

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO  
E IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

*Autor:* Juan López Rodríguez  
Experto Nacional en la Comisión Europea

DOC. N° 8/01



## ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN: LA CONSTRUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA
- II: CONSIDERACIONES GENERALES EN RELACIÓN CON EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES
- III. CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LA BASE IMPONIBLE
- IV. CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL Y EL RÉGIMEN ESPECIAL DE ENTIDADES DE TENENCIA DE VALORES EXTRANJEROS
- V. PARAÍOS FISCALES Y TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL
- VI. CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DE TIPOS DE GRAVAMEN ESPECIALES, RÉGIMENES ESPECIALES E INCENTIVOS FISCALES
- VII. RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS FUSIONES, ESCISIONES, CANJES DE VALORES Y APORTACIONES DE ACTIVOS. EJECUCIÓN DE LA DIRECTIVA 90/434/CE
- VIII. TRIBUTACIÓN CONSOLIDADA
- IX. CONCLUSIONES



## I. INTRODUCCIÓN: LA CONSTRUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea queda definido en el Tratado CE, cuyo artículo 220 establece:

*“El Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado”.*

Esta labor alcanza al Derecho Comunitario originario, los Tratados, y derivado y pretende asegurar su aplicación uniforme en todo el territorio de la Unión Europea (en adelante, UE). En su estudio, deben tenerse en cuenta como puntos de partida de especial relevancia, según señaló el Tribunal en la sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto *Van Gend en Loos*<sup>1</sup>, que el Derecho Comunitario prima sobre los derechos nacionales y que los ciudadanos y las entidades derivan derechos directamente de los Tratados. Este efecto directo se traduce en la posibilidad de que sea invocado ante los tribunales nacionales.

Las consecuencias en el ámbito de la tributación directa de mayor interés y con más fuerza innovadora resulta del análisis de la compatibilidad de las leyes fiscales de los Estados Miembros con el Derecho Comunitario originario. Este juicio se refiere normalmente a los obstáculos encontrados en la realización del principio de no discriminación y en el ejercicio de las libertades previstas en los Tratados. Evidentemente, también se han producido resoluciones relacionadas con la interpretación y aplicación de las Directivas adoptadas

El principio de no discriminación (artículo 12 del Tratado CE) aparece en el acervo comunitario como principio fundamental y absoluto que los Estados deben respetar. Una aproximación sistemática nos presenta las diversas libertades recogidas en el Tratado como expresión específica del principio de no discriminación, de tal manera que sólo será posible invocar el principio de no discriminación de forma única cuando no sea posible ubicar una determinada actuación en relación con alguna de las libertades fundamentales<sup>2</sup>. Por tanto, la vulneración de las libertades se constata, en principio, en el carácter discriminatorio de una determinada medida. Así se refleja con carácter general en la jurisprudencia comunitaria. Recordar que aquéllas, son:

La libertad de circulación de mercancías (artículo 28).

La libertad de circulación de los trabajadores (artículo 39).

La libertad de establecimiento (artículo 43).

La libertad de prestación de servicios (artículo 49).

La libertad de movimiento de capitales (artículo 56).

---

<sup>1</sup> Ver asunto C-26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, ECR , edición holandesa 1963, p. 3.

<sup>2</sup> Paul FARMER y Richard LYAL así lo ponen de manifiesto en su obra *EC Tax Law*, ed. Clarendon Press Oxford 1994, en su capítulo 16 relativo al principio de no discriminación y las libertades fundamentales, p. 310, que consideran que esta construcción doctrinal del Tribunal se puede encontrar en la sentencia dictada en el asunto C-305/87, *Comisión v. Grecia*, ECR 1989, p.1461.

La construcción del principio de no discriminación en la jurisprudencia incluye también medidas o actuaciones indirectas o encubiertas. Así, cuando el trato diferente se refiere a una determinada categoría o grupo de personas que son básicamente nacionales de otros Estados miembros, salvo que se justifique que existen motivos fundados en razones concretas y que las medidas adoptadas son proporcionadas y no relacionadas con la condición de nacional. De esta forma, se llega a afirmar que un trato diferente sobre la base de la residencia fiscal puede, en principio, constituir una forma de discriminación prohibida por el tratado<sup>3</sup>. Derivado de estas reflexiones, se constata como conclusión importante en diversas sentencias, como la de 28 de enero de 1986, *Comisión vs Francia*<sup>4</sup>, de 14 de febrero de 1995, *Schumacker*<sup>5</sup>, de 11 de agosto de 1985, *Wielockx*<sup>6</sup>, de 27 de septiembre de 1996, *Asscher*<sup>7</sup> y la de 21 de septiembre de 1999, *Saint Gobain*<sup>8</sup>, que:

Cabe distinto trato entre residentes y no residentes, tanto por mayor carga fiscal como por procedimientos desventajosos, siempre que se justifique en cada caso.

Cabe trato diferente como consecuencia de las diferencias relevantes existentes en los derechos de imposición ejercidos sobre unos y otros.

Cuando no existen diferencias materiales y objetivas, el trato debe ser igual: esta conclusión es aplicable en especial en la tributación de los establecimientos permanentes.

Un primer corolario a estas reflexiones podría ser que el principio de no discriminación del Derecho Comunitario, que implica el análisis de situaciones concretas para determinar su comparabilidad, debe distinguirse del principio de no discriminación de los Convenios de doble imposición. Este último se encuentra previsto en el artículo 24 del Modelo OCDE de Convenio de doble imposición que ofrece cobertura, como factor más indicativo en este momento, a la diferencia entre residentes y no residentes y legitima las diferencias de trato fiscal.

Por otra parte, este principio ampara a los propios ciudadanos. Así, en la sentencia de 28 de abril de 1998 del caso *Safir*<sup>9</sup>, se menciona que la libre prestación de servicios excluye impuestos más gravosos sobre los propios nacionales por el mero hecho de contratar seguros con entidades establecidas en otros Estados miembros.

---

<sup>3</sup> Así lo comentan FARMER y LYAL, EC... *op.cit.*, p. 313, donde se refieren al asunto C-3/88, *Comisión v. Italia*, ECR 1989, p. 4035, párrafo 8, con el objeto de fundamentar sus conclusiones acerca de formas de discriminación encubierta; por otra parte, citan la sentencia dictada en el asunto C-330/91, *The Queen v. Inland Revenue Commissioners, ex parte Commerzbank*, ECR 1993 I-4017, párrafo 15 en relación con el diferente trato fiscal en función de la residencia considerado como discriminatorio. En relación con este tema, no puede obviarse la referencia la sentencia dictada en el asunto *Schumacker* - ver nota 5 -, de tanta trascendencia para la tributación europea y origen de la Recomendación de la Comisión de 21 de diciembre de 1993 relativa al régimen tributario de determinadas rentas obtenidas por no residentes en un Estado miembro distinto de aquel en el que residen, D.O. L 39 de 10.2.94.

<sup>4</sup> Ver asunto C-270/83, *Comisión v. Francia - avoir fiscal*, ECR 1986, p.273.

<sup>5</sup> Ver asunto C-279/93, *Schumacker*, ECR 1995, p. I-225.

<sup>6</sup> Ver asunto C- 80/94, *Wielockx*, ECR 1995, p. I-2508.

<sup>7</sup> Ver asunto C- 107/94, *Asscher*, ECR 1996, p. I-3089.

<sup>8</sup> Ver asunto C-307/97, *Saint Gobain*, ECR 1999, p. I-6161.

<sup>9</sup> Ver asunto C-118/96, *Jessica Safir*, ECR 1998, p. I-1919.

Esta mención tiene sentido en relación con la redacción del artículo 49 del Tratado CE, cuando dice:

*"Quedan prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación".*

Obviando resoluciones en otros ámbitos, aquí el Tribunal analiza una normativa que establecía un régimen fiscal diferente para los seguros de vida de capital según fueran suscritos con compañías establecidas o no en el propio Estado miembro. En sus consideraciones, el Tribunal destacó que: a diferencia de los titulares de seguros de vida de capital suscritos con compañías establecidas en el propio territorio, los titulares de dichos seguros suscritos con compañías que no estaban establecidas en dicho país debían registrarse y declarar el pago de la prima ante un órgano administrativo central; los asegurados debían además pagar ellos mismos el impuesto y movilizar con dicho fin medios financieros, lo que acarrea consecuencias negativas en términos de liquidez; resultaba de la legislación que, si bien el rescate, después de un período prolongado, de un seguro de vida de capital suscrito con una compañía no establecida, no era más gravoso para el asegurado que el rescate de un seguro suscrito con una compañía establecida en dicho Estado, podía suceder lo contrario si el rescate se realizaba después de un período corto; además, cuando el tomador de un seguro suscrito con una compañía no domiciliada solicitaba la exención o la reducción del impuesto sobre las primas, se le exigía información precisa acerca del impuesto sobre la renta al que está sujeto dicha compañía, a menos que dicha autoridad estuviera ya informada. En fin, la sentencia valoró de forma conjunta todas estas circunstancias para concluir que legislación examinada reunía elementos que podían disuadir al asegurado de suscribir seguros de vida de capital con compañías no establecidas, así como disuadir a las compañías aseguradoras de ofrecer sus servicios en el propio mercado.

La conclusión fue que se viola la libertad de prestación de servicios en atención a las obligaciones más gravosas exigidas por la ley al propio ciudadano nacional, que quedaban ligadas a la contratación de servicios con otras personas establecidas en otros Estados miembros. Por tanto, la libertad resultó restringida en relación con sociedades no establecidas a través del trato discriminatorio al que se consideró que estaba sujeto el contratante de los servicios prestados desde el exterior.

En esta misma línea de protección a los nacionales del mismo Estado miembro que adopta una medida controvertida, en la sentencia de 16 de julio de 1998 del caso *Imperial Chemical Industries plc (ICI)*<sup>10</sup>, se lee que la libertad de establecimiento excluye normas que limiten la compensación de pérdidas incurridas por otras sociedades del grupo cuando en tal grupo están integradas sociedades residentes en otros Estados miembros.

Pasando a otro orden de ideas, las diversas resoluciones dictadas han venido considerando las posibles excepciones al principio. En sus argumentaciones, el Tribunal ha rechazado:

---

<sup>10</sup> Ver fallo del asunto 264/96, *Imperial Chemical Industries plc*, ECR 1998, p. I-4711. Ver también la opinión de Tom DANIELS, en su trabajo "The freedom of establishment: some comments on the ICI decision", *EC Tax Review* 1999-1, p. 41, que se refiere a estas ideas bajo un epígrafe titulado Future Tax Litigation.

La necesidad de tener en cuenta las diferencias entre normas fiscales ante la falta de armonización<sup>11</sup>.

La posibilidad de evitar la discriminación operando a través de filiales y no a través de establecimientos permanentes<sup>12</sup>.

Razones económicas o la necesidad de proteger recursos fiscales. La sentencia del caso *ICI* mantuvo que la disminución de ingresos fiscales no figura entre las razones mencionadas en el artículo 46 del Tratado y no puede considerarse como una razón imperiosa de interés general que pueda ser invocada para justificar una desigualdad de trato en principio incompatible con el artículo 52 del Tratado<sup>13</sup>.

La ausencia de reciprocidad<sup>14</sup>.

La discrecionalidad para asegurar un trato fiscal apropiado<sup>15</sup>.

Dificultades administrativas<sup>16</sup>.

Por el contrario, se ha aceptado como causa legítima para la discriminación la alegación sobre la coherencia del sistema fiscal como razón de interés público, en las sentencias de 28 de enero de 1992, que resuelve el caso *Bachman* sobre la relación existente entre las deducciones por contribuciones a pensiones o seguros de vida y la posterior tributación de las prestaciones; y la de la misma fecha dictada en el caso *Comisión contra Bélgica*<sup>17</sup>. En todo caso, debe señalarse que existen serias dudas sobre la vigencia del criterio ya que no se ha vuelto a apreciar en otros asuntos en que tal principio se ha alegado<sup>18</sup>.

---

<sup>11</sup> Ver, entre otros, el asunto *Wielockx*, antes nota 6, párrafo 16; asunto *Safir*, antes nota 9, párrafo 21; y asunto *ICI*, antes nota 10, párrafo 19.

<sup>12</sup> Ver asunto *Comisión v. Francia avoir fiscal*, antes nota 4, párrafo 22.

<sup>13</sup> Ver asunto *ICI*, antes nota 10, párrafo 28. En el mismo sentido se pueden leer estas conclusiones, entre otras, en las sentencias dictadas en los asuntos C-254/97, C-254/97, *Baxter v. France*, ECR 1999, p. I-4811, 4824, y *Saint Gobain*, antes nota 8, párrafo 51.

<sup>14</sup> Ver asunto *Comisión vs Francia*, antes nota 4, párrafo 26.

<sup>15</sup> Ver asunto *Saint Gobain*, antes nota 8, párrafos 53 y 54, y asunto *Comisión v. Francia*, antes nota 4, párrafo 21.

<sup>16</sup> Ver asunto *Safir*, antes nota 9, párrafo 34; también la resolución al caso C-87/99, *P. Zurstrassen, A.F. de Ryckel v. Administrations des Contributions Directes* ECR 2000, p. I-3337, párrafo 25.

<sup>17</sup> Ver asunto C-204/90, *Bachman*, ECR 1986, p. 273, y el asunto C-300/90, *Comisión v. Bélgica*, ECR 1992, p. I-305. De acuerdo con esta doctrina, según se lee en los párrafos 21 y 33 de la primera sentencia citada y 21 a 23 de la segunda, una legislación que supedita la deducibilidad de las primas de seguros de jubilación y de seguro de vida al requisito de que tales primas se hayan pagado a una institución establecida en dicho Estado es, en principio, contraria a los artículos 39 y 49 del Tratado, sin perjuicio de que pudiera haber una justificación para esa norma. Añadía que la legislación impedía la libre circulación de los trabajadores garantizada en el artículo 39 del Tratado, pues perjudicaba especialmente a los trabajadores emigrantes. Con frecuencia, dichos trabajadores han suscrito pólizas antes de ir a trabajar a un Estado miembro, y cambiar de póliza implicaría nuevos cambios y nuevos gastos. Finalmente la justificación para el trato discriminatorio se encuentra en la coherencia fiscal del sistema.

<sup>18</sup> Ver asunto *Wielockx*, antes nota 6, en la que se limita el alcance de la justificación de la coherencia fiscal del sistema: en su párrafo 25 se lee que "por estar garantizada la coherencia fiscal sobre la base de un Convenio bilateral celebrado con otro Estado miembro, dicho principio no puede invocarse para justificar la denegación de una deducción como la que es



Se plantea la posibilidad de que se declaren como restricciones a las libertades determinadas normas que no son en principio discriminatorias. En el ámbito fiscal, la sentencia de 15 de mayo de 1997 en el caso *Futura Participations*<sup>19</sup>, así lo puso de manifiesto en relación con obligaciones formales de llevar contabilidad específica. En caso de adoptarse esta doctrina, se ampliarían las posibilidades de eliminar todos los obstáculos al funcionamiento del mercado único, incluidas las no discriminatorias.

Existen otras cuestiones todavía no resueltas: la consideración de la doble imposición internacional como un fenómeno discriminatorio o como restricción de las libertades y el diferente régimen al que se someten ciudadanos de diferentes Estados miembros como consecuencia directa de las diversas normas incluidas en los distintos convenios bilaterales de doble imposición. Esta cuestión quedó ya planteada en su resolución al caso *Gilly*, en el que expresamente se afirmó que <sup>20</sup>:

*"Ante la falta de armonización, los Estados parte a un convenio de doble imposición son competentes para definir los criterios de distribución de las potestades de gravamen entre ellos con objeto de eliminar la doble imposición. Pero, bajo el principio de trato equivalente, puede un convenio bilateral proceder a realizar concesiones más allá del mero reparto de potestades tributarias, como en materia de doble imposición económica – reembolsos o créditos fiscales – o deducciones por contribuciones a pensiones transfronterizas?"*

## II. CONSIDERACIONES GENERALES EN RELACIÓN CON EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

El Tribunal de Luxemburgo ha dictado diversas sentencias referidas a aspectos concretos del Impuesto sobre Sociedades (IS, en adelante). Sin embargo, se entiende posible intentar llegar a algunas conclusiones extrapolables a este tributo derivadas del análisis de resoluciones dictadas en relación con otras figuras fiscales. Esto es posible en la medida en que resulte posible extraer algunos criterios interpretativos de los principios y libertades del Tratado relacionados con la imposición de este tipo de cargas públicas. Se procede de esta forma en la medida en que se piensa que es posible describir al-

---

objeto de debate". En la sentencia de 6 de junio de 2000, dictada en el caso C-35/98 *B.G.M. Verkooyen*, ECR 2000, p. I-4071, sobre exención parcial de dividendos de fuente interna no extensible a dividendos de fuente internacional, se lee en relación con el argumento de la coherencia fiscal del sistema que "no existe ningún vínculo directo entre la concesión de una exención en el Impuesto sobre la Renta a los accionistas residentes en los Países Bajos en cuanto a los dividendos percibidos por ellos y la sujeción a gravamen de los beneficios de las sociedades domiciliadas en otros Estados miembros".

<sup>19</sup> Ver asunto C-250/95, *Futura Participations and Singer v Administration des Contributions*, ECR 1997, p. I-2471, párrafo 43. Ver también la nota n 68 en la que se incluyen algunas reflexiones doctrinales entorno a la restricción de libertades no discriminatorias aún cuando el Tribunal hubiera mencionada la existencia de un trato no equitativo. En este sentido se comenta en el trabajo de Gianluigi BIZIOLI, "Impact of the freedom of establishment on tax law", *EC Tax Review* 1998-4, p.247. Ese autor considera que determinadas menciones de la sentencia dictada en el caso *Comisión v. Francia*, antes nota 4, párrafos 31 a 34, confirman esta tesis.

<sup>20</sup> Ver asunto C-336/96, *Gilly*, ECR 1998, p. I-2823. En el asunto C-410/98, *Hoeschst v. Inland Revenue Commissioners*, ECR 2001, p. 0000, se planteó esta cuestión pero el Tribunal evitó pronunciarse sobre la cuestión.

gunas líneas básicas capaces de afectar a la construcción de cualquiera de los elementos que integran la imposición de sociedades.

Podríamos anticipar que de la doctrina del Tribunal puede derivarse que el factor de localización territorial de los agentes económicos y de sus operaciones no debe conducir a la aplicación de normas diferentes de las previstas para los casos en que aquéllos se relacionan con el territorio español, siempre que, obviamente, tal localización se produzca dentro del ámbito territorial del Tratado de la UE. La condición realmente relevante, cuando se menciona que no se deben introducir normas diferentes, es que las mismas no deben implicar un régimen fiscal menos ventajoso o más gravoso para la operación de ámbito comunitario respecto de las puramente españolas, con la consecuencia de un trato discriminatorio que pueda restringir las libertades del Tratado.

Veamos como esta doctrina, de alguna forma, ha ido prendiendo en diversas resoluciones.

La sentencia de 12 de abril de 1994, caso *Halliburton*<sup>21</sup>, consideró que resultaba contraria a la libertad de establecimiento – artículo 43 del Tratado CE – el hecho de que se concediera una exención en concepto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, que se adeudaba normalmente en casos de cesiones o ventas que tuvieran lugar con motivo de una operación de reorganización de un grupo de sociedades, únicamente cuando la sociedad hubiera adquirido los bienes transmitidos de una sociedad constituida de conformidad con el Derecho nacional y la denegaba si estaba constituida de acuerdo con la legislación de otro Estado miembro.

Insistimos, se trata de una exención por un impuesto diferente al IS. Pero resulta relevante también a los efectos que ahora nos interesan observar como el Tribunal considera que viola el Tratado CE una norma ventajosa cuya aplicación esta condicionada a que una determinada entidad que participa en la operación exenta, quien transmite, esté constituida de acuerdo con la Ley del propio Estado miembro. La razón para esta conclusión se encuentra en el hecho de que el factor de localización del transmitente fuera del Estado miembro que exige el tributo determina una tributación más gravosa o menos ventajosa al no disfrutar del beneficio fiscal. Como consecuencia, resulta evidente que si el transmitente hubiera estado establecido<sup>22</sup> en el territorio del Estado miembro que exigía el impuesto, no hubiera procedido ninguna carga fiscal: desde la perspectiva del Derecho comunitario resultaba relevante que la condición de establecido en esa jurisdicción particular estaba primada.

A la misma conclusión debería llegarse cuando la norma fiscal fijara las condiciones en las cuales se computa en la base imponible la recuperación del coste de adquisición de un activo de forma diferente en función de la ubicación del transmitente del mismo. Resultaría discriminatoria que la consideración como deducible de su amortización dependiera de la localización en España del transmitente del activo cuya depreciación la genera. Lo mismo debe afirmarse si tales condiciones afectaran a los

---

<sup>21</sup> Ver asunto C-1/93, *Halliburton*, ECR 1994, p. I-1137.

<sup>22</sup> La expresión "establecidas" debe interpretarse en relación con el ejercicio de la libertad de establecimiento, que el artículo 43 del Tratado refiere a los nacionales de los Estados miembros. El artículo 48 considera como nacionales a «las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad ». De aquí resulta la relación existente entre sociedad establecida y sociedad nacional, bien entendido que no se trata ahora de entrar en cuestiones relativas a la identificación de una entidad con una determinada nación, sino de concretar a quienes se les atribuye los derechos del Tratado en su condición de establecidos en un determinado ámbito territorial. Se observa la estrecha relación que existe entre el concepto de establecido y el de residencia fiscal, como consecuencia de que las normas tributarias y el propio Tratado UE acuden a criterios semejantes.

términos cuantitativos o temporales en que procediese tal deducción o las establecidas en relación con otros elementos determinantes de la carga tributaria por el IS: imputación de otras partidas deducibles (provisiones por depreciación de valor, por ejemplo), reducciones de la deuda tributaria por aplicación de incentivos fiscales deducibles fiscalmente o disfrute de regímenes especiales.

De esta manera, las normas relativas a la determinación del impuesto que se refieran a los activos deben ser las mismas, o al menos no más gravosas, cuando el mismo ha sido adquirido de una persona no residente fiscal en el Estado que exigía el tributo pero que es nacional de otro Estado miembro. Lo contrario afectaría a la realización del derecho a la libertad de establecimiento.

Podríamos atrevernos ahora con un primer aserto: para las normas tributarias, en particular las que tengan por objeto determinar la carga por el IS, debe resultar indiferente el lugar donde se localice el transmitente de un determinado activo, tanto si se trata de territorio español como de otro territorio en el que resulte de aplicación el Tratado CE.

En este mismo orden de ideas, una sentencia posterior de 14 de noviembre de 1995, caso *Svensson*<sup>23</sup>, consideró que los artículos 49 – libre prestación de servicios – y 56 - libre circulación de capitales - impiden la concesión de ventajas sociales para adquirir viviendas mediante la bonificación de los intereses a condición de que los préstamos destinados a su financiación se hayan contraído con una entidad de crédito autorizada en el mismo Estado miembro.

Aunque se resuelve un asunto relativo a ayudas sociales, resulta trascendente que las ventajas sólo eran concedidas cuando la entidad prestataria del crédito bonificado estuviera autorizada para operar en el propio Estado miembro. De acuerdo con la doctrina del Tribunal y en aplicación de las libertades fijadas en el Tratado, tales ayudas sociales debían ser extensibles a los supuestos en que la financiación se hubiera concertado con entidades autorizadas a operar en otros Estados miembros de la UE, con lo que la resolución comprende a las entidades establecidas en otros Estados miembros.

El caso se refiere a una prestación de servicios: el lugar donde se localice su prestador, siempre que sea otro territorio comunitario, no debe trascender a los efectos de conceder determinadas ventajas o implicar mayores cargas o costes. Es posible extender estas consideraciones en la aplicación de normas tributarias. Las consecuencias fiscales derivadas de recibir prestaciones de personas establecidas en territorio comunitario diferente al español no deben ser más gravosas o menos ventajosas.

En esta misma línea y más recientemente, la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 1999, en el asunto *Eurowings*<sup>24</sup>, consideró contraria a la libre prestación de servicios una normativa de un Estado miembro que reservaba una ventaja fiscal a la mayor parte de las empresas que alquilan bienes de arrendadores establecidos en dicho Estado, mientras que priva de ellas en todos los casos a las empresas que alquilan bienes de arrendadores establecidos en otro Estado miembro, lo que provocaba una diferencia de trato por razón del lugar de establecimiento del prestador de los servicios prohibida por el artículo 49 del Tratado.

---

<sup>23</sup> Ver asunto C-484/93, *Svensson & Gustavsson*, ECR 1995, p. I-3955. En la sentencia de 14 de octubre de 1999, asunto C-439/97, *Sandoz*, ECR 1999, p. I-7041, se resuelve en los mismos términos y se declara discriminatoria una tributación más gravosa por actos jurídicos documentados la celebración de una operación de préstamo fuera del propio territorio nacional.

<sup>24</sup> Ver C-294/97, *Eurowings*, ECR 1999 I-7447.

De nuevo, debe equiparse la localización de quien presta el servicio en España a quien se encuentra en otro Estado miembro. Esta doctrina resulta extensible de forma muy directa al régimen fiscal especial establecido en relación con la amortización de bienes adquiridos en régimen de leasing, como luego veremos.

La conclusión sería semejante a la derivada de la resolución anterior: las normas relativas a la consideración de las consecuencias fiscales derivadas de la realización de una determinada actividad o de la contratación de un servicio no deben resultar más gravosas por el hecho de que la persona que procede a la prestación que lo genera se localice fuera de territorio español pero dentro del ámbito territorial de aplicación del Tratado CE.

Los mismos principios se extraen de la sentencia del caso *Safir* ya mencionada, donde se establece que la libre prestación de servicios excluye impuestos distintos, pero que resultaban más gravosos, sobre los propios nacionales por el mero hecho de contratar seguros con entidades establecidas en otros Estados miembros.

Podríamos atrevernos ahora a estirar nuestra primera afirmación: para las normas tributarias, debe resultar indiferente el lugar donde se localice el prestador del servicio, tanto si se trata de territorio español como de otro territorio en el que resulte de aplicación el Tratado CE. Más tarde volveremos sobre los efectos derivados de la prestación de servicios, principio que protege a operadores no establecidos, no a los establecidos en el propio territorio, si bien tanto por discriminación directa sobre los mismos como sobre los perceptores de sus servicios.

Es posible advertir algunas diferencias entre la primera de las sentencias mencionadas, caso *Haliburton*, y las restantes. En tanto que aquélla se centra en una operación de transmisión y en quien transmite, el resto estudian la contratación de un crédito, de un arrendamiento y de un seguro, operaciones todas ellas que tienen la consideración de prestación de servicios. Las operaciones de compra-venta no encajan dentro del concepto de servicios que incorpora el artículo 50 del Tratado CE<sup>25</sup>. La consecuencia que se extrae de esta distinta calificación y que se pone de manifiesto en ambas resoluciones es el distinto principio relevante. Así, un régimen fiscal de amortizaciones o provisiones por corrección del valor de elementos patrimoniales diferente en función de la localización del transmitente implicaría violación del derecho al libre establecimiento, puesto que sólo los transmitentes ubicados en España permitirían a los sujetos pasivos del impuesto disfrutar de un determinado régimen fiscal que resulta más ventajoso o no tan gravoso. Sin embargo, se afectará además a la libertad de prestación de servicios cuando la diferencia en régimen fiscal se ligara a la localización de quien los presta.

En ámbito confluyente, pero intentando ampliar las posibilidades de extraer otras conclusiones, se puede acudir a la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999 del asunto *Société Baxter*<sup>26</sup>, donde se consideró contraria a la libertad de establecimiento una normativa de un Estado miembro que

---

<sup>25</sup> Dicho precepto considera como prestación de servicios "las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. Los servicios comprenden, en particular:

- a) actividades de carácter industrial
- b) actividades de carácter mercantil
- c) actividades artesanales
- d) actividades propias de las profesiones liberales."

<sup>26</sup> Ver caso *Baxter v. France*, antes nota 13.

gravaba a las empresas establecidas en éste, y que explotaban en él especialidades farmacéuticas, con un tributo extraordinario, pero sólo les permitía deducir de la base imponible de este tributo los gastos efectuados durante el mismo ejercicio fiscal relativos únicamente a las actividades de investigación realizadas en el Estado de tributación, cuando el impuesto se exigía también a empresas comunitarias que operaban en este Estado miembro a través de un establecimiento secundario.

Asimismo se puede invocar la sentencia 28 de octubre de 1999 del asunto *Bent Vestergaard*<sup>27</sup>, en la que se afirma que el artículo 49 del Tratado UE, libre prestación de servicios, se opone a una normativa de un Estado miembro que presumía, en orden a la determinación de la base imponible del Impuesto sobre la Renta, que los cursos de formación profesional celebrados en lugares que constituyan destinos turísticos habituales situados en otros Estados miembros conllevaban una finalidad turística tan destacada que los gastos de participación en dichos cursos no podían asimilarse a unos gastos de carácter profesional deducibles, mientras que no existía tal presunción para los cursos de formación profesional que se hubieran desarrollado en lugares que constituyeran destinos turísticos habituales situados en el territorio de dicho Estado miembro.

La situación puesta de manifiesto por el Tribunal en la primera de estas sentencias era que, en el caso de establecimientos secundarios de empresas localizadas en el territorio de Estados diferentes a aquel que exige el impuesto, resultaba habitual que éstos incurrieran en tales gastos de investigación en sus territorios respectivos, circunstancia que se entendió que afectaba al derecho de establecimiento: entidades establecidas en otros Estados miembros con establecimientos en aquéllos no tendrían localizadas estas actividades bajo la jurisdicción que imponía el tributo y, por tanto, no podrían aplicar la deducción; por el contrario, para poder reducir la carga fiscal resultaba obligatorio establecer las unidades de investigación en un territorio determinado. Así, la norma implicaba mayores cargas fiscales precisamente a las empresas no establecidas. En cuanto a la segunda resolución mencionada, la violación al Tratado queda referida a la libre prestación de servicios, puesto que la norma favorece contratar servicios nacionales frente a los prestados por los nacionales de otros Estados miembros, si se tiene en cuenta que es normal que estos últimos satisfagan sus prestaciones en esos otros países.

En consecuencia y según se viene analizando, las normas relativas a la deducibilidad fiscal de un gasto no deben resultar más gravosas por el hecho de que la prestación del servicio - la adquisición del activo - se localice en territorio comunitario distinto al español. Cabe por tanto precisar una segunda línea de interpretación de los principios y libertades comunitarios que llevaría a considerar que debe resultar indiferente el lugar donde se adquirió el activo o donde se incurrió en el gasto o en el riesgo, tanto si se trata de territorio español como de otro territorio en el que resulte de aplicación el Tratado CE.

Una vez que se han concretado algunas reflexiones derivadas directamente de las resoluciones judiciales citadas, es posible hacer un esfuerzo para derivar la línea argumental que se viene siguiendo hacia una posible tercera afirmación: debe resultar indiferente el lugar donde se ubique el bien amortizable o cuyo valor se provisiona, tanto si se trata de territorio español como de otro territorio en el que resulte de aplicación el Tratado UE.

Como decimos, parece que podría resentirse el ejercicio de la libertad de establecimiento prevista en el artículo 43 del Tratado UE. Pensemos en normas más gravosas o menos ventajosas para la deducción fiscal de la amortización de un activo situado en territorio comunitario diferente al español. No

---

<sup>27</sup> Ver caso C- 55/98, *Bent Vestergaard*, ECR 1999, p. I-7641.

cabe duda del diferente régimen recibido por el mero hecho de trasladar actividades a otro territorio. Esta diferencia limita o restringe la iniciativa de establecerse en otro Estado miembro en los términos previstos en el artículo 43 del Tratado que establece que "*quedan prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro...*". No se debe olvidar que el derecho de establecimiento cubre la apertura de agencias, sucursales o filiales indistintamente.

Esta línea de interpretación encuentra un fuerte apoyo en la sentencia de 13 de abril de 2000, dictada en el asunto *Baars*<sup>28</sup>, en la que el Tribunal consideró contrarias al artículo 43 del Tratado las disposiciones de un Estado miembro que, en el supuesto que la participación en el capital de una sociedad confiera al titular de las acciones una influencia real en las decisiones de la sociedad y le permita determinar las actividades de ésta, concede a los sujetos pasivos residentes una exención total o parcial del Impuesto sobre el Patrimonio por razón del patrimonio invertido en acciones de la sociedad, pero somete esta exención al requisito de que la sociedad en la que se posea la participación esté establecida en el Estado miembro de que se trate, y la deniega, por tanto, a los titulares de acciones de sociedades establecidas en otros Estados miembros.

### III. CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LA BASE IMPONIBLE

#### 1. *Gastos deducibles, amortizaciones, provisiones para riesgos y gastos y partidas no deducibles*

Son válidas las conclusiones anteriores, de las que resulta que:

Debe resultar indiferente el lugar donde se localice el transmitente de un determinado activo, tanto si se trata de territorio español como de otro territorio en el que resulte de aplicación el Tratado CE, al objeto de computar amortizaciones o provisiones deducibles en la base imponible.

Debe resultar indiferente el lugar donde se localice el prestador del servicio, tanto si se trata de territorio español como de otro territorio en el que resulte de aplicación el Tratado CE, al objeto de determinar la condición de deducible del gasto derivado del servicio prestado.

De la misma forma, las normas relativas a la deducibilidad fiscal de un gasto no deben resultar más gravosas por el hecho de que la prestación del servicio, la adquisición del activo o la localización del riesgo - provisiones - se localice en territorio comunitario distinto al español.

Por último, debe resultar indiferente el lugar donde se ubique el bien amortizable o cuyo valor se provisiona, tanto si se trata de territorio español como de otro territorio en el que resulte de aplicación el Tratado UE.

---

<sup>28</sup> Ver C-251/98, *C. Baars contra Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*, ECR 2000 página I-2787, párrafos 28 a 32 y su fallo.

Sentadas estas premisas, es posible observar las normas contenidas en los diversos preceptos de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS) relativos a la base imponible con el objeto de destacar aquéllos determinados aspectos que puedan reclamar atención de alguna u otra forma bajo la consideración de los principios comunitarios.

## 2. Provisiones por corrección de valor de la cartera

Las disposiciones relativas a la deducción de las provisiones de cartera deben ser tan favorables cuando se trate de valores representativos del capital de entidades establecidas en otros Estados miembros o de obligaciones emitidas por estas mismas.

Además, en relación con esta materia concreta resulta de interés la sentencia de 6 de junio de 2000, *Verkooyen*<sup>29</sup>, en la que el Tribunal dictaminó que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado – libertad de circulación de capitales - se oponía a una disposición legislativa de un Estado miembro que supeditaba la concesión de una exención del Impuesto sobre la Renta que gravaba los dividendos abonados a los accionistas que sean personas físicas al requisito de que dichos dividendos fueran repartidos por sociedades domiciliadas en dicho Estado miembro. Sus pronunciamientos son relevantes aquí. En los mismos se puede leer lo siguiente:

*"Una disposición legislativa como la controvertida ... tiene por efecto disuadir a los nacionales de los Estados miembros que residan en los Países Bajos de invertir sus capitales en sociedades domiciliadas en otro Estado miembro..."*

*Una disposición de este tipo produce igualmente efectos restrictivos sobre las sociedades establecidas en otros Estados miembros, pues obstaculiza la obtención de capitales en los Países Bajos por parte de dichas sociedades, en la medida en que los dividendos que éstas reparten a los residentes neerlandeses reciben un trato fiscal menos favorable que los dividendos distribuidos por sociedades establecidas en los Países Bajos, de modo que sus acciones o participaciones sociales resultan menos atractivas para los inversores residentes en los Países Bajos que las de sociedades domiciliadas en dicho Estado miembro.*

*Dadas estas circunstancias, procede hacer constar que el hecho de supeditar la concesión de un beneficio fiscal en el Impuesto sobre la Renta de los accionistas que sean personas físicas como es la exención de dividendos al requisito de que los dividendos procedan de sociedades establecidas en el territorio nacional constituye una restricción a los movimientos de capitales, prohibida por el artículo 1 de la Directiva 88/361.*"<sup>30</sup>

Se podría argumentar que el cómputo de las provisiones, como los dividendos, en la base imponible tiene por objeto hacer reflejar en la deuda tributaria por el impuesto los resultados negativos, o positivos, derivados de la participación en la entidad no residente. En definitiva, son las dos posibles vertientes de una misma realidad económica. La conclusión sería que las mismas normas que regulan las consecuencias de las inversiones de cartera interiores deben extenderse a aquellas de carácter internacional.

---

<sup>29</sup> Ver asunto *Verkooyen*, antes nota 18.

<sup>30</sup> Ver asunto *Verkooyen*, antes nota 18, párrafos 34 a 36.

En todo caso, puede que no resulte necesario realizar tal asimilación y simplemente valorar los efectos derivados de las normas en la realización de la construcción europea. No cabe duda que sus efectos de restricción sobre la libre circulación de capitales serían los mismos cuando existieran mayores restricciones para deducir provisiones por depreciación de valores de entidades establecidas en otros Estados miembros, en la medida en que una norma en tal sentido también tendría por efecto disuadir a quienes residan en España de invertir sus capitales en sociedades domiciliadas en otros Estados miembros. De la misma forma, esta norma produciría igualmente efectos restrictivos sobre las sociedades establecidas en otros Estados miembros, pues obstaculizaría la obtención de capitales en España por parte de dichas sociedades, en la medida en que las pérdidas en su valor patrimonial reciben un trato fiscal menos favorable que las producidas en sociedades establecidas en nuestro país, de modo que sus acciones o participaciones sociales resultan menos atractivas. Por otra parte, la resolución judicial atiende al concepto de entidad establecida a la hora de juzgar la debida consideración de los Tratados, pero no debe olvidarse la estrecha relación de este concepto con el de residencia fiscal según se mencionó con anterioridad<sup>31</sup>.

La decisión de ilegalidad de la sentencia se fundamenta en el artículo 67 del Tratado CE, que fue suprimido por el Tratado de Amsterdam dado su carácter transitorio. La Directiva citada en la sentencia y que se considera vulnerada fue dictada en desarrollo del citado artículo del Tratado. Hoy aparece el artículo 56, antiguo artículo 73B, que recoge el principio de prohibición de las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros. De esta forma, sin perjuicio de otras consideraciones más específicas, no nos parece que haya muchas dudas en cuanto a la invocación del principio de libertad de circulación de capitales y de la consideración de normas como las analizadas como contrarias al mismo<sup>32</sup>.

Consideraciones similares provoca la sentencia del caso *Baars*<sup>33</sup>.

La extensión de estas consideraciones al IS en España invita a observar que la regulación vigente en materia de provisiones de cartera se diseña en función de que los valores sean o no admitidos a cotización en mercados secundarios. Cuando la aplicación de esta distinción implique un trato más ventajoso para los emitidos en España o por entidades establecidas en nuestro territorio, podría entenderse producida una restricción a los principios comunitarios. La remisión al mercado secundario debe redactarse o entenderse en tal sentido como para que puedan aparecer incluidos aquellos otros mercados de carácter secundario que estén establecidos en otros Estados miembros.

En consecuencia, las normas reguladoras de la deducción por dotación de la provisión por depreciación de la cartera de valores deben responder a los mismos criterios cuando se trata de participaciones en entidades residentes en España o cuando se trata de valores representativos del capital de entidades residentes en otros países de la UE. En particular, resultan extensibles las consideraciones hechas en relación con las partidas deducibles de la base imponible en cuanto se trata asimismo de la incorporación a la base imponible de costes incurridos en relación con los activos de la empresa. Recordar que tales consideraciones son:

---

<sup>31</sup> Ver antes nota 22.

<sup>32</sup> En este sentido y sobre la actualidad de la jurisprudencia del Tribunal respecto de la libre circulación de capitales, ver el trabajo de Martine PETERS, "Capital movements and taxation in the EC", *EC Tax Review* 1998-1, p. 4 y ss.

<sup>33</sup> Ver caso *Baars*, antes nota 28.



1. Debe resultar indiferente el lugar donde se adquirieron los valores o el mercado donde fueron emitidos o negociados, tanto si se trata de territorio español como de otro territorio en el que resulte de aplicación el Tratado UE.
2. Debe resultar indiferente el lugar donde se localice el transmitente de los valores, tanto si se trata de territorio español como de otro territorio en el que resulte de aplicación el Tratado UE.
3. Debe resultar indiferente el lugar donde se ubique la entidad emisora de los títulos, tanto si se trata de territorio español como de otro territorio en el que resulte de aplicación el Tratado UE.

### *3. Provisiones por insolvencias*

Resultan extensibles las conclusiones establecidas en relación con gastos deducibles. Especial atención merece la regulación de la provisión por insolvencias de deudores situados en otros Estados miembros o relativas a créditos cuyo cumplimiento deba producirse fuera de territorio español. El régimen de deducción de tales riesgos debe ser al menos tan favorable cuando concurren tales circunstancias.

Las normas sobre deducción que rijan esta materia deben diseñarse o poder ser interpretadas de tal manera que resulten extensibles a los supuestos en que se trate de la aplicación de las normas de otros Estados miembros de la UE en estas materias: cuando se contemplen procedimientos diferentes para obtener el cobro de créditos – en las leyes españolas, quita y espera, suspensión de pagos, quiebra, reclamación judicial, proceso arbitral - o se refieran a situaciones del deudor – delito de alzamiento de bienes – que resulten equivalentes y sean los propios de otros Derechos nacionales en el ámbito de la UE.

En caso contrario, las condiciones para deducir esta provisión serían de imposible o muy difícil cumplimiento, cuando la razón última de estas diferencias es la localización del deudor o del cumplimiento de las obligaciones derivadas del crédito que se tiene contra el mismo.

### *4. Deducción de las dotaciones a provisiones técnicas*

Esta materia únicamente reclama una puntualización en función de las provisiones contenidas en las letras e) y f) del artículo 13 apartado 2 de la LIS; su texto literal menciona las dotadas de acuerdo con la normativa reguladora vigente en España. Su lectura deba hacerse de forma que permita la deducción de las dotadas de acuerdo con otras legislaciones en la medida en que pudieran extender sus actividades mediante establecimientos abiertos en otros territorios comunitarios que se vean sujetos a normativas diferentes.

### *5. Excepciones a donaciones no deducibles*

Dudas similares a las hasta ahora planteadas surgen de la lectura del artículo 14.2 de la LIS, que permite deducir únicamente determinadas donaciones en función de sus destinatarios. La pregunta sería si tal excepción debe extenderse a entidades establecidas en la UE que sean similares a las sociedades de desarrollo industrial regional y las federaciones y clubes deportivos. Lo dicho, sin entrar a considerar bajo qué condiciones podrían tener lugar dicha similitud.

## 6. Normas de valoración

En materia de reglas de valoración merece atención la cuestión relativa a la aplicación de los coeficientes de actualización, una vez que se da por supuesto que en la misma no resulta relevante la existencia de elementos internacionales en la adquisición o ubicación del activo.

La aplicación de los coeficientes correctores para determinar rentas por transmisión de bienes inmuebles no es una cuestión dificultosa. La Ley de Presupuestos aprueba en cada ejercicio una tabla de coeficientes de actualización a partir de datos estadísticos españoles. No debe derivarse de esta circunstancia que tal actualización se limite a los activos ubicados en España y se deben observar las consecuencias que puedan derivarse en relación con los que se encuentren afectos a establecimientos permanentes ubicados en el extranjero. En relación con estos últimos, el diferente ritmo de inflación al que puedan estar sujetos los activos en otros Estados pudiera implicar que la aplicación de unos coeficientes únicos pudiera penalizar las inversiones localizadas en otro Estado miembro. En todo caso parece más que nada un problema técnico, estadístico, y de evolución de los precios que de discriminación. Las series históricas hacen pensar que la mayor tasa española en el incremento de los precios implica en mayor medida pérdida de potenciales recursos fiscales para la Hacienda Pública al aplicar coeficientes "inflados" respecto de activos sujetos a menores fluctuaciones en los precios.

En otro orden de cuestiones, la sujeción a tributación de rentas derivadas de la valoración a precios de mercado de los activos como consecuencia del traslado de la residencia de sujetos pasivos residentes o de los activos afectos a un establecimiento permanente situado en territorio español al extranjero plantea dudas en relación con la debida satisfacción de los principios de libertad de establecimiento o de libre circulación de bienes.

La sentencia de 27 de septiembre de 1988, asunto *Daily Mail*<sup>34</sup>, resuelve la pregunta suscitada por una entidad que proyectaba trasladar su domicilio social y residencia fiscal de un Estado miembro a otro diferente. La finalidad reconocida de la operación era proceder a la venta de títulos y la realización de las correspondientes plusvalías en un territorio que no las sometiera a impuestos. De acuerdo con la legislación del Estado de origen, dicho traslado de residencia debía obtener previamente autorización por parte de la Hacienda pública. Ambas partes llegaron al acuerdo de que la empresa realizara parte de las plusvalías antes de su traslado y que dicho Estado de origen pudiera someterlas a gravamen. El recurso ante el Tribunal tenía por objeto determinar si tal autorización implicaba la violación del derecho de establecimiento. En particular, la disposición legislativa controvertida no contenía restricción alguna a operaciones como ésta ni tampoco obstaculizaba el traslado parcial o incluso total de las actividades de una sociedad residente a una sociedad de nueva constitución en otro Estado miembro, después de su disolución y de la liquidación de su situación fiscal. Dicha disposición sólo exigía la autorización de la Hacienda Pública en el supuesto de que esa sociedad, a la vez que conservaba su personalidad jurídica y su condición de sociedad en el Estado de origen, trasladaba su residencia fiscal a otro país.

El pronunciamiento fue que las legislaciones nacionales relativas al vínculo de conexión exigido a sus sociedades, así como a la posibilidad, y en su caso las modalidades, de traslado de la sede, formal o real, de una sociedad, constituida conforme a la legislación nacional, de un Estado miembro a otro, planteaban problemas que no estaban resueltos por las normas sobre el derecho de establecimiento, sino que debían serlo mediante actuaciones legislativas o convencionales, que sin embargo no habían llegado a término. En estas circunstancias, no se pudo interpretar el artículo 43 del Tratado -

---

<sup>34</sup> Ver asunto C-81/87, *Daily Mail*, ECR 1988, p. 5505.

derecho de establecimiento - como atributivo, en favor de las sociedades constituidas de conformidad con una legislación nacional, de un derecho a trasladar su sede de dirección y su administración central a otro Estado miembro y a conservar al mismo tiempo su condición de sociedades del Estado miembro con arreglo a cuya legislación fueron constituidas.

La LIS se refiere a supuestos de cambios de residencia de entidades residentes pero no menciona nada respecto de que se mantenga una estructura social constituida conforme a la ley española. De acuerdo con los criterios utilizados por el artículo 8.3 de la LIS, una vez constituida con arreglo a la ley española, el traslado de la sede de dirección efectiva o el domicilio social no implican la pérdida de la condición de entidad residente. Únicamente surgen problemas cuando se producen situaciones de doble residencia fiscal que deban ser resueltas a la luz de un convenio de doble imposición. De acuerdo con el artículo 4.2 del Modelo OCDE de doble imposición, en los supuestos en que ambos Estados contratantes consideren que una entidad es residente fiscal en sus territorios respectivos, la cuestión debe resolverse en función de la localización de la sede de dirección efectiva. En tal caso, cobra virtualidad el pronunciamiento incluido en la resolución del Tribunal de Luxemburgo, que no parece limitar la tributación en estos casos de emigración.

Los supuestos de rentas atribuibles a elementos afectos a establecimientos permanentes que se trasladan al extranjero presentan dudas, sin que exista jurisprudencia comunitaria que arroje luz sobre la cuestión. En todo caso, parece legítimo el gravamen de rentas generadas en el propio territorio. La previsión legal se refiere a supuestos en que la renta no se realiza, pero las transferencias de activos al exterior implica la pérdida de la posibilidad de proceder a su gravamen.

El estudio detallado de estas dos cuestiones, una vez enfocado desde la realización del derecho de gravamen de plusvalías generadas en el propio territorio, despierta la curiosidad acerca del momento elegido para la tributación: en los dos casos contemplados por la norma éste se adelanta a un momento en que todavía no se han realizado las plusvalías. Ésto, sin considerar otras circunstancias asociadas a la necesidad de valorar rentas no materializadas. En todo caso, FARMER y LYAL<sup>35</sup> mantienen, en el análisis del caso *Daily Mail* que lo que parece que no resulta posible es que los Estados miembros reclamen excepciones a los principios comunitarios por la pérdida de recursos fiscales que se hubieran obtenido en relación con la actividad económica de la sociedad desarrollada con posterioridad al cambio de residencia fiscal.

#### 7. Precios de transferencia y subcapitalización

Más detenimiento reclaman las normas relativas a precios de transferencia. El artículo 16 de la LIS implica correcciones del valor fijado por las partes cuando se entienda producido un perjuicio para la Hacienda Pública. No cabe duda de que tales correcciones, con la consiguiente mayor tributación, son más frecuentes en los supuestos de operaciones con empresas asociadas no residentes. Así resulta, en términos generales, del diferente principio de tributación al que están sometidas las entidades no residentes - tributación en la fuente - acompañado de la aplicación de convenios de doble imposición: normalmente, mientras que en una operación doméstica un ingreso se corresponderá con un gasto, ambos computables en la base imponible, en una operación internacional el gasto de la entidad residente pagadora de un bien o servicio no se corresponde con un ingreso de la entidad no residente que tribute en España, salvo que el mismo se relacione con las actividades de un establecimiento permanente.

---

<sup>35</sup> Ver Paul FARMER y Richard LYAL, EC...*op. cit.*, p. 320.

En la valoración de esta normativa debe recordarse que el Tribunal de Luxemburgo ha considerado que el trato discriminatorio también se constata en medidas indirectas o encubiertas. Pero sobre todo, el análisis de esta corte se ha centrado en los resultados prácticos de la aplicación de las normas. Ya se señaló que no se prohíben sólo discriminaciones directas sobre la base de la nacionalidad sino también cualquier otra discriminación que, por la aplicación de otros criterios de diferenciación, conduce al mismo resultado. Este sería el caso de las distinciones basadas en la residencia fiscal, cuando las mismas no se correspondieran con diferencias objetivas, circunstancia que resulta relevante como veremos ahora<sup>36</sup>.

En principio, las normas de vinculación españolas no parece que puedan entenderse como discriminatorias. Las mismas no refieren su aplicación a una determinada categoría de sujetos pasivos o de operaciones que implicara una cierta identificación en relación con su nacionalidad, más bien con la ausencia de la nacionalidad española. Son normas aplicables por igual a residentes y a no residentes.

En cuanto a la circunstancia de que van a resultar de aplicación en un mayor número de casos cuando está presente una entidad no residente, esto es consecuencia del diferente ámbito de potestades tributarias en juego. En la sentencia de 14 de febrero de 1995, caso *Schumacker*<sup>37</sup>, se realiza la consideración de que no conceder el mismo régimen fiscal a residentes y no residentes no es discriminatorio en sí mismo, sino sólo en la medida en que no hubiera diferencias objetivas apreciables en el caso. Aún más, la sentencia de 11 de agosto de 1995 en el asunto *Wielockx*<sup>38</sup>, y la sentencia de 15 de mayo de 1997, asunto *Futura Participations*<sup>39</sup>, ponen de manifiesto que la existencia de un convenio bilateral o la propia aplicación del principio de territorialidad tienen consecuencias en relación con el ejercicio de potestades tributarias que condicionan el alcance del principio de no discriminación. En el primer caso, se indica que la aplicación de un convenio internacional rompe la relación entre la deducción por contribución al sistema de pensiones y la posterior tributación de la renta, de tal manera que se encuentran argumentos que permiten valorar la aplicación de un convenio bilateral como causa que permite un trato diferenciado en relación con una situación concreta; en el segundo se menciona que no existe relación económica entre los beneficios de un establecimiento permanente y las pérdidas sufridas por la misma empresa en otro centro de actividad ya que el principio de territorialidad en la tributación de la sucursal así lo impide, lo que ofrece alguna pauta de reflexión acerca de la diferencia en la aplicación de las normas como consecuencia de la falta de potestades tributarias. En fin, parece admisible la situación derivada de la aplicación de las normas españolas.

La no discriminación indirecta o encubierta resulta particularmente relevante en relación con las normas sobre subcapitalización, si se considera que el artículo 20 de la LIS prevé de forma expresa que tales normas son aplicables con ocasión de la participación de entidades no residentes en otras entidades residentes, sin que sus consecuencias resulten extensibles a supuestos completamente internos. En particular, respecto de las restricciones en la deducción de gastos como consecuencia del destino del pago a no residentes y su carácter discriminatorio, puede resultar relevante la sentencia dictada en el caso *Halliburton*<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Ver epígrafe I.

<sup>37</sup> Ver fallo del asunto *Schumacker*, antes nota 5, párrafos 32 a 35.

<sup>38</sup> Ver asunto *Wielockx*, antes nota 6, párrafos 24 y 25.

<sup>39</sup> Ver asunto *Futura Participations*, antes nota 19, párrafos 20 a 22.

<sup>40</sup> Ver asunto *Halliburton*, antes nota 21 y epígrafe II. J. DAVID y B. OLIVER citan este caso en relación con las normas de subcapitalización en su trabajo "The impact of EU non-discrimination provisions in UK corporate tax law", *EC Tax Review*

Una vez que se considera que la norma puede ser discriminatoria, la cuestión es si la misma se encuentra justificada por razones legítimas de interés público, según resulta del artículo 46 del Tratado UE; en este sentido, resulta importante destacar que la finalidad de estas normas es asegurar que los sujetos pasivos no evaden el Impuesto mediante el procedimiento de utilizar financiación ajena, en situaciones en las que normalmente se hubiera emitido capital, como consecuencia de las relaciones de vinculación existente entre prestamista y prestatario. La jurisprudencia ya se ha pronunciado en este sentido en las sentencias del asunto *ICI*<sup>41</sup>, y de 9 de marzo de 1999, asunto 212/97 *Centros*<sup>42</sup>. En ambos casos, se consideró que determinadas normas antiabuso, aunque discriminatorias, estaban justificadas por los objetivos perseguidos siempre que se cumplieran determinadas condiciones muy estrictas. En concreto, la segunda de las sentencias dictadas estableció de forma expresa:

*"Que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32, y de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 37)."*

Por tanto, las normas antiabuso deben siempre cumplir con los fines propuestos y responder al principio de proporcionalidad, en el sentido de que las restricciones impuestas son apropiadas y necesarias para sus fines. Las conclusiones que deben extraerse de estos pronunciamientos pueden ser, al menos:

En relación con el alcance de la norma, su aplicación en el contexto comunitario debe referirse a parámetros propios de valores de mercado. Existe un consenso internacional en relación con la valoración de las relaciones entre empresas multinacionales a precios de mercado, de tal forma que sólo puede concebirse abuso o evasión fiscal a partir del momento en que una operación deja de cumplir con dicho principio.

Esta solución no puede estar condicionada a la vigencia de un convenio de doble imposición o sobre la base de criterios de reciprocidad. Desde que la legalidad de la norma de subcapitalización se valora en función del principio de no discriminación y la libertad de establecimiento establecidos en el Tratado, sus efectos vinculan a todos los Estados miembros por el mero hecho de pertenecer a la Unión Europea. Resulta particularmente relevante la resolución del caso *avoir fiscal*<sup>43</sup>, que consideró discriminatoria y restrictiva de la libertad de establecimiento recogida en el artículo 43 del Tratado la normativa francesa que no permitía disfrutar de un crédito fiscal para eliminar la doble imposición de dividendos a los establecimientos permanentes situados en Francia, pertenecientes a sociedades residentes en otros Estados miembros. De acuerdo con el tribunal, los derechos derivados del Tratado CE son incondicionales y no cabe que los Estados miembros los condicionen de acuerdo con las cláusulas recogidas en convenios de doble imposición; no es posible que tales derechos queden sujetos a las

---

1998-3, p. 171. De la misma forma, Alfredo García Prats, "The potential impact of the EC non-discrimination principle on Spanish income taxation", *EC Tax Review* 1998-3, p. 183.

<sup>41</sup> Ver asunto *ICI*, antes nota 10, párrafos 26 y ss.

<sup>42</sup> Ver asunto C-212/97, *Centros*, ECR 1999, p. I-2981, 2997, párrafo 34.

<sup>43</sup> Ver asunto 270/83, *Comisión vs Francia - avoir fiscal*, antes nota 4, párrafo 26.

condiciones de reciprocidad impuestas con el objeto de obtener ventajas similares de otros Estados.

#### 8. *Compensación de pérdidas*

En relación con la compensación de pérdidas debe mencionarse que existen tres sentencias diferentes. La sentencia del caso *Futura Participations*, relativo a la posibilidad de que un establecimiento permanente compense en el Estado de la fuente pérdidas procedentes de otros centros de actividad del sujeto pasivo situados bajo otras jurisdicciones fiscales, cuestión no directamente relacionada con el IS sino con el Impuesto sobre la Renta de los no Residentes. La segunda, en el caso *ICI*, relativo a la tributación de grupos, en la que se indicó que la libertad de establecimiento excluye normas que limite la compensación de pérdidas incurridas por otras sociedades del grupo cuando en tal grupo están integradas sociedades residentes en otros Estados miembros, cuestión sobre la que se insistirá al ver la tributación de grupos consolidados.

Finalmente, la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de diciembre de 2000, asunto *AMID*<sup>44</sup>, que precisó en su fallo que la libertad de establecimiento se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual una sociedad residente sólo puede deducir de los beneficios imponibles de un año, a efectos del IS, las pérdidas sufridas el año anterior a condición de que dichas pérdidas no se hayan podido compensar con los beneficios obtenidos, en ese mismo año anterior, por uno de sus establecimientos permanentes situado en otro Estado miembro, en la medida en que las pérdidas compensadas de ese modo no pueden deducirse de los ingresos imponibles en ninguno de los Estados miembros afectados, mientras que, si los establecimientos de dicha sociedad se encontrasen exclusivamente en el Estado miembro donde tiene su domicilio social, tales pérdidas serían deducibles.

La situación fue que la casa central de una sociedad determinó pérdidas que compensó en un año posterior con beneficios de ese mismo centro de actividad, ignorando otros beneficios determinados el primer año por un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro cuyas rentas estaban exentas según el convenio bilateral aplicable. Sin embargo, la ley interna de este último Estado disponía la posibilidad de utilizar beneficios exentos para compensar pérdidas de la casa central, circunstancia que podría generar dudas a la luz del convenio bilateral. El Tribunal acudió a la comparación de una sociedad sin establecimientos permanentes en otros Estados que determina pérdidas en un ejercicio dado y otra sociedad que tiene un establecimiento permanente en otro Estado, que determina pérdidas en el Estado de la residencia y beneficios en el extranjero. La realidad es que los resultados totales de la sociedad no son los mismos en ambos casos. No parece que la comparación efectuada por la resolución para determinar la existencia de un trato discriminatorio haya considerado debidamente la cuestión. El Tribunal ha otorgado una relevancia especial al juego de la exención de rentas extranjeras: según el convenio bilateral aplicable al caso, las rentas del establecimiento permanente debían estar exentas en el Estado de residencia. Esta puede ser la causa de la comparación efectuada por la sentencia<sup>45</sup>. Sin embargo, sus conclusiones no parecen extensibles al caso de que se aplicara el método de imputación y dejarían sin resolver las situaciones en que no se puedan llegar a aplicar las deducciones o créditos fiscales derivados de la aplicación de dicho método por falta de deuda tributaria y como consecuencia de las pérdidas producidas en el propio territorio nacional.

---

<sup>44</sup> Ver asunto C-141/99, *AMID*, aún no recopilada. Consulta base de datos CELEX, en la página *web* de la Unión Europea, Tribunal de Justicia, sentencias recientes: [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

<sup>45</sup> Así resulta de los párrafos 22, 23, 28 y, en especial, el 29 de la citada sentencia, antes nota 44.

La realidad es que la normativa del Estado de residencia referida, insistimos que al margen de otras cuestiones derivadas del convenio bilateral, plantea problemas de doble imposición que implican un peor trato cuando existen actividades desarrolladas en otros Estados miembros, como consecuencia del cómputo de beneficios extranjeros en principio exentos.

El cómputo de resultados de establecimientos permanentes puede ser el siguiente: en caso de que resulte de aplicación el método de imputación, las pérdidas de los establecimientos permanentes situados en otros Estados miembros deben integrarse en la base imponible como si se hubieran producido en otra sucursal situada en el territorio de la residencia fiscal. Si se aplicara el método de exención, la incorporación de beneficios producidos en el exterior para compensar pérdidas de la casa central debe ir acompañada de la aplicación de mecanismos de doble imposición para evitar restricciones al derecho de establecimiento, derivadas de una tributación superior por el mero hecho de extender actividades al exterior. Tanto en el caso de imputación como de exención, estos mecanismos deberían recoger la posibilidad de trasladar a ejercicios posteriores los créditos o deducciones no utilizados en el mismo ejercicio. La consecuencia sería que, si bien no se trasladan las pérdidas de la casa central para su compensación en ejercicios posteriores, sí que se trasladarían tales créditos o deducciones.

Por lo demás, se debe recordar que la sentencia no se refiere al supuesto en que las pérdidas se produzcan en el establecimiento permanente respecto del cual resulta aplicable el método de exención. La sentencia dictada en el caso *Futura Participations* afronta esta cuestión. Volveremos con más detalle sobre la misma al estudiar la tributación de los grupos consolidados. Esta resolución se refiere a la tributación de contribuyentes no residentes, que ahora no se abordan. Por lo demás, la misma aporta criterios válidos para tal materia.

Parece que es una cuestión resuelta adecuadamente en la LIS, en la redacción de sus artículos 20 ter y 23. En particular, no parece que se pueda plantear la compensación de pérdidas internas con beneficios de establecimientos permanentes exentos.

#### IV. CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL Y EL RÉGIMEN ESPECIAL DE ENTIDADES DE TENENCIA DE VALORES EXTRANJEROS

El artículo 293 del Tratado dispone que:

*"Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales:... la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad".*

La remisión de este precepto no implica que este ámbito tributario quede inmune a la aplicación del resto de principios del Tratado de tal manera que no es posible concluir que, en la medida en que España haya celebrado convenios con todos los demás Estados miembros, la cuestión está resuelta.

La jurisprudencia europea muestra diversas posiciones con capacidad para influir las políticas de doble imposición de dividendos. La sentencia del caso *Verkooyen* menciona, como se ha visto con

anterioridad<sup>46</sup>, que resultaba contraria a la libre circulación de capitales una disposición de un Estado miembro que supedita la concesión de una exención del Impuesto sobre la Renta que grava los dividendos abonados a los accionistas que sean personas físicas al requisito de que dichos dividendos sean repartidos por sociedades domiciliadas en dicho Estado miembro. En el análisis a la cuestión, fue necesario abordar la alegación suscitada por el Estado parte interesado en el procedimiento de que se trataba de una medida justificada por la coherencia del sistema fiscal puesto que estaba dirigida a eliminar la doble imposición. En particular, se mencionó que <sup>47</sup>:

*"...La exención de dividendos pretende atenuar los efectos de la doble imposición - en sentido económico- que se produce al someter a gravamen, por una parte, los beneficios obtenidos por la sociedad, en concepto de Impuesto sobre Sociedades, y, por otra parte, estos mismos beneficios distribuidos en forma de dividendos a los accionistas que sean personas físicas, en concepto de Impuesto sobre la Renta.... la exención de dividendos queda reservada exclusivamente a los contribuyentes que perciben dividendos de acciones de sociedades domiciliadas en los Países Bajos porque sólo estas últimas son gravadas en los Países Bajos por los beneficios que han obtenido. Cuando la sociedad que reparte dividendos se halla establecida en otro Estado miembro, los beneficios obtenidos tributan en dicho Estado, por lo que no existe en los Países Bajos una doble imposición que deba compensarse. ...*

*El Gobierno neerlandés ha sostenido igualmente... que no cabe la posibilidad de compensar el impuesto sobre los beneficios de las sociedades recaudado por las autoridades fiscales de otros Estados concediendo una exención de dividendos a las personas residentes en los Países Bajos que sean accionistas de dichas sociedades, pues ello supondría una disminución de ingresos automática para la Hacienda neerlandesa, al no haber percibido ésta el impuesto sobre los beneficios de las sociedades que reparten los dividendos.*

*Adoptando este mismo punto de vista, el Gobierno del Reino Unido ha alegado que, si las autoridades fiscales neerlandesas tuvieran que declarar exentos los dividendos procedentes de acciones de sociedades no establecidas en los Países Bajos, dichos dividendos escaparían por completo al impuesto en los Países Bajos."*

Sin embargo, el Tribunal no ha recogido estas pretensiones y mantuvo la consideración de la norma como restrictiva de la libertad de circulación de capitales y contraria al Tratado sobre la base de las siguientes consideraciones<sup>48</sup>:

*"Por lo que respecta a la necesidad de preservar la coherencia del sistema fiscal neerlandés, procede señalar que... en el caso de autos no existe ningún vínculo directo entre la concesión de una exención del Impuesto sobre la Renta a los accionistas residentes en los Países Bajos en cuanto a los dividendos percibidos por ellos y la sujeción a gravamen de los beneficios de sociedades domiciliadas en otros Estados miembros. Se trata de dos impuestos distintos que recaen sobre contribuyentes distintos."*

La doble imposición internacional debe abordarse, por tanto, en términos equivalentes que la doble imposición interna, tanto en las condiciones y requisitos para su aplicación como en las consecuen-

---

<sup>46</sup> Ver epígrafe II.2 y antes nota 18.

<sup>47</sup> Ver caso *Verkooyen*, antes nota 18, párrafos 50, 51, 52 y 53.

<sup>48</sup> Ver caso *Verkooyen*, antes nota 18, párrafos 55 a 57.



cias prácticas derivadas de su aplicación. En fin, queda todavía a la jurisprudencia la resolución de diversas cuestiones: si la doble imposición constituye en sí misma una restricción a las libertades fundamentales y si el sistema de convenios bilaterales no genera distorsiones en el Mercado Único como consecuencia de que un mismo Estado dispense distinto tratamiento a nacionales europeos en función de cual sea su Estado de origen y el tratado fiscal aplicable.

Con todo, la mayor complejidad de la cuestión surge de ciertas dificultades que se pueden extraer a la hora de intentar conjugar los principios comunitarios invocados por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y la Directiva 90/435/CEE sobre régimen fiscal de matrices y filiales. Esta norma de Derecho comunitario derivado establece mecanismos para la eliminación de la doble imposición en caso de dividendos. Subyacen dos cuestiones importantes.

Primero, si el método de imputación o de crédito fiscal es contrario a los principios comunitarios. KOSTENSEN<sup>49</sup> ha recogido la reflexión general de que resultaría difícil que el Tribunal llegue a considerar que el método a través de créditos fiscales constituya un obstáculo al derecho de establecimiento. Considera que se trata de una posición difícil de mantener si se observa tanto la práctica de los distintos Estados miembros y que la propia Directiva matriz-filial concede la opción a éstos entre el método de exención y el de crédito fiscal. Es curioso observar que la norma europea no dispone que los Estados miembros deban conceder créditos fiscales por la percepción de dividendos de fuente internacional en los mismos supuestos en que los conceden cuando se trata de dividendos de fuente interna. La Directiva establece sus propias condiciones de la participación en la entidad no residente comunitaria al margen de lo que pudiera estar previsto en la propia normativa interna.

En cuanto a la jurisprudencia en esta materia, la sentencia de 17 de octubre de 1996 que resuelve el caso *Denkavit* concluye que las ventajas fiscales derivadas de la Directiva – se refiere en concreto a la exención de retención en la fuente – no pueden supeditarse al requisito de que, en el momento de la distribución de beneficios, haya ya transcurrido el período mínimo de participación fijado por la Ley en aplicación de las previsiones establecidas en su artículo 3.2<sup>50</sup>. Esta interpretación se ha incorporado ya al texto literal de la LIS en las redacciones de los artículos 20 bis y 30.

Por otra parte, la sentencia de 23 de septiembre de 1998 dictada en el asunto *Epson Euope Bv* concreta dos cuestiones: que las sociedades Bv holandesas están cubiertas por el campo de aplicación de la Directiva y que la misma excluye tributación en la fuente sobre dividendos no sólo por el IS sino también por cualquier otro tributo, cualquiera que sea su naturaleza o denominación, que revista la forma de retención en origen sobre los dividendos distribuidos por entidades filiales a sus matrices. La cuestión se refería al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones portugués que grava, en cada reparto de beneficios, los dividendos pagados por sociedades que tienen su sede en Portugal<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Ver "The Saint-Gobain case and the application of tax treaties. Evolution or revolution?", *EC Tax Review*, 2000-4, p. 229, donde se recogen estas consideraciones. Se ha respetado la referencia al método del crédito fiscal en lugar de utilizar la mención del método de imputación, más usada en España, dado que por esta última referencia se pueden encontrar mecanismos muy diferentes entre los diversos países. En el trabajo citado estas conclusiones se apoyan en otros artículos de TERRA y PETER - *European Tax Law*, 2<sup>nd</sup> edition, p. 107 a 110 - y de John Avery JONES – "Carry On Discriminating" - *European Taxation* 1996/2, p. 159-162.

<sup>50</sup> Ver asunto C-291/94, *Denkavit*, ECR 1996, p. I-5063.

<sup>51</sup> Ver asunto C-375/98, *Fazenda Pública y Epson Europe Bv*, ECR 2000, p. I-424. Consultar en particular el párrafo 13 y el fallo de la sentencia.

Por último, el régimen de holdings que contiene la LIS no parece plantear mayores problemas desde esta perspectiva. La intención de favorecer la inversión en otras entidades no residentes no entorpece el derecho de establecimiento ni la libre circulación de capitales. Otras cuestiones suscitaría la tributación de establecimientos permanentes de entidades no residentes que se encontraran en la misma situación. Por lo demás, son extensibles las conclusiones recogidas en este epígrafe en relación con la doble imposición internacional. Únicamente recordar que, satisfechas las obligaciones impuestas por la Directiva sobre régimen fiscal de matrices y filiales en otros preceptos de la ley, no resulta necesario que estas normas tengan que cumplir con lo allí dispuesto.

## V. PARAÍDOS FISCALES Y TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

La LIS utiliza la referencia a los paraísos fiscales a lo largo de su texto con el objeto de ligar a los mismos determinadas condiciones más estrictas o restricciones a la aplicación de sus normas. La consecuencia de su aplicación es un trato fiscal más gravoso o menos ventajoso cuando se realizan operaciones con o a través de residentes en tales jurisdicciones. Las reglas mencionadas abarcan diversos aspectos de la base imponible, como las limitaciones establecidas a la deducción de gastos por servicios - artículo 14.1 g de la LIS-, a las provisiones dotadas en relación con valores emitidos por entidades residentes en tales territorios - artículo 12, apartados 3 y 4 -, determinadas normas de valoración - artículo 17.2-, y relativas a la aplicación de los mecanismos para eliminar la doble imposición - artículos 20 bis y ter, entre otros ejemplos.

Las normas que enfrentan a estos territorios con tales consecuencias, cuando resulte de aplicación el Tratado CE en los mismos, parecen asimismo contrarias a sus principios y libertades: se produce un trato discriminatorio que limita las condiciones para establecerse en esos territorios o prestar servicios de los mismos. La cuestión es si el Tribunal podría considerarlas como justificables. Como punto de partida, recordar que ya hemos mencionado que en su doctrina se rechazan alegaciones relacionadas con razones económicas o con la necesidad de proteger recursos fiscales<sup>52</sup>.

Sin embargo, se acaban de analizar las consecuencias derivadas de la introducción de normas antiabuso y se ha comentado que las restricciones contenidas en relación con operaciones localizadas o con personas ubicadas en dichos territorios pueden ser legítimas a la vista del Derecho comunitario, siempre que se verifique que las mismas cumplan con estos fines de evitar la evasión fiscal y resulten proporcionadas. La pregunta que queda abierta es si la proporcionalidad de la medida no se satisface en la identificación de los paraísos fiscales mediante un sistema de lista. Esta manera de proceder implica extender la norma antiabuso a cualquier situación con independencia de que tal evasión fiscal se haya producido o no de facto. Al mismo tiempo, queda excluida la posibilidad de que los tribunales pudieran revisar la actuación administrativa en relación con una situación dada en cuanto la propia Ley establece unas consecuencias jurídicas cuya aplicación es inevitable e improrrogable<sup>53</sup>. Con posterioridad se verá el pronunciamiento del Tribunal en relación con las normas antifraude establecidas en la transposición de la Directiva 90/434/CEE relativa al régimen fiscal de las fusiones: en función de su doctrina, se ha

---

<sup>52</sup> Ver epígrafe I.

<sup>53</sup> Ver epígrafe II.7.

avanzado en el sentido de afirmar que tales normas deben aplicarse caso por caso y permitir un control jurisdiccional individualizado<sup>54</sup>.

Las normas relativas a la transparencia fiscal internacional conciernen directamente a esta materia. La inclusión en la base imponible de rentas obtenidas por sociedades participadas ubicadas en otros Estados miembros puede implicar, de hecho implica, una desventaja para proceder a la constitución o participación en relación con tales entidades. La sentencia del caso *Baars*<sup>55</sup> consideró contraria al libre establecimiento las previsiones que impedían el disfrute de ciertos beneficios fiscales por la titularidad de acciones en otras sociedades cuando estas últimas no tuvieran la condición de residentes fiscales. El incremento de la carga tributaria por el hecho de participar en determinadas entidades, siempre no residentes, y bajo ciertas condiciones obliga a reflexiones semejantes.

Las actividades pasivas que se reputan de las sociedades descritas en este tipo de regímenes especiales implican la explotación de activos de naturaleza mueble o inmueble o de intangibles y la obtención de rentas derivadas de los mismos. En el ámbito territorial comunitario, la decisión del lugar donde se depositan títulos de propiedad o carteras de valores o desde el que se procede a la cesión de los derechos de uso de patentes, por ejemplo, no puede implicar un trato tributario desventajoso sin que implique finalmente una restricción a la decisión libre de establecerse o de la localización del origen de la prestación de determinados servicios. Los efectos que se deberían analizar son si tales normas limitan el derecho de establecimiento, la libre circulación de capitales y la de libertad de prestación de servicios como consecuencia de alterar de manera unilateral los criterios de delimitación de las potestades tributarias. Tal análisis recaería tanto sobre el efecto de anticipación de la imposición de determinadas rentas como, incluso, sobre la extensión de la tributación de rentas obtenidas por no residentes fuera del propio territorio; ninguna de estas consecuencias está presente en relación con el resto de los contribuyentes por impuestos sobre la renta en los que no concurren las circunstancias previstas en el régimen de transparencia fiscal.

Se considera, por otra parte, que la valoración del régimen de transparencia internacional no debe dejar al margen las consecuencias que el propio sistema fiscal pudiera ligar a la atribución de esos mismos activos y de su explotación a otra entidad residente alternativa. En tal caso, la nacionalidad u otro criterio relacionado con la misma no constituiría el factor decisivo para la invocación de un marco normativo sobre cuya capacidad para limitar libertades plantea otras cuestiones. Estas consideraciones, que implican la comparación de las consecuencias derivadas de la aplicación del régimen al que ahora nos referimos con las ligadas a la transparencia fiscal, tienen mayor sentido en el marco de la tributación por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En todo caso, las conclusiones que pudieran derivarse de tal contraste quedarán ligadas a la constatación o no de un trato discriminatorio. Si pudiera afirmarse la existencia de una restricción a las libertades fundamentales del Tratado europeo no discriminatoria pero contraria a sus previsiones es una cuestión que no parece claramente resuelta en la doctrina del Tribunal, al menos en el campo de la tributación, como ya se señaló en el primer epígrafe de estas notas.

En cuanto a la posible justificación de esta medida como dispositivo dirigido a evitar la elusión fiscal, la primera de las cuestiones sería la de confirmar que el régimen de transparencia fiscal revista tal carácter; por lo demás, se considera válido lo ya comentado. Únicamente, en este campo de ideas

---

<sup>54</sup> Ver epígrafe VI.

<sup>55</sup> Ver caso *Baars*, antes nota 28, epígrafe I.

puede resultar particularmente relevante cierta doctrina del Tribunal que vincula el análisis de las condiciones normativas del fraude fiscal con la inexistencia de motivos económicos válidos <sup>56</sup>.

FARMER estudia la compatibilidad de las normas de transparencia fiscal a la luz del caso *Eurowings*<sup>57</sup> ya que en este caso se defiende un trato discriminatorio respecto de operaciones concertadas con no residentes sobre la base de la necesidad de medidas dirigidas a atajar regímenes de baja tributación. En la resolución queda patente que es contrario al Derecho comunitario la adopción de medidas con esa finalidad, en particular cuando no existen medidas dirigidas a armonizar los niveles de presión fiscal efectiva en la imposición directa.

Por otra parte y en relación con el tema específico de las relaciones con paraísos fiscales y de la aplicación de normas de transparencia fiscal internacional, debe llamarse la atención sobre las políticas de compromiso adoptadas por las Instituciones europeas como la derivada del paquete fiscal <sup>58</sup>. El acuerdo acerca de la puesta en práctica de un código de conducta reconduce estas líneas de pensamiento a planteamientos diferentes, así como al alcance jurídico, en función del contexto, de previsiones del Tratado constitutivo como las establecidas en relación con la libertad de establecimiento, cuando su artículo 45 admite restricciones a la misma basadas en el ejercicio del poder público, y el artículo 46, cuando se refiere, con la misma finalidad, a justificaciones por razones de orden público, seguridad y salud pública; así como las descritas en relación con la libertad de circulación de capitales, cuando el artículo 58.1 b) reconoce el derecho de los Estados miembros a adoptar medidas para impedir infracciones a su Derecho y normativas nacionales, y su apartado 2 menciona la existencia de restricciones al derecho de establecimiento compatibles con el Tratado. Unas y otras no deberán constituir discriminaciones arbitrarias ni restricciones encubiertas a la libertad de circulación de capitales y pagos (artículo 58.3).

## VI. CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DE TIPOS DE GRAVAMEN ESPECIALES, REGÍMENES ESPECIALES E INCENTIVOS FISCALES

Las consecuencias derivadas del Tratado EU van a ser más evidentes en relación con la aplicación de normas o regímenes especiales. Nos referimos tanto a normas incluidas en el régimen general, que dispongan, por ejemplo, la libre amortización o amortización acelerada, a los tipos de gravamen que se separan del establecido con carácter general, como a los regímenes especiales con independencia de que su regulación se haya o no incorporado al texto de la LIS y que incluyen los incentivos al capital riesgo, sociedades de desarrollo industrial regional, pymes, instituciones de inversión colectiva, fondos y planes de pensiones, leasing y entidades parcialmente exentas.

---

<sup>56</sup> Ver más adelante el epígrafe VI relativo al régimen fiscal de las fusiones y los comentarios que se realizan sobre la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Leur Bloem*.

<sup>57</sup> Paul FARMER así lo expuso en la Conferencia Anual de Derecho Europeo pronunciada en el King College de Londres en marzo de 2001. Ver también el caso *Eurowings*, antes nota 24.

<sup>58</sup> Ver Conclusiones del Consejo Ecofin de 1 de diciembre de 1997 sobre política fiscal, *D.O. C 2*, de 6.1.98.

Los principios de libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios han sido invocados en numerosas ocasiones. Son relevantes a estos efectos las sentencias de los casos *Safir*<sup>59</sup>, *Svenssson & Gustavsson*<sup>60</sup>, *Eurowings*<sup>61</sup>, *Société Baxter*<sup>62</sup> y *Bent Vestergaard*<sup>63</sup>. Los pronunciamientos de estas resoluciones ofrecen una triple vertiente de reflexión, en líneas similares a las descritas anteriormente en este mismo trabajo:

Respecto de los sujetos pasivos que disfrutaran de tales régimenes, la aplicación de una normativa ventajosa en relación con que, de acuerdo con su normativa sustantiva, la inversión de sus recursos o fondos deba realizarse en España o en mercados españoles suscita dudas desde la perspectiva comunitaria. A título meramente indicativo, merecen atención cuidadosa los casos de sociedades y fondos de inversión, el fondo de regulación de carácter público del mercado hipotecario o, incluso, los fondos de pensiones. No se quiere afirmar sin más la existencia de dudas en relación con este tipo de entidades, pero son las que alguna atención puede reclamar. A estos efectos, bastaría con que de la norma resultara la necesidad de invertir sus recursos en territorio español o en entidades españolas, lo que derivaría del hecho de que se obligue o fomente que estas instituciones coloquen un alto porcentaje de sus activos en valores admitidos a cotización oficial en Bolsa o contratados en mercados organizados, reconocidos oficialmente. La cuestión suscitada est  más estrechamente ligada al propio régimen sustantivo que a su régimen fiscal, si bien debe decirse que, en lo que ahora interesa, la discriminación resulta por el hecho de que para disfrutar del régimen fiscal especial debe invertirse en España. La adecuación de estas disposiciones al marco comunitario exigiría que las referencias a bolsas de valores o mercados oficiales abarcaran a los existentes en otros Estados miembros, o que en tal sentido se interpretaran las previsiones aplicables.

La normativa sustantiva mencionada incluye referencias a inversiones en activos extranjeros, que se debe regular en mercados extranjeros. Es necesario estudiar si el diferente régimen previsto para uno y otro tipo de inversiones incentiva la colocación de recursos en el mercado español frente a su inversión en otros mercados extranjeros. Si así fuera, se favorece la inversión en capital en España, por tanto en entidades nacionales, y se limita también la posibilidad de que otros operadores y agencias europeos presten sus servicios a inversores españoles, así como resulta que otras entidades o sociedades europeas no residentes tienen mayores dificultades para encontrar capitales en España.

En cuanto al disfrute de estos régimenes especiales por parte de entidades no residentes similares o equivalentes que operaran en nuestro territorio a través de establecimiento permanente, se trata de una cuestión propia de otro impuesto - Impuesto sobre la Renta de los no Residentes - sin que sea posible extenderse aquí sobre la misma.

Respecto de los partícipes en entidades que disfrutaran de los mismos, en la medida en que resultará más interesante colocar inversiones en tales entidades que disfrutaran del régimen especial, en cuanto que los menores costes fiscales incidirán en su beneficio. De esta manera existe un incentivo para colocar las propias inversiones en entidades españolas en lugar de

---

<sup>59</sup> Ver epígrafe I y II.1 y nota 9.

<sup>60</sup> Ver epígrafe II.1 y nota 23.

<sup>61</sup> Ver epígrafe II.1 y nota 24.

<sup>62</sup> Ver epígrafe II.1 y nota 26.

<sup>63</sup> Ver epígrafe II.1 y nota 27.

trasladar los recursos propios a otras entidades no residentes establecidas en la Comunidad. Esta circunstancia resultará básicamente de la limitación de la aplicación del régimen especial a las entidades que satisfagan las condiciones correspondientes fijadas por las diversas leyes sustantivas especiales dictadas al efecto: resulta obligado observar bajo estas consideraciones a Ley de Instituciones de Invasión Colectiva, Ley de Planes y Fondos de Pensiones, Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General y Ley reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo.

Esta situación se agrava cuando los partícipes en estas entidades disfrutan, por este motivo y en relación con las rentas derivadas de su participación, de sus propios incentivos fiscales, que no se encuentran presentes en la normativa española si decidieran destinar su inversión hacia sociedades o instituciones similares ubicadas en otros Estados miembros.

Respecto de quien celebre operaciones con las mismas. El caso más sintomático sería el leasing, régimen que permite la amortización acelerada de los activos cedidos en uso en los supuestos en que el contrato de arrendamiento financiero se suscriba en los términos previstos en la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. En la medida en que tal régimen especial sólo pueda aplicarse cuando la entidad financiera se encuentre regulada de acuerdo con la legislación española se pondrán de manifiesto restricciones a la libre prestación de servicios similares a las declaradas contrarias al Tratado en la sentencia del caso *Eurowings* antes citada.

## VII. RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS FUSIONES, ESCISIONES, CANJES DE VALORES Y APORTACIONES DE ACTIVOS. EJECUCIÓN DE LA DIRECTIVA 90/434/CE

La valoración que debe hacerse de la ejecución de la Directiva 90/343/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros <sup>64</sup>, que realiza la LIS, título VIII capítulo VIII, es positiva. Se cubren todas las obligaciones establecidas en la misma, se adopta la posición más favorable ante supuestos dudosos <sup>65</sup> y se extienden sus consecuencias a supuestos no previstos (el régimen resulta aplicable a todo tipo de sociedades y no sólo a las mencionadas en el anexo de la Directiva, así como a las personas físicas en ciertas circunstancias).

---

<sup>64</sup> Publicada en el *D.O.* serie L 225 volumen 33, de 20 de agosto de 1990.

<sup>65</sup> Surge la duda de si la filiación de establecimientos permanentes está cubierta por la Directiva y acerca de la transmisión a las entidades adquirentes en estas operaciones de las bases imponibles negativas pendientes de compensación de las entidades transmitentes.

El Tribunal de Justicia no ha tenido muchas oportunidades de pronunciarse en este campo. Destaca la sentencia de 17 de julio de 1997, asunto *Leur-Bloem*<sup>66</sup>, que resuelve dos cuestiones relativas a la interpretación de la Directiva.

De una parte, se afirma que la letra d) del artículo 2 de la Directiva, relativa al concepto del canje de valores, no exige que la sociedad dominante, en el sentido de la letra h) del mismo artículo, explote por sí misma una empresa, ni que exista una integración duradera, desde el punto de vista financiero y económico, en una misma entidad, de la actividad empresarial de dos sociedades. Asimismo, el hecho de que una misma persona física, que era socia única y directora de las sociedades dominadas, pase a ser socia única y directora de la sociedad dominante, no impide calificar la operación de fusión por canje de acciones.

Además, se interpreta la letra a) del apartado 1 del artículo 11 de la Directiva relativa a las normas antifraude. De acuerdo con este precepto, los Estados miembros puede constituir una presunción de fraude o de evasión fiscal cuando una operación no se efectúe por motivos económicos válidos y se entiende que este concepto es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal como la compensación fiscal horizontal de las pérdidas entre las sociedades que participen en la operación.

En todo caso, la corte mantuvo que las normas antifraude deben permitir la comprobación de que una operación determinada persigue un objetivo de fraude o evasión ya que las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de la misma. Se recuerda además que es jurisprudencia reiterada que tal examen debe ser susceptible de control jurisdiccional. El Tribunal valora que las normas comunitarias no son muy precisas, por lo que defiende que corresponde a los Estados miembros determinar, respetando el principio de proporcionalidad, las modalidades necesarias al objeto de aplicar esta disposición. No obstante, en criterio del Tribunal, el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja a determinadas categorías de operaciones, tanto si se ha producido efectivamente la evasión o el fraude fiscal, como si no, excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva. Lo mismo sucedería si una norma de este tipo incluyera una mera posibilidad de excepción cuya aplicación por parte de la autoridad administrativa fuera facultativa.

El artículo 110.2 de la LIS parece adaptarse a esta interpretación.

## VIII. TRIBUTACIÓN CONSOLIDADA

El régimen de tributación consolidada en el IS se proyecta únicamente sobre grupos nacionales o sobre la parte de los mismos integrados por sociedades residentes en España. Este es el elemento que pudiera resultar relevante a la luz de los principios comunitarios y de las decisiones de la jurisprudencia comunitaria.

---

<sup>66</sup> Ver asunto C-28/95, *Leur-Bloem*, ECR 1997, p. I-4161. En particular, ver párrafos 37 y 41 a 44.

La sentencia del Tribunal del asunto *ICI* precisó que la libertad de establecimiento se opone a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación. De esta forma, el artículo 43 del Tratado<sup>67</sup>:

*"...Se opone a una normativa de un Estado miembro que, en lo que respecta a las sociedades que tienen su domicilio social en ese Estado miembro y que forman parte de un consorcio a través del cual son propietarias de una sociedad holding y ejercen su derecho de libre establecimiento para crear por medio de esa sociedad holding filiales en otros Estados miembros, supedita el derecho a la compensación de pérdidas al requisito de que la actividad de la sociedad holding consista en ser titular, única o principalmente, de las acciones de filiales que tengan su domicilio social en el Estado miembro de que se trate. Por otra parte, este precepto no se opone a una normativa nacional que deniega la concesión de la compensación de pérdidas a una sociedad de consorcio domiciliada en el territorio nacional cuando la actividad de la sociedad holding de la que es propietaria el consorcio consiste única o principalmente en la titularidad de acciones o participaciones de filiales que tienen su domicilio social en países terceros no miembros de la UE."*

El caso se planteó ante la interpretación derivada de una legislación que no concedía el derecho a la desgravación fiscal de las pérdidas sufridas por una sociedad filial residente de una entidad holding también residente, perteneciente a una corporación, como consecuencia de que la mayoría las filiales del grupo no eran residentes fiscales. Estas disposiciones se consideraron contrarias al derecho de establecimiento<sup>68</sup>. En caso contrario, cuando las filiales hubieran tenido la consideración de entidades residentes, hubiera sido posible aplicar el régimen de desgravación fiscal previsto en el marco de la tributación de corporaciones de sociedades.

En este sentido surgen dudas de que, en la medida en que la tributación consolidada implique un mejor trato que el derivado de la tributación individual, pueda resultar conforme al Tratado que el mismo esté condicionado por la necesaria residencia fiscal en España de las entidades dominante y dominadas.

Si somos precisos, la consecuencia derivada de la LIS no es la exclusión de la aplicación del régimen por el mero hecho de que existan filiales no residentes, sino que el mismo no es extensible a las entidades residentes bajo otras jurisdicciones fiscales. En este punto resulta relevante la propia doctrina del Tribunal europeo. En la sentencia dictada en el caso *Futura Participations* se resolvió el caso planteado por un establecimiento permanente, sujeto pasivo en un Estado diferente al de la residencia fiscal de la sociedad, que solicitaba, indirectamente, la compensación de las pérdidas sufridas por otros centros de actividad de la misma. La resolución menciona expresamente que<sup>69</sup>:

*"...Por lo que respecta a los sujetos pasivos residentes, la Ley luxemburguesa establece que todos sus rendimientos quedan sujetos a tributación, sin que la base imponible del impuesto esté*

---

<sup>67</sup> Ver Fallo del asunto *ICI*, antes nota 10.

<sup>68</sup> Tom DANIELS, en su trabajo "The freedom of establishment: some comments on the ICI decision", *EC Tax Review* 1999-1, p. 40, resalta que no es un caso de discriminación porque la entidad concernida no puede ser discriminada por la Ley que era aplicable puesto que era nacional de ese mismo Estado. Esta autor reflexiona acerca del sentido de las palabras del Tribunal cuando se refiere a la existencia de un trato desigual, cuando no cabe la discriminación.

<sup>69</sup> Ver asunto *Futura*, nota 19, párrafos 20 y 21.



*limitada a sus actividades luxemburguesas. En consecuencia, aunque existan exenciones en virtud de las cuales una parte, o incluso, en determinados casos, todos sus rendimientos obtenidos fuera de Luxemburgo no estén sujetos al impuesto en dicho país, la base imponible de dichos sujetos pasivos incluye, al menos, los beneficios y las pérdidas procedentes de sus actividades luxemburguesas.*

*En cambio, para el cálculo de la base imponible de los sujetos pasivos no residentes, sólo se tienen en cuenta para determinar la cuota en dicho Estado los beneficios y las pérdidas procedentes de sus actividades luxemburguesas.*

*No puede considerarse que dicho régimen, que se atiene al principio tributario de territorialidad, implique una discriminación manifiesta o encubierta prohibida por el Tratado."*

El principio de territorialidad en la tributación se convierte, en el entender de la corte europea y de esta forma, en factor decisivo para determinar cuando dos situaciones resultan objetivamente comparables. Otros párrafos de la sentencia<sup>70</sup> ponen de manifiesto la importancia de la vinculación económica de los resultados con un determinado centro de actividad a la hora de proceder a su computo: en la medida en que pueda identificarse una cierta vinculación económica entre las pérdidas de la entidad y su establecimiento permanente, éste debiera haber podido proceder a su compensación. Por el contrario, como la tributación en el Estado en que se encuentra ubicado se limita de forma exclusiva a los resultados que le resultan imputables, por mor de lo dispuesto en la propia norma interna, las pérdidas son asimismo consideradas a efectos fiscales en su tributación en la misma medida en que le resulten atribuibles.

Las reflexiones que pueden extenderse desde esta resolución a la dictada en el caso *ICI* podrían tener que ver con el alcance de la obligación de haber computado pérdidas, no ya procedentes de filiales del grupo que eran residentes fiscales en dicho caso, sino las que hubieran determinado otras filiales del mismo grupo cuya localización a efectos tributarios se hubiera ubicado en el territorio de otro Estado miembro, pero que determinen una unidad económica de empresa. Parece que si tal régimen de consolidación no hubiera determinado la tributación en la jurisdicción de la entidad matriz de las bases imponibles positivas determinadas por otras filiales no residentes fiscales, en atención finalmente a un principio de territorialidad que aflora aquí en relación con la falta de tributación de los resultados de entidades no residentes, no se hubiera podido señalar un trato discriminatorio bajo el Tratado CE derivado de la exclusión del cómputo de pérdidas determinadas en otros territorios comunitarios.

Todas estas menciones tienen por objeto acotar y precisar el alcance de la decisión judicial. La misma resuelve la controversia surgida al no permitir al sujeto pasivo que dedujera las pérdidas determinadas en sus filiales residentes, sin que nada se establezca respecto de otras filiales no residentes. La afirmación del Tribunal se refirió al hecho de que una legislación reservaba la concesión de la ventaja que constituye la desgravación del consorcio a sociedades que controlaban única o principalmente filiales que tenían su domicilio social en el territorio nacional y utilizaba así el criterio del domicilio social de las filiales controladas para establecer un trato diferenciado de las sociedades de consorcio domiciliadas en ese Estado miembro respecto de otros consorcios que, siendo también residentes en el mismo territorio, hubieran participado en filiales no residentes en el mismo.

---

<sup>70</sup> Ver Fallo de la sentencia del asunto *Futura*, antes nota 19.

Las alegaciones de las partes en este caso trajeron a colación el principio de la coherencia fiscal del sistema: la compensación de las pérdidas de las filiales residentes no se correspondía con la tributación de los beneficios de las otras filiales no residentes. El profesor LEHNER ha puesto de manifiesto como en esta sentencia y en cuanto a esta argumentación:

*" El Tribunal ignora la relación establecida en la ley nacional entre la tributación de la renta por una parte y la compensación de pérdidas por otra en el marco de la consolidación fiscal, y no se observa que existiera ninguna relación directa entre, por una parte, la desgravación fiscal, en el caso de la sociedad de consorcio, de las pérdidas sufridas por una de sus filiales con domicilio social en dicho Estado miembro y, por otra parte, la tributación de los beneficios de las filiales situadas fuera de ese Estado"<sup>71</sup>.*

Como conclusión, si bien pudiera parecer que introducir limitaciones en la consideración como grupo consolidado respecto de las filiales no residentes que pudieran pertenecer al mismo incentiva la localización de las inversiones dentro de territorio español y distorsiona el ejercicio del derecho al libre establecimiento en otro territorio comunitario, las ideas del Tribunal de Justicia parecen conceder cierta relevancia al principio de territorialidad en la tributación, de tal manera que no parece que pueda chocar tan frontalmente con el Tratado que la consolidación se limite a entidades residentes. Cuestión diferente es que se ligue la existencia de participaciones en otras entidades no residentes establecidas en el territorio comunitario con la pérdida de tal condición de grupo consolidado o con la aplicación de normas más onerosas.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, asunto X AB y Y AB<sup>72</sup> consideró que cuando un Estado miembro concede determinadas ventajas a las transferencias financieras internas de un grupo efectuadas entre dos sociedades anónimas establecidas en este Estado miembro, la segunda de las cuales pertenece en su totalidad a la primera, bien directamente o bien a dicha sociedad conjuntamente con:

Una o varias filiales asimismo establecidas en dicho Estado miembro y pertenecientes en su totalidad a ésta.

una o varias filiales que le pertenecen en su totalidad y que tienen su domicilio en otro Estado miembro con el que el primer Estado miembro ha celebrado un Convenio para evitar la doble imposición que incluye una cláusula de no discriminación.

El artículo 43 relativo al principio de libre establecimiento se opone a que no disfruten de estas mismas ventajas las transferencias efectuadas entre dos sociedades anónimas establecidas en dicho Estado miembro, la segunda de las cuales pertenece en su totalidad y de manera conjunta a la primera y a varias filiales que pertenecen en su totalidad a ésta y que tienen su domicilio en varios Estados miembros, distintos del primero, con los que éste ha celebrado Convenios para evitar la doble imposición que incluyen una cláusula de no discriminación<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Moris LEHNER, "Limitation of the national power of taxation by the fundamental freedoms and non-discrimination clauses of the EC Treaty", en *EC Tax Review*, 2000 Volumen 9, páginas 5 a 15. Ver también *ICI*, antes nota 10, párrafos 28 y 29.

<sup>72</sup> Ver asunto C-200/98, *X AB et Y AB vs Riksskatteverk* ECR 1999, I-8261.

<sup>73</sup> Ver asunto *X AB*.. nota 72, párrafo 31.

Las disposiciones estudiadas en este caso implican un cierto trato ventajoso en operaciones que tienen lugar dentro de un grupo de sociedades, que se pierde en el caso de que existan participaciones en una de las entidades que intervienen en la operación a través de diversas filiales situadas en diversos Estados miembros. De nuevo se ha considerado que el derecho al libre establecimiento se resiente cuando ciertos beneficios se excluyen por la presencia de entidades localizadas en diferentes Estados miembros como consecuencia precisamente de haber ejercido esa libertad de establecerse en los mismos.

## IX. CONCLUSIONES

El principio de no discriminación comunitario es absoluto. La falta de un desarrollo normativo preciso o de armonización fiscal no pueden constituir excusa para que las normas no se redacten o no se interpreten a la luz de esta regla fundamental. De igual forma, el IS debe adaptarse a la necesidad de hacer efectivas las diversas libertades del Tratado.

La introducción de elementos que generen discriminación o restrinjan dichas libertades debe estar justificada por razones de interés público. La jurisprudencia europea ofrece, por otra parte, pocas claves para conocer el alcance de dicho concepto. La coherencia fiscal del sistema ha servido como fundamento para el trato diferente. Pero la evolución que se deriva de las diversas resoluciones judiciales no permite conocer la capacidad real de esta alegación ya que ha sido desestimada en diversos asuntos.

Sí que parece posible introducir limitaciones o distinciones ante la necesidad de evitar el fraude o el abuso o con el objeto de permitir un control más adecuado del cumplimiento de las normas tributarias. Ahora bien, tales remisiones se entienden en sus justos términos sin que puedan alcanzar a la mera pérdida de recursos fiscales. Tampoco cabe introducir normas desproporcionadas o alejadas de la satisfacción de los fines buscados. La corte europea es estricta en cuanto a la relación que debe existir entre los medios escogidos para la realización de sus cometidos.

También se han venido aceptando las consecuencias derivadas de la distribución internacional de potestades tributarias y, en concreto, las restricciones ligadas al alcance territorial de cada jurisdicción fiscal.