

CRONICA TRIBUTARIA

Boletín de Actualidad 8/2010



INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES

SUMARIO

Calderón Carrero, José Manuel: El informe del Comité de Expertos del Presidente Obama sobre opciones de reforma del Sistema Tributario en el actual contexto económico

Fernández de Beaumont Torres, Isabela y Martín Román, Javier: El Impuesto sobre el Patrimonio Neto vs *L'Impôt de solidarité sur la fortune*: reflexión y análisis comparativo

Luchena Mozo, Gracia María: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de junio de 2010, en el *asunto C-487/08*, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 11 de noviembre de 2008, por la *Comisión Europea contra España*

Piña Garrido, Lilo: El canon digital español y el derecho comunitario (II): la STJUE de 21 de octubre de 2010 sobre el *asunto C-467/08, Padawan SL y SGAE*

Piña Garrido, Lilo: Comentario a la STJUE de 1 de julio de 2010, *asunto C-233/09, G y M Dijkman*

EL INFORME DEL COMITÉ DE EXPERTOS DEL PRESIDENTE OBAMA SOBRE OPCIONES DE REFORMA DEL SISTEMA TRIBUTARIO EN EL ACTUAL CONTEXTO ECONÓMICO

José Manuel Calderón Carrero

Universidad de La Coruña

1. Objeto del Informe del Volcker (PERAB) sobre Opciones de Reforma Fiscal

El Informe del PERAB (o *Informe Volcker*) tiene por objeto proporcionar asesoramiento al presidente Obama sobre las principales opciones y medidas de política fiscal que pueden adoptarse para mejorar el sistema tributario federal estadounidense en un contexto de crisis-recuperación económica, competencia y globalización.

En este orden de cosas, se examinan medidas para mejorar el cumplimiento de las obligaciones tributarias por los contribuyentes (fundamentalmente profesionales independientes y PYME), medidas de simplificación de ordenamiento tributario, aunque la parte central del informe tiene que ver con las propuestas de reforma del Impuesto sobre Sociedades y el modelo de impuesto sobre sociedades respecto de la tributación de las multinacionales norteamericanas.

Esta nota se centra precisamente en estos dos últimos temas y tan solo aspira a difundir algunas partes de este informe considerando su calidad técnica, así como el interés que presentan sus consideraciones.

2. Propuestas de Reforma del Impuesto sobre Sociedades

El *Informe* enfoca la reforma del IS con el objetivo de la reducción del tipo de gravamen del impuesto (actualmente el más elevado de los países OCDE) y la ampliación o ensanchamiento de la base imponible.

Desde la perspectiva de la reducción del tipo de gravamen del IS, el *Informe* recoge dos opciones:

- a) Reducir simplemente el tipo de gravamen nominal con carácter general,
- b) Reducir la carga fiscal sobre nuevas inversiones a través de la creación de “incentivos de gasto” (*expensing incentives*).

El *Informe* parece posicionarse a favor de esta segunda opción, aunque debe ir acompañada de medidas de ensanchamiento de la base imponible para reducir la menor recaudación tributaria derivada del incremento de tales incentivos.

Por lo que se refiere al ensanchamiento de la base imponible del IS, el *Informe* se posiciona a favor de establecer una mayor paridad en el tratamiento de la financiación vía recursos propios y ajenos, particularmente a través de limitar la deducibilidad de los intereses netos. Tal limitación de la deducibilidad de intereses, en línea con la tendencia creada por algunos países europeos, debe establecerse a partir de determinado umbral de gastos financieros de manera que no se perjudique a las PYME.

Otras medidas dirigidas a la ampliación de la base imponible que se recogen en el informe son las siguientes:

- a) Revisar la frontera entre la tributación de las sociedades y las entidades transparentes.

- b) Integrar en mayor medida el IS y el IRPF.
- c) Eliminar o reducir incentivos fiscales.

3. Propuestas sobre el Modelo de Tributación de las Multinacionales Estadounidenses

El *Informe* plantea diferentes modelos de tributación de los beneficios de las multinacionales estadounidenses desde una perspectiva global que tiene en cuenta los efectos del IS americano sobre la competitividad de las empresas a escala mundial, sobre el empleo y la inversión en EEUU, así como sobre la recaudación tributaria y las posibilidades de evasión fiscal.

Es decir, se aborda la cuestión del modelo de fiscalidad internacional desde un enfoque económico y tributario, a partir del modelo actual federal de IS que combina un tipo de gravamen elevado (35 por 100, sin incluir los impuestos sobre sociedades estatales y locales) con un sistema de diferimiento (*deferral*) que solo se excepciona para determinadas rentas pasivas a través del mecanismo de *Subpart F* (o legislación de transparencia fiscal internacional o *CFC*, aunque en su versión o modelo americano que es diferente al español).

En este contexto se aborda el debate entre dos posiciones antagónicas. Por un lado, se encuentran las que defienden que el sistema o modelo americano perjudica a las MNEs (multinacionales) americanas sobre sus competidores que pueden beneficiarse de tipos de gravamen del IS inferiores o pueden aprovechar en mayor medida los menores tipos de gravamen de los países de baja tributación donde localizan sus casas centrales o *headquarters*. Tal efecto se atempera como consecuencia del diferimiento de la tributación hasta el momento en que es repatriada e integrada en el IS de la matriz, lo cual conduce en la gran mayoría de las ocasiones a que tal repatriación no se realice o se lleve a cabo solo cuando una adecuada planificación fiscal permite reducir el impacto fiscal de la integración del dividendo extranjero en la base imponible de la matriz¹. Un buen número de expertos y representantes de empresas consideran que el modelo de IS de EEUU, debido a su elevado tipo de gravamen, penaliza la inversión de las MNEs en los EEUU y no fomenta que se localicen en territorio americano centros de producción de bienes y servicios o la casa central para las actividades globales y además sitúa en posición poco competitiva a las MNEs americanas que lo hagan frente a sus competidoras extranjeras que pueden beneficiarse de tipos de IS más bajos y modelos de IS que establecen exenciones sobre la renta extranjera y otros incentivos fiscales, reduciendo así el coste de la realización de actividades económicas en el exterior. En esta misma línea se considera que debe fomentarse la actividad exterior de las MNEs ya que, lejos de provocar una desinversión en EEUU, permite que las empresas americanas se fortalezcan y sigan generando empleo y actividad en territorio americano, ganando cuota de mercado exterior. Los que defienden esta posición postulan cambios hacia modelos de IS territoriales que permitan a las MNEs ganar competitividad internacional y superar las ineficiencias que desde un plano de la estructura de financiación global de los grupos genera un modelo como el americano en el que se penaliza la repatriación del dividendo extranjero. También se indica que tal falta de competitividad del modelo EEUU se refleja en la desventaja que afrontan las MNEs americanas frente a sus competidoras a la hora de adquirir empresas extranjeras.

¹ En el año 2004 el Congreso de EEUU aprobó una medida provisional que permitía la repatriación de beneficios de filiales extranjeras a un coste fiscal del 5.25 por 100. Como consecuencia de tal medida la cuantía de las repatriaciones pasó de \$60 *billion* por año a \$360 *billion* por año.

Por otro lado, existen voces que destacan que el modelo de IS americano fomenta la transferencia de actividades al extranjero para beneficiarse de tipos de IS más bajos, así como la traslación de beneficios hacia jurisdicciones de baja tributación a través de precios de transferencia. En la misma línea se argumenta que el modelo actual no fomenta precisamente la creación de empleo y la inversión en territorio de EEUU, sino que incentiva lo contrario. Ni que decir tiene que estas dos circunstancias tienen un claro reflejo en la recaudación del IS que se ve erosionada por todos estos factores (*transfer pricing*, deslocalización de actividades y activos intangibles, imputación de gastos vinculados con la generación de renta extranjera diferida en la base imponible nacional, y no repatriación de beneficios debido al coste fiscal).

A la vista de estas consideraciones, el *Informe* contempla varias alternativas de política fiscal con sus efectos económicos y recaudatorios, teniendo muy en cuenta la doble singularidad del actual modelo de IS de EEUU que combina un elevado tipo del impuesto con un sistema de diferimiento y un método de imputación (*foreign tax credit*), un modelo alejado claramente de las tendencias internacionales que pasan por modelos de IS duales que combinan el gravamen de renta mundial, tipos de gravamen más bajos, y los métodos de imputación (renta pasiva) y exención (renta activa). También se incorpora al *Informe* la variable de los costes de cumplimiento del modelo de IS, de suerte que las MNEs han puesto de relieve que el 60 por 100 de sus costes de cumplimiento están asociados a la tributación de su renta extranjera. La Administración Tributaria también señala que las disposiciones de fiscalidad internacional son las más complejas de aplicar tanto en un modelo de IS como el actual (modelo híbrido *worldwide income + deferral*) como en modelos territoriales duales (*worldwide income + deferral + exención (renta activa) e imputación (renta pasiva)*), debido a los “incentivos” a deslocalizar actividades y activos y transferir beneficios al extranjero (*transfer pricing*).

Opción 1: Movimiento hacia un sistema territorial

Por modelo territorial hay que entender un modelo dual que combina la tributación por renta mundial (y el diferimiento) con la aplicación del método de exención para renta activa y el método de imputación (y medidas antidiferimiento: CFC/TFI) para renta pasiva.

Ventajas:

- Elimina los “incentivos” de las MNEs a no repatriar la renta extranjera, lo cual mejoraría la eficiencia en las decisiones financieras del grupo.
- Mejora de las condiciones de competencia de las MNEs americanas respecto de sus competidoras extranjeras, reduciendo el coste de la realización de actividades económicas de las MNEs en países con tipos de gravamen del IS más bajos que el IS estadounidense.
- Facilitaría la adquisición por MNEs americanas de empresas extranjeras, eliminando los “incentivos” a fusionar o vender sus empresas extranjeras a otras entidades extranjeras por razones fiscales. La eliminación de las distorsiones sobre la titularidad de los activos de capital ayudaría a que tales activos fueran gestionados de forma más eficiente desde una perspectiva empresarial.
- En la medida en que las operaciones internacionales complementan las operaciones domésticas de las MNEs americanas, el establecimiento de un modelo territorial que reduce sus costes e incrementa su cuota en los mercados extranjeros también impulsaría la producción, inversión y empleo en EEUU.
- Reducción de ciertos costes de cumplimiento asociados a la gestión del método de imputación (excepto los relacionados con la renta pasiva extranjera).

Desventajas:

- La adopción del sistema territorial puede fomentar la transferencia de renta al extranjero (vía *transfer pricing*) para beneficiarse de los menores niveles impositivos, así como crear ventajas asociadas a la asignación o imputación en la base imponible nacional de gastos relacionados con la generación de renta extranjera exenta (v.gr. gastos financieros). No obstante, se reconoce que el mayor incentivo que resulta del sistema territorial respecto de un modelo *worldwide income* combinado con el diferimiento, son modestos, de manera que únicamente intensificaría la presión y tensión que soporta actualmente la Administración Tributaria para lograr el cumplimiento de la normativa de precios de transferencia. Se indica en todo caso que habría que determinar qué parte de la renta extranjera estaría exenta (100 por 100 vs 95 por 100) y arbitrar reglas sobre imputación de gastos relacionados con rentas extranjeras exentas.
- La exención de la renta extranjera derivada de actividad económica (renta activa) también puede fomentar la deslocalización de actividades en el extranjero, en detrimento de su realización en EE.UU. No obstante, tal “incentivo” ya existe en cierta medida con un sistema que articula el diferimiento del gravamen de la renta extranjera activa.

Opción 2: Movimiento hacia un sistema de tributación por renta mundial (puro) con un tipo de gravamen más bajo

Esta opción consiste en el establecimiento de un modelo de tributación de renta mundial puro que terminaría con el diferimiento como parte de una gran reforma del IS que reduciría el tipo de gravamen del IS americano situándolo en un nivel comparable con la media de los países desarrollados (28 por 100). Se considera que para las MNEs podría tener un efecto neutral (*burden-neutral model*), aunque habría “ganadores y perdedores”. Sin embargo, dado que tal tipo más reducido afectaría a la tributación doméstica implicaría una pérdida recaudatoria muy considerable, la cual debería ser compensada a través de otras medidas como la propia ampliación o ensanchamiento de la base imponible del IS.

Ventajas:

- La adopción de este sistema que acabaría con el diferimiento tendría importantes ventajas en términos de simplificación, cumplimiento, aplicación y eficiencia. Se eliminaría la discriminación entre renta activa y pasiva extranjera, así como entre renta doméstica y extranjera. Ello acabaría con algunas de las normas más complejas de aplicar en el sistema tributario: a) la transparencia fiscal internacional; b) la regulación de los precios de transferencia; c) las relativas a la asignación de gastos deducibles; y d) las cláusulas generales y especiales antiabuso.
- Se eliminaría el incentivo a deslocalizar actividades/activos y transferir beneficios a jurisdicciones de baja tributación.
- Se eliminaría una de las razones que distorsiona la decisión de repatriación de beneficios.

Inconvenientes:

- Traería consigo importantes pérdidas recaudatorias.
- Requeriría que se arbitraran medidas compensatorias de la pérdida recaudatoria como el ensanchamiento de la base imponible y la reducción de incentivos fiscales.

- Puede generar un incentivo de las MNEs a situar sus matrices fuera de EEUU para evitar el modelo antidiferimiento americano.
- Este cambio de modelo afectaría de forma distinta a las MNEs en lo que se refiere a las condiciones de competencia con sus competidoras en los diferentes países, dependiendo del tipo de gravamen existente en cada país. Así, cuando existiera un tipo de gravamen inferior al tipo del IS americano, las MNEs que operan en tal jurisdicción resultarían perjudicadas. Ello puede provocar que un incentivo de las entidades extranjeras a adquirir MNEs y filiales americanas, ya que son más valiosas en manos extranjeras que americanas, dadas las posibilidades de transferir beneficios con posterioridad a jurisdicciones de baja tributación.

Opción 3: Movimiento hacia la limitación o eliminación del diferimiento combinado con el actual tipo de gravamen del IS

Este modelo constituye una variante de la opción 2, en el sentido de que la limitación o eliminación del diferimiento excluye las ventajas de los modelos territoriales o híbridos (con diferimiento para renta activa), pero también perjudica a las MNEs americanas situándolas en una posición competitiva desventajosa respecto de las MNEs extranjeras que operan desde países con régimen territorial o híbrido que pueden beneficiarse de los menores niveles impositivos que existen en los diferentes países.

Ventajas:

- Desde el punto de vista recaudatorio, el establecimiento de este modelo generaría un incremento de la recaudación del IS que incluso permitiría una rebaja del tipo de gravamen del impuesto de un 1,5 por 100. Se estima que el coste recaudatorio del sistema actual de diferimiento es de \$180 *billion* en un periodo de 10 años.
- Para aquellos que consideran la actividad exterior de las MNEs como un sustituto (no un complemento) de las actividades domésticas, el diferimiento reduce tanto la creación de empleo, la inversión y la producción en territorio nacional y facilita la realización de tales inversiones en el extranjero, así como la evasión fiscal de las entidades americanas. Siguiendo esta lógica, la limitación o eliminación del diferimiento causaría que las MNEs sustituyeran sus inversiones extranjeras por nacionales, así como la propia reducción de la evasión fiscal, con el correspondiente aumento de los ingresos tributarios.
- Al igual que la opción 2 expuesta más arriba, este modelo simplificaría el sistema tributario, reduciría las oportunidades de transferencia de beneficios al extranjero y la evasión fiscal, y mejoraría la efectiva aplicación de la normativa tributaria reduciendo al mismo tiempo los costes de cumplimiento.

Desventajas:

- Al no implicar una significativa reducción del tipo de gravamen del IS, esta opción supondría imponer una significativa carga sobre las MNEs americanas, elevando los tipos efectivos de gravamen sobre la renta obtenida a través de sus filiales extranjeras en relación con los tipos que aplican sus competidores situados en jurisdicciones de baja tributación, dificultando su capacidad para adquirir activos extranjeros en territorios de baja tributación. Asimismo, la eliminación del diferimiento haría más atractiva para las firmas o entidades extranjeras la adquisición de activos extranjeros de empresas americanas. En la medida en que las actividades extranjeras de las MNEs americanas complementan sus actividades domésticas, el diferimiento fomentaría la creación de empleo, producción e

inversión en EEUU y la eliminación o limitación del diferimiento reduciría la competitividad de las empresas americanas, perjudicaría la creación de empleo, la producción y la inversión en EEUU, y reduciría la recaudación del IS a medio plazo.

Opción 4: Mantener el actual sistema pero reducir el tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades

Esta opción pasaría por reducir el tipo de gravamen del IS en términos similares a lo propuesto en la opción 2 (en torno al 28 por 100).

Ventajas:

- Reducción de la carga fiscal aplicable a la renta nacional y a la extranjera que fuera repatriada a EEUU. Ello podría fomentar mayores niveles de repatriación, así como los “incentivos” a deslocalizar actividades, activos, producción y rentas al extranjero.
- La preservación del diferimiento seguiría permitiendo a las MNEs americanas beneficiarse de las ventajas resultantes de los impuestos más reducidos existentes en otros países, y competir en mejores condiciones con empresas extranjeras.

Desventajas:

- Esta opción reduciría la recaudación del IS y mantendría el “gasto fiscal” derivado o asociado al diferimiento (aunque a menor coste), pero no traería consigo la simplicación y la eficiencia que resultan de la opción 2. Así, tanto la complejidad del actual sistema como los “incentivos” a localizar actividades generadoras de beneficios en el extranjero y el diferimiento de la repatriación se mantendrían.

4. Algunas reflexiones

Ciertamente, el *Informe Volcker-PERAB* sobre Opciones de Reforma Fiscal aborda cuestiones sustantivas relacionadas con el modelo de Impuesto sobre Sociedades y el sistema de tributación internacional que se vienen debatiendo vivamente en todo el mundo en las últimas décadas.

Una de las bondades de esta Informe reside, a nuestro entender, en que estas cuestiones se abordan desde una perspectiva multidisciplinar, esto es, considerando los efectos económicos y fiscales, así como a partir de aportaciones provenientes de ámbitos muy diversos (la Academia, el mundo empresarial, la Administración Tributaria, etc.), lo cual se traduce en una exposición poliédrica o pluriangular de esta compleja temática que facilita su comprensión global. Igualmente, debe destacarse cómo el *Informe* hace una exposición desapasionada y tendencialmente neutral de las cuestiones abordadas, lo cual intensifica su valor como material de asesoramiento técnico en materia de política fiscal.

En último análisis, resulta meridiano que el *Informe Volcker* no se posiciona o recomienda en sentido estricto la adopción de ningún modelo u opción de tributación de las MNEs, limitándose a exponer sus ventajas e inconvenientes. Es verdad que leyendo con cierto detalle tales consideraciones podría inferirse que existen opciones que se consideran radicales o drásticas y por tanto poco recomendables. Sin embargo, el *Informe* no abandona este tono de neutralidad técnica en cuanto a las opciones de política fiscal existentes en esta materia, poniendo de relieve cómo cada uno de estos modelos/opciones realmente supone el ejercicio de una determinada política fiscal y económica que le corresponde establecer al Gobierno y en última estancia al poder legislativo. En este orden de cosas, precisamente el *Informe* es tremendamente elocuente a la hora de dejar claro que no existe una opción que resuelva de forma simple y acabada el conjunto de cuestiones fiscales y económicas que suscita la articulación de

un concreto modelo de tributación de las MNEs en un escenario de globalización y competencia fiscal y económica. Posiblemente, los modelos intermedios –como el modelo híbrido actual de EE.UU (modelo *worldwide income* + *deferral* general, combinado con *CFC* y *transfer pricing*) o el modelo dual/territorial como el que existe en muchos países europeos incluida España (modelo *worldwide income* + *deferral* + exención para renta activa extranjera e imputación para renta pasiva + *TFI/CFC*) constituyan modelos adecuados como “modelos base”, pero que posiblemente necesitan “retoques” y una permanente actualización según evolucione la economía, el mundo empresarial y la propia fiscalidad internacional. Así, parece evidente que debería perfeccionarse la normativa antidiferimiento o la que regula la imputación de gastos relacionados con rentas extranjeras; capítulo aparte lo constituye la regulación de los precios de transferencia, que posiblemente requiera una evolución que podría pasar por una cierta mutación sustantiva de sus fundamentos cuando menos en relación con operaciones donde no existen comparables (*v.gr.*, operaciones con intangibles) donde sistemas de reparto de bases imponibles no estereotipados pero basados en fórmulas deberían tener cabida.

El gran mensaje que, a nuestro juicio, transmite este *Informe* reside precisamente en la complejidad del actual contexto económico-empresarial y fiscal que debe considerarse a la hora de adoptar un determinado modelo de imposición sobre las sociedades, de manera que cualquier opción o modelo que se adopte posee implicaciones que van mucho más allá de sus consecuencias en el campo estrictamente tributario-recaudatorio. E incluso en el propio campo tributario cada elemento sustantivo del tributo –como el tipo de gravamen, las reglas sobre gastos deducibles, el diferimiento, los métodos de eliminar la doble imposición, las medidas antievasión fiscal– (*CFC*) o antitransferencia de beneficios (*transfer pricing*) no pueden tomarse o manejarse como elementos aislados y desconectados sino como un todo interrelacionado cuya modificación debe ser considerada globalmente y teniendo en cuenta no solo sus aspectos fiscales sino también sus implicaciones de política social y económica.

**EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO NETO vs L'IMPÔT DE
SOLIDARITÉ SUR LA FORTUNE: REFLEXIÓN Y ANÁLISIS
COMPARATIVO**

Isabela Fernández de Beaumont Torres

Javier Martín Román

Instituto de Estudios Fiscales

1. El Impuesto sobre el Patrimonio en España

1.1. Introducción

La Ley 50/1977, de 14 de noviembre, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal constituye la primera norma destinada a gravar el patrimonio de las personas físicas en nuestro país. En ella se regulaba el Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas (IEPPF).

El IEPPF cumplía fundamentalmente una función censal así como de control y complemento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF). La existencia de un mínimo exento y una reducción general muy elevados, en cambio, era un claro indicio de que no perseguía fines recaudatorios.

En 1988 se lleva a cabo una primera modificación motivada por los cambios efectuados, a su vez, en el IRPF. Pero no es hasta 1991, a raíz nuevamente de una reforma en el IRPF, cuando se establece la Ley que representa el nacimiento del tributo en cuestión: la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio de las Personas Físicas (*BOE*, 7 de junio). Posteriormente, se implementa un primer desarrollo complementario en 1994 y ya en 1997 se amplía el beneficio fiscal a sociedades cotizadas en Bolsa.

Por lo que respecta a la titularidad de las competencias del impuesto (gestión, liquidación, recaudación...), pertenecen al Estado en aquellas Comunidades Autónomas sujetas al régimen fiscal común (es decir, todas con la excepción de la Comunidad Foral de Navarra y el País Vasco). Sin embargo, gracias a la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de Cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas de Régimen Común, éstas obtienen competencias en materia legislativa. De este modo, adquieren potestad para modificar tanto el mínimo exento como la tarifa, si bien la estructura se debe adecuar a la del Estado. Igualmente, se debe respetar la cuantía del primer tramo y el tipo marginal mínimo; han de ser idénticos.

Un último aspecto a considerar en este apartado introductorio es el de la fecha de cesión o concierto del Impuesto sobre el Patrimonio con las Comunidades Autónomas (Cuadro 1). El impuesto se cede en base a lo determinado en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre y en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre.

Cuadro 1
Calendario de cesión o concierto del Impuesto sobre el Patrimonio

Comunidad Autónoma	Patrimonio
Andalucía	1984
Aragón	1984
Asturias	1986
Baleares	1986
Canarias	1984
Cantabria	1986
Castilla y León	1985
Castilla-La Mancha	1985
Cataluña	1982
Comunidad Valenciana	1984
Extremadura	1984
Galicia	1984
Comunidad de Madrid	2002
Murcia	1986
Navarra	1986
País Vasco	1986
La Rioja	1986

Fuente: Elaboración propia a partir de la legislación autonómica correspondiente.

1.2. Precedentes e implantación

Con anterioridad a 1977¹, el sistema fiscal español había desarrollado un modelo bautizado como *latino o mediterráneo* (cuyos rasgos básicos eran una presión fiscal moderada y una insignificante potencia recaudatoria) donde predominaban, en la tributación directa, los impuestos reales sobre los personales. Mientras, en la tributación indirecta destacaban los tributos específicos sobre consumos concretos antes de caracterizarse por ser un modelo de imposición indirecta general sobre el consumo o las ventas.

No obstante, el sistema tributario más extendido en Europa desde los primeros años del siglo XX estaba caracterizado por una mayor presión fiscal y un papel dominante del Estado en la economía. Por su parte, los impuestos directos en este régimen ejercían un papel recaudatorio mucho más destacado. Se trata del modelo tributario *europeo noroccidental* y fue seguido por países como Alemania, Holanda, Suecia, Noruega o Dinamarca, entre otros. En España no fue posible su implantación en aquellos años (primeras décadas del siglo XX) dada la inestabilidad política característica de la época. Tampoco jugó a su favor el clima de desconfianza que hubiese podido generar el introducir planteamientos fiscales tan novedosos.

Tuvieron que llegar los últimos años del franquismo para que se llevara a cabo una profunda reforma y reorientación del sistema tributario español, optando por un modelo más *europeo* (es decir, un modelo basado en la tributación directa sobre la renta con la presencia de un tributo sobre el patrimonio complementario a la imposición personal sobre aquella) y abandonando el propiamente *latino* seguido hasta entonces.

¹ El Impuesto sobre el Patrimonio Neto aparece en nuestro país, como ya indicamos en el apartado anterior, en 1977, como consecuencia de los acuerdos políticos y económicos conocidos como “Pactos de la Moncloa”. Era muy valorado por la doctrina durante aquellos años al tener la consideración de tributo con gran alcance y trascendencia.

En cuanto a los argumentos o fundamentos que motivaron su implantación, sobresale el de la búsqueda de una mayor progresividad y eficiencia del sistema tributario. La utilización de un tributo patrimonial de carácter directo y personal que facilitase una mejor asignación de los recursos, una mayor equidad y una mejor redistribución de la renta y la riqueza, fue razón suficiente para valorar positivamente la conveniencia de implantar un Impuesto sobre el Patrimonio Neto de las personas físicas en nuestro país.

2. Estructura del tributo: semejanzas y diferencias entre el Impuesto sobre el Patrimonio Neto en España y el ISF en Francia

Por lo que respecta a la naturaleza y objeto del Impuesto sobre el Patrimonio Neto es preciso señalar que se trata de un tributo de carácter directo y naturaleza personal que grava el patrimonio neto de las personas físicas. El mencionado patrimonio está constituido por el conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que sea titular, con deducción de las cargas y gravámenes que disminuyan su valor, así como las deudas y obligaciones de las que deba responder.

En cuanto al ámbito territorial, se aplica en todo el territorio español, sin perjuicio de los regímenes tributarios forales de Concierto y Convenio Económico vigentes en los Territorios Históricos del País Vasco y de la Comunidad Foral de Navarra, respectivamente, y de lo dispuesto en los Tratados o Convenios internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno. Además, la cesión del Impuesto a las Comunidades Autónomas se regirá por lo dispuesto en las normas reguladoras de la Cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas.

Por su parte, en Francia se aplica un Impuesto sobre el Patrimonio destinado a gravar las grandes fortunas desde 1989. Se trata del *Impôt de Solidarité sur la Fortune* (ISF), un impuesto directo de carácter personal que grava el patrimonio neto de las personas físicas y que aparece regulado en el Código General de Impuestos. Concretamente, en los artículos 885 A a 885 Z. En este sentido, parece interesante realizar un análisis comparativo entre las estructuras de ambos tributos.

2.1. Hecho imponible

El hecho imponible del Impuesto sobre el Patrimonio en España está constituido por la titularidad del sujeto pasivo en el momento del devengo del patrimonio neto anteriormente aludido. Se presumirá que forman parte del patrimonio los bienes y derechos que hubieran pertenecido al sujeto pasivo en el momento del anterior devengo, salvo prueba de transmisión o pérdida patrimonial.

En el caso francés, el hecho imponible viene determinado por el valor neto, en el momento del devengo, de todos los bienes, derechos y valores propiedad de los sujetos pasivos así como de los hijos menores de los mismos cuando ostenten el poder de administración legal de dichos bienes.

2.2. Sujeto pasivo

Son sujetos pasivos del Impuesto, por obligación personal, las personas físicas que tengan su residencia habitual en territorio español, exigiéndose el Impuesto por la totalidad de su patrimonio neto con independencia del lugar donde se encuentren situados los bienes o puedan ejercitarse los derechos.

Son sujetos pasivos del Impuesto, por obligación real, cualquier otra persona física por los bienes y derechos de que sean titulares cuando los mismos estuvieran situados, pudieran ejercitarse o hubieran de cumplirse en territorio español.

Por su parte, el ámbito de aplicación del ISF también es personal ya que son sujetos pasivos del Impuesto las personas físicas que tengan su domicilio fiscal en Francia por

sus bienes muebles e inmuebles poseídos directa o indirectamente que estén situados en Francia o en el extranjero. Sin embargo, los sujetos pasivos que no tengan su domicilio en Francia, sin perjuicio de la exención de las inversiones financieras realizadas allí, tributarán en el ISF sólo por los bienes situados en Francia. El carácter personal del Impuesto francés se manifiesta además, por la toma en consideración que hace el Impuesto de las circunstancias personales del contribuyente desde el punto de vista de la acumulación de patrimonios personales en atención a las circunstancias familiares del sujeto pasivo. Así, en caso de matrimonio o fórmula semejante- concubinato manifiesto o pacto civil de solidaridad- se acumula a todos los efectos el patrimonio de ambos cónyuges y el de los hijos menores.

2.3. Base imponible

La base imponible del Impuesto sobre el Patrimonio está constituida por el valor del patrimonio neto del sujeto pasivo, que se estimará por la diferencia entre el valor de los bienes y derechos de los que sea titular el sujeto pasivo y las cargas y gravámenes de naturaleza real, cuando disminuyan el valor de los respectivos bienes o derechos y las deudas u obligaciones personales de las que deba responder.

En este sentido, la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio establece una serie de reglas para determinar el cómputo en la base imponible de los bienes y derechos que la conforman. Entre ellos nos encontramos con los bienes inmuebles, las actividades empresariales y profesionales, los depósitos en cuenta corriente o de ahorro, los valores representativos de la cesión a terceros de capitales propios, negociados en mercados organizados, o demás cesiones de capitales propios, los seguros de vida y otras rentas vitalicias, las joyas, pieles, vehículos, embarcaciones y aeronaves, los objetos de arte y las antigüedades, los derechos reales, las concesiones administrativas, los derechos derivados de la Propiedad Intelectual e Industrial, las opciones contractuales, demás bienes y derechos de contenido económico y deudas.

El artículo 4 de la Ley 19/1991 establece a su vez una lista de bienes y derechos que quedarán exentos de tributación por el Impuesto sobre el Patrimonio. No formarán parte de la base imponible del impuesto, los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, determinados objetos de arte, la obra propia de artistas que permanezca en el patrimonio del autor, el ajuar doméstico, los derechos consolidados de los partícipes en un plan de pensiones, los derechos derivados de la propiedad intelectual o industrial que permanezcan en el patrimonio del autor y no afectos a actividades empresariales en el caso de la propiedad industrial, los valores cuyos rendimientos estén exentos en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley sobre la Renta de los No residentes y Normas Tributarias, los bienes y derechos de las personas físicas necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, la plena propiedad, nuda propiedad y derecho de usufructo vitalicio sobre las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados cuando la entidad no tenga por actividad principal la gestión de patrimonios mobiliarios o inmobiliarios y por último, quedará también exenta de tributación la vivienda habitual del contribuyente.

En cuanto a la base imponible del Impuesto sobre la Fortuna, se observa que guarda muchas similitudes con la base del impuesto español. En concreto, la misma está constituida por el valor neto, en el momento del devengo, de la tributación de todos los bienes, derechos y valores propiedad del sujeto pasivo así como de los hijos menores del mismo cuando ostenten la administración legal de los bienes. En el caso de las parejas de hecho o sujetos que convivan en pareja, la base imponible estará conformada por el valor neto, en el momento del devengo del impuesto, de todos los bienes,

derechos y valores que pertenezcan a ambos miembros de la pareja, así como a los de los descendientes que ostenten la administración legal de los mismos.

El ISF comprende el conjunto de los bienes, derechos y valores que componen, en el momento de la realización del hecho imponible, el patrimonio del contribuyente, con excepción de las exenciones previstas en la Ley y las reglas de valoración de los citados bienes y derechos que estén determinados en la regulación del Impuesto. Como en el caso español, la Ley determina una serie de reglas de valoración de los bienes y derechos que se incluyen en la base imponible. Dentro de la lista no restrictiva, se incluyen los siguientes bienes que quedan sujetos al impuesto: edificios y derechos reales inmobiliarios, empresas, sociedades industriales, comerciales y artesanales, explotaciones agrarias, fondos de comercio, muebles decorativos, valores mobiliarios, bonos del Tesoro, bonos de caja, derechos de la Propiedad Industrial, Joyas, oro y metales preciosos, créditos y depósitos, automóviles, motocicletas, yates y embarcaciones de recreo, avionetas, caballos de carreras.

La regulación del ISF establece asimismo una lista de bienes exentos y que por tanto no formarán parte de la base imponible del impuesto. Estarán exentos de tributación por el impuesto, los bienes afectos a la actividad económica, los bienes agrícolas arrendados a largo plazo o cedidos en arrendamiento y participaciones en ciertas agrupaciones agrícolas territoriales, las maderas y los bosques propiedad del sujeto pasivo y afectos a la actividad económica, las obras de arte, antigüedades o colecciones, los derechos de propiedad sobre obras literarias, artísticas e industriales, las rentas vitalicias equivalentes a las pensiones de jubilación, las indemnizaciones por daños físicos y las inversiones financieras de los no residentes en Francia.

2.4. Base liquidable

En el caso de obligación personal, la base imponible del Impuesto sobre el Patrimonio se reducirá, en concepto de mínimo exento, en el importe que haya sido aprobado por la Comunidad Autónoma. Si la Comunidad Autónoma no hubiese regulado el mínimo exento a que se refiere lo anterior, la base imponible se reducirá en 108.182,18 euros.

El mínimo exento indicado será aplicable en el caso de sujetos pasivos no residentes que tributen por obligación personal de contribuir, pero no en el caso de sujetos pasivos sometidos a obligación real de contribuir.

Se observa que el Impuesto sobre el Patrimonio resultaría más progresivo en España que en Francia aplicando la misma tarifa de tipos de gravamen ya que en el caso francés el mínimo exento es de 790.000 euros según la tarifa correspondiente al año 2010.

2.5. Devengo del impuesto

El Impuesto se devengará el 31 de diciembre de cada año y afectará al patrimonio del cual sea titular el sujeto pasivo en dicha fecha.

El devengo del ISF es similar: se devengará el 1 de enero de cada año y afectará al patrimonio que exceda el umbral legal de imposición.

2.6. Cuotas y deducciones

En el caso español, para el cálculo de la cuota íntegra se aplicarán a la base liquidable del impuesto los tipos de la escala que se apruebe por cada Comunidad Autónoma respectiva. De no haberse aprobado una escala, se grava a los tipos de la recogida en el Cuadro 2.

Cuadro 2
Tipo de gravamen efectivo (ISF vs IP)

Francia ²		España ³	
Base liquidable	Tarifa (%)	Base liquidable	Tarifa (%)
0 €- 790.000 €	0,00	0 €- 167.129,45 €	0,20
790.000 €- 1.290.000 €	0,55	167.129,45 €- 334.252,88 €	0,30
1.290.000 €- 2.530.000 €	0,75	334.252,88 €- 668.499,75 €	0,50
2.530.000 €- 3.980.000 €	1,00	668.499,75 €- 1.336.999,51 €	0,90
3.980.000 €- 7.600.000 €	1,30	1.336.999,51 €- 2.673.999,01 €	1,30
7.600.000 €- 16.540.000 €	1,65	2.673.999,01 €- 5.347.998,03 €	1,70
> 16.540.000 €	1,80	5.347.998,03 €- 10.695.996,06 €	2,10
		>10.695.996,06 €	2,50

Fuente: Elaboración propia a partir de la www.finances.gouv.fr y de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (artículo 30), respectivamente.

Resulta oportuno reseñar, asimismo, la existencia de unos límites a la cuota íntegra de este impuesto que moderan la progresividad del mismo. Según estos límites, la suma de las cuotas íntegras del Impuesto sobre el Patrimonio y del IRPF no puede exceder, en el caso de los sujetos sometidos al Impuesto por obligación personal, de un porcentaje de la Base Imponible del IRPF. Este porcentaje era, en 2007, del 60 por 100. En estos cálculos no se consideran los elementos patrimoniales que no son susceptibles de producir rendimientos incluidos en la Base Imponible del IRPF. Si la suma de las cuotas supera dicho límite se reducirá por la diferencia, siempre y cuando la reducción no exceda del 80 por 100.

En el caso del ISF francés, también queda establecido en el Código General Tributario un límite a la imposición. El citado límite corresponde al 85 por 100 de las rentas resultantes de la suma de las cuotas líquidas del Impuesto sobre la Renta y del Impuesto sobre el Patrimonio o ISF. Sin embargo, en el caso de que el patrimonio de los sujetos pasivos exceda el umbral del cuarto tramo de la escala (es decir, 2.530.000 euros en el año 2010), la reducción aplicable no puede ser superior al 50 por 100 de la cuota del ISF.

Por otro lado, la cuota exigible se determina aplicando al valor neto del patrimonio del sujeto pasivo la tarifa legal (Cuadro 2) que se actualiza anualmente. A la cuota resultante de la aplicación de la tarifa se le podrán practicar una serie de reducciones que determinarán la cuota líquida. De entre las reducciones cabe señalar las derivadas de cargas familiares, las imputaciones en el impuesto de suscripciones de capital en Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES), títulos de participación en sociedades cooperativas o Fondos de Inversión en diferentes activos o donaciones realizadas a organismos de interés general.

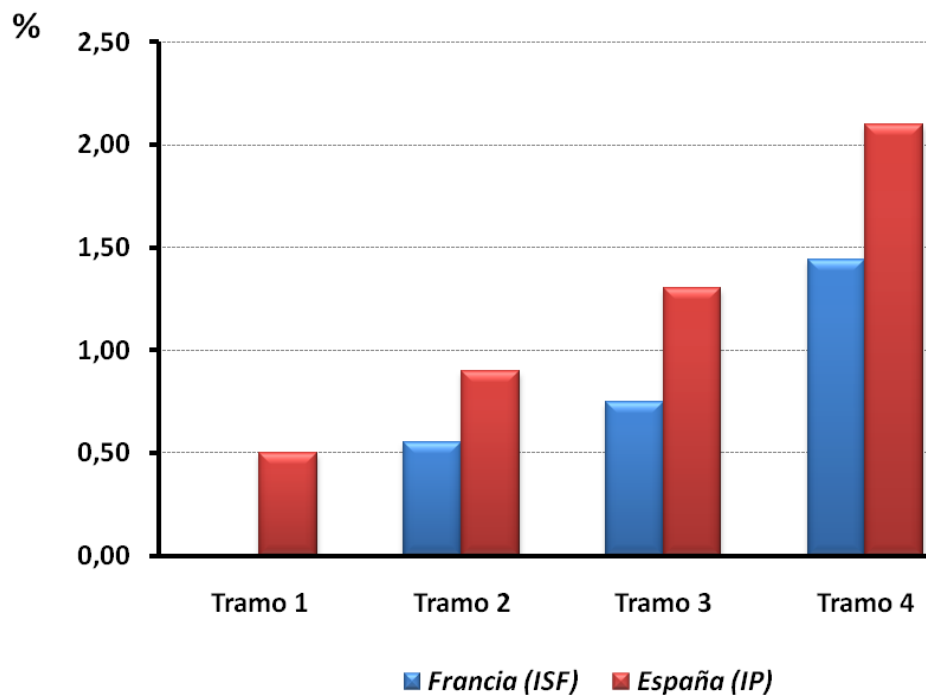
A partir de ambas tablas (Cuadro 2) hemos procedido a elaborar el Gráfico 1, donde hemos realizado una agrupación en cuatro tramos, lo más homogéneos posibles, a fin de ilustrar las diferencias entre ambos tributos y siendo conscientes de las dificultades que entraña llevar a cabo una comparación así cuando la configuración legal de ambos tributos no tiene una estructura idéntica. Para una correcta valoración de la misma, se han de tener presentes entonces las siguientes consideraciones:

² Actualización a 2010.

³ Cifras recogidas en la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.

- a) Respecto a la agrupación en cuatro tramos, se ha de tener presente que el tramo 1, en el caso español, es la media ponderada de los tres primeros escalones; mientras, el tramo 4 es la media ponderada de los tres últimos. Para el caso francés, el tramo 4 resulta de la media ponderada de los últimos 4 escalones; el resto de tramos se corresponde con los propios de su escala.
- b) Si bien en el caso español se han producido reformas recientes en las tarifas a nivel autonómico (Cantabria: Decreto Legislativo 62/2008, Comunidad de Madrid: Ley 7/2007...), los valores utilizados en el gráfico representado son los establecidos en la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.
- c) La paridad de poder adquisitivo no es igual en ambos países, esto es, no podemos asumir que el coste de la vida sea idéntico para un ciudadano francés que para uno español. En otras palabras, no se puede garantizar que la comparación efectuada sea plenamente homogénea. Sin embargo, del gráfico realizado sí se puede extraer una idea intuitiva de la situación presente en cada nación.

Gráfico 1
Tipo de gravamen efectivo (ISF vs IP)



Fuente: Elaboración propia a partir de las web: www.aeat.es y www.finances.gouv.fr

Por lo que atañe a las deducciones, merece la pena poner de relieve que las Comunidades Autónomas de régimen común y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, en consonancia con las Leyes que regulan sus sistemas de financiación, pueden establecer deducciones siempre que no supongan variación de las establecidas por el Estado.

3. El Impuesto sobre el Patrimonio Neto en el marco Europeo

Durante algunos años, numerosos países de la Unión Europea tuvieron un impuesto sobre la riqueza o el patrimonio formando parte de su sistema tributario vigente. No obstante, la realidad a día de hoy en los veintisiete Estados miembros que la conforman es muy diferente. Fiel ejemplo de la manifiesta regresión que ha experimentado el tributo objeto de análisis es el Cuadro 3, que recrea la situación actual en cada uno de los citados Estados.

Cuadro 3

Impuesto sobre el Patrimonio.
Situación en los 27 Estados Miembros de la Unión Europea

Estado	Situación actual	Características
Alemania	Suspendido por inconstitucional en 1997	
Austria	Derogado: 01/01/1994	
Bélgica	No existe	
Bulgaria	No existe	
Chipre	No existe	
Dinamarca	Derogado en 1997	
Eslovaquia	No existe	
Eslovenia	No existe	
España	Bonificado al 100 por 100 desde 01/01/2008	
Estonia	No existe	
Finlandia	Derogado: 01/01/2006	
Francia	VIGENTE	<p><i>Impôt de Solidarité sur la Fortune.</i></p> <p>Grava a personas físicas, tanto a residentes (por su patrimonio mundial) como no residentes (por el patrimonio que tengan en el territorio). Mínimo exento para 2010: 790.000€</p> <p>Hay exenciones objetivas, por ejemplo, antigüedades de más de 100 años, objetos de arte, vivienda habitual (30 por 100), derechos de propiedad intelectual.</p> <p>Tipo de gravamen progresivo. Máximo de 1,80 por 100 para bases a partir de 16.480.000€</p> <p>Verano 2008: Ley de modernización de la Economía. Exención parcial durante 5 años para quienes trasladen su residencia al país desde el 06/08/2008. La exención alcanza sólo a los activos que estén fuera del territorio francés.</p> <p>Sistema Bouclier Fiscal: límite total al pago de impuesto. Nadie pagará impuestos por más del 50 por 100 de sus ingresos netos totales.</p>
Grecia	No existe	
Hungría	No existe	El Gobierno húngaro ha anunciado la creación en 2010 de un impuesto que grave el patrimonio privado, a un tipo del 0,35 por 100 hasta 50 millones de HUF (179.948,11€) y del 0,5 por 100 para bases superiores a esa cifra.
Irlanda	Derogado en 1978	
Italia	No existe	
Letonia	No existe	
Lituania	No existe	
Luxemburgo	Derogado: 01/01/2006	Se ha suprimido el gravamen sobre las personas físicas aunque se mantiene el impuesto sobre las personas jurídicas, residentes o no, al 0,5 por 100.

Malta	No existe	La oposición ha anunciado que si gana las elecciones en 2010 reintroducirá el tributo.
Países Bajos	Derogado en 2001	
Polonia	No existe	
Portugal	No existe	
Reino Unido	No existe	
República Checa	No existe	
Rumanía	No existe	
Suecia	Derogado: 01/01/2007	

Fuente: Arribas León (2010).

Si bien en los años setenta y ochenta dos países como Francia y España incorporan un tributo de estas características a sus sistemas tributarios respectivos, en los noventa la situación se invierte. En Austria se abolió gracias a la reforma fiscal de 1993, en Dinamarca quedó derogado en octubre de 1999 y en Finlandia se abolió en 2006, por enumerar algunos casos. Mención aparte merece Alemania, donde el Tribunal Constitucional resolvió que el impuesto era inconstitucional y lo suspendió.

En 2008, el tributo solamente estaba vigente en Francia y España (dentro del elenco de países que constituyen la Unión Europea). Y, actualmente, tan sólo perdura *l'Impôt de la Solidarité sur la Fortune* en Francia. En cambio, si nos atenemos a la situación presente en otros países europeos no integrados en la Unión Europea, advertimos que lo mantienen vigente en sus respectivas estructuras fiscales.

Figura 5

Impuesto sobre el Patrimonio.

Situación en otros Estados Europeos que no pertenecen a la Unión Europea

Estado	Situación actual	Características
Suiza	VIGENTE	La competencia es de los diferentes Cantones y por eso el tributo varía en función del territorio. Grava tanto a residentes (por su patrimonio mundial) como a no residentes (por los activos derivados de negocios y propiedades que tengan en el territorio). Existe un mínimo exento fijado por cada territorio. El tipo de gravamen general máximo es del 1,5 por 100.
Noruega	VIGENTE	La competencia es municipal. El tipo de gravamen máximo es del 1,1 por 100.
Islandia	Derogado: 01/01/2006	
Liechtenstein	VIGENTE	La competencia es de los condados. El tipo máximo es del 0,9 por 100 aproximadamente.

Fuente: Arribas León (2010).

4. Situación actual

La Ley 19/1991, de 6 de junio, de Imposición sobre el Patrimonio surgió con un triple propósito: alcanzar una mayor eficacia en la utilización de los patrimonios, ejercer una función censal y de control del IRPF y lograr una mayor justicia redistributiva (complementaria a la que ya aspira, de por sí, el IRPF).

No obstante, la situación predominante en los países de nuestro entorno económico así como las modificaciones implementadas en el tributo desde su implantación, han

contribuido a reducir su capacidad para cumplir de modo eficaz los objetivos iniciales para los que fue proyectado. Como consecuencia de todo ello surgió la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio. Así, en su artículo tercero se encuentra la *Modificación de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio*. Los cambios que se llevan a cabo son dos. De una parte, se vuelve a redactar el artículo 33 (*Bonificación general de la cuota íntegra*), que dispone lo siguiente: *Sobre la cuota íntegra del impuesto se aplicará una bonificación del 100 por ciento a los sujetos pasivos por obligación personal o real de contribuir*. Además, se derogan los artículos 6, 36, 37 y 38, y la disposición transitoria.

En resumen, el Impuesto sobre el Patrimonio se encuentra suprimido de hecho en nuestro país pese a que jurídicamente su Ley reguladora se encuentra en vigor (a excepción de los mencionados artículos 6, 36, 37 y 38). Luego, el tributo no está derogado en términos jurídicos pero sí suprimido, encaminándonos a una situación que podríamos catalogar como poco convencional.

5. Conclusiones

La supresión o el mantenimiento del Impuesto sobre el Patrimonio es una cuestión que ha suscitado un acalorado debate en el panorama nacional e internacional a lo largo de los últimos años.

Sus detractores plantean toda una serie de razones a favor de su abolición, ciñéndose especialmente a las cuatro siguientes (por ser las más coherentes en la defensa de su tesis): (1) homogeneidad con el resto de Estados miembros de la Unión Europea (a excepción de Francia), (2) sobreimposición o superposición del gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio sobre el IRPF, (3) posibilidad de que recaiga sobre las clases medias en lugar de las grandes fortunas e (4) imperfección de determinados criterios de valoración.

Entre quienes se muestran partidarios de continuar con la implantación del tributo, sobresale la defensa de los principios constitucionales de progresividad y capacidad económica (recogidos en el artículo 31 de la Constitución Española y referentes al sistema tributario) así como el amparo a la labor de control que desempeña el mismo sobre otros impuestos (principalmente, el IRPF y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones). No obstante, los seguidores de esta tendencia consideran igualmente necesaria una notable reforma del impuesto apoyada en una revisión de los criterios de valoración de ciertos activos, si bien también sugieren incrementar significativamente el mínimo exento, disminuir los tipos y ajustar de modo más realista el límite conjunto con el IRPF.

Una vez examinados los dos puntos de vista contrapuestos, cabe concluir que el establecimiento, mantenimiento o abolición de la imposición sobre el Patrimonio continúa siendo un asunto controvertido y, por tanto, abierto a la discusión y al enfrentamiento político.

Bibliografía

- Enciso de Yzaguirre, V. (2009): "El impuesto sobre el Patrimonio: análisis y perspectivas", *Instituto de Estudios Fiscales*, Doc. n.º 12/09.
- Arribas León, M. (2010): "La renuncia a la imposición patrimonial", en Lasarte, J. y Adame, F. (coordinadores): *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Centro de Estudios Financieros, Madrid.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA PRIMERA) DE 3 DE JUNIO DE 2010, EN EL ASUNTO C-487/08, QUE TIENE POR OBJETO UN RECURSO POR INCUMPLIMIENTO INTERPUESTO, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 226 CE, EL 11 DE NOVIEMBRE DE 2008, POR LA COMISIÓN EUROPEA CONTRA ESPAÑA

Gracia María Luchena Mozo
Universidad de Castilla-La Mancha

1. Motivos que fundamentan la sentencia

El 18 de octubre de 2005, la Comisión envió a España un escrito de requerimiento en el que advertía sobre la posible incompatibilidad de la legislación nacional española con el artículo 56 CE y el artículo 40 del Acuerdo EEE, en la medida en que dicha legislación exige a las sociedades no residentes, para que puedan beneficiarse de la exención del impuesto sobre los dividendos, un umbral de participación más elevado que el exigido a las sociedades residentes.

España respondió mediante escrito de 3 de enero de 2006, afirmando, entre otros extremos, que evitar la doble imposición incumbe al Estado miembro de residencia y que la legislación española objeto de controversia no incrementa la presión fiscal sobre los dividendos distribuidos a sociedades no residentes, puesto que para determinar la presión fiscal que soporta una inversión es preciso tener en cuenta la tributación definitiva de la operación en su conjunto.

La Comisión dirigió un dictamen motivado a Bélgica, España, Italia, los Países Bajos y Portugal el 25 de julio de 2006¹ instándoles a modificar su legislación. Obrando en consecuencia, los Países Bajos así lo hicieron, pero sólo en relación con los dividendos pagados a otros Estados miembros. Así pues, la decisión de denunciar a los Países Bajos ante el Tribunal afecta únicamente a los dividendos abonados a aquellos países del EEE y de la AELC que colaboran adecuadamente (intercambio de información). Bélgica, Italia y Portugal no dieron respuesta al dictamen motivado. España respondió en sentido negativo.

Al no considerar satisfactoria la réplica de España, la Comisión emitió el 13 de julio de 2006 un dictamen motivado en el que instaba a dicho Estado miembro a adoptar las medidas necesarias para atenerse al mismo dentro de un plazo de dos meses contado a partir de su recepción. Por su parte, España contestó al dictamen motivado mediante escrito de 4 de octubre de 2006, negando toda discriminación o restricción de la libre circulación de capitales. Al no considerar satisfactoria tal respuesta, la Comisión decidió interponer el recurso el 11 de noviembre de 2008.

A tal efecto la Comisión alega que la legislación española viola el artículo 56 CE y el artículo 40 del Acuerdo EEE al supeditar la exención de los dividendos que distribuyen las sociedades residentes en España al requisito de que las sociedades beneficiarias tengan en el capital de las sociedades distribuidoras de los dividendos un porcentaje de participación más elevado en el caso de las sociedades beneficiarias no residentes, el 20

¹ IP/06/1060. La Comisión dirigió también un dictamen motivado a Luxemburgo el 25 de julio de 2006 que decidió poner fin al régimen discriminatorio, que afectaba sólo a los países de la AELC que colaboran adecuadamente (intercambio de información). <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/66&format=HTML&aged=1&language=ES&guiLanguage=en>

por 100, que en el de las residentes, el 5 por 100. En efecto, cuando la participación de la sociedad beneficiaria residente en la sociedad que distribuye beneficios alcanza el 5 por 100, los dividendos que percibe quedan exentos de impuesto, mientras que, en el caso de una sociedad beneficiaria no residente, la exención sólo se aplica cuando se alcanza un umbral de participación del 20 por 100. La Comisión fundamenta su demanda en la jurisprudencia contenida en la Sentencia de 8 de noviembre de 2007, *Amurta*², en la que el Tribunal de Justicia declaró que, cuando se trata de participaciones no contempladas en la Directiva 90/435, los artículos 56 CE y 58 CE se oponen a que se aplique una retención en origen a los dividendos distribuidos a las sociedades no residentes, si al mismo tiempo se exime de tal retención a los dividendos repartidos a las sociedades residentes, resulta plenamente aplicable a la situación objeto del presente recurso y es suficiente para fundamentarlo.

Planteado el marco en el que tiene lugar la resolución, queremos poner de manifiesto varias circunstancias que llaman la atención de esta Sentencia. En primer lugar el porcentaje de participación en el caso de entidades no residentes que toma como regencia la Comisión. En segundo lugar, el Estado contra el que se comete la pretendida discriminación y que inicia el procedimiento contra España.

Por lo que respecta a la primera cuestión, el Tribunal estima que la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado³. Puesto que el plazo en cuestión finalizó dos meses después de la recepción por España del dictamen motivado enviado a dicho Estado miembro el 13 de julio de 2006, los cambios producidos posteriormente no pueden ser tenidos en cuenta por el Tribunal de Justicia. Por consiguiente, para el Tribunal carece de pertinencia en el caso de autos la circunstancia de que, en virtud del artículo 14, apartado 1, letra h), número 3, párrafo segundo, de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, el porcentaje de participación en el capital de la sociedad que distribuye los dividendos se haya reducido al 15 por 100 a partir del 1 de enero de 2007 y al 10 por 100 a partir del 1 de enero de 2009.

Sin embargo, parece olvidar la Comisión y el Tribunal que la redacción del precepto que suscita el conflicto es reflejo fiel del art. 3 de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices de Estados Miembros diferentes. O lo que es lo mismo, la legislación española, en su labor de transposición, no hace más que trasladar al texto de la ley las disposiciones "preceptivas o incondicionales" que imponen a los Estados miembros una obligación de conformidad de las medidas nacionales de transposición con las disposiciones de la Directiva⁴, hasta el punto de que la Comisión y el Tribunal prestan más atención a la redacción de las medidas nacionales indicando, incluso, que deben ser idénticas a las disposiciones de la Directiva.

Por lo que respecta al segundo asunto no debe perderse de vista que Chipre sigue siendo un paraíso fiscal a efectos de la legislación española -aunque ha quedado excluido de la lista de la OCDE- pese a la recalificación llevada a cabo por la Ley 35/2006. Si a ello

² C-379/05.

³ Sentencias de 4 de julio de 2002, *Comisión/Grecia*, C-173/01, apartado 7; de 14 de abril de 2005, *Comisión/Luxemburgo*, C-519/03, apartado 18, y de 6 de octubre de 2009, *Comisión/España*, C-562/07, apartado 23.

⁴ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Comunicación de la Comisión –Una Europa de resultados– La aplicación del Derecho comunitario". COM (2007) 502 final. INT/384, "La aplicación del Derecho comunitario". Bruselas, 12 de marzo de 2008.

añadimos la dicción del apartado segundo del art. 1 de la Directiva 90/435/CE cuando dispone que “la presente Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos”, podría entenderse justificado dicho tratamiento discriminatorio al quedar justificada por razones imperiosas de interés general. En cualquier caso, al obtener Chipre la condición de Estado miembro de pleno derecho es evidente que tal argumentación deja de tener validez⁵.

Centrándonos en el nudo gordiano del asunto, en lo que respecta al ámbito de la imposición directa, el Tribunal nos recuerda insistentemente la competencia exclusiva de los Estados miembros que deben ejercerla, no obstante, respetando el Derecho de la Unión⁶. Asimismo, los Estados miembros siguen siendo competentes para fijar, mediante convenio o de forma unilateral, los criterios de reparto de su potestad tributaria con el fin, en particular, de suprimir la doble imposición que es, en definitiva, lo que pretende la Directiva 90/435/CE.

a) No discriminación

Habitualmente el principio de no discriminación es considerado como la formulación negativa del principio de igualdad. La igualdad, como principio fundamental de corte universal, imprime carácter a las relaciones internacionales a diverso nivel. Por un lado, como principio fundamental del Derecho Internacional, supone la aplicación de la equiparación de trato a nivel convencional del art. 24 MCOCDE, pero condicionado a una cláusula de reciprocidad⁷ así como al resto de disposiciones de los Convenios de Doble Imposición (CDIs). El segundo marco normativo lo configura el actual art. 18 –antiguo art. 12 TCE– del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que como marco genérico exige la formulación específica⁸ dentro de cada una de las libertades sobre las que se asienta la clave de bóveda del mercado común y cuyo máximo garante es el Tribunal de Justicia de Luxemburgo (TJUE). Mercado interior que se ha erigido en elemento interpretativo del TJUE dentro del proceso armonizador puesto al servicio de la consecución de otros objetivos como son la conquista de las cuatro libertades comunitarias sobre la idea base de la equiparación de trato entre nacionales y no

⁵ Debe hacerse notar que en diversos artículos de la LIS se incluían cláusulas antiabuso en el caso de entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales. Ahora se ha añadido un párrafo final a dichos artículos en virtud del cual si se demuestra la residencia de los sujetos pasivos en un Estado miembro de la Unión Europea y se acredita que su constitución responde a motivos económicos válidos y a la realización de actividades empresariales, se salvaría la mencionada cláusula antiabuso. La antigua redacción infringía el Derecho Comunitario en materia de discriminación y libertad de movimiento de capitales.

⁶ Sentencias *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, apartado 36, y *Amurta*, antes citada, apartado 16, así como la Sentencia de 19 de noviembre de 2009, *Comisión/Italia*, C-540/07, apartado 28.

⁷ Vid. Martín Jiménez, A.J. y Calderón Carrero, J.M.: *Imposición directa y no discriminación comunitaria*. Edersa, Madrid. 2000. Págs. 15 y ss.; Miranda Pérez, A: *La no discriminación fiscal en los ámbitos internacional y comunitario*. Bosch. Barcelona. 2005. Págs. 91 y ss.; Martín Jiménez, A.J: “No discriminación”. AAVV. *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*. CISS, Valencia. 2008. Págs. 523 y ss.

⁸ Como pone de manifiesto García Prats debe tenerse en cuenta la diferente proyección del principio de no discriminación en relación con cada una de las libertades. “así, en relación con la libre prestación de servicios, de mercancías y de capitales es la traba u obstáculo normativo o administrativo que restringe los servicios o mercancías provenientes de otros Estados miembros los que tiene la consideración de discriminatorios. En cambio, en relación con la libre circulación de trabajadores, es la discriminación la que se manifiesta mediante la interposición de alguna traba –positiva o negativa–, estableciendo alguna medida más rigurosa, restrictiva, o denegando las ventajas concedidas a los propios nacionales, a los trabajadores de otro Estado miembro o los trabajadores migrantes” (*Imposición directa, no discriminación y derecho comunitario*. Tecnos, Madrid. 1998. Pág. 42).

nacionales y, por ende, sobre el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad que se erige de este modo en valor, principio y derecho fundamental⁹.

Pero una cosa queda clara, y es que la armonización fiscal comunitaria en el ámbito de la imposición directa es, cuando menos, complicada dada la incertidumbre acerca del instrumento normativo más adecuado que haga compatible la legislación fiscal interna de los Estados miembros –con especial referencia a los principios tributarios– con los principios fundamentales de la Unión Europea¹⁰. La solución parece venir de la mano de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia al que se le debe reconocer el mérito –y también el demérito, en otras ocasiones– de haber llevado a cabo una interpretación, por otro lado nada sencilla, integradora de los diferentes principios informadores de las libertades comunitarias que deben estar presentes también en el ámbito fiscal¹¹. Nos referimos al principio de no discriminación en relación con la imposición sobre la

⁹ Iglesias Casais, J.M: *No discriminación fiscal y derecho de establecimiento en la Unión Europea*. Aranzadi, Navarra. 2007. Pág. 37.

¹⁰ Varias han sido las soluciones planteadas. Para WATTEL, tanto el Estado de la fuente como el de residencia deberían tener en cuenta las circunstancias personales como familiares del trabajador comunitario en proporción a la renta obtenida en cada uno de los Estados, sometiéndose en ambos Estados por la totalidad de su rentas a imposición, lo que supondría que deberían desaparecer los tipos proporcionales que en la actualidad se aplican (“Progressive taxation of non-residents and intra-EC allocation of personal tax allowance”. *European Taxation*, vol. 40. núm. 6. 2000. Págs. 310 y ss.

Sin embargo, y como afirma García Prats, si bien es cierto que el Derecho Comunitario reconoce que debe existir una personalización del gravamen sobre la renta, dicha personalización debe producirse en el Estado de la residencia, y en su defecto en el de generación del rendimiento, pues dada la falta de armonización en la materia no puede garantizarse una completa personalización del gravamen, lo que a su vez dificulta el reparto proporcional de dicha personalización (“La jurisprudencia del TJCE y el art. 33 de la LIRNR (o de la asunción del principio de capacidad económica como principio del ordenamiento comunitario”. Ponencia presentada en el Convegno di Studio *Libertà economiche del Trattato UE ed imposizione diretta degli Stati. Il divieto di discriminazione: riflessi fiscali*. Bolonga, 27 y 28 de septiembre de 2002. Facoltà di Giurisprudenza. Págs. 34 y 35.

Otra opción es la apuntada por Calderón Carrero y Martín Jiménez, cuando estiman que “quizá fuera más conveniente que un único Estado (el de residencia) sometiera a imposición a los trabajadores (o profesionales) transfronterizos; este Estado gravaría exclusivamente a este tipo de contribuyentes, con arreglo a su capacidad económica mundial y teniendo en cuenta y situación personal y familiar, de manera que se evitarían los problemas de diversa índole que conlleva el solapamiento de dos (o más) impuestos sobre la renta sobre un mismo contribuyente (esta es la solución que regulan, por ejemplo, los CDIs entre España y Portugal o España y Francia, en relación con las rentas del trabajo); como segundo presupuesto de este sistema, el Estado de residencia debería compensar al Estado de la fuente o actividad transfiriéndole la parte de la recaudación tributaria que le corresponde en función del nivel de renta obtenido en el territorio de cada estado...Este sistema, no obstante, también plantea dificultades” (“La armonización jurisprudencial de la Imposición directa: las implicaciones fiscales del principio comunitario de no discriminación en relación con las libertades básicas comunitarias”. AAVV. *Manual de Fiscalidad Internacional*. IEF, Madrid. 2004. Cit. Pág. 1213).

Algo similar es lo previsto en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 23 de diciembre de 2005, “Superación de los obstáculos con que se enfrentan las pequeñas y medianas empresas en el mercado interior en materia de impuesto de sociedades - Esbozo de una posible aplicación de un régimen piloto de imposición según las normas del Estado de origen” COM (2005) 702 final.

¹¹ Para González García, el principio de no discriminación ha evolucionado a través de la jurisprudencia del TJCE hasta convertirse en “el principal límite al ejercicio de la competencia exclusiva que los Estados miembros reservan en esta materia... (De manera que) los efectos de su aplicación pueden llegar a fracturar los cimientos de los sistemas tributarios de los Estados miembros” (“Una aproximación al contenido de los conceptos de no discriminación y restricción en el Derecho Comunitario”. *Documentos*, núm. 8. 2004. Pág.10).

En sentido similar *Vid.* Herrera Molina, P: “Los Convenios de Doble Imposición ante las libertades comunitarias (Análisis de la Jurisprudencia del TJCE)”. AAVV. *Fiscalidad internacional*. CEF, Madrid. 2005. Págs. 1079 y 1080.

renta¹², cuyo pronunciamiento en *Avoir Fiscal* el 28 de enero de 1986 del TJUE¹³ inició el rosario de Sentencias que le han seguido sobre la prohibición de discriminación fiscal respecto de un impuesto directo y en el marco de la obligación real de contribuir. Pero, como evidencia Ruiz Almendral¹⁴, el Tribunal ha ido mucho más allá de admitir una diferencia de trato para desglosar meticulosamente las diferencias de trato y sus consecuencias jurídicas hasta el punto de que las diferencias entre residentes y no residentes y las normas que regulan dichas situaciones pasan cada vez por un tamiz más fino que acaban por difuminar casi en su totalidad ambas situaciones y que nos permite afirmar que gracias a la manida equiparación de trato con base en el principio de no discriminación se limita el poder tributario de los Estados¹⁵.

En el marco de la libertad de circulación de capitales aplicada a la imposición de los beneficios de las sociedades el principio de no discriminación se manifiesta en la jurisprudencia mediante la prohibición de medidas fiscales de un Estado miembro que obstaculicen la captación de capitales en ese Estado por sociedades extranjeras, por una parte, y por otra la de medidas fiscales de un Estado miembro que disuadan a los contribuyentes de ese Estado de invertir sus capitales en sociedades establecidas en el extranjero. Como se ha encargado de recordar el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Persche*¹⁶, esa concurrencia se manifiesta en el artículo 65.1.a) TFUE (art. 58 TCE).

No obstante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 65 TFUE (art. 58 TCE), dicha libertad se aplica sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a establecer en su normativa fiscal una distinción entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital, siempre no obstante que sus normas no constituyan un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos que prohíbe el apartado 3 de ese artículo 65 TFUE.

b) Doble imposición

El Derecho Comunitario, en su estado actual, no prescribe criterios generales para el reparto de competencias entre los Estados miembros en lo que se refiere a la eliminación de las dobles imposiciones dentro de la Comunidad Europea. Exceptuando la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, el Convenio de 23 de julio de 1990 relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas y la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses¹⁷, no se ha adoptado hasta la fecha, en el marco del

¹² Según el Dictamen del Comité de las Regiones sobre “Trabajadores transfronterizos- Balance de la situación tras diez años de mercado interior: problemas y perspectivas”, no debería dejarse en manos del Tribunal de Justicia Europeo el desarrollo de una legislación social comunitaria europea, sino que también debería contribuirse activamente a la resolución de los problemas de los trabajadores transfronterizos”. (DOCE C 43, de 18 de febrero de 2005).

¹³ STJCE de 28 de enero de 1986, *Comisión/Francia (Avoir Fiscal)*, C-279/83.

¹⁴ Ruiz Almendral, V: “La tributación del no residente comunitario: entre la armonización fiscal y el Derecho tributario internacional”. *EUI Working Papers Law*, 2008/25. Pág. 55 http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/9515/LAW_2008_%2025.pdf?sequence=1

¹⁵ Véase, en particular, la Sentencia de 7 de septiembre de 2004, *Manninen*, C-319/02, apartado 19 y la jurisprudencia citada.

¹⁶ Sentencia de 27 de enero de 2009, *C-318/07*, apartados 40 y 41.

¹⁷ *Vid.* Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses *COM (2008) 727*.

Derecho comunitario, ninguna medida de unificación o de armonización tendente a eliminar las situaciones de doble imposición en materia de fiscalidad directa¹⁸. Ha de recordarse que la autonomía fiscal implica igualmente que los Estados miembros tienen libertad para establecer las condiciones de tributación y la carga fiscal aplicables a los distintos tipos de establecimientos de las sociedades nacionales que operen en el extranjero, siempre y cuando les otorguen un trato que no resulte discriminatorio con respecto a los establecimientos nacionales comparables¹⁹ aunque la preocupación por los efectos perniciosos ha hecho que la Comisión haya adoptado una postura de coordinación y acercamiento entre Estados²⁰.

En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en lo que atañe a las medidas previstas por un Estado miembro a fin de evitar o atenuar la tributación en cadena o la doble imposición económica de los beneficios distribuidos por una sociedad residente, los accionistas beneficiarios residentes no se encuentran necesariamente en una situación comparable a la de los accionistas beneficiarios residentes en otro Estado miembro²¹. Sin embargo, a partir del momento en que un Estado miembro, de forma unilateral o por vía de acuerdos, sujeta al impuesto sobre la renta, no sólo a los accionistas residentes sino también a los accionistas no residentes, por los dividendos que reciben de una sociedad residente, la situación de los mencionados accionistas no residentes se asemeja a la de los accionistas residentes²².

Sin embargo, y pese a haberse admitido generalmente que es el Estado de la residencia de la sociedad beneficiaria el mejor llamado a atenuar el perjuicio de la doble imposición,

¹⁸ Vid. Magraner Moreno, F.J: “La coordinación de los Convenios para evitar la doble imposición a escala comunitaria: situación actual y perspectivas de futuro”. *Documentos*, núm. 26. 2009.

¹⁹ Vid. en este sentido STJCE de 6 de diciembre de 2007, *Columbus Container Services BVBA & Co. C-298/05*; Sentencia de 20 de mayo de 2008, *Orange European Smallcap Fund, C-194/06*; Sentencia de 16 de julio de 2009, *Damseaux, C-128/08* y Sentencia de 1 de octubre de 2009 Sentencia *Gaz de France - Berliner Investissement, C-247/08*.

²⁰ Sólo como medidas *soft law* se han adoptado algunas orientaciones para los Estados miembros que pretenden servir de base para las legislaciones internas en aras a la consecución de la supresión de la doble imposición. Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 19 de diciembre de 2006, “La coordinación de los sistemas de imposición directa de los Estados miembros en el mercado interior”, COM (2006) 823 final que va acompañada de otras dos comunicaciones, a saber: Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 19 de diciembre de 2006, “Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros”, COM (2006) 825 final y Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 19 de diciembre de 2006, “Consideración fiscal de las pérdidas en un contexto transfronterizo”, COM (2006) 824 final.

Téngase en cuenta que tras la versión consolidada del TFUE de 30 de marzo de 2010, el art. 293 TCE desaparece. En él se preveía la facultad –para algunos el deber– de los Estados miembros de negociar CDI para evitar la doble imposición dentro de la Comunidad. Pues bien, como señala Herrera Molina varias han sido las interpretaciones de su supresión: mientras que para unos supone el reconocimiento del fracaso de la UE para mitigar la doble imposición en el ámbito comunitario, para otros supone dar un paso adelante para que las instituciones comunitarias recojan el testigo y asuman dicho objetivo (Herrera Molina, P.M: “Epitafio al art. 293 del Tratado de la Comunidad Europea: supresión de la doble imposición en el seno de la Comunidad”. AAVV. *Justicia y Derecho Tributario*. La Ley, Valencia. 2008. Pág. 649.

²¹ Sentencia de 14 de diciembre de 2006, *Denkavit Internationaal y Denkavit France, C-170/05*, apartado 34.

²² Sentencias 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in Class IV of the Act Group Litigation, C-446/04*, apartado 68; *Denkavit International y Denkavit France*, apartado 35, antes citada; 8 de noviembre de 2007, *Amurta, C-379/05*, apartado 38.

Vid también las conclusiones del Abogado General Ján Mazák presentadas el 18 de diciembre de 2008 en el asunto C-303/07, apartados 36 y ss.

con la Sentencia *Amurta* parece compartirse el objetivo de modo que afirma que “el mero ejercicio por este mismo Estado de su competencia fiscal, con independencia de cualquier tributación en otro Estado miembro, da lugar a un riesgo de imposición en cadena o de doble imposición económica. En tal caso, para que las sociedades beneficiarias no residentes no se enfrenten a una restricción a la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 56 CE [art. 63 TFUE], el Estado de residencia de la sociedad que distribuye beneficios debe velar por que, en relación con el mecanismo previsto en su Derecho nacional para evitar o atenuar la imposición en cadena o la doble imposición económica, las sociedades accionistas no residentes estén sujetas a un trato equivalente al que disfrutaban las sociedades accionistas residentes” (ap. 52) y sin que a tal efecto pueda alegarse que “en virtud de lo estipulado por los convenios de doble imposición, permit(a) en todo caso compensar la diferencia de trato a que la lugar la aplicación de la normativa nacional”²³.

En efecto, si bien es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado que no puede descartarse que un Estado miembro consiga garantizar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Tratado celebrando un convenio para evitar la doble imposición con otro Estado miembro²⁴, sin embargo, para ello es necesario que la aplicación del convenio para evitar la doble imposición permita compensar los efectos de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional. En definitiva, “la diferencia de trato entre los dividendos distribuidos a sociedades domiciliadas en otros Estados miembros y los dividendos distribuidos a sociedades residentes sólo desaparece totalmente en caso de que el impuesto retenido en origen en aplicación de la normativa nacional pueda deducirse del impuesto debido en el otro Estado miembro hasta el límite de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional” (ap. 59).

Pero en el presente asunto la mayor parte de los convenios para evitar la doble imposición celebrados por España establecen que la cantidad deducida o imputada en concepto del impuesto percibido en España no podrá exceder de la parte del impuesto del Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria –calculado antes de la deducción– correspondiente a las rentas gravadas en España. Así las cosas, si dichos dividendos no son gravados, o no lo son en una medida suficiente, no podrá deducirse la cantidad retenida en España o una parte de ésta de modo que no puede neutralizarse el efecto pernicioso requerido: la doble imposición.

Si a lo anterior añadimos la alegación de España de que, pese a no haber firmado CDI, rige la exención general de los dividendos procedentes de otros Estados miembros, y oponemos la argumentación del Tribunal al estimar que “un Estado miembro no puede alegar la existencia de una ventaja concedida de manera unilateral por otro Estado miembro para eludir las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado” (ap. 66) parece inexorable la condena a España por haber “incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, apartado 1, al supeditar la exención de los dividendos que distribuyen las sociedades residentes en España al requisito de que las sociedades beneficiarias tengan en el capital de las sociedades distribuidoras de los dividendos un porcentaje de participación más elevado en el caso de las sociedades beneficiarias residentes en otro Estado miembro que en el caso de las residentes en España” (ap. 69).

²³ Sentencia de 19 de noviembre de 2009, *Comisión/Italia*, C-540/07, apartado 39.

²⁴ Sentencias, antes citadas, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, apartado 71, y *Amurta*, apartado 79.

2. Otras consecuencias previsibles en nuestro ordenamiento tributario

Si tenemos en cuenta el paulatino dismantelamiento de la obligación real de contribuir que está llevando a cabo el Tribunal de Justicia puesto de manifiesto, hasta ahora, con más fuerza en relación a la imposición sobre la renta de las personas físicas, no parece que la dirección vaya a ser distinta por lo que respecta a las entidades²⁵.

De hecho han sido varias las materias que en relación al Impuesto sobre Sociedades ha sufrido los envites del Tribunal. La deducción del fondo de comercio financiero (art.12. 5 TRLIS), la subcapitalización (art. 20 TRLIS), o la eliminación de la cláusula específica antiabuso para deducir la doble imposición (art. 21.1.b) TRLIS) y la reciente causa son algunas de las materias que han debido adaptarse –o deberán hacerlo– al Derecho de la UE a través de la función armonizadora de carácter negativo que lleva a cabo el TJUE.

Pero probablemente esta no sea la última remodelación que sufra nuestro impuesto societario a la vista de los dictados jurisprudenciales recientes²⁶.

En efecto, la misma incompatibilidad parece surgir respecto a la exigencia de la actividad desarrollada y requerida por el art. 21 TRLIS al demandar que al menos el 85 por 100 de la rentas procedan de actividades económicas. Pues bien a la vista de lo establecido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de marzo de 2007, *Rewe Zentralfinanz*, C-347/04, apartado 28, surgen dudas de compatibilidad con el Derecho Comunitario en la medida en que se exigen requisitos adicionales no prescritos para entidades residentes que además no se prevén en la Directiva 90/435/CEE²⁷.

Parecidas circunstancias rodean a los requisitos del art. 22 TRLIS en relación a las pérdidas y que por derivación de la Sentencia *Cobelfret* de 12 de febrero de 2009 del Tribunal de Justicia (C-138/07), podrían entenderse contrarios al Derecho Comunitario por extensión del pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo en relación con la normativa belga, en la medida en que la entidad no puede beneficiarse de la deducción por doble imposición en los ejercicios en los que sufrió pérdidas no respondiendo al espíritu ni a la finalidad de la Directiva 90/435/CEE²⁸. No obstante, el Tribunal en la Sentencia de 17 de septiembre de 2009, *Glaxo Wellcome –asunto C-182/08–* estima que en la determinación de la base imponible del adquirente puede tenerse presente la depreciación de las participaciones sociales como consecuencia de la distribución de dividendos al quedar justificada por la necesidad de preservar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros en tanto que "tales consecuencias no se limitan a la reducción de los ingresos fiscales de la República Federal de Alemania, sino que implican que, al conceder indirectamente al no residente una ventaja financiera equivalente al crédito fiscal en concepto del impuesto percibido sobre los beneficios de una sociedad residente, los ingresos que en condiciones normales serían imposables en el Estado miembro del domicilio de esta sociedad se desplazarían hacia el Estado

²⁵ Luchena Mozo, G.M: "El principio de no discriminación en la jurisprudencia del TJCE: Incidencia en la imposición directa española". *Rivista Italiana Di Diritto Pubblico Comunitario*, núm. 3-4. 2010. Págs. 945 y ss. "Un paso más hacia la configuración de un estatuto del no residente comunitario: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 18 de marzo de 2010, *Gielen*, Asunto C-440/08". *Noticias de la Unión Europea*, en prensa.

²⁶ Así lo apuntábamos en "Internacionalización de las inversiones: medidas unilaterales de la legislación española para el fomento del comercio exterior". AAVV. *Internacionalización de las inversiones: Tratamiento fiscal en España y en la Unión Europea*. Bosch, Barcelona. 2009. Págs. 63 y ss.

²⁷ En sentido similar Sentencia de 22 de diciembre de 2008, *Les Vergers du Vieux Tauves SA*, C-48/07.

²⁸ Sentencia de 15 de mayo de 2008, *Lidl Belgium*, C-414/06.

miembro competente para gravar la plusvalía realizada por el no residente, vulnerando de este modo el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros” (apartado 87). Esta afirmación es matizada por el Tribunal en la Sentencia de 25 de febrero de 2010, *X Holding –asunto C-337/08–* de modo que sólo admite la imputación temporal de las pérdidas de un establecimiento permanente sito en el extranjero a la sede principal de la empresa, no así para las filiales a las que considera que no se encuentran en una situación comparable a efectos del reparto de la potestad tributaria²⁹.

Por todo lo expuesto podemos afirmar que “seguramente los problemas derivados de la aplicación de las libertades comunitarias a los impuestos directos no puedan tener solución adecuada por vía judicial y sea necesario, como sugieren voces autorizadas, abordar finalmente la tarea de armonización de este sector de la imposición”³⁰.

Efectivamente, en este sentido parece estar avanzándose aunque queda aún por determinar la efectividad de los resultados obtenidos. Cabe mencionar la base imponible común consolidada en el impuesto sobre sociedades³¹, el régimen piloto de imposición según las normas del Estado de origen, cuyo principio básico no es otro que el principio de reconocimiento mutuo y voluntario de las normas fiscales tal y como pone de

²⁹ Apartado 36. Y sigue argumentando el Tribunal: “En efecto, los establecimientos permanentes sitos en otro Estado miembro y las filiales no residentes no se encuentran en una situación comparable a efectos del reparto de la potestad tributaria regulado en un convenio como el Convenio de doble imposición, concretamente en los artículos 7, apartado 1, y 23, apartado 2, de éste. Mientras que la filial, en tanto que persona jurídica autónoma, está íntegramente sujeta a tributación en el Estado contratante en el que se halle su domicilio social, no sucede lo mismo con el establecimiento permanente sito en otro Estado miembro, el cual, en principio, queda sometido parcialmente a la competencia fiscal del Estado miembro de origen. Es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado en ocasiones anteriores que la libre elección que el artículo 43 CE [art. 49 TFUE], párrafo primero, segunda frase, deja a los agentes económicos para escoger la forma jurídica más apropiada para el ejercicio de sus actividades en otro Estado miembro no debe ser limitada por disposiciones fiscales discriminatorias (véanse, en este sentido, las Sentencias Comisión/Francia, antes citada, apartado 22; Oy AA, antes citada, apartado 40, y de 23 de febrero de 2006, CLT-UFA, C-253/03, apartado 14). Sin embargo, el Estado miembro de origen mantiene su libertad para regular las condiciones de tributación y la carga fiscal aplicables a los distintos tipos de establecimientos de las sociedades nacionales que operen en el extranjero, siempre y cuando les otorguen un trato que no resulte discriminatorio con respecto a los establecimientos nacionales comparables (Sentencia de 6 de diciembre de 2007, Columbus Container Services, C-298/05, apartados 51 y 53). Dado que, como se ha señalado en el apartado 38 de la presente Sentencia, los establecimientos permanentes sitos en otro Estado miembro y las filiales no residentes no se encuentran en una situación comparable a efectos del reparto de la potestad tributaria, el Estado miembro de origen no está obligado a aplicar a las filiales no residentes el mismo régimen fiscal aplicado a los establecimientos permanentes sitos en el extranjero. Así pues, en una situación como la del litigio principal, en la cual la ventaja fiscal de que se trata consiste en conceder a las sociedades matrices residentes y a sus filiales residentes la posibilidad de tributar como si formaran una sola unidad fiscal, toda extensión de esta ventaja a situaciones transfronterizas implicaría permitir, tal y como se ha expuesto en el apartado 32 de la presente Sentencia, que la sociedad matriz elija libremente el Estado miembro en el que puede imputar las pérdidas de su filial no residente (véase, por analogía, la Sentencia Oy AA, antes citada, apartado 64)” (apartados 38 a 41).

³⁰ Palao Taboada, C: “Sistema de fuentes del Derecho tributario en el contexto del Ordenamiento jurídico comunitario. Derecho comunitario originario. Principios generales y valores jurídicos superiores. Valor normativo. Particular referencia a las libertades comunitarias y las cláusulas generales antiabuso”. AA VV. Foro Sainz de Bujanda: Ley General Tributaria y Derecho comunitario. *Documentos*, núm. 2. 2009. Pág. 14.

³¹ Véase COM (2001) 582 final, así como la Comunicación de 19 de diciembre de 2006 de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y el Comité Económico y social europeo “Tratamiento fiscal de las pérdidas transfronterizas”, COM (2006) 824.

manifiesto la Comunicación del 2005³², y el último hito, hasta ahora, son un grupo de iniciativas que tienen por objeto promover la coordinación de los sistemas de imposición directa de los Estados miembros con el fin de suprimir obstáculos fiscales tales como las discriminaciones y las dobles imposiciones³³. Pero como reconoce la Comisión “ése es sólo un punto de partida. Es necesario encontrar soluciones que garanticen un trato fiscal coherente a través de las fronteras. La experiencia ha mostrado que no siempre es posible dar cumplimiento a la obligación de no discriminación de manera coherente u óptima mediante medidas unilaterales”³⁴.

Lógicamente el éxito de estas iniciativas dependerá de la implementación definitiva de la cooperación entre Administraciones financieras y de la voluntad de cooperar en soluciones coordinadas por parte de los Estados miembros.

³² *Cfr.* Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social “Superación de los obstáculos con que se enfrentan las pequeñas y medianas empresas en el mercado interior en materia de impuesto de sociedades. Esbozo de una posible aplicación de un régimen piloto de imposición según las normas del Estado de origen {SEC(2005)1785}”, COM (2005) 702, final.

³³ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 19 de diciembre de 2006, “La coordinación de los sistemas de imposición directa de los Estados miembros en el mercado interior” [COM (2006) 823 final - no publicada en el Diario Oficial].

³⁴ *Op. Cit.* Últ.

**EL CANON DIGITAL ESPAÑOL Y EL DERECHO COMUNITARIO
(II): LA STJUE DE 21-OCTUBRE-2010 SOBRE EL ASUNTO C-
467/08, PADAWAN SL Y SGAE**

Lilo Piña Garrido

Instituto de Estudios Fiscales

En el número anterior de estos *Boletines de Actualidad de Crónica Tributaria* comentábamos las conclusiones de la Abogada General sobre el caso C-467/08, en el que la Audiencia Provincial de Barcelona planteaba una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea al hilo de un litigio pendiente ante ella en el que Padawan SL, una tienda de productos informáticos, se negaba a pagar el “canon digital” que la Sociedad General de Autores y Editores de España le reclamaba por las ventas de aparatos y soportes digitales realizadas durante los años 2002 a 2004.

El TJUE acaba de dictar sentencia. ¿Sus respuestas a las cuestiones planteadas? Las siguientes: (1) El concepto de “compensación equitativa” que se emplea en el art. 5.2.b de la Directiva 2001/29 “constituye un concepto autónomo de Derecho de la Unión que debe interpretarse de manera uniforme en todos los Estados miembros, con independencia de la facultad reconocida a estos para determinar las modalidades de aplicación del derecho a dicha compensación” –punto 29 de la sentencia–, así lo exigen el principio de igualdad y la necesidad de evitar distorsiones en la competencia intracomunitaria; (2) esa “compensación equitativa” “debe calcularse necesariamente sobre la base del criterio del perjuicio causado a los autores de obras protegidas” –pto 42– y por ello su cuantía debe buscar un “justo equilibrio” entre los los autores y quienes les causan el perjuicio, que son quienes realizan copias para su uso privado; no obstante, el legislador nacional puede obligar al pago a las personas que ponen a disposición de los usuarios finales los soportes o equipos necesarios para la realización de las copias o les prestan el servicio de reproducción, siempre que estas personas tengan la posibilidad de repercutir el “canon” sobre los usuarios finales –pto 50–; (3) “la compensación equitativa... sólo es compatible con los requisitos del “justo equilibrio” en caso de que los equipos, aparatos y soportes de reproducción en cuestión puedan utilizarse para realizar copias privadas, y, por consiguiente, puedan causar un perjuicio a los autores de obras protegidas... existe una necesaria vinculación entre la aplicación del canon por copia privada... y la utilización... para realizar reproducciones privadas” –pto 52–; (4) “la aplicación indiscriminada del canon por copia privada en relación con todo tipo de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital, incluido el supuesto citado explícitamente por el órgano jurisdiccional remitente, de que estos sean adquiridos por personas distintas de las personas físicas para fines manifiestamente ajenos a la copia privada, no resulta conforme con el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2001/29 –pto 53–; (5) “una vez que los equipos en cuestión se han puesto a disposición de personas físicas para fines privados no es necesario verificar en modo alguno que estas hayan realizado efectivamente copias privadas mediante aquellos, ni que, por lo tanto, hayan causado efectivamente un perjuicio a los autores de obras protegidas –pto 54– y esto porque “se presume legítimamente que dichas personas físicas se benefician íntegramente de tal puesta a disposición, es decir, que se supone que explotan plenamente las funciones de que están dotados los equipos, incluida la de reproducción” –pto 55–, de manera que “la mera capacidad de dichos equipos o aparatos para realizar copias basta para justificar la

aplicación del canon por copia privada, siempre y cuando dichos equipos o aparatos se hayan puesto a disposición de personas físicas en condición de usuarios privados” –pto 56–. El Tribunal cita se apoya en el tenor literal del considerando 35 de la Directiva 2001/29 que habla de “posible daño” y su propia sentencia de 7 de diciembre de 2006, en el asunto *C-306/05*; y (6) se concluye afirmando que “la aplicación indiscriminada del canon por copia privada, en particular en relación con equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas, no resulta conforme con la Directiva 2001/29”.

El TJUE no se pronuncia, sin embargo, sobre la compatibilidad de la ley española de propiedad intelectual con el Derecho Comunitario –eso sólo puede hacerlo en el marco de un recurso por incumplimiento, como él mismo recuerda en el punto 61 de la sentencia–, ni sobre si la Directiva de 2001 es aplicable o no al supuesto de hecho concreto –pto 21–. Ambas son cuestiones que tendrá que resolver el tribunal nacional.

Después del amplio comentario que dedicamos a este tema en nuestro anterior trabajo, ahora sólo quisiéramos comentar brevemente que si bien compartimos las ideas que hemos recogido bajo los números (1) a (3), las siguientes nos parecen un poco más discutibles. Creemos que el TJUE se equivoca cuando incluye el caso de Padawan entre aquellos contrarios a la Directiva (4), ya que, siguiendo sus propios razonamientos, Padawan es sólo uno de los que él llama “deudores indirectos”, que ponen a disposición –venden– del usuario final un producto que puede ser utilizado para realizar copias privadas y que puede –según nuestro Derecho debe– repercutir el “canon” al cobrar por él. Coincidimos con el Tribunal cuando afirma que no puede exigirse de forma indiscriminada el canon y desde luego no a personas jurídicas –públicas o privadas– porque la Directiva no lo permite; pero nosotros iríamos más lejos y no permitiríamos su exigencia cuando el soporte o aparato es adquirido por una persona física para fines distintos de la copia privada, lo cual podría acreditarse en muchos casos –no en todos, por supuesto–, como el del famoso abogado andaluz que consiguió que le devolvieran lo pagado por DVDs adquiridos y utilizados para grabar juicios –lo comentábamos en nuestro artículo anterior–. No creemos que pueda presumirse sin admitir prueba en contrario que quien adquiere cualquier tipo de aparato que pueda ser empleado para realizar copias de uso privado de obras de autor, lo vaya a hacer siempre y en todo caso. Piénsese que estamos hablando no ya de ordenadores o cadenas de música, sino de simples teléfonos móviles.

En definitiva, la sentencia probablemente supone una gran alegría para empresas y administraciones públicas –universidades, ayuntamientos que estaban reclamando la devolución del canon en los tribunales, etc–, pero no aclara del todo qué pasará con empresarios o profesionales personas físicas –la sentencia deja una puerta abierta para que puedan negarse a pagar el “canon”, puesto que habla de la exigencia legítima del canon sólo cuando los equipos o aparatos se ponen a disposición de “personas físicas en (su) condición de usuarios privados” en el pto 56, por lo tanto, parece que si prueban que lo hacen en su condición de empresarios o profesionales tal vez no debieran pagar el canon, pero a nadie se le escapa que será difícil controlar el uso efectivo de los productos para fines laborales o privados–. Y desde luego no pone fin a la injusticia que sufren los simples ciudadanos que utilizan los CDs o DVDs que compran para grabar sus trabajos o sus fotos familiares.

El legislador español tendrá ahora que reaccionar adaptando nuestra ley a Derecho Comunitario del modo que le indica el Tribunal de Justicia –sería bueno que demostrase sensibilidad hacia las demandas sociales que exigen una reforma de mayor calado en el

“canon”-. Las personas jurídicas que hayan pagado en el pasado “compensaciones equitativas por copias privadas” podrán reclamar la devolución de aquellas cantidades más los intereses de demora y de acuerdo con la STJUE de 26-enero-2010 podrán utilizar la vía de la exigencia de responsabilidad patrimonial al Estado legislador, en el plazo de un año a partir de este momento, aunque no hubieran reclamado antes contra el pago del “canon”.

**COMENTARIO A LA STJUE DE 1 DE JULIO DE 2010,
ASUNTO C-233/09, G Y M DIJKMAN**

Lilo Piña Garrido

Instituto de Estudios Fiscales

1. El caso Dijkman

El origen de la sentencia que vamos a comentar se encuentra en una reclamación planteada por el matrimonio Dijkman frente a su país –por nacionalidad y residencia–, Bélgica, solicitando la devolución del impuesto municipal complementario del IRPF correspondiente a los períodos impositivos de 2004 y 2005, que gravó rendimientos del capital mobiliario –intereses de depósitos y dividendos– obtenidos por los Dijkman como consecuencia de inversiones realizadas en Holanda.

De acuerdo con la legislación belga los rendimientos de capital mobiliario están sujetos a una retención liberatoria y no deben incluirse en la declaración final del IRPF, con lo que no quedan sometidos al impuesto local complementario. Esa retención se aplica siempre cuando los rendimientos proceden de fuente interna, y cuando proceden de fuente extranjera sólo si intervienen en el pago intermediarios establecidos en Bélgica.

En el caso *a quo* los Dijkman obtuvieron sus rentas en Holanda sin intermediarios belgas, de modo que no sufrieron retención en la fuente, pero tuvieron que incluir dichos rendimientos en su declaración de IRPF y fueron gravados además por el impuesto local establecido por su municipio de residencia en Bélgica –con un tipo del 8 por 100.

El matrimonio recurrió ante los tribunales belgas alegando varios motivos, uno de los cuales suscitó las suficientes dudas como para que estos plantearan una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, la siguiente: “¿Se produce una vulneración del art. 56 CE, apdo 1, por el hecho de que los nacionales belgas que inviertan o depositen fondos en el extranjero, por ejemplo en los Países Bajos, para evitar el pago del impuesto municipal complementario... estén obligados, para percibir los rendimientos del capital mobiliario, a acudir a un intermediario belga, mientras que los nacionales que invierten o depositan fondos en Bélgica pueden acogerse siempre al régimen de la retención liberatoria sobre los rendimientos del capital mobiliario... y, por lo tanto, sustraerse al pago del impuesto municipal complementario...?”.

2. La Sentencia del TJUE

El TJUE comienza, como es habitual ya en este tipo de pronunciamientos, recordando que la fiscalidad directa es aún competencia de los Estados miembros, pero que éstos deben ejercerla respetando el Derecho Comunitario –párr. 20–.

Considera, el Tribunal, que en este caso pueden estar afectadas dos libertades comunitarias: la libertad de prestación de servicios –art. 49 CE–, que garantiza derechos no sólo al prestador, sino también al destinatario de los servicios, y la libertad de circulación de capitales –art. 56.1 CE–. La primera en la medida en que se obstaculicen o hagan menos interesantes las actividades del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, situando en una posición ventajosa a los prestadores del propio Estado. La segunda, porque se puede estar disuadiendo a los residentes –belgas, en el

caso– de solicitar préstamos o realizar inversiones en otros Estados miembros. Y es que “(u)na normativa como la controvertida en el litigio principal introduce una diferencia de trato tanto según el origen de los rendimientos de capital mobiliario de los contribuyentes residentes, como según el prestador de servicios que les abona dichos rendimientos” –párr. 27; *vid* también párr. 31 y 32–.

Sin embargo, el Tribunal decide –siguiendo su propia jurisprudencia– examinar el caso sólo a la luz de la libertad más importante en el supuesto que es, a su juicio, la de circulación de capitales –puesto que lo que se discute es la sujeción de ciertos rendimientos a un impuesto municipal complementario e interesa, por tanto, examinar la posición del inversor, no del prestador de servicios, párr. 34 y 35–.

Esa libertad se ve vulnerada en el caso. No es relevante al efecto que los sujetos afectados puedan gozar a la vez de ciertas ventajas –como alega el gobierno belga, quien intenta demostrar que el sometimiento a retención que parecen desear los recurrentes es más desventajoso por sus efectos de tesorería, párr. 37 y ss–. Tampoco importa la gravedad de la lesión pues “incluso una restricción a una libertad fundamental de escaso alcance o de poca importancia está prohibida por el Tratado”, dice el Tribunal –citando sentencias como las de de 15 de febrero de 2000, *Comisión/Francia, asunto C-34/98*; 11 de marzo de 2004, *Lasteyrie du Saillant, asunto C-9/02*; y 14 de diciembre de 2006, *Denkavit Internationaal y Denkavit France, asunto C-170/05*–.

Las situaciones de un residente belga que invierte en Bélgica y un residente belga que invierte en otro Estado miembro son comparables –párr. 45–, de modo que la legislación recurrida en el caso vulnera la libre circulación de capitales. Y lo hace sin justificación plausible. “La necesidad de preservar la coherencia de un régimen fiscal puede justificar una restricción del ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado”, pero como el mismo TJUE recuerda “para que una argumentación basada en tal justificación pueda prosperar, el Tribunal exige una relación directa entre la ventaja fiscal de que se trate y la compensación de esa ventaja con un gravamen fiscal determinado, debiendo apreciarse el carácter directo de ese vínculo en relación con el objetivo de la normativa controvertida” –párr. 55–. En el caso, el gobierno belga no ha demostrado que exista ningún gravamen tributario concreto que compense la ventaja conferida por la no sujeción de los rendimientos del capital mobiliario sujetos a retención liberatoria de la que no puede disponer el recurrente –párr 57–.

“Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha reconocido que la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales es una razón imperiosa de interés general que puede justificar una restricción al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado” –párr 58–. Puede aceptarse que la participación de intermediarios belgas en el pago de los rendimientos preserva la eficacia de los controles fiscales belgas, pero no justifica el mayor gravamen a través del impuesto municipal complementario –párr. 59–.

“Por otra parte, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que las dificultades prácticas no pueden justificar por sí solas ninguna restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado” –párr. 60–.

De modo que no se consideran convincentes ninguna de las alegaciones del gobierno belga y se declara la legislación de aquel país contraria a Derecho Comunitario.

3. Y después de la sentencia

El ministerio de Hacienda belga ha publicado recientemente una circular –OIF N.º 63/2010, de 19 de octubre– con las instrucciones para aplicar la sentencia del TJUE en

su país. En ella se aclara que los dividendos e intereses percibidos procedentes de entidades bancarias situadas en países pertenecientes al Espacio Económico Europeo deben quedar exentos del recargo municipal sobre el IRPF. Esta circular se aplicará a las liquidaciones tributarias de 2010 y a las anteriores que hubieran sido recurridas en plazo de acuerdo con el derecho belga y, por tanto, no sean firmes.

De todos modos, no parece que la cosa vaya a quedar aquí. La Comisión Europea interpuso el 30 de julio pasado un recurso ante el TJUE contra Bélgica, al considerar las que reconocen una exención tributaria sólo a los intereses abonados por los bancos belgas, y no a los satisfechos por bancos no residentes contraria a los art. 56 y 63 TFUE y a los art. 36 y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Considera la Comisión que esta regulación discriminatoria no está justificada ni por razones de control fiscal, ni por intereses públicos de naturaleza sociopolítica relevantes. Habrá, pues que esperar ahora el pronunciamiento del Tribunal sobre este nuevo asunto, *C-383/10*.