

P
Rev. Trib. Atu
n. 19
2005

Coordenação dos Professores
Alcides Jorge Costa, Luís Eduardo Schoueri
e Paulo Celso Bergstrom Bonilha

ISSN 1415-8124

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

19



Decálogo

LIVRARIA E EDITORA
decalogo@mandamentos.com.br
(31) 3226 7717-3274 2559
Rua Espírito Santo, 1.025-Loja-H -BH- MG
Temos um advogado junto ao Pai, Jesus Cristo, o justo. (1Jo2:1)

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

São Paulo - 2005

510-50

Nacimiento de un Derecho Fiscal Europeo de la Empresa, de sus Accionistas y de sus Prestamistas

Jacques Malherbe

Profesor de la Universidad Católica de Lovaina. Abogado (Bruselas).

María Amparo Grau Ruiz

Profesora de la Universidad Complutense de Madrid.

Introducción

La armonización de los impuestos directos en Europa es, excepto por algunas directivas existentes, una armonización negativa, que resulta de las decisiones del Tribunal de Justicia que prohíben la aplicación práctica de ciertas disposiciones nacionales restrictivas de las libertades fundamentales previstas por el Tratado y, por lo general, también discriminatorias.

Esta armonización negativa, cada vez más marcada, supone que los jueces nacionales hagan uso del mecanismo de la cuestión prejudicial (Tratado, art. 234).

Puede constatarse que algunos países no han planteado nunca cuestiones prejudiciales en materia de impuestos directos (España, Portugal, Irlanda, Italia).

Otros jueces resuelven ellos mismos las cuestiones de Derecho europeo, sin plantear cuestiones prejudiciales. Estos ejemplos se encuentran en Inglaterra en la decisión Marks & Spencer de primera instancia y en Bélgica, así como en Finlandia (Sentencia de 20 de marzo de 2002 del Tribunal Supremo Administrativo relativa a la compatibilidad de la legislación finlandesa sobre las sociedades extranjeras controladas con el Derecho europeo)¹.

La armonización positiva es el fruto de las directivas aprobadas por unanimidad.

I. Armonización Negativa:

A. Los Prestamistas: Lankhorst-Hohorst

Numerosos Estados han tratado de luchar contra la subcapitalización. Normalmente es más ventajoso financiar una filial extranjera por un préstamo de su sociedad matriz, entrañando un pago de intereses, deducibles al nivel de la filial y a menudo exoneradas de retención en la fuente, que mediante capitales propios, generadores eventualmente de dividendos, sometidos a retención en la fuente, salvo aplicación de la Directiva matriz-filial, pero en todo caso sometidos al Impuesto sobre Sociedades en el país de la fuente.

La subcapitalización ha sido vista como un fenómeno de transferencia del poder de imposición del país de la fuente al país de la residencia.

1. Subcapitalización

El Tribunal de Justicia se ha enfrentado de lleno con el problema en el asunto Lankhorst-Hohorst. Esta sociedad alemana era propiedad de una sociedad holandesa. Lankhorst-Hohorst B.V., a su vez propiedad de otra sociedad holandesa

¹ P. Pistone, Tax Treatment of Foreign Losses: an Urgent Issue for the European Court of Justice, EC Tax Review, 2003, p. 149.

Lankhorts-Taselaar B.V. La GmbH alemana, estaba en pérdidas y había contratado un préstamo bancario oneroso. La sociedad cabeza de grupo holandesa reemplazó este préstamo por un préstamo intersocietario de 3.000.000 de marcos alemanes, acompañado de una declaración de patrocinio por la que la sociedad prestamista renunciaba al reembolso en presencia de terceros acreedores.

Los intereses del préstamo fueron tratados como gastos deducibles.

El Fisco alemán aplicó la Sección 8ª de la KStG que contenía dos reglas:

- la primera se aplica a toda sociedad que tenga un interés sustancial en una filial alemana y no tenga derecho al crédito de imputación del Impuesto sobre Sociedades con ocasión de la distribución de un dividendo;
- la segunda regla se aplica a los préstamos híbridos.

Un no residente no puede beneficiarse del crédito de impuesto a no ser que tenga su participación por medio de un establecimiento permanente en Alemania.

El interés se trata como dividendo desde que la ratio fondos prestados-fondos propios es de 3 a 1. Al estar en pérdidas la GmbH alemana, cualquier préstamo que le fuese consentido por su accionariado estaría necesariamente contemplado por la disposición.

Era posible destruir la presunción, probando que el préstamo habría podido ser obtenido de un tercero, lo que no sucedía en el caso analizado.

Sobre la cuestión prejudicial del Tribunal Fiscal de Munster, el Tribunal de Justicia juzgó la disposición del Impuesto sobre Sociedades alemán contraria al artículo 43 del Tratado, relativo a la libertad de establecimiento.

Una primera cuestión que se planteó era la de saber si la regla protege únicamente a la sociedad matriz en la medida en que ella establezca una sucursal o una filial en el país de la fuente o si ella protege igualmente a la filial en sí misma.

La jurisprudencia se fija en el sentido de que todos los partícipes en la operación, sean activos o pasivos, son protegidos.

En segundo lugar, podemos preguntarnos si el Tribunal habría podido igualmente invocar la libertad de movimiento de capitales. El artículo 56 se aplica en efecto no sólo a aquel que ofrece capitales propios, sino también a quien proporciona capitales prestados. En este caso, la disposición resultaría invalidada igualmente con respecto a terceros Estados, puesto que la libertad del artículo 56 no se limita a los inversores de Estados miembros.

Un primer argumento, que fue descartado por el Tribunal, es el basado en la existencia de reglas parecidas en numerosos países. Esto, sin embargo, demuestra la importancia de la decisión.

Por lo demás, no era necesario hacer una distinción entre las reglas discriminatorias y las reglas que constituyen puras restricciones. En el caso, la regla era discriminatoria.

En definitiva, era cierto que algunos contribuyentes alemanes estaban también excluidos de la imputación del crédito por el pago del Impuesto sobre Sociedades. Se trataba, no obstante, de un grupo no comparable a los inversores comerciales extranjeros normales, grupo constituido por personas jurídicas de Derecho público y por personas jurídicas que disfrutaban de exenciones personales, tales como las instituciones benéficas.

La disposición entrañaba pues un obstáculo a la libertad de establecimiento en Alemania de una sociedad de otro Estado miembro.

Restaba examinar si la regla podía encontrar una justificación en el interés público.

¿Constituía una cláusula anti-abuso? La subcapitalización, para el gobierno alemán, permite al inversor extranjero eludir el régimen alemán de imposición de los dividendos reemplazando una inversión en fondos propios por un préstamo que la sociedad no habría podido recibir de otra persona distinta de un accionista, con el resultado, en consecuencia, de la transferencia de materia imponible de Alemania hacia el extranjero.

En primer lugar, el Tribunal recordó que la reducción de las rentas fiscales no es ella sola una razón de interés público que permita justificar la violación de una libertad fundamental. El Tribunal constató que la disposición legal contemplada no se limitaba a evitar convenios artificiales y que un abuso no podía suponerse únicamente porque el inversor-prestamista estuviese en el extranjero.

El Tribunal añadió que el prestamista estaría sometido a su legislación nacional. Este argumento parece débil en ausencia de una armonización de la fiscalidad. No puede extenderse a la materia fiscal el reconocimiento mutuo que se aplica por ejemplo en materia de protección de consumidores.

En el caso, además, no existía ningún abuso: el accionista holandés tenía buenas razones económicas para reemplazar un préstamo oneroso por un préstamo a un tipo más bajo con el objeto de salvar la existencia de su filial alemana.

Antes de la existencia de la disposición legal discutida, el Fisco alemán había intentado remediar la subcapitalización invocando la disposición general anti-abuso del Código alemán (art. 42 Abgabenordnung). El Bundesfinanzhof había rechazado este fundamento jurídico, subrayando que en Derecho Civil un accionista es libre de financiar su filial mediante capitales propios o a través de préstamos.

Vemos pues difícilmente dónde está el abuso, tanto más cuando el umbral cuantitativo propuesto no guarda relación con la existencia de un abuso.

Además, un préstamo posee otras ventajas añadidas a la sustitución de una fuente de financiación: sobre todo, puede reembolsarse más fácilmente y genera intereses, incluso en ausencia de beneficios.

La medida tal como se redacta entraña además un riesgo de doble imposición, la misma renta es gravada como dividendo en el país de la fuente y como interés en el país de residencia. Un ajuste correlativo debería aceptarse por el país de residencia, lo que es bastante poco probable en el caso estudiado.

En cuanto al principio de coherencia, no podía ser invocado porque supone un vínculo directo referido a un solo y mismo contribuyente entre una ventaja fiscal y la imposición correspondiente. De hecho, el Tribunal exige ahora de forma acumulada una coherencia microeconómica al nivel del mismo contribuyente y una coherencia macroeconómica, los Estados comparten la materia imponible por Tratados cuya coherencia debe apreciarse a este nivel (Wielockx)².

² A. Cordewener, *Company Taxation, Cross-Border Financing and Thin Capitalization in the EU Internal Market: some Comments on Lankhorst-Hohorst GmbH*, *Eur. Tax.*, 2003, p. 102; O. Thoemmes, R. Strifly y K. Nakhai, *Thin Capitalization Rules and Non-Discrimination Principles, an analysis of thin capitalization rules in light of the non-discrimination principles in the EC Treaty, double tax treaties and friendship treaties*, *Intertax*, 2004, p. 126; L. Brosens, *Thin Capitalization rules and EC Law*, *EC Tax Review*, 2004, p. 188; M. Aliguara, *De Marks & Spencers uitspraak: de relevantie voor de fiscale eenheid in Nederland*, *Weekblad Fiscaal Recht*, 2004, p. 286; I. Doerr, *A Step Forward in the Field of European Corporate Taxation and Cross-border Loss Relief; Some Comments on the Marks & Spencer Case*, *Intertax*, 2004, p. 180.

2. Aplicación de la Directiva matriz-filial

El Tribunal de Justicia no ha examinado la aplicabilidad de la Directiva matriz-filial en la distribución de dividendos simulados puesto que ha juzgado la recalificación contraria al artículo 43 del Tratado. Sin embargo, el abogado general había concluido que, en un caso en el que la recalificación fuese legítima, la Directiva debería aplicarse. Sus condiciones de aplicación se cumplen: imposición vinculada a una distribución de dividendos, sea ésta formal o simulada, vínculo entre el montante del impuesto y el de la distribución; deuda de impuesto vinculada a la distribución, lo que se demuestra por ejemplo por la imposibilidad de compensar el aumento de la base imponible por las pérdidas arrastradas.

Sin duda, la distribución debe, en los términos de la Directiva, hacerse a la sociedad matriz en su condición de accionista. Sin embargo, el objeto de la Directiva, que es el de eliminar la doble imposición en toda distribución de beneficios y facilitar el reagrupamiento de sociedades en el ámbito de la Comunidad, debe primar sobre una interpretación formalista de esta condición³.

3. Aplicación a otros países: Dinamarca

La disposición legislativa danesa destinada a combatir la subcapitalización (art. 11 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades) es muy parecida a la regla alemana. El interés no es deducible si una sociedad matriz extranjera presta fondos o constituye una garantía concedida a un prestamista en favor de su filial o de su sucursal danesa desde que la deuda de la sucursal o filial sobrepasa cuatro veces sus fondos propios⁴.

B. Movimientos de los Contribuyentes entre Estados Miembros: Lasteyrie

Si se tienen en cuenta los Convenios bilaterales para evitar la doble imposición, la emigración de un residente de un país hacia otro desplaza generalmente la imposición de las rentas siguientes: pensiones, rentas de seguros de vida y plusvalías en la medida en que no se realicen en el momento de salida.

Los Estados intentan prevenir esta pérdida de materia imponible a través de tres tipos de medidas:

Los impuestos de salida (*exit taxes*) se perciben con motivo de la emigración, por lo general sobre la plusvalía no realizada de participaciones importantes en las sociedades. Éstas pueden ser generales, o como se ha dicho antes, limitadas a ciertos tipos de activos. Se basan en la ficción de una realización con el paso de la frontera. En Alemania, el pago puede ser repartido en cinco años mediando el pago de interés y el ofrecimiento de una garantía.

³ D. Gutmann et L. Hinnekens, The Lankhorst-Hohorst Case. The ECG finds German thin capitalization rules incompatible with freedom of establishment, EC Tax Review, 2003, p. 95.

⁴ N. Vinther y E. Werlauff, The Need for Fresh Thinking about Tax Rules on Thin Capitalization: the consequences of the judgement of the ECG in Lankhorst-Hohorst, EC Tax Review, 2003, p. 103. En Francia, C. Brokeland, Cross-border intra-group financing in France after the Conseil d'Etat Decisions of 30 December 2003, EC Tax Review, 2004, p. 181; en España, E. Concerrado, Controlled foreign company and thin capitalization rules are not applicable in Spain to entities resident in the European Union, EC Tax Review, 2004, p. 102; en Holanda, Dutch Thin Capitalization Rules from 2004 onwards, Intertax, 2004, p. 454; en Alemania, O.-F. Kerssenbrack, In the Wake of Lankhorst-Hohorst, Intertax, 2004, p. 306; A. Körner, The New German Thin Capitalization Rules: Tax Planning, Incompatibility with European Law, Intertax, 2004, p. 401.

En Austria, el impuesto se debe con motivo de la emigración, pero puede diferirse hasta la realización de las acciones en caso de emigración hacia un país del Espacio Económico Europeo o hacia Suiza.

Dinamarca acuerda un aplazamiento hasta la realización de las acciones o la muerte del contribuyente.

Holanda y Francia no exigen un impuesto propiamente dicho, sino que exigen a título cautelar durante un período de diez o cinco años respectivamente siguientes a la emigración, mediando ofrecimiento de garantía.

El impuesto se percibe en caso de realización de las acciones o de liquidación de la sociedad por ejemplo.

Las extensiones del gravamen se basan en la ficción de que el contribuyente emigrante permanece como residente del país donde residía anteriormente y permanece sujeto al impuesto sobre ciertas rentas. El impuesto no se percibe hasta que la renta es efectivamente realizada (Alemania, Suecia, Finlandia, Italia, España, Irlanda, Reino Unido).

La "recaptura" se aplica por ciertos países cuando se ha obtenido una ventaja fiscal relativa a una renta cuya imposición ha sido diferida y es seguida de un traslado de residencia hacia un país que tendría el derecho de gravar la renta en caso de percepción (Finlandia, Alemania, Francia, Suecia, Dinamarca, Países Bajos, Bélgica, Reino Unido)⁵.

La compatibilidad de los impuestos a la emigración con los Tratados y el Derecho europeo ha sido cuestionada desde hace mucho tiempo. Técnicamente, el derecho a gravar nace justo antes de la emigración. Se trata sin embargo de una apariencia.

Algunos ven aquí un "treaty override".

En cuanto al Derecho europeo, es evidente que estos impuestos constituyen un obstáculo a la movilidad y a la libertad de establecimiento.

El impuesto francés introducido en 1998 en presencia de numerosos casos de emigración hacia Bélgica e Inglaterra (art. 167 bis CGI) grava la plusvalía no realizada sobre participaciones importantes, si bien permite un diferimiento del gravamen al contribuyente, previa declaración del mismo y constitución de una garantía. Pasados cinco años o desde el regreso a Francia durante este período, la deuda fiscal se extingue de oficio. En los demás casos, el impuesto se debe por la plusvalía al tipo del 16% en el período (CGI, art. 160, I).

El Tribunal de Justicia vio en este impuesto un atentado discriminatorio a la libertad de establecimiento puesto que el emigrante está sometido a un impuesto sobre una plusvalía no realizada que habría evitado si hubiese permanecido en Francia. Esta diferencia de trato puede disuadirle de emigrar, el carácter cautelar de la exigencia está vinculado a la constitución de una garantía, privándole del disfrute del patrimonio ofrecido en garantía.

La disposición no puede justificarse por un objetivo legítimo de interés general.

⁵ L. De Broe, *Hard Times for Emigration Taxes in the EC*, Liber Amicorum M.J. Ellis, en prensa; J. Groux, *L'exit tax de l'article 167bis du CGI, mise à mal par la Cour de justice de Luxembourg a-t-elle encore un avenir*, Bull. Fiscal Francis Lefebvre, 2004, p. 301; HVJEG, 11 maart 2004 (Hughes de Lasteyrie du Saillant); exit voor de Nederlandse Emigratieheffing, Weekblad Fiscaal Recht, 2004, p. 1.274. Las disposiciones francesas han sido derogadas por la Ley de Finanzas para 2005.

No se limita a montajes puramente artificiales y se aplica a toda situación en la que el emigrante posee una participación significativa en una sociedad francesa.

El traslado del domicilio al extranjero no puede considerarse que implique necesariamente evasión fiscal.

Quien resida en el extranjero estará sujeto al impuesto desde que venda sus acciones en los cinco años, ya que puede que no tenga ninguna intención de regresar a Francia.

El objetivo de prevención de una salida temporal con el solo objetivo fiscal puede alcanzarse con otras medidas, por ejemplo, por una imposición desde el retorno en un plazo breve.

El Tribunal ha ido más lejos que en sus sentencias precedentes. En la Sentencia X & Y, había sugerido una medida cautelar desde la salida de los residentes suecos hacia el extranjero.

En la Sentencia Denkavit, había admitido, cuando el período de dos años de posesión de acciones justificaba la exención de los dividendos pagados por una filial a su sociedad matriz no se cumplía, que la exención se acordase a título temporal mediando garantía de la sociedad matriz.

En estos dos casos, el gravamen concernía ganancias que habían sido realizadas. En el asunto Lasteyrie, la imposición concernía una renta no realizada.

Por lo que respecta al objetivo de prevención de los abusos, las decisiones no fiscales del Tribunal han considerado como artificiales las operaciones realizadas durante un viaje de ida y vuelta (*round trip*). En el asunto Leclerc, los libros eran exportados de Francia de manera que se pudiesen reimportar escapando a la regulación de los precios al detalle de los libros. La aplicación de las reglas sobre la libertad de movimientos de las mercancías ha sido rechazada teniendo en cuenta el objetivo de fraude a la ley (C-229/83).

En otro asunto, los bienes eran exportados para obtener restituciones agrícolas, después eran reimportados, al precio de los derechos de aduana que eran sin embargo inferiores a la restitución; éste ha sido rechazado (Emsland-Stärke, C-110/99).

Al preconizar una imposición desde el retorno, el Tribunal ha podido inspirarse en la legislación inglesa que, desde 1998, grava a los emigrantes que vuelven al Reino Unido en cinco años, después de haber realizado plusvalías sobre activos que habrían normalmente sido gravadas por el *capital gains tax* en el Reino Unido.

Curiosamente, un segundo argumento, la coherencia fiscal, había sido invocada por otras partes distintas del Gobierno francés. El Tribunal lo rechazó, al constatar que la regla atacada no tenía por objetivo general gravar todas las plusvalías nacidas durante el período de residencia en Francia del emigrante. En efecto, Francia acordó una deducción por el impuesto que se pagaría en el extranjero sobre la plusvalía realizada, lo que contradice la idea de que el país de emigración tiene el derecho de gravar la ganancia nacida durante el período de residencia en ese país. En caso de retorno a Francia, este país no considera que haya lugar a aumentar el coste fiscal del activo para el cálculo de la plusvalía (*step-up in basis*).

La imposición del crecimiento anual del valor de los bienes es una característica de los impuestos sobre el patrimonio y no de los impuestos sobre las rentas o las plusvalías.

¿En que sentido los sistemas fiscales de los Estados miembros deberían ser modificados tras esta decisión? A priori caben tres posibles soluciones.

Los Estados miembros podrían emitir un “enrôlement” compensatorio sin exigencia de garantía y sin interés. Tanto para el emigrante como para el que se convierte en residente, el impuesto no se percibiría más que en caso de realización.

No obstante, su simple existencia puede molestar financieramente al emigrante dado que ésta no existe en el caso de que permanezca como residente.

El crédito del primero disminuirá.

Una segunda solución es la imposición desde el regreso. Sin embargo, deberá acompañarse de un crédito por el impuesto pagado en el otro Estado, donde el emigrante era residente desde la realización, con la dificultad de que el impuesto y el crédito se referirán a dos ejercicios diferentes.

Una tercera posibilidad es la de prolongar la obligación fiscal en caso de emigración, solicitando la asistencia del Estado de inmigración para la percepción del impuesto.

El Tribunal de casación en Bélgica, en parecidos términos, ha declarado contraria al Convenio franco-belga la imposición ficticia exigida por Bélgica sobre los capitales de seguros-pensión, en un momento que se supone precedente a la emigración⁶. Esta imposición era contraria a los artículos 26 y 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, teniendo por objeto anular el efecto del artículo del Tratado bilateral relativo a las pensiones, atribuyendo el derecho de gravarlas al país de residencia, es decir, al país de inmigración.

C. Consolidación Fiscal - Compensación entre Ganancias y Pérdidas: Marks & Spencer

La consolidación o integración fiscal de los resultados de una sociedad matriz y de sus filiales o, más generalmente, de las sociedades de un grupo está normalmente limitada al territorio nacional. En cambio, en los países que aplican el sistema de renta mundial, las pérdidas de los establecimientos permanentes pueden a veces deducirse de la renta nacional de la sociedad matriz, mediando la “recaptura” de la pérdida en caso de realización de beneficios en el extranjero por el establecimiento permanente ulteriormente.

Así, el sistema inglés del *group relief* permite a la sociedad matriz deducir las pérdidas de filiales inglesas, incluso si estas pérdidas resultan de pérdidas de establecimientos permanentes de los que dispondría en el extranjero, pero no deducir las pérdidas de las filiales extranjeras.

La sociedad inglesa Marks & Spencer Plc había puesto fin a sus operaciones en el continente con el resultado de que numerosas filiales europeas habían sufrido pérdidas. Los *Special Commissioners* estimaron que no debían plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia y consideraron la legislación inglesa conforme con el Derecho europeo (Decisión de 25 y 26 de noviembre de 2002).

La High Court planteó una cuestión prejudicial, estando actualmente pendiente el litigio. El impacto financiero de una decisión negativa sería considerable en todos los países que practican la consolidación fiscal.

⁶ Casación, 5 de diciembre de 2003, J.F.J., 2004, nº 2004/64, p. 200.

La decisión de los *Commissioners* se basa en cuatro premisas:

1. El Reino Unido no tiene por qué aplicar el mismo régimen fiscal a los establecimientos permanentes y a las filiales extranjeras. Basta que la misma forma de establecimiento sea tratada de la misma forma en el Reino Unido y en el extranjero.
2. Las filiales extranjeras no están en una situación objetivamente comparable a la de las filiales inglesas.
3. La división de la competencia fiscal entre Estados miembros se vincula a la falta de armonización de los impuestos directos en Europa y no se identifica con una restricción de la libertad de establecimiento.
4. De suponer que existiese tal restricción, se justificaría por la regla de proporcionalidad.

¿Qué pensar de los dos argumentos del contribuyente, es decir, de la comparación entre filial y sucursal y de la comparación entre filiales residentes y filiales extranjeras?

1. Comparación entre sucursal y filial extranjera

Si las pérdidas de una filial extranjera no pueden imputarse a los beneficios de la sociedad matriz británica, es simplemente porque estas dos sociedades tienen una personalidad jurídica diferente.

Sin embargo, la fiscalidad de los grupos viene a transformar esta lógica. Un régimen de consolidación fiscal comporta en efecto una excepción al principio deducido de las personalidades jurídicas distintas.

El sistema del *group relief* no se aplica a las filiales extranjeras, pero tiene, no obstante, un alcance internacional: en efecto, las pérdidas de las sucursales extranjeras pueden ser compensadas con los beneficios de las filiales británicas.

Por tanto, el Reino Unido estaría obligado a permitir igualmente la transferencia de las pérdidas de una filial extranjera a la sociedad matriz británica.

Sería de otro modo un sistema totalmente territorial como el sistema francés, estima el Profesor Gutmann⁷.

2. Comparación entre filiales residentes y filiales extranjeras

Existe una diferencia de situación entre filiales residentes y filiales extranjeras comunitarias. El rechazo del *group relief*, suponiendo que no sea discriminatorio, constituiría por lo menos una restricción.

Se ha juzgado recientemente en el asunto *Bosal Holding* que la no deducibilidad de los gastos ligados a una participación extranjera era discriminatoria en la medida en que esta deducción era acordada a los gastos en que se incurre para crear una participación nacional o una participación en una sociedad que tenga un establecimiento permanente en territorio nacional, holandés en el caso resuelto (C-168/01).

Por otro lado, en un mercado interior, ¿no haría falta considerar que la creación de una filial extranjera es comparable a la de una filial residente?

⁷ D. Gutmann, *La fiscalité française des groupes de sociétés à l'épreuve du droit communautaire - Réflexions sur l'affaire Marks & Spencer* pendant devant la CJCE, *Droit fiscal*, 2006, p. 681; *idem*, *The Marks & Spencer Case: Proposals for an Alternative Way of reasoning*, *EC Tax Review*, 2003, p. 154.

El Tribunal ha estimado, en general, que la situación de los no residentes no es comparable a la de los residentes (Schumacker, C-279/93). Si el Tribunal estimase que en principio las filiales extranjeras y las filiales residentes deben, en cuanto a la posibilidad de imputar las pérdidas en un régimen de grupo, ser tratadas de forma idéntica, resultaría necesariamente que, incluso fuera de tal régimen, las pérdidas de las sucursales extranjeras deberían poder ser imputadas al mismo título que las de las sucursales residentes sobre los beneficios de la sede central, lo que no sucede actualmente en todos los regímenes fiscales.

El régimen francés de territorialidad del impuesto desaparecería.

El Profesor Gutmann ve en esta extensión un obstáculo mayor: el Tribunal de Justicia no puede ejercer un control a no ser que el Estado miembro de que se trate haya ejercido una competencia. No sobrepasando sus fronteras, adoptando un régimen estricto de territorialidad, Francia no ejerce su competencia con respecto a las sucursales extranjeras y el Reino Unido no ha pretendido jamás, fuera de su régimen de *controlled foreign companies*, gravar a las filiales extranjeras.

Si el Reino Unido debe sucumbir en el asunto Marks & Spencer, es porque ejerce su competencia fiscal sobre sucursales extranjeras. Es preciso recordar por otra parte que una propuesta de Directiva (COM 1990, 595 final, de 6 de diciembre de 1990), hoy retirada, había sido redactada para permitir la compensación transfronteriza de pérdidas de sucursales y de filiales cualificadas, poseídas en un 75% por una sociedad matriz.

El Profesor Meussen comparte la opinión de los *Special Commissioners* y considera que la única situación criticable a los ojos del Tribunal de Justicia es aquella en la que una pérdida transfronteriza no puede ser deducida en ningún país: así, en el asunto Amid (C-141/99), el beneficio de un establecimiento permanente en el extranjero debía compensarse con una pérdida belga con la consecuencia de que el aplazamiento de ésta se reducía a la nada.

En el asunto Futura (C-250/95), el Tribunal ha estimado que la pérdida francesa de la sede central no debía ser deducida del beneficio luxemburgués de un establecimiento permanente.

En ausencia de armonización de los impuestos directos en Europa, no podemos ir más lejos⁸.

El Profesor Meussen quiere no obstante señalar una excepción en la hipótesis en que se trate de la pérdida de liquidación de una filial extranjera, en la medida en que esta pérdida no podría ser tomada en consideración como pérdida en capital. En efecto, después de la liquidación la pérdida de la filial no podrá jamás deducirse en el país extranjero. El razonamiento parece curioso en la medida en que nos adhiramos al principio de territorialidad.

D. Pérdidas Extranjeras: Ritter

Otra cuestión prejudicial todavía no resuelta plantea la cuestión de la deducción de las pérdidas extranjeras en general⁹.

⁸ G. Meussen, *The Marks & Spencer Case: Reaching the Boundaries of the EC Treaty*, *EC Tax Review*, 2003, p. 144.

⁹ Ritter, C-152/03, planteada por el Bundesfinanzhof, 11 de noviembre de 2002, *Der Betrieb*, 2003, p. 857 y *StR*, 2003, p. 314. Nota Vogel, *Deutsches Steuerrecht*, 2003, p. 685, nota Gosch.

El señor y la señora Ritter, funcionarios alemanes, están domiciliados en Francia. En virtud de una ficción del Derecho alemán, son, en tanto que funcionarios, considerados como residentes alemanes y gravados en Alemania por su renta mundial. Sin embargo, el Tratado franco-alemán atribuye a Francia el derecho a gravar la renta inmobiliaria, exenta en Alemania.

La renta producida por la residencia propia del contribuyente es, en Derecho alemán, considerada como una renta inmobiliaria de la cual pueden deducirse diferentes tipos de gastos, teniendo la deducción como consecuencia, en el caso de la pareja Ritter, una pérdida de 6.000 euros en 1987 (DEM 12.000).

La aplicación del método de exención tiene como consecuencia que la pérdida no se tome en consideración en Alemania¹⁰.

Además, el método de exención previsto por el Derecho alemán es una exención con reserva de progresividad. En virtud de reglas extremadamente complejas, la pérdida en cuestión estaba excluida del cálculo de la base imponible destinada a determinar el tipo aplicable¹¹.

El Tribunal Supremo alemán manifestó que consideraba que era probable una contradicción con el Derecho europeo y planteó dos cuestiones prejudiciales:

- la vulneración de los artículos 43 (libertad de establecimiento) y 56 (libertad de movimiento de capitales) por la prohibición de deducir en Alemania las pérdidas en que se incurre en el extranjero en los bienes inmuebles;
- en caso de respuesta negativa, vulneración de los mismos preceptos por la prohibición de tomar estas pérdidas en consideración para el cálculo de la reserva de progresividad negativa.

Lamentablemente, en el plano de los hechos, es preciso constatar que los Ritter no hacían uso de la libertad de establecimiento de los independientes y que el artículo 56 del Tratado en su forma actual no estaba en vigor en aquel momento.

El Tribunal podría pues no responder.

Si, de todos modos, responde de una forma general, las consecuencias de su decisión podrían ser importantes.

Por primera vez, una disposición convencional bilateral sería declarada contraria al Tratado CE si la respuesta a la primera cuestión fuese positiva. Un Estado, aunque declarase exenta una renta extranjera, debería tener en cuenta la pérdida extranjera.

Hasta el presente, el Tribunal sólo ha examinado problemas de toma en consideración de pérdidas nacionales (Amid), salvo en el asunto Mertens (C-431/01).

¹⁰ El Tribunal Supremo administrativo austríaco había, por el contrario, decidido que, en aplicación del artículo 23^a del Convenio Modelo OCDE, el método de exención no se aplicaba más que a las rentas y no podía cubrir las pérdidas (Decisión de 25 de septiembre de 2001, ISTR, 2001, p. 754); Zehetner, Austrian Supreme Administrative Court: Exemption Method and Foreign Losses - a Change in the Interpretation of the DTC, EC Tax Review, 2002, p. 39.

¹¹ Cfr. A. Cordewener, Foreign Losses, Tax Treaties and EC Fundamental Freedoms: a New German Case before the ECG, European Taxation, 2003, p. 294; A. Körner, Reference to the ECG by the German Federal Fiscal Court for a preliminary Ruling: Does European Law require Cross-Border Loss Relief?, Intertax, 2003, p. 489.

¿Es necesario considerar que, impidiendo por ejemplo a una empresa reducir la pérdida de un establecimiento permanente extranjero situado en un país con tratado, con el cual el método de exención se ha acordado, el país de la residencia establece una discriminación entre la creación de un establecimiento en este país y en el extranjero? Sin duda, la pérdida podría ser objeto de una recuperación en caso de beneficio ulterior en el extranjero, pero esta circunstancia incierta no permite eliminar la discriminación.

En lo que concierne a Alemania, el sistema convencional no es conforme al sistema interno que existiría en ausencia de tratado. Además, incluso en presencia de un tratado, durante un cierto período, la deducción de las pérdidas de los establecimientos extranjeros activos ha sido autorizada con reserva de "recaptura".

Una respuesta afirmativa pura y simple a esta cuestión condenaría igualmente al sistema francés de la territorialidad del Impuesto sobre Sociedades. Puede ser que pudiera salvarse si, en este caso, el sistema convencional corresponde al sistema interno. En cambio, en el caso de Alemania, es el acto voluntario que constituye la conclusión de un tratado el que comporta una discriminación que no existe en Derecho interno.

Vemos pues emerger de la jurisprudencia del Tribunal, en ausencia de armonización expresa, un régimen que facilita la creación de empresas en el mercado interior, garantizando al inversor comunitario la facultad de conceder a sus filiales préstamos cuyos intereses serán deducibles, al individuo el derecho de desplazar su residencia sin imposición discriminatoria y de beneficiarse en las rentas de sus inversiones extranjeras de las mismas ventajas que sobre sus inversiones nacionales. Puede ser que en un futuro el inversor o individuo vean confirmarse el derecho a deducir o a consolidar sus pérdidas extranjeras en las mismas condiciones que sus pérdidas nacionales.

II. Armonización Positiva:

La armonización positiva de la fiscalidad directa en Europa que estaba, en lo que concierne a las empresas, limitada durante mucho tiempo a la Directiva matriz-filial, a la Directiva de fusiones y al llamado Convenio de Arbitraje sobre los precios de transferencia, conoce ahora una aceleración digna de ser remarcada, en principio por la modificación y la extensión del campo de aplicación de la Directiva matriz-filial, seguida por la propuesta de modificación de la Directiva de fusiones, pareja al Reglamento sobre la sociedad europea que entró en vigor el 8 de octubre de 2004 y, finalmente, por la Directiva sobre los pagos de intereses y cánones entre empresas vinculadas.

A. La Directiva Matriz-filial y su Extensión

Paradójicamente, la Directiva matriz-filial y las demás medidas adoptadas por las decisiones del Consejo europeo de 23 de julio de 1990, la Directiva de fusiones y el Convenio sobre precios de transferencia tuvieron como contrapartida el abandono de hecho del objetivo de la armonización de los impuestos directos en Europa, que había sido un objetivo de la Comisión durante mucho tiempo. La Comisaria de Fiscalidad, la señora Scrivener, reconoció en una comunicación de 20 de abril de 1990 que había lugar a renunciar a tal ambición, contentándose con

la adopción de un “paquete” que contenía las tres medidas que se exponen a continuación¹².

La Directiva matriz-filial debía aplicarse en todos los Estados miembros antes de 1 de enero de 1992. Ya en ese momento, los expertos del Comité Ruding subrayaron sus insuficiencias y propusieron, entre otras, dos modificaciones:

- su aplicación a todas las sociedades sujetas al Impuesto sobre Sociedades, con independencia de su forma jurídica;
- una extensión del método de imputación a los impuestos pagados no sólo por las filiales sino también por las subfiliales, cualquiera que fuese su grado¹³.

Hizo falta reconocer en 1997 que los tiempos todavía no estaban lo bastante maduros para estas modificaciones. Subsistían diferencias insuperables entre Estados, unos considerando tal forma de empresa como una persona jurídica sujeta al impuesto y los otros considerándola como fiscalmente transparente y gravando sus rentas en manos de sus accionistas.

El 23 de octubre de 2001, la Comisión publicó su comunicación titulada “Hacia un Mercado Interior sin Obstáculos Fiscales - una Estrategia para el Establecimiento de una Base Imponible Consolidada en las Empresas para el Impuesto sobre Sociedades Aplicable a sus Actividades en el Conjunto de la Unión Europea”¹⁴. A través de numerosas propuestas destinadas a eliminar los obstáculos fiscales a las actividades económicas transnacionales, esta comunicación proponía diversos cambios a la Directiva matriz-filial. Estas modificaciones encontraron su cauce en la Directiva 2003/123/CE de 22 de diciembre de 2003¹⁵.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha tenido, durante este período, la ocasión de dictar varias sentencias específicamente dedicadas a la interpretación de la Directiva matriz-filial, en situaciones nacidas de contradicciones entre las legislaciones nacionales y esta Directiva¹⁶.

1. El objetivo de la Directiva matriz-filial

El objetivo de la Directiva matriz-filial se recuerda en su preámbulo: el tratamiento de las distribuciones de dividendos entre filial y matriz que difiere de Estado a Estado es por lo general menos favorable cuando estas dos empresas se establecen en países diferentes que cuando están establecidas en el mismo Estado. La cooperación internacional queda en una posición desfavorecida en comparación con la cooperación nacional entre empresas. Una regulación común facilitará sobre todo el reagrupamiento de empresas.

¹² Directiva relativa a la imposición de las sociedades, SEC (90/601) final.

¹³ Report of the Ruding Committee: conclusions and recommendations of the Committee of independent experts on company taxation, Eur. Tax., 1992, p. 114.

¹⁴ Com. 2001/582 final.

¹⁵ DOCE, 13 de enero de 2004, L-7, p. 41; L. De Broe y R. De Boeck, De Moeder-Dochterrichtlijn: Europese Fiscale Piecemeal - Engineering op weg naar harmonie en B. Peeters, ed., Europees belastingrecht, Bruselas, Larcier, 2005; G. Maisto, The 2003 amendments to the EC Parent-Subsidiary Directive: what's next, EC Tax Review, 2004, p. 164.

¹⁶ 17 de octubre de 1996, C-283/94, C291/94 y C-292/94, Denkavit; 8 de junio de 2000, C-375/98, Epon; 4 de octubre de 2001, C-294/99, Athinaiki Zythopoiia; 18 de septiembre de 2003, C-168/01, Bosal; 25 de septiembre de 2003, C-58/01, Océ Van der Grinten, 25 de enero de 2005.

Así se establece una coherencia entre la Directiva matriz-filial y la Directiva de fusiones.

Las ventajas de la creación de grupos europeos merecen ser subrayadas: mejora de la eficiencia por economías de escala; posibilidad de selección del socio más adecuado; disminución del nacionalismo económico y mejora de las posiciones competitivas de las empresas europeas con respecto a las empresas americanas¹⁷. Encontramos objetivos similares a los de la eliminación de los obstáculos a la competencia por el artículo 81 del Tratado CE, constatando que el artículo 82 y la regulación sobre las concentraciones vendrán por el contrario a fijar los límites a este proceso.

En teoría, una relación matriz-filial internacional podría dar lugar a una triple imposición:

- Impuesto sobre Sociedades en el Estado de la fuente, esto es, el Estado de establecimiento de la filial;
- Imposición en la fuente sobre el beneficio distribuido;
- Imposición sobre el mismo beneficio en el Estado de la sociedad matriz.

Aunque esta situación, en virtud de las disposiciones unilaterales y de los Convenios bilaterales para evitar la doble imposición, se presenta rara vez, la imposición de los dividendos transfronterizos era por lo general menos favorable que la de los dividendos nacionales.

La Directiva estableció una solución simple:

- supresión de las retenciones en la fuente;
- supresión de la doble imposición por uno de los dos métodos clásicos, exoneración o imputación.

Como veremos, esta simplicidad no es más que aparente, lejos de haberse eliminado todos los problemas de doble imposición.

2. Interpretación de la Directiva

La interpretación de la Directiva llega, como la de los textos europeos en general, al Tribunal de Justicia conforme al artículo 234 del Tratado CE que permite formular al Tribunal la cuestión prejudicial. Los jueces nacionales pueden del mismo modo confiarse a su interpretación. El principio de la buena fe comunitaria les obliga a seguir los mismos métodos de interpretación que el Tribunal de Justicia, conforme al artículo 10 del Tratado.

El Tribunal, en su labor de interpretación de la Directivas, utiliza cuatro métodos que no conocen una jerarquía bien definida: los métodos de interpretación literal, teleológica, sistemática e histórica.

La interpretación literal o gramatical exige que las palabras se interpreten de conformidad con su significado normal y usual. Para asegurar la uniformidad de las interpretaciones de los conceptos comunitarios, el Tribunal no podrá recurrir a interpretaciones tomadas prestadas de los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros. Ocurre de distinta manera en la interpretación de los Convenios para evitar la doble imposición conformes con el modelo de la OCDE que

¹⁷ F. De Hosson, *The parent-subsidiary directive*, Intertax, 1990, p. 414; F. Bulgarelli, *Neutralità impositiva degli utili infragruppo en Lo Stato della fiscalità nell'Unione europea. L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione*, Università di Bologna, coord. Adriano di Pietro, 2003, p. 553.

reenvía, en ausencia de definición, a la interpretación derivada de la legislación fiscal del Estado miembro en que el impuesto es de aplicación¹⁸.

Los conceptos de la Directiva matriz-filial tendrían pues una significación autónoma y europea. Es irónico que los Estados miembros vean así frustrados su objetivo cuando utilizan voluntariamente conceptos amplios y vagos en las Directivas. La interpretación del Tribunal de Justicia les impondrá una interpretación única.

Sin embargo, el Tribunal raramente se limita a una interpretación literal, como vamos a ver, y tiene en cuenta esencialmente el objetivo de la Directiva. No es de otra forma más que en el caso en que se trata de interpretar una disposición derogatoria de una disposición general. El Tribunal se acoge entonces a la regla de la interpretación estricta de las excepciones. Ha sido así, por ejemplo, en el asunto *Denkavit*: la posibilidad de los Estados miembros de imponer una duración de posesión mínima de la participación de la matriz en la filial debe ser interpretada estrictamente puesto que constituye una excepción al artículo 5.1 de la Directiva que introduce la exoneración de retención en la fuente: “una interpretación que, en perjuicio del contribuyente, iría más allá del texto mismo del artículo 3.2 no resulta pues aceptable”.

El objetivo de la Directiva ofrece un instrumento esencial para su interpretación. El preámbulo encontrará allí toda su importancia. Las jurisdicciones nacionales se inclinan también por la interpretación teleológica de las Directivas europeas¹⁹.

La interpretación sistemática o estructural permite al Tribunal dar a las Directivas un alcance coherente con el conjunto del texto en sí mismo y de la legislación europea, teniendo en cuenta la interacción entre las diversas disposiciones de la Directiva. Así, en el asunto *Denkavit*, el Tribunal ha estimado que la regla de posesión obligatoria durante dos años constituía una aplicación específica de la disposición anti-abuso del artículo 1.2 de la Directiva destinada a evitar construcciones artificiales que tengan por objetivo aprovecharse del régimen de la Directiva²⁰.

El método de interpretación histórica no podría apoyarse más que en los textos publicados, como los dictámenes del Comité Económico y Social o del Parlamento europeo. El Tribunal no podría basarse en los procesos verbales del Consejo, que no se publican, y ha subrayado ya que las intenciones expresadas por los Estados miembros en el Consejo no tienen fuerza jurídica en la medida en que no se plasman en las disposiciones legislativas²¹. La Directiva debe además interpretarse conforme al Tratado. Un ejemplo viene dado por la Sentencia *Bosal*²². El

¹⁸ Art. 3.2. La Directiva reenvía sin embargo dos puntos al Derecho fiscal nacional: la definición del domicilio fiscal (art. 2.1.b) y la calificación de una filial como fiscalmente transparente (art. 4.1. bis).

¹⁹ Cfr. Por ejemplo, Cass. belga, 2 de diciembre de 1996, Arr. Cass., 1996, p. 1.130, nº 470.

²⁰ *Denkavit*, apartado 31.

²¹ 13 de febrero de 1996, C-197/94 y C-252/94, *Bautiaa et Société française maritime*, apartado 51. La exclusión, desde las discusiones del Consejo, de las *Kapitalanlagegesellschaften* alemanas y de las *Beleggingsinstellingen* holandesas del campo de aplicación de la Directiva no tiene ningún alcance jurídico (2ª Cámara de los Estados generales de los Países Bajos, sess. 1991-1992, 22.334, nº 7, p. 7).

²² C-168/01, 18 de septiembre de 2003. D. Aigner, ECJ - The *Bosal Holding BV Case: Parent-Subsidiary Directive and Freedom of Establishment*, *Intertax*, 2004, p. 148.

artículo 4.2 de la Directiva permite excluir los gastos deducibles de una sociedad matriz que están en relación con una participación cuyas rentas se benefician de la Directiva. La ley holandesa²³ hacía uso de esta posibilidad, pero exceptuaba de la no deducibilidad los gastos que contribuyeran a la creación de una materia imponible en los Países Bajos, sea porque la sociedad filial era holandesa, sea porque la sociedad filial extranjera disponía de un establecimiento permanente susceptible de gravamen en los Países Bajos.

El Tribunal ha reconocido que el régimen holandés era, estrictamente hablando, conforme al artículo 4.2 de la Directiva y compatible pues con ella, pero que la exclusión de los gastos relativos a las participaciones extranjeras comunitarias constituía una violación del artículo 43 relativo a la libertad de establecimiento. Influyó en efecto negativamente en la elección de la sociedad matriz de crear una sociedad filial en otro país de la Unión. Además era contraria al objeto de la Directiva, es decir, a la eliminación de los obstáculos fiscales en las relaciones entre matrices y filiales de Estados diferentes.

El método de interpretación del Tribunal es conforme a la jerarquía de las normas europeas. Los Estados miembros no pueden adoptar disposiciones internas contrarias al Tratado. Lo que no pueden hacer directamente, no lo pueden hacer indirectamente adoptando en principio una Directiva y dándole una aplicación contraria al Tratado.

3. Efecto directo de la Directiva

Para que una disposición de la Directiva matriz-filial tenga efecto directo, es preciso que sea suficientemente clara e incondicional, que la fecha de transposición de la Directiva sea sobrepasada y que un particular invoque estas disposiciones ante un órgano del Estado.

El artículo 5, que prevé la exoneración de la retención en la fuente, posee tal carácter como han mostrado sentencias sucesivas²⁴.

Lo contrario se ha pretendido en lo que concierne al artículo 4, entre otros, porque ofrecería la elección entre dos métodos, la exención y la imputación. Es necesario, sin embargo, constatar que, desde que un Estado ha optado por la exención conforme al artículo 4.1, tiene la obligación de abstenerse de gravar el beneficio distribuido por la filial y que esta disposición es suficientemente formal para tener un efecto directo.

La posibilidad de introducir restricciones por cláusulas anti-abuso, como la exigencia de una duración de la posesión mínima, no impide la aplicabilidad directa de la disposición.

Se ha juzgado así por un Tribunal belga en lo que respecta a la aplicación del método de exención por Bélgica²⁵.

²³ Art. 13.1.

²⁴ Denkavit, Epton, Athinaïki Zythopoiia, O.C. Van der Grinten.

²⁵ Civ. Bruxelles, 5 de abril de 2003, Tijdschrift voor Fiscaal Recht, 2004, p. 171, nota J. Creus y B. van Vlierden, DBI, Van aftrek naar vrijstelling? (Revenus définitivement taxés, De la déduction à l'exonération). Bélgica no permite en efecto más que una deducción de las rentas definitivamente gravadas (dividendos inter-sociedades) de la base imponible y no una verdadera exención. Resulta que en defecto de base imponible y en concurrencia con las rentas definitivamente gravadas, una pérdida de explotación sufrida por una empresa no será trasladable al ejercicio siguiente.

4. *Modificaciones de la Directiva matriz-filial*

La Directiva 2003/123/CE, de 22 de diciembre de 2003, ha supuesto modificaciones importantes a la Directiva en cuatro aspectos:

- extensión de las formas de sociedades contempladas;
- extensión del régimen a los establecimientos permanentes beneficiarios de dividendos;
- rebaja del umbral de participación;
- extensión del método de imputación a las subfiliales.

a. Extensión de la lista de las sociedades cualificadas

La lista de las sociedades cualificadas contempladas por la Directiva que, en ciertos Estados, estaba limitada a las sociedades de capitales y en su caso a los organismos de Derecho público ha sido ampliada, sobre todo a las sociedades cooperativas, algunos tipos de sociedades que no tienen capital, a entidades que tienen por objeto el ejercicio de actividades comerciales o a las cajas de ahorros. Numerosos Estados miembros han aprovechado para extender la aplicación de la Directiva a todas las entidades constituidas conforme a su Derecho y sujetas al Impuesto sobre Sociedades. Algunos Estados miembros no han seguido esta iniciativa que habría permitido la eliminación de la lista misma²⁶.

La sociedad europea ha sido igualmente añadida a la lista. Algunos consideraban que esta adición no era necesaria, debiendo tratarse la sociedad europea como una sociedad de capitales. Esta opinión nos parece que no puede seguirse, el Reglamento que establece el estatuto de la sociedad europea prevé expresamente que se trata de una nueva forma de sociedad y no reenvía al Derecho interno de sociedades de capitales más que a título subsidiario.

b. Extensión de la Directiva a los establecimientos permanentes

La versión inicial de la Directiva permitía el mantenimiento de la doble imposición en tanto que una participación fuese poseída no por la sede central de una sociedad sino por un establecimiento permanente. El artículo 4.1 no se refería en efecto más que al Estado miembro de la sociedad matriz y no al Estado miembro de la localización del establecimiento permanente, con la reserva, deducida del Derecho primario, de la obligación de igualdad de trato entre los establecimientos permanentes y las sociedades residentes²⁷.

En lo que concierne a la exoneración de retención en la fuente, la situación se prestaba por el contrario a controversia. Cuando la sociedad, el establecimiento permanente y la sociedad filial estaban cada uno situados en un Estado miembro diferente, todas las condiciones de la Directiva que imponían la eliminación de la retención en la fuente se cumplían. Una sociedad filial de un Estado miembro distribuía un beneficio a una sociedad matriz situada en otro Estado miembro, poco importa que este dividendo hubiese sido pagado a un establecimiento permanente situado en un tercer Estado miembro.

²⁶ Dinamarca, Irlanda, Italia, Portugal, Suecia, Finlandia.

²⁷ C-307/97, Saint-Gobain, Sentencia de 21 de septiembre de 1999; G. Maisto, *op. cit.*, p. 165; E. Zanotti, *Taxation of Inter-Company Dividends in the Presence of a PE: the Impact of the EC Fundamental Freedoms*, *Eur. Tax.*, 2004, p. 493 y p. 535.

Asimismo, si la sociedad filial y el establecimiento permanente de una sociedad matriz extranjera estaban situados en el mismo Estado, había igualmente pago a una sociedad matriz situada en otro Estado. Numerosos Estados miembros no se sumaban a esta interpretación favorable. La modificación de 2003 hace la Directiva aplicable:

- cuando un establecimiento permanente situado en otro país distinto del de la sociedad matriz recibe un dividendo de una sociedad filial situada en otro Estado miembro del de establecimiento²⁸;
- cuando un establecimiento permanente de una sociedad matriz situada en el mismo país que su filial, pero situado éste en un segundo país, recibe una distribución de la filial²⁹.

La Directiva no se aplicará pues cuando el establecimiento permanente y la filial se sitúan en el mismo país, incluso si el establecimiento permanente es el de una sociedad extranjera. La misma situación existe en aplicación de la Directiva 2003/49/CE sobre intereses y cánones. El preámbulo permite la introducción de medidas anti-abuso. En efecto, en la situación descrita, bastaría a la sociedad matriz crear un establecimiento permanente en otro Estado miembro con la función exclusiva de poseer la participación en la filial.

La Directiva introduce a la vez una definición de establecimiento permanente: toda instalación fija de negocios situada en un Estado miembro en la que se ejerce, en todo o en parte, la actividad de una sociedad de otro Estado miembro, en la medida en que los beneficios de esta instalación de negocios se sujeten al impuesto en el Estado miembro en el que ella se sitúa en virtud del tratado fiscal bilateral aplicable o, en ausencia de dicho tratado, en virtud del Derecho interno³⁰. Esta definición excluirá por ejemplo los establecimientos permanentes que se limitan a actividades preparatorias o auxiliares, puesto que no se sujetan al impuesto.

Resta la cuestión de la aplicabilidad de la Directiva cuando la sociedad matriz y filial están cada una situadas en un Estado miembro, pero la participación se posee por medio de un establecimiento permanente situado en un tercer Estado, no miembro de la Unión Europea. Ya se había sostenido que, en este caso, la Directiva debía aplicarse: el Estado de la filial debía exonerar la distribución de retención en la fuente, el país del establecimiento permanente no estaba vinculado por la Directiva, pero el Estado de la sede de la sociedad matriz debía, al integrar los resultados del establecimiento permanente en el resultado de la sociedad matriz, conceder la exención o la imputación prevista por la Directiva³¹.

Esta opinión ha sido admitida por el Comité Económico y Social en un dictamen de 29 de octubre de 2003³².

²⁸ Art. 1.1, tercer guión.

²⁹ Art. 1.1, cuarto guión.

³⁰ Art. 2.2.

³¹ F. A. García Prats, *Application of The Parent-Subsidiary Directive to permanent establishments*, Eur. Tax., 1995, p. 180; para una síntesis de jurisprudencia reciente, véase M. Rossi, *Principi fondamentali del Trattato CE e normativa statale in materia d'imposte diretti nella giurisprudenza della corte di giustizia CE*, Dir. Prat. Trib., 2004, p. 689.

³² Com. 2003/462 final, nº 3.1.2., 2003/0179 (CNS), DOCE, 5 de febrero de 2004, C. 32, p. 118, punto 3.1.5.

c. Rebaja del umbral de participación

La Comisión había propuesto una rebaja inmediata del 25% al 10%. Esto no se ha seguido: el umbral deberá rebajarse al 20% a partir de la fecha de entrada en vigor de la Directiva, el 1 de enero de 2005, después al 15% (1 de enero de 2007) y al 10% (1 de enero de 2009).

La mayoría de los Estados miembros prevén ya un umbral igual o inferior al 10% para la aplicación de la exención del dividendo o de la imputación del impuesto. No ocurre lo mismo, en cambio, para la exoneración de retención en la fuente.

En esta ocasión no se ha conseguido resolver otras cuestiones controvertidas, a las que los Estados miembros dan respuestas divergentes. ¿La participación debe tenerse como pleno propietario o bastaría un usufructo? ¿La propiedad económica puede asimilarse a la propiedad jurídica? ¿Las participaciones poseídas indirectamente se computan en el cálculo del umbral? ¿El beneficiario de los dividendos debe ser el beneficiario efectivo o último o, con la reserva de las medidas anti-abuso, la sociedad matriz puede ser una sociedad-conducto?

d. Extensión del método de imputación

En el sistema inicial, los dividendos pagados por una subfilial y redistribuidos por la filial a la sociedad matriz no debían quedar exentos o beneficiarse de una imputación en el Estado de esta última, puesto que no habían sufrido imposición en el Estado de la filial en virtud de la aplicación por este último Estado de la exención o de la imputación. Tal situación era manifiestamente contraria al objeto de la Directiva.

En adelante se prevé, cuando se aplica el método de imputación, que la sociedad matriz o el establecimiento permanente podrán deducir del montante de su impuesto la parte del impuesto correspondiente al beneficio distribuido y pagado por la filial y todas las subfiliales, con la condición de que en cada nivel la sociedad y su subfilial cumplan las condiciones de la Directiva y en particular las referidas al umbral³³.

De nuevo, la ocasión no ha servido para resolver un problema al que los Estados miembros dan soluciones divergentes, el de la limitación de la imputación al montante del impuesto nacional debido sobre la renta distribuida. Nada impone que la exención o la deducción sea por ejemplo trasladable a ejercicios siguientes³⁴.

e. Sociedades fiscalmente transparentes

La extensión de la lista de las sociedades contempladas por la Directiva planteaba una cuestión técnica. Algunas de estas sociedades tienen un carácter híbrido y pueden ser consideradas en ciertos Estados como fiscalmente transparentes. Cuando el Estado de la sociedad matriz atribuía a ésta la renta, incluso no distribuida, de la filial, nada le obligaba a conceder el alivio de la doble imposición previsto por la Directiva.

Se ha previsto desde entonces que, para gravar la cuota-parte de la sociedad matriz en el beneficio no distribuido de la filial, el Estado miembro de la sociedad

³³ Art. 4.1, segundo guión.

³⁴ Cfr. arriba en el caso de Bélgica.

matriz debía bien exonerarlo, bien conceder una imputación por el impuesto percibido en el país de la filial, con la condición de que se cumpliesen los presupuestos de la Directiva y, sobre todo, las condiciones referidas al umbral. Además, el Estado de la sociedad matriz se abstendría de toda imposición con motivo de la distribución ulterior por la filial de los beneficios que ya hayan sufrido el régimen fiscal anteriormente descrito.

La transparencia de la filial se aprecia por el Estado de la sociedad matriz según sus propias reglas, pero teniendo en cuenta las características jurídicas de la filial que resultan del Derecho que ha presidido su constitución. Las características fiscales de la filial en el país en el que está establecida no son pues tomadas en consideración.

Habría sido, sin duda, más sencillo, referirse pura y simplemente a las reglas del Estado de la filial para apreciar la transparencia de la misma³⁵. La mayor parte de los Estados miembros no lo han querido, sin duda para mantener su régimen de sociedades extranjeras controladas.

5. *Distribución de los dividendos a los accionistas individuales y de cartera*

En ausencia de armonización alguna de la imposición de dividendos a escala europea, podemos ser muy breves. Como los informes presentados al Congreso de la Asociación Fiscal Internacional celebrado en Sydney en 2003 han demostrado, los métodos de imposición de los dividendos recibidos por los últimos accionistas son numerosos:

- sistema clásico con doble imposición;
- sistema de imputación o de crédito de impuesto, la imputación se caracteriza por el vínculo que establece con el montante del impuesto pagado por la sociedad y el crédito de impuesto está libre de tal vínculo, pudiendo ser las dos ventajas totales o parciales;
- toma en consideración parcial del dividendo en la renta, por ejemplo si concurre la mitad;
- sistema de imputación dual, aplicando un tipo poco elevado al capital que genera rentas, ya se trate de intereses o de dividendos.

El sistema de imputación había disfrutado ya del favor de numerosos Estados europeos (Francia, Gran Bretaña...). Creaba un problema internacional en tanto en cuanto, salvo extensión por tratado, la imputación no se acordaba a los accionistas extranjeros. La cuestión deviene en gran medida teórica, puesto que gradualmente se ha ido abandonando este sistema.

La única exigencia europea será la de respetar la no discriminación prevista por el Tratado: una ventaja fiscal otorgada a los dividendos no podrá ser denegada a los dividendos provenientes de otros Estados miembros³⁶.

Sobre la base de un reciente análisis de la Comisión europea³⁷, constatamos que, tras la casi desaparición de los sistemas de imputación, los sistemas de impo-

³⁵ Art. 4.1. bis.

³⁶ TJCE, 6 de junio de 2000, C-35/98, Verkooijen. Cfr., U. Ilhi, K. Malmer, P. Schonewille, I. Tuominen, *Dividend Taxation in the European Union*, International Fiscal Association, 2003 Sydney Congress, *Cahiers de Droit fiscal international*, vol. 83 A, Trends in Company - Shareholder taxation: single or double taxation?, p. 71.

³⁷ Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee, *Dividend taxation of individuals in the Internal Market*, 19 de diciembre de 2003, Com. 2003 (810 final).

sición de dividendos en lo que respecta al accionista de cartera individual en Europa se ordenan como sigue:

- sistema clásico: Irlanda;
- sistema de imputación, en su caso, en vías de desaparición: España, Francia, Italia, Finlandia, Reino Unido, Malta;
- sistema cedular con aplicación ya sea de un tipo reducido, ya sea de la inclusión de una parte del dividendo en la renta: Bélgica, Dinamarca, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Portugal, Suecia, Chipre, República Checa, Hungría, Lituania, Polonia, República Eslovaca, Eslovenia;
- exenciones: Grecia, Estonia, Letonia.

En todos los casos, los sistemas deberán ser aplicados conforme al Tratado. Podemos cuestionarnos la compatibilidad con éste de la negativa de imputación de las retenciones en la fuente extranjeras cuando el impuesto se percibe según el método cedular.

B. Extensión de la Directiva de Fusiones³⁸

Con optimismo, se recuerda la Declaración del Consejo Europeo de Lisboa de 2000, según la cual la Unión Europea se fijaba el objetivo de convertirse en la economía, basada en el conocimiento, más competitiva y la más dinámica del mundo, asegurando un crecimiento sostenido y una mejora cuantitativa y cualitativa del empleo.

Sea lo que sea de estos objetivos, en un momento en que Europa permanece bastante atrás de los crecimientos americano y asiático, la Comisión había recibido el mandato de examinar las disposiciones fiscales relativas a los obstáculos a las actividades transfronterizas en el mercado interior.

La modificación de la Directiva de fusiones es uno de los resultados de los estudios de la Comisión.

1. Campo de aplicación

La Directiva antigua³⁹ se aplicaba a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones que conciernen a las sociedades de varios Estados miembros. La fusión se define, así como la escisión, como una disolución sin liquidación, la aportación de activos, como la aportación del conjunto de una o más ramas de actividad de una sociedad a otra y el canje de acciones como la adquisición por una sociedad en el capital de otra de una participación que le confiere la mayoría de los derechos de voto por medio de la atribución de títulos a las sociedades asociadas de la sociedad adquirida.

³⁸ Directiva 2005/19/CE del Consejo de 17 de febrero de 2005 por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE; vease la propuesta de la Comisión, Com 2003, 613final de 17 de octubre de 2003; A. Benecke y A. Schnitzer, *Final Amendments to the Merger Directive: Avoidance of Economic Double Taxation and Application to Hybrid Entities, Two Conflicting Goals*, Intertax, 2005, p. 170.

³⁹ Directiva del Consejo de 23 de julio de 1990 sobre el régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, [escisiones, escisiones parciales] aportaciones de activos y canjes de acciones de sociedades de Estados miembros diferentes, [y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro] 90/434 CEE, D.O.C.E. nº L-225 de 20 de agosto de 1990; cfr. en derecho francés, M. Chadeaux, *Les fusions de sociétés - régime juridique et fiscal*, Paris, Groupe Revue fiduciaire, 2005, espec. p. 168.

Convenía, estimaba la Comisión, añadir una operación definida como escisión parcial (*split off - segregación*), aportación de una o más ramas de actividad por una sociedad a otra, acompañada de la emisión de títulos que se remiten directamente a los socios de la sociedad aportante con, en su caso, una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o del equivalente contable de los títulos.

La aportación se acompañará del mantenimiento de un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria en el Estado de la sociedad aportante⁴⁰. Se tendrá también que mantener, según el texto final del Consejo, al menos una rama de actividad en la sociedad transmitente. Los títulos atribuidos tendrán el mismo valor que los títulos canjeados.

El campo de aplicación igualmente se extiende a otras formas de sociedades distintas de las previstas en el anexo actual de la Directiva, que estaba limitado esencialmente a las sociedades de capitales, incluidas las sociedades de responsabilidad limitada, así como a los establecimientos y empresas públicas de carácter industrial y comercial. Sin embargo, no se ha logrado el objetivo de extender la Directiva de forma general a todas las sociedades sujetas al Impuesto sobre Sociedades en todos los países.

La sociedad europea y la sociedad cooperativa europea se contemplan expresamente.

2. Sociedades transparentes

La fusión o la escisión no entraña ninguna imposición de las plusvalías en la medida en que la sociedad beneficiaria conserva los valores fiscales de los elementos del activo y del pasivo transferidos a los efectos del cálculo de las amortizaciones plusvalías y minusvalías. En caso contrario, puede tener lugar el gravamen.

1º) Sociedad transmitente transparente

Cuando un Estado miembro considera, gravando a los socios de una sociedad aportante de otro Estado miembro, que ésta, en virtud de las disposiciones de Derecho Civil aplicables a las sociedades mercantiles, es transparente, se abstendrá de gravar las rentas o plusvalías realizadas por los socios situados en su territorio, en las mismas condiciones que se aplicarían si la sociedad aportante no fuese considerada como transparente⁴¹.

A pesar de esa regla, el Estado del socio que tiene una participación directa o indirecta en la sociedad transmitente, o en el caso de un canje de acciones, en la sociedad dominada podrá gravar a los socios. Si lo hace, deberá admitir la deducción del impuesto que la entidad transparente hubiera devengado por la operación en el caso de que el régimen de diferimento no le hubiera resultado de aplicación⁴².

Al no existir ese derecho de imposición, el Estado miembro del socio hubiera sido expuesto al riesgo de que la entidad adquirente no hubiera tenido la consideración de transparente, con la consecuencia de perderse el derecho de gravar a las rentas en el caso de una posterior transmisión de los activos.

⁴⁰ Art. 2b bis.

⁴¹ Art. 4.2 nuevo.

⁴² Art. 10 bis 1 y 2.

2º) *Sociedad socia transparente*

Del mismo modo, un Estado miembro en el que residirían sociedades, consideradas como transparentes, ellas mismas socias de una sociedad extranjera que realiza una de las operaciones contempladas por la Directiva, deberá abstenerse de gravar a los socios de la sociedad considerada por este Estado como transparente⁴³.

La exoneración de las plusvalías por el canje de títulos está, de forma general, sujeta a la condición de que los títulos nuevos reciban el valor fiscal de los títulos antiguos. En caso contrario, puede aplicarse el gravamen.

La compensación en especie puede siempre gravarse en la medida de la plusvalía.

Derogando la regla, el Estado miembro del socio podrá no aplicar la exención si él considera a la sociedad beneficiaria o, en el caso de un canje de acciones, a la sociedad dominante, como transparente⁴⁴.

Si se trata de considerar como transparente a una sociedad beneficiaria, el Estado miembro del socio podrá aplicar a éste el tratamiento fiscal que aplicaría si la sociedad beneficiaria hubiera tenido su residencia fiscal en dicho Estado⁴⁵.

3. *Participación de la sociedad beneficiaria en la sociedad aportante*

La anulación de la participación no daría lugar a la imposición en la medida en que esta participación fuese del 25%⁴⁶. La participación se define ahora como en la Directiva matriz-filial, fijándose el umbral en el 20% (2005), 15% (2007) y 10% (2011)⁴⁷.

4. *Transformación de sucursal en filial*

Las aportaciones de activos se benefician de la exención de las plusvalías, así como de un eventual traslado de pérdidas, si está previsto en el Derecho interno⁴⁸, con la condición de que los valores fiscales de los activos transferidos se mantengan⁴⁹. La exención supone, sin embargo, el mantenimiento de un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria en el Estado de la sociedad aportante. En el caso de una transformación de sucursal en filial, no es en el Estado miembro de la sociedad aportante donde se mantiene un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria, sino en el Estado de la sociedad beneficiaria; la aplicación de la Directiva podía pues ser rechazada.

Estaba ya previsto que cuando, mediante los bienes aportados con ocasión de una fusión, de una escisión o de una aportación de activos, figurase un establecimiento permanente de la sociedad aportante situado en otro Estado distinto del del aportante y de la beneficiaria, el Estado de situación del establecimiento permanente renunciase a la imposición, salvo en la medida de las pérdidas anteriores del establecimiento permanente que hubiera permitido compensar con los

⁴³ Art. 8.3 nuevo: se trata aquí de una no imposición de la atribución de títulos.

⁴⁴ Art. 10 bis 3.

⁴⁵ Art. 10 bis 4.

⁴⁶ Art. 7 antiguo.

⁴⁷ Art. 7.2 nuevo.

⁴⁸ Arts. 5 y 6 antiguos.

⁴⁹ Art. 9 antiguo.

beneficios de la sede central⁵⁰. Este Estado de situación del establecimiento permanente debía aplicar las disposiciones de la Directiva como si hubiese sido el Estado de situación de la sociedad aportante.

La aplicación de este artículo se extiende a la hipótesis en la que el establecimiento permanente se sitúa en el mismo Estado miembro que la sociedad beneficiaria y contempla pues una transformación de sucursal en filial⁵¹.

5. *Doble imposición con motivo de la aportación de activos*

En caso de aportación de activos, el valor de los activos recibidos es, en la sociedad beneficiaria, el valor antiguo que los activos tenían en la sociedad aportante. Paralelamente, los títulos recibidos a cambio de estos activos conservan el valor de los títulos antes poseídos por la sociedad aportante.

Puede resultar doble imposición en caso de enajenación ya sea de los activos, ya sea de los títulos. La medida va más allá de lo que sería necesario para prevenir las maniobras de evasión fiscal. La propuesta de la Comisión había previsto que los títulos recibidos a cambio de la aportación de activos por la sociedad aportante vean atribuirse el valor real de los elementos de activo y de pasivo transferidos, calculado inmediatamente antes de la aportación⁵². Esa propuesta no se adoptó y desapareció del texto definitivo.

6. *Canje de acciones*

Puede surgir igualmente una doble imposición del canje de acciones.

En el caso de la sociedad adquirente que recibe los títulos de la sociedad adquirida, la Directiva no prevé nada en lo que respecta a la valorización de los títulos. En cambio, prevé que la exención de la plusvalía en los socios de la sociedad adquirida que reciben los títulos de la sociedad adquirente se subordina a su obligación de atribuir a los títulos recibidos el valor antiguo de los títulos canjeados⁵³. En ciertos países, la sociedad adquirente debe igualmente mantener para los títulos recibidos el valor que estos títulos tenían inmediatamente antes del canje de acciones. En caso de enajenación de las dos clases de títulos, tendrá lugar pues una doble imposición. La Comisión había previsto que, en las operaciones de canje de acciones, la sociedad adquirente dé a los títulos recibidos el valor real de los títulos atribuidos por ella a los socios de la sociedad adquirida⁵⁴. Esa propuesta tampoco se adoptó.

7. *Atribución de acciones propias en un canje de acciones*

La propuesta hacía una excepción a esta regla en la hipótesis en que la sociedad adquirente procurase a los socios de la sociedad adquirida las acciones propias que ella habría adquirido en el mercado a un valor eventualmente inferior. En esta hipótesis, los Estados miembros hubieran podido derogar la regla en función del valor que las acciones propias adquiridas tuviesen inmediatamente antes del

⁵⁰ Art. 10 antiguo.

⁵¹ Art. 10.1, párrafo 4 nuevo; Exposición de motivos, considerando 23.

⁵² Propuesta, art. 9.2 nuevo; Exposición de motivos, considerando 26.

⁵³ Art. 8.2 antiguo.

⁵⁴ Propuesta, art. 8.10 nuevo; Exposición de motivos, considerandos 27, 28 y 29.

canje⁵⁵. Esa excepción tampoco tiene que considerarse, al no adoptarse la propuesta.

8. *Extensión del campo de aplicación del canje de acciones*

Está expresamente previsto que el canje de acciones exento cubra la adquisición de la mayoría de los derechos de voto de una sociedad adquirida o, al disponerse ya de la mayoría, la adquisición de una mayor participación⁵⁶.

Desapareció del texto definitivo la propuesta de prever expresamente que el canje de acciones cubra la adquisición de socios que no sean residentes de la Unión Europea⁵⁷.

9. *Traslado de sede de una sociedad europea o de una sociedad cooperativa europea*

Los traslados de sede previstos por los nuevos reglamentos aplicables a las sociedades europeas y a las sociedades cooperativas europeas se efectuarán sin imposición de plusvalías con la condición de que los activos y pasivos afectados permanezcan invertidos en un establecimiento permanente situado en el Estado de origen y que se mantenga el valor fiscal.

La sociedad que traslada su sede se considera al mismo tiempo como aportante y beneficiaria. Si la sociedad que traslada su sede dispone de un establecimiento permanente en un Estado que no es ni su Estado de origen ni su Estado de destino, el Estado de localización del establecimiento permanente se abstendrá de gravar la plusvalía realizada sobre éste conforme a este artículo conforme al artículo 10 antiguo. Si las pérdidas se han deducido de los beneficios de la sede central, podrán ser reintegradas, conforme al mismo artículo. Siempre de conformidad con este artículo, si el Estado de origen aplica la imposición del beneficio mundial, puede gravar la plusvalía sobre la transferencia del establecimiento permanente con la condición de permitir la imputación del impuesto ficticio que habría afectado a esta plusvalía en el Estado de situación del establecimiento permanente⁵⁸.

C. Directiva sobre los Pagos de Intereses y de Cánones entre Sociedades Asociadas y de Diferentes Estados Miembros⁵⁹

El Derecho positivo armonizado europeo no ha abordado los pagos de intereses entre empresas más que desde la adopción del “paquete fiscal” por el Con-

⁵⁵ Propuesta, art. 8.11 nuevo; Exposición de motivos, considerando 30.

⁵⁶ Art. 2, a.

⁵⁷ Propuesta, art. 8.12 nuevo.

⁵⁸ Art. 10.2. Sobre el conjunto de las disposiciones, véanse los artículos 10 ter a 10 quinquies nuevo. Comp. M.T. Soler Roch, *Tax Residence of the SE*, Eur. Tax., 2004, p. 14.

⁵⁹ Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de Estados miembros diferentes; K. Eicher y F. Aramini, *Overview on the recent developments of the EC Directive on Withholding Taxes on Royalty and Interest Payments*, EC Tax Review, 2004, p. 134; O. Hermand, *La Directive fiscale du 3 juin 2003 sur les intérêts et les redevances: une réalité à partir du 1^{er} janvier 2004*, a publicarse en J.D.F. Para un repaso de las etapas anteriores: D. Weber, *The proposed EC Interest and Royalty Directive*, EC Tax Review, 2000, p. 15; J. Malherbe e I. Richelle, *Le “paquet fiscal” européen et la fiscalité des entreprises: lutte contre la concurrence fiscale dommageable et fiscalité des intérêts et redevances intra-groupes*, *Comptabilité et fiscalité pratiques*, 2002, p. 239; J. D. Oliver, *The proposed EU Interest and Royalties Directive*, *Intertax*, 1999, nºs 6-7, p. 204.

sejo Ecofin de 21 de enero de 2003, incluso aunque una propuesta de Directiva se había presentado anteriormente, en diferentes versiones.

El “paquete fiscal” vincula las decisiones políticas relativas a las medidas a adoptar contra la competencia fiscal dañina, la Directiva, adoptada después, sobre los pagos de intereses a los particulares, y la Directiva relativa a los pagos de intereses y cánones entre empresas asociadas.

La Directiva opta por el gravamen de los intereses y cánones en el Estado de residencia y la supresión de la imposición, generalmente en la fuente, en el Estado de origen, sean los pagos de sociedades de Estados miembros o de establecimientos permanentes de sociedades de Estados miembros. En efecto, se ha constatado que en ausencia de una medida tal, la eliminación de la doble imposición no quedaba asegurada, mientras que las empresas estaban sometidas a cargas administrativas y problemas de tesorería. Las operaciones internacionales se ven en desventaja con respecto a las operaciones nacionales⁶⁰.

1. Definición de intereses y cánones

Sin sorpresa, los intereses se definen como las rentas de créditos de todo tipo garantizados o no por una hipoteca y rodeados o no de una cláusula de participación en el beneficio, en particular las rentas de obligaciones, comprendidas las primas y “lotes” pero con exclusión de las sanciones por pagos tardíos⁶¹.

El Estado miembro de origen puede excluir:

- los pagos tratados como distribución de beneficios o reembolso de capital;
- los pagos de intereses de créditos que comprenden un derecho de participación en el beneficio del deudor;
- los pagos de intereses de créditos rodeados de un derecho del acreedor de cambiar su derecho al interés por un derecho en la participación en los beneficios del deudor;
- los pagos de intereses sobre créditos que no prevean el reembolso del principal o lo prevean más de 50 años después de la emisión⁶².

La directiva guarda silencio sobre la suerte de los intereses recalificados en dividendos (cfr. arriba Lankhorst-Hohorst).

En lo que concierne a los pagos de intereses por un establecimiento permanente, la Directiva prevé que el establecimiento permanente no será considerado como pagador de los intereses, a no ser que estos pagos representen un gasto deducible fiscalmente⁶³. Una disposición parecida no existe en lo que respecta a los pagos efectuados por las sociedades.

La cuestión de la aplicabilidad de la Directiva matriz-filial resta entera.

Nada se prevé para evitar de forma eficaz la doble imposición, con la reserva de la aplicación de un tratado.

⁶⁰ Exposición de motivos, considerandos 1 y 2.

⁶¹ Art. 2.

⁶² Art. 4.1.

⁶³ Art. 1.3.

2. *Definición de las sociedades asociadas y de los establecimientos permanentes*

Como la Directiva matriz-filial, la Directiva intereses-cánones contiene una lista tipo de sociedades contempladas, por lo general las sociedades de capitales, incluidas las sociedades de responsabilidad limitada así como los organismos de Derecho público que se rigen por el Derecho privado, sujetos al Impuesto sobre Sociedades, y que no tienen una segunda residencia fiscal fuera de la Comunidad en virtud de un Tratado concluido con un tercer Estado.

Dos sociedades son asociadas si están unidas por lazos de participación del 25%, entre ellas o con respecto a una sociedad tercera. Sólo las participaciones directas se computan, aunque una propuesta anterior contemplaba las participaciones indirectas.

Cabe esperar que este tipo se reducirá progresivamente al 10% como para la aplicación de la Directiva matriz-filial.

Los Estados miembros pueden reemplazar el criterio de participación en el capital por el criterio de participación en los derechos de voto.

En cuanto al establecimiento permanente, se define como un centro fijo de negocios a través del cual una sociedad ejerce la totalidad o una parte de su actividad empresarial, pero debe tratarse de una sociedad de un Estado miembro y de una instalación fija de negocios situada igualmente en un Estado miembro.

El establecimiento de una sociedad de un tercer Estado en la Comunidad no estaría pues contemplado.

Nada impide a los Estados miembros extender la exoneración a esta hipótesis.

En su defecto, los Estados que no prevén retención en la fuente sobre intereses, incluso cuando se pagan a residentes de terceros Estados, serían favorecidos como localización potencial de empresas prestatarias.

3. *Exigencia suplementaria: la cualidad de beneficiario efectivo*

La exoneración no se aplica, a no ser que la sociedad o el establecimiento permanente sea el beneficiario efectivo de los intereses o cánones.

Una sociedad es la beneficiaria efectiva si recibe los pagos para su propio beneficio y no en calidad de intermediario.

Un establecimiento permanente será beneficiario efectivo si los créditos o derechos que dan lugar a los pagos de intereses o cánones están efectivamente relacionados con este establecimiento y si los intereses o cánones representan una renta sometida al impuesto en cabeza del establecimiento⁶⁴. Se prevé con utilidad que, si un establecimiento permanente es tratado como pagador o beneficiario efectivo, ninguna otra parte de la "sociedad" será tratada así⁶⁵. La noción de beneficiario efectivo será normalmente ignorada como tal en el Derecho de los Estados miembros⁶⁶.

En Derecho europeo, debe interpretarse según la finalidad de las disposiciones comunitarias.

⁶⁴ Art. 1.4 y 5.

⁶⁵ Art. 1.6.

⁶⁶ En Derecho belga, cfr. J. Muyldermans, K. de Haen y N. Hostyn, *Het begrip uiteindelijk gerechtigde naar Belgische fiscaal recht*, *Algemeen Fiscaal Tijdschrift*, 2002, p. 353.

Por el contrario, en aplicación de los tratados concluidos según el modelo de la OCDE, los términos no definidos deben ser interpretados por el Estado que tiene el poder de imposición⁶⁷. Todavía falta que el ordenamiento jurídico local contenga tal interpretación. ¿Será ésta por ejemplo jurídica o económica? En todo caso, la interpretación comunitaria no puede identificarse con la interpretación del modelo OCDE, incluso aunque los criterios sean parecidos⁶⁸.

4. *Condiciones de duración*

Los Estados miembros pueden exigir que el vínculo de asociación haya existido durante dos años⁶⁹. A pesar de la jurisprudencia *Denkavit*, la Directiva no precisa si esta condición debe cumplirse en el momento del pago (período de espera) o puede serlo en un momento ulterior (período de posesión).

5. *Condiciones administrativas*

El Estado de origen puede exigir un certificado estableciendo que las condiciones de aplicación de la Directiva se cumplen y prever que la exoneración necesitará una resolución expresa que debería ofrecerse en tres meses desde la presentación del certificado⁷⁰. Los Estados miembros pueden igualmente exigir, lo que va de suyo, la producción de los contratos relativos a los pagos.

6. *Fraudes y/o abusos*

La negativa de aplicación de la Directiva en caso de fraude o abuso se reserva, en términos tan oscuros como los de las Directivas matriz-filial y fusiones⁷¹.

7. *Dificultad del multilingüismo*

Los comentaristas franceses se han interesado por la curiosa formulación según la cual los pagos de intereses y cánones realizados en un Estado miembro estaban exonerados y según la cual un pago se reputaba realizado cuando era efectuado por una sociedad o un establecimiento permanente situado en un Estado miembro. Estas dificultades de interpretación no existen en español, donde simplemente se prevé: los pagos de intereses o cánones procedentes de un Estado miembro estarán exentos. Se considera que proceden de un Estado miembro los pagos efectuados por una sociedad o un establecimiento permanente radicado en un Estado tal.

D. La Sociedad Europea

El Reglamento de 8 de octubre de 2001 que aprueba el estatuto de la sociedad anónima europea y su Directiva hermana han entrado en vigor el 8 de octubre de 2004.

La sociedad anónima europea puede ser creada por transformación, por fusión, por constitución de holding o por constitución de filial. No puede crearse *ex*

⁶⁷ Convenio modelo, art. 3.2.

⁶⁸ Com. OCDE, 11/8.1.

⁶⁹ Art. 1.10.

⁷⁰ Art. 1.11, 12 y 13.

⁷¹ Art. 5.

nihilo. El Reglamento no contiene ninguna disposición fiscal. Es pues a la luz de las disposiciones existentes, donde es preciso analizar los problemas que se plantean, esperando la adopción de la propuesta de Directivas que modifiquen la Directiva de fusiones, sobre todo en tanto que incluye a la sociedad europea en el campo de aplicación del texto y permite la transferencia de sede sin consecuencia fiscal⁷².

1. Constitución

a. Impuestos directos⁷³

La sociedad europea es una sociedad anónima dotada de personalidad con sede en la Comunidad. Debería pues beneficiarse de las reglas europeas aplicables a la sociedad anónima; estimamos, no obstante, que en virtud del carácter limitativo de las enumeraciones que allí figuran⁷⁴, una modificación de los textos de las Directivas será necesaria para contemplar expresamente esta forma⁷⁵.

La constitución de la sociedad europea puede producirse por transformación de una sociedad anónima existente; esta operación supone la continuidad de la personalidad y no suscita pues a primera vista ningún problema fiscal. Podría plantearse un problema si una sociedad que reviste otra forma quisiese de repente transformarse en sociedad anónima para a continuación convertirse en sociedad europea: la primera transformación no está necesariamente exenta, particularmente si la sociedad de partida no estaba sujeta al Impuesto sobre Sociedades en su país.

La posibilidad de constitución por fusión confirma la introducción en el Derecho de Sociedades de la fusión internacional⁷⁶ de la que ciertos países habían antes invocado la imposibilidad para abstenerse de transponer completamente⁷⁷ la Directiva fiscal sobre fusiones⁷⁸. La cuestión podría próximamente ser regulada expresamente en estos países⁷⁹. Sea como fuere, las plusvalías derivadas de la operación deben ser exoneradas en virtud de la Directiva de fusiones⁸⁰.

⁷² Ph. Malherbe, *Réflexions sur le régime fiscal de la Societas europea*, Mélanges John Kirkpatrick, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 575; M. Olislaegers y B. Peeters, *Grensoverschrijdende samenwerkingsvormers: De Europese Naamloze Vennootschap (SE): Een nieuwe vennootschapsvorm met een Europees en nationaal karakter*, en B. Peeters, ed., *Europees belastingsrecht*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 501, *Tijdschrift voor Fiscaal Recht*, 2003, p. 147.

⁷³ P. Coucè, *The Tax Treatment of the Creation of an SE*, *Eur. Tax.*, 2004, p. 15.

⁷⁴ P.-L. Perin: *La société par actions simplifiée*, Paris, Joly, 2000, n° 69.

⁷⁵ Propuesta de la Comisión, 23.

⁷⁶ El Derecho de sociedades de numerosos países no prohíbe la modificación de elementos esenciales de los estatutos.

⁷⁷ Cf. art. 211 Code des impôts sur les revenus belge.

⁷⁸ Para un comentario, véase J. Kirkpatrick, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Bruylant, 1992, pp. 195 y ss.; sobre la compatibilidad del régimen actual con el Derecho comunitario: Examen de jurisprudencia: *Les impôts sur les revenus et les sociétés*, R.C.J.B., 2001, pp. 98-99.

⁷⁹ Cfr. en Bélgica. Proposición de ley modificando el Code des impôts sur les revenus 1992 para que concuerde en materia de fusiones internacionales con la Directiva 90/434/CEE de 23 de julio de 1990 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones entre sociedades de Estados miembros diferentes (Doc. Ch. 50 1.517/1).

⁸⁰ Directiva n° 90/434/CEE del Consejo de 23 de julio de 1990 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones que afecten a sociedades de Estados miembros diferentes, DO L 225 de 20.8.1990, p.1.

La constitución por creación de holding constituye una operación de canje de acciones en el sentido de la Directiva de fusiones⁸¹. Las plusvalías sobre acciones se exoneran en numerosos países⁸², lo que asegura la requerida neutralidad fiscal. Sin embargo, algunas de las condiciones fijadas, sobre todo las referidas al régimen fiscal de las rentas de la sociedad filial, aparecen como difícilmente compatibles con el carácter incondicional de la Directiva, ahora bien podemos imaginar el supuesto en que uno de los promotores de la SE fuese una sociedad que no responde a estas condiciones, si bien su sociedad matriz estaría sujeta por la plusvalía.

En cuanto a la constitución de una filial que revista la forma de SE, ésta constituirá por lo general una aportación universal o una aportación de rama de actividad, las dos exentas en virtud de la Directiva de fusiones⁸³; ésta podrá igualmente, si lo tomamos en consideración, constituir una aportación simple pudiendo entrañar la realización de plusvalías susceptibles de ser gravadas.

En todos los casos imaginables, podemos suponer que la operación no tendrá “como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal”, válvula prevista por la Directiva.

b. Impuestos indirectos

i) Impuesto sobre concentración de capitales

Las operaciones de reestructuración - fusión, canje de acciones, transformación - están exentas del impuesto sobre concentración de capitales⁸⁴. La constitución por creación de filial podrá dar lugar al derecho de aportación, salvo en la medida en que constituya una fusión⁸⁵.

ii) Impuesto sobre el Valor Añadido

Los Estados miembros tienen el derecho de considerar que la transmisión de la totalidad o parte de los bienes no constituye una entrega, si bien no se debe el IVA⁸⁶, si el Estado miembro ha optado por este sistema⁸⁷ y si la sociedad beneficiaria está sujeta.

2. Funcionamiento

La SE dispone de sucursales y de filiales en el país de su sede, en otros Estados miembros y fuera de la Comunidad. Estas filiales y, en cierta medida, estas sucursales pueden, a su vez, disponer de sucursales y de filiales.

⁸¹ Art. 2, d.

⁸² Bélgica: art. 192 CIR.

⁸³ Art. 2, c; art. 46 CIR.

⁸⁴ Art. 9.1, Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales; art. 117 a 121 C.Enr.

⁸⁵ Salvo fusión “a la inglesa”, por aportación de más del 75% de las acciones de una sociedad (antiguo art. 7.1(b) de la Directiva del Consejo de 17 de julio de 1969, introducido por la Directiva 73/79/CEE del Consejo, de 9 de abril de 1973 y reemplazado por la Directiva 85/303/CEE de 10 de junio de 1985; art. 117.3 C.Enr.).

⁸⁶ Art. 5.8 de la Sexta Directiva.

⁸⁷ En Bélgica, art. 11 CTVA.

Para las sucursales, la imposición se regula por el Derecho nacional⁸⁸ respetando los Convenios bilaterales para evitar la doble imposición, que, según el modelo OCDE, permiten al Estado de la fuente gravar los establecimientos permanentes⁸⁹ y retienen el principio de la empresa separada que obtiene su propio beneficio, comprendido, en lo que respecta a las operaciones que el establecimiento mantiene con su sede principal, al término de negociaciones virtuales según el principio de plena competencia (*arm's length*)⁹⁰. El Derecho comunitario permite a los Estados miembros prescribir la llevanza de contabilidad separada (cuentas distintas)⁹¹, de donde derivará de una forma o de otra⁹² la base imponible. En el Estado de la sede principal, los beneficios de la sucursal extranjera se exoneran, o son gravados con una deducción o crédito de impuesto extranjero⁹³; no pueden impedir la traslación de las pérdidas nacionales anteriores⁹⁴. No se prevé nada en relación con las pérdidas extranjeras⁹⁵, incluso si ellas serán a menudo deducibles en el Estado de residencia, esto aunque se lleven al momento en que pueden ser trasladadas al extranjero. Las sucursales disfrutan de la protección del Derecho comunitario, ya sea en lo relativo al tipo de gravamen⁹⁶ o a otras modalidades⁹⁷.

Como las posibilidades de deducción de pérdidas en el país de la sede central son mejores para las sociedades que operan en el extranjero por medio de establecimientos permanentes que de filiales, podría haber en ello una razón para sustituir una estructura de grupo filializada por una sociedad europea dotada de establecimientos permanentes⁹⁸.

Para las filiales, el Derecho comunitario ha retenido el principio del derecho del Estado miembro a gravar a la sociedad residente en su territorio, si bien prescribiendo al Estado de residencia de la sociedad matriz exonerar los dividendos o

⁸⁸ Véase sobre todo J. Kirkpatrick, Examen de jurisprudencia (1983 a 1990): Les impôts sur les revenus et les sociétés, R.C.J.B., 2001, p. 343 y ss.

⁸⁹ Convenio modelo, art. 7.

⁹⁰ Convenio modelo, art. 7.2.

⁹¹ TJCE, 15 de mayo de 1997, C-250/95, Futura Participations S.A. et Singer/Administration des Contributions, Rec., 1997, p. I-02471; en Derecho belga: J. Kirkpatrick, Le régime fiscal des sociétés en Belgique, *op. cit.*, pp. 265-267.

⁹² Algunos Estados miembros liquidan el impuesto sobre el beneficio contable, después de algunas correcciones, otros requieren un tratamiento más completo, pero es necesario también partir de las cuentas. Algunas sucursales son gravadas sobre la base de porcentajes a tanto alzado de los gastos o las cifras de negocios, pero, también aquí, un dato contable está en la base del cálculo.

⁹³ Convenio modelo, art. 23A y 23B.

⁹⁴ TJCE, 14 de diciembre de 2000, C-141/99, Amid.

⁹⁵ El art. 133 del proyecto se ha abandonado y la propuesta de Directiva del Consejo relativa a un régimen de toma en consideración por las empresas de las pérdidas sufridas por sus establecimientos permanentes y filiales situados en otros Estados miembros (COM/90/595Final; DOCE C 53 de 28.02.1991, p. 30) no se ha adoptado.

⁹⁶ Cf. El informe motivado de la Comisión de septiembre de 1993 (considerando que la diferencia de tipos entre el Impuesto sobre sociedades no residentes y el de las sociedades residentes era discriminatoria y contraria a la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales; TJCE, 29 de abril de 1999, C-311/97, Royal Bank of Scotland plc/Etat hellénique.

⁹⁷ Nos referimos al crédito de impuesto extranjero (TJCE, 21 de septiembre de 1999, C-307/97, Compagnie de Saint-Gobain, établissement allemand/Finanzamt Aachen Innenstadt, TJCE, 28 de enero de 1986, C-270/83, Commission/France, Rec., p. 285: Francia negaba a las sucursales francesas de empresas extranjeras un crédito de impuesto - llamado *avoir fiscal* - sobre los dividendos de empresas francesas. El Tribunal ha juzgado este rechazo contrario a la prohibición de discriminación basada en la nacionalidad y contraria a la libertad de establecimiento.

⁹⁸ M. Helminen, The Tax Treatment of the Running of an SE, Eur. Tax., 2004, p. 31.

asociarles un crédito de impuesto indirecto⁹⁹. No se prevé nada en lo que respecta a las plusvalías sobre participaciones, ni las pérdidas de las filiales¹⁰⁰. Los pagos de intereses y de cánones se benefician de la nueva Directiva relativa a los mismos¹⁰¹.

En las dos hipótesis - sucursal y filial - en caso de corrección de beneficios, la doble imposición debe en principio ser evitada, en última instancia, mediante una opinión vinculante de una comisión mixta *ad hoc* creada según el Convenio¹⁰² multilateral¹⁰³ entre Estados miembros. Además de lo costoso del procedimiento, numerosas excepciones hacen que este dispositivo sea poco práctico.

En cuanto al accionista, el Derecho Comunitario no se preocupa directamente, pero prohíbe toda retención en la fuente sobre los dividendos distribuidos por las filiales, mediando un vínculo de participación del 25%, en vías de rebaja al 10%. Sólo el Estado de residencia de la holding de cabeza tiene el derecho a percibir tal retención a cargo del accionista persona física, salvo a aquel que resida en otro Estado en el que no se beneficie de un crédito de impuesto extranjero, tentado interponer una holding personal para no sufrir la retención en la fuente más que en su Estado de residencia.

3. *Traslado de sede*

El Reglamento relativo al estatuto de la sociedad europea prevé la posibilidad de traslado de sede estatutaria de la SE de un Estado miembro a otro sin disolución ni creación de una persona jurídica nueva¹⁰⁴. Sin embargo, la SE debe tener en el mismo Estado miembro su sede estatutaria ("registered office") y su administración central ("head office")¹⁰⁵. El traslado de la sede estatutaria deberá pues acompañarse del traslado de la sede central de administración de la sociedad.

Los Estados miembros se dividen, en el plano del Derecho Internacional Privado, entre la doctrina de la "incorporation", que vincula la personalidad jurídica de la sociedad al Estado de constitución¹⁰⁶ y la doctrina de la sede real, que considera que esta personalidad está ligada al mantenimiento de la sede de la sociedad en el país si se ha constituido según el Derecho de este país.

⁹⁹ Art. 4.1 de la Directiva 90/435/CEE de 23 de julio de 1990 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, DO L 225, de 20.8.1990, p. 6. El crédito directo permite la imputación de la retención en la fuente extranjera y el crédito indirecto, la imputación del Impuesto sobre Sociedades extranjero correspondiente al dividendo.

¹⁰⁰ *Supra*, nota 95; J. Kirkpatrick, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, *op. cit.*, pp. 259-260.

¹⁰¹ *Cfr. supra*.

¹⁰² Convenio 90/436 de 23 de julio de 1990, relativo a la eliminación de la doble imposición en caso de corrección de beneficios de empresas asociadas, DOCE L 225, de 20.08.1990, p. 10.2, cuya prórroga está en curso de ratificación (Protocolo que modifica el Convenio de 23 de julio de 1990, relativo a la eliminación de la doble imposición en caso de corrección de beneficios de empresas asociadas, DOCE C 202, de 16.07.1999, p.1).

¹⁰³ Además el efecto de las cláusulas bilaterales conformes al artículo 9.2 del Convenio modelo prevé el ajuste correlativo.

¹⁰⁴ Art. 8.1.

¹⁰⁵ Art. 7.

¹⁰⁶ Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Países Bajos, Reino Unido. España y Estonia han adaptado su legislación a la Sentencia *Uberscering* (TJCE, de 5 de marzo de 2002, C-208/00) y reconocen el mantenimiento de la personalidad jurídica de una sociedad constituida según el derecho de otro Estado miembro y que traslada su sede en uno de estos países. En otros Estados, se logra el mismo resultado a través de la jurisprudencia (Bélgica).

La exigencia de localización nacional común de la sede estatutaria y de la sede real se supone que evita los conflictos entre estas dos concepciones en lo que respecta a la SE.

a. Impuestos directos

i) Estado de salida

No existe actualmente el derecho al traslado, de un Estado miembro a otro, de la sede de una sociedad con exención de impuestos directos¹⁰⁷. Independientemente de la cuestión de saber si el traslado de sede al extranjero de una sociedad “ordinaria” entraña su disolución en Derecho de sociedades, la ley fiscal de numerosos Estados asimila este acontecimiento a una liquidación seguida de distribución¹⁰⁸, algunos hacen una excepción cuando el traslado se acompaña del mantenimiento de un establecimiento permanente en el Estado de salida¹⁰⁹. Los Estados que ven en el traslado una liquidación susceptible de gravamen, gravan las plusvalías latentes; las pérdidas fiscales no absorbidas por estas plusvalías se pierden por lo general¹¹⁰. Sin embargo, puede parecer ilegítimo¹¹¹ y contraproducente que este traslado entrañe el gravamen de plusvalías no realizadas: bastaría con considerar que la sociedad emigrante conserva un establecimiento permanente virtual que comprenda los bienes anteriores a la emigración; las plusvalías se gravarían desde su realización.

Los obstáculos fiscales al traslado de sede podrían por otra parte ser considerados con restricciones prohibidas a la libertad de establecimiento en la medida en que el Reglamento sobre la sociedad europea prevé el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad¹¹². Es preciso, no obstante, subrayar que el Reglamento excluye expresamente de su campo de aplicación las cuestiones fiscales.

ii) Estado de llegada

Desde el punto de vista del Estado al que se efectúa el traslado de sede, la aportación de activo neto no da lugar a imposición.

La sola hipótesis que podría plantear problemas es la de la sociedad cuya sede se traslada que poseía en el Estado de destino un establecimiento permanente y donde el Estado de destino asimila por una disposición fiscal expresa el traslado de sede de una sociedad extranjera a una liquidación¹¹³.

¹⁰⁷ TJCE, de 27 de septiembre de 1988, C-81/87, Daily Mail. Véase la propuesta de modificación de la Directiva de fusiones, arriba.

¹⁰⁸ Alemania, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Suecia. Cfr. International Bureau of Fiscal Documentation, Survey on the Societas Europaeas, 2003, disponible en Internet.

¹⁰⁹ Austria, España, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido. Portugal no percibe impuesto en caso de traslado de sede. La situación en Italia es incierta.

¹¹⁰ Imaginemos una sociedad dotada de un establecimiento permanente en pérdidas que desplaza su sede al Estado del establecimiento; el traslado de las pérdidas no parece inconcebible.

¹¹¹ Véase la Sentencia del Tribunal en el caso Lasteyrie (arriba) sobre la tributación francesa de las plusvalías latentes sobre participaciones de las personas físicas emigrantes (art. 167 bis CGI; cuestión prejudicial del Conseil d'Etat, Sentencia nº 211.341 de 14 de diciembre de 2001).

¹¹² M.T. Soler Roch, Tax Residence of the SE, Eur. Tax., 2004, p. 14; O. Thömmes, EC Law Aspects of the Transfer of Seat of an SE, Eur. Tax., 2004, p. 26.

¹¹³ O. Thömmes, *op. cit.*, p. 24.

Además, la mayor parte de las reorganizaciones constituirán operaciones exentas por la Directiva de fusiones¹¹⁴, o podrán al menos ser estructuradas a estos efectos.

En caso de disolución y de liquidación, la distribución no constituye un dividendo en el sentido de la Directiva matriz-filial¹¹⁵ y no está obligatoriamente exenta. Algunos países la asimilan a un dividendo¹¹⁶.

b. Impuestos indirectos

Tanto el traslado de sede de un Estado miembro a otro como la transformación están exentos del Impuesto sobre concentración de capitales¹¹⁷.

La sociedad europea, que tenderá por lo general a una gran talla y a reemplazar las filiales por establecimientos permanentes, constituirá el campo de elección de los problemas de precios de transferencia. Las sugerencias de la Comisión en cuanto a la adopción de una base fiscal consolidada podrían encontrar en ella una primera aplicación. La idea es bastante audaz para ser abordada hoy.

La Comisión ha retomado en estudios recientes la investigación de soluciones de conjunto, permitiendo la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de Impuestos sobre Sociedades.

En el marco de la imposición en el Estado de la sede ("Home State Taxation"), la sociedad cabeza de un grupo multinacional podría adoptar en todos los países en los que tenga un establecimiento permanente o una filial un cálculo de la base imponible conforme a la legislación fiscal del país de su sede. Igualmente, la deducción de las pérdidas de las filiales o de los establecimientos permanentes se sujetaría en el Estado de la sede a la legislación que se aplicaría a las filiales o a los establecimientos situados en el mismo país.

La base se dividiría entre los Estados miembros según una fórmula a determinar.

Un grupo de Estados miembros podría comprometerse en esta vía sobre la base de una cooperación reforzada o de un convenio multilateral.

El régimen de base imponible común consolidada ("Common Consolidated Tax Base") consistiría en la adopción de reglas comunes para la base de algunas empresas que operan en numerosos Estados miembros o incluso en un solo Estado. Tales empresas podrían ejercer una elección en favor de esta base. Tendrían como interlocutor al Estado de su sede central. El tipo de gravamen sería el de cada Estado en el que operase el grupo.

De nuevo, la base se dividiría entre los Estados implicados según una fórmula.

Del mismo modo, se adoptaría un método común de determinación de las pérdidas deducibles, a diferencia del régimen de la Home State Taxation que se refiere, a este respecto, al derecho del país de la sede central.

¹¹⁴ Que no contempla, sin embargo, la transformación operación exenta en ciertos países: Bélgica, art. 214 Code des impôts sur les revenus.

¹¹⁵ Art. 4.1.

¹¹⁶ Bélgica: art. 202.1. 2º Code des impôts sur les revenus.

¹¹⁷ Art. 4.3 Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales; Bélgica, art. 121.1 y 3 Code des droits d'enregistrement.

La solución radical de un Impuesto sobre sociedades europeas (European Union Company Income Tax - EUCIT) conduciría al establecimiento de un solo impuesto, percibido con tipo único en la Unión Europea y administrado por una autoridad común. Alternativamente, sería administrado por cada Estado miembro, aplicando su propio tipo de gravamen, de una forma similar a la gestión del IVA.

Por último, una respuesta poco tradicional al problema sería la adopción obligatoria de una base imponible armonizada en la Unión, sobre la base de un Código común, reemplazando los códigos fiscales de los Estados miembros en la definición de la base.

Una base armonizada implica una consolidación.

Estas soluciones diversas, que varían desde el reconocimiento mutuo hasta la armonización, presagian tal vez el Impuesto sobre Sociedades del futuro en Europa.

Se ha planteado la cuestión de saber si la Sociedad europea podía constituir a este respecto un campo de experimentación. Es demasiado pronto para responderla¹¹⁸.

¹¹⁸ European Commission, *Company Taxation in the Internal Market*, COM (2001/582final), n° 461-472; M. Gammie, *EU Taxation and the Societas Europea - Harmless Creature or Trojan Horse?*, *Eur. Tax.*, 2004, p. 38.