

Universidad de Oviedo

Curso de Derecho financiero en la Europa de la Constitución

El Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea

por

Dr. Joan-Francesc Pont Clemente
Catedrático de Derecho tributario
de la Universidad de Barcelona

Oviedo, julio de 2005

Sumario:

- 1.- Introducción.
- 2.- La actividad de armonización fiscal en la Constitución Europea, en particular, la aproximación de las legislaciones internas en materia de tributos directos.
- 3.- Las recientes medidas de armonización de la fiscalidad directa.
 - 3.1.- La Directiva 2003/123/CE, de 22 de diciembre de 2003.
 - 3.2.- Propuesta de extensión de la Directiva del Consejo de 23 de julio de 1990, sobre el régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones de sociedades de Estados miembros diferentes.
 - 3.3.- La 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.
 - 3.4.- La Sociedad europea.
- 4.- La labor armonizadora del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con relación al Impuesto sobre Sociedades.

1.- Introducción

En los momentos actuales en que el Mercado único comienza a ser una realidad, surge con mayor fuerza la cuestión de hasta qué punto la heterogeneidad de los sistemas fiscales existentes entre los distintos Estados miembros puede suponer un elemento distorsionador relevante sobre las decisiones de inversión en un mercado unificado, sobre el crecimiento de la economía europea o sobre la competitividad de la misma.

Es necesario precisar que dicha heterogeneidad afecta principalmente a la imposición directa, puesto que la indirecta (I.V.A., aranceles, impuestos especiales) ya presenta un alto grado de armonización, aun cuando no puede considerarse totalmente concluida.

Como se sabe, en el campo de la fiscalidad directa, la Comisión Europea no disfruta de un soporte legal específico que le haya permitido avanzar en su labor unificadora, por lo que normalmente ha debido apoyarse en el artículo 100 del Tratado, disposición que, de manera general, permite a la Comisión proponer la adopción de directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros que incidan directamente en el establecimiento o el funcionamiento del

Mercado Común.

La escasa atención prestada ya desde los inicios por el Tratado de Roma a la fiscalidad directa no es casual. Históricamente, una de las competencias fundamentales de cualquier Estado ha sido la de establecer y recaudar impuestos, constituyéndose éstos en la fuente primordial de financiación de los presupuestos de aquél y, por ende, de sus diversas políticas en todos los ámbitos. Los Estados miembros han tenido que aceptar la armonización de la imposición indirecta, imprescindible para la existencia de un mercado interior, pero siempre se han mostrado muy remisos a aceptar la intervención de la Comisión en el campo de la tributación directa. Buena prueba de ello lo dio la reforma del Tratado de Roma por el Acta única Europea: si como principio general para la toma de los acuerdos necesarios para la consecución del Mercado único se adoptó el de la mayoría cualificada, las propuestas que afectasen entre otras materias a la fiscalidad, requerirían de la unanimidad de los componentes del Consejo, lo que, a la vista de la historia de la política comunitaria, supone un enorme obstáculo para alcanzar acuerdos en este ámbito.

Así pues, y en el terreno de la tributación, el acervo comunitario sólo recoge, hoy por hoy, aquellas normas fiscales consideradas indispensables para el cumplimiento de las cuatro grandes libertades fundamentales previstas en el Tratado de Roma. Como la fiscalidad indirecta afecta esencialmente a la libre circulación de mercancías, la armonización en este campo ha sido profunda, aunque siempre debiendo sortear el obstáculo ya referido de la unanimidad, lo que ha conllevado la aprobación de disposiciones específicas (normalmente de carácter temporal) en favor de determinados Estados Miembros sin las que la correspondiente directiva nunca hubiera sido aprobada.

Esta misma tendencia puede observarse en alguna de las directivas aprobadas en materia de fiscalidad directa, por ejemplo la Directiva 90/435, de 23 de julio, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados Miembros diferentes, cuya aprobación era necesaria para favorecer la libertad de circulación de capitales, ya que la existencia de una doble tributación efectiva de los dividendos distribuidos entre dos

Estados de la Unión Europea era una causa de restricción evidente de la misma. Pues bien, las excepciones, alternativas y limitaciones que se establecieron en su articulado permiten adquirir una idea de hasta que punto los Estados Miembros son reacios a la adopción de acuerdos que vayan a suponer un recorte de su capacidad recaudadora.

En cualquier caso, la aceleración del proceso armonizador que se produjo con vistas a poner en marcha el Mercado único llevó a la Comisión a prestar una mayor atención a las consecuencias que la falta de armonización de la fiscalidad directa comportaba para la eficacia de aquél. Asimismo, y como fruto de la profundización en la consecución de un mercado único, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea está cobrando cada vez mayor relevancia en materia de imposición directa, en la medida en que debe incidir en cuestiones fiscales que, de una manera u otra, afectan a alguna de las libertades fundamentales previstas en el Tratado de Roma.

Ello no obstante, subsisten importantes diferencias entre los regímenes fiscales de los Estados miembros, especialmente en relación a la imposición resultante en los flujos de ingresos transfronterizos y al Impuesto sobre Sociedades.

No cabe duda de que dichas diferencias inciden notablemente en las decisiones de inversión en un mercado único, distorsionándolas, producen discriminaciones entre los sujetos pasivos residentes y no residentes, influyen en la estructura legal y financiera de los grupos multinacionales, condicionándola, acarrear normalmente costes administrativos significativos, especialmente para las P.Y.M.E.S., provocan inseguridad jurídica en la actuación de los agentes económicos en las diversas jurisdicciones fiscales del territorio comunitario y afectan al principio de transparencia que debe regir la actuación de los Estados a la hora de conceder incentivos a la inversión.

Pese a que con el tiempo se ha producido un proceso significativo de convergencia entre los Estados Miembros en el campo de la fiscalidad directa, especialmente por lo que se refiere a los tipos impositivos y al componente fiscal del coste del capital necesario para

realizar una inversión, no es suficiente y resulta necesaria la intervención en el nivel comunitario para eliminar ciertas distorsiones de carácter impositivo, ante la incapacidad de los Estados Miembros para hacerlo por separado. No obstante, dicha intervención debe hacerse con distintos grados de intensidad: la armonización debe ser más amplia en lo referente a la eliminación de la doble imposición de los flujos transfronterizos y más matizada (en aplicación del principio de subsidiariedad) en lo tocante al Impuesto sobre Sociedades.

En esta línea, se sitúan las últimas medidas en materia de doble imposición de los flujos transfronterizos. Es el caso de la extensión de la Directiva matriz/filial, de las propuestas en torno a la modificación de la Directiva correspondiente a fusiones de empresas o la Directiva relativa a la eliminación de tributación en el pago de intereses y cánones.

Por el contrario, tanto la Comisión como el Consejo Económico y Social de la Unión Europea (C.E.S.) han rechazado la mayor parte de las sugerencias relativas a la armonización del Impuesto sobre Sociedades, por considerar que las mismas eran contrarias a la aplicación efectiva del principio de subsidiariedad aprobado en Maastricht. Para la Comisión, su actuación en este campo reduciría los ingresos fiscales y el poder de decisión de los Estados Miembros. Adicionalmente, el C.E.S. opinó que la Unión Monetaria *per se* iba a suponer una reducción sustancial del margen de maniobra de aquéllos, por lo que no sería recomendable recortar aún más su margen de actuación para incidir sobre la coyuntura y el desarrollo económico nacionales. Incluso este mismo órgano se preguntaba si, puesto que tradicionalmente la fiscalidad ha sido un medio utilizado por los Estados como incentivo de las inversiones en su territorio, la armonización de este Impuesto no perjudicaría a las zonas con retraso de la Unión Europea en beneficio de las más fuertes.

Desde otro punto de vista, hay que destacar que en la mayor parte de los países existen notables diferencias de trato fiscal entre los residentes y los no residentes, que, de ordinario, provocan situaciones de discriminación o distorsión contrarias a los postulados

del Derecho europeo. Por ejemplo, la diferencia de tipos impositivos entre el Impuesto sobre Sociedades de no Residentes y el de las sociedades residentes se ha considerado 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).

En este sentido, deben recordarse especialmente las exigencias de neutralidad y no discriminación fiscal que se derivan del Tratado de la Unión Europea y que implican que cualquier medida fiscal que colisione con los objetivos de la Unión puede considerarse prohibida.

Sin embargo, en la práctica, a través de políticas fiscales diversas (concesión de beneficios fiscales, de exenciones a residentes ...) se está provocando situaciones más o menos encubiertas de discriminación por razón de la nacionalidad. La tradicional distinción en el trato fiscal de residentes y no residentes dentro de un Estado, alberga situaciones que habrán de ser estudiadas caso por caso a la luz del Tratado de la Unión Europea, o en su caso, de la Constitución Europea, ya que si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, no es menos cierto que estos últimos deben ejercer ésta respetando el derecho comunitario y abstenerse por tanto, de toda discriminación manifiesta o encubierta basada en la nacionalidad (*Sentencia de 14 de febrero de 1995, Schumacker, C-279/93*). Por ejemplo, el otorgamiento de beneficios fiscales (no ligados a la situación personal y familiar, es decir, ligados a un determinado tipo de renta o a la generalidad de las rentas) debe aplicarse por igual a residentes y no residentes, salvo que concurra algún motivo de interés general que explique o pueda justificar la diferencia de trato (*Sentencia de 28 de enero de 1992, Bachmann C- 204/90*).

No cabe duda de que la situación descrita se produce porque la fiscalidad directa es una parcela que carece de armonización y de coordinación en el ámbito comunitario. Por un lado, la ausencia de referencia expresa en el Tratado de la Unión Europea, acentúa el criterio de que estamos ante una materia competencia de la soberanía de los Estados

miembros, en la que las decisiones que se adopten han de acordarse por unanimidad, lo que dificulta enormemente el avance hacia una armonización en esta parcela.

Sin embargo, esta falta de armonización y la remisión a la competencia de los Estados, no puede dar lugar a supuestos en los que se vulnere, por motivos fiscales, los principios de la Comunidad, cayendo en restricciones a la libre circulación de personas y a la libertad de establecimiento (en el caso de las personas jurídicas).

A pesar de que la acción de la Comunidad es meramente subsidiaria en este terreno, las Instituciones europeas han mostrado su preocupación por controlar que los sistemas impositivos nacionales sean compatibles entre sí y con los objetivos del Tratado, adoptando ciertas medidas tendentes a corregir las situaciones de discriminación.

Ello no obstante, ha sido la constante labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la que ha resuelto gran parte de los problemas que plantea la carencia de armonización fiscal positiva¹.

De hecho, puede afirmarse que la armonización de los impuestos directos es principalmente una armonización negativa, producto de las decisiones del Tribunal de Justicia, mediante las cuales se ha ido prohibiendo la aplicación práctica de ciertas disposiciones nacionales restrictivas de las libertades fundamentales previstas por el Tratado de la Unión y, por lo general, también discriminatorias².

La resistencia de los Gobiernos nacionales a ceder a la Comunidad una competencia tan importante como la fiscal, sostenida por razones de legitimidad democrática y de respeto al principio de subsidiariedad, “descarga” toda la responsabilidad en el *Tribunal de Luxemburgo*. La ausencia de una normativa armonizadora ha originado una singular actuación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el sentido de que éste se ve en

¹ La armonización positiva es el fruto de las Directivas comunitarias aprobadas por unanimidad.

² Tales decisiones son consecuencia del mecanismo de la cuestión de prejudicialidad que pueden instar los jueces nacionales.

la necesidad de aplicar e interpretar los principios comunitarios en las cuestiones de derecho fiscal que se le plantean. Respuestas jurisprudenciales, que pueden tener para los Estados un efecto más directo e ineludible que algunas Directivas.

2.- La actividad de armonización fiscal en la Constitución Europea, en particular, la aproximación de las legislaciones internas en materia de tributos directos

La armonización fiscal, pese a ser una pieza esencial de la integración europea, no se encuentra expresamente recogida entre los objetivos de la Unión que establece la Constitución Europea. Seguramente, ello se explica por el carácter instrumental de la actividad armonizadora, que no constituye un fin en sí misma, aunque adquiere sin lugar a dudas gran importancia para el funcionamiento de la Unión y, en definitiva, para hacer posible las políticas comunes, procurar ciertas acciones o, en fin, establecer el mercado interior.

Siguiendo criterios anteriores, la Constitución Europea únicamente prevé de forma expresa, en su artículo 171, la armonización de los impuestos indirectos, por la sencilla razón, como ya se ha dicho, de que éstos son los tributos que mayor incidencia pueden tener en los intercambios comerciales³.

Ello no obstante, el artículo 173 dispone que *una ley marco europea del Consejo establecerá las medidas encaminadas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el*

³ El citado artículo dispone que *una ley o una ley marco europea del Consejo establecerá las medidas referentes a la armonización de las legislaciones relativas a los impuestos sobre el volumen de ventas, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos, siempre que esta armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento o funcionamiento del mercado interior y evitar las distorsiones de la competencia. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social.*

establecimiento o el funcionamiento del mercado interior. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social.

Sobre la base del artículo transcrito podrá sostenerse que la actividad de armonización fiscal se extienda también a los impuestos directos, aunque, dicho sea de paso, la Constitución Europea no supone ningún avance en este sentido, puesto que tal posibilidad ya se venía reconociendo con anterioridad, sin que los términos en que se expresa el texto constitucional impliquen una profundización en las atribuciones con relación a este tipo de tributos. Así, la intervención de la Unión sólo se prevé cuando las normas nacionales incidan *directamente* en el correcto funcionamiento del mercado interior, como ya venía sucediendo en el marco del Tratado de la Unión⁴.

Por lo demás, como corresponde en este caso, las disposiciones relativas a la aproximación de las legislaciones fiscales adoptarán la forma de ley marco que, habida cuenta de su configuración, es equiparable a las actuales Directivas, las cuales, como se sabe, necesitan de una ley interna de transposición mediante la que los Estados pueden decidir en más o menos aspectos, según el nivel de armonización alcanzado⁵.

Sin embargo, en esta materia debe advertirse que, a medida que avance la integración europea, especialmente una vez consolidado el mercado interior, resultará necesaria no ya la mera aproximación de los ordenamientos tributarios nacionales, sino la sustitución de las disposiciones internas por una normativa uniforme adoptada a nivel comunitario. Aunque la situación descrita queda, hoy por hoy, muy lejana, algunas de las propuestas doctrinales

⁴ Conviene observar que la Constitución Europea no ha supuesto, en materia fiscal, la superación de la regla de la unanimidad en el Consejo, sino que, a diferencia de otros ámbitos, se ha establecido expresamente dicho requisito para la adopción del acuerdo correspondiente. Asimismo, resulta preceptiva la previa consulta al Parlamento Europeo, lo que puede considerarse como una manifestación de la necesidad de consentimiento del impuesto, que históricamente ha sido la razón que ha fundamentado la reserva de ley en materia tributaria.

⁵ La ley marco se configura como un acto legislativo que vincula a todos los Estados miembros destinatarios en cuanto al resultado a alcanzar, pero que deja a las autoridades nacionales la competencia en cuanto a la forma y los medios.

presagian la existencia en un futuro de un Impuesto sobre Sociedades común en toda la Unión Europea.

3.- Las recientes medidas de armonización de la fiscalidad directa

La armonización de la fiscalidad directa que ha estado durante tiempo limitada a la Directiva matriz-filial, a la Directiva de fusiones y al llamado Convenio de Arbitraje sobre los precios de transferencia, se ha visto incrementada de forma importante mediante la modificación y extensión aplicativa de la citada Directiva matriz-filial, por la propuesta de modificación de la Directiva de fusiones y, finalmente, por la Directiva sobre los pagos de intereses y cánones entre empresas vinculadas.

Todas estas medidas tienen incidencia directa respecto de las regulaciones internas del Impuesto sobre Sociedades y, junto con la “aparición” de la Sociedad europea y las posibilidades que ésta suscita, constituyen un notable avance hacia la creación de un Derecho fiscal europeo de la empresa.

En este sentido, la Comisión ha retomado recientemente la búsqueda de soluciones de conjunto que permitan la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia del Impuesto sobre Sociedades. Así, se ha sugerido la adopción de una base fiscal consolidada para las sociedades transfronterizas –*Common Consolidated Tax Base*- que podría tener una primera aplicación en el caso de la sociedad europea. Este régimen de base imponible común consolidada consistiría en la adopción de reglas comunes para calcular la base de algunas empresas que operaran en diversos Estados miembros. Tales empresas podrían optar por dicha base y tendrían como interlocutor al Estado de su sede central. También, se adoptaría un método común de determinación de las pérdidas deducibles. El tipo de gravamen sería, no obstante, el de cada Estado en el que operase el grupo, por lo que la base deberá dividirse entre los Estados implicados.

Otras propuestas son las siguientes: En el marco de la imposición en el Estado de la sede – *Home State Taxation*-, la sociedad matriz de un grupo multinacional podría adoptar en todos los países en 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 misma legislación que resulta aplicable a las filiales o a los establecimientos situados en el mismo país. La base imponible se dividiría entre los Estados miembros según una fórmula a determinar.

Con referencia a la Sociedad europea se ha llegado a plantear el establecimiento de un Impuesto sobre Sociedades Europeas –*European Union Company Income Tax*-, 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 como sucede en el ámbito del IVA.

Finalmente, otra solución apuntada consiste en la adopción obligatoria de una base imponible armonizada en la Unión Europea, sobre la base de un Código común que reemplazaría los códigos fiscales internos de los Estados miembros en dicha materia.

3.1.- La Directiva 2003/123/CE, de 22 de diciembre de 2003

El 23 de octubre de 2001, la Comisión publicó una 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”. 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, de 23 de julio de 1990. Estas modificaciones fueron introducidas mediante la Directiva 2003/123/CE, de 22 de diciembre de 2003 y se concretan, fundamentalmente, en cuatro aspectos:

- Extensión de las formas societarias contempladas.
- Extensión del régimen a los establecimientos permanentes beneficiarios de dividendos.
- Rebaja del umbral de participación.
- Extensión del método de imputación a las subfiliales.

Antes de abordar los cambios descritos, conviene recordar que constituye el objetivo de la mencionada Directiva el establecimiento de una regulación fiscal común sobre las distribuciones de dividendos entre filial y matriz. La razón por la cual se procedió a esta actuación armonizadora se fundó en el hecho de que en la mayor parte de los Estados miembros se dispensaba a la distribución de dividendos un trato fiscal menos favorable cuando las dos empresas implicadas estaban establecidas en países diferentes que cuando estaban situadas en el mismo Estado. En consecuencia, la cooperación internacional quedaba en una situación desfavorecida en comparación con la cooperación nacional entre empresas, lo que aconsejaba una regulación común al objeto de facilitar el reagrupamiento de empresas.

Las ventajas de la creación de grupos europeos merecían esta actuación, ya que suponen la mejora de la eficiencia por economías de escala; posibilitan la selección del socio más adecuado; disminuyen el nacionalismo económico y favorecen la competitividad de las empresas europeas.

El problema esencial que se producía con relación a los supuestos de matriz-filial situadas en distintos Estados era el de la doble imposición, respecto del cual, la Directiva, dispuso 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.

Sin embargo, con estas medidas no se eliminaron todos los problemas de doble imposición ni daban solución a todos los problemas que se suscitaban en esta materia. En consecuencia, ha sido necesario introducir las modificaciones anteriormente apuntadas.

En primer lugar, la lista de las sociedades cualificadas contempladas por la Directiva que, en ciertos Estados, estaba limitada a las sociedades de capital y en su caso a los organismos de Derecho público ha sido ampliada 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 ahorro. Numerosos Estados miembros han extendido la aplicación de la Directiva a todas las entidades constituidas conforme a su Derecho y sujetas al Impuesto sobre Sociedades, Asimismo, se ha incluido en la lista la Sociedad europea.

En segundo lugar, se ha extendido la aplicación 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 residentes⁶.

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.

⁶ C-307/97, Saint-Gobain, Sentencia de 21 de septiembre de 1999.

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, sin embargo, 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 establecimiento.
- 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 filial.

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 extranjera⁷.

También se ocupa la Directiva de introducir 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 interno. Esta definición excluirá por ejemplo los establecimientos permanentes que se limitan a actividades preparatorias o auxiliares, puesto que no se sujetan al impuesto⁸.

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

⁷ La misma situación existe en aplicación de la Directiva 2003/49/CE sobre intereses y cánones. De otra parte, conviene indicar que 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.

⁸ Esta exclusión también se produce en el marco de los Convenios para evitar la Doble Imposición.

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 dividendos 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 Directiva.

Esta opinión ha sido admitida por el Comité Económico y Social en un dictamen de 29 de octubre de 2003.

En tercer lugar, el umbral de participación necesaria se ha rebajado aunque de forma escalonada. Así, será del 20% a partir de la fecha de entrada en vigor de la Directiva, esto es, el 1 de enero de 2005; más adelante, el 1 de enero de 2007, será del 15% y, finalmente, del 10% , el 1 de enero de 2009.

Ello no obstante, 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 la retención en la fuente.

Subsisten algunas cuestiones sin resolver a las que los Estados miembros dan respuestas divergentes en el orden interno. En particular, si es necesario que la participación se ostente a título de propietario o bastaría ser usufructuario; si cabe computar en el umbral las participaciones poseídas indirectamente o si el beneficiario de los dividendos debe ser el beneficiario último.

Finalmente, entre las modificaciones se ha incluido la extensión del método de imputación a las subfiliales. En el sistema inicial, los dividendos pagados por una subfilial y redistribuidos por la filial a la sociedad matriz no quedaban exentos ni se beneficiaban 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 Estado de la exención o imputación.

Esta situación se consideró contraria al objeto de la Directiva y, en consecuencia, ahora 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 el requisito de que en cada nivel la sociedad y su subfilial cumplan las condiciones de la Directiva y, en particular, las referidas al umbral.

3.2.- Propuesta de extensión de la Directiva del Consejo de 23 de julio de 1990, sobre el régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones de sociedades de Estados miembros diferentes⁹

Las propuestas de modificación de la Directiva relativa a las fusiones de empresas, resultan de los estudios emprendidos por la Comisión con el objeto de examinar las disposiciones fiscales que causan obstáculos a las actividades transfronterizas en el mercado interior.

Dichas modificaciones se concretan sustancialmente en las que siguen:

- Ampliación del ámbito de aplicación¹⁰: se añade una nueva operación definida como escisión parcial, esto es, 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

⁹ Com. 2003/613 final, de 17 de octubre de 2003.

¹⁰ La Directiva se aplica actualmente a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje 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 social 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.

que no exceda del 10% del valor nominal o del equivalente contable de los títulos. Asimismo, el ámbito subjetivo de aplicación se extiende a otras formas de sociedades distintas a las actualmente previstas. Ello no obstante, no se ha propuesto extender la Directiva de forma general a todas las sociedades sujetas al Impuesto sobre Sociedades. Si se incluyen expresamente, la Sociedad europea y la Sociedad cooperativa europea.

- La participación de la sociedad beneficiaria en la sociedad aportante, se fija en el 10%.
- Aplicación de la Directiva a los supuestos de transformación de sucursal en filial.
- Adopción de medidas para evitar la posible doble imposición con motivo de la aportación de activos o en los supuestos de canje de acciones. En particular, se propone suprimir la valoración de los títulos por su valor antiguo y admitir el valor en el momento de la aportación o el atribuido como consecuencia del canje.
- Traslado de la sede de una Sociedad europea o de una Sociedad cooperativa europea: Dichos traslados se efectuarán sin imposición de las 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.

3.3.- La 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

La Directiva opta por el gravamen de los intereses y cánones en el Estado de residencia y la supresión de la imposición en el Estado de origen, sean los pagos de sociedades de Estados miembros o de establecimientos permanentes de sociedades de Estados miembros. Esta medida se justifica porque, en ausencia de la misma, la eliminación de la doble imposición no quedaba asegurada, mientras que las empresas estaban sometidas a cargas

administrativas y problemas de tesorería. En su consecuencia, las operaciones internacionales quedaban en desventaja con respecto a las operaciones nacionales.

Los intereses se definen como las rentas de créditos de todo tipo, garantizados o no por una hipoteca y aparejados o no a 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 tardíos.

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 asociados a un derecho del acreedor de cambiar su derecho al interés por un derecho en la participación de los beneficios del deudor.
- Los pagos de intereses sobre créditos que no prevean el reembolso del principal o lo prevean transcurridos más de 50 años desde la emisión.

La Directiva no se pronuncia acerca de los intereses susceptibles de ser recalificados en dividendos, pese a que existen pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con relación a esta cuestión. Según el mencionado Tribunal la recalificación es, en principio, contraria al Tratado de la Unión, pero se desprende que, para el caso de su consideración como dividendos, ha de procederse a la aplicación de la Directiva matriz-filial.

La Directiva contiene una lista tipo de las sociedades que se contemplan, por lo general las sociedades de capital, 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.

Dos sociedades se consideran asociadas si están unidas por una participación del 25% entre ellas o con respecto a una sociedad tercera. A estos efectos, sólo se computan las participaciones directas¹¹.

Se exige suplementariamente la cualidad de beneficiario efectivo. Es decir, 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. Por su parte, 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 correspondiente al establecimiento, Se prevé, además, que si un establecimiento es tratado como pagador o beneficiario efectivo, ninguna otra parte de la sociedad será tratada así.

3.4.- La Sociedad europea

El 8 de octubre de 2004 entró en vigor el Reglamento por el que se aprueba el estatuto de la sociedad anónima europea.

Tal tipo de sociedad puede ser creada por transformación, por fusión, por constitución de *holding* o por constitución de filial. No puede, en cambio, crearse *ex nihilo*.

Hay que advertir que el mencionado Reglamento no contiene ninguna disposición fiscal, de forma que las cuestiones que en esta materia se susciten habrán de resolverse a la luz de las disposiciones existentes con carácter general, aunque, en algunos aspectos, sería

¹¹ Cabe esperar que la participación exigida se reduzca progresivamente al 10%, como sucede para la aplicación de la Directiva matriz-filial.

recomendable que se adoptaran las medidas necesaria para contemplar expresamente esta nueva forma jurídica.

Ello no obstante, desde otro punto de vista, la creación de la sociedad europea constituye una ocasión para iniciar a nivel comunitario la tarea de establecer una regulación común y uniforme relativa al Impuesto sobre Sociedades, como ya se ha apuntado anteriormente.

El reto es complejo y difícil, pero algunas cuestiones requieren que sean abordadas sin excesiva demora si se quiere consolidar el mercado interior, incrementar la competitividad de las empresas europeas y favorecer la reagrupación empresarial.

En este orden de consideraciones, las legislaciones internas presentan aun notables diferencias en cuestiones tan esenciales como son los mecanismos para evitar la doble imposición, la deducibilidad de las pérdidas producidas en el extranjero, el gravamen de las plusvalías, realizadas o no, con ocasión del traslado de la sede de dirección o el régimen de tributación de la distribución del capital en caso de disolución.

4.- La labor armonizadora del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con relación al Impuesto sobre Sociedades

Como se ha indicado, es conocida la firme voluntad que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene en analizar la normativa estatal en materia de imposición directa a los efectos de declarar su posible incompatibilidad con el Derecho comunitario y expulsar de esta forma, de los ordenamientos tributarios internos, aquellas normas que por su discriminación afecten a las exigencias comunitarias en torno a la construcción del mercado interior¹².

¹² En el Derecho comunitario, la discriminación consiste en aplicar normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes. El TJCE, atendiendo a la formulación del principio de no discriminación analiza su existencia considerando: a) la verificación de que existe un tratamiento diferenciado entre dos grupos de entidades; b) delimitando la existencia de situaciones

La proyección de las exigencias comunitarias sobre la imposición directa no afectan al sistema tributario en su conjunto, sino sólo a aquellos aspectos que pueden incidir en la consecución de los objetivos comunitarios. De ahí que se formule el principio de no discriminación en sentido limitado, excluyendo las situaciones puramente internas de la acción directa del Derecho comunitario.

Este alcance parcial del Derecho comunitario conlleva que las normas tributarias afectadas incidan de forma negativa sólo en determinadas circunstancias, si bien es cierto que la declaración de incompatibilidad con dicho Derecho origina la reforma genérica del alcance de la norma concernida y de los efectos que ésta produce, y lo hace para mantener la coherencia general del sistema tributario.

De ahí, que podamos afirmar que la acción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea no ha sido, ni es, pacífica en la comunidad tributaria internacional, pero ha supuesto, en ausencia de armonización expresa en el ámbito que nos ocupa, una importantísima aportación en orden a la configuración de un régimen fiscal que facilite la creación de empresas en el mercado interior y de cumplimiento a los principios de neutralidad, no discriminación y libre establecimiento.

En el marco de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cabe destacar las que hacen referencia a la posibilidad de compensar pérdidas y ganancias entre la sociedad matriz y sus filiales, sucursales o establecimientos permanentes, así como las que permiten la deducibilidad de los intereses de préstamos intersocietarios o las que propugnan la aplicación de beneficios y ventajas fiscales a las sociedades no residentes en las mismas condiciones que se exigen y aplican para las sociedades residentes¹³.

que sean comparables o similares.

¹³ Son varias las Sentencias en las que se sostiene que la inaplicación de beneficios fiscales a los no residentes es contraria a la prohibición de discriminación basada en la nacionalidad y a la libertad de establecimiento.

En un futuro, toda esta jurisprudencia que emana del Tribunal de Justicia deberá configurarse como Derecho positivo obligatorio en los distintos Estados miembros, como consecuencia del proceso de integración económica y política que está viviendo la Unión Europea.