S.**, *op. cit.*, p. 149.

<sup>397</sup> En este sentido se pronunciaba ya el Informe Ruding, 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 Ruding:..., cit.*, p. 240.).

De lo que hemos expuesto, y debido a la diferente naturaleza de algunos tipos de distorsiones que pueden ser identificados, consideramos justificado establecer una distinción entre tres grandes grupos de distorsión fiscal en la tributación no armonizada de las sociedades y del capital en el mercado común de la Unión Europea<sup>398</sup>. Lo que consideramos ser el factor fundamental de distinción y que confiere importancia práctica a la tipología que exponemos en seguida es el tipo de efecto que cada grupo de distorsiones produce sobre la integración económica europea.

Así, en un primer grupo nos encontramos con un fenómeno cuyo principal efecto es de afectar la asignación de los recursos, concretamente de los capitales, en el mercado común, pero que no tiene en principio un efecto de retracción sobre la actividad internacional de los agentes económicos. En un segundo grupo nos encontramos con aspectos de los sistemas fiscales de los cuales resultan agravamientos de la carga fiscal para las operaciones internacionales y que por ello tienen como principal efecto restringir estas operaciones. Y en un tercer grupo nos encontramos con un fenómeno que aunque pueda tener un efecto restrictivo de la actividad internacional, su expresión es menos objetiva, ya que es más difícil calcular el agravamiento de costes resultante y que además afecta a un sector de actividad que está, en la fecha actual, menos internacionalizado. Se trata de la complejidad del conjunto de los sistemas fiscales nacionales, que afecta sobretudo a las empresas que tienen hasta el momento actual sus actividades concentradas en un único Estado y que además carecen de una dimensión que les permita soportar los costes de la gestión de diferentes sistemas fiscales.

### **2.3.2. Diferencias en el nivel efectivo de tributación**

Estas resultan fundamentalmente de diferencias entre los tipos nominales, de disparidades entre las normas que determinan la base imponible y de deducciones en la cuota que constituyan, por ejemplo, beneficios fiscales. Estas diferencias son susceptibles de influir en las decisiones de localización de las inversiones, sobre todo

---

<sup>398</sup> Una sistematización alternativa a la que proponemos se puede ver en **EDEN, S.**, *Corporate Tax Harmonization in the European Community*, British Tax Review, num. 6 (2000)

para un grupo de empresas de mayor dimensión<sup>399</sup> y, en esta medida, tienen la virtualidad de provocar desvíos en los flujos de capitales dentro del mercado común<sup>400</sup>. Pueden, incluso, provocar fenómenos de competencia fiscal entre los Estados, lo que podrá conducir a una rebaja de los tipos nominales y efectivos<sup>401</sup>.

A pesar de ello, es discutible hasta qué punto las diferencias entre los tipos efectivos de gravamen constituyen un obstáculo al establecimiento o funcionamiento del mercado común<sup>402</sup>. Una posición en sentido afirmativo representa la aceptación de dos premisas: una, que los sistemas fiscales deben tener un papel pasivo, es decir, neutral, con relación al funcionamiento de un mercado<sup>403</sup>; otra, que la neutralidad fiscal se identifica con igualación de tipos efectivos (lo que significa adoptar la validez del concepto de neutralidad en la exportación de capital). Una y otra premisas son discutibles<sup>404</sup>. En cuanto a la segunda, en particular, hemos visto que puede producir un sesgo del sistema fiscal en favor de los sistemas hacendísticos más interventores y con más elevados niveles de fiscalidad<sup>405</sup>.

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*.

---

<sup>399</sup> **GIANNINI, S.**, *op. cit.*, p. 146.

<sup>400</sup> **MUSGRAVE, R. A.**, y **MUSGRAVE, P. B.** *op. cit.*, p. 451; **IZQUIERDO LLANES, G.**, *op. cit.*, p. 50.

<sup>401</sup> Remissão

<sup>402</sup> **CHOWN, J.**, *Monetary...*, *cit.*, p. 104; **VANISTENDAEL, F.**, *Fiscal Support ...*, *cit.*, p. 158; **VOGEL, K.**, *Taxation of cross-border...*, *cit.*, p. 29.

<sup>403</sup> **DOSSER, D.**, *op. cit.*, p. 32.

<sup>404</sup> Hemos presentado el esencial de los términos de esta cuestión en el punto 1 del presente capítulo. Para una revisión de los principales argumentos en pro y contra la competencia fiscal ver **OATES, W.**, *Fiscal competition or harmonization?: some reflections*, *National Tax Journal*, Vol. 54, num. 3 (2001), o **CORONA RAMÓN, J. F.**, *La Fiscalidad...*, *cit.*

<sup>405</sup> *Infra*, Capítulo II, 2.2.1.

Si aceptamos este planteamiento, habrá que concluir que no todas las distorsiones fiscales existentes en el campo de la tributación de sociedades y de capitales constituyen obstáculos para el funcionamiento del mercado común. Las diferencias entre los tipos efectivos serán, en esta perspectiva, un factor fiscal susceptible de influir en los flujos de capitales, pero cuya adecuación al funcionamiento del mercado común tendrá que ser necesariamente apreciado en su dimensión política.

La excepción a este principio está constituida por las situaciones en que las diferencias de nivel de tributación puedan ser calificadas como “medidas de competencia fiscal perniciosas”. En su mayor parte, recuérdese, tales medidas podrán ser reconducidas al concepto de ayudas de Estado prohibidas bajo el art. 87 TCE<sup>406</sup>.

### **2.3.3. Problemas de encaje entre los ordenamientos estatales**

Un segundo grupo de distorsiones estaría constituido por problemas de encaje entre los varios sistemas fiscales que forman el mercado común<sup>407</sup> – o mejor dicho, entre las normas que definen el hecho imponible en los sistemas fiscales – en las áreas de fiscalidad interjurisdiccional<sup>408</sup>. 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 da origen ya sea a dobles imposiciones internacionales, ya sea a tratamientos restrictivos de las operaciones

---

<sup>406</sup> VANISTENDAEL, F., *Fiscal Support measures and harmful tax competition*, EC Tax Review, 3 (2000), p. 156.

<sup>407</sup> CHOWN, J., *Monetary ...*, cit., p. 104 utiliza este mismo criterio en su análisis. Con su habitual acuidad, el autor 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 bien más preocupados en asegurar el ajuste entre los sistemas fiscales independientes de tal forma que no reproduzca ningún coste fiscal adicional en consecuencia del carácter transfronterizo de las operaciones.

<sup>408</sup> Por fiscalidad internacional nos referimos a las operaciones o hechos económicos que tienen puntos de conexión en más de una jurisdicción tributaria.

transfronterizas<sup>409</sup>. Lo que caracteriza todas estas situaciones, y que justifica apartar este grupo de distorsiones, es que en todas ellas se verifica un agravamiento de la carga fiscal sobre las operaciones o sobre ciertos componentes de las bases, como efecto directo de su carácter internacional. Es esto, concretamente, lo que ocurre con la doble imposición internacional, con la no eliminación de la doble imposición económica de dividendos, con la imposibilidad de compensar las pérdidas sufridas por subsidiarias no residentes en el mismo Estado de la entidad matriz, etc., como hemos intentado demostrar en los números anteriores.

En todos estos casos, el carácter internacional de la operación constituye una desventaja en el plano fiscal, lo que obviamente tendrá un efecto, al menos potencial, de retracción de la internacionalización de las inversiones internacionales y, por ende, de la integración económica<sup>410</sup>. Subráyese todavía que este agravamiento no es lo que

---

<sup>409</sup> En este segundo grupo de distorsiones cabría incluir lo que **EDEN., S** (*op. cit.*, p. 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 ser de autonomizar 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 este es un planteamiento válido, que resulta además comprobado por la práctica reciente. En hecho, verificamos que en los últimos años, y en consecuencia de la acción del TJC, 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 (veanse, a este propósito, las reformas alemana 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 deja ver, la actuación unilateral no se revela en la generalidad de los casos como una solución eficaz porque, como también hemos intentado demostrar, las disposiciones restrictivas que se encuentran en los ordenamientos estatales son el soporte normativo de una sistema de reparto de las bases internacionales.

<sup>410</sup> Por otro lado, este es un aspecto de la fiscalidad que afecta sobretudo las empresas multinacionales, que están en condiciones de realizar inversiones internacionales en un contexto fiscal como el europeo,

ocurre en las situaciones del primer grupo de distorsiones indicado – aquellas provenientes de las diferencias en los tipos impositivos – sino todo lo contrario.

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

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. Estamos, por tanto, ante un claro obstáculo al desarrollo del mercado común. Ésta ha sido sin embargo una clase de obstáculos que ha 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, parece obvio que este tipo de obstáculos aparece en segundo lugar, ya que la integración se ha naturalmente empezado con las empresas de más grande dimensión, que disponen de más capacidad de presión sobre los órganos de decisión política<sup>411</sup> y están más bien apertrechadas para manejar la complejidad de los sistemas fiscales europeos<sup>412</sup>.

#### **2.4. Diversos grados de incompatibilidad con el Derecho comunitario**

---

extremamente compartimentado y complejo. Estas empresas no sólo tienen la posibilidad de soportar elevados costes en los servicios de gestión fiscal, sino que tienen ventajas derivadas de la existencia de diferencias entre los tipos y entre las bases (Sobre la forma como este grupo de entidades tienen oportunidad de influir en el proceso legislativo de armonización ver **MARTÍN JIMENEZ, A. J.**, *Towards...*, cit, p. 159.)

<sup>411</sup> **MARTÍN JIMENEZ, A. J.**, *Towards...*, cit, p. 159.

<sup>412</sup> **COMISIÓN EUROPEA**, *Company Taxation in the Internal Market*, COM (2001) 582 final, Bruselas, 2001, p. 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 gravosos para las pequeñas y medianas empresas.

Ya vimos anteriormente que las fuentes de distorsión fiscal tienen en su origen disposiciones de los sistemas fiscales y que, entre estas disposiciones y el Tratado CE, se pueden establecer diferentes relaciones<sup>413</sup>. Siendo cierto que algunas veces se puede observar una relación de incompatibilidad inequívoca entre la disposición fiscal y el Tratado, sin embargo otras veces esta relación es menos intensa.

Dentro de esa relación de incompatibilidad más intensa, están aquellos preceptos que son contrarios a normas del Derecho comunitario en las cuales se reconoce efecto directo. Se sitúan aquí, en primer lugar, todas aquellas disposiciones que configuran discriminaciones por razón de la nacionalidad o de la residencia; se sitúan aquí, igualmente, las disposiciones que conllevan restricciones no justificadas al libre ejercicio de las libertades de circulación. Finalmente, se ubican en esta categoría las disposiciones (o las prácticas administrativas) que puedan configurarse como ayudas de Estado prohibidas por el Tratado<sup>414</sup>. En todas estas situaciones, al ser contrarias a normas del Derecho comunitario con efecto directo, dichas normas estarán heridas de invalidad, por lo que no podrán ser aplicadas por los tribunales nacionales y el TJCE puede obligar a los Estados a que las supriman. Se puede decir, por tanto, que estas distorsiones forman el campo de actuación de la “integración negativa” en el área de la tributación directa<sup>415</sup>.

---

<sup>413</sup> Infra, Capítulo II, 2.2.

<sup>414</sup> Como observa **VANISTENDAEL, F.**, *Fiscal Support measures and harmful tax competition*, EC Tax Review, num. 3 (2000), p. 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 innumeradas 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, *Fratelli 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, ver también **EDEN, S.**, *op. cit.*, p. 635.

<sup>415</sup> Sobre el concepto de integración negativa, **MARTÍN JIMENEZ, A. J.**, *Towards...*, *cit.*, p. 205; sobre este aspecto ver también **GARCÍA PRATS, A. F.**, *The evolution of income taxation under EC law requirements*, EC Tax Review, num. 3 (2002), p. 138.

En una segunda categoría, encontramos disposiciones que son fuente de distorsiones fiscales para el funcionamiento del mercado común, pero que no son incompatibles con normas de efecto directo del Tratado CE. Demostrado suficientemente su efecto distorsionador del mercado común, y debido a que la compatibilidad de los ordenamientos nacionales con el mercado común constituye un imperativo del Tratado, tales disposiciones deben considerarse contrarias al Derecho comunitario. Pero son contrarias al Tratado sin ser contrarias a una norma con efecto directo. Veamos para ello el ejemplo de la doble imposición internacional *stricto sensu*. 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 una importante fuente de distorsión para el funcionamiento del mercado común y, en esta medida, la doble imposición es contraria al Tratado. Pero la doble imposición no puede considerarse efecto de una disposición en especial, sino de la conjunción 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 Tratado<sup>416</sup>. En la medida en que exista una fuente de doble imposición, los Estados quedan obligados, en virtud del art. 293 TCE, a emprender negociaciones con vista a eliminar dicha doble imposición. Pero esta no es, como ya es conocido, una disposición con efecto directo y, por tanto, aquellas disposiciones quedan fuera del alcance de actuación de la integración negativa.

También dentro de esta categoría, hay que considerar la situación en la que la disconformidad no está relacionada con una disposición específica del ordenamiento de un Estado, ni siquiera con la vinculación de dos disposiciones de dos ordenamientos diferentes, sino que resulta del conjunto de los ordenamientos. Forma parte de esta situación la diversidad normativa entre los ordenamientos, en aspectos en los que esta

---

<sup>416</sup> EDEN, S., *op. cit.*, p. 625. Para la autora este tipo de distorsiones presentan como trazo caracterizador el hecho de no pueden eliminarse por una modificación unilateral por parte de un Estado miembro.

diversidad se considere fuente de distorsión fiscal, como ya vimos que sucedía en el caso de las normas de determinación de la base del impuesto de sociedades.

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 al iniciar este punto. 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 medida, de deducciones a cuota. En todos estos casos, 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 prohibida<sup>417</sup>.

Ya en el campo del encaje 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 conjunción de dos normas, eventualmente idénticas, en dos ordenamientos diferentes. Sólo en la zona que hemos identificado como de complejidad del sistema fiscal comunitario, se puede decir que en su origen está siempre la diversidad normativa entre los sistemas nacionales.

## **2.5. Distorsiones fiscales y equidad internacional en la división de las bases**

---

<sup>417</sup> En este caso, una vez que las normas contenidas en el artículo 87 del TCE tienen efecto directo, también aquellas disposiciones que les sean contrarias se encontrarán en el ámbito de la integración negativa

Los problemas que se acaban de describir no son nuevos ni específicos de la UE. Los problemas que hemos identificado como del segundo grupo – problemas de encaje entre los ordenamientos estatales – son problemas relacionados con la cuestión fundamental de la división interestatal de las bases imponibles. Hasta ahora el sistema de reparto de las bases que rige entre los países miembros de la UE, se ha configurado como un sistema clásico basado en los principios tradicionales del derecho tributario internacional. Tal sistema se caracteriza por que la generalidad de las jurisdicciones tributarias define la conexión con sus ordenamientos simultáneamente con base en la residencia del contribuyente y en la fuente del rendimiento. Respecto a la extensión de su poder tributario, los ordenamientos gravan a los residentes, como regla general, por el principio de universalidad (*world-wide-income*), mientras que para los no residentes rige, en general, el principio de territorialidad<sup>418</sup>. 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. Ya que son limitaciones a una regla de competencia establecida con carácter general, las mismas tienen carácter excepcional, lo que significa que, por lo general, los Estados gravan efectivamente la totalidad de las rentas de sus residentes y la aquella parte de las rentas obtenidas por no residentes en su territorio. Este sistema no está obviamente configurado para asegurar que residentes y no residentes ejerzan sus actividades económicas en condiciones de igualdad, ni tampoco que las operaciones interestatales reciban trato fiscal similar a las operaciones internas.

En las situaciones de doble imposición internacional, en que las que adquiere gran importancia el problema de la tributación de los beneficios de los establecimientos permanentes, los mismos se ven afectados por el problema de la doble imposición, ya que se localizan en una jurisdicción diferente a la de residencia.

---

<sup>418</sup> 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 donde se extiende el ámbito de incidencia de las leyes tributarias internas, a cual responden los principios de universalidad y de territorialidad (XAVIER, A., *op. cit.*, p. 203).

En estos supuestos la competencia del Estado de residencia debe ceder paso al Estado de la fuente, pero esta regla opera solamente cuando existe un convenio de doble imposición.

En la doble imposición sobre dividendos, el problema se centra en la aplicación por el Estado de residencia a los beneficios de fuente externa de los mecanismos de atenuación de la doble imposición económica<sup>419</sup>. Estos mecanismos llevan implícita la idea de que los beneficios deben gravarse solamente una vez, y de que la tributación en la sociedad tiene la naturaleza de un anticipo respecto al impuesto que debe ser soportado por el accionista. Al aplicarse estos mecanismos a los dividendos de fuente externa, el Estado de residencia transfiere bases que le compete gravar según el principio de residencia para al Estado de la fuente. 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 capital, el mismo hecho provocará un desequilibrio en los ingresos fiscales en favor del Estado de la fuente, con relación a la situación que resultaría del sistema clásico de reparto de las bases.

En cuanto a la cuestión de las plusvalías surgidas de operaciones de reestructuración transfronterizas, el problema consiste en atribuir el poder de gravar las plusvalías al Estado donde las mismas se han generado o al Estado donde se realicen.

Respecto a la deducción de pérdidas transfronterizas, la cuestión se cifra en cómo aplicar las reglas de consolidación de beneficios de forma no discriminatoria entre residentes y no residentes. Pero bajo esta aparente simplicidad se esconden en realidad una serie de problemas de difícil solución. La aplicación de las reglas de consolidación actualmente existentes de forma indiscriminada entre entidades residentes y no residentes hoy no es viable. Recuérdese que el sistema actual se asienta en la tributación autónoma de los establecimientos permanentes 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. Se basa por otro lado en la total

---

<sup>419</sup> **CHOWN, J.**, *International aspects of the imputation system*, British Tax Review, num. 2 (1993), p. 91.

desconexión tributaria entre la entidad principal y la filial no residente, ambas gravadas por su Estado de residencia respectivo. 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. Por otra parte, la transferencia de los beneficios hacia el primer Estado, por efecto de una aplicación unilateral 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 se adecua a un sistema de consolidación internacional es la tributación del grupo en el Estado de residencia de la matriz<sup>420</sup>. Esto, sin embargo, significa 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 establezca según un determinado ordenamiento, y en un segundo momento esta base sea dividida entre las jurisdicciones implicadas. 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”<sup>421</sup>. Pero la aplicación de cualquiera de estos sistemas implicará la definición de un fórmula de reparto de la base consolidada entre las distintas jurisdicciones.

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

---

<sup>420</sup> GARCÍA FRÍAS, A., *El régimen especial de los grupos de sociedades en el Impuesto sobre Sociedades*, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, 1997, p. 76.

<sup>421</sup> Ver *infra*, nota 427.

dificultad para establecer un nexo económico real entre las bases imponibles y los Estados en que un grupo ejerce su actividad<sup>422</sup>. La eliminación total del problema presupondría, pues, un sistema de consolidación internacional.

Vemos por tanto, que los problemas que se encuentran en el origen de las distorsiones fiscales conectadas con el impuesto de sociedades no son meramente técnicos, sino que son problemas que exigen una toma de decisiones fundamentales en lo que respecta el reparto de las bases entre los países.

---

<sup>422</sup> HAMAEEKERS, H., *Arm's Length – How Long?*, en Klaus Vogel, Kees van Raad, Cornelis Raad, Paul Kirchhof (eds.), *International and comparative taxation: essays in honour of Klaus Vogel*, Series on international taxation, Vol 26, Kluwer Law International, 2002, pp. 48 et seq.

### III CAPÍTULO: Una perspectiva evolutiva del proceso de armonización de la tributación directa en la UE

#### 1. Fórmulas parciales, fórmulas globales y soluciones integrados

En la evolución operada a lo largo de los últimos 45 años en el campo de de la armonización de la tributación directa, el aspecto que surge en primero lugar es el contraste entre un persistente esfuerzo de armonización llevado a cabo por la Comisión Europea y los pocos resultados alcanzados hasta este momento<sup>423</sup>. La segunda característica, si miramos más en detalle las propuestas que han sido elaboradas, se deduce observando como la línea de actuación de la Comisión no se mantiene constante a lo largo del tiempo, sino que parece intentar adaptar constantemente sus posiciones según un criterio de oportunidad y viabilidad política. Tratando de encontrar un sentido para esta evolución un tanto aleatoria, algunos autores identifican dos fases: una que se definiría como el periodo de las soluciones globales y radicales, que podría considerarse situada entre 1960 y 1990<sup>424</sup>; y otra que se distinguiría por una postura esencialmente pragmática, con una preferencia por abordar problemas aislados<sup>425</sup>.

Respecto de las formas posibles para solucionar los problemas resultantes de las distorsiones fiscales que hemos apreciado en el campo de la fiscalidad de las sociedades y de los capitales, se suele distinguir entre soluciones parciales y soluciones globales. Las primeras buscan remediar problemas relacionados con una fuente de

---

<sup>423</sup> Para una descripción detallada de la evolución del esfuerzo armonizador de las instituciones europeas en materia de tributación directa véanse: **APARICIO PEREZ**, *op. cit.*, pp. 77 y ss.; **CERDÁ APARICIO y GARCÍA BENAÚ**, *op. cit.*; **ESTEVE PARDO, M. L.**, *El impuesto...*, cit., pp. 43 y ss..

<sup>424</sup> **STEICHEN, A.**, Tax Competition in Europe or the Taming of Leviathan, en Wolfgang Schön (ed.), Tax competition in Europe, International Bureau of Fiscal Documentation, IBFD, 2003, p. 44.

<sup>425</sup> *Idem*, p. 44.

distorsión en particular (como la doble imposición de dividendos en distribuciones transfronterizas) o de un grupo de distorsiones localizadas en una sección delimitada de la tributación (como por ejemplo las operaciones de reestructuración societaria). El término “soluciones globales” se ha empezado a emplear recientemente, en la secuencia de una serie de propuestas que han sido presentadas en los últimos años por parte de académicos y grupos de trabajo<sup>426</sup>. Las fórmulas globales no se distinguen de las anteriores por solucionar la totalidad, o ni siquiera la mayor parte, de los problemas de una sola vez. Su objetivo principal es el de solucionar dos tipos de problemas: la división de la base entre las entidades pertenecientes a un grupo, permitiendo solucionar las dificultades del sistema de contabilidad separada y toda la problemática de los precios de transferencia; y la complejidad del sistema comunitario derivada de la diversidad entre los varios sistemas nacionales. Es decir, las llamadas fórmulas globales se dirigen fundamentalmente a permitir que un grupo empresarial multinacional pueda ser sometido a tributación bajo una única jurisdicción. Estas fórmulas son, sin embargo, insuficientes para solucionar el problema de fondo, que consiste en encontrar un criterio que permita dividir las bases entre los Estados<sup>427</sup>. Por

---

<sup>426</sup> Sobre el significado del término y para una descripción sistemática de las propuestas, ver **COMISIÓN EUROPEA**, *Company taxation...*, cit., pp. 374 y siguientes; **BOND, S., CHENNELLS, L., DEVERAUX, M. P., GAMMIE, M. y TROUP, E.**, *Armonización de los Impuestos sobre Sociedades en Europa: Guías para un debate* (traducción de CASERO BARRÓN, R.), Noticias de la Unión Europea, 208 (2002), p. 23; **LODIN, S.-O.**, y **GAMMIE, M.**, *The taxation of the European Company*, European Taxation, Vol. 39. num. 8 (1999), p. 287; **SANZ GADEA, E.**, Aspectos internacionales de la política fiscal (II), Impuestos, num. 14 (2001), pp. 19 y siguientes.

<sup>427</sup> Entre las propuestas que han sido presentadas y defendidas al nivel doctrinario y mantienen más actualidad están las siguientes: **a. Un impuesto sobre sociedades europeo** (este sistema se conoce vulgarmente por EUCIT, *European Corporate Income Tax*): sería un impuesto de sociedades común, a ser definido al nivel de la UE. Este impuesto no se destinaría a sustituir los impuestos de sociedades nacionales, sino que debería coexistir con ellos. Tendría sí un ámbito de aplicación específico – sería por ejemplo aplicable solamente a las empresas que tuvieran actividades internacionales – o funcionaría como un impuesto adicional al impuesto de sociedades de cada Estado. El principal mentor de este sistema es **PLASSCHAERT, S.** [*An EU tax on consolidated profits of multinational enterprises*, European Taxation, num.1 (1997)]; **b. “Home State Taxation”**: segundo este sistema, la ley del impuesto de sociedades del Estado de residencia (*home state*) sería aplicable a las sociedades residentes, así como a todas sus filiales y a todos sus establecimientos permanentes, con independencia de su localización,

otra parte, las soluciones comprensivas tienen sobre las soluciones parcelares la ventaja de simplificar el sistema fiscal comunitario, pero para realizarlo eliminan una parte importante de la diversidad legislativa, y como consecuencia, de la autonomía tributaria de los Estados. Esta razón también ha supuesto que las soluciones globales no hayan gozado de adhesión por parte de las instancias comunitarias hasta esta fecha.

Otra distinción que se suele hacer es aquella entre fórmulas parciales y soluciones integradas. Aquí, por soluciones integradas nos estamos refiriendo a los programas de armonización que se establecieron, algunos por la Comisión Europea,

---

pero solamente a efectos de determinación de la base. La base así determinada sería subsecuentemente dividida entre la sociedad matriz, sus filiales y sus establecimientos permanentes localizados fuera de la jurisdicción de la fuente y cada fracción gravada por las respectivas jurisdicciones de la fuente. Una variante consistiría en apurar la cuota también según la ley del Estado de residencia (es decir aplicando el mismo tipo de gravamen a toda la base) y distribuir subsecuentemente la cuota liquidada por los varios Estados de la fuente. El problema magno de esta fórmula reside en definir los criterios de división, ya sea de la base, ya sea del impuesto entre los varios Estados implicados. Los principales defensores de esta propuesta han sido **LODIN** y **GAMMIE**. De los autores, sobre este tema, ver **LODIN, S.-O.**, y **GAMMIE, M.**, *Home State Taxation*, IBDF, Ámsterdam, 2001; **LODIN, S.-O.**, y **GAMMIE, M.**, *The taxation...*, cit.; **GAMMIE, M.**, *Corporate taxation in Europe – Paths to a solution*, British Tax Review, nº 4 (2001). Para una crítica del sistema, ver **SANZ GADEA, E.**, *Aspectos ... (II)*, cit., pp. 21 y siguientes; y *Aspectos internacionales de la política fiscal (III)*, Impuestos, num. 15-16, (2001), p. 36; **c. Base común consolidada**: esta fórmula significaría que los grupos de empresas serían tratados como una única entidad, englobando esta la sociedad matriz, todos los establecimientos permanentes y todas las filiales ubicadas en la UE. Pero a diferencia del sistema de “*Home state taxation*”, en este caso no se aplicaría para ello un sistema nacional sino un régimen común, es decir unas reglas creadas al nivel europeo para determinación de una base consolidada. Las empresas podrían optar por tributar segundo el sistema común o no. Apurada la base consolidada, sería necesario dividir la base así definida entre los Estados y, una vez dividida la base entre los Estados, cada uno aplicaría un tipo elegido de forma autónoma. En España, **SANZ GADEA** ha sido un defensor de este sistema (*Aspectos ... (II)*, cit.); **d. Una base armonizada única obligatoria**: esta fórmula consistiría en una ley comunitaria que establecería las reglas de determinación de la base y que se aplicaría a todas las empresas, multinacionales o nacionales. Implicaría consolidación de la base y necesitaría también una fórmula adicional de división de la base entre las jurisdicciones. Para una revisión de estas fórmulas, **BOND, S.**, **CHENNELLS, L.**, **DEVERAUX, M. P.**, **GAMMIE, M.** y **TROUP, E.**, *Armonización de los Impuestos sobre Sociedades en Europa: Guías para un debate* (traducción de CASERO BARRÓN, R.), Noticias de la Unión Europea, 208 (2002).

otros por grupos de trabajo auspiciados por la Comisión, y que se asentaron en una visión global de los problemas, teniendo como meta proponer soluciones para la totalidad de los mismos, es decir, para eliminar la generalidad de las distorsiones. Ejemplo de este tipo de propuesta es el “Programa de armonización de los impuestos directos” de 1967, de la Comisión Europea, en que esta se proponía, a través de una sucesión de directivas – medidas parciales – llegar efectivamente a una total armonización del impuesto de sociedades<sup>428</sup>.

---

<sup>428</sup> La aprobación, por la Comisión de las Comunidades Europeas, del “Programa de armonización de los impuestos directos” en 1967, se ha seguido a la publicación del Informe Neumark (1962) y se ha inspirado en muchas de las conclusiones en él enunciadas. El programa, que debería decorrer en dos fases, se puede resumir como sigue: **1ª Fase - A) Medidas que afectan el libre movimiento de capitales:** Establecimiento de un sistema armonizado de retención en la fuente; La búsqueda de un método que unifique la disminución de la carga fiscal sobre los dividendos; El ajuste y armonización de la fiscalidad de las sociedades mobiliarias y de inversión con la finalidad de evitar que las inversiones realizadas a través de ellas sean menos ventajosas que las realizadas directamente; **B) Medidas que conciernen la cooperación entre empresas:** Armonización fiscal de los grupos de sociedades (distribución de dividendos entre matrices y filiales); Mejora del tratamiento fiscal que favorezca el proceso de fusión de empresas y el de escisiones; **C) Medidas de impulso a la inversión:** Armonización de la estructura del Impuesto de Sociedades (tratamiento de plusvalías, valoración de existencias, tratamiento de las reservas provisiones no sujetas, etc.); **2ª FASE:** Definición de un método común de cálculo de la base imponible; Aproximación de los tipos; Coordinación de procesos de control; Eliminación de las dobles imposiciones que todavía subsistan.

A secuencia de este programa, la Comisión presenta las siguientes propuestas: Propuesta de directiva sobre un régimen fiscal aplicable a fusiones y escisiones de sociedades situadas en diferentes Estados miembros (1969); Propuesta de directiva sobre un sistema común de imposición de las sociedades matrices y filiales que se encuentren en Estados miembros diferentes (1969); Propuesta de directiva relativa a la armonización de los sistemas del impuesto sobre sociedades y de los regímenes de retención en la fuente sobre los dividendos (1975); Propuesta de directiva sobre corrección de beneficios (1976); Propuesta de directiva sobre asistencia mutua entre las autoridades tributarias de los países (1977); Propuesta de directiva sobre organismos de inversión colectiva (1978); Propuesta de directiva sobre sistemas de impuesto de sociedades y retención en la fuente de dividendos (1979); Propuesta de directiva sobre compensación de pérdidas (1984); Propuesta de directiva sobre fiscalidad de intereses cobrados por residentes en la Comunidad (1988); En 1988 se elabora un proyecto para una futura propuesta de directiva sobre de armonización de las reglas para determinación de la base del impuesto de sociedades [sobre esta materia ver: **CALLE SÁIZ, R.**, *La armonización ...*, cit., pp. 108 y siguientes; *Balance y perspectivas de la armonización fiscal en la Unión Europea*, en La armonización

Se dice a veces que la orientación de la Comisión Europea a respecto a la armonización de la fiscalidad de las sociedades y del capital ha pasado de un enfoque radical basado en soluciones integradas a un enfoque parcial. En sus sucesivos programas de armonización de la tributación directa, las propuestas de la Comisión han sido gradualmente menos ambiciosas, debido a una necesidad práctica de orientarse por un criterio de viabilidad política, ante la afirmación constantemente reiterada del principio de subsidiariedad y de la importancia de este principio en las decisiones del Consejo<sup>429</sup>. Pero el principal cambio en la actuación de la Comisión no

---

fiscal en la Unión Europea, Hacienda Pública Española – Monografías (1997); **ARENILLAS VELA, J.,** *La armonización de la imposición directa*, en IGLESIAS SUAREZ, A., (dir. y coord.), *La armonización fiscal en los años noventa*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Albacete, 1991].

<sup>429</sup> Podemos decir que la fase del “Programa de 1967” se encierra en 1990. En este año la Comisión aún presenta una propuesta de directiva sobre deducción de pérdidas transfronterizas (publicada el año siguiente) de que se puede decir que todavía está integrada en aquel programa. Pero en 1990 la Comisión presenta su segundo programa – “Líneas directrices para la tributación de las sociedades” (SEC (90) 601, abril 1990). En este programa se afirma el principio de la subsidiariedad y se anuncia la presentación de cinco propuestas de directivas sobre: sociedades matrices y filiales, fusiones, arbitraje, intereses y cánones, y compensación de pérdidas. Al mismo tiempo se anuncia el abandono de la propuesta de 1975 sobre y del proyecto de directiva elaborado en 1988 sobre armonización de la base. En el mismo año se aprueban las directivas 434/90/CEE y 435/90/CEE y el Convenio 436/90/CEE, todos consecuentes de propuestas presentadas en el ámbito del “Programa de 1967”. Aún el 1990, la Comisión encarga un comité de peritos independientes, bajo la presidencia de Onno Ruding, de evaluar la importancia de la tributación en las decisiones de las empresas respecto de la localización de sus inversiones. Estaba en causa la demostración de la existencia del fundamento de la armonización, es decir de distorsiones fiscales significativas conectadas con el impuesto de sociedades. A pesar de las cautelas de que se rodeaba en afirmar los principios de subsidiariedad y de mínima armonización, las recomendaciones del Informe Ruding fueron vistos como excesivamente uniformizadoras por la Comisión Europea. El Consejo Europeo, en 1993, estimó que el grado de armonización existente permitía un funcionamiento sin distorsiones del mercado interior. El programa de 1990 no logra resultados prácticos. El tercer programa de la Comisión se puede identificar con el “Paquete fiscal para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa” de 1997. En este caso sí, se está ante un cambio fundamental de estrategia, asiente en el concepto de competencia fiscal perniciosa, que hasta entonces estuviera ausente, y en el “soft law”. Parece obvio, sin embargo, que las circunstancias económicas de la década de 90 han dado el necesario sustrato a esta estrategia. El cuarto programa de la Comisión se puede identificar con su comunicación de octubre de 2001 “*Company Taxation in the Internal Market*”,

ha sido de fondo sino de forma. Mientras a mediados de los años 90 la Comisión ha adoptado una estrategia básicamente consistente en elaborar proyectos de directivas y en presentarlas al Consejo, que sistemáticamente, con su regla de unanimidad, las recusaba, en un momento posterior la Comisión ha optado por una estrategia de involucrar al Consejo en el proceso de negociación, provocando acuerdos políticos previos a la presentación de propuestas de directivas. Esta ha sido la alteración fundamental que ha permitido que el proceso de armonización de la fiscalidad directa haya retomado su dirección<sup>430</sup>, aunque con escasos resultados hasta el momento.

## 2. Evolución de las concepciones teóricas

Existen numerosos estudios que describen exhaustivamente la labor de las instituciones europeas en la armonización de la tributación directa<sup>431</sup>. A los mismos nos remitimos en este punto, centrándonos únicamente en los aspectos que consideramos más relevantes en esta evolución para la perspectiva de este trabajo. Habida cuenta de que el proceso de armonización ha producido hasta este momento muy escasos resultados, lo que queremos subrayar son sobretodo los aspectos relacionados con las diferentes concepciones teóricas que han servido de fundamento a las sucesivas propuestas.

---

del cual tampoco se puede decir que no asienta en una visión global de los problemas. De resto, en este momento está en curso un programa bastante global de armonización, en el cual está incluido un proyecto piloto de implementación a título experimental del sistema de "Home state taxation".

<sup>430</sup> En este sentido, **RUDING, O.**, *Remarks to the European Conference on Company Taxation (paper presentado en la Conferencia organizada por la Comisión Europea en 30 de abril de 2002)*, Brujas, 2002.

<sup>431</sup> Ver, entre otros, **ALONSO GONZÁLEZ, L. M.**, **CORONA RAMÓN, J. F.**, y **VALERA TABUEÑA, F.**, *op. cit.*, pp. 121 y siguientes; **APARICIO PEREZ, A.**, **ALVAREZ GARCÍA, S.** y **ARIZAGA JUNQUERA, M. C.**, *op. cit.*, pp. 69 y siguientes; **BURGIO, M.**, *Derecho...*, *cit.*, pp. 158 y siguientes; **CALLE SÁIZ, R.**, *La armonización...*, *cit.*, pp. 29 y siguientes; **CAYON GALIARDO, A.**, **FALCON y TELLA, R.**, y **DE LA HUCHA CELADOR, F.**, *op. cit.*, pp. 582 y siguientes; **CORONA RAMÓN, J. F.** y **VALERA, F.**, *op. cit.*, pp. 125 y siguientes; **DE LA VILLA, J.M.**, *op. cit.*, pp. 15 y siguientes; **ESTEVE PARDO, M. L.**, *El impuesto...*, *cit.*, pp. 43 y siguientes.

En este contexto, hay que resaltar fundamentalmente tres líneas en el proceso de armonización a lo largo de los cuatro decenios transcurridos: el Informe Neumark (1962), el Informe Ruding (1992) y el Informe de octubre de 2001.

## 2.1. El Informe Neumark

En 1962 el Comité Económico y Financiero de la CEE, entonces presidido por Neumark, fue encargado de examinar 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 de examinar en qué medida era posible eliminar estas disparidades, que dificultaban considerablemente la formación y el funcionamiento del mercado común.

El informe final de este comité consideró que existían tres clases de disparidades: i) en la carga fiscal global (medida en relación con el PIB); ii) en la composición del gasto público; y iii) en la composición de los sistemas fiscales (disparidades estructurales). Las más importantes se consideran las “disparidades estructurales”, entendidas como diferencias en el nivel de los ingresos generados por cada clase de impuestos<sup>432</sup> en relación con la recaudación fiscal global. Vemos así como el problema de la carga fiscal soportada por los contribuyentes en cada Estado en comparación con los contribuyentes de los otros Estados miembros es el aspecto considerado más relevante en la relación entre imposición directa y mercado común.

Dichas disparidades estructurales pueden tener origen en: a) diferentes combinaciones de los diferentes impuestos (la “composición cualitativa” de los sistemas fiscales); b) diferencias de rentabilidad relativa de cada impuesto, resultantes de diferencias entre los tipos efectivos aplicados. En estas últimas están por tanto incluidas las diferencias en los tipos nominales, en la base, y en otros aspectos que contribuyen a definir el tipo efectivo.

---

<sup>432</sup> El Informe propone una clasificación de los impuestos en impuestos sobre la renta y la riqueza e impuestos sobre la utilización de la renta (**COMITÉ FISCAL Y FINANCIERO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA**, *op. cit.*, p. 113).

En lo que concierne la imposición sobre sociedades, se plantean las siguientes cuestiones: i) se considera que en gran medida la carga fiscal real sobre las rentas de sociedades depende de aspectos normativos como la integración con el impuesto personal; ii) que las diferencias en estos aspectos “perjudican gravemente la transparencia de la tributación” y así perjudican también la posibilidad de comparar la carga fiscal sobre los beneficios y hacen difícil la negociación de convenios para eliminar la doble imposición; iii) que las condiciones de tributación de los beneficios reservados a la autofinanciación, siendo divergentes entre los países, tienen igualmente “consecuencias nefastas”, como son las de hacer que las reservas destinadas a autofinanciación se hallen concentradas, dentro de grupos empresariales multinacionales, en los países de tributación más reducida. Se añade que esto no sería así si las leyes nacionales previesen un tratamiento diferenciado para filiales y sucursales localizadas en el extranjero, lo que no es compatible con el derecho europeo; iv) que las diferencias en la carga fiscal pueden influir significativamente en tres aspectos: en la localización de una nueva empresa o sucursal; en la elección del país donde mantener en reserva los beneficios realizados por una filia; o de forma general la localización de capitales; v) que en situaciones de doble imposición las diferencias estructurales pueden impedir o complicar la introducción de medidas para eliminar dicha doble imposición.

En especial sobre la libertad de circulación de capitales se considera que diferencias significativas en la carga fiscal sobre rentas de capital tienen influencia en las decisiones de inversión y tienen un papel muy importante en relación con la libertad de circulación de capitales.

Sobre la libertad de establecimiento se considera probable que los impuestos sobre la renta tengan algún reflejo en los precios (aunque el Informe no tome una posición definitiva sobre la relevancia de este aspecto para el mercado común). Se mantiene también que diferencias significativas en la carga fiscal global sobre los beneficios de actividades comerciales o industriales pueden motivar traslados de establecimientos entre países, lo que sería válido sobre todo para grandes empresas, dada su mayor movilidad; se sostiene también que la existencia de beneficios fiscales o tratos fiscales favorables a ciertos sectores ocasiona distorsiones de competencia

internacionales, mientras en los otros países no existan las mismas discriminaciones para los mismos sectores.

Para minimizar estas distorsiones el Informe propone un vasto programa de medidas, todas ellas parciales, implicando grados de armonización diversos. De una vez que este programa ha logrado influenciar la actividad armonizadora hasta la actualidad, creemos que se justifica una descripción algo más detallada del mismo. En este sentido, en sus recomendaciones, el Informe propone:

*Aspectos generales:*

- que en todos los Estados se adopte un impuesto sobre sociedades autónomo, una vez que esta es la tendencia verificada en la mayoría de los Estados;
- que en el cálculo del beneficio empresarial se incluyan todos los ingresos que lo afecten;
- que se armonicen los métodos de determinación de los beneficios y de recaudación del impuesto;
- que se establezcan mecanismos de eliminación de la doble imposición económica de los dividendos;
- que se adopte un sistema de doble tipo para beneficios distribuidos (tipo más bajo) y no distribuidos (tipo más elevado);
- que se ponga en marcha una “cierta armonización” de los tipos y de otros factores que determinan el tipo efectivo (en el que se incluye la base). Respecto de la armonización de los tipos legales se proponen tipos máximos para los beneficios distribuidos y no distribuidos;

*Sobre la tributación de dividendos e intereses:*

- que el impuesto sobre rentas del capital mobiliario (sobretudo intereses y dividendos) cobrado a través de la retención a cuenta a contribuyentes no identificados sea “absolutamente idéntico” en todos los Estados;
- se propone además la aplicación de dos tipos para contribuyentes identificados (entre 10 y 20 por cien) y no identificados (mínimo de 25 por cien);
- los dividendos recibidos por una sociedad por su participación en otra sociedad no deberían, en principio, quedar sujetos a retención en la fuente, pero esta regla debería

ser matizada con un tratamiento diferenciado para diversas situaciones, para evitar situaciones de evasión;

- se recomienda que los Estados donde tiene lugar la retención reembolsen a los Estados de residencia de los contribuyentes por las cuantías cobradas;
- se aboga que se uniformice o se reduzcan considerablemente las divergencias en el tratamiento de las plusvalías;

### *Sobre la doble imposición internacional:*

- se impulsa centralizar las operaciones de determinación del impuesto en un único Estado, que sería el de residencia;
- reconociéndose la imposibilidad de poner en práctica tal sistema en un plazo corto, dada que ello implicaría un grado elevado de aproximación entre las legislaciones y de colaboración entre las autoridades, se propone adoptar el tratado internacional como principal instrumento de eliminación de la doble imposición, preferentemente a través un convenio multilateral para todos los países;

En una apreciación global, podemos decir que el Informe Neumark está marcado por una concepción neutralista<sup>433</sup>. Su preocupación fundamental está en las diferencias en la carga fiscal entre los diferentes Estados miembros y su efecto sobre la afectación de los recursos, es decir, sobre la neutralidad del sistema fiscal. Además, las soluciones propuestas reflejan una adhesión estricta a un sistema de neutralidad en la exportación de capital, basado en la primacía de la tributación en la residencia. Ejemplo de esta adhesión son sus propuestas en lo que concierne la tributación de las rentas pasivas transfronterizas, como son dividendos e intereses. El sistema propuesto se asienta en la retención a cuenta por parte de la jurisdicción de origen y la respectiva devolución de estas retenciones a la jurisdicción de residencia.

Podemos decir que el Informe Neumark no sólo lanzó las bases de toda la teoría de la armonización fiscal en el mercado común europeo, sino que también marcó con sus concepciones todo el periodo que se siguió hasta 1980. A raíz de sus conclusiones, la Comisión elaboró un programa de armonización de la tributación

---

<sup>433</sup> En este sentido el Informe refleja las teorías sus contemporáneas de la escuela “igualizadora” de Reboud (DOSSER, D., *op. cit.*, p. 32).

directa (el “Programa de 1967”) que se mantuvo como propuesta hasta mediados de los 80 pero, como hemos visto, sin resultados. La única excepción ha sido la aprobación de una directiva en materia de asistencia mutua entre las autoridades fiscales, válida tanto para la tributación directa como para la tributación indirecta<sup>434</sup>. Este evidente fracaso debe, en nuestra opinión, ser interpretado como consecuencia de un rechazo, por parte de los Estados miembros, del modelo de coordinación fiscal basado en la neutralidad en la exportación de capital.

## 2.2. El Informe Ruding

Casi 30 años después de la publicación del Informe Neumark, y ante una total ausencia de resultados, el Acta Única (1986) y el Libro Blanco sobre el desarrollo del mercado común (1987) han dado impulso a una nueva fase en el proceso de armonización fiscal. En aquel momento, era evidente para los responsables de la política fiscal europea que el modelo Neumark no era viable en la Comunidad Europea.

En 1990 la Comisión encargó a un comité de especialistas independientes, bajo la presidencia de Onno Ruding, evaluar la importancia de la tributación en las decisiones de las empresas relativa a la localización de sus inversiones. Se trataba de demostrar la existencia del fundamento de la armonización, es decir, de distorsiones fiscales significativas conectadas con el impuesto de sociedades.

El informe final del comité – el Informe Ruding – publicado en 1992, concluye que las disparidades fiscales afectan de diversas formas las decisiones de las empresas y pueden causar distorsiones de la competencia<sup>435</sup>. Es evidente la preocupación de los autores sobre la necesidad de preservar en el mayor grado posible la autonomía de los

---

<sup>434</sup> Directiva 799/77/CEE, de 19 de diciembre de 1977, JOCE num. L 336, 27.12.1977, p. 15.

<sup>435</sup> Sobre el Informe Ruding ver: **GUTIERREZ LOUSA, M.**, *El Informe...*, cit. ; **ESTEVE PARDO, M. L.**, *El impuesto...*, cit., pp. 89 y siguientes; **HAMAEEKERS, H.**, *Introductory notes*, en Harmonization of corporate taxes in EC. Proceedings of a seminar held in Florence, Italy, in 1993 during the 47<sup>th</sup> Congress of the International Fiscal Association, Vol. 18a, Kluwer, Deventor/boston, 1994, pp. 2 y siguientes.

Estados. Pero es interesante observar que, a pesar de este planteamiento de principios, el informe no se aparta significativamente del modelo anterior.

Las principales recomendaciones son las siguientes:

- *extensión del ámbito de aplicación de la directiva relativa a matrices y filiales (aprobada el año 1990) para minimizar el problema de la doble imposición de dividendos entre este tipo de empresas;*
- *a fin de combatir la evasión fiscal relativa a dividendos se recomienda la adopción de un sistema obligatorio al nivel comunitario de una retención mínima de 30 por cien sobre los dividendos distribuidos por sociedades residentes cuando los beneficiarios no presenten identificación fiscal (recuérdese que esta fórmula, con una retención de 30 por cien, constaba de la propuesta de directiva de 1975<sup>436</sup>);*
- *se recomienda la adopción de la propuesta de directiva presentada en 1988 sobre intereses y cánones, para que se amplíe su ámbito de aplicación<sup>437</sup>;*
- *se recomienda la ratificación por los Estados del Convenio de Arbitraje<sup>438</sup> en materia de precios de transferencia y que se establezcan normas comunes para los ajustes de precios de transferencia;*
- *en materia de compensación de pérdidas entre empresas del mismo grupo, se recomienda la adopción de la propuesta de directiva de 1984<sup>439</sup> y la ampliación de su ámbito de aplicación para permitir la total compensación de pérdidas a escala comunitaria dentro de grupos de empresas;*
- *en materia de doble imposición se recomienda el perfeccionamiento del instrumento constituido por los convenios bilaterales;*

En cuanto al clásico problema del “sistema de impuesto”, el Comité opta por no tomar una posición definida, aunque considere beneficioso que, a largo plazo, se determine un sistema común de impuesto. En un plano inmediato, el

---

<sup>436</sup> Ver supra, nota 329.

<sup>437</sup> Ver supra, nota 390.

<sup>438</sup> Ver supra, nota 56.

<sup>439</sup> **COMISIÓN EUROPEA**, “Proposal for a Council Directive on the Harmonization of the Laws of Member States Relating to Tax Arrangements for the Carryover of Losses of Undertakings,” COM(84) 404 final (Brussels, 1984).

Informe recomienda solamente que los Estados eliminen las disposiciones discriminatorias en el trato fiscal de dividendos de fuente externa.

Resulta esclarecedor en la concepción adoptada por el Comité, lo que se propone a respecto de los aspectos cuantitativos del impuesto de sociedades, con el fin “de evitar una excesiva competencia fiscal”:

- *la adopción de un tipo nominal mínimo de 30 por cien y de un tipo nominal máximo de 40 por cien.*
- *la adopción de medidas para reducir las diferencias entre la contabilidad mercantil y las cuentas utilizadas a efectos fiscales;*
- *la adopción, en términos a definir en un momento posterior, de normas uniformes relativas a amortizaciones, leasing, fondo de comercio, métodos de valoración de existencias, provisiones, pensiones complementarias, concepto de gastos de explotación, costes de la casa matriz, a la infracapitalización, compensación fiscal de pérdidas y ganancias de capital*

Parece haber, pues, una contradicción entre la preocupación del Comité en afirmar los principios de subsidiariedad y de mínima armonización y las soluciones que propone. De hecho, las recomendaciones del Informe Ruding fueron vistas como excesivamente uniformizadoras por la Comisión Europea y por muchos analistas<sup>440</sup>. ¿Cómo entender esta posición del Comité?

En nuestra opinión no deben subestimarse las diferencias entre las propuestas del Comité Ruding y las del modelo Neumark. Estas diferencias son particularmente evidentes en lo que concierne la tributación de rentas pasivas interjurisdiccionales. A este respecto, el Informe abandona totalmente el concepto de un sistema basado en

---

<sup>440</sup> **CHOWN, J.**, Comentario al Informe Ruding, Hacienda Pública Española, Monografías, 2 (1992). Sobre la posición del Consejo sobre el Informe Ruding, ver **SPENCE, I. R.**, *The Ruding report and Council conclusions*, en Harmonization of corporate taxes in EC. Proceedings of a seminar held in Florence, Italy, in 1993 during the 47<sup>th</sup> Congress of the International Fiscal Association, Vol. 18a, Kluwer, Deventor/boston, 1994

un principio exclusivo de tributación en el Estado de residencia, con la obligación de la jurisdicción de la fuente de aplicar retenciones a cuenta y de “restituir” estas retenciones a la jurisdicción de residencia. También es significativo que el Comité propugne la firma de convenios como instrumento para eliminar la doble tributación, en lugar de un convenio multilateral. De hecho creemos que el Informe Ruding, sin proponer un modelo radicalmente innovador, ha introducido en la política de armonización fiscal comunitaria un enfoque esencialmente pragmático. Quizás su trazo más original resida en la idea de que una armonización mínima, que reduzca las diferencias cuantitativas en las cargas fiscales, es indispensable en virtud de los principios de subsidiariedad y mínima armonización<sup>441</sup>. La idea significa que las diferencias muy acentuadas en las diferentes cargas fiscales son un factor de agravamiento de las distorsiones existentes, por lo que la mejor forma de atenuar estas distorsiones, afectando lo mínimo los ordenamientos de los Estados, sería reducir esas diferencias. Esta idea rompe de algún modo con las concepciones hasta entonces vigentes, que sostenían que de que la forma más correcta de respetar los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, al mismo tiempo que se aseguraba un grado mínimo de neutralidad del sistema fiscal con relación al funcionamiento del mercado común, sería armonizar aspectos estructurales de los ordenamientos, dejando a los Estados total libertad en cuanto a la determinación de su nivel de tributación. El Informe Ruding defiende más bien la idea de que una aproximación entre los niveles de tributación puede ser la fórmula más eficaz de cumplir con el principio de subsidiariedad<sup>442</sup>, al conseguirse con ello atenuar la intensidad de los efectos de las distorsiones fiscales, permitiendo así a cada ordenamiento mantener su propia estructura.

### 2.3. El Informe de octubre de 2001

---

<sup>441</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Informe del Comité Ruding...*, cit., p. 223.

<sup>442</sup> GAMMIE, M., *The Ruding Committee Report: An Initial Response*, Institute for Fiscal Studies, Londres, 1992, p. 48.

Es todavía pronto para evaluar hasta qué punto el Informe publicado por la Comisión en octubre del 2001<sup>443</sup> contribuirá a una evolución en las concepciones en la política de armonización fiscal. No podríamos, sin embargo, dejar de hacer referencia al mismo, por su importancia en la situación.

Una primera nota sobre las propuestas contenidas en dicho informe se refiere a su carácter de continuidad con la visión pragmática iniciada por el Comité Ruding. Esta está presente, por ejemplo, en un enfoque sobre los problemas específicos y en una estrategia de acción a corto plazo que se asienta en el perfeccionamiento de los instrumentos ya establecidos.

La segunda nota se refiere, en esto apartándose de su antecesor, a que los problemas relacionados con las diferencias cuantitativas en los niveles de tributación están excluidos del ámbito de análisis. El Informe declara expresamente que sus preocupaciones no van más allá de los “costes adicionales, fiscales o indirectos, que las empresas soportan para ejercer su actividad en más de un Estado miembro”. En esto se puede ver una importante tomada de posición con relación al aspecto fundamental de la neutralidad en la localización de las inversiones. El informe justifica su posición en la relatividad del principio de neutralidad frente al principio de subsidiariedad y la necesidad de mantener la autonomía de los Estados en materia tributaria.

A parte de esta importante diferencia, la mayor parte de las recomendaciones del grupo de trabajo no se apartan del camino trazado en aspectos significativos, por lo que resultaría innecesaria una descripción detallada de todas las soluciones propuestas. Hay sin embargo una excepción, que creemos constituye el punto más sobresaliente e innovador del estudio, y que reside en el enfoque dado al problema de una futura base imponible consolidada para las empresas multinacionales<sup>444</sup>. La sola inclusión del tema y la profundidad con que se trata es ya significativa de la importancia conferida al problema.

---

<sup>443</sup> **COMISIÓN EUROPEA**, *Company Taxation in the Internal Market*, COM (2001) 582 final, Bruselas, 2001.

<sup>444</sup> Para un análisis crítico sobre este campo de propuestas ver **PLASSCHAERT, S.**, *The EU Consolidated Income Tax revisited*, paper num. 670 (1), CESifo, Munique, 2002.

El estudio propone cuatro sistemas alternativos para una base consolidada: el sistema de tributación según el impuesto de sociedades de la jurisdicción de residencia (*home state taxation*); un “impuesto sobre sociedades europeo”; un sistema de base común consolidada y una base única obligatoria<sup>445</sup>.

Deberemos plantearnos la cuestión de la pertinencia de esta propuesta, aparentemente demasiado ambiciosa para poder ser realizado en esta fase del proceso de integración fiscal en la UE. La explicación está en que varios de los problemas que hemos descrito como distorsiones al mercado común exigen, para una total resolución, el establecimiento de una base consolidada al nivel europeo. Entre estos está, en primer lugar, el problema de la deducción de pérdidas transfronterizas. Hemos visto que los ordenamientos fiscales actuales podrán ser incompatibles con el Tratado CE, especialmente en todos los aspectos que conllevan desventajas para las inversiones interjurisdiccionales. Pero, como bien resalta el estudio de la Comisión, una base consolidada europea eliminaría al mismo tiempo la mayoría de las distorsiones actualmente existentes, como son las relativas a correcciones de precios de transferencia, a pagos de dividendos entre empresas asociadas o a operaciones de reestructuración<sup>446</sup>. Simplemente, como también hemos resaltado, la elección de un sistema de base consolidada es únicamente una pequeña parte de la solución, ya que, una vez determinada la base consolidada para un grupo multinacional, es necesario repartirla por los Estados en que dicha base se genera. Para este problema, el estudio de la Comisión no apunta (ni debería) ninguna solución. Pero no cabe duda de que esta es la cuestión que estará en el centro del debate a lo largo de década actual.

### **3. Los actos armonizadores aprobados en materia de imposición de beneficios societarios y de capitales – su significado para la configuración de un futuro sistema europeo**

---

<sup>445</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Company Taxation in the Internal Market*, COM (2001) 582 final, Bruselas, 2001, pp. 370 et seq.

<sup>446</sup> Idem, p. 376.

Hemos visto que en el trasfondo de la mayor parte de los problemas que se plantean respecto de la armonización de la tributación directa en la UE está la cuestión fundamental del reparto de las bases interjurisdiccionales en el seno del mercado común europeo. Veamos como en los actos armonizadores aprobados hasta el momento se están definiendo las reglas de reparto de las bases entre los países miembros.

### **3.1. La Directiva 434/90/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones**

Hasta este momento los actos legislativos de armonización aprobados en materia de imposición de beneficios societarios y de capitales son la Directiva 434/90/CEE del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, la Directiva 435/90/CEE del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, y 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.

La “Directiva fusiones”, adoptada el 23 de julio de 1990, que preveía 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 art. 100 del Tratado CE 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.

La directiva es aplicable a cuatro clases de operaciones: fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones<sup>447</sup>. Para que la directiva sea aplicable, es necesario que la operación tenga carácter “comunitario”, es decir, que estén implicadas sociedades de más que un Estado miembro. El régimen establecido en la directiva es bastante similar al que existe en muchos ordenamientos nacionales: los Estados prescinden de gravar “las plusvalías emergentes de la operación”. Tal y como sucede en los ordenamientos estatales, el efecto práctico de esta norma es que la tributación de la plusvalía se difiere hacia un momento posterior: el momento de la realización final por la entidad adquiriente del activo. 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 trasmisora. 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 esta enajene los activos – o por los accionistas – cuando estos enajenen sus acciones – o en los dos momentos<sup>448</sup>. Esta plusvalía puede decirse que se ha producido, en sentido económico, en la sociedad trasmisora, de tal forma que la fuente de la plusvalía se sitúa en el Estado de residencia de esta sociedad (de la misma forma que si una sociedad matriz tiene una subsidiaria en otro Estado miembro, el beneficio generado por la subsidiaria tiene por fuente el respectivo Estado de residencia).

Siendo así, el efecto práctico de la mencionada norma de la directiva, que difiere la tributación hacia el momento de la realización final de la plusvalía, es que esta renta tributará exclusivamente en el Estado de residencia. Si bien es cierto que los accionistas pueden tener su residencia en el Estado de residencia de la sociedad trasmisora, con lo que este Estado podrá a final tener una cuota-parte en la tributación de la renta correspondiente a la plusvalía, no es seguro que esto ocurra, ya que

---

<sup>447</sup> Sobre el régimen que se establece por la directiva ver, entre otros: **FARMER, P.** y **LYAL, R.**, *op. cit.*, pp. 277 y siguientes; **ESTEVE PARDO, M. L.**, *El impuesto...*, *cit.*, pp. ; **MURAY, R. H. A.**, *op. cit.*.

<sup>448</sup> En la generalidad de los casos, la plusvalía acabará por ser gravada en los dos niveles referidos, aunque en momentos diferentes, a no ser que en el ordenamiento en causa exista un sistema de eliminación de la doble imposición de lucros.

ninguna razón existe para que los accionistas tengan su residencia preferente en aquel Estado. Resta aclarar que lo que se ha dicho para la fusión es igualmente válido para las restantes operaciones a que se aplica la directiva, con lo que es lícito concluir que la directiva que estamos analizando soluciona el problema de reparto de la base en favor del principio de residencia.

### **3.2. La Directiva 435/90/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes**

La “Directiva matrices y filiales” ha sido igualmente adoptada en julio de 1990 e, igual que la directiva anterior, tuvo su origen en una propuesta presentada en 1969. También en este caso el fundamento invocado ha sido el art. 100 del Tratado CE y la necesidad de la directiva se ha justificado con el principio de la neutralidad fiscal y también por el objetivo de eliminar el tratamiento menos favorable aplicado a las operaciones de reestructuración internacionales (comunitarias) en comparación con las operaciones internas.

La directiva se aplica a los dividendos distribuidos entre sociedades de un mismo grupo<sup>449</sup>, a condición de que la distribución se realice entre sociedades de Estados miembros diferentes. El régimen establecido en la directiva es bastante simple. 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 puede gravar los

---

<sup>449</sup> Sobre el régimen establecido en esta directiva ver, entre otros, **FARMER, P.** y **LYAL, R.**, *EC Tax Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 277 y siguientes; **ESTEVE PARDO, M. L.**, *El impuesto...*, cit. pp. 72 y siguientes.; **MURAY, R. H. A.**, *op. cit.*, pp. 77 y siguientes; **MANGANELLI, A.**, *The degree of harmonization attained through the implementation of the Parent-subsidiary Directive in the EC member States*, in EC. Proceedings of a seminar held in Florence, Italy, in 1993 during the 47<sup>th</sup> Congress of the International Fiscal Association, Vol. 18a, Kluwer, Deventor/Boston, 1994; **HELMINEN, M.**, *Dividend equivalent benefits and the concept of profit distribution of the EC Parent-subsidiary Directive*, EC tax Review, vol. 9, num. 3 (2000).

beneficios primarios pero debe abstenerse de imponer sobre los dividendos distribuidos a una sociedad matriz no residente una retención a cuenta. El régimen descrito tiene la virtualidad de eliminar la doble imposición sobre los dividendos distribuidos en las condiciones en que la directiva se aplique. Al contrario de la directiva que hemos visto anteriormente, esta normativa soluciona el problema del reparto de las bases internacionales, concediendo la primacía al principio de la fuente. Es cierto que el texto de la directiva no permite ir tan lejos como para decir que se establece un principio de la fuente exclusivo en la tributación de los beneficios, ya que en la directiva no se regula la tributación de los beneficios primarios. Pero, como hemos dicho antes, ya se sabe que el Estado de la fuente, en la práctica, ostenta la primacía en lo que concierne a esta tributación. El punto que ha marcado el debate anterior a la aprobación de la directiva – y que lo sigue marcando en lo que respecta a los dividendos no incluidos en el ámbito de la directiva – era saber si el coste de la eliminación de la doble imposición debería recaer sobre la jurisdicción de la residencia o de la fuente. La directiva que venimos analizando decide esta cuestión en el sentido de que la jurisdicción de la residencia es la que debe soportar el coste de la eliminación de la doble imposición económica sobre los dividendos, lo que significa, en sustancia, un reconocimiento del principio de la fuente.

Además de ello, debe señalarse que el régimen establecido por la directiva, en el que se asiente el sistema de exención con el fin de eliminar la doble imposición de dividendos, está en conformidad con un principio de neutralidad en la importación de capital.

Las dos directivas que hemos mencionado han sido consideradas dos grandes avances en el proceso de armonización de la tributación de las sociedades<sup>450</sup>. Sobre ellas debe observarse que ambas son normas de carácter sustantivo, al contrario de otros actos normativos de armonización aprobados. Su ámbito de aplicación se limita, sin embargo, a aspectos de la fiscalidad internacional sobre sociedades y capitales, dejando intactos los ordenamientos nacionales en lo que concierne a la fiscalidad de las bases puramente internas. Son, por tanto, ejemplos de aquella categoría de actos

---

<sup>450</sup> ESTEVE PARDO, M. L., *El impuesto...*, cit., p. 11.

armonizadores destinados a regular “situaciones de fiscalidad internacional” en el ámbito europeo, prescindiendo de uniformar, al menos de forma directa, los ordenamientos nacionales en lo que concierne la regulación material de aspectos de la fiscalidad interna.

### **3.3. 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**

Al mismo tiempo que eran adoptadas las directivas que hemos analizado, se aprobaba también el “Convenio de arbitraje”, relativo a la supresión de la doble imposición en el caso de corrección de los beneficios de las empresas asociadas. El convenio ha tenido como antecedente a una propuesta de directiva presentada en 1976. La razón alegada para el cambio en la forma jurídica para un convenio multilateral, aprobado con base en el art. 220 del Tratado CE (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<sup>451</sup> en esta materia. En su texto se regula 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.

### **3.4. El “Paquete fiscal para hacer frente a la competencia fiscal perjudicial”**

Contrariamente a lo que se esperaba, la aprobación de los tres instrumentos de armonización aprobados en 1990 no ha inaugurado un periodo de gran progreso en el

---

<sup>451</sup> ESTEVE PARDO, M. L., *El impuesto...*, cit., p. 80.

campo de la armonización de la fiscalidad directa. A ello se siguió un nuevo periodo de parálisis, que tiene su punto de inflexión con la presentación del informe Monti en 1996. En este se propone un nuevo enfoque al tema de la fiscalidad directa, un año más tarde traducido en el “Paquete fiscal para hacer frente a la competencia fiscal perjudicial” aprobado por la Comisión en 1997<sup>452</sup>. Como la denominación indica, el énfasis del nuevo enfoque se coloca en los problemas de competencia fiscal e no ya, como en la fase anterior, en los problemas de ajuste de los sistemas fiscales planteados por la fiscalidad internacional. Ya que el problema de la competencia fiscal, y de la necesidad de su eliminación – no había podido gozar del consenso entre los Estados, lo que permite en este contexto superar el referido impedimento es la introducción del concepto de “competencia fiscal perjudicial”. Con él se deja claro que el objetivo de la acción no es el de eliminar toda y cualquier competencia fiscal, sino el de garantizar que la competencia fiscal entre los Estados sea “sana”.

Los resultados más importantes conseguidos hasta este momento en el ámbito del “paquete fiscal” han sido la aprobación del “Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas” en 1997 y, en marzo de 2003, la conclusión de un acuerdo político previo a la aprobación de una directiva sobre fiscalidad de rentas del ahorro<sup>453</sup>.

### 3.5. El Código de conducta sobre fiscalidad de las empresas

El Código de conducta sobre fiscalidad de las empresas es un instrumento sin fuerza jurídica<sup>454</sup>. Se trata de un compromiso político asumido por los Estados

---

<sup>452</sup> Sobre la formación y evolución de la estrategia Monti, ver, entre otros, **MARTÍNEZ SERRANO, A.**, *La armonización del impuesto sobre sociedades: nuevas propuestas de la Comisión Europea*, Noticias de la Unión Europea, num. 214 (2002); **GARCÍA NOVOA, C.**, *Pasado, presente y futuro de la fiscalidad de los mercados financieros*, Noticias de la Unión Europea, num. 214 (2002); **GARCÍA DE LA CALLE, A.**, y **SERRANO ANTÓN, F.**, *op. cit.*, pp. 38 y siguientes.

<sup>453</sup> Esta directiva se prevé que deba ser aprobada en el decurso del año 2003.

<sup>454</sup> Sin perjuicio del carácter no vinculante del “Código de conducta”, varios autores llaman la atención para una posible coincidencia entre el ámbito del código y el de la disciplina de las ayudas de estado que se contiene en el Tratado CE. Para **VANISTENDAEL, F.**, (*Fiscal support...*, *cit.*, p. 161) “(...) las medidas

miembros<sup>455</sup>, que pretende la eliminación de las disposiciones legales concernientes a la fiscalidad de las empresas “que afecten o puedan afectar de manera significativa a la localización de las actividades empresariales dentro de la Comunidad”. Para el cumplimiento de dicho objetivo, los Estados miembros se obligan a abstenerse de introducir nuevas medidas fiscales perjudiciales, a revisar las disposiciones fiscales y prácticas vigentes, a fin de identificar aquellas que pudieran ser clasificadas como lesivas y a dismantlar todas las medidas que efectivamente pudieran estar en colisión con el Código. La aplicación del compromiso queda a cargo de un grupo de trabajo que permanentemente observa los ordenamientos nacionales a la luz de las reglas del Código y publica anualmente un informe sobre los mismos. Junto al carácter no vinculante del acuerdo, debe notarse que su incidencia se sitúa en el campo de la competencia fiscal – como todos los instrumentos de esta fase – es decir, se busca eliminar distorsiones de competencia relacionadas con diferencias significativas del nivel de tributación, en este caso ocasionados por disposiciones fiscales específicamente destinados a atraer bases del exterior.

### 3.6. Régimen armonizado de la tributación de las rentas del ahorro

---

fiscales (prevista en el Código) han de ser evaluadas primariamente con base en los criterios que ya han sido establecidos en el marco del Art. 87. Los criterios enumerados en el Código de Conducta plantean la cuestión de si la pérdida de ingresos fiscales sufrida por un Estado diferente de aquel que ha introducido la medida fiscal favorable puede ser considerado como una subvención”. La misma cuestión se discute por **MARTÍN JIMENEZ, A.**, *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, num. 196, 2001.

<sup>455</sup> El Código de conducta sobre la fiscalidad empresarial se incluye, pues, en la categoría de actos denominados como “soft law”. Sobre el concepto y el significado del “soft law” en la armonización de la fiscalidad directa, ver **GRAU RUIZ, M. A.** y **HERRERA MOLINA, P. M.**, *op. cit.*, p. 22. Sobre el Código de conducta de la fiscalidad de las empresas, ver, entre otros, **BOKOBO MOICHE, S.**, *Código de Conducta Fiscal en el ámbito de las empresas: la armonización de la imposición directa en la Unión Europea*, Crónica Tributaria, 93 (2000); **GARCÍA DE LA CALLE, A.**, y **SERRANO ANTÓN, F.**, *op. cit.*, pp. 38 y siguientes.

Otra de las piezas del llamado paquete fiscal de 1997 es un régimen armonizado para la tributación de las rentas del ahorro. El tema está relacionado con la problemática de la competencia fiscal perjudicial por cuanto se trata de una clase de bases extremadamente móviles y sensibles a diferencias de carga tributaria<sup>456</sup>, y que además ha sido efectivamente, en los dos decenios pasados campo de una desimposición acentuada motivada por la competencia fiscal entre los Estados miembros<sup>457</sup>. En este punto, los Estados miembros han llegado a un acuerdo político sobre el contenido de una futura directiva. Las medidas acordadas consisten en un sistema de intercambio de informaciones entre los Estados (básicamente, el Estado de la fuente debe informar al Estado de residencia de los rendimientos pagados en concepto de rentas de ahorro en su territorio, a no residentes y de una abstención de aplicación de retenciones a cuenta sobre los mismos rendimientos por parte del Estado de la fuente. Se trata, pues, de un instrumento de armonización donde se conyugan dos enfoques fundamentalmente distintos. Por una parte, se instituye un mero procedimiento de cooperación entre las administraciones tributarias de cada Estado miembro, mientras, por otro, se establece una importante regla de reparto de las bases internacionales constituidas por rendimientos del ahorro, estipulándose que cabe en exclusiva al Estado de residencia la tributación de estos rendimientos. En verdad, el sistema de cooperación administrativa para el intercambio de informaciones es la fórmula que permite aplicar en la práctica, como hemos visto<sup>458</sup>, un principio de residencia en la tributación de este tipo de rentas.

### **3.7. Régimen fiscal relativo a los pagos de intereses y cánones entre empresas asociadas**

---

<sup>456</sup> MARTÍNEZ PUJALTE, V. y BARREIRO FERNANDEZ, M. I., *Armonización fiscal*, Revista Valenciana de Hacienda Pública, 33 (1998), p. 128.

<sup>457</sup> ZUBIRI ORIA, I., *La fiscalidad de los rendimientos del ahorro con movilidad del capital*, en *La armonización fiscal en la Unión Europea*, Hacienda Pública Española – Monografías (1997), p. 24; RODRIGUEZ MORENO, R., *op. cit.*, p. 64.

<sup>458</sup> Ver punto 1.2. en este capítulo.

La tercera pieza del “paquete fiscal” de 1997 es el régimen fiscal relativo a los pagos de intereses y cánones entre empresas asociadas. Sobre este, el ECOFIN igualmente ha alcanzado un acuerdo político cuanto al contenido fundamental de una futura directiva. En sus líneas fundamentales, y por lo que se ha acordado hasta este momento, la futura directiva deberá abolir todo y cualquier gravamen por parte del Estado de la fuente sobre intereses y cánones, satisfechos por una sociedad o establecimiento permanente a otra sociedad o establecimiento permanente, localizados en otro Estado miembro. Estaremos por tanto, una vez más, ante un acto legislativo comunitario que regula el reparto internacional de un componente de bases interjurisdiccionales – en este caso de bases formadas por beneficios societarios – y también en este caso, la regla de reparto consiste en atribuir en exclusiva la tributación a la jurisdicción de residencia.

#### **4. El modelo de tributación internacional de beneficios y capitales de la UE**

##### **4.1. Los principios fundamentales**

Hemos visto que la mayor parte de las distorsiones fiscales existentes en el campo de la tributación de sociedades y capitales está conectada con aspectos del sistema de reparto de las bases internacionales vigente entre los Estados miembros.

Este sistema es, en la actualidad, un sistema tradicional de coordinación de la fiscalidad internacional, es decir, propio de grupos de Estados no asociados o de comunidades de Estados de simple cooperación intergubernamental. Como tal, este sistema de coordinación de la fiscalidad internacional se asienta en algunas reglas básicas, que también ya hemos referido. En primer lugar, los Estados definen su jurisdicción tributaria simultáneamente por el principio de residencia y por el principio de la fuente; el principio de la residencia se aplica en asociación con el principio de la renta universal, mientras el principio de la fuente se aplica en estrecha asociación con

el principio de la territorialidad<sup>459</sup>. Para subsanar el problema de la doble imposición, que perjudica el principio de libre comercio vigente en las relaciones internacionales<sup>460</sup>, los Estados admiten, en supuestos determinados, limitar su competencia con relación a las rentas obtenidas por sus residentes en el exterior, u otras veces con relación a las rentas obtenidas por no residentes en su territorio. Por vía de estas limitaciones, se alcanza un reparto, relativamente equitativo de las bases imponibles entre jurisdicciones de residencia y de la fuente.

Siendo cierto que las reglas que positiván tales limitaciones están basadas, por lo general, en criterios como el de la residencia, la localización de los activos o la fuente de las rentas – que el TJCE, en su jurisprudencia, ha considerado sistemáticamente contrarios al Derecho comunitario – la eliminación de tales reglas implica la sustitución del sistema de reparto de las bases imponibles entre los Estados. El proceso de armonización de la tributación de beneficios societarios y de capitales en la UE es, por tanto, un proceso de negociación multilateral de un nuevo sistema de reparto de las bases internacionales adaptado al Derecho comunitario.

Este sistema se asentará necesariamente en algunas premisas conocidas derivadas del derecho Comunitario y de la labor jurisprudencial del TJCE. Estas premisas resultan de la necesidad de asegurar una total igualdad de condiciones de competencia entre todos los agentes económicos en el mercado común. Son ellas, la eliminación de todas las disposiciones que puedan tener un efecto discriminatorio, aunque sólo indirectamente, por razón de la nacionalidad o de la residencia; y la eliminación de todas las disposiciones que, no siendo discriminatorias por razón de la nacionalidad o de la residencia, puedan asimismo, tener un efecto restrictivo del ejercicio de las libertades de circulación y establecimiento.

---

<sup>459</sup> Arnold, B. J., *The taxation of controlled foreign corporations: an international comparison*, Canadian tax papers, núm. 78, Canadian Tax Foundation, 1986, p. 191.

<sup>460</sup> Para **RUBIO GUERRERO, J.** (*op. cit.*, p. 42), el fundamento de los mecanismos de eliminación de la doble imposición internacional debe buscarse en el principio de eficiencia en la asignación de los recursos. Éste es, sin embargo, también el fundamento del principio de libre comercio que está hoy consagrado en el Derecho internacional.

#### 4.2. Un modelo de neutralidad en la importación de capitales

Además de estas premisas, el análisis de la evolución del proceso armonizador y de algunos actos armonizadores ya aprobados pueden ser indicativos de algunas líneas de desarrollo de un futuro sistema de tributación. Resulta desde luego evidente que los Estados europeos, en el momento actual, rechazan un sistema “uniformizador” o neutralista, en la acepción del criterio de neutralidad en la exportación de capital, basado en una preferencia por el principio de la residencia en la tributación de los beneficios societarios. Esto, que ha sido evidente desde el momento del abandono del modelo Neumark, se ha concretado de forma positiva en la Directiva 435/90/CEE, relativa al régimen fiscal común sobre matrices y filiales, al consagrar esta la obligación para los Estados de que eximan de impuesto los dividendos recibidos de filiales extranjeras por empresas residentes. De ello se deduce, por tanto, una elección por el principio de la fuente<sup>461</sup>, ya que el coste financiero de la eliminación de la doble imposición queda a cargo de la jurisdicción de residencia<sup>462</sup>, al mismo tiempo que esta pierde toda su capacidad recaudatoria respecto de estas rentas<sup>463</sup>. Por otro lado, el sistema de exención como técnica para eliminar la doble imposición internacional es conforme con un modelo de neutralidad en la importación de capital.

Hemos visto, en el mismo plano de análisis, que la Directiva 434/90/CEE, sobre un régimen fiscal aplicable a operaciones de reestructuración empresarial, consagra un sistema de imposición por el Estado de residencia, en la medida en que establece la

---

<sup>461</sup> En el sentido de que la regla de la responsabilidad del país de residencia por eliminar la doble imposición internacional significa una preferencia por el principio de la fuente, **RUBIO GUERRERO, J.**, *op. cit.*, p. 43. También para **XAVIER, A** (*op. cit.*, p. 503) el sistema de exención por una jurisdicción significa la exclusión de su competencia, o el reconocimiento de la competencia exclusiva de la otra jurisdicción en concurso.

<sup>462</sup> La regla según la cual la eliminación de la doble imposición internacional cabe al Estado de residencia es un principio tradicional del Derecho tributario internacional (**XAVIER, A.**, *op. cit.*, p. 501).

<sup>463</sup> **PEÑA ÁLVAREZ, F.**, *La fiscalidad internacional desde la perspectiva de la teoría de la Hacienda Pública*, en CORDÓN EZQUERRO (dir.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2001p. 27

total exención de las plusvalías emergentes de la operación. Como hemos apuntado antes, las operaciones a que se refiere dicha normativa tienen por efecto transferir plusvalías de una sociedad a otra. Sus disposiciones impiden que estas plusvalías se graven en el momento de la operación. Así, si por efecto de la operación, una plusvalía P se transfiere de la sociedad S1 residente en la jurisdicción A, a la sociedad S2 residente en la jurisdicción B, la plusvalía se desplaza de la jurisdicción A hacia B, y sólo esta última podrá gravar la renta, en el momento de la realización final de la plusvalía.

Esta regla, no la interpretamos en un sentido contrario a la anterior, sino que está conforme al sistema clásico. De hecho, el art. 13 del Modelo de Convenio de la OCDE consagra, como principio general, que las plusvalías deben tributar exclusivamente por el país de residencia. De ello podríamos extraer, como línea de orientación, una tendencia a que las rentas pasivas tributen en la jurisdicción de residencia. Reforzando esta idea, debe hacerse notar que los acuerdos políticos existentes en materia de tributación de cánones e intereses confirman este mismo principio. En el caso de los intereses pagados a personas físicas, el acuerdo político permite prever una solución final consistente en la total eliminación de la tributación en la fuente, y en un sistema de intercambio de informaciones, que es lo que permitirá aplicar el principio de tributación en la residencia. En el caso de los cánones y dividendos pagados entre sociedades, el acuerdo político alcanzado va en el sentido de la total eliminación de la tributación en la fuente.

Además de lo que se extrae de estos actos legislativos armonizadores aprobados por las instituciones europeas, también la práctica legislativa de los Estados en el ámbito nacional parece estar en conformidad con la misma filosofía fundamental de conferir la primacía de la tributación de los beneficios primarios a Estado de la fuente. Así entendemos el hecho de que en los años más recientes un gran número de Estados haya abandonado el sistema de imputación y hay en vez de ello adoptado sistemas clásicos atenuados o combinados con mecanismos de exención<sup>464</sup>.

Tendremos así que el nuevo sistema de reparto de las bases imponibles que se está estableciendo en la UE se asienta en las reglas clásicas de coordinación fiscal

---

<sup>464</sup> Thuronyi, V. (ed.), *Comparative tax law*, Kluwer Law International, 2003, p. 225.

internacional. Además de esto, el futuro sistema deberá incluir un principio de limitación de la competencia fiscal que impida los Estados de utilizar medidas fiscales “perjudiciales” – en la acepción del “Código de Conducta” – para captar bases imponibles móviles.

Las soluciones concretadas hasta este momento apuntan, además, en el sentido de un modelo de neutralidad en la importación de capital. El principio de no discriminación y el método de exención como forma de eliminar la doble imposición internacional así lo determinan. Significa esto que el nuevo sistema de coordinación internacional de la tributación directa en la UE admite además la existencia de competencia fiscal entre los Estados.

Finalmente, es pertinente señalar que los actos armonizadores aprobados hasta la fecha actual, pertenecen al tipo que hemos denominado antes como actos que se limitan a armonizar los aspectos de la fiscalidad internacional, dejando total autonomía a los Estados para regular los aspectos de la fiscalidad interna.

Para concluir este análisis no podemos dejar de hacer referencia a una futura solución del problema de la compensación de pérdidas transfronterizas. Siendo esta una cuestión sobre la cual no existe todavía una solución prevista, nos limitaremos a plantear la cuestión en términos teóricos. Ya decimos, al final del capítulo anterior, que para poder llegar a una consolidación internacional es necesario que la base consolidada se cuantifique utilizando unas reglas comunes. Estas pueden ser las del ordenamiento jurídico del Estado de residencia de la entidad principal; las de cualquier otro ordenamiento estatal de uno de los Estados implicados en el grupo de sociedades; o finalmente un sistema de reglas comunes especialmente aprobadas al efecto<sup>465</sup>. Hemos visto que cualquiera de estos sistemas implicará la eliminación de una tributación autónoma de los establecimientos permanentes y de las filiales.

El sistema de reparto de las bases puede sin embargo no sufrir una alteración relevante si la fórmula de reparto elegida se basa en los criterios actuales, es decir, si la determinación de los beneficios se sigue efectuando con base en el sistema de la

---

<sup>465</sup> ver *supra*, nota

contabilidad separada y si la afectación de las bases a cada jurisdicción se sigue efectuando según el mismo principio.

Finalmente, respecto al grado de aproximación legislativa que puede resultar de tal sistema habrá que distinguir entre diferentes situaciones. Un sistema como el *home state taxation*, en que la determinación de la base se hace según las reglas del país de residencia de la entidad principal, implicará un grado de armonización mínimo, en la línea, que hemos venido exponiendo, de armonización limitada a los aspectos de la fiscalidad internacional. Otros métodos, que impliquen la elaboración y aprobación de un grupo de reglas común para la determinación de la base (como sucede en el caso de los sistemas del “impuesto europeo de sociedades”, de la “base común consolidada”, o de “la base armonizada única obligatoria”), y aunque tales reglas sólo se vayan a aplicar a los grupos multinacionales, tendrán como efecto que los Estados dejarán de poder aplicar sus propios sistemas respecto a un conjunto importante de supuestos. Algunos de ellos no se tratarán de supuestos de la llamada fiscalidad internacional, si no 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 entrarse en el campo de la armonización de la fiscalidad interna.

## CONCLUSIONES

1. Por armonización fiscal, en el seno de la UE, debe entenderse la aproximación, en un plano material, de las legislaciones fiscales que integran los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Esta aproximación material puede ceñirse a los aspectos concernientes a la fiscalidad internacional – compuesta por los hechos imposables que se encuentran en conexión con diversos ordenamientos – o extenderse al campo de la tributación puramente interna de los Estados. Conforme se verifique uno u otro de estos supuestos, estaremos ante grados de intensidad armonizadora diversos, con los cuales se corresponden dos concepciones políticas distintas en cuanto al nivel de autonomía que en materia tributaria debe ser reservada a los Estados miembros de la UE. Junto a esta fórmula de aproximación legislativa que hemos designado como “armonización”, hay que considerar la existencia de un instrumento alternativo susceptible de ser utilizado, en un mercado común como medio para asegurar la convivencia de diferentes ordenamientos tributarios en los aspectos de la fiscalidad internacional, pero sin provocar aproximación alguna, en el plano material, entre las legislaciones respectivas. A este instrumento de articulación de los ordenamientos tributarios le damos la denominación de “mera coordinación”.
2. La armonización de la imposición sobre los beneficios societarios y los capitales en la UE tiene como fundamento jurídico la eliminación de obstáculos al funcionamiento del mercado común. Implica esta afirmación que la definición del objeto de aproximación legislativa, así como la definición del grado y del sentido de la propia aproximación, supone determinar previamente la relación entre imposición directa y mercado común. Para identificar la relación entre imposición directa y mercado común, el concepto instrumental adecuado es el de la distorsión fiscal.
3. El concepto de neutralidad no se muestra como un concepto operativo adecuado en este aspecto, sin perjuicio de que haya que reconocer un valor al

principio de neutralidad como parte de un conjunto de principios materiales, que deben informar – en virtud del Derecho comunitario, unos, y del Derecho tributario internacional, otros – una concreta política fiscal al nivel europeo.

4. No es correcto hacer una distinción entre distorsiones fiscales y discriminaciones. Debe, eso sí, distinguirse entre distorsión fiscal y fuentes de distorsión fiscal. En cuanto a estas últimas, cabe distinguir diferentes configuraciones. En algunos casos, las distorsiones actuales tienen su origen en disposiciones discriminatorias por razón de la nacionalidad y de la residencia. Y en estos supuestos, las disposiciones son incompatibles con el principio general de no discriminación contenido en el Tratado CE. Otras distorsiones tienen origen en disposiciones que pueden ser consideradas como restricciones prohibidas, al ejercicio de libertades de circulación. En cualquiera de los casos, ya que estas prohibiciones del Tratado tienen hoy efecto directo, las mismas pueden ser aplicadas por los tribunales con un efecto corrector (integración negativa) sobre los ordenamientos nacionales. En otros casos las disposiciones fuente de distorsión no son contrarias a ninguna norma de efecto directo del Tratado CE o de otras fuentes de Derecho comunitario. Aquí se encuentran las distorsiones provenientes de la simple diversidad normativa entre los ordenamientos o de concurso internacional de normas de competencia. Estas distorsiones sólo pueden eliminarse a través de una acción de armonización positiva llevada a cabo por los Estados (integración positiva).
5. Las distorsiones fiscales relacionadas con la tributación directa pueden clasificarse en tres grupos, según su naturaleza: i) diferencias en el nivel efectivo de tributación; ii) problemas de encaje entre las leyes fiscales nacionales, que dan origen a tratamientos fiscales más gravosos para las actividades de carácter transfronterizo; y iii) problemas relacionados con la complejidad del sistema fiscal.
6. Aunque todas deban considerarse distorsiones fiscales, no se reconoce a todas el mismo grado de incompatibilidad con el objetivo de realización del mercado

común, es decir, no todas tienen la misma importancia como obstáculos al funcionamiento del mercado común. Las distorsiones relacionadas con diferencias en el nivel de tributación son factores de los cuales se entiende comúnmente que pueden afectar la eficiencia en la localización del capital. Pero no existe una aceptación generalizada de la validez del principio de la eficiencia como criterio de armonización fiscal. Dicho de otro modo, es discutible que el objetivo de la realización del mercado común determine la necesidad de eliminar las diferencias de nivel de imposición entre los Estados. Los problemas de ajuste entre las leyes fiscales nacionales, que dan origen a tratamientos fiscales más gravosos para las actividades de carácter transfronterizo, tienen la virtualidad de reducir la actividad económica interestatal. Estos han sido considerados como los obstáculos más importantes planteados al funcionamiento del mercado común en el campo de la tributación directa. Finalmente, los problemas relacionados con la complejidad del sistema fiscal afectan sobre todo a las inversiones interestatales por parte de las pequeñas y medianas empresas que todavía no tienen una dimensión internacional.

7. Las distorsiones fiscales del segundo grupo mencionado – de encaje entre las leyes fiscales estatales – están relacionadas con aspectos del sistema de reparto de bases internacionales vigente entre los Estados miembros. En la medida en que este se asienta en la distinción entre residentes y no residentes, el sistema crea desigualdades de trato entre actividades que se ejercen a nivel nacional y aquellas que se ejercen en un ámbito internacional. La aplicación de las reglas existentes en cada sistema sin distinción entre residentes y no residentes provocaría el desplazamiento de bases imponibles entre las jurisdicciones. El proceso de armonización de la tributación sobre sociedades y capitales en la UE es, por tanto, un proceso de negociación multilateral de un nuevo sistema de reparto de las bases internacionales, adaptado al Derecho comunitario.

8. Este sistema se asentará necesariamente en las siguientes premisas: el sistema deberá asegurar la igualdad de condiciones de competencia entre los agentes económicos, con independencia de su nacionalidad, de su residencia, de la localización de sus inversiones, de la localización de sus activos, de la fuente pagadora de sus rentas o del lugar donde adquieren sus bienes o servicios.
9. Los actos armonizadores ya aprobados o sobre los cuales ya existe un acuerdo político apuntan hacia una tributación definitiva de los beneficios societarios primarios en la fuente, y una regla dirigida a la tributación de las rentas pasivas (plusvalías, intereses, cánones y dividendos) en el Estado de residencia. La eliminación de la doble imposición se debe asegurar por el Estado de residencia, a través de exención de las rentas transfronterizas, lo que está de acuerdo con un sistema basado en la tributación de las rentas primarias en la fuente.
10. Los actos armonizadores aprobados hasta la fecha actual prefiguran un sistema de coordinación de la tributación internacional basado en el principio de la neutralidad en la importación de capital, es decir, que permite la subsistencia de diferencias significativas en el nivel de tributación y es compatible con la existencia de competencia fiscal entre los Estados.
11. Finalmente, tanto los actos armonizadores ya aprobados, como aquellos sobre los cuales existe un acuerdo político, son actos de armonización limitados a los aspectos de la fiscalidad internacional.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGULLÓ AGUERO, A, *El impuesto de sociedades ante el derecho comunitario*, Impuestos, II (1986), pp. 327-365.
- ALBI IBAÑEZ, E. y RUBIO GUERRERO, J., *Balance y perspectivas de la armonización fiscal en la CEE*, in IGLESIAS SUAREZ, A., (dir. y coord.), *La armonización fiscal en los años noventa*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-la-Mancha, 1991, pp. 13-57.
- ALBI IBAÑEZ, E., *Armonización fiscal europea: balance de situación*, Papeles de Economía, 87 (2001) pp. 33-43.
- ALBI IBAÑEZ, E., *Líneas de reforma en el Impuesto sobre Sociedades*, en *Tendencias de reforma fiscal*, Hacienda Pública Española – Monografías (2001), pp. 191-205.
- ALBI IBAÑEZ, E., *Posibilidades de armonización en la imposición europea sobre sociedades [La armonización fiscal en la Unión Europea]*, Hacienda Pública Española (Monografías?), nº 8 (1997), pp.81-90.
- ALBI, IBAÑEZ, E., CORONA, J. F., 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.
- ALEMANY SÁNCHEZ DE LEÓN, L. F., *La armonización de la fiscalidad en la Unión Europea. Perspectivas ante la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria*, en *La armonización fiscal en la Unión Europea*, Hacienda Pública Española – Monografías (1997), pp. 159-176.
- ALONSO GONZÁLEZ, L. M., CORONA RAMÓN, J. F., y VALERA TABUEÑA, F., *La armonización fiscal en la Unión Europea*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997.
- ANDEL, N., *Determination of company profits*, in CNOSEN (ed.), *Tax coordination in the European Community*, Deventer, Kluwer, 1986, pp. 227-250.
- APARICIO PEREZ, A., ALVAREZ GARCÍA, S. y ARIZAGA JUNQUERA, M. C., *La fiscalidad en la Unión Europea*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2000.
- APARICIO PEREZ, A., *La armonización fiscal y el Impuesto de Sociedades en la Unión Europea*, Noticias de la Unión Europea, 174 (1999) pp. 67-92.
- ARENILLAS VELA, J., *La armonización de la imposición directa*, in IGLESIAS SUAREZ, A., (dir. y coord.), *La armonización fiscal en los años noventa*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Albacete, 1991, pp. 35-57.
- Arnold, B. J., *The taxation of controlled foreign corporations: an international comparison*, Canadian tax papers, núm. 78, Canadian Tax Foundation, 1986.
- AUJEAN, M., *Los sistemas fiscales en la Unión Europea: competencia o coordinación*, en *La armonización fiscal en la Unión Europea*, Hacienda Pública Española – Monografías (1997), pp. 73-79.

## La Armonización de la Tributación de los Beneficios Societarios en la Unión Europea

- BIRD, R. M. y WILKIE, J. S., *Source- vs. residence-based taxation in the European Union: the wrong question?*, en CNOSEN, S. (ed), *Taxing capital income in the European Union: issues and options for reform*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pp. 78-109.
- BIRD, R. M., *Corporate-personal tax integration*, en CNOSEN, S., (ed.), *Tax coordination in the European Community*, Deventer, Kluwer, 1986, pp. 227-250.
- BOKOBO MOICHE, S., *Código de Conducta Fiscal en el ámbito de las empresas: la armonización de la imposición directa en la Unión Europea*, *Crónica Tributaria*, 93 (2000), pp. 41-47.
- BOND, R. S., *Levelling up or leveling down? Some reflections on the ACE and CBIT proposals, and the future of the corporate tax base*, in CNOSEN, S. (ed), *Taxing capital income in the European Union: issues and options for reform*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pp. 161-179.
- BOND, S., CHENNELLS, L., DEVERAUX, M. P., GAMMIE, M. y TROUP, E., *Armonización de los Impuestos sobre Sociedades en Europa: Guías para un debate* (traducción de CASERO BARRÓN, R.), *Noticias de la Unión Europea*, 208 (2002), pp. 21-27.
- BOUZA VIDAL, *Modalidades de unificación y armonización de legislaciones en la CEE*, in *Iniciación al estudio del Derecho Comunitario Europeo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1984, pp. 155-181.
- BRANDS, J., *Comment: Trade-off between subsidiarity and neutrality*, in VOGEL, K., *Taxation of cross-border income, harmonization, and tax neutrality under European Community Law. An institutional approach*, Kluwer, Deventer, 1994.
- BÜHLER, O., *Principios de Derecho internacional tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1968.
- BURGIO, M., *Derecho Fiscal Europeo*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1983.
- BURGIO, M., *La armonización del impuesto sobre los beneficios de las sociedades en la CE*, *Civitas*, R.E.D.F., 54 (1987) pp. 165-182.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *La armonización jurisprudencial de la imposición directa: las implicaciones fiscales del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad*, in CORDÓN EZQUERRO (dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2001, pp. 657-751.
- CALDERÓN CARRERO, J. M., *Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad con los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario*, *Crónica Tributaria*, num. 76.
- CALDERÓN CARRERO, J. M., *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*, McGraw Hill, Madrid, 1997.
- CALLE SAIZ, R., *Balance y perspectivas de la armonización fiscal en la Unión Europea*, en *La armonización fiscal en la Unión Europea*, Hacienda Pública Española – Monografías (1997), pp.125-148.
- CALLE SÁIZ, R., *La armonización fiscal europea: un balance actual*, Editorial AC, Madrid, 1990.

- CAMAÑO ANIDO, M. A., CALDERÓN CARRERO, J. M., y MARTÍN JIMENEZ, A. J., *Jurisprudencia tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Tomo II, La ley, Madrid, 2000.
- CARBAJO VASCO, D., *El proceso de armonización fiscal en la Unión Europea: las perspectivas actuales*, Noticias de la Unión Europea, 204, vol. 18 (2002), pp. 89-97.
- CARBAJO VASCO, D., *Evolución y perspectivas de la armonización fiscal de los impuestos directos en la Comunidad Económica Europea*, Noticias CEE 85 (1992), pp. 37-43.
- CARBAJO VASCO, D., *La armonización fiscal de la imposición directa en la Comunidad Económica Europea*, Cuadernos de Actualidad, 5 (1995), pp. 134-138.
- CASADO OLLERO, G., *Fundamento jurídico y límites de la armonización fiscal en el Tratado CEE*, Civitas R.E.D.F., 38, (1983) pp. 197-233.
- CASADO OLLERO, G., SANCHEZ GALIANA, J. A. y RUFIAN LIZANA, D. M., *Estudios sobre armonización fiscal y derecho presupuestario europeo*, TAT, Granada, 1987.
- CAYON GALIARDO, A., FALCON y TELLA, R., DE LA HUCHA CELADOR, F., *La armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea y el sistema tributario español: incidencia y convergencia*, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1990.
- CERDÁ APARICIO, J. y GARCÍA BENAÚ, M. A., *Armonización comunitaria del Impuesto sobre Sociedades*, Estudios financieros - Revista de Contabilidad y Tributación, 118 (1993), pp.39-104.
- CHOWN, J., *Comentario al Informe Ruding*, Hacienda Pública Española, Monografías, 2 (1992), pp. 259-267.
- CHOWN, J., *International aspects of the imputation system*, British Tax Review, num. 2 (1993), pp. 90-96.
- CHOWN, J., *Monetary Union and tax harmonization*, Intertax, vol. 28, no. 3 (2000), pp. 102-109.
- CHRISTIANE SCRIVENER, *Corporate taxation in Europe and the single market*, Intertax 4 (1990), pp. 207-214.
- CLAVIJO HERNANDEZ, F., *et. al.*, *Curso de Derecho tributario. Parte especial. Sistema tributario: los tributos en particular*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002.
- CNOSSEN, S. y BOVENBERG, A. L., *A better alternative*, in BOVENBERG, CNOSSEN, VANISTENDAEL y WESTENBURGEN, Harmonization of company taxation in the European Community: some comments on the Ruding Committee Report, Kluwer, Deventer, 1992, pp. 33-46.
- CNOSSEN, S. y BOVENBERG, L., *Company tax harmonization in the European Union: some further thoughts on the Ruding Committee report*, en BLEJER y TER-MINASSIAN (ed.), *Macroeconomic dimensions of public finance*, Routledge, London, 1997, pp. 164-178.
- CNOSSEN, S., *Taxing capital income in the European Union: summary and discussion*, in CNOSSEN, S. (ed), *Taxing capital income in the European Union: issues and options for reform*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pp. 1-14.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Informe del Comité Ruding: conclusiones y recomendaciones del Comité de Expertos Independientes sobre la imposición de sociedades*,

## La Armonización de la Tributación de los Beneficios Societarios en la Unión Europea

- traducción de GUTIERREZ ANDRÉS, L., Hacienda Pública Española, - Monografías, nº 2-22 (1992) pp. 221-246.
- CONSTANTINESCO, V., JACQUE, J.-P., KOVAR, R. y SIMON, D., *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1992.
- CORDÓN EZQUERRO y GUTIERREZ LOUSA, *Estrategias e instrumentos para la armonización fiscal. Algunas Consideraciones sobre la armonización del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, en La armonización fiscal en la Unión Europea, Hacienda Pública Española – Monografías (1997), pp.33-46.
- CORONA RAMÓN, J. F. y VALERA F., *La armonización fiscal en la Comunidad Europea*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989.
- CORONA RAMÓN, J. F., *Evolución de la armonización fiscal comunitaria en el Impuesto sobre Sociedades*, Hacienda Pública Española, monografía núm. 2, 1992.
- CORONA RAMÓN, J. F., La armonización de los impuestos en Europa: problemas actuales y perspectivas para los años noventa, monografía num. 84, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1990.
- 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.
- COURTOIS, P., *L'imposition des plus-values*, Litec, Paris, imp. 1978.
- DANIELS, T., *The freedom of establishment: some comments on the ICI decision*, EC Tax Review, vol. 8, num.1 (1999), pp. 39-42.
- DE LA VILLA, J.M., *La armonización comunitaria en el ámbito de la imposición directa. Su problemática jurídico-contable y su incidencia en España*, Instituto de Planificación Contable, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1988.
- DEVEREUX, M. P., *Issues in the taxation of income from foreign portfolio and direct investment*, in CNOSSSEN, S. (ed), *Taxing capital income in the European Union: issues and options for reform*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, p. 110.
- DISCHAMPS, Jean Claude, *Comportements économiques et distorsions fiscales*, PUF, Paris, 1960.
- DOCAVO ALBERTI, L., *Jurisprudencia tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Distribuciones de la Ley, Madrid, 1981.
- DOSSER, D. y HAN, S. S., *Taxes in the EEC and Britain: the problem of harmonization*, European Series, Chatham House and P.E.P., Londres, 1968.
- DOSSER, D., *Economic analysis of tax harmonization*, in SHOUP, C. (ed.), *Fiscal harmonization in Common Markets*, Columbia University Press, Nueva York, 1967, pp. 1-144.
- DOURADO, A. P., *A tributação dos rendimentos de capitais: a harmonização na Comunidade Europeia* (Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, num. 175), Centro de Estudos Fiscais, Direcção-Geral dos Impostos, Lisboa, 1996.

- DOURADO, A. P., *From Saint Gobain to the Metallgesellschaft case : scope of non-discrimination of permanent establishments in the EC Treaty and the most-favoured-nation clause in EC Member States tax treaties*, EC Tax Review, Vol. 11 (2002), num. 3, pp. 147- 156.
- EDEN, S., *Corporate Tax Harmonization in the European Community*, British Tax Review, num. 6 (2000), pp. 624-652.
- ESTEBAN MARINA, A., *Contabilidad y base imponible en el nuevo impuesto sobre sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- ESTEVE PARDO, M. L., *El impuesto sobre sociedades en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- ESTEVE PARDO, M. L., *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- FALCÓN y TELLA, R., *El Derecho Fiscal Europeo*, en CORDÓN EZQUERRO (dir.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2001.
- FALCON Y TELLA, R., *Introducción al derecho financiero y tributario de las Comunidades Europeas*, Editorial Civitas, Madrid, 1988.
- FANTOZZI, A., y VOGEL, K., *Doppia imposizione internazionale*, Extracto del *Digesto*, 4ª edición, UTET, Turin, 1990.
- FARMER, P. y LYAL, R., *EC Tax Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994.
- FAUSTO DE QUADROS, *O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 1995.
- FERREIRO LAPATZA, MARTÍN QUERALT, CLAVIJO HERNÁNDEZ, PEREZ ROYO y TEJERIZO LÓPEZ, *Curso de derecho tributario, Parte especial, sistema tributario: los tributos en particular*, 16ª edición revisada y puesta al día, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000.
- FUENTES QUINTANA, E., *Política fiscal e integración europea*, in GARCÍA, [España ante la integración económica europea], Barcelona, Ed. Ariel, 1966.
- GAMMIE, M., *Corporate taxation in Europe – Paths to a solution*, British Tax Review, nº 4 (2001), pp. 233- 249.
- GARCÍA DE LA CALLE, A., y SERRANO ANTÓN, F., *La supuesta necesidad de las medidas diseñadas contra la competencia fiscal lesiva y las iniciativas para su control*, Noticias de la Unión Europea, num. 214 (2002), pp. 29-58.
- GARCÍA FRÍAS, A., *El régimen especial de los grupos de sociedades en la Unión Europea*, Noticias de la Unión Europea, núm. 214 (2002), pp. 59-73.
- GARCÍA FRÍAS, A., *El régimen especial de los grupos de sociedades en el Impuesto sobre Sociedades*, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, 1997.
- GARCÍA FRÍAS, A., *La necesaria armonización de la tributación de las personas físicas no residentes a la luz de la jurisprudencia del T.J.C.E.*, Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública, nº 242 (separata) (1996), pp. 1019-1047.

## La Armonización de la Tributación de los Beneficios Societarios en la Unión Europea

- GARCÍA FRÍAS, A., y OLAY DE PAZ, M., *Jurisprudencia constitucional financiera*, Revista Española de Derecho Financiero, num. 114 (2002), pp. 289-298.
- GARCÍA MORENO, M. P., *Los convenios de doble imposición*, in CORDÓN EZQUERRO (dir.), Manual de fiscalidad internacional, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2001.
- GARCÍA NOVOA, C., *Pasado, presente y futuro de la fiscalidad de los mercados financieros*, Noticias de la Unión Europea, num. 214 (2002), pp.75-94.
- GARCÍA PRATS, A. F., *The evolution of income taxation under EC law requirements*, EC Tax Review, num. 3 (2002), pp. 137-146.
- GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición directa, no discriminación y Derecho comunitario*, Tecnos, Madrid, 1998.
- GARCIA PRATS, 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, num. 259, (2001), pp. 257-309.
- GARCIA PRATS, F. A., *Incidencia del derecho Comunitario en la configuración jurídica del Derecho Financiero (II): políticas comunitarias con incidencia sobre el Derecho Financiero*, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, Vol. 51, num. 260, (2001), pp. 519-571.
- GARCÍA-MONCÓ, A. M., *Libre circulación de capitales en la Unión Europea: problemas tributarios*, Civitas, Madrid, 1999.
- GIANNINI, S., Mercado interno e fiscalidade: aspectos económicos, *Ciência e Técnica Fiscal*, 401 (2001), pp. 127-156.
- GOERGEN, R., *Harmonization des impost sur les sociétés dans la Communauté Européenne*, en Harmonization of corporate taxes in the EC. Proceedings of a seminar held in Florence, Italy, in 1993 during the 47<sup>th</sup> Congress of the International Fiscal Association, Vol. 18a, Kluwer, Deventor/boston, 1994, pp.15-26.
- GONZÁLEZ GARCÍA, E., *El fraude a la Ley tributaria en la jurisprudencia*, Aranzadi, Elcano, 2001.
- GOTA LOSADA, A., *Tratado del Impuesto de Sociedades*, Tomo II, Extecom, Madrid, 1989.
- GOUTIERRE, B., *Removal of Discrimination - a never-ending story*, European Taxation, 9, vol. 34, (1994), p. 296-302.
- GRAU RUIZ, M. A. y HERRERA MOLINA, P. M., *La armonización fiscal: límites y alternativas*, Impuestos, 10 (2002), pp. 1232.
- GRAU, A. y HERRERA, P.M., *The link between tax coordination and tax harmonization: limits and alternatives*, EC Tax Review, Vol. 12 (2003), num.1, p. 28-36.
- GUTIERREZ LOUSA, M., *El Informe Ruding en el proceso de armonización de la imposición directa de la Comunidad Económica Europea*, Actualidad Tributaria, 31 (1993).
- HAMAECKERS, H., *The EC on the Brink of Full Corporate Tax Harmonization?*, European Taxation, 1992, p. 102-104.

- HAMAEEKERS, H., *Arm's Length – How Long?*, en Klaus Vogel, Kees van Raad, Cornelis Raad, Paul Kirchhof (eds.), *International and comparative taxation: essays in honour of Klaus Vogel*, Series on international taxation, Vol 26, Kluwer Law International, 2002.
- HAMAEEKERS, H., *Introductory notes*, en *Harmonization of corporate taxes in EC. Proceedings of a seminar held in Florence, Italy, in 1993 during the 47<sup>th</sup> Congress of the International Fiscal Association*, Vol. 18a, Kluwer, Deventer/Boston, 1994, pp. 1-14.
- HELMINEN, M., *Dividend equivalent benefits and the concept of profit distribution of the EC Parent-subsidiary Directive*, *EC tax Review* vol. 9, num. 3 (2000), pp. 161-171.
- HERRERA MOLINA, M. A., *Nuevas perspectivas de armonización fiscal: Comentarios a la nota sobre "Panorama sobre el proceso de armonización fiscal" elaborada por el Grupo de intercambio sobre asuntos europeos*, *Noticias de la Unión Europea*, 187/188 (2000), pp. 85-93.
- 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, nu. 6 (2001), pp. 206-210.
- HINNEKENS, L., *Compatibility of bilateral tax treaties with European Community Law. The rules*, *EC Tax Review*, num. 4 (1994), pp. 146-166.
- HINNEKENS, L., *The Marks and Spencer Case: UK special commissioners find UK group relief rules compatible with freedom of establishment*, *European Taxation*, Vol. 43, num. 5 (2003), pp. 175-182.
- HINNEKENS, L., *The Monti Report: the uphill task of harmonizing direct tax systems of EC member states*, *EC Tax Review*, Vol. 6, num 1 (1997), pp. 31-49.
- HINNEKENS, 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*, num. 3 (2002), pp. 112-119.
- HINTSANEN, L., *Attribution of income to permanent establishments under EC law*, *European Taxation*, Vol. 43 (2003), num. 4, pp. 114-122.
- IGLESIAS SUAREZ, A. (director y coordinador), *La armonización fiscal en los años noventa*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, 1991.
- 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), pp. 47-59.
- KNOBBE-KEUK, B., *The Ruding Committee Report – an Impressive Vision of European Company Taxation for the Year 2000*, *EC Tax Review*, nº 1 (1992), p.22-38.
- KRAUSS, M., *The "tax harmonization problem" in free trade areas and common markets*, *The Manchester School*, 2 (1971), pp. 71-82.
- LAGARES CALVO, M. J., *La armonización del impuesto sobre sociedades en la Comunidad Económica Europea*, Hacienda Pública Española, nº 6/7 (1970), pp. 157-193.
- LANG, J., *I presupposti costituzionali dell'armonizzazione del Diritto tributario in Europa*, en AMATUCI, A., (dir.), *Trattato di Diritto tributario*, I Vol. Cedam, Padua, 2001.

## La Armonización de la Tributación de los Beneficios Societarios en la Unión Europea

- LEFFERS, I., *Germany*, en *The Taxation of Companies in Europe*, International Bureau of Fiscal Documentation, 2000.
- LEHNER, M., *Limitation of the national power of taxation by the fundamental freedoms and non-discrimination clauses of the EC treaty*, *European Taxation*, January, 2000.
- LEHNER, M., *Limitation of the national power of taxation by the fundamental freedoms and non-discrimination clauses of the EC Treaty*, *EC Tax Review*, vol. 9 (2000), num. 1, pp. 5-15
- LODIN, S.-O., *The competitiveness of EU Tax Systems*, *European Taxation*, vol. 41, no. 5 (2001), pp. 166-171.
- LODIN, S.-O., y GAMMIE, M., *Home State Taxation*, IBFD, Ámsterdam, 2001.
- LODIN, S.-O., y GAMMIE, M., *The taxation of the European Company*, *European Taxation*, Vol. 39. num. 8 (1999), pp. 286-294.
- LOPEZ RODRIGUEZ, J., *Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo e Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2001.
- LUPO, A., *Reliefs from economic double taxation on EU dividends: impact of the baars and Verkooijen cases*, *European Taxation*, julio 2000.
- MANGANELLI, A., *The degree of harmonization attained through the implementation of the Parent-subsidiary Directive in the EC member States*, in EC. Proceedings of a seminar held in Florence, Italy, in 1993 during the 47<sup>th</sup> Congress of the International Fiscal Association, Vol. 18a, Kluwer, Deventor/boston, 1994, pp. 27-56.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., McGrawHill, Madrid, 1999.
- MARTÍN JIMENEZ, 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*, num. 214 (2002), pp. 95-118.
- MARTÍN JIMENEZ, 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*, num. 102 (1999) pp. 291-320.
- MARTÍN JIMENEZ, A. J., *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, *Revista Española de Derecho Financiero*, 103, 1999.
- MARTÍN JIMENEZ, A. J., *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, *Revista Española de Derecho Financiero*, 106, 2000.
- MARTÍN JIMENEZ, A. J., *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, *Revista Española de Derecho Financiero*, 107, 2000.
- MARTÍN JIMENEZ, A. J., *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, *Revista Española de Derecho Financiero*, 108, 2000.
- MARTÍN JIMENEZ, A. J., *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, *Revista Española de Derecho Financiero*, 109-110, 2000.

- MARTÍN JIMENEZ, A. J., *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Revista Española de Derecho Financiero, 111, 2001.
- MARTÍN JIMENEZ, A. J., *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Revista Española de Derecho Financiero, 116 (2002), pp. 747-769.
- MARTÍN JIMENEZ, A. J., *Towards corporate tax harmonization in the European Community*, Kluwert, London, 1999.
- MARTÍN JIMENEZ, A., *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, num. 196, 2001, pp. 81-116.
- MARTÍN QUERALT, J. y MARTINEZ LAFUENTE, A., *La política fiscal europea*, en GARCÍA de ENTERRÍA, GONZALEZ CAMPOS y MUÑOZ MACHADO, Tratado de de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho Español, T. III, Madrid, 1986, pp. 271-308.
- MARTÍNEZ PUJALTE, V. y BARREIRO FERNANDEZ, M. I., *Armonización fiscal*, Revista Valenciana de Hacienda Pública, 33 (1998), pp. 117-135.
- MARTÍNEZ SERRANO, A., *La armonización del impuesto sobre sociedades: nuevas propuestas de la Comisión Europea*, Noticias de la Unión Europea, num. 214 (2002), pp. 119-125.
- MATA SIERRA, M. T., *La armonización fiscal en la CEE*, Lex Nova, Valladolid, 1993.
- MATTERA, A., *El mercado único europeo: sus reglas, su funcionamiento*, Madrid, Civitas, 1991.
- McLURE Jr, E. y WEINER, J. M., *Deciding whether the European Union should adopt formula apportionment of company income*, in CNOSEN, S. (ed), Taxing capital income in the European Union: issues and options for reform, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pp. 243-292.
- McLURE, E., Jr., *Coordinating business taxation in the Single European Market: the Ruding Committee Report*, EC Tax Review, 1 (1992), pp. 13-21.
- MESSERE, K., *A Personal View on Certain Aspects of the Ruding Committee Report and the EC Commission's Reaction to it*, European Taxation, 1993, p. 2-14.
- MILLÁN MORO, L., *La armonización de legislaciones en la CEE*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
- MOLINA DEL POZO, C. F., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Ed. Trivium, Madrid, 1997.
- MONTAGNIER, G., *Harmonisation fiscale communautaire (janvier 1995-février 1997)*, Revue Trimestrielle de Droit Européen nº 2 (1997), pp. 345-372.
- MONTI, M., *The single market and beyond: challenges for tax policy in the European Union*, EC Tax Review, vol. 6, num. 1, (1997), pp. 2-3.
- MOTA de CAMPOS, J., *Direito Comunitário*, vol. I (7ª edición), FUNDAÇÃO Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1995.
- MURAY, R. H. A., *European direct tax harmonization – progress in 1990*, European Taxation, vol. 31- 3 (1991), pp.74-87.

## La Armonización de la Tributación de los Beneficios Societarios en la Unión Europea

- 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, pp. 4677.
- MUSGRAVE, P.B., *Interjurisdictional coordination of taxes on capital income*, en CNOSSSEN, S., (ed.), *Tax coordination in the European Community*, Deventer, Kluwer, 1986, pp. 197-225.
- NEWLON, T.S., *Transfer pricing and income shifting in integrating economies*, in CNOSSSEN, S. (ed), *Taxing capital income in the European Union: issues and options for reform*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pp. 214-242.
- OATES, W., *Fiscal competition or harmonization?: some reflections*, *National Tax Journal*, Vol. 54, num. 3 (2001), pp. 507-512.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Tax and the economy: a comparative assessment of OECD countries*, *Tax policy studies – Taxation*, Vol. 6, OECD Publishing, 2001.
- ORTIZ CALZADILLA, R., *El impuesto sobre sociedades en la C.E.E.*, *Hacienda Pública Española*, nº 96 (1985), pp. 161-188.
- PAREDEZ GOMEZ, R., *Principales características del Impuesto sobre Sociedades en los países comunitarios*, *Crónica Tributaria*, 73-6 (1995), pp. 77-98.
- PELECHÁ ZOZAYA, F., *Obstáculos a la libre circulación de mercancías: ¿Puede ser la fiscalidad directa una medida de efecto equivalente a un derecho de aduana?*, en *La armonización fiscal en la Unión Europea*, *Hacienda Pública Española – Monografías* (1997), pp. 149-157.
- PEÑA ÁLVAREZ, F., *La fiscalidad internacional desde la perspectiva de la teoría de la Hacienda Pública*, en CORDÓN EZQUERRO (dir.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2001.
- PEREZ DE AYALA, J., y PEREZ DE AYALA BECERRIL, M., *Fundamentos de derecho tributario*, (4ª ed.), Edersa, Madrid, 2000.
- PÉREZ ROYO, F., *La propuesta de Directiva europea sobre fiscalidad de los intereses*, *Noticias de la Unión Europea*, num. 214 (2002), pp. 127-147.
- PINHEIRO, G., *A fiscalidade na União Europeia*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998.
- PIRES, M., *A multilateral tax convention for the European Union?*, *EC Tax Review*, num. 1 (2003), pp. 43-44.
- PIRES, M., *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento*, Centro de Estudos Fiscais, Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Lisboa, 1984.
- PISTONE, A., *La tassazione degli utili distribuiti e la thin capitalization: profili internazionali e comparati*, Cedam, Padua, 1994.
- PISTONE, P., *An EU model tax convention*, *EC Tax Review*, num. 3 (2002), pp. 129-136.
- PISTONE, P., *The impact of community law on tax treaties: issues and solutions*, Kluwer Law International, La Haga, 2002.
- PLASSCHAERT, S., *The EU Consolidated Income Tax revisited*, paper num. 670 (1), CESifo, Munique, 2002.

- RADLER, A., *Reasons for corporate tax harmonization*, en Harmonization of corporate taxes in EC. Proceedings of a seminar held in Florence, Italy, in 1993 during the 47<sup>th</sup> Congress of the International Fiscal Association, Vol. 18a, Kluwer, Deventor/boston, 1994, pp. 91-96.
- RODRIGUEZ MORENO, R., *La armonización fiscal en el contexto de la Unión Económica y Monetaria*, en La armonización fiscal en la Unión Europea, Hacienda Pública Española – Monografías (1997), pp. 63-72.
- ROZAS VALDÉS, J. A., *La armonización de los impuestos sobre los beneficios societarios en la Comunidad Europea (versión provisoria)*, Papeles de trabajo, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1989.
- RUBIO GUERRERO, J., *Los principios básicos de la fiscalidad internacional y la doble imposición internacional*, en CORDÓN EZQUERRO (dir.), Manual de fiscalidad internacional, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2001.
- RUDING, O., *Remarks to the European Conference on Company Taxation (paper presentado en la Conferencia organizada por la Comisión Europea en 30 de abril de 2002)*, Brujelas, 2002.
- RUIZ HIDALGO, C., *Tributación de la empresa en la Unión Europea. Estudio de su regulación jurídica y jurisprudencial*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- SALA GALVAÑ, G., *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, J., *La no discriminación fiscal*, Edersa, Madrid, 2001.
- SANZ GADEA, E., *Aspectos internacionales de la política fiscal (I)*, Impuestos, num. 13 (2001), pp. 16-51
- SANZ GADEA, E., *Aspectos internacionales de la política fiscal (II)*, Impuestos, num. 14 (2001), pp. 19-46.
- SANZ GADEA, E., *Aspectos internacionales de la política fiscal (III)*, Impuestos, num. 15-16, (2001), pp. 35-60.
- SMITH, S. Y BARENTS, R., *Neutrality and subsidiarity in taxation* (Foundation for European Fiscal Studies, Erasmus University, Róterdam, num. 3), Kluwer International Law, La Haga, 1996.
- SPENCE, I. R., *The Ruding Report and Council conclusions*, en Harmonization of corporate taxes in EC. Proceedings of a seminar held in Florence, Italy, in 1993 during the 47<sup>th</sup> Congress of the International Fiscal Association, Vol. 18a, Kluwer, Deventor/boston, 1994, pp. 57-80.
- STEICHEN, A., *Tax Competition in Europe or the Taming of Leviathan*, en Wolfgang Schön (ed.), Tax competition in Europe, International Bureau of Fiscal Documentation, IBFD, 2003.
- TERRA, B., y WATTEL, P., *European tax law*, Kluwer Law Internacional, La Haga, 1997.
- THIEL, S. van, *EU case law on income tax*, IBFD Publications, Amsterdám, 2001.
- THIEL, S. van, *Free movement of persons and income tax law: the European Court in search of principles*, IBFD Publications, Amsterdám, 2002.
- 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 (2003), num. 1, pp. 4-19.

## La Armonización de la Tributación de los Beneficios Societarios en la Unión Europea

- THIEL, S. van, *The prohibition of income tax discrimination in the European Union: what does it mean?*, European Taxation, vol. 34, no. 9 (1994), pp. 303-310.
- THOMMES, O., *Harmonization of enterprise taxation in the EC*, Intertax, nº4 (1990), pp.208-214.
- THOMMES, O.T., *EC corporate tax law : commentary on the EC direct tax measures and member states implementation*, IBFD Publications, Amsterdám, 1992.
- 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.
- VANISTENDAEL, F., *2000 – is the end at hand?*, EC Tax Review, num 1, (1999), pp. 2-3.
- VANISTENDAEL, F., *Comments on the Ruding Committee Report*, EC Tax Review, 1 (1992), pp. 3-13.
- VANISTENDAEL, F., *Fiscal Support measures and harmful tax competition*, EC Tax Review, 3 (2000), pp. 152-161.
- VANISTENDAEL, F., *Some Basic Problems on the Road to Tax Harmonization*, European Taxation, (1993), p.22-24.
- VANISTENDAEL, F., *Tax revolution in Europe: the impact of non-discrimination*, European Taxation, vol. 40, no. 1/2 (2000), pp. 3-7.
- VILLA GIL, J. M. de la, *La armonización comunitaria en el ámbito de la imposición directa*, Instituto de Planificación Contable, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1988.
- VOGEL, K., *Double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capita: with particular reference to German treaty practice*, Kluwer Law International, La Haga, 1997.
- VOGEL, K., *Taxation of cross-border income, harmonization, and tax neutrality under European Community Law. An institutional approach*, Kluwer, Deventer, 1994.
- WAGENBAAUR, R., *Les fondements juridiques d'une politique fiscale des Communautés Euroéennes*, Revue de Science Financière, Año 67, pp. 5-23.
- WATTEL, P. J., *Home neutrality in an internal market*, European Taxation, Vol. 36, num. 5 (1996), pp. 159-162.
- WATTEL, P. J., *Progressive taxation of non-residents and intra-EC allocation of personal tax allowances: why Schumacker, Asscher, Gilly and Gschwind do not suffice*, European Taxation, Vol. 40, num.6 (2000), pp. 210-22.
- XAVIER, A., *Direito tributário internacional. Tributação das operações internacionais*, Almedina, Coimbra, 1997.
- ZUBIRI ORIA, I., *La fiscalidad de los rendimientos del ahorro con movilidad del capital*, en La armonización fiscal en la Unión Europea, Hacienda Pública Española – Monografías (1997), pp. 109-123.
- ZUBIRI ORIA, I., *Las reformas fiscales en los países de la Unión Europea: causas y efectos*, Hacienda Pública Española, monografías, 2001, pp. 13-52.

## SENTENCIAS CITADAS

- *Regina v. Inland Revenue Commissioners ex parte Commerzbank*, Asunto C-330/91, 1993, ECR I-429
- *Finanzamt Koln-Altstadt v. Roland Shumacher*, Asunto C-279/93, 1995, ECR I-225.
- *Bachman*, Asunto C-204/90, 1992, ECR I 249.
- *G. H. E. J. Wielockx v. Inspecteur der Directe Belastingen*, Asunto C-80/94, 1995, ECR I-2493.
- *Comission/France*, Asunto 270/83, 1986, ECR 274.
- *Compagnie Saint-Gobain ZD v. Finanzamt Aachen*, Asunto C-307/97, 1999, ECR, I-6163.
- *Mr and Mrs Gilly v. Directeur des Services Fiscaux du Bas-Rhin*, Asunto C-336/96, 1998,
- *Jessica Safir*, Asunto C-118/96, ECR 1997, I-1897.
- *ICI v. Colmer*, Asunto C-264/96, 1998, ECR I - 4695.
- *Denkavit*, Asunto C-291/94, 1996, ECR I-424.
- *Fazenda Pública v. Epson Europe Bv*, Asunto C-375/98, 2000, ECR I-424.
- *Futura Participations SA and Singer v. Administration des Contributions*, Asunto C-250/95, 1997, E.C.R. I-2471.
- *Algemene Maatschappij voor Investering en Dienstverlening NV (AMID) v. Belgische Staat*, Asunto C-141, 2000, ECR I-471
- Asunto C-410/98, *Hoescht v. Inland Revenue*, 2001, ECR I-1727
- Asunto -152/73, *Sotgiu v. Deutsche Bundespost*, ECR 1974, I-1779
- Asunto 175/88, *Klaus Biehl v. Administration des Contributions* ECR 1990, I-1779
- Asunto C-330/91, *Commerzbank*, ECR 1993, I-4017
- Asunto C-279/93, *Schumacker*, ECR 1995, I-225
- Asunto C-484/93, *Peter Svensson y Lena Gustavsson v. Ministre du Logement et de l'Urbanisme*, ECR 1995, I-3955
- Asunto C-251, *Baars*, ECR 2000, I-2787.
- Asunto C-35/98, *B.G.M. Verkooijen*, ECR 2000 I-4073, 4109, 4113
- *Comisión v. Greece* (C-305/87, ECR 1989, 1461

## La Armonización de la Tributación de los Beneficios Societarios en la Unión Europea

- *Halliburton* (C-1/93, ECR 1994, I – 1137
- *Royal Bank of Scotland* (C-311/97, ECR 1999 I-2651
- Asunto C-8/74, *Dassonville*, ECR 1974, 837
- Asunto 120/78, *Rewe – Cassis de Dijon*, ECR 1979, 649
- Asunto C-340/89, *Vlassopolou*, ECR 1991, I-2357;
- Asunto C-104/91, *Borrel*, ECR 1992, I-3003;
- Asunto C-19/92, *Kraus*, ECR1993, I-1663
- Asunto 81/87, *Daily Mail*, ECR 1988, 5505
- Asunto C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc v. Her Majesty's Inspector of Taxes*, 1998, ECR I-4711