UNIVERSIDAD DE JAÉN

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL, DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

TESIS DOCTORAL

LA ARMONIZACIÓN FISCAL EN MATERIA DE SOCIEDADES EN LA UNIÓN EUROPEA

PRESENTADA POR:
FRANCISCO JESÚS MARTÍNEZ JIMÉNEZ

DIRIGIDA POR:
DR. D. CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR

JAÉN, 22 DE ENERO DE 2019

ISBN 978-84-9159-244-0

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS 8

TABLA DE ABREVIATURAS 9

INTRODUCCIÓN 11

CAPÍTULO 1: LA ARMONIZACIÓN FISCAL A LA LUZ DE LAS LIBERTADES DE LA UE..... 19

1. LA VISIÓN DEL DERECHO MERCANTIL SOBRE EL CONCEPTO DE SOCIEDAD COMO PRESUPUESTO PREVIO AL ESTUDIO DE SU ARMONIZACIÓN FISCAL.. 19

2. EL NECESARIO REFERENTE CONSTITUCIONAL-TRIBUTARIO EN EL ANÁLISIS EUROPEO E INTERNACIONAL DE LA FISCALIDAD SOCIETARIA. 22

3. VISIÓN GENERAL DEL CONCEPTO DE ARMONIZACIÓN FISCAL 25

4. ANTECEDENTES DE LA ARMONIZACIÓN 27

4.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES A LA ARMONIZACION FISCAL 27

4.2. EL CAMINO HACIA LA ARMONIZACIÓN FISCAL. 29

4.3. CONTEXTUALIZACIÓN DE LAS DIRECTIVAS FISCALES DE LA UE. 34

4.4. EL PRINCIPIO DE UNANIMIDAD COMO LÍMITE A LA PRODUCCIÓN NORMATIVA EUROPEA. 36

5. LIBERTADES DE LA UNIÓN EUROPEA. 39

5.1. ELEMENTOS GENERALES DE LAS LIBERTADES DE LA UE. 39

5.2. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA NACIONALIDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE JUSTICIA TRIBUTARIA EUROPEA. 40

5.2.1. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE. 43

5.2.2. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS SOCIEDADES FILIALES. 49

5.2.3. LA JURISPRUDENCIA EUROPEA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN. 51

5.3. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS. 53

5.4. LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. 57

5.5. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE CAPITALES Y PAGOS. 59

5.6. POSIBLES VIOLACIONES A LAS LIBERTADES DE LA UE POR LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN. 61

5.7. CONSIDERACIONES GLOBALES A LAS LIBERTADES DE LA UNIÓN EUROPEA. 63

6. LA REPERCUSIÓN DE LA IDEA DE SOBERANÍA EN MATERIA FISCAL. 65

7. LA PERPESTIVA CONSTITUCIONAL-TRIBUTARIA ANTE LAS LIBERTADES DE LA UNIÓN EUROPEA. 75
7.1. PRINCIPIO DE GENERALIDAD. 75
7.2. PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONOMICA. 77
7.3. PRINCIPIO DE IGUALDAD. 80
7.4. PRINCIPIO DE PROGESIVIDAD. 82
7.5. PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD. 83
7.6. EL DERECHO DE PROPIEDAD ANTE EL PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD EN MATERIA TRIBUTARIA. 85
7.7. EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. 91
CAPÍTULO 2: LOS PROBLEMAS FISCALES INTERNACIONALES EN MATERIA DE SOCIEDADES 99
1. EL CONCEPTO DE DOBLE IMPOSICIÓN. 99
2. TIPOS DE DOBLE IMPOSICIÓN. 100
2.1. LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNA Y LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL. 100
2.2. CONCEPTO DE DOBLE NO IMPOSICIÓN. 101
3. LA PROBLEMÁTICA DEL SIGNIFICADO DE LOS TÉRMINOS. 103
4. CONSIDERACIONES A LA SUJECIÓN IMPOSITIVA INTERNACIONAL. 106
5. LAS DISTORSIONES GENERADAS POR LA GLOBALIZACIÓN EN EL DERECHO TRIBUTARIO. 111
6. CONCEPTO DE PARAÍSOS FISCALES. 115
7. LAS ACCIONES BEPS. 117
8. CONCEPTO DE PLANIFICACIÓN FISCAL. 122
8.1. VARIABLES DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL. 122
8.2. LEGITIMACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN. 126
9. CONTABILIDAD vs DECLARACIONES TRIBUTARIAS. 130
10. LA COMPETENCIA FISCAL LESIVA. 133
11. TAX RULINGS. CONCEPTO. 139
12. CONCEPTO DE AYUDAS DE ESTADO. 141
12.1. CONCEPTO LEGAL. 141
12.2. CONCEPTO JURISPRUDENCIAL. 143
12.3. CONCEPTO PARA LA COMISIÓN EUROPEA. 144
12.4. CONCEPTO DOCTRINAL. 145
12.5. LA RECUPERACIÓN DE LAS AYUDAS DE ESTADO. 146

12.5.1. DESDE LA NORMATIVA EUROPEA. 146

12.5.2. DESDE LA NORMATIVA ESPAÑOLA. 147

12.5.3. EXCEPCIONES PARA LA RECUPERACIÓN. 147

13. PERSPECTIVA INTERNACIONAL DEL IMPUESTO DE SOCIEDADES ACTUAL. 148

13.1. LA MIMORACIÓN DE LA TRIBUTACIÓN EN EL ESTADO DE LA FUENTE DE LOS BENEFICIOS DE LAS ENTIDADES. 157

13.2. LA TRIBUTACIÓN DE LA CIRCULACIÓN Y LA DITRIBUCIÓN DE BENEFICIOS EN EL ESTADO DE LA FUENTE. 158

13.3. LA TRIBUTACION EN EL ESTADO DE RESIDENCIA DE LA SOCIEDAD DOMINANTE O *HOLDING*. 160

13.4. LA PERSPECTIVA DE LA FALTA DE ARMONIZACIÓN. 161

13.5. CONCEPTO DE ABUSO. PERÍMETRO EN NEGATIVO. 166

CAPITULO 3: EVOLUCIÓN DE LOS TRABAJOS EN LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN A LA BASE IMPONIBLE EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. 173

1. FINES DE LAS PROPUESTAS DE BASE IMPONIBLE COMÚN Y BASE IMPONIBLE CONSOLIDADA COMÚN DEL IMPUESTO DE SOCIEDADES. 173

2. CONSIDERACIONES PREVIAS AL ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS DE BASES IMPONIBLES. 175

3. ANÁLISIS DIFERENCIAL ENTRE LAS PROPUESTAS DE DIRECTIVA Y EL IMPUESTO DE SOCIEDADES ESPAÑOL. 178

3.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA BICIS Y BICCIS. 178

3.2. PRINCIPIO DE DEVENGO, PERIODIFICACIÓN, CUANTIFICACIÓN Y EL *EXIT TAX* DESDE LA PERSPECTIVA DE LA BICIS. 180

3.3. DETERMINACINACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE COMÚN DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. 182

3.3.1. CONSIDERACIONES SOBRE LOS INGRESOS EXENTOS. 183

3.3.2. CONSDERACIONES SOBRE LOS GASTOS DEDUCIBLES. 184

3.3.2.1. LA SOBRE DEDUCCIÓN DE LOS GASTOS EN I+D. 184

3.3.2.2. ESPECIAL ATENCIÓN A LOS GASTOS POR AMORTIZACIÓN. 185

3.3.2.3. EL REQUISITO DE INTERÉS DIRECTO EN LOS GASTOS DEDUCIBLES EN LA BICIS. 187

3.3.3. CONSIDERACIONES DE LOS GASTOS NO DEDUCIBLES. CON ESPECIAL ATENCIÓN A LA LIMITACIÓN A LA DEDUCIBILIDAD DE LOS INTERESES. 188

3.3.4. EL TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LA COMPENSACIÓN DE LAS BASES IMPONIBLES NEGATIVAS. 189

3.3.5. LA CLÁUSULA DE INVERSIÓN COMO NOVEDAD EN LA BICIS. 191

3.3.6. LA TRIBUTACIÓN DE LAS OPERACIONES VINCULADAS. 192

3.4. LA DEFINICIÓN DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE A EFECTOS FISCALES EN LA PROPUESTA DE BASE COMÚN. 193

3.4.1. CONCEPTO DE EMPLAZAMIENTO FIJO EN LA DEFINICIÓN DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE. 195

3.4.2. EL CONCEPTO DE AGENTE DEPENDIENTE EN LA DEFINICIÓN DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE. 196

3.5. CONSIDERACIONES A LA BASE IMPONIBLE CONSOLIDADA COMÚN DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. 197

3.5.1. ASPECTOS RELEVANTES DE LA BICCIS. 197

3.5.2. DETERMINACIÓN DE LAS FILIALES CONSOLIDABLES EN EL PERÍMETRO DE CONSOLIDACIÓN. 199

3.5.3. LA CONSTITUCIÓN DEL GRUPO FISCAL CONSOLIDADO. 204

3.5.4. IDENTIFICACIÓN DEL CONTRIBUYENTE PRINCIPAL. 216

4. LAS MEDIDAS ANTI-ABUSO RECOGIDAS EN LAS PORPUESTAS DE BASES IMPONIBLES. 220

4.1. CLÁUSULA GENERAL ANTI-ABUSO DE LA BASE IMPONIBLE COMÚN. 220

4.2. LA MEDIDA ANTI-ABUSO SOBRE LAS ASIMETRÍAS HÍBRIDAS DE LA BASE IMPONIBLE COMÚN. 221

5. CONSIDERACIONES AL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE LA BICIS. 223

6. ARMONIZACIÓN FISCAL VS APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES EN OPERACIONES EXTRACOMUNITARIAS. 224

CAPITULO 4: LA ARMONIZACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL DE LAS FUSIONES, ESCISIONES, APORTACIONES DE ACTIVOS, CANJE DE VALORES Y CAMBIO DE DOMICILIO SOCIAL. 235

1. OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA FISCAL DE FUSIONES. 235

2. LA INCIDENCIA DEL DERECHO MERCANTIL EN LAS OPERACIONES SOCIETARIAS Y DE REESTRUCTURACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA. 239

2.1. EL CONCEPTO DE FUSIONES. 239

2.2. EL CONCEPTO DE ESCISIONES. 244

2.3. EL CONCEPTO DE APORTACIONES DE ACTIVOS. 249

2.4. EL CONCEPTO DE CANJE DE ACCIONES. 255

2.5. LA DIFERENCIACIÓN ENTRE EL DERECHO A LAS GANANCIAS CONTRA EL DERECHO AL DIVIDENDO. 256

2.6. EL CONCEPTO DE SOCIEDAD EUROPEA. 259

2.7. LA DIRECTIVA 2005/56/CE Y SU INCIDENCIA EN LAS FUSIONES TRANSFRONTERIZAS Y EN LOS TRASLADOS DE SEDE SOCIAL A OTRA JURISDICCIÓN. 260

3. ANÁLISIS DE LAS REPERCUSIONES DE LA DIRECTIVA FISCAL DE FUSIONES SEGÚN LA OPERACIÓN. 268

3.1. OPERACIONES DE FUSIÓN, ESCISIÓN Y APORTACIÓN DE ACTIVOS. ... 268

3.2. OPERACIONES DE ANULACIÓN DE PARTICIPACIONES. 269

3.3. OPERACIÓN DE CANJE DE ACCIONES. 271

3.4. APORTACIONES DE ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES. 272

3.5. TRASLADOS DE DOMICILIO SOCIAL..... 275

3.6. LAS INCIDENCIAS DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL. 278

3.7. OTROS FACTORES QUE INFLUYEN EN LAS OPERACIONES TRANSFRONTERIZAS..... 279

3.8. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA DIRECTIVA FISCAL DE FUSIONES..... 289

3.9. LOS REQUISITOS MATERIALES PARA LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA FISCAL DE FUSIONES..... 291

3.10. LAS MEDIDAS PARA APLICAR EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD FISCAL DE LA DIRECTIVA FISCAL DE FUSIONES. 294

3.10.1. EL MÉTODO DE DIFERIMIENTO. 294

3.10.2. EL MÉTODO DE EXENCIÓN. 295

3.10.3. LOS MÉTODOS *TAX SPARING* Y DE LA IMPUTACIÓN. 296

4. LAS MEDIDAS ANTI-ABUSO QUE SE CONTEMPLAN EN LA DIRECTIVA FISCAL DE FUSIONES..... 297

5. CONSIDERACIONES A LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DIRECTIVA FISCAL DE FUSIONES. 306

6. DIRECTIVA FISCAL DE FUSIONES FRENTE AL MODELO DE CONVENIO DE LA OCDE..... 307

CAPITULO 5: LA ARMONIZACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL DE SOCIEDADES MATRICES Y FILIALES. 312

1. ORIGEN Y OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA MATRIZ-FILIAL. 312

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA MATRIZ-FILIAL. 313

2.1. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN. 313

2.2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN..... 315

2.3. REQUISITOS DE PARTICIPACIÓN PARA LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA. 317

2.4. LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS DE LA DIRECTIVA MATRIZ-FILIAL. 319

3. LA DETERMINACIÓN DE LOS DIVIDENDOS EN LA DIRECTIVA MATRIZ-FILIAL. 323

4. INCIDENCIAS DE LAS DIRECTIVAS DE INTERESES Y CÁNONES EN LAS OPERACIONES MATRIZ-FILIAL. 328
4.1. EL CONCEPTO DE BENEFICIARIO EFECTIVO. 328
4.2. EL CONCEPTO DE INTERESES. 330
4.3. EL RÉGIMEN DE LOS CÁNONES. 336
5. LAS CONSECUENCIAS DE LA SUBCAPITALIZACIÓN EN LAS OPERACIONES MATRIZ-FILIAL 338
6. LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA LA INVERSIÓN POR PARTE DE UNA SOCIEDAD MATRIZ. 344
6.1. CONSIDERACIONES PREVIAS A LA INVERSIÓN Y FINANCIACIÓN INICIAL. 344
6.2. INVERSIÓN POR SUCURSAL –ESTABLECIMIENTO PERMANENTE–, FILIAL O FORMAS ASOCIATIVAS. 345
6.3. INVERSIÓN POR SOCIEDAD *HOLDING*. 346
6.4. INVERSIÓN POR SOCIEDAD FINANCIERA. 347
6.5. INVERSIÓN POR SOCIEDAD DE EXPLOTACIÓN DE ACTIVOS INTANGIBLES. 349
6.6. LA FINANCIACIÓN DE LA INVERSIÓN. 349
6.7. LA DESINVERSIÓN. 352
7. ¿LA CLÁUSULA ANTI-ABUSO RECOGIDA EN LA DIRECTIVA MATRIZ-FILIAL? 353
7.1. CONSIDERACIONES AL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL. 353
7.2. EL USO DE LOS INSTRUMENTOS HÍBRIDOS EN LAS OPERACIONES MATRIZ-FILIAL 355
7.3. CONSIDERACIONES A LAS OPERACIONES VINCULADAS Y A LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA. 359
CAPITULO 6: LA ARMONIZACIÓN DE LA IMPOSICIÓN INDIRECTA EN LA CONCENTRACIÓN DE CAPITALES. 363
1. CONSIDERACIONES PREVIAS, OBJETO Y ÁMBITO DE APLIACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE LA CONCENTRACIÓN DE CAPITALES. 363
2. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES A LA LUZ DE LA DIRECTIVA SOBRE LA CONCENTRACIÓN DE CAPITALES 364
3. EL DERECHO DE LA UE EN LOS ORDENAMIENTOS TRIBUTARIOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS. ESPECIAL ANTENCIÓN AL CASO ESPAÑOL EN LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE LA CONCENTRACIÓN DE CAPITALES. 366

4. ESPECIAL RELACIÓN CON LA DIRECTIVA FISCAL DE FUSIONES A LA LUZ DE LAS EXCEPCIONES AL GRAVAMEN DENTRO DEL MARCO DE LA NORMATIVA DE LA UE. 369

CONCLUSIONES 373

RELACION DE JURISPRUDENCIA 379

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 379

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA Y EN SU MOMENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. 380

OTRA JURISPRUDENCIA. 386

BIBLIOGRAFIA 387

AGRADECIMIENTOS

Dice el refranero popular español que es de bien nacido ser agradecido, por ello, no quiero perder la oportunidad en dedicar unas líneas, aunque breves, pero necesarias, en la culminación de este trabajo.

Hablar de este trabajo es referirnos a mi maestro y a sus lecciones, ya que tengo la suerte de contar como tal al Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Jaén, pero no puedo dejar de decir que mi Director de tesis me ha enseñado, por suerte, a aprender nuevos valores y, además, de convertirse en una parte fundamental de mi transformación. Dicho cambio se basa en esa posibilidad de alcanzar los estudios de doctorado. Por todo, ¡gracias Profesor López Espadafor!

Quedaría a medias sólo agradecer a mi maestro, en contra tengo que decir que terminé de llorar por el sol y eso me hizo ver las estrellas. He conseguido darme cuenta, con esta tesis, que cuento con una familia que me apoya y que aprecia mi sacrificio. A ellos, ¡gracias! Sois tan parte de esta investigación como yo.

Si bien es cierto que otro aspecto importante de mi persona es que tengo en mis recuerdos a los que ya no están, porque son aquellas estrellas que me guían y por eso les tengo que agradecer y recordar, y ante ello como decía Antonio Machado «todo necio confunde valor y precio». En consecuencia, olvidarme de vosotras, mis estrellas, sería olvidar el valor que me dais cada día y ofrecer un mal precio a vosotras que no pedís nada.

Para ser sincero se quedan muchas personas sin poder agradecerles su ayuda o su consejo, pero eso no quiere decir que no lo esté con todos vosotros. Terminando estas líneas, debo dar las gracias a esas personas, tanto de Barcelona como de mi tierra, que me acogieron durante este tiempo y de las que he recibido, recibo y recibiré, puesto que me han acompañado a alcanzar esta meta.

¡Perdonen que no se lo lea!

TABLA DE ABREVIATURAS

APA	Advance Pricing Arrangements.
ATAD	Anti-Tax Avoidance Directive.
ATR	Advance Tax Rulings.
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting.
BICIS	Base Imponible Común del Impuesto sobre Sociedades.
BICCIS	Base Imponible Consolidad Común del Impuesto sobre Sociedades.
BV	Besloten Vennootschap.
CDI	Convenio para la Doble Imposición.
CE	Comunidad Europea.
CEE	Comunidad Económica Europea.
CFC	Controlled Foreign Corporation.
ECOFIN	Economic and Financial Affairs Council.
EEE	Espacio Económico Europeo.
EP	Establecimiento Permanente.
ETVE	Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros Españolas.
EU	European Union.
GAAR	General Anti-Abuse Rule.
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
IRNR	Impuesto sobre la Renta de los No Residentes.
IS	Impuesto sobre Sociedades.
LFN	Letter of Formal Notice.
LGT	Ley General Tributaria.
LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades.
LME	Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

LSC	Ley de Sociedades de Capital.
MCOCDE	Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
REIT	Real Estate Investment Trust.
RO	Reasoned Opinion.
SA	Sociedad Anónima.
SAE	Sociedad Anónima Europea.
SCE	Sociedad Cooperativa Europea.
SICAV	Sociedades de Inversión de Capital Variable.
SL	Sociedad Limitada.
SOCIMI	Sociedades anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TC	Tribunal Constitucional.
TCE	Tribunal de las Comunidades Europeas.
TFI	Transparencia Fiscal Internacional.
TFUE	Tratado Fundacional de la Unión Europea.
TS	Tribunal Supremo.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TUE	Tratado de la Unión Europea.
UE	Unión Europea.
US	United States of America.

INTRODUCCIÓN

Investigar la fiscalidad de las sociedades en la UE conlleva previa y necesariamente asentar una serie de conceptos mercantiles que le sirven de base y, al mismo tiempo, se trata de una materia donde lo fiscal-europeo pretende rebasar lo fiscal-constitucional. Desde una perspectiva en gran medida interdisciplinar intentaremos dar solución a toda esta problemática.

La armonización fiscal en materia de sociedades en la Unión Europea puede plantearse como un objetivo a alcanzar por los Estados miembros, no sólo por la necesidad de crear un Mercado Interno Europeo sin obstáculos fiscales, sino para que se genere una situación que dé lugar a una sinergia entre los mismos Estados, estableciendo la mayor seguridad jurídica posible para los agentes económicos, y para contrarrestar los efectos negativos de la creciente globalización en la que llevamos años inmersos. Esta situación de globalización, a nivel económico, viene afectando a la capacidad de los Estados, limitando de forma sustantiva su poder tributario, a la hora de constituir sus impuestos, es decir, se limita la capacidad del Estado en exigir la contribución de sus contribuyentes. Por lo anterior estaremos ante un fenómeno que desencadena transformaciones de las características esenciales de los sistemas tributarios, o dicho de otra forma, veremos cambios en el modo de la gestión tributaria como en los principios que constituyen tales sistemas.

A nuestro entender los efectos que tiene en el sistema tributario la globalización lo identificamos para poner de manifiesto y señalar, en el transcurso de este trabajo, que una de las herramientas para contrarrestar dichos efectos es una armonización realmente efectiva y de mayor alcance, sobre todo en los aspectos internacionales de los impuestos dentro del ámbito de la Unión Europea. Ya que, podemos apreciar la influencia que viene ejerciendo la globalización en la política fiscal de los Estados, que ha ido provocando una notable internacionalización del Derecho tributario en su conjunto. Desde nuestro punto de vista, debemos tener claro que el Derecho financiero y tributario se trata de un Derecho que afecta en el ámbito internacional, pero que además se ve afectado por los efectos externos, que influyen en la imposición y, por tanto, en la configuración de los impuestos, de forma que tendremos que analizar los principios justicia tributaria como las fuentes de Derecho financiero y tributario.

Esta influencia a la que se ven sometidas la mayor parte de los Estados va a generar extensiones sustanciales en materia tributaria. Es decir, la globalización dificultará, por un lado, la determinación de las bases imponibles de las sociedades, por el aumento de la homogeneización de los métodos de producción que, a su vez, generará una compleja

circunstancia para identificar el origen de las rentas. Dicho en otras palabras, los contribuyentes buscarán la forma de ahorrar en costes y de mejorar la eficiencia productiva, utilizando métodos de producción en cadena radicada en diferentes Estados, o empleando determinadas operaciones de comercio electrónico –las llamadas *global trading operations*– que, en definitiva, generan esa compleja situación a la hora de determinar la base imponible de dichas sociedades. A ello hay que sumar el amplio margen de maniobra que tienen los contribuyentes integrantes de grupos de empresas multinacionales para transferir bases imponibles de un lugar a otro del mundo –*tax base shifting*–. Y por otro lado, sabemos que la globalización también ha situado la fiscalidad entre los factores que más influencia ejerce sobre los operadores económicos a la hora de tomar decisiones sobre el lugar de localización de sus inversiones financieras y productivas. Por tanto, dicha influencia ha provocado que la política tributaria de los diferentes Estados sea condicionada por aspectos económicos, dicho de otro modo, diremos que determinadas jurisdicciones, tanto europeas o como internacionales, intentan atraer a grandes contribuyentes, multinacionales o grandes patrimonios, estableciendo una cuota impositiva más baja que en su Estado de origen. A este respecto, se tiene que afirmar que la configuración de los Sistemas tributarios de la UE deben basarse en los principios constitucionales tributarios que generen una correcta competitividad de los agentes económicos, que a su vez genere una eficiencia en el mercado de la Unión, basada esos principios de libertad de transacciones y de capitales.

Para el estudio que queremos plantear nos basaremos en analizar la doctrina española como la doctrina internacional, como aquella jurisprudencia española en materia tributaria como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este análisis intentaremos dar respuesta a nuestra investigación de fundamentar una armonización fiscal en la UE. Todo ello, se basará en opiniones de autores del ámbito de la fiscalidad, tanto española como internacional, pero además, deberemos analizar las opiniones doctrinales del Derecho mercantil y del Derecho constitucional que inciden en la fiscalidad, para sustentar nuestras opiniones. Es decir, una vez más, planteamos que hablar de la imposición de las sociedades europeas se respalda en conceptos mercantiles y constitucionales, que a la vez sustentan el Derecho financiero y tributario, creando aspectos fiscales-mercantiles y fiscales-constitucionales. Por tanto, y en base a lo anterior, la única manera de intentar plantear una investigación que dé una solución a las distintas dificultades a las que se enfrenta la armonización fiscal europea, es mediante un estudio interdisciplinar.

En consecuencia, lo que se pretende con esta puesta en situación, es manifestar la transformaciones que han experimentado los principios del Derecho constitucional tributario,

también conocidos como principios de justicia tributaria –principios de generalidad, capacidad económica, igualdad, progresividad y no confiscatoriedad– como consecuencia de las injerencias que origina la globalización en los comportamientos de los contribuyentes y en las políticas fiscales de los Estados, limitando los objetivos de dichos principios. Es decir, vemos que tal transformación de dichos principios es lo relevante, ya que incide en el correcto funcionamiento del sistema tributario y del propio Derecho tributario, tanto a nivel nacional como internacional.

Tomando en cuenta esta consideración, el alcanzar el objetivo de armonización fiscal europea, desde nuestro punto de vista, deberá partir del Derecho constitucional de los Estados miembros e incluir el objetivo rector del Derecho financiero y tributario, «la redistribución de la riqueza». Dicho objetivo se contempla en el artículo 131 de la Constitución Española en su apartado 1 *in fine*, en relación a la renta y la riqueza, donde se proclama «su más justa distribución». Esa base constitucional que señalamos hará que un Estado social y democrático de Derecho, como los que forman parte de la UE, deban de articular una redistribución de la riqueza de acuerdo con los ingresos que espera obtener y gestionando el gasto público, mediante las aportaciones de los sujetos en base a su capacidad económica. De este modo, mostramos la verdadera función del Derecho financiero y tributario, que no es otra que presentarse como la articulación jurídica de la redistribución de la riqueza. Entrando en detalle y tomando como base nuestra propia constitución en su apartado primero del artículo 31, como punto más destacable es que nuestro sistema tributario no tiene y ni puede tener un alcance confiscatorio. Y partir de este principio se establece el deber contribuir a partir de la capacidad económica del contribuyente, debiéndose configurar el sistema tributario dentro de los parámetros de la generalidad, la igualdad y la progresividad. En consecuencia, podemos definir dicho Derecho financiero y tributario como un Derecho transversal, que por analogía, utilizará aquellos principios del resto de ramas del Derecho, que permita la más justa distribución de la riqueza, entre todos los contribuyentes, sin llegar a confiscar su riqueza, aportando al sostenimiento del Estado social y democrático de Derecho, en igualdad de condiciones que sus semejantes y en base a su riqueza, sabiendo que si ésta crece, deberá crecer su aportación.

Por otra parte, como señala *LÓPEZ ESPADAFOR* al decirnos que no podemos olvidar que en ocasiones el legislador, con los impuestos, no persigue la finalidad más directa, la de recaudar ingresos para hacer frente a los gastos públicos, sino el incidir sobre ciertos comportamientos del ciudadano, de forma que la carga económica del impuesto frente a tales comportamientos, establezca en el ciudadano un límite o una reducción de éstos para evitar, en

la medida de lo posible, la citada carga económica que supondrían. Se trata de comportamientos cuya limitación debe encontrar amparo en algún precepto de la Constitución [(1)].

Esta base, como análisis primerizo de nuestro Derecho interno y entendiendo sus finalidades expuestas, nos hace pensar que una armonización fiscal a nivel europeo no tendría conflicto alguno con la norma interna, ya que manteniendo estos principios y sus límites estaríamos ante una legitimación a nivel constitucional español. Es arriesgado, argumentar dicha situación, pero necesaria si se quiere ir más allá como europeos, ya no solo por los beneficios económicos que se consiguen por formar parte de la Unión Europea sino por la consecución de avances sociales y de seguridad jurídica para el ciudadano de Europa. Aunque ponemos de manifiesto, que los Estados miembros, mediante el principio de subsidiariedad deben eliminar estos límites internos ante una normativa de la UE. Esta situación de conflicto entre las normativas internas y europeas, hacen que nuestra posición parta de la afirmación de que hay que buscar una homogeneización a nivel europeo que ayude al contribuyente a participar del sostenimiento del Estado del bienestar de acuerdo con su capacidad económica, sin que las normativas a las que se someta sean de carácter o con una finalidad confiscatoria –ya que facilitaría la extralimitación de las funciones de los Estados en su objetivo de recaudar los tributos– y sea tratado en igualdad de condiciones entre sus iguales, creando para ello mejor situación de seguridad jurídica a nivel tributario.

Por tanto, plantearse una armonización, de quizás, de toda la imposición directa a los mayores generadores de renta de la Unión Europea –estos son las sociedades, en su mayoría multinacionales y grandes generadoras de empleo–, puede generar el obstáculo más grande al que se enfrenta este trabajo, es decir, esto supone ceder la soberanía nacional en materia de legislación tanto en el impuesto sobre sociedades [(2)] como de aquellos tributos que gravan las operaciones societarias a un ente supranacional, que toma decisiones lentas pero seguras, como es la Comisión Europea y demás instituciones de la UE. Todo ello puede dañar muchos orgullos nacionales y hacer daño en el atractivo, tanto económico como social, de la Unión Europea. Es más, argumentos en contra no le faltan, e incluso ese temor a la pérdida de soberanía puede verse menguado, en determinados orgullos nacionales de los países europeos, explicando que el efecto inmediato que tendría la armonización seria la total eliminación de la mal llamada «competencia fiscal lesiva» entre jurisdicciones diferentes de la UE, que analizaremos más

[1] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "La no confiscatoriedad en sede de armonización fiscal", *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Sección Unión Europea, Año núm. 29, núm. 10, 2013, pág. 103.
[2] Ya que grava los beneficios generados por las aquellos entes económicos con personalidad jurídica propia y actividad empresarial.

adelante. Esta competencia desleal, dicha entre comillas, se refiere a aquellas legislaciones favorables con un tipo de gravamen inferior a la media, que sin llegar a considerarse paraísos fiscales, suponen una zona dentro de la propia UE de baja tributación y que propicia una planificación fiscal internacional agresiva, para conseguir deslocalizar beneficios hacia esas zonas. Con este trabajo lo que se intenta, y al hilo con una de las finalidades del legislador, es corregir una conducta del contribuyente que puede entenderse como errónea y generar una interpretación a los límites a los Estados. Llegados a este punto, es necesario recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, reconoce que «el sujeto pasivo tiene derecho a elegir la estructura de su actividad de modo que limite su deuda fiscal» [(3)]. Explicando lo anterior, veremos cómo los Estados miembros de la UE han ido modificando los tipos de gravamen, en unos casos elevándolos y afectando a las bases imponibles de los contribuyentes, cuando dichas se caracterizan por tener un alto nivel de volatilidad; y otros casos reduciéndolas, todo ello animado por la globalización provoca que los comportamientos de los contribuyentes sea el de obtener una reducción de los costes impositivos. Es decir, observaremos que el principal motivo de la transferir las rentas o el patrimonio de una jurisdicción tributaria a otra, se basa en la práctica del fenómeno llamado «erosión de bases imponibles», que supone en ocasiones, ocultar información o riqueza a las Administraciones tributarias de los Estados o en manipular la determinación de sus bases imponibles mediante la estructuración de operaciones o de estructuras societarias que modifiquen el resultado contable del contribuyente. Por ello, se manifiesta el efecto que genera los precios de transferencia en la recaudación de los Estados con elevados tipos de gravamen y el aumento de la recaudación en aquellas jurisdicciones con tipos de gravamen atractivos.

Es por tanto, el momento de desgranar los ejes por el que se va a versar el trabajo a presentar y hacer una pequeña introducción de los mismos. Estos ejes han sido argumentos necesarios y utilizados en los últimos años por los legisladores, tanto el español como el resto de legisladores europeos, para ir generando la legislación actual con la que los contribuyentes trabajan y con la que intentan sacar la mayor eficiencia fiscal posible. Además, son objetivos a alcanzar por cualquier jurisdicción tributaria, ya que, dicho todo esto, la consecución de una armonización fiscal traerá consigo, en primer lugar, evitar la planificación fiscal internacional agresiva, que tenga como objetivo aprovecharse de zonas de baja tributación o vacíos legales que propicien una menor tributación de la correspondiente; en segundo lugar, evitar las limitaciones a los principios de la UE, es decir, que la falta de armonización no suponga un

[3] TJCE, sentencia de 21 de febrero de 2006, Asunto C-255/02, *Halifax*.

efecto distorsionador y condicionador de estos principios base de la UE; y en tercer lugar, la creación de un mejor mercado interior europeo. Estos ejes, que en definitiva, son objetivos que se alcanzarían con la armonización, serian visibles algunos a corto plazo y otros a largo, entendiendo como a corto el evitar la planificación y las limitaciones en los principios, y a largo, la creación de un mejor mercado único.

Actualmente existen formas de evitar la planificación fiscal, mediante las normas de la doble imposición internacional [(4)], y como señala *LÓPEZ ESPADAFOR*, suele tratarse en casi su práctica totalidad de los tradicionales convenios bilaterales en materia de imposición sobre la renta realizados, siguiendo los parámetros del Modelo Convenio de la OCDE –se trata del convenio internacional para evitar la doble imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio y prevenir el «fraude fiscal»– [(5)]. Aunque en los últimos años, se observa que ha tomado cierta relevancia en Derecho de la Unión Europea, mediante la defensa de las Libertades de la UE como elemento esencial para la correcta constitución del mercado interior común, por ello es necesario no imponer obstáculos a dichas Libertades –concretamente a las libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y/o capitales–. Desde un punto de vista de la fiscalidad directa, el concepto de obstáculo, a lo que se puede ver afectadas estas Libertades, ha sido elaborado por la labor jurisprudencial del TJUE. Dichos obstáculos, desde la perspectiva de la tributación de los contribuyentes, se observan que afectan al derecho de establecimiento, concretamente en su manifestación de la libertad de circulación de personas; en la libertad de prestar servicios o en la libertad de circulación de capitales, es decir, vemos que ciertas normativas fiscales vulneran estas Libertades fundamentales de la UE o limitan ciertos derechos de determinados contribuyentes, y que se han manifestado mediante las alegaciones realizadas por la Comisión Europea o por contribuyentes de los Estados miembros ante el TJUE, y este ha reconocido estas limitaciones a las Libertades de la UE.

La idea de creación de un mercado interior europeo, es uno de los objetivos fundamentales de la Unión Europea, como elemento instrumental que garantice un aumento del bienestar de los ciudadanos de la Unión. En este sentido, y de acuerdo con el artículo 3 del

[4] Pero cuando hablamos de estas medidas, no podemos olvidar las herramientas del propio legislador nacional español para prevenir e intentar que esta conducta, que estamos definiendo como errónea desde el punto de vista ético y no legal, se corrija. Estas herramientas están contempladas en el Capítulo III sobre las reglas de valoración, (artículos 17, Regla general y reglas especiales de valoración en los supuestos de transmisiones lucrativas y societarias, Artículo 18 Operaciones vinculadas y Artículo 19 Cambios de residencia, operaciones realizadas con o por personas o entidades residentes en paraísos fiscales y cantidades sujetas a retención. Reglas especiales), y el artículo 100 del Capítulo X, sobre imputación de rentas positivas obtenidas por entidades no residentes, recogido todo ello en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

[5] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *La doble imposición. Problemática actual*, LA LEY, Edición núm. 1, Madrid, Enero 2012, pág. 32.

Tratado de la Unión Europea –TUE–, que enuncia que el objetivo primero de la Unión es la búsqueda de un desarrollo económico equilibrado y sostenible, garantizando un alto nivel de empleo, de protección social, de igualdad de género, una mayor calidad de vida, un crecimiento sostenible, una cohesión social-económica, una solidaridad entre los Estados miembros, y en ese crecimiento sostenible, que no sea inflacionista, consiguiendo un reparto del crecimiento económico entre todos los agentes y proteger y mejorar el medio ambiente [(6)]. Entendido lo anterior, y para ello lo enfocamos desde el punto de vista macroeconómico, donde según esta teoría los tributos condicionan el buen funcionamiento del mercado, puesto que, una normativa extensa y difícil de entender, y por tanto, de aplicar, hará que determinadas actividades económicas no se lleven a cabo, disminuya el empleo, se pierda el crecimiento económico, y ello haga que se pierda la competitividad de los agentes que participan en el mercado. Resumiendo, todo ello implica, que sin un crecimiento económico no se pueda conseguir un mejor nivel de vida ni una justa redistribución de la riqueza, donde recordamos que son objetivos básicos de un Estado de social y democrático de Derecho.

Por lo que, para nosotros una armonización fiscal en materia de sociedades lo entenderemos como una política extrafiscal que encuentra justificación en la necesidad de eliminar los obstáculos que los impuestos puedan imponer o suponer para el funcionamiento del mercado interior, tal y como indican los artículos 113 y 115 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Al entender que la fiscalidad supone una contribución en el objetivo de crear una integración de un mercado único para todos los Estados miembros de la UE.

Aunque lo llamativo de esta armonización que planteamos, es que partimos de una cierta homogeneización de las normativas internas de los Estados miembros mediante una serie de Directivas que inciden en las operaciones societarias, operaciones intragrupo y establecen mecanismos para limitar conductas de los contribuyentes contrarias a los principios de Derecho internacional tributario, que se generen a nivel transnacional pero dentro de la UE. Incluso, en ocasiones, con terceros Estados. Dicho de otro modo, existe una armonización fiscal en materia de sociedades en la UE incompleta y focalizada en las operaciones transnacionales. En consecuencia, cabría preguntarse si estaríamos ante una necesidad de alcanzar una mayor armonización que dé lugar a una mayor integración, o si con la armonización actual fuese suficiente para asegurar la viabilidad de los principios y derechos fundamentales de la Unión Europea, por ello, debería existir necesariamente una mayor convergencia de las normativas, o por el contrario, tendríamos que pensar que estamos ante el estado adecuado de competencia

[6] Véase, todos los apartados del artículo 3 del TUE.

fiscal entre las distintas jurisdicciones de la Unión Europea. Son interrogantes que a lo largo de este trabajo intentaremos resolver.

CAPÍTULO 1: LA ARMONIZACIÓN FISCAL A LA LUZ DE LAS LIBERTADES DE LA UE.

1. LA VISIÓN DEL DERECHO MERCANTIL SOBRE EL CONCEPTO DE SOCIEDAD COMO PRESUPUESTO PREVIO AL ESTUDIO DE SU ARMONIZACIÓN FISCAL.

Debemos señalar que hay una incidencia jurídica que es generada por las normas de las UE en las fuentes del Derecho mercantil, para *BROSETA PONT* y *MARTÍNEZ SANZ*, dicha incidencia lo catalogan como «el Derecho mercantil comunitario» [(7)], aunque ahora lo correcto sería denominarlo como el Derecho mercantil de la UE. En este sentido, señala *PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ* que desde el punto de vista del «ámbito del Derecho mercantil, [conocido como el] ordenamiento jurídico de la actividad externa de los empresarios articulada mediante sociedades» [(8)]. Por tanto, se debe entender que el Derecho de la UE, en su constitución como ordenamiento jurídico autónomo, generará acuerdos que generen obligaciones a los distintos Derechos mercantiles internos de los Estados miembros.

Esta incidencia que señalamos *supra*, va a suponer, defiende *VALENZUELA GARACH*, que la empresa sea ese «elemento fundamental de la economía moderna, como instrumento necesario para realizar actividades mercantiles o industriales en masa o en serie». Todo ello, incidirá pues en la explotación de la actividad, en la relación de dicho vehículo de inversión con el mercado y en sus relaciones entre otros vehículos y en su extinción. Es decir, lo anteriormente descrito supone interpretar que el estudio del Derecho mercantil es necesario para entender el concepto de sociedades, que utilizamos en el título de nuestro trabajo. Dicho de otro modo, entendemos que es necesario hacer consideraciones previas al Derecho mercantil desde el concepto de sociedades para abordar un trabajo que versa sobre la armonización fiscal en materia de sociedades en la UE. Para *VALENZUELA GARACH*, las sociedades pueden entenderse con los términos de empresario y empresa, aunque para el autor, no puede existir

[7] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil. Volumen I: Contratos mercantiles. Derecho de los títulos-valores. Derecho concursal*, 25º edición, Tecnos, Madrid, 2018, pág. 74.
[8] PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F J.: "Las fuentes del Derecho mercantil", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.: *Derecho Mercantil I: Material de estudio y cuaderno para el trabajo autónomo del alumno*, Fleming, Granada, 2017, pág. 62. Este autor defiende el concepto de sociedad mediante el concepto de empresa, y tal como lo define *VALENZUELA GARACH* , la empresa es como aquella «especial manera de desarrollar, dentro del mercado, una actividad económica cualificada» ("La empresa: Elementos y negocios jurídicos sobre la empresa", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.: *Derecho Mercantil I: Material de estudio y cuaderno para el trabajo autónomo del alumno*, Fleming, Granada, 2017, pág. 69).

una empresa sin un empresario que la desarrolle y la ejercite; y no puede darse un empresario sin su empresa. El autor define que el empresario es «la persona física o jurídica que profesionalmente y en nombre propio ejercita la actividad de organizar los elementos precisos para la producción de bienes o servicios para el mercado» [(9)].

Por tanto, una vez entendido el concepto de empresario queda pendiente determinar el concepto de sociedad, desde la perspectiva del Derecho mercantil, para *VALENZUELA GARACH*, se trata de un «conjunto de elementos destinados a la producción de bienes y servicios para el mercado y susceptible de negocios jurídicos» [(10)]. Aunque se pueden plantear dos puntos de vista para conceptualizar la sociedad: por un lado, desde la visión económica, donde *BROSETA PONT* y *MARTÍNEZ SANZ* la definen como aquella «organización de capital y de trabajo destinada a la producción o la mediación de bienes o de servicios para el mercado» [(11)]; y por otro lado, desde la visión jurídica, *ROJO FERNÁNDEZ-RÍO* define a la sociedad como «el ejercicio profesional de una actividad económica planificada, con la finalidad de intermediar en el mercado de bienes y servicios» [(12)].

Supra señalábamos el concepto de sociedad como aquel conjunto de elementos, según *VALENZUELA GARACH*, estos elementos serán el patrimonio empresarial compuesto por bienes y derechos con valor pecuniario pertenecientes a una persona jurídica, o dicho de otra manera, citando textualmente, se trata del «conjunto de bienes, derechos y obligaciones (activos y pasivos), pertenecientes a una [sociedad] y que constituye los medios económicos y financieros a través de los cuales ésta puede cumplir sus objetivos» [(13)]. Es decir, el patrimonio de la sociedad estará compuesto por un activo y un pasivo.

Se debe entender lo conformado como activo lo dispuesto por aquel establecimiento mercantil que aglutina los bienes y derechos, tanto reales como los de crédito, de una sociedad; y éste, como manifiesta *VALENZUELA GARACH*, «es el medio de manifestación externa del ejercicio de una [sociedad], ya que ésta se hace visible a través de aquéllos», dicho de otro modo, el autor lo interpreta como que la sociedad es el modo de actividad económica, mientras que el establecimiento mercantil es el instrumento al servicio de tal actividad. Cuando hablamos de bienes y derechos de un establecimiento mercantiles debe tener claro que tendrían un carácter fungible y aglutinándose en series como elementos comunes, donde mantengan una esencia y

[9] VALENZUELA GARACH, F. J.: *op. cit.*, pág. 69.
[10] VALENZUELA GARACH, F. J.: *op. cit.*, pág. 70.
[11] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *op. cit.*, pág. 104.
[12] ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. J.: "El empresario", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *Lecciones de Derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 2006, pág. 43.
[13] VALENZUELA GARACH, F. J.: *op. cit.*, pág. 72.

naturaleza semejante y sin que sufran ninguna alteración de su estatuto jurídico. Esta situación, puede genera una diferenciación dentro del propio establecimiento mercantil, creándose un establecimiento principal y establecimientos sucursales. Dicha circunstancia se origina por la utilización de distintos establecimientos radicados en distintas zonas geográficas, para cumplir esa función instrumental *supra* mencionada. Entendiéndose como el establecimiento principal, según el autor, como el «centro de actividad empresarial o de la alta dirección de los negocios». Mientras que los establecimientos sucursales, son establecimientos «sin diferencias jurídicas apreciables respecto al principal» (14) y según el artículo 295 del Reglamento del Registro Mercantil «todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través de la cual se desarrollen, total o parcialmente, las actividades de la sociedad» deberá registrarse en el Registro Mercantil de la zona donde opere.

Otro aspecto importante del activo de las sociedades son sus elementos inmateriales, que desde la perspectiva tributaria originan complicaciones en la determinación de las bases imponibles de éstas, como veremos en este trabajo. Estos elementos inmateriales se pueden clasificar en dos grandes grupos: 1) la propiedad comercial, como aquella situación que genera el éxito de la sociedad, por su ubicación o por su calidad; y 2) la propiedad industrial, que intenta proteger las invenciones industriales y los signos distintivos de la sociedad, al tratarse, como defiende *VALENZUELA GARACH*, de «derechos de uso o explotación exclusiva, constituyendo su protección una excepción al principio de libre competencia». Siguiendo con los aspectos importantes que van a tener una gran incidencia en materia tributaria, en relación a aquellos elementos que conforman el activo de una sociedad, debemos destacar el valor industrial, que como destaca el autor, son de «difícil cualificación jurídica, pero de gran valor para [la sociedad], tales como la clientela, la organización, reputación, *aviamento*, expectativas, etc.» (15). Por último, aunque su incidencia fiscal sea más limitada debido a una calificación jurídica de fácil comprensión, en relación a los elementos materiales de la sociedad, mencionamos que se pueden clasificar en bienes muebles, entendiéndose como por ejemplo el dinero, mercaderías, maquinaria y demás utensilios; y por otra parte, en bienes inmuebles, aquella sede física del establecimiento o del local de negocio.

En cuanto a lo que se debe entender como pasivo patrimonial, será lo comprendido por las obligaciones, deudas y cargas, que estarán respaldadas por los activos que forman parte del patrimonio. Señala *VALENZUELA GARACH*, que cuando el pasivo de una sociedad sea mayor

[14] VALENZUELA GARACH, F. J.: *op. supra cit.*, pág. 72 y 73.
[15] VALENZUELA GARACH, F. J.: *op. cit.*, pág. 74.

que el activo, es decir, hubiesen «más deudas que bienes y derechos» la sociedad será insolvente, pudiéndose plantear el «inicio de un procedimiento de concurso de acreedores» [(16)].

Un aspecto que debemos señalar que el legislador español cuando redacta el Impuesto sobre Sociedades entiende que será una sociedad aquella que se acoja al impuesto, por ello, deberemos remitirnos a lo contemplado en el artículo 7 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre de 2014, del Impuesto sobre Sociedades, donde se destaca que se podrán acoger aquellas personas jurídicas, excluyéndose las sociedades civiles con objeto mercantil, las sociedades agrarias de transformación, los fondos de inversión, los fondos de capital-riesgo, los fondos de inversión colectiva, los fondos de pensiones, los fondos de regulación hipotecaria, los fondos de titularización, los fondos de garantía de inversiones, las comunidades titulares de montes vecinales y los fondos de activos bancarios. En base a lo anterior, entendemos que era necesario contemplar una definición del concepto de sociedad, ya que en la norma tributaria española no se contempla ninguna definición.

2. EL NECESARIO REFERENTE CONSTITUCIONAL-TRIBUTARIO EN EL ANÁLISIS EUROPEO E INTERNACIONAL DE LA FISCALIDAD SOCIETARIA.

Se debe tener claro que el Derecho financiero y tributario tiene una característica fundamental basada en su internacionalización, quizás todo ello motivado por el efecto de la globalización que según el Fondo Monetario Internacional entiende que se trata de un fenómeno de interdependencia entre los distintos países a nivel global, motivada por un alto número y disparidad de operaciones transfronterizas, tanto de bienes como de servicios, y capital, que genera un mayor intercambio y difusión de tecnología. Señala UCKMAR, que se debe considerar que tal definición es incompleta, ya que, no se tiene en cuenta las distintas formas de inversión directa e indirecta en el extranjero –constitución de filiales, sucursales, *joint-ventures*–, ni tampoco se tiene en cuenta, asimismo, que en muchos casos la globalización se hace visible en la fabricación de un producto llevada a cabo en diversas fases productivas realizadas en distintos países, esto supone que habrá que ampliar el concepto de globalización a las operaciones transnacionales –un ejemplo claro de lo anterior podría ser los sectores del automóvil, textil o en el de los componentes electrónicos– [(17)]. Por tanto, resaltamos las palabras

[16] VALENZUELA GARACH, F. J.: *op. cit.*, pág. 75.
[17] UCKMAR, V.: "*Consideraciones sobre globalización económica. Tendencias y desarrollo*", Doc. de trabajo, 32º Asamblea General del CIAT, Salvador de Bahía, Brasil, 1998.

de *CAAMAÑO ANIDO* y *CALDERÓN CARRERO* que afirman que le Derecho tributario se trata de un Derecho intrínsecamente internacionalizado, es decir, que existe una evidencia notable del exterior que influencia el sistema tributario, influenciando la configuración de los tributos, los principios ordenadores en materia tributaria y las fuentes del Derecho tributario [(18)]. Y en base a lo anterior, son especialmente ilustrativas las palabras del profesor *GARCÍA AÑOVEROS* cuando afirmó que la configuración actual del sistema tributario español y el resto de sistemas europeos deben tener en cuenta la competitividad, la eficiencia económica y la libertad de transacciones y capitales [(19)]. Explicando lo anterior, vemos que determinados Estados han modificado los tipos de gravamen elevándolos, afectando a las bases imponibles de los contribuyentes –enfatizamos que dichas bases se caracterizan por tener un alto nivel de volatilidad– provocando, que en determinadas circunstancias, un comportamiento, por parte de dichos contribuyentes, llamado «erosión de bases imponibles». Tal circunstancia, es especialmente relevante en la imposición que soporta los grandes grupos empresariales y multinacionales [(20)]. Lo que observamos es que, algunos contribuyentes pueden simular una renta en un Estado, transferirla a otra jurisdicción tributaria, o, incluso, erosionar o reducirla, y por tanto llegar a ocultar a la Administración tributaria parte o todos sus beneficios, mediante la manipulación de su base imponible, estableciendo estructuras económicas, tanto financieras como societarias, reflejadas en el empleo de «precios de transferencia». Todo ello, provoca que aquellos Estados con tipos de gravamen elevados vean como su recaudación es transferida a favor de Estados con mejor clima fiscal [(21)]. Por tanto, advertimos que no podemos olvidar la función extrafiscal que tienen los tributos, ya que en ella fundamentaremos esa armonización fiscal en materia de sociedades, al suponer la eliminación de los obstáculos al correcto funcionamiento del mercado interior dentro de las fronteras de la Unión Europea. Es decir, se pretende alcanzar una mayor Unión que garantice un crecimiento económico sostenible y respetuoso con el medio ambiente, a la par de aumentar la calidad de vida de los contribuyentes

[18] CAAMAÑO ANIDO, M.A.; CALDERÓN CARRERO, J.M.: "Globalización Económica y Poder Tributario: ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario?", *Civitas, Revista Española de Derecho Tributario*, Madrid, 2002, pág. 245.
[19] GARCÍA AÑOVEROS, J.: "Las reformas fiscales", *REDF*, núm. 100, 1998, pág. 531. Debemos señalar que otros autores se han referido a las injerencias del sistema tributario, como el profesor RUIZ GARCÍA, J.R. en el Prólogo a la obra de ÁLVAREZ BARBEITO, P.: *Los rendimientos del Capital en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Cedecs, Barcelona, 1999, págs. 24 a 26; y SANZ GADEA, E.: "Aspectos internacionales de la política fiscal (II)", *Impuestos*, núm. 14, 2001, pág. 34.
[20] OWENS, J.: "Emerging issues in tax Reform: the Perspective of an International Bureaucrat", *Tax Notes International*, 1997, pág. 20; y LODIN, S. O.: "What ought to be taxed and what can be taxed: a new International Dilemma", *Bulletin of International Bureau of Fiscal Documentation*, Vol. 54, May 2000, pág. 210.
[21] OECD, informe de 1998, titulado "*Harmful Tax Competition: an Emerging Global Issue",* OECD, Paris, 1998, págs. 20 a 26.

europeos, y como dice *LÓPEZ RODRÍGUEZ*, se trata de contribuir a la integración de los mercados de todos sus Estados miembros [(22)].

Por lo anterior, se podría pensar que analizar los preceptos constitucionales españoles podría pensarse que no tiene lógica, pero creemos que para alcanzar una integración europea mayor, que conlleve la consecución de la armonización fiscal en materia de sociedades, se debe basar en los principios de justicia tributaria. Para ello, analizaremos lo dispuesto en el apartado primero del artículo 31 de la Constitución Española, que dice que «[t]odos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio», de esta forma vemos que los principios de justicia tributaria se contempla en este precepto, ya que con el término todos hablaremos del principio de generalidad y el resto de principios se mencionan expresamente en dicho precepto. Dichos principios de justicia serán analizados posteriormente, pero antes deberemos ver lo dispuesto en el Título VII sobre las disposiciones en Economía y Hacienda en la Constitución Española, especialmente lo contemplado en el apartado primero del artículo 131, que nos dice que «[e]l Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución». Por tanto, lo llamativo de nuestra Constitución es que pretende alcanzar los mismos objetivos de los contemplados en el artículo 3 del TUE, que dice «[l]a Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos», además de garantizar a «sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia» y con ello se pretende alcanzar «un mercado interior». Este mercado, tendrá como objetivo el «desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico». Otro de los objetivos que tendrá la Unión la lucha contra «la exclusión social y la discriminación», llegando a

[22] LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: "Armonización de la base imponible común y consolidada del Impuesto sobre Sociedades (I): Objeto, características, ámbito y principios de la propuesta de la comisión", *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 345, 2011, pág. 33.

fomentar «la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño», hasta alcanzar una «cohesión económica, social y territorial» y de «solidaridad entre los Estados miembros».

A estos objetivos universales de la UE, deben ser alcanzados por todo Estado social y democrático de Derecho, y todo dicho Estado le corresponde contemplar un Sistema tributario que permita el alcance de tales objetivos. Para ello, recordamos lo contemplado en el artículo 3 de la LGT, que nos dice que «[l]a ordenación del Sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad» y por tanto, dicho sistema «se basará en los principios de proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales y asegurará el respeto de los derechos y garantías de los obligados tributarios».

3. VISIÓN GENERAL DEL CONCEPTO DE ARMONIZACIÓN FISCAL

Desde nuestra perspectiva, la armonización fiscal es un proceso de aproximación o convergencia de los sistemas fiscales vigentes dentro de la Unión Europea. Ampliando esta definición de armonización, manifestamos que se configura no como un fin en sí mismo, sino como un instrumento que permite alcanzar los objetivos, tanto económicos como sociales, propuestos en el TFUE generando un marco europeo de fiscalidad común; y en definitiva, la consolidación del mercado interior.

Siguiendo con nuestro análisis, debemos señalar, que existen tres formas distintas de alcanzar una armonización fiscal en materia de sociedades en la Unión Europea, la primera se articulará mediante la competencia fiscal entre los Estados miembros; es decir, dejando que sean los Estados, mediante modificaciones de sus legislaciones nacionales, por presiones de las fuerzas del mercado, y el correcto funcionamiento del mismo, los que consigan esa aproximación de los sistemas fiscales, sin necesidad de que se introduzcan medidas específicas desde las instituciones europeas. La segunda mediante, una armonización activa o coordinación por parte de las Instituciones Europeas, dicho de otro modo, estas instituciones serán el agente que garantice el proceso de armonización. Por lo tanto, serán las instituciones europeas las que dicten las normas que deben aplicarse en los Estados para conseguir esa aproximación fiscal. Y por último, podrá llevarse a cabo a través de la armonización inducida, que nace de una homogenización sociocultural en todos los estados que unifique los usos y costumbres a nivel

europeo, originando así una convergencia a nivel fiscal al interpretar y aplicar normativa de la misma manera en los distintos Estados miembros.

Aunque debemos advertir, que toda armonización fiscal que se intente implantar se encontrará con obstáculos por la actividad económica transfronteriza, que dificulta esta armonización, y por ende, un verdadero mercado interior único. La mayor parte de los problemas que los Servicios Técnicos de la Comisión señalaron en su Informe del año 2001 se mantienen todavía hoy en día. Así, podemos destacar, entre otros, los siguientes:

En primer lugar, existe una gran complejidad de sistemas tributarios nacionales, que impone elevados costes de recursos para su correcto cumplimiento para los contribuyentes y de gestión para la Administración; segundo, que hay diferencias sustanciales existentes entre los países en cuanto a las normas a aplicar para determinar la base imponible del impuesto –en lo referente a los coeficientes y métodos de amortización, provisiones y gastos deducibles, compensación de pérdidas, cálculo de las plusvalías, tratamiento de la inflación, etc.–, lo que obliga a las empresas que operan a nivel internacional, a tener que conocer las normativas vigentes en cada uno de los Estados en los que operan; como tercer problema, vemos las diferencias entre los Estados miembros en relación con la compensación transfronteriza de pérdidas, que es considerada por parte de las empresas como uno de los principales inconvenientes que les impide beneficiarse plenamente del mercado interior; como cuarto problema que podemos observar, es la utilización de los precios de transferencia, que en la práctica supone una amplia tarea administrativa, ya que en la mayoría de los casos, la documentación requerida es muy amplia –generando unos costes de cumplimiento altos–, y la elevada discrecionalidad por parte de los Estados –es decir, las Administraciones aplican criterios diferentes para supuestos idénticos– generando incertidumbres a las empresas que los utilizan; y como último problema, destacamos los obstáculos existentes a las operaciones de reestructuración empresarial transfronterizas, y ello pese a la existencia de la Directiva fiscal europea de fusiones [(23)], que supone una armonización en la UE del régimen fiscal especial previsto para las operaciones de reestructuración y societarias, pera crea el problema de que no cubre a todas las empresas, al no unificar todos los criterios de todos los impuestos que afectan a las sociedades y, ello, ocasiona elevados costes y un alto grado de inseguridad jurídica a determinados contribuyentes. Un problema que no ha sido puesto de manifiesto por los servicios técnicos de la Comisión, es que el conjunto de problemas señalados no facilita la

[23] Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, que modifica a la Directiva 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 canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.

expansión internacional de las PYMES que, además de estar sometidas a elevados costes de cumplimiento y cargas administrativas, se ven más afectadas por los obstáculos existentes a la actividad transfronteriza, lo que desincentiva en muchas ocasiones la expansión de su actividad [(24)].

4. ANTECEDENTES DE LA ARMONIZACIÓN

4.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES A LA ARMONIZACION FISCAL

Alcanzar una armonización fiscal en materia de sociedades en la Unión Europea tiene un interés claro, ya que, como hemos ido comentando anteriormente, supone un objetivo a alcanzar un correcto funcionamiento del mercado único –incluso podemos llegar a decir, que con dicha armonización estaremos dando un mayor paso en la constitución de la unión política europea–. La práctica habitual empleada desde las instituciones europeas para alcanzar dicha armonización se ha centrado en el empleo de la competencia fiscal entre los Estados miembro, puesto que la enorme dificultad para lograr acuerdos entre los distintos Estados de la UE, hace imposible llevar a cabo una armonización institucional, es decir, se desecha la idea de armonizar la materia tributaria mediante acuerdos entre los Estados.

Aunque a nuestro juicio, notamos que la UE se encuentra en un alto nivel de integración económico, alcanzado por el establecimiento de la Unión Monetaria, esto supone, que se necesite una mayor armonización fiscal, así como una mayor coordinación de las políticas fiscales. Esta situación plantea limitaciones al desarrollo normativo tributario, puesto que se ha convertido en el único instrumento macroeconómico que disponen los Estados miembros de la zona euro, que al renunciar a sus competencias en materia monetaria –esta renuncia se origina tras el Pacto de Estabilidad y Crecimiento firmado–, sólo le queda la política fiscal para intentar influir en la economía. No obstante, debemos manifestar que en los primeros pasos de constitución de la actual UE, no se contempló como se debería alcanzar una armonización tributaria, y es por ello, que se utilizó la herramienta normativa, más conocida dentro de la UE, la llamada Directiva, ya que supone un vehículo mediante el cual las jurisdicciones nacionales eligen cómo será su trasposición a su normativa interna de manera que cumpla las directrices

[24] Ante la falta de una armonización que facilite esta expansión de las PYMES, son los Convenios de Doble Imposición firmados bilateralmente entre Estados quienes deben eliminar, en muchos casos, la problemática fiscal sobre todo en temas como la doble imposición, o los supuestos de discriminación. Ello supone encontrarse con otro problema que es que no ofrecen, generalmente, soluciones en operaciones en las que participan más de dos países. Aunque en este sentido, se ha avanzado bastante con la firma de convenios multilaterales dentro de la UE.

de forma adecuada [(25)]. Unos de los problemas que afecta a la actual UE es la falta de una obligación interna a armonizar la fiscalidad directa, y es que, con el Tratado de Roma solo se hacía referencia a la necesidad de establecer mecanismos que garanticen el correcto funcionamiento del mercado común, y desde él, que se tendiera a una coordinación de los sistemas fiscales nacionales, es decir, con dicho tratado se creó la base de la armonización de la fiscalidad indirecta, dejando el avance de la coordinación en la fiscalidad directa en la construcción de mercado interno europeo. Debemos señalar el artículo 114 del TFUE –anteriormente el art. 94 del TCE– que estipula, de forma genérica, la posibilidad de que las normas nacionales converjan para eliminar aquellas situaciones que afectasen a la creación o correcto establecimiento del mencionado mercado. Por lo que, se puede decir que con el Tratado de Roma se lleva a cabo una armonización en la fiscalidad indirecta –basándose para ello el artículo 113 del TFUE, antiguo art. 93 del TCE–. Todo esto no supone la creación de una Unión completa, sino que se trataba de establecer un objetivo que redujese los obstáculos fiscales originados por los sistemas fiscales nacionales, es decir, el fin era establecer un mercado sin limitaciones fiscales sobre el tráfico comercial europeo. En consecuencia, el establecer una armonización –en su vertiente de la fiscalidad indirecta– no suponía el objetivo del Tratado, sino que con su establecimiento debía verse como instrumento que consolidara el mercado común. Aunque, la práctica ha demostrado que mercado interno contiene fallos en su funcionamiento, originados por la falta de una coordinación en las normativas fiscales de los Estados miembros sobre la imposición directa, que asegure la eliminación de dichos fallos.

Es con la entrada de euro cuando se intensificó el empleo de la competencia fiscal, ya que se establecía una Unión Económica y Monetaria y para que esta unión tuviese un éxito, aquellos Estados adoptantes del euro debían efectuar un control del presupuesto, estableciendo unas políticas económicas que profundizaran y fortalecieran la coordinación fiscal entre dichos Estados [(26)]. Explicando lo anterior, de modo práctico, esta Unión lo que pretendía era eliminar las prácticas realizadas por aquellos Estados que gastasen más de lo ingresado, y por ende se endeudarán demasiado, puesto que supondría poner en riesgo el crecimiento económico del

[25] Como señala *LÓPEZ ESPADAFOR*, normalmente las Directivas van a necesitar de normas de Derecho interno que ayuden a adaptar la Directiva y está pueda generar su eficacia. Aunque, el autor señala adicionalmente, que puede existir normas paralelas a otra Directiva consiguiendo el objetivo de adaptar la normativa interna al Derecho de la UE sin necesidad de crear una norma de adaptación. El problema será cuando no se dé ni una norma de adaptación ni paralela, circunstancia que se agravará si el Derecho interno entra en colisión con la norma europea, ya que los contribuyentes podrán alegar tal circunstancia ante el Tribunal de Luxemburgo. En este sentido el mismo autor señala la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 19 de enero de 1982, Asunto 8/81. ("Principios básicos de fiscalidad internacional" *Marcial Pons*, Madrid, 2010, págs.22 y 23.)

[26] MARZINOTTO, B., SAPIR A. y WOLFF G. B.: "What Kind of Fiscal Union?" *Policy Brief*, núm. 6, noviembre, 2011, págs 3.

resto de la UE, y por tanto, de la estabilidad económica de la zona euro [(27)]. Esta unión monetaria limita la utilización de aquellos instrumentos más típicos de estabilización económica, como son las políticas monetarias y cambiarias, ya que, con la dicha unión también se establecía el Pacto de Estabilidad y Crecimiento [(28)]. Es decir, se creaba una política monetaria al nivel europeo, siendo los Estados, dentro de su obligación de financiar sus actividades, mediante sus políticas fiscales debían eliminar las desigualdades económicas de su jurisdicción. Aunque, esta mayor integración europea no fue acompañada de una coordinación en aquellos asuntos que generasen una eficiencia en la aplicación de las Libertades de la UE, o dicho de otro modo, en referencia a la libertad de circulación no se profundizó en una mayor armonización de la imposición indirecta –véase en IVA y en los Impuestos especiales–, en referencia a la libertad de establecimiento no se avanzó en una armonización de la fiscalidad empresarial; aunque en lo referente a la libertad de circulación de capitales se buscó una convergencia sobre la fiscalidad del ahorro. En resumen, este avance en la integración de la unión no supuso el fin que evitara aquellas distorsiones del mercado, dejando camino por recorrer.

4.2.EL CAMINO HACIA LA ARMONIZACIÓN FISCAL.

Es necesario recordar, llegados a este punto, que con el inicio de la integración en la UE se comienza a dar las primeras coordinaciones de los sistemas fiscales de los Estados miembro, concretamente esta armonización se llevó a cabo en los años sesenta, concretamente en el mes de febrero de 1960, se acordó crear una Comisión –llamada Comisión Fiscal y Financiera– con el objetivo de analizar de qué manera afectaban los diferentes sistemas fiscales, existentes en los Estados miembros, en el correcto funcionamiento del mercado común, las conclusiones de dicha Comisión de expertos se publicó en el *Informe Neumark, 1962*, en estas conclusiones se establecían diferentes objetivos alcanzables en tres fases distintas.

El primer objetivo, que se podría entender como una fase, se centró en analizar los impuestos indirectos, concretamente en dicho informe se proponía una evolución de la fiscalidad indirecta, es decir, se establecía la aplicación del IVA, una armonización de forma y en los tramos de imposición del impuesto sobre los intereses y dividendos, además se proponía

[27] CHEA, A.C.: "The Global Financial Meltdown of 2008, Sub-Saharan Africa, and the Way Forward for Sustainable Economic Growth and Development", *International Journal of Economics and Finance*, 2009, págs. 9.
[28] JONUNG, L., LARCH, M., FISCHER, J.: "101 proposals to reform the stability and growth pact. Why so many? A survey", *Public Finance and Management*, 2008, pág. 510.

modificaciones sobre aquellos convenios vigentes que evitasen la doble imposición entre los Estados miembros, evitando casos de discriminación entre contribuyentes de la UE. Como segundo objetivo –véase como otra fase– se analizó la imposición sobre los beneficios empresariales; se argumentó la necesidad de que se iniciase una armonización del impuesto sobre sociedades que evitase casos de discriminación, y que sentará la base necesaria para un futuro y convergente Impuesto de Sociedades, de aplicación en todos los Estados miembros. Del mismo modo, se planteó propuestas encaminadas en la obtención de una mayor coordinación sobre la fiscalidad que afecta a los ingresos personales –aquellas rentas obtenidas por personas físicas–, por lo que, en esta propuesta se intentó consensuar un acuerdo multinacional –el llamado convenio multilateral– que evitara una doble imposición sobre una misma renta, y, además, de abolir los impuestos especiales. Y como último objetivo, en otra fase diferente, era la creación de un servicio que compartiera el conjunto de la información que tienen los distintos Estados miembros –similar a un registro europeo de rentas y patrimonio– con el resultado de alcanzar una eficiencia en los controles fiscales de dichos Estados, de igual modo, se consideró necesario la creación de un tribunal especial y de ámbito europeo para que se estableciera un procedimiento adecuado, con las suficientes garantías para los contribuyentes, y con la suficiente competencia para saber y resolver conflictos judiciales sobre aspectos fiscales [(29)].

Con estas propuestas planteadas, mediante las directrices del *Informe Neumark* [(30)], se originaron nuevas cuestiones fiscales siendo la respuesta de la Comisión, adoptar, en el año 1975, un compromiso sobre aspectos fiscales en los siguientes temas: en primer lugar, se entendió que sería conveniente, acerca del IVA, estandarizar unos métodos que fueran los suficientemente uniformes, desde el punto de vista de la recaudación, para simplificar la tramitación en las fronteras de dicho impuesto, acabando con ello con problemas específicos –como la admisión temporal, reparaciones, ventas por correo, etc.–. Otro aspecto modificado, fue que los Estados obtienen la facultad establecer diferentes tipos de gravamen –es decir, se facultó la posibilidad de tipos reducidos– sobre aquellos bienes y servicios que entendieran que debían ser objeto de bonificarse su consumo, por lo que, desde el punto de vista del IVA el

[29] Para más información, véase: CUENCA GARCIA, E. *Economía de la Unión Europea*, capitulo 8, PRENTICE-HALL, Madrid, 2007.

[30] Se trata del informe del Comité Fiscal y Financiero del 7 y 8 de julio de 1962, que popularmente es conocido como Informe Neumark, en él podemos observar la base teórica de la estructura fiscal europea actual, ya que, se analizó las desigualdades en las situaciones fiscales nacionales y se renunciaba a la reunificación de las mismas, centrándose en los elementos que distorsionaban la creación de un mercado común, desde el punto de vista fiscal. Con respecto a la tributación indirecta, este informe aludió a la necesidad de adoptar el criterio del país de destino, dada la complejidad del impuesto del IVA y su repercusión en el consumo final. Respecto a la tributación directa, los comentarios de este grupo de expertos se centraron, esencialmente, en la problemática de la doble imposición.

objetivo era alcanzar una recaudación lo más uniforme posible. En lo referente sobre fiscalidad directa, se intentó ir más allá con la su armonización, mediante una propuesta sobre los regímenes de deducción en el tributación que afectase a los dividendos, y para ello, desde el seno de la Comisión se centró la atención en la tributación de los entes societarios, ya que debido al alto riesgo que existe por parte de las sociedades europeas de poder aplicarse desgravaciones fiscales en algunos países, atraídas por parte de estos Estados, que pretenden conseguir nuevos contribuyentes introduciendo y facilitando la aplicación de incentivos fiscales, amparándose en la libre competencia fiscal. Y por último, se proponía intentar acabar con el fraude y la evasión fiscal, a nivel internacional, mediante una colaboración efectiva entre las distintas administraciones fiscales nacionales y asegurarse una asistencia mutua para el cobro de deudas tributarias, es decir, se pretendía prevenir la evasión transfronteriza de impuestos –este último aspecto en los últimos años ha ganado peso, ya que, la mayoría de los Estados se han propuesto alcanzar distintos acuerdos, en el intercambio de información, para prevenir dichas conductas ilícitas por parte de sus residentes y no residentes–. Por tanto, vemos que la Comisión en lugar de establecer objetivos ambiciosos, propuso un programa de propuestas fiscales, donde los objetivos eran modestos. Dicho en otras palabras, se quedó pendiente constituir un marco europeo que armonizase la toda fiscalidad en seno de la UE. En cualquier caso, manifestamos que aunque haya transcurrido un tiempo considerable no se han alcanzado grandes logros en materia de la fiscalidad directa, aunque en la fiscalidad indirecta, no es, hasta cerca de los años noventa cuando se produjo la total armonización en la aplicación generalizada del IVA, que partía sobre una base uniforme desde 1979.

Con la llegada de los años noventa, concretamente en octubre de 1990, se crea un nuevo Comité con el objetivo de revisar, entre otros aspectos, la fiscalidad directa, que concluyó con la elaboración del *Informe Ruding* (1992), señalando como principal problema la falta de armonización en materia tributaria a nivel europeo, concretamente en lo referente al impuesto sobre sociedades –esta falta de armonización provoca que los Estados utilicen de forma regular este impuesto como herramienta que influya en la localización de las inversiones de los contribuyentes–. En resumen, el *Informe Ruding* recomendaba actuaciones que eliminaran la doble imposición, concretamente recomendaba establecer unos tipos del impuesto sobre sociedades, en todos los Estados miembros, concentrados en una banda del 30% al 40% y que aquellas bonificaciones fiscales incentivadas por los Estados miembros para fomentar las inversiones, fueran concedidas para todos los contribuyentes de la UE, con el fin de evitar distorsiones. Tras este informe, la Comisión publicó su respuesta en junio de 1992, en dicha respuesta, se aceptó la necesidad de abordar la problemática de la doble imposición, aunque se

demostró no estar de acuerdo con todas las recomendaciones de *Ruding* –el caso más especial fue el de equiparar los tipos del impuesto de sociedades en los Estados miembros–. En base a las propuestas de *Ruding*, la Comisión propuso unas modificaciones que ampliarían los alcances en la Directiva fiscal de fusiones y en la Directiva fiscal Matriz-filial [(31)]. Respecto a la primera se propuso una medida para que las pérdidas –también conocidas como bases imponibles negativas, consideradas un crédito fiscal– de una sociedad, objeto de una operación societaria, fueran trasladables; y con respecto a la Directiva de sociedades matrices, de igual forma que en la Directiva fiscal de fusiones, se facilitase que las bases imponibles negativas de sus filiales, situadas en otros Estados miembros, fueran reconocidas en la sociedad matriz. Es también en los años noventa, cuando se propone la creación del mercado único sin fronteras fiscales, es decir, se crearon nuevas medidas que adaptaran el IVA al nuevo contexto europeo, ampliando la armonización de dicho impuesto, basada en la libre circulación de productos y personas. Adicionalmente se limitó el alcance de los impuestos especiales dentro del territorio común, creándose nuevas reglas que ayudaran a eliminar la doble imposición, tanto jurídica como económica, en los dividendos. Ya a finales de la década de los noventa, concretamente en el mes diciembre del año 1997, desde el seno de la UE se adoptó un código de conducta en materia fiscal de sociedades –el llamado paquete fiscal–, que contenía tres propuestas: el ya mencionado código de conducta en materia fiscal sobre sociedades, una propuesta de Directiva sobre fiscalidad del ahorro, y una propuesta de armonización sobre la fiscalidad en los pagos transfronterizos de intereses y cánones –posteriormente se plasma en la Directiva sobre la fiscalidad de intereses y cánones–. Para dar forma al código de conducta se crea un Grupo de expertos –conocido como el *Grupo Primarolo*– con el objetivo de identificar aquellos casos que supusieran una imposición societaria injustificada, o viceversa. En 1999, con la publicación del informe del *Grupo Primarolo*, se identifican 66 prácticas impositivas injustificadas, recomendando que debían dejarse de aplicar en un plazo de cinco años. Posteriormente a este informe, desde la Comisión se publicó un estudio referente a la fiscalidad de sociedades –concretamente en el mes de octubre del año 2000–, donde se afirmaba que existían ciertas distorsiones en el mercado único provocadas por los impuestos sobre sociedades de los Estados miembros, proponiendo soluciones a esas distorsiones –como por ejemplo, la necesidad de adaptar el modelo de tributación consolidada (BICCIS) o establecer la base imponible común

[31] 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, modificada con posterioridad por la Directiva 2011/96UE del Consejo y la Directiva 2014/86/UE del Consejo, de 8 de julio de 2014, conocidas como Directiva fiscal Matriz-filial.

del impuesto de sociedades para el ámbito europeo (BICIS). A continuación, la propia Comisión emite una nueva Comunicación complementaria –COM (2001) 582– que señalaba que los principales problemas a los que se enfrentaban las sociedades europeas eran que trabajaban en un mercado interior común donde se aplicaban regímenes fiscales distintos [(32)], a lo que añadió nuevas propuestas con el objetivo de ofrecer una base imponible común consolidada para todas las actividades empresariales que se realizan en la UE –como por ejemplo, proponer una imposición bajos las normas del país de origen, la base imponible consolidada común opcional, el impuesto sobre sociedades de la UE y la base imponible única armonizada [(33)]. Estas propuestas fueron debatidas en una conferencia celebrada en 2002, que originó en 2004, la creación de un nuevo grupo de trabajo cuya resultado fue la propuesta de Directiva sobre la base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS) que supondría una serie de ventajas para las empresas de la UE, que entre otras cosas se beneficiarían, de un sistema de ventanilla única a la que poder dirigirse para solicitar devoluciones de impuestos de otros Estados miembros y la posibilidad de consolidar todas las pérdidas y ganancias obtenidas dentro de la UE. Por otro lado, respecto a la potestad tributaria de los Estados miembros, esta propuesta de Directiva suponía que dichos Estados podrían conservar la totalidad de sus competencias para fijar los tipos y otros requisitos en sus impuestos de sociedades [(34) (35)].

Sin entrar detalle sobre en el análisis de las Directivas mencionadas *supra*, materia que abordaremos más adelante, debemos poner de manifiesto que otro paso importante que se realizó hacia una armonización a nivel europeo, fue la Directiva 2003/48/CE del Consejo de 3 de junio de 2003 en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pagos de intereses y cánones, cuya finalidad partía de que los rendimientos del ahorro, aquellos ingresos

[32] COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 23 octubre del 2001, COM (2001) 582 final, "*Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala*".

[33] No podemos olvidar, que unos de los objetivos de la UE siempre ha sido el fomento del crecimiento de las pequeñas y medianas empresas europeas, para ello se le ha dado un trato especial creando una normativa europea o generando propuestas para los Estados por parte de la Comisión –por ejemplo podemos citar la Comunicación de la Comisión (COM (94) 206), publicada el 25 de mayo de 1994, acerca de una primera iniciativa sobre la autofinanciación para la mejora del entorno fiscal de las pequeñas y medianas empresas (posteriormente, 94/390/CE)–. Y desde 2001, la Comisión desarrolla una propuesta de imposición según las normas del Estado de origen –en este sentido véase la Comunicación de la Comisión (COM (2005) 702), para la superación de los obstáculos con que se enfrentan las pequeñas y medianas empresas en el mercado interior en materia de impuesto de sociedades, donde dicho régimen prevé las PYME´s puedan calcular sus beneficios –y por tanto, su base imponible– según las normas nacionales del país de origen –con las que se encuentran familiarizadas–, aunque los ingresos procedan de otros Estados miembros.

[34] En este sentido, es importante señalar PARLAMENTO EUROPEO, Resolución legislativa (P7_TA (2012)0135), sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS), de 19 de abril de 2012.

[35] KOLASSA, D. "*Fichas técnicas sobre la Unión Europea"* - 04/2014, publicada en 2015.

o rentas obtenidas mediante intereses o cánones, efectuados desde un Estado miembro a otro Estado miembro, a favor de «beneficiarios efectivos» [(36)], se le aplicara una imposición de forma efectiva, bajo las normas legales de este último Estado miembro. Aunque no fue hasta el año 2005, y con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento adoptado por el Consejo ECOFIN [(37)] –de 20 de marzo de 2005–, cuando se admitió que la armonización fiscal a nivel europeo no se estaba logrando, y por tanto, seguían existiendo distorsiones en el mercado único, siendo este pacto donde se iniciaría una reforma de las políticas fiscales, y como señalan *JONUNG*, *LARCH* y *FISHER* para «la mejora de la lógica económica que subyace a las normas fiscales y su aplicación» [(38)], lo que permitiría el mantenimiento de la potestad tributaria de los Estados miembros, pero una mayor cooperación en el desarrollo de una armonización fiscal en la UE. Sí bien es cierto, que en la actualidad sigue existiendo el debate sobre la necesidad de que exista un impuesto general de la UE y una mayor cooperación fiscal entre los Estados –esto último, debemos admitir que se ha intensificado en los últimos años por la crisis económica y recaudatoria del 2008–.

4.3.CONTEXTUALIZACIÓN DE LAS DIRECTIVAS FISCALES DE LA UE.

Desde el punto de vista fiscal de los grupos de sociedades europeas o sociedades con presencia en distintas jurisdicciones, su principal aspiración es que desean acceder a las ventajas que ofrece el mercado único y esta es, probablemente, la mayor dificultad con la que se encuentran estas entidades, puesto que, se enfrentan a obstáculos fiscales aún no eliminados. Por todo esto, ya en 1990, desde el seno de la UE se adoptó dos Directivas para eliminar ciertos obstáculos que permitieran un mejor acceso a dichas ventajas –estas Directivas, posteriormente se trasladaban a las normativas internas de cada uno de los Estados miembros–.

Con la Directiva sobre fusiones (90/434/CEE) del Consejo de 23 de julio de 1990, se pretendía eliminar aquellos obstáculos tributarios que limitarán la reestructuración empresarial de aquellas empresas presentes en dos o más jurisdicciones de la UE, para ello, se enumeraban

[36] Se entiende por «beneficiarios efectivos», para esta Directiva, como aquellas personas físicas con residencia en otro Estado miembro.
[37] Se trata del Consejo de Asuntos Económicos y Financieros, y se encarga de la política de la UE en tres ámbitos principales: política económica, cuestiones fiscales y reglamentación de los servicios financieros. El ECOFIN está formado por los Ministros de Economía y Hacienda de todos los Estados miembros. Los comisarios europeos competentes también participan en las sesiones.
[38] JONUNG, L., LARCH, M., FISCHER, J.: *op. cit.*, pág. 512.

que formas jurídicas se les aplicaría esta Directiva, objeto de una armonización europea, con lo que conseguir el objetivo último de esta Directiva, es decir, que se consiguiese el diferimiento de la carga fiscal de aquellas plusvalías generadas por las operaciones transfronterizas de reestructuración empresarial, realizadas mediante fusiones, escisiones, aportaciones de activos o canjes de acciones. En consecuencia, lo que se pretendía era una reestructuración sin coste fiscal inmediato para las entidades con residencia fiscal en la UE, permitiéndoles, de este modo, mejorar su competitividad –se evitaban salidas de flujo de efectivo inmediatas y se mejoraban su eficiencia–, mediante una reorganización de las actividades o expansión de las mismas. Debemos advertir, que esta Directiva supone el principio, en cierta manera, de la armonización en la tributación directa sobre sociedades. Aunque desde el principio, dicha Directiva no ha estado exenta de polémica en relación los sujetos –véase que al principio existían sociedades no sujetas a la normativa de la Directiva fiscal de fusiones debido a su forma jurídica– que se le aplicaría esta Directiva, o sobre porque no se había conciliado los criterios de esta Directiva con los de la Directiva fiscal Matriz-filial. Todo esto supone, que en el año 2003, se apruebe una modificación a la Directiva 90/434/CEE, que se plasma en la Directiva 2005/19/CE, que incluye todas las críticas que se habían planteado a la Directiva 90/434/CEE. Además, esta nueva Directiva –que no deja de ser una Directiva que amplía la Directiva fiscal de fusiones de 1990– introduce otras novedades, en referente a las operaciones amparadas por esta Directiva, entre otras, las escisiones parciales y el cambio de domicilio social entre Estados miembros [(39)]. Otra modificación que se introduce es la relativa a ampliar nuevas entidades jurídicas a los beneficios del diferimiento del pago del impuesto por las plusvalías generadas –entre ellas, también, se encuentra la sociedad europea–. Y por último, se modifica el umbral de participación en la sociedad transmitente necesario para acogerse a la exención de las ganancias de capital por la operación societaria –esta modificación nace por la necesidad de alinear este requisito con la Directiva fiscal Matriz-filial–.

Otra paso hacia la armonización en materia de sociedades fue la publicación de otro Directiva sobre aquellos grupos de sociedades presentes, en forma de filiales, en otros Estados miembros, la llamada Directiva fiscal Matriz-filial (90/435/CEE), que suponía eliminar la doble

[39] Con el cambio de domicilio, lo que se trataba era de crear una situación jurídica estable que ante una reorganización interna de la sociedad dirigida a cambiar el lugar de implantación de la empresa, fomentando que dichas sociedades adoptasen los estatutos de la Sociedad Anónima Europea (SAE) y de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE), en cuyos regímenes jurídicos aparece esta posibilidad. Hay que recordar, que para aquellas sociedades constituidas bajo una legislación mercantil de un Estado miembro en concreto, en un cambio de domicilio social, la jurisdicción tributaria de origen puede gravar dicho traslado mediante el *exit tax*, que es el llamado impuesto de salida para aquellos contribuyentes –resumiendo– que hayan disfrutado de una neutralidad fiscal dentro de su jurisdicción o se hayan aplicado unas bonificaciones o exenciones condicionadas a su permanencia en el Estado en concreto.

imposición de los beneficios distribuidos hacia las empresas matrices en un Estado miembro por parte de sus filiales en otro Estado miembro. Esta Directiva complementa a la anterior, ya que, si la primera facilita la creación de grandes grupos europeos, ésta pretendía su correcto funcionamiento tras su constitución [(40)].

En resumen, vemos que la armonización fiscal en materia de fiscalidad directa, se ha instrumentalizado mediante herramientas jurídicas –hablamos de Directivas–, que en cierta manera han sido útiles en armonizar la fiscalidad indirecta, pero para la fiscalidad directa han quedado escasas, que con el tiempo se han alcanzado una mayor armonización, al introducirse nuevas Directivas que inciden en materia de imposición directa en las sociedades. El motivo de tal escasez, se basa en la dificultad de llegar acuerdos entre los Estados miembros, en aprobar Directivas en materia de imposición directa, lo ha provocado en la utilización de otras herramientas jurídicas –diferentes de las Directivas o reglamentos– para alcanzar una mayor coordinación de la fiscalidad directa. Estas herramientas jurídicas son las conocidas, en el argot del Derecho de la UE, como *soft law*. Explicando lo anterior, estas herramientas son, básicamente, la utilización de la jurisprudencia del TJUE para una correcta construcción del ordenamiento fiscal de la UE [(41)].

4.4.EL PRINCIPIO DE UNANIMIDAD COMO LÍMITE A LA PRODUCCIÓN NORMATIVA EUROPEA.

Se debe tener claro que el proceso de integración europea ha sido lento, principalmente, y en nuestra opinión, al estar limitado por el principio de unanimidad, concretamente en lo referente a la producción normativa en el ámbito de la UE y, aunque, no hemos planteado nociones acerca de la soberanía, es necesario que en todo proceso de integración, en cualquier ámbito del Derecho, los Estados deban ceder parte de sus competencias y adquirir nuevas para conciliar esa correcta integración. Por ello, una armonización fiscal en materia de sociedades requerirá examinar el concepto de soberanía, desde el punto de vista de los Estados miembros, como paso previo a la ampliación de las competencias de la UE que supondría una

[40] Con la publicación de estas dos Directivas –la 90/434/CEE y la 90/435/CEE–, también surgía la necesidad de introducir un procedimiento de arbitraje que evitase la doble imposición en aquellos que, que tras una corrección de la bases imponibles, provocase algún enfrentamiento entre las distintas Administraciones tributarias de los distintos Estados miembros. Se trata del Convenio 90/436/CEE, sobre la eliminación de la doble imposición en caso de rectificación de beneficios entre empresas asociadas, basada en el artículo 293 del Tratado CE.

[41] CALDERÓN CARRERO J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: "La armonización jurisprudencial de la imposición directa: las implicaciones fiscales del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad", en la obra colectiva dirigida por T. CORDÓN EZQUERRO.: *Manual de Fiscalidad Internacional*, Institutito de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pág. 661.

armonización fiscal en esa materia. Objeto que será de análisis más adelante en este trabajo. Dicho lo anterior, otro aspecto a señalar será que en la Constitución Española recoge el principio de legalidad en materia tributaria, mediante una reserva de ley que establece los elementos esenciales del tributo, y en base a este principio sólo se podrá producir la normativa tributaria por aquellos representantes elegidos directamente por los ciudadanos [(42)]. Es decir, es el pueblo, como titular de la soberanía, el que confía el ejercicio de dicha soberanía a su Parlamento, como instancia para establecer los tributos y regular los elementos esenciales de éstos. Esta afirmación se basa en la idea de la separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial consagrados en nuestra Constitución. Pero esta idea, como resalta *LÓPEZ ESPADAFOR*, no se ha plasmado en la mecánica de la producción normativa en la Unión Europea [(43)].

El ejercicio de producción normativa, desde el punto de vista tributario, recae esencialmente en el Consejo y no en el Parlamento Europeo. Dentro del Consejo, las disposiciones que *supra* mencionábamos se aprobarán mediante la regla de la unanimidad. En este sentido *LÓPEZ ESPADAFOR* argumenta que al tratarse de un consentimiento realizado por los Gobiernos de los Estados miembros –expresado mediante un ministro que lo represente en el Consejo– y no por los Parlamentos, supone pasar desde el ámbito de la aplicación efectiva del tributo a la creación normativa, generando un fenómeno fiscal de ámbito internacional que, en lo referente a esa nueva medida fiscal adoptada en dichas instituciones europeas y que afecten sobre hechos que se generan en los territorios de los Estados miembros, no se podrá considerar que se esté violando la soberanía de éstos, «máxime cuando se ha atribuido el ejercicio de tal competencia a las instituciones de aquélla. Y no se habría violado tal soberanía aunque la disposición se hubiese podido aprobar por mayoría, en vez de por unanimidad, siendo esta última la regla que rige realmente a tales efectos» [(44)].

En definitiva, comprendemos que la regla de la unanimidad se puede considerar como un reforzamiento de la soberanía estatal, desde el punto de vista tributario, ya que puede suponer –y en la práctica lo supone [(45)]– un freno a la integración europea real. Lo que podemos decir es que dicha regla se da en el seno del Consejo como elemento básico de la producción normativa en materia tributaria y que se ha venido aplicando hasta ahora y se seguirá dando

[42] Cfr. los artículos 31 apartado tercero y el 133 de la Constitución Española.
[43] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "La regla de la unanimidad en la producción normativa comunitaria de carácter tributario", *Nueva Fiscalidad*, núm. 6, 2005, pág. 51.
[44] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "La regla de la unanimidad en la producción…", *cit.*, pág. 54.
[45] Esta afirmación se sustenta en que la regla de la unanimidad supone una garantía de elevada importancia en las políticas, tanto económicas como tributarias, internas de los Estados miembros, frente aquellas políticas europeas que pretende realizar actos solidarios hacia algunos Estados miembros, mientras que otros prefieren seguir con la situación actual.

como podemos apreciar en las distintas propuestas de Directivas pendientes de aprobación [(46)]. Ya que con esta regla, los Ministros de Hacienda de los Estados miembros deberán manifestar un consentimiento para que esta producción normativa se apruebe, pero lo llamativo de todo, es que no existe intervención alguna por parte de un Parlamento nacional, aunque la trasposición de dicha normativa de la UE requerirá de su aprobación en dicho Parlamento, mientras que su adopción ha bastado con el consentimiento de un Gobierno. En este sentido *LÓPEZ ESPADAFOR*, determina que para «la adopción de una ley fiscal interna se requiere su aprobación por las Cortes o un parlamento autonómico. Mientras que para la adopción de una norma de armonización fiscal, que necesariamente incidiría en el Ordenamiento interno de los Estados, bastaría con el consentimiento del Gobierno a través del Ministro, para la aprobación de una ley tributaria interna se requeriría su aprobación parlamentaria. Y ello mientras jerárquicamente la norma comunitaria prevalece sobre la ley nacional» [(47)].

Por lo anterior, cabe destacar esa situación que remarcábamos en la introducción de nuestro trabajo, recordando una de las preguntas que nos hacíamos, de que estaríamos ante una necesidad de alcanzar una mayor armonización que dé lugar a una mayor integración, es decir, necesitaríamos una mayor convergencia de las normativas. En nuestra opinión, dichas preguntas se deben contestar en un contexto generalizado, o dicho de otro modo, tendremos que observar la perspectiva constitucional y tributaria para asegurar que una mayor integración es viable o si necesitamos una mayor armonización. Lo cierto es que, como veremos, existe una armonización fiscal en materia de sociedades para aquellas operaciones que se realicen en distintas jurisdicciones tributarias europeas, que quizás sean las únicas que pueden limitar el correcto funcionamiento de mercado interior de la UE, aunque para ello, lo correcto sea analizar las Libertades de la UE y sus implicaciones tributarias, además de plantear un análisis de colisión entre dichas Libertades y los principios de justicia tributaria.

[46] Véase, COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 25 de octubre de 2016, COM (2016) 685 final, "*Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades (BICIS)*"; y COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 25 de octubre de 2016, COM (2016) 683 final, "*Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS)*", como dos ejemplos claros de armonización fiscal y limitados por la regla de unanimidad.
[47] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "La regla de la unanimidad en la producción…", *cit.*, pág. 60.

5. LIBERTADES DE LA UNIÓN EUROPEA.

5.1. ELEMENTOS GENERALES DE LAS LIBERTADES DE LA UE.

Para alcanzar una mayor compresión de las limitaciones que pueden suponer las Libertades de la UE, son reveladoras las palabras de *LÓPEZ ESPADAFOR*, que defiende que los derechos fundamentales de los ciudadanos de los Estados miembros no pueden sufrir una merma por el Derecho de la Unión Europea, a la luz de justificar la defensa de una mayor integración europea, es decir, los derechos fundamentales de los ciudadanos de los Estados miembros, recogidos en sus Constituciones no deben ser perjudicados por la el Derecho de la UE, sino establecerse como un punto de partida para que sirva de limite normativo de las instituciones europeas en materia de armonización fiscal [(48)]. Por lo anterior, advertimos que limitar una evolución de los derechos fundamentales puede generar ciertas limitaciones a los contribuyentes, a la hora de ampararse en sus Libertades de la UE y funcionar en el mercado interior [(49)] europeo. Con este mercado también nacen las Libertades de la UE, que se implantan definitivamente en el año 1992 con la aprobación del TCE. Con estas Libertades, supuso la eliminación de las fronteras interiores, creando para ello un espacio donde se podría circular libremente, tanto personas, como mercancías, servicios y/o capitales. Este espacio, se podría alcanzar por dos vías. Como primera vía, aplicando el precepto del artículo 12 del TCE –actualmente, consagrado en el art. 18 del TFUE–, donde se recoge el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, que viene a suponer establecer un tratamiento igualitario entre los ciudadanos de la UE, independientemente de la nacionalidad que ostentaran. La segunda vía, partía del establecimiento de normas y prácticas administrativas armonizadas para limitar los obstáculos al mercado interior, es decir, limitar las injerencias que podrían provocar las normativas nacionales en la creación de este mercado. Sin embargo, esta armonización, provoca que la potestad tributaria de los Estados miembros se limite, no ya sólo por la normativa europea *stricto sensu* o por aquel *hard law* expresado por las Directivas, sino también por el denominado *soft law*, o dicho de otro modo, por la jurisprudencia del TJUE. Por tanto, esta limitación al poder tributario nacional, no se deriva de que la UE tenga competencia en materia fiscal, sino que se presenta como una consecuencia provocada por mercado interior, en su intento de establecer un correcto funcionamiento, amparado por el principio de no

[48] En este sentido, *vid.* LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "La no confiscatoriedad en sede de…", *supra cit.*, pág. 103.
[49] Debemos señalar, que ya en el art. 2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea –actualmente en el artículo 1 del TFUE– se establecía como fin principal la construcción de un mercado único común, y necesariamente, tendría que eliminarse todas aquellas barreras jurídicas que imposibilitaran la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales entre los Estados miembros.

discriminación por razón de la nacionalidad y las Libertades de la UE. Debemos manifestar, que este principio y estas Libertades no son materia especifica tributaria, ya que su objeto es el garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, y a la luz de preservar este funcionamiento, provoca que a través de la jurisprudencia del TJUE, le haga convertirse en un legislador en negativo del Derecho de la UE, mediante sus resoluciones judiciales, al intentar defender el correcto funcionamiento de dicho mercado [(50)].

5.2.EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA NACIONALIDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE JUSTICIA TRIBUTARIA EUROPEA.

Como ya hemos avanzado antes, este principio se encuentra regulado actualmente en el artículo 18 del TFUE, defendiendo un trato igualitario entre nacionales de los Estados miembros, en otro Estado miembro. Debemos enfatizar, que el Tribunal de Luxemburgo, mediante su jurisprudencia, es el que ha ido componiendo que supuestos son de aplicación por parte de este principio, es decir, ha sido el propio Tribunal quien ha establecido que en los casos donde no se pueda invocar otro precepto del Tratado, se aplicará el principio de no discriminación [(51)]. Aunque, concretamente los supuesto de aplicación de este principio serán aquellos donde determinadas situaciones, que puedan verse similares, sean tratadas de forma diferente, o en el caso contrario, donde se encuentren varias situaciones de naturaleza distinta y sean tratadas de igual forma [(52)]. Cabe la posibilidad, de que existan supuestos de discriminación que se produzca de forma indirecta –también conocida como discriminación encubierta–, que planteen situaciones donde no se establezca como criterio de sujeción la nacionalidad, intentando producir un efecto discriminatorio empleando, por ejemplo, el criterio de sujeción impositiva mediante la residencia fiscal [(53)]. En base a lo expuesto anteriormente,

[50] Estos pronunciamientos del TJUE provocan una abundante actividad armonizadora en la fiscalidad directa, que han llevado a la doctrina a considerar que estos pronunciamientos son la principal fuente de armonización de los sistemas tributarios de los Estados miembros, BARREIRO CARRIL, M. C.: "Los Impuestos directos y el Derecho de la Unión Europea. La armonización negativa realizada por el TJUE", *Estudios Jurídicos*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2012, pág. 89.

[51] En este sentido, *vid.* la jurisprudencia del TJUE, concretamente las sentencias del TJCE de 30 de mayo de 1989, Asunto C-305/87, *Comisión/República Helénica*; la de 23 de abril de 1991, Asunto C-41/90, *Hoefner y Elser/Macroton* o la de 13 de abril de 2000, Asunto C-251/98, *Baars*.

[52] Véase, en este sentido la sentencia del TJCE de 17 de julio 1963, Asunto C-13/63, *Italia/Comisión*.

[53] En este sentido, son clarificantes las sentencias del Tribunal de Luxemburgo de 16 de diciembre de 1960, Asunto C-6/60, *Humblet*; la de 12 de abril de 1994, Asunto C-1/93, *Halliburton Services*; la de 12 de febrero de 1974, Asunto C-152/73, *Sotgiu*; la de 28 de abril de 1977, Asunto C-71/78, *Thieffry*; la de 5 de diciembre de 1989, Asunto C-3/88, *Comisión/Italia*; la de 8 de mayo de 1990, Asunto C-175/88, *Biehl*; la de 13 de julio de 1993, Asunto C-330/91, *Commerzbank*; la de 14 de febrero de 1995, Asunto C-279/93, *Schumacker*; la de 26 de octubre

este principio no se encuadra dentro de la disciplina tributaria –o no tiene su origen en el ámbito tributario–, sino que ha sido empleado como un instrumento a través del cual, el Tribunal de Luxemburgo, ha ido reformando las potestades tributarias de los Estados miembros, mediante su jurisprudencia, con el objetivo de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, y como consecuencia indirecta, se ha convertido en la principal fuente armonizadora de la UE (54).

En definitiva, observamos que este principio constituye una manifestación del principio de igualdad, consagrado en todas las normativas internas de los Estados miembros, por lo que el principio de no discriminación tendrá una naturaleza instrumental, o dicho de otro modo, su interpretación dependerá del contexto en el que se inscriba, de su relación con él los ordenamientos y de los mecanismos de los que dispone para hacer efectivas sus exigencias. Esto supone entender el principio de no discriminación como una manifestación de equidad entre los distintos contribuyentes de la UE y de no equidad entre los Estados miembros (55). A su vez, debemos señalar, que las limitaciones y los alcances del principio de no discriminación parten de la necesidad de interpretar los mismos en su contexto, es decir, este principio impide anular aquellos efectos exigidos o autorizados expresamente por cualquier Estado miembro, en aquellos casos donde dicha jurisdicción aplique un trato discriminatorio basada en su potestad tributaria, teniendo que aplicar una cláusula distributiva de competencia tributaria.

Por tanto, este principio supone un principio superior en el Derecho de la UE, puesto que supone un principio con validez general y aceptación común, que va a limitar el ejercicio del poder tributario estatal a nivel europeo, intentando salvaguardar las diferencias legítimas de tributación basadas en la capacidad contributiva o en la extensión de la responsabilidad tributaria del contribuyente. Supone un principio que entiende que cada contribuyente de la UE contribuirá al sostenimiento de su Estado en base a su capacidad económica sin generar una discriminación directa o indirecta. Por tanto, este principio se aplicará a todos los nacionales (56) de los Estados miembros de la UE, con independencia de cuál pueda ser su residencia fiscal

de 1995, asunto C-151/94, *Comisión/Luxemburgo*; la de 8 de julio de 1999, Asunto C-254/97, *Baxter*, y por último, la de 16 de mayo de 2000, Asunto C-87/99, *Zurstrassen*. Debemos matizar, que no es hasta la sentencia del Asunto *Sotgiu*, donde se habla por primera vez de discriminación encubierta, por el criterio de residencia, y que, por tanto, es contraria al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.

54 BARREIRO CARRIL, M. C.: *op. supra cit.* pág. 89.

55 Dicho de otro modo, se aplicará las *Internations equity* que supone una modalidad que pretende conseguir el establecimiento de normas o reglas distributivas de la competencia fiscal entre Estados. Definición contemplada en BARREIRO CARRIL, M. C.: *op. cit.* pág. 90.

56 El término nacional se puede aplicar a, en primer lugar, todo individuo que posea la nacionalidad de un Estado miembro de la UE; y en segundo lugar, a toda persona jurídica, sociedad de personas o asociación constituida conforme a la legislación vigente en un Estado miembro.

(57). Lo que supondrá una obligación para los Estados miembros impidiendo un tratamiento fiscal discriminatorio de otros nacionales de otro Estado miembro, por comparación a los propios nacionales.

Esta configuración del trato no discriminatorio por razón de nacionalidad admite una protección mayor a la exigencia de un impuesto, real o potencial, sino también a la obligación subyacente relativa al mismo, es decir, todo contribuyente de la UE que genere una renta o tenga un patrimonio en otro Estado miembro diferente al de su nacionalidad, ante una imposición idéntica deberá ser semejante lo gravado, siendo las modalidades como determinar la base y la liquidación tenga unas reglas semejantes y, por último, las formalidades de su exacción –aquellas como la declaración, pago, plazos, etc.– no pueden ser más gravosas (58). En consecuencia, este principio va a proteger a los sujetos pasivos de otros Estados miembros no solo frente al Derecho tributario material sino también a las obligaciones derivadas del Derecho formal, ya que pueden suponer inaplicables a los propios nacionales frente a otros residentes de la UE o bien resulten más gravoso a los otros residentes (59). En definitiva, podemos afirmar que

---

Esta definición convencional, en realidad es una especificación del sentido de nacional a estos efectos, es decir, implicará una remisión a las normas de cada Estado miembro que determinen la nacionalidad de las personas físicas –habrá que referirse a las normas particulares de cada Estado sobre la adquisición o pérdida de la nacionalidad–. En cambio, en relación con las personas jurídicas, sociedades o asociaciones, no se establece una remisión específica y genérica a la normativa interna de los Estados, es decir, solo se considerarán nacionales, a estos efectos, las sociedades constituidas y registradas en un Estado miembro. Esto supone impedir a algunas sociedades nacionales de aquellos países que siguen el criterio de la sede real o efectiva alegar el sometimiento al principio de no discriminación, frente a aquellos Estados que otorguen la nacionalidad conforme al lugar de constitución. Desde nuestro punto de vista, entendemos que una sociedad y demás entidades jurídicas se considerarán nacionales de un Estado miembro cuando estén sometidas al Impuesto de Sociedades como el resto de entidades, sociedades de personas y asociaciones reconocidas como tales por la legislación de cada uno de los Estados miembros. Seguimos aquí el criterio utilizado por parte de la Comisión Europea, en lo referente a determinar los sujetos pasivos de la propuesta de Directiva de la Base Imponible Común del Impuesto de Sociedades (BICIS) y de la propuesta de la Directiva de la Base Imponible Común Consolidada del Impuesto de Sociedades (BICCIS), aspecto que se analizará en profundidad más adelante.

57 A nuestro juicio, esto supone que los contribuyentes podrán alegar la aplicación de este principio, aun siendo residentes fiscales en un tercer Estado ajeno a la UE, por ser nacionales de un Estado miembro.

58 Debemos anunciar, que el principio de no descremación, aunque se consagra en el TFUE, nace de la cláusula de no discriminación de los Convenios para evitar la Doble Imposición, en su artículo 24. Por tanto, basaremos nuestra interpretación del principio de no discriminación en lo establecido en el párrafo 3 de los comentarios al artículo 24 del Modelo de Convenio para evitar la Doble Imposición que determina la similitud de condiciones debe referirse a las condiciones de hecho y a las de derecho, es decir, ante la expresión «semejante» o «en las mismas condiciones», el principio de no discriminación generará sobre los contribuyentes que se encuentren en condiciones de derecho y hecho similares una aplicación de la legislación y reglamentación fiscal semejante para estos, independientemente de su nacionalidad o residencia.

59 En nuestro análisis, no aplicamos una diferenciación conceptual entre nacional o residencia fiscal, y en este sentido, aunque el principio de no discriminación hace referencia al únicamente a la nacionalidad, a nuestro juicio, es necesario al realizar un juicio de comparabilidad basarse en otra diferencia de trato tributario, es decir, en otros criterios como por ejemplo la residencia fiscal, ya que, clarificará los análisis de supuestos de discriminación a las entidades o personas jurídicas. Esta afirmación se basa en la acción del Tribunal de Luxemburgo, en su interpretación a lo que refiere a la infranquebalidad de la distinción entre nacionales residentes y nacionales no residente, es decir, el tribunal ha interpretado que toda persona física o jurídica de la UE se le apliquen las mismas base normativa. Puesto que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad tiene carácter material, es

el principio de no discriminación por razón de nacionalidad supone un ejemplo claro de la aplicación de las exigencias del Derecho de la UE originario, es decir, desde la perspectiva del ámbito de la aplicabilidad, como desde el ámbito de las condiciones de alegación o exigibilidad existe un sometimiento de las interpretaciones por parte de los tribunales nacionales a la interpretación del TJUE y a lo dispuesto en las Libertades de la UE.

5.2.1. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.

Entendemos que el principio de no discriminación considerará a los establecimientos permanentes de las empresas de otro Estado miembro, como entidades que no están sometidos a una imposición menos favorable en el otro Estado que las empresas de dicho Estado que realicen las mismas actividades, dicho de otro modo, tendrán una consideración de entidades gravadas en base a la normativa de ese Estado en igualdad de condiciones que el resto de contribuyentes de dicha jurisdicción. Pero para analizar este principio desde la perspectiva del EP, debemos tener claro su ámbito de aplicación, y para ello, dichos establecimientos de una empresa de un Estado miembro tendrá que encontrarse situado en el territorio del Estado de la fuente. En este sentido, pensamos que una empresa puede tener tantos establecimientos permanentes como Estados miembros hay en la UE como mínimo, y, además, hay supuestos donde un establecimiento puede crear otro en otro Estado, y que aunque nuestro ejemplo sea que una persona jurídica residente en la UE crea un EP en otro Estado diferente a su Estado de origen, extrapolándose esta interpretación a todos los supuestos que originen un EP. En consecuencia, el ámbito de aplicación de este principio pasará por la existencia de dos requisitos, uno de carácter subjetivo, o mejor dicho la existencia de un EP de alguna entidad cumpla con los requisitos de algún Estado miembro, y otro de carácter territorial, o lo que es lo

---

decir, en aquellos casos donde los afectados por un tratamiento distinto sean no nacionales, véase el TUJE, sentencia de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu*, Asunto C-152/73.
Cierto es también, que el dicho Tribunal, en ocasiones, acepta que situaciones de residentes y no residentes sean comparables, intentado con ello compaginar la aplicación de Derecho de la UE con el Derecho internacional tributario, siendo habitual los presupuestos de ambos Derechos resulten contradictorios. Como vemos el propio Tribunal ha hecho una distinción entre residencia fiscal y nacionalidad, por ejemplo en el caso de que un no residente –pero nacional de un Estado de la UE– obtiene la mayoría de las rentas en el Estado de la fuente –donde es no residente fiscal– y el Estado de origen –donde es residente fiscal– no pueda tomar en consideración las circunstancias personales y familiares, véase la sentencia TJCE de 14 de febrero de 1995, Asunto C-279/93, *Schumacker*. Pero en otras ocasiones, dicho distinción simplemente es omitida y acepta la comparación entre no residentes y residentes basándose para ello en las exigencias de la creación de un mercado interior y en las Libertades de la UE, véanse para ello las sentencias del TJCE de 27 de junio de 1996, Asunto C-107/94, *Asscher* y la de 12 de junio de 2003, Asunto C-234-01, *Garritse*.

mismo que la localización del EP esté radicada en algún territorio de la UE y, por ende, amparado por el Derecho de la UE. Otro elemento a tener en cuenta desde la perspectiva del EP, es la comparación del régimen tributario que se aplique, a efectos de determinar un posible trato discriminatorio, lo que supone realizar una comparación con el régimen tributario aplicable a las empresas del Estado en cuestión en el que se encuentre situado el EP y que realicen las mismas actividades [(60)]. Por tanto, la comparación se realizará sobre la base de las consecuencias derivadas de la aplicación de un solo ordenamiento jurídico y no de la conjunción de ordenamientos donde participen la entidad tenedora del EP [(61)].

Por lo anterior, prevenimos que ante la necesidad de conseguir un resultado tributario equitativo entre los EP y las empresas residentes, se obliga a los ordenamientos internos de los Estados miembros a extender los beneficios fiscales previstos para sus entidades residentes a los EP, es decir, deberán reconocerse los beneficios fiscales tanto de carácter general como específico, el derecho a aplicarse las deducciones de gastos tanto la imputación proporcional de los gastos generales de la empresa como los gastos por amortización y provisión, generales o especiales, y el derecho a la compensación de pérdidas en base al principio de contabilidad separada.

Como ya hemos ido exponiendo en otras ocasiones, el legislador pretende un objetivo extrafiscal al redactar una normativa tributaria interna, estableciendo unos requisitos que generen una actuación del contribuyente concreta –por ejemplo, mediante una forma jurídica especifica–, con el objetivo de beneficiar al contribuyente de un régimen tributario particular o directamente de un ahorro de impuestos, o dicho de otro modo, se busca que mediante la legislación tributaria interna, el modo de establecer mecanismos específicos de promoción económica, estableciendo unas premisas que los contribuyentes deben cumplir, a través de unos requisitos. Estos supuestos pueden suponer que los EP deban de cumplir los mismos presupuestos que las sociedades nacionales de Estado miembro en cuestión, perdiendo tales ventajas si no cumplen las condiciones o rehúsan de sujetarse a ellas, para apoyar dicha

[60] Cuando nos referimos a la exigencia de unas actividades similares, queremos decir que serán todos aquellos EP que pertenezcan al mismo sector de actividad. Con esto se puede suponer eliminar una situación excepcional, ya que a nuestro entender, puede originar que los EP puedan beneficiarse de regímenes especiales o de los preceptos específicos destinados a determinados sectores o ámbitos de la actividad empresarial

[61] Ante lo expuesto, tenemos claro que la comparación a la nos referimos deberá realizarse entre el EP y una empresa residente, y no únicamente con las empresas residentes filiales de matrices extranjeras, o de matrices en el otro Estado, y siempre que realicen las mismas actividades, con una estructura legal similar a la de la empresa que posee el EP, a partir de ello, es cuando se podrá referirse al principio de no discriminación. Ya que, sería incongruente restringir el ámbito de comparación –y por tanto de aplicación del principio– a las entidades filiales de matrices extranjeras, y permitiendo, por tanto, un trato discriminatorio por relación con el resto de entidades residentes, en tanto cuanto, las entidades filiales de las matrices extranjeras tienen asegurado el tratamiento no discriminatorio frente a las demás entidades residentes.

afirmación vemos la Sentencia del Tribunal Supremo del Reino de España, que considera que la normativa tributaria española no vulnera el principio de no discriminación por el hecho de imposibilitar a los EP ser cabecera de un grupo consolidado a nivel fiscal en el IS, ya que la argumentación de dicho tribunal parte de que «las condiciones fijadas por las leyes españolas para las propias empresas españolas es que tanto la matriz como las filiales sean sociedades», puesto que al exigir las mismas condiciones –una concreta forma jurídica– a las empresas nacionales como a las extranjeras, no se producirá una discriminación [(62)]. Explicando lo anterior, no existirá una discriminación desde el punto de vista de un EP cuando estos y las demás entidades nacionales con las que se compara deban cumplir con los mismos requisitos de forma para beneficiarse de determinados beneficios fiscales, aunque manifestamos que puede condicionar al contribuyente, de manera subjetiva, ya que ante situaciones donde dicho contribuyente prefiera mantener su personalidad jurídica en otro Estado –dando lugar a un EP a efectos tributarios en el segundo Estado en cuestión– estará estableciendo una limitación a la presencia económica de dicho EP en ese otro Estado y, por ende, sus resultados económicos. Ante esta situación, también mencionamos el caso contrario, es decir, en el supuesto caso que la normativa interna de un Estado miembro intente proteger a los inversores extranjeros al constituirse mediante un EP en otro Estado, frente a la imposibilidad de crear un EP de los residentes de ese Estado, dará lugar a un mejor trato para los no residentes frente a los residentes, puesto que, básicamente los residentes carecerán de la posibilidad de seleccionar la forma jurídica que beneficia fiscalmente, en el desempeño de su actividad económica.

Ante lo expuesto, nos resulta llamativo de que existe una dificultad en la interpretación del principio de no discriminación desde un punto de vista de los EP, ya que, incluso el TJUE ha generado una divergencia en dicha interpretación. El propio Tribunal, en ocasiones ha defendido la discriminación en favor de la potestad tributaria del Estado y de su interés general, y en otros casos, ha reconocido la existencia de discriminación y, por tanto, que es contraria a la libertad de establecimiento. Para explicar esta divergencia, en lo referente al que permisibilidad de la discriminación, nos basamos en las sentencias como la Sentencia *Wielockx* o la Sentencia *Royal Bank of Scotland*, donde la primera, el Tribunal no reconoce la deducibilidad de determinados gastos en forma de reservas al EP, y en la segunda, permite la aplicación de tipos diferentes de gravamen entre al EP y a las entidades residentes [(63)]. En cuanto a aquellas sentencias que avalan la libertad de establecimiento y, en consecuencia,

[62] Véase el Tribunal Supremo de España, sentencia de 12 de febrero de 2003, Asunto 887/2003.
[63] Véase las sentencias de TJCE de 11 de agosto de 1995, Asunto C-80/94, *Wielockx* y la de 29 de abril de 1999, Asunto C-311/97, *Royal Bank of Scotland*.

imposibilitando que un Estado pueda crear una discriminación entre una entidad residente y un EP, haremos referencia a la Sentencia *Futura*, donde el Tribunal pone en cuestión, acerca de poder practicarse la compensación de pérdidas, que ante la aplicación de una misma normativa, tanto la entidad como para el EP, es decir, que para ambos sujetos existe la misma exigencia de tener una contabilidad separada conforme a la normativa aplicable como requisito para poder demostrar la existencia de pérdidas y, por tanto, poder deducirse las pérdidas. En este caso, el Tribunal entiende que hay una restricción a la libertad de establecimiento, y si, una discriminación, puesto que supone que para una entidad no residente que actué mediante un EP una carga económica adicional al deber conformar sus cuentas conforme a una normativa doble y diversa [(64)].

Por lo expuesto, mencionamos que un EP no puede sufrir una discriminación en lo referente a la eliminación de la doble imposición económica. En otras palabras, este principio ampara la necesidad de evitar una doble imposición de los beneficios producidos y distribuidos por un EP. Esta circunstancia es reseñable, ya que mediante la Directiva 90/435/CEE no se contempló de forma expresa la obligación de los Estados miembros de eliminar la doble imposición económica internacional en la recepción de dividendos, sino que con esta Directiva se armonizó todas aquellas relaciones económicas internacionales objetas de ser gravadas, entre un socio y una o varias sociedades, siempre y cuando se tratasen, en ambos casos, de personas jurídicas. Es con la actuación armonizadora del TJUE, en defensa de la libertad de establecimiento y sus implicaciones, que provoca que con la modificación de la Directiva 90/435/CEE por parte de la Directiva 2003/123/CE, se armonice el tratamiento tributario de las relaciones entre los EP y las casas matrices, en comparación con las entidades filiales y la matriz [(65)]. Aunque, con esta cierta armonización se puede plantear otra cuestión, es decir, vemos que se ha articulado mecanismos europeos para eliminar la doble imposición internacional para los EP que realicen una actividad económica dentro de la UE, pero esto puede originar que las pretensiones tributarias de cada Estado difieran y, en particular, generando una obligación tributaria para el EP, dicho de otro modo, queremos decir que existen ordenamientos tributarios

[64] Véase TJCE, sentencia de 15 de mayo de 1997, Asunto C-250/95, *Futura*.

[65] Véase el TJCE, sentencia de 28 de enero de 1986, Asunto C-270/83, *Comisión/Francia*, quizás sea la primera sentencia que determinará la eliminación de cualquier tipo de discriminación entre entidades y EP. En referencia a lo anterior, el planteamiento realizado por el Tribunal de Luxemburgo, acerca de la de que EP de sociedades no residentes deberían –y deberán– de beneficiarse de una aplicación impositiva al igual que las entidades residentes, amparándose para ello en la libertad de establecimiento. Por lo que, los Estados miembros que mantengan un tipo de discriminación en lo referente a la aplicación de diferentes tipos de gravámenes –por ejemplo, progresivos para los residentes y proporcionales para los EP–, o de un doble tipo en el impuesto de sociedades –método utilizado para generar una doble imposición–, o, incluso, la aplicación de la normativa de transparencia, no será una normativa acorde con el Derecho de la UE.

que obligan a tributar por rentas –material o jurídicamente– se han obtenido fuera del territorio donde se encuentra radicado el EP. Esto supone, que el EP aplicará el método de imputación de impuestos extranjeros de aquellas rentas obtenidas en otra jurisdicción por el EP, como rentas atribuibles al EP [(66)]. En consecuencia, es evidente que existe una pretensión de someter a gravamen las mismas rentas de un EP, obtenidas en distintas jurisdicciones, provocando una doble imposición internacional. Esto genera a su vez una nueva problemática, y es que, el principio de no discriminación se origina para conseguir un resultado concreto: evitar que en un Estado, un EP de una empresa de otro Estado miembro se grave de forma más onerosa que las empresas residentes. Por tanto, lo que observamos es que este principio no exige una eliminación de la doble imposición internacional, ni que se apliquen las mismas normas tributarias previstas para las entidades residentes a los EP. Es decir, el principio de no discriminación será una herramienta no para la eliminación de la doble imposición internacional que pueda soportar el EP sino para evitar una situación tributaria más gravosa, en una jurisdicción, de la que pueda soportar una entidad residente comparable. De este modo, entendemos que en base a este principio no se puede aplicar las mismas normas para eliminar la doble imposición, en sentido contrario se tendrán que articular todas aquellas medidas necesarias que impidan una tributación más gravosa para un EP en comparación de una entidad residente [(67)].

Por lo anteriormente expuesto, percibimos que se necesita una correcta interpretación de la situaciones de discriminación en correlación con la necesidad de emplear las normas tributarias precisas que permitan determinar, ante una situación comparable, los efectos de dicha situación que verifiquen que se pueda estar ante una circunstancia de mayor o menor gravamen por parte de un EP. Por lo que, tendremos que distinguir de forma clara los problemas –en el ámbito subjetivo– que se generen al aplicar el principio de no discriminación en correlación con las normas que configuren el ordenamiento tributario que resulta de aplicación para las entidades residentes comprables, a efectos de verificar cuando se produce una situación que diferente de carga tributaria, con un establecimiento permanente. En consecuencia, el proceso de armonización en el tratamiento tributario entre residentes y establecimientos permanentes, que podemos analizar desde la evolución comparativa de los ordenamientos tributarios respecto al tratamiento que recibe el EP –que tiende a converger hacia una dirección

[66] Cabe señalar de lo expuesto que nuestra normativa recoge esta situación, concretamente en el artículo 15.1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes, que establece que los EP tributarán por la totalidad de la renta imputable al EP, independientemente de cual fuera su lugar de obtención.
[67] En este sentido véase el TJCE, sentencia de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-307/97, *Saint Gobain*.

de equiparación con las entidades residentes– supone que el principio de no discriminación no ha ayudado en ese camino. Ha sido mediante la articulación de la libertad de establecimiento y su apoyo en este principio lo que ha ayudado a esa equiparación. Es decir, ante una distribución tradicional de competencias tributarias este principio no puede obligar a los Estados miembros a conceder deducciones, desgravaciones y/o reducciones impositivas otorgadas a sus residentes, en base a unas circunstancias –o vinculaciones– concretas. Por ello, ante las diferentes configuraciones sobre la imposición sobre los EP, en atención a su carácter subjetivo –exigibilidad por una vinculación con un Estado concreto– o su carácter objetivo –exigir una vinculación territorial al Estado–, el principio actuará como una adecuación de la carga tributaria de cada EP, en base a una capacidad económica y se excluirá aquella ventaja tributaria que se obtenga de la traslación de la normativa interna en base a algún carácter. Dicho de otro modo, los establecimientos permanentes en aquellos supuestos donde no exista ningún tipo de vinculación con otro Estado deberán cumplir con sus obligaciones tributarias en base a su capacidad económica, sin poder obtener una ventaja fiscal reglamentada para una entidad residente –el ejemplo más claro sería un EP que realiza servicios en otro Estado miembro–, ya que no se podría apelar a la existencia de una discriminación al faltar una sujeción con el Estado [(68)]. En este mismo sentido, mencionamos aquí que esta problemática nace de la consideración que tiene un EP, ya que se supone que es sólo un sujeto tributario sin capacidad jurídica y, por ende, solo tendrá efectos a nivel tributario, aunque se puede expresar como una persona jurídica sin capacidad jurídica pero que sus efectos fiscales serán sometidos a gravamen sobre las rentas generadas por él [(69)]. En cambio, cuando hablamos de entidades, y no de EP, vemos que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, si actuará, ante una situación comprable, facilitando el poder beneficiarse de estas ventajas fiscales –o poder reclamar el beneficio fiscal–, ya que jurídicamente si estaremos ante una entidad con una vinculación con un Estado.

Al fin de ahondar en las problemáticas que plantea un trato discriminatorio entre un EP y una entidad residente, mencionamos que tradicionalmente todos los sistemas tributarios generan una imposición a las personas físicas, a las sociedades y a las entidades no residentes,

[68] Este argumento ha sido defendido por el TJUE en el supuesto de que no se haya tenido en cuenta –o no haya podido disfrutar de ese beneficio fiscal– en el Estado de residencia del contribuyente, deberá ser en el Estado del establecimiento o de la realización de la actividad donde se tenga en cuenta la reducción, beneficio y/o desgravación sobre la carga tributaria global, ya que, genera –el tribunal entiende que podría generar– una situación contraria a la libertad de circulación y la libertad de establecimiento, provocando así una discriminación. En este sentido, véase la sentencia del TJCE de 14 de febrero de 1995, Asunto C-279/93, *Schumacker*.

[69] Aunque nuestra opinión en este sentido difiere, ya que existen pruebas evidentes de sus capacidades jurídicas asociadas a su constitución, sometimiento al ordenamiento jurídico y la posibilidad de generar una actividad económica.

estableciendo normas con correlación para cada impuesto, entre sí y normas con efecto en el sistema tributario en general. Por ello, a nuestro juicio, pensamos que es difícil obtener un régimen tributario único para todos los EP, puesto que –a nivel tributario– no se puede comparar el EP de una persona física no residente y el EP de una persona jurídica no residente, es decir, se deberán comparar y equiparar desde la coherencia y la lógica del ordenamiento tributario en su conjunto, ya que resultaría complejo y de consecuencias inciertas no hacer una distinción entre los distintos EP formalizados, o por una sociedad o una persona física. Es por ello, que el principio de no discriminación se ajustará al principio de igualdad recogido en los principios de justicia tributaria contemplados en la Constituciones nacionales de los Estados miembros, ya que, en nuestra opinión, dicho principio de igualdad establece que ambos sujetos de la misma condición sean considerados por iguales y el principio de no discriminación hará lo propio entre aquellos contribuyentes residentes o no de un Estado miembro [(70)].

5.2.2. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS SOCIEDADES FILIALES.

Debemos entender como una discriminación sobre entidades filiales, en aquellas situaciones de algunas entidades residentes sufran una discriminación indirecta en base a la composición de su accionariado. Por lo que, el principio de no discriminación protegerá de los diferentes tratamientos que realice el Estado de residencia y no el otro Estado en cuestión. Esto supone, a nivel de seguridad jurídica, una consideración de que el Estado de la fuente genera una protección sobre el inversor residente en este Estado y, también, sobre la inversión que realice en otro Estado –Estado de residencia de la entidad filial–, es por ello, que se conoce como discriminación indirecta en el Estado de la fuente. Desde esta perspectiva, el principio generará una protección objetiva, sobre el resultado de la inversión o de la inversión en si misma; sobre una protección subjetiva, en defensa de los intereses del inversor independientemente de su residencia. Para poder ampararse en este principio, las entidades filiales tendrán suscrito, total o parcialmente, su capital y controlado, directa o indirectamente, por uno o varios residentes de otro Estado miembro. En este sentido, se debe excluir las

[70] Debemos entender que el principio de no discriminación será la piedra angular donde se apoye la libertad de establecimiento, es decir, vendrá a limitar las implicaciones jurídicas que intenta distorsionar el principio de igualdad tributaria entre los distintos contribuyentes, para equiparar el tratamiento fiscal tanto a residentes como no residentes o extensiones jurídicas de estos últimos en otro Estado miembro, sin prejuicio, claro está, de la potestad tributaria de cada Estado.

entidades promovidas por una persona física, ya que si es promovida por una persona física no residente será una explotación bajo la forma de EP, es decir, la titularidad de las participaciones o acciones serán, a nivel fiscal, del establecimiento permanente que la persona física crea al iniciar una explotación sin perder la residencia fiscal original. En consecuencia, no se exige ningún nivel mínimo de control o de detentación del capital por parte de inversores no residentes, ni que la forma de participar deba de ser indirecta o directa sobre dicho capital, por lo que, al no especificarse los requisitos para la correcta aplicación del principio de no discriminación en el ámbito de la UE irá en consonancia con el principio *arm´s length* [(71)]. Es decir, su aplicación no quedará limitada al ámbito de la imposición sobre rentas o rentas trasnacionales, sino por todas aquellas situaciones con otros tributos quedarán afectadas por las exigencias del principio de no discriminación.

Tal y como hemos anunciado, este principio será de aplicación en aquellas situaciones de trato diferencial entre entidades comparables, dicho de otro modo, aquellas entidades filiales controladas por entidades no residentes deben compararse con entidades residentes controladas por otras entidades nacionales. Sin embargo, a nuestro juicio, supone una exclusión, puesto que, se aplicará el principio sobre aquellas entidades filiales cuyo capital se encuentre totalmente controlado, directa o indirectamente, por uno o varios residentes de otro Estado miembro, excluyendo por tanto, a los socios que residan en terceros países. Aunque podemos establecer una prohibición de someter a las entidades filiales amparadas en este principio a ningún impuesto u obligación relativa a la misma sin ser exigida o suponga ser más gravosa. Puesto que se analizará la existencia de una discriminación entre dos entidades residentes en un Estado en concreto, es decir, al producirse la comparación entre empresas y no entre sus socios –que tendrán residencia diferente–, se prohibirá la discriminación entre las filiales, pero no entre las entidades matrices. A simple vista, puede suponer una limitación al principio de no discriminación, aunque creemos que tal alto nivel de discriminación pueda ser admitido, ya que ante una situación donde una normativa interna exija unos requisitos formales adicionales en su régimen de precios de transferencia con entidades no residentes no puede suponer una quiebra del principio, es decir, solo se tendrán en cuenta la parte de la tributación que afecta a

[71] Según la OCDE, este principio de *at arm´s length* o «principio de plena competencia» se aplica «cuando las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios, que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que, de hecho, no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de dicha empresa y someterse a imposición en consecuencia», teniendo su origen en los comentarios al artículo 9 del modelo de convenio de la OCDE. Por lo que, este principio se aplicará, dentro de un mercado competitivo para impedir la posibilidad de generar unas ganancias –o pérdidas– extraordinarias arbitrariamente por parte de los contribuyentes.

las entidades filiales controladas, pero no las relaciones de estas últimas con sus matrices que controlan el capital –por ejemplo, establecerse requerimientos adicionales de información o que se establezca la inversión de la carga de la prueba–, ni a las retenciones que se puedan imponer sobre los pagos o en las operaciones societarias.

5.2.3. LA JURISPRUDENCIA EUROPEA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN.

Como veremos más adelante, la libertad de establecimiento –recogida en el art. 49 del TFUE– y de libre circulación de capitales –contemplada en el art. 56 del TFUE–, son analizados por la jurisprudencia europea en base a la prohibición de discriminación según la nacionalidad. Desde la perspectiva del Derecho tributario, se tendrá en cuenta la residencia fiscal. Adicionalmente vemos que estas Libertades influyen notoriamente sobre la actitud de los contribuyentes del ámbito europeo. Por tanto, el principio de no discriminación del tratado, cómo hemos explicado anteriormente, se basa en el principio constitucional de igualdad de trato entre los contribuyentes residentes y no residentes, pero se trata de un factor, que es por todos conocido, que la residencia que diferencia, es decir, se trata de una diferencia en el trato sobre los obligados tributarios en base a un impuesto, en el que se crean dos tipos de contribuyentes, originados por el ordenamiento interno de cada Estado miembro, y generará, desde la perspectiva del Tratado, una diferenciación de trato cuando no exista motivación objetiva que sustente dicha diferenciación [(72)]. Explicando lo anterior, ante circunstancias donde residentes y no residentes sean comparables, en base a los requisitos que utiliza el ordenamiento interno, no cabe un trato asimétrico entre dichos residentes [(73)].

Por lo anterior, advertimos que el principio de no discriminación intenta proteger el resto de Libertades de la UE recogidas en el Tratado, intentando amparar al no residente, es decir, el no residente tendrá las mismas obligaciones y derechos que el residente. En este sentido, el amparo de este principio se extiende al ejercicio de las Libertades, por parte de residentes, hacia otros Estados miembros, ya que no puede llegar a discriminar aquellas inversiones o actividades

[72] Esta interpretación la obtenemos a partir de la sentencia del TJCE, de 13 de julio de 1993, Asunto C-330/91, *Commerzbank*, donde el Tribunal expresó que el criterio de sujeción a una jurisdicción tributaria, puede ser la residencia fiscal, este criterio puede ser base para conceder o denegar beneficios fiscales, en detrimento de contribuyentes residentes en otros Estados, diferente al Estado de la fuente.

[73] Para afianzar esta afirmación, recomendamos que se vea la sentencia del TJCE, de 28 de enero de 1986, Asunto C-270/83, *Comisión/Francia*, donde se determina que ante un tratamiento fiscal igualatorio por parte de un Estado miembro, independientemente de la residencia fiscal, para determinar la sujeción de tributación a este Estado, el mismo no puede denegar normas fiscales internas favorables a contribuyentes, por ser no residentes.

realizadas en el resto de la UE, aunque todos sus titulares sean residentes del Estado miembro, por lo que constituye una violación del Derecho de la UE. Esto puede suponer uno de los principales problemas que se enfrenta los contribuyentes europeos –alcance que ya hemos comentado anteriormente–, que es determinación de donde localizar la sede efectiva de la empresa, ya que desde la perspectiva del ordenamiento nacional se configura una entidad como residente fiscal o no residente fiscal. En otras palabras, el ordenamiento tributario nacional, ante los supuestos contemplados que originan ventajas u oportunidades fiscales para los contribuyentes, puede tratar de manera peor –amparándose en una justificación, bastante subjetiva, de las excepciones a las Libertades de la UE por razón de orden público, seguridad y salud pública– a sucursales, establecimientos permanentes y/o sociedades filiales, o, incluso, generar una mayor carga fiscal a un grupo de entidades localizadas en su territorio, mediante la denegación, a la sociedad matriz residente, de un beneficio fiscal porque exista una sociedad del grupo radicada en otro Estado miembro [(74)], pero ante esta situación, el TJUE ha ido eliminando normas discriminatorias o restrictivas, para que los contribuyentes puedan generar una optimización en su carga fiscal sin necesidad de acudir a una planificación fiscal. Dicho de otro modo, el Derecho de la Unión Europea garantiza a las empresas la posibilidad de evitar obstáculos generados por los ordenamientos tributarios nacionales, en contrapartida de intentar articular operaciones y/o actividades empresariales, mediante la constitución de filiales o establecimientos permanentes basadas únicamente en un sentido jurídico o meramente instrumental –véase estas instituciones sin valor económico o sin sustancia económica–, exclusivamente para sortear los obstáculos, es decir, articular una transacción de forma artificiosa y que sólo se ha llevado a cabo por razones puramente de evasión o elusión fiscal [(75)]. Es necesario recordar que las justificaciones subjetivas que hemos expuesto anteriormente, presentadas por los Estados para defender su normativa tributaria y las discriminaciones entre residentes y no residentes, pocas veces han sido acogidas por el TJUE, ya que es difícil acogerse a la excepcionalidad para limitar los efectos del principio de no discriminación. Una de las

[74] Sobre este sentido, el TJCE, mediante las sentencias, de 12 de abril de 1994, Asunto C-1/93, *Halliburton*; la de 16 julio 1998, Asunto C-264/96, *Imperial Chemical Industries*; y la de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-307/97, *Saint Gobain*, ha defendido que esta diferenciación de trato no se ajusta al Derecho de la UE y por tanto, estas normativas fiscales nacionales son contrarias a los objetivos del Tratado.

[75] Señalamos este aspecto, y en base a lo que señala el TJUE, puesto que la artificiosidad a la que hacemos referencia, se genera mediante el denominado *directive shopping* o el uso abusivo de las directivas, es decir, que una determinada entidad jurídica lleve a cabo una operación societaria con el único propósito de aprovecharse de los beneficios que se establecen en una directiva, beneficios que no podrían haber sido aplicados sin que la operación no fuera de manera artificiosa, y por tanto, hubieran quedado fuera de su alcance. En este sentido, véase, las Sentencias del TJCE de 9 de marzo de 1999, Asunto C-212/97, *Centros*; la de 21 de febrero de 2006, Asunto C-255/02, *Halifax*; la de 6 de abril de 2006, Asunto C-456/04, *Agip Petroli* y la de 12 de septiembre de 2006 *Overseas*, Asunto C-196/04, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes*.

justificaciones es el interés fiscal del Estado, que en sus inicios se presentaba como un mero justificante para aplicar desventajas fiscales a sus no residentes, pero con el tiempo y una nueva orientación jurídica, se presenta, como un objetivo para evitar la reducción de los ingresos y así impedir la erosión de la base imponible que puedan realizar los contribuyentes –por ejemplo, con la utilización de estructuras societarias complejas–, siendo esta última perspectiva aceptada por el Tribunal. Otras justificaciones son la coherencia del sistema fiscal y la eficacia de los controles fiscales. En relación a esa coherencia, ésta fue reconocida por el TJUE en el asunto *Bachmann* del 1992 [(76)], pero según menciona el Tribunal de Luxemburgo para ser considerada, debe existir una asimetría del sistema normativo tributario del Estado en cuestión y en todas las situaciones del ejercicio, tanto positivas como negativas, de su potestad tributaria, dicho de otro modo, la normativa nacional no puede caer en la discriminación a los no residentes, no poder acogerse a beneficios fiscales, excusándose de que es un elemento estructural del sistema fiscal nacional. La segunda, vemos que ha sido acepta en aquellos supuestos que se argumentaba, por parte del Estado, que es para la lucha contra la evasión fiscal, es decir, se limitarán los efectos de las Libertades de la UE para conseguir reducir actividades que son contrarias a la obligación de todos los contribuyentes a contribuir al sostenimiento de Estado. Sin embargo, notamos que todas estas justificaciones –interés fiscal, coherencia del sistema tributario o eficacia de los controles fiscales–, en la mayoría de las ocasiones son neutralizadas por el TJUE, ya que, el motivo que expone el propio Tribunal –bastante coherente en la práctica–, es que las Administraciones tributarias pueden acogerse a los medios que ofrecen la Directiva europea 77/799/CEE, que establece obligaciones y medios de asistencia mutua y de intercambio de información entre las administraciones fiscales de los Estados miembros, siendo una herramienta para luchar contra aquellos comportamientos poco éticos de los contribuyentes que intenten evadir impuestos o erosionar sus bases imponibles.

5.3.LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS.

Se trata de unas de las Libertades de la UE recogida en el TFUE y clave para el desarrollo del mercado común, donde la libre circulación de personas entre los Estados miembros se divide en otras dos. Por un lado, la libre circulación de trabajadores regulada en los preceptos 45 a 48 del Tratado y, por otro lado, la libertad de establecimiento, regulada en los artículos 49 a 55. Por un lado, la libre circulación de personas nace de la firma del Acuerdo

[76] TJCE, sentencia de 28 de enero de 1992, Asunto C-204/90, *Bachmann*.

de *Schengen* en 1985 y de la posterior firma del *Convenio de Schengen* de 1990, con el que se inicia la eliminación de las fronteras entre Estados miembros participantes –debemos recordar que no todos los Estados de UE quisieron formar parte del convenio en sus inicios–, que mediante la llamada cooperación *Schengen*, es decir, según el artículo 45 del TFUE se creó una parte del marco jurídico e institucional de la UE –que se ha ido ampliando, de forma progresiva hasta incluir a la mayoría de los Estados de la Unión y a algunos países extracomunitarios– con esta libertad se intenta garantizar las discriminaciones que puedan surgir por las diferentes nacionalidades entre los trabajadores de los Estados miembro.

Por otro lado, desde el punto de vista de las sociedades deberemos señalar el artículo 49 del TFUE, dónde se establece la libertad de establecimiento para el desarrollo de actividades no asalariadas y su ejercicio. En resumen, la libre circulación de trabajadores tendrá como fin garantizar la inexistencia de discriminación en las relaciones entre el trabajador-empresario; mientras que la libertad de establecimiento garantizará el correcto desarrollo de las profesiones liberales o autónomas, o en otras palabras, aquellas actividades independientes que facilitan el ejercicio de la actividad empresarial y el lugar donde radicar dicha actividad. Aunque, esta especificación puede generar un problema, dado que existen profesiones o actividades que pueden ejercerse tanto en relación laboral como de forma independiente y liberal, tendremos que ver qué libertad aplicaremos dependiendo de la actividad concreta objeto de análisis sobre el sujeto. Desde nuestro punto de vista, entenderemos que el criterio que debemos tener en cuenta para distinguir qué Libertad europea nos ampara es la existencia de características de laboralidad, y dichas características diferenciarán qué se entiende por trabajador y por sujeto con profesión autónoma –según la normativa española, estas especificaciones vendrán contempladas en el artículo uno del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores–. Sin embargo, para explicar lo anterior debemos ver que sí concurren los elementos de dependencia y personalidad estaremos ante supuestos que caen bajo el paraguas de la libre circulación de trabajadores. A *sensu contrario*, sino concurren ambas circunstancias, estaremos ante situaciones reguladas por la libertad de establecimiento, o, incluso en su caso, por la libre prestación de servicios. Por último, tendremos presente que la libertad de circulación establece que no puede existir una discriminación por razón de nacionalidad, pero esta condición *sine qua non* admite excepciones [(77)].

[77] Estas excepciones son las contempladas en el art. 45.3 del TFUE, amparadas por el orden público, seguridad y salud pública. Debemos manifestar que en el ámbito tributario no cabe estas excepciones, en base al artículo 2. 2) de la *Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964*, ya que no pueden ser invocadas para proteger un fin de carácter económico. Véase en este sentido, DATIS QUACEDO, M. A.: "*La libre circulación de*

En nuestro análisis de armonización fiscal en materias de sociedades, es básica la puesta en conocimiento de la libertad de establecimiento, ya que, su objetivo es posibilitar el ejercicio de una actividad económica de forma continua y permanente en otro Estado miembro, cuando son profesionales o personas jurídicas nacionales de otro Estado, eliminando cualquier discriminación por razón de nacionalidad, o cualquier otra manera de discriminación, sea indirecta o encubierta, que imposibilite la posibilidad de ampararse en la libertad de establecimiento. En consecuencia, con esta libertad, se pretende facilitar a cualquier contribuyente de la Unión el derecho a realizar o emprender aquellas actividades económicas, mediante el establecimiento o la administración de empresas que realicen actividades estables, permanentes y continuadas en las mismas condiciones previstas en la legislación de su Estado de origen en el Estado de destino, es decir, acerca del establecimiento de actividades económicas debe ser de igual para sus propios ciudadanos como para los resto de ciudadanos europeos.

Para un correcto amparo de la libertad de establecimiento, es necesario que un contribuyente de la UE decida instalarse en otro Estado miembro de forma material, estable y permanente, mediante la figura de persona jurídica o en persona física. Debemos tener claro que este ejercicio de la libertad puede realizarse de forma principal, es decir, la creación o transferencia del centro de la actividad de un contribuyente de un Estado a otro Estado miembro, o bien, secundaria, cuando lo que se decida realizar es una inversión mediante la creación de una sucursal o filial en el otro Estado, mientras se explota la actividad principal en el Estado de origen.

Otro aspecto a señalar, es los correctos beneficiarios de la libertad de establecimiento, ya que pueden ser los contribuyentes personas físicas nacionales de un Estado miembro como todas aquellas personas jurídicas constituidas legalmente en ese Estado, de acuerdo con la legislación vigente. Es decir, todas aquellas personas jurídicas de Derecho civil o mercantil y/o del Derecho público o privado, que persigan un fin lucrativo, por lo tanto, también se incluye a las sociedades cooperativas [(78)]. Adicionalmente, otro requisito que deben cumplir las personas jurídicas para gozar de la garantía y protección de la libertad de establecimiento, es que su sede social, la administración real de la sociedad o el centro de actividad principal este dentro de las fronteras de la UE. De esta manera, para el correcto ejercicio de la libertad de establecimiento se sigue la «teoría del control efectivo», que es aquella que determinará la nacionalidad de una

trabajadores", en la obra colectiva, *Estudios de Derecho Comunitario Europeo*, Consejo General del Poder Judicial, 1989, págs. 299 y ss.

[78] Artículo 54 TFUE.

persona jurídica según la nacionalidad del que ostenta el control o el lugar desde donde se lleve a cabo el control, independientemente del lugar de constitución de la sociedad, consagrando así un criterio formal dentro del TFUE [(79)].

Examinando la jurisprudencia del TJUE, vemos que el Tribunal como máximo garante de las Libertades de la UE, y por tanto, en aras a defender el pleno ejercicio de la libertad de establecimiento, provoca limitaciones a la potestad tributaria de los Estados miembro, sobretodo en la imposición directa. A modo de ejemplo de estas limitaciones, podemos recordar abundante jurisprudencia del TJUE, donde reconoce que los contribuyentes deben tener como objetivo a alcanzar el ahorro en la carga fiscal, ya que se trata de un interés legítimo en sí mismo, además sí dicho ahorro es motivado por el ejercicio de las Libertades de la UE del Tratado. Explicando esto, en la circunstancia de que una sociedad se constituya en un Estado miembro simplemente por alcanzar una legislación más ventajosa para sus intereses –legislación societaria o legislación tributaria– no se puede considerar, por sí sola, razón suficiente como elemento diferenciador de que el contribuyente está realizando un uso abusivo de las Libertades de la UE [(80)].

Por lo anterior, el criterio de nacionalidad es un elemento a tener en cuenta tanto por parte de los contribuyentes como por parte de los Estados, y es que determinadas deducciones o bonificaciones sobre la cuota están condicionadas a la residencia fiscal de los contribuyentes, o incluso se puede limitar la deducción porque parte de los elementos están radicados fuera del territorio del Estado en cuestión. Generando una situación de desigualdad entre residentes y no residentes que puede vulnerar los principios y Libertades de la UE, tal y como veremos en capítulos posteriores. Por otro lado, la libertad de establecimiento no es un derecho de circulación, es decir, este derecho que tiene los contribuyentes para poder instalarse en otro Estado, y no para poder transferir la sede social o la dirección efectiva [(81)] de una sociedad de un Estado a otro Estado miembro, y con ello poder transferir de esta manera la residencia fiscal, pudiendo de esta manera eludir una normativa tributaria que fuese más más gravosa o, sin embargo, poder disfrutar de un régimen de tributación más favorable [(82)].

---

[79] En este sentido, es relevante poner de manifiesto el caso *Barcelona Traction*, sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de la Haya de 5 de febrero de 1970. Es a partir de esta sentencia donde se empieza a utilizar en el Derecho internacional, el criterio de nacionalidad nominal de una compañía frente a la nacionalidad efectiva. Elemento que recoge también el TFUE:

[80] En este sentido, véase las sentencias del TJCE de 30 de septiembre de 2003, Asunto C-167/01, *Inspire Art* y la de 12 de septiembre de 2006, Asunto C- 196/04, *Cadbury Schweppes*.

[81] Definición obtenida en el Art. 8 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, que dispone que «a estos efectos, se entenderá que una entidad tiene su sede de dirección efectiva en territorio español cuando en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades».

[82] TJCE, sentencia de 27 de septiembre de 1988, Asunto C-81/87, *Daily Mail*.

5.4.LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

La libertad de prestación de servicios aparece recogida en los artículos 56 a 62 del TFUE. Esta libertad forma parte de la columna vertebral para el correcto funcionamiento interno del mercado interior común, ya que supone el generar una vía para empresas y/o ciudadanos, amparándose en el Derecho de la UE, para que puedan realmente acceder al mayor número de servicios, al menor coste, de manera eficaz y exigiendo una adaptación a sus necesidades. Según el TFUE, podemos entender como libre prestación de servicios, como el derecho de todas aquellas personas físicas y jurídicas de la UE, que realicen actividades económicas desde un Estado miembro hacia otros Estados, es decir, que el beneficiario del servicio resida en otro Estado. Además dicha prestación se podrá realizar sin necesidad de un establecimiento estable y permanente en el Estado de destino, siendo los elementos característicos de los servicios que configuran esta libertad son los siguientes:

En primer lugar, nos encontramos ante un concepto residual, ya que, el TFUE recoge en el párrafo primero del artículo 57, la definición de los servicios considerándolos como tales aquellas prestaciones a cambio de remuneración y que no estén reguladas por las otras Libertades de la UE, es decir, estarán sometidas a las normas relativas a la libre prestación de servicios cuando no estén bajo el amparo de las demás Libertades. Como segunda característica, distinguimos la necesaria existencia de una prestación de servicio con remuneración [(83)], siendo la cuestión que estos servicios deben partir con una finalidad de obtener un lucro. Manifestamos que el propio TFUE ha sido matizado por la jurisprudencia del TJUE, en lo referente al concepto de remuneración hasta abarcar también las actividades sin fines lucrativos [(84)]. Siendo el tercer elemento característico, el que la prestación del servicio tiene que tener un carácter transfronterizo, es decir, y en base a la jurisprudencia del TJUE, no se podrán amparar a la libre prestación de servicios aquellas actividades que se realicen en el interior de un Estado miembro [(85)]. Y por último, señalamos la circunstancia de que si la prestación es realizada por una sociedad, ésta debe estar constituida conforme a la legislación del Estado miembro donde tenga su residencia, es decir, debe ser una sociedad europea para poder acogerse a la libre prestación

[83] Haciendo un análisis del artículo 57 del TFUE, donde nos enuncia que se considerarán prestaciones de servicios aquellas que hayan sido realizadas a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por otras libertades, es decir, aquellos servicios que van anexos a bienes, no se entenderán amparados por la libre prestación de servicios.

[84] Véase las sentencias del TJCE de 26 de abril de 1988, Asunto C-352/85, *Bond van Advertaarders y otros*; y la de 11 de abril del año 2000, Asuntos acumulados C-51/96 y C-191/97, *Deliège*.

[85] En este sentido destacamos las sentencias del TJCE de 26 de abril de 1988, Asunto C-352/85, *Bond van Advertaarders y otros*; y la de 18 de marzo de 1980, Asunto C-52/79, *Procureur du Roi*.

de servicios. Intentando hacer un resumen, podemos decir que la prestación de servicios amparada por esta libertad, es aquella actividad económica que recibe una remuneración, se realiza de forma transfronteriza, no permanente y no amparada por el esto de Libertades de la UE, diferenciándose así de la libertad de establecimiento. Es decir, en la libre de prestación de servicios parte de un elemento temporal frente a un carácter permanente y estable de la libertad de establecimiento. Ya que para ampararse en la libertad de establecimiento es necesario que exista un desplazamiento de una persona o de generar una acción jurídica –como la constitución de una sociedad– de un Estado miembro a otro Estado miembro.

Llegados a este punto, quizás sea necesario hacer algunas matizaciones de que servicios concretamente no están regidos por la libertad de prestación de servicios. Como primera matización, y posiblemente el servicio más conocido, se excluye los transportes, ya que se rigen por lo establecido en los artículos 90 a 100 del TFUE. En segundo lugar, los servicios bancarios y los seguros, servicios que están vinculados a los movimientos de capitales y, por tanto, se les aplica el régimen jurídico de la Libertad que garantiza la circulación de capitales, salvo en los casos en los que se trate de operaciones con terceros países. Y, por último, aquellos servicios prestados por monopolios que limiten el acceso a prestadores de otros Estados miembros. Aunque realmente no hay prohibición al estilo del apartado primero del artículo 37 del TFUE, que determina que «los Estados miembros adecuarán los monopolios nacionales de carácter comercial de tal modo que quede asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado» [(86)], es decir, estos monopolios tendrán que estar sometidos al principio de no discriminación y limitar su actuación a la jurisdicción del Estado de origen, ya que, se puede entender que un Estado miembro puede, de iure o de facto, controlar, dirigir o influir en el funcionamiento normal del mercado interior europeo. Por lo que, la exclusión de la posibilidad de que monopolios presten servicios en otros Estados miembros, es más por el mero hecho de ser una entidad controlada desde una Administración, y que, además, posee unas ventajas competitivas respecto al resto de prestadores, ampliando esto, cuando un monopolio condiciona las actuaciones de otros prestadores de servicios de otros Estados miembros, se estará atentando contra lo dispuesto en el Tratado.

Siguiendo con el análisis referenciado en el apartado anterior y ampliándolo desde el punto de vista tributario, podemos ver que determinados contribuyentes residentes en un Estado miembro donde la prestación del servicio suponga un tratamiento fiscal menos gravoso que en

[86] Véase, El artículo 37 del Tratado.

el Estado de destino del servicio, no puede ser un justificante de este último Estado para aplicar un tratamiento fiscal menos favorable para los destinatarios de los servicios [87].

5.5.LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE CAPITALES Y PAGOS.

La libre circulación de capitales se trata de una libertad esencial para el correcto desarrollo de las demás Libertades de la Unión Europea y para alcanzar la plena integración económica en la UE, pero lo cierto es que es una libertad apenas desarrollada en comparación al resto de libertades. El motivo de ello, como en el correcto avance hacia una mayor integración, fue las limitaciones que imponían los Estados en ceder competencias en esta materia. En el Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas –en su versión original de 1957– no incluía la libre circulación de capitales, sin embargo, se estableció un precepto para salvaguardar el mercado único, mediante el artículo 67, cual permitía intervenir «en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado común». El libre movimiento de capitales, obtiene un mayor grado de importancia con la aprobación de la Directiva 88/361/CEE de 24 de junio de 1988, por la que se establecía la eliminación desde el 1 de julio de 1990 de todas aquellas restricciones que afectasen a los movimientos de capitales entre residentes de los Estados miembros de la UE. Cierto es que hasta la aprobación del Tratado de Maastricht, no se considerará la libre circulación de capitales y pagos como una libertad inherente al Tratado. Actualmente la libre circulación de capitales y pagos se regula en los artículos 63 a 66 del TFUE, y según esta regulación podemos distinguir dos tipos de circulación de capitales.

En primer lugar, nos encontramos con la libre circulación de pagos, aquellos capitales entregados en contraprestación de una prestación principal [88], es decir, se tiene que entender como una traspaso de divisas o como una contraprestación de una transacción anterior. La circulación es un elemento esencial para el correcto funcionamiento del mercado común y del resto de Libertades de la UE amparadas en el TFUE. Su ámbito de aplicación es mayor que el resto de Libertades, ya que como se puede observar en el artículo 63. 2 del Tratado, donde prohíbe cualquier restricción sobre aquellos pagos que se realicen desde los Estados miembros y entre los Estados miembros y terceros países.

[87] En este sentido, remarcamos la jurisprudencia del TJCE en su sentencia de 26 de octubre de 1999, Asunto C-294/97, *Eurowings*, apartado 44.
[88] Recogido en la Directiva 2007/64/CE sobre servicios de pago.

Y en segundo lugar, la libre circulación de capitales que supone proteger todo movimiento económico, o dicho de otro modo, intenta proteger todas las operaciones económicas o financieras que originen una inversión de fondos buscando una rentabilidad. En consecuencia, se trata de asegurar que fluya los fondos necesarios para realizar inversiones dentro de la UE, elemento que utilizaban los Estados como reticencia para ceder competencias, dados los problemas que pueden originarse para un Estado miembro la posibilidad de incrementarse la evasión de capitales [89]. Pero para entender la necesidad de amparar la circulación de capitales como una Libertad de la UE, debemos conceptualizarla, y para ello, nos basamos en la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, que determina que los movimientos de capitales suponen operaciones que realizan tanto personas jurídicas como físicas, tanto directa como indirectamente, en elementos inmobiliarios, en títulos de los mercados, en cuentas corrientes, depósitos, créditos o prestamos, con los que obtener una rentabilidad. [90].

Como todo principio de Derecho, se establecen supuestos excepcionales que permiten establecer restricciones a los movimientos de capitales y de pagos. En nuestro análisis en materia tributaria, debemos poner el foco sobre el supuesto excepcional recogido en el art. 65 apartado primero donde posibilita a los Estados miembros a realizar una discriminación en el trato fiscal entre las inversiones extracomunitarias y las intracomunitarias, aunque es el propio artículo 65 apartado 3, el que establece una válvula de escape, al decir que estas medidas no constituirán ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos [91]. Tal excepción, como señalan *CALDERÓN CARRERO* y *MARTÍN JIMÉNEZ*, es una manifestación de la jurisprudencia del TJUE consagrándose como el mayor garante de las Libertades de la UE [92] [93].

[89] Concepto definido en la sentencia TJCE de 31 de enero de 1984, asuntos acumulados en C-286/82 y C-26/83, *Luisi* y *Carbone*.
[90] Anexo I de la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988. El TJUE ha reconocido en diversas sentencias (Asunto C-222/97, *Trummer* y *Mayer*, Rec. 1999, p. I-1661, entre otras) que los Anexos de las Directivas tienen un valor orientativo aunque no se trate de listas exhaustivas. De hecho, el propio Anexo comentado señala el carácter abierto de la lista de operaciones de movimiento de capitales al establecer un epígrafe bajo la rúbrica «*Otros movimientos de capitales: Varios*».
[91] Art. 65, apartado 3, del TFUE.
[92] CALDERÓN CARRERO J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. "La armonización jurisprudencial de la…", *cit.*, pág. 738.
[93] En el mismo sentido, observamos la sentencia del TJCE de 20 de febrero de 1979, Asunto C-120/78, *Rewe*.

5.6.POSIBLES VIOLACIONES A LAS LIBERTADES DE LA UE POR LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN.

Señala *SCHERER* que el TFUE –concretamente el artículo 351– contempla una cláusula de salvaguarda o de intangibilidad –en términos alemanes *Unberührtheitsklausel*– de los tratados celebrados por los Estados miembros antes de su integración en la UE. En definitiva, se trata de un precepto inspirado en el Derecho internacional, que intenta salvaguardar los compromisos previos con terceros Estados [(94)]. El mismo autor dice que la norma citada supra supone respetar los derechos y obligaciones que resulten de los convenios celebrados antes de su adhesión a la UE entre Estados miembros, siempre que no sean contrarios o incompatibles con el citado Tratado, se deberá recurrir a eliminar dichas incompatibilidades, con una postura, preferiblemente, en común; y que las ventajas que se deriven de ese convenio, con la firma de adhesión a la Unión deberá procederse a conceder las mismas ventajas al resto de los Estados miembros. Esta última afirmación no es tal, según *HERRERA MOLINA*, el art. 351 lo que supone es un blindaje a los convenio internacionales que puedan entrar en colisión con las Libertades de la UE u otros preceptos del Derecho de la UE pero de forma limitada [(95)]. Es más el propio *SCHERER* argumenta que el art. 351 se entenderá cuando genere obligaciones con un tercer Estado, sin excluir la obligación de recurrir, por parte de los Estados miembros, a los medios apropiados para eliminar dichas incompatibilidades, mediante una renegociación o una denuncia del convenio [(96)]. Por lo anterior, señalamos que la jurisprudencia del TJUE argumenta que el art. 351 del TFUE sólo va a proteger los intereses de terceros Estados, es decir, los Estados miembros no podrán invocar un CDI previo a su adhesión que limite o restrinja las Libertades de la UE [(97)]. Señala *HERREA MOLINA*, que la protección del art. 351 no se

---

[94] SCHERER, T.: *Doppelbesteuerng und Europäisches Gemeinschafrecht*, Verlag C. H. Beck, Múnich, 1995, pág. 48, citado por HERRENA MOLINA, P. M.: "Los convenios de doble imposición ante las libertades comunitarias (análisis de la jurisprudencia del TJUE)", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2013, pág. 1537.

[95] HERRENA MOLINA, P. M.: *op. cit.*, pág. 1538.

[96] SCHERER, T.: *op. cit.*, pág. 53.

[97] Véase la sentencia del TJCE de 13 de julio de 1993, Asunto C-330/91, *Commerzbank*, donde se destaca las conclusiones del Abogado General Darmon, presentadas el 17 de marzo de 1993, donde recordó el artículo 234 –actual 351 del TFUE– del Tratado, cuando no se afecten los derechos de Estados terceros, no se podrá invocar aquellos convenios celebrados con anterioridad a la adhesión y firmados por estos y Estado miembro, con el fin de justificar una restricción al comercio intracomunitario –apartado 22–. Por tanto, dicho Convenio celebrado con anterioridad no podrá justificar una restricción a la libertad de establecimiento –apartado 23–. Debe recordarse que el asunto Commerzbank, en cuestión lo que invocaba era el convenio celebrado entre el Reino Unido y EEUU, celebrado el 2 de agosto de 1946, por tanto es incluso anterior a la creación de la antigua UE. En este sentido, destacamos las sentencias del TJCE de 11 de marzo de 1986, Asunto C-121/85, *Conegate Limited*; la de 22 de septiembre de 1988, Asunto C-286/86, *Ministère public/Deserbais*; la de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-307/97, *Saint Gobain ZN*; la de 13 de diciembre de 2005, Asunto C-446/03, *Marks & Spencer*; la de 15 de mayo de 2008, Asunto C-414/06, *Lidl/Belgium*; y más recientemente las sentencias del TJUE de 25 de febrero de 2010,

extenderá a los preceptos de un CDI que haya sido modificado una vez adherido el Estado miembro a la UE [(98)], aspecto también que también defiende *SCHERER*, aquellos preceptos que no hayan mantenido literalmente, serán nuevos acuerdos basados en las voluntades de los Estados firmantes [(99)].

Se pregunta *HERRERA MOLINA*, si es posible la lesión de las Libertades de la UE por parte de los convenios, en este sentido, la afirmación es positiva, poniendo de manifiesto que la doctrina ha expuesto las contradicciones de los preceptos de los convenios que afectan al Derecho la UE y, por tanto, limitan las Libertades de la UE [(100)]. Por el contrario, la jurisprudencia del TJUE no se ha expresado en el mismo sentido que la doctrina, es decir, se muestra partidario a mantener los convenios aunque limiten dichas Libertades, en este sentido son clarificantes las sentencias de los casos *Kerckaert-Morres*, *Columbus Container*, *Block* y *Damseaux*, que de ellas se desprende que los «Estados miembros disponen, sin perjuicio del respeto del Derecho de la UE, de cierta autonomía en materia y que, en consecuencia, no tienen la obligación de adaptar su sistema tributario a los diferentes sistemas de tributación de los otros Estados miembros para eliminar, en particular, la doble imposición que se derive del ejercicio paralelo por dichos Estados de su potestad tributaria y permitir, en consecuencia, la deducción» [(101)]. Manifiesta *HERRERA MOLINA*, que esta línea jurisprudencial supone criticable, es decir, ante la falta de distribución de las competencias fiscales entre las distintas jurisdicciones tributarias por parte del TFUE, habrá que ir a la cuestión de discriminación por razón de nacionalidad y, a partir de esta discriminación, examinar la posible restricción a las Libertades de la UE. Dicho de otro modo, este autor defiende que se deben distinguir dos cuestiones, por un lado, el Tribunal se tendría que expresar cuando exista un quebrantamiento al Derecho de la UE y, por otro lado, que se establezca una cierta libertad para que los Estados miembros,

---

Asunto C-337/08, *X Holding*; sentencia de 6 de septiembre de 2012, Asunto C-18/11, *Philips Electronics UK*; la sentencia de 12 de junio de 2014, Asunto acumulados C-39/13 a C-41/13, *SCA Group Holding y otros*; sentencia de 22 de junio de 2017, Asunto C-20/16, *Bechtel*; y la sentencia de 12 de junio de 2018, Asunto C-650/16, *Bevola y Jens W. Trock*.

98 HERRENA MOLINA, P. M.: *op. cit.*, pág. 1539.

99 SCHERER, T.: *op. cit.*, pág. 56.

100 HERRENA MOLINA, P. M.: *op. supra cit.*, pág. 1539, donde cita a SCHERER, T.: *op. cit.*, pág. 57; VAN DER HURK.: "Is the ability of the Member States to conclude tax treaties chained up?", *EC Tax Review*, núm. 1, 2004, pág. 17; MASON, R.: "U. S. Tax Treaty Policy and the European Court of Justice", *Tax Law Review*, núm. 65, 2005, pág. 54 y PISTONE, P.: "Ein EU-Modell als Lösung für die Koordinierung der Doppelbesteuerugsabkommen zwischen den EU-Mitgliedstaaten", en la obra de AA.VV. coordinado por CORDEWENER, S.; SCHINDLER, P. y CLEMENS, P.: *Meistbegünstigung in Steuerrecht der EU-Staaten*, Verlag C. H. Beck, Múnich, 2006, pág. 244.

101 Extracto de la sentencia del TJCE de 6 de diciembre de 2007, Asunto C-298/05, *Columbus Container Services*, apartado 31. Los demás casos mencionados *supra* se tratan de las sentencias del TJCE de 14 de noviembre de 2006, Asunto C-513/04, *Kerckhaert-Morres*; la de 12 de febrero de 2009, Asunto C-67/08, *Block* y la de 16 de julio de 2009, Asunto C-128/08, *Damseaux*.

implicados en dicho convenio, puedan negociar una modificación de esta normativa que genera una discriminación [(102)]. Dicha incoherencia que se aprecia en las sentencias *supra* mencionadas, no se aprecian en aquellas que admiten un reparto equilibrado de los poderes tributarios de los Estados miembros, justificándose por ciertas restricciones a las Libertades de la UE [(103)]. Ante esta situación, *HERRERA MOLINA* determina que «a *sensu contrario*, si el reparto equilibrado permite restringir las Libertades, la duplicidad injustificada de gravamen debería considerarse inadmisible» [(104)]. En nuestra opinión, esta jurisprudencia del TJUE supone situar las potestades tributarias de los Estados miembros por encima del Derecho de la UE, es decir, rompe con el principio de primacía del Derecho de la UE [(105)]. Dicho de otro modo, se observa que hay una supremacía por parte de los convenios firmados entre los Estados miembros frente al Derecho de la UE, hecho que imposibilita una armonización en el conjunto de la Unión y, por tanto, solo un cambio en las afirmaciones del Tribunal de Luxemburgo sobre los convenios, sometiéndolos al Derecho de la Unión, aunque fuese sin un reconocimiento expreso, sería la única solución para respetar el principio de primacía de dicho Derecho.

5.7.CONSIDERACIONES GLOBALES A LAS LIBERTADES DE LA UNIÓN EUROPEA.

Tras un análisis de las Libertades de la UE que inciden de una manera u otra en el ámbito tributario, debemos hacer un análisis del principio de proporcionalidad [(106)] de la normativa nacional que por «exigencias imperativas de interés general» ha vulnerado las Libertades y principios de la UE, mediante una ponderación de los intereses los europeos y los nacionales.

---

[102] HERRENA MOLINA, P. M.: *op. cit.*, pág. 1541.

[103] Estas sentencias que defienden la tesis del reparto equilibrado del poder tributario son las de 13 de diciembre de 2005, *Marks & Spencer*, Asunto C-446/03; la de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, Asunto C-524/04; la de 29 de marzo de 2007, *Rewe*, Asunto C-347/04; la de 18 de julio de 2007, Oy AA, Asunto C-231/05; la de 15 de mayo de 2008, *Lidl/Belgium*, Asunto C-414/06; la de 18 de junio de 2009, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, Asunto C-303/07; la de 17 de septiembre de 2009, *Glaxo Wellcome*, Asunto C-182/08; la de 21 de enero de 2010, *SGI*, Asunto C-311/08 y la de 25 de febrero de 2010, *X-Holding BV*, Asunto C-337/08.

[104] HERRENA MOLINA, P. M.: *op. supra cit.*, pág. 1541.

[105] Adicionalmente, el hecho que se rompa con el principio de primacía del Derecho de la UE, hace incoherente utilizar la tesis del reparto equilibrado del poder tributario –en inglés, *balanced allocation of taxing rights*–, sostenido en las sentencias mencionadas anteriormente.

[106] Principio que recoge los límites de las restricciones a las Libertades para poder garantizar que se realiza el objetivo perseguido en la libertad y no otro o alcanzar un mayor amparo del deseado. Sobre ello, *vid*. las sentencias del TJCE de 13 de diciembre de 2005, Asunto C- 446/03, *Marks & Spencer*, apartado 35; la de 12 de septiembre de 2006, Asunto C-196/04, *Cadbury Schweppes* y *Cadbury Overseas*, apartado 47; la de 13 de marzo de 2007, Asunto C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, apartado 64; y la de 18 de junio de 2009, Asunto C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, apartado 57.

En este sentido son ilustrativas las palabras de *TEJERIZO LÓPEZ*, las Libertades de la UE afectaran fundamentalmente a la imposición directa, limitando el poder tributario de las Estados en relación al impuesto sobre la renta de las personas físicas, al impuesto de la renta de los no residentes y al impuesto sobre sociedades [(107)].

Por lo anterior, debemos destacar la problemática que surge cuando se estructura un grupo empresarial o se realiza una inversión en el extranjero, en lo referente a las libertades de establecimiento o de circulación de capitales. Esto supone que tengamos que acudir a la jurisprudencia del TJUE, que determina que para conocer el alcance de las Libertades de la UE se tendría que poner de manifiesto otros aspectos jurídicos, por ejemplo, naturaleza de las participaciones en otras sociedades, es decir, ante unas participaciones directas que sea de titularidad y que ejerzan una influencia real sobre las decisiones que realicé la sociedad participada y, por tanto, sea el que ostente la participación el que determine qué actividad económica desarrollará la participada, estaremos ante el amparo de la libertad de establecimiento. En *sensu contrario*, el mero hecho de adquirir, poseer, y trasmitir participaciones sin ostentar un control sobre la empresa, estaremos ante el amparo de la libertad de circulación de capitales. Ante esta circunstancia, señalamos que no puede darse una situación en la que ambas libertades amparen al mismo tiempo. Dicho de otro modo, observando la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, vemos que intenta buscar que normativa nacional controvertida obstaculiza de forma clara una determinada libertad. En nuestra opinión, percibimos que una restricción de la libertad de establecimiento supone, indirectamente, una restricción a la libertad de movimiento de capitales. [(108)]. Es decir, y siguiendo con el ejemplo anterior, cuando una normativa nacional limite el alcance de las Libertades de la UE con independencia de los criterios de control sobre unas participaciones, deberemos examinar la legislación nacional con el fin de asegurarnos no generar distorsiones en el mercado interior, siempre con arreglo de las disposiciones del TFUE, en materia de libertad de establecimiento o de libre circulación de capitales.

Ha sido preciso distinguir las diferencias entre estos dos preceptos porque pueden provocar una protección de amplitud diferente. Es decir, cada libertad tiene un alance jurídico

[107] TEJERIZO LÓPEZ, J. M. "Las libertades comunitarias como límite al ejercicio del poder tributario de las regiones", *ECJ Leading cases*, UNED, 2014, pág. 27.

[108] TJCE, sentencia de 13 de abril de 2000, Asunto C-251/98, *Baars*, apartado 22, extraemos que el ejercicio del derecho de establecimiento realizado por un nacional de un Estado miembro cuando sea poseedor de un porcentaje de una sociedad en otro Estado miembro, que le faculte una influencia real en la toma de decisiones y le permita elegir la actividad de la sociedad, condicionará la realización de la Libertad de Capitales de la sociedad, si se condicionase la Libertad de Establecimiento del titular. En el mismo sentido, podemos observar otras sentencias del TJCE, como la sentencia de 12 de diciembre de 2006, Asunto C- 446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

diferente, elemento que resulta clarificante en las operaciones que parten o tienen como destino a Estados terceros extracomunitarios, cuyas operaciones están amparadas por el art. 63 TFUE –libre circulación de capitales–. Por lo que, estaremos ante una formulación del artículo más amplia que el resto de Libertades –artículos 49 TFUE, establecimiento, y art. 56, servicios–, ya que en el art. 63 no establece limitaciones a los movimientos de capitales y los pagos entre Estados miembros y terceros países. En consecuencia, como ya hemos mencionado anteriormente, tendrá una restricción fiscal, ya que el propio TFUE establece la posibilidad de tratar de forma distinta, aunque no discriminatoria, a aquellos contribuyentes en base a su residencia fiscal o del lugar de donde venga la inversión o se dirija –aspecto importante en aquellas inversiones con Paraísos Fiscales– posibilitando el establecer medidas que garanticen la imposibilidad de cometer infracciones en el Derecho tributario nacional.

6. LA REPERCUSIÓN DE LA IDEA DE SOBERANÍA EN MATERIA FISCAL.

En todo proceso de integración, en cualquier ámbito del Derecho, comprendemos que determinados individuos deben ceder parte de sus derechos y adquirir nuevas obligaciones para conciliar una correcta integración. Por ello, una armonización fiscal en materia de sociedades requerirá examinar el concepto de soberanía, desde el punto de vista de los Estados miembros, como paso previo a la ampliación de las competencias de la UE que supondría una armonización fiscal en esa materia. Ya que el elemento esencial de cualquier Estado es su soberanía [(109)], ante esta situación se tendría que expresar unas consideraciones generales sobre la idea de soberanía en el plano internacional. Para *DÍEZ DE VELASCO VALLEJO*, se trata de la actividad ejercida por el Estado en las relaciones internacionales por su propio poder, actuando de manera directa e indirecta sobre todos los elementos que conforman el Estado [(110)]. El mismo, concibe la soberanía como un conjunto de atribución y competencias. Dentro de estas competencias, podemos destacar las territoriales, que son las que hacen referencia a las cosas que se pueden encontrar dentro del territorio del Estado y lo hechos que en él se desarrollen, o competencias personales, referidas a las personas que habitan en el territorio del

[109] *LÓPEZ ESPADAFOR* también identifica a la soberanía como «independencia». (*Incidencia del Derecho internacional general en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005, pág. 11).
[110] DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 196; obra citada en LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Incidencia del Derecho…*, *supra cit.*, pág. 11.

Estado, pudiendo ser nacionales o extranjeros, o a personas determinadas, es decir, aquellas personas que pueden encontrarse o no en dicho territorio [(111)].

Desde la doctrina constitucional italiana, concretamente señala *MONACO* que «la soberanía de los Estados no es otro que un concepto que corresponde a una situación de superioridad de los Estados mismos en la relación a las sociedades humanas por ellos respectivamente controladas y dirigidas, y no a una posición de superioridad de los Estados respecto a otros Estados de la comunidad internacional» [(112)]. Siguiendo con la doctrina italiana, tributaria en este caso, señalamos lo que destaca *GARELLI* que «el ejercicio de la soberanía incluye la exclusividad del territorio sobre el cual ella se despliega» como un «canon inconcuso de derecho, para asegurar la eficacia de las actuaciones de los particulares Estados» [(113)]. Por tanto, se puede decir que la soberanía estará vinculada al poder territorial del Estado, tal poder no se trata de un derecho sobre el territorio, sino como una manifestación o comportamiento del poder general soberano del propio Estado, teniendo un derecho sobre o para el territorio, pero no un objeto sobre el mismo. Es decir, será el poder general soberano del Estado el que se desarrolle frente a los sujetos y las cosas que se encuentran en un territorio, siendo este territorio objeto directo o indirecto del Derecho del Estado, además de ser el ámbito del poder territorial de dicho Estado, o dicho de otro modo, también será el espacio donde se ejercita dicho poder por parte de un Estado. Aparte, se debe tener claro que el poder territorial de un Estado se comportará de modo distinto según la consideración del ordenamiento estatal interno, o considerado por una perspectiva internacional [(114)].

Señala *LÓPEZ ESPADAFOR*, que la consideración del ordenamiento estatal interno tiene en cuenta que la soberanía, en el interior de un Estado, le es propia, pudiendo ejercer una plena autoridad sobre todas las personas y cosas, con el fin de obtener un interés general. En este sentido, señala el autor es cuando normas de ordenamientos extranjeros podrán encontrar eficacia cuando una norma estatal se reenvíe a ellas, mediante la atribución de estas normas extranjeras a órganos propios. Pero la plena autoridad sobre las personas y las cosas tendrá una distinción, para el autor el poder sobre las personas tendrá su máxima manifestación en la sujeción de la persona extranjera que se encuentre en el territorio de tal Estado. Además, dicho

[111] DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: *op. cit.*, pág. 299.
[112] MONACO, R.: "Limiti della sovranità dello Stato e Organizzazioni internazionali", en la obra de AA.VV.: *Studi di Diritto Costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Giuffrè, Milano, 1952, pág. 370; cita contemplada en la obra de LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Incidencia del Derecho…*, *supra cit.*, pág. 11.
[113] GARELLI, A.: *Il Diritto internazionale tributario. Parte generale. La scienza della finanza internazionale tributaria*, Roux Frassati e Cº, Torino, 1899, pág. 14; autor citado en el trabajo de LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Incidencia del Derecho…*, *supra cit.*, pág. 11.
[114] BISCARETTI DI RUFFIA, P.: "Territorio dello Stato", en la *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLIV, 1992, pág. 336; cita contemplada en la obra de LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Incidencia del Derecho…*, *supra cit.*, pág. 11.

Estado podrá dar asilo a una persona extranjera –teniendo en cuenta los casos previstos en el Ordenamiento jurídico– en su territorio, al sustraerlo de los poderes que recaen el poder territorial de otro Estado sobre su persona, mediante su propio poder. Del mismo modo, podrá expulsar de su territorio a personas extranjeras o apátridas que determinen que no sean aceptables, o impidiendo su entrada en su territorio. Por otro lado, según *LÓPEZ ESPADAFOR* el poder sobre las cosas se basará en establecer una disciplina jurídica sobre ellas y sobre las relaciones de las que son objeto, pudiendo disponer de ellas en los casos y en la forma que se contempla en el Ordenamiento jurídico. Incluso el poder territorial sobre las cosas pasará por impedir la entrada en su territorio de mercancías, publicaciones o cualquier otro tipo de cosas que procedan del extranjero, mediante justificaciones de diversa índole, como razones de tipo sanitario o motivos de orden público [(115)].

LÓPEZ ESPADAFOR manifiesta que, en cuanto al poder territorial de un Estado desde la perspectiva internacional, se manifiesta como un poder natural, que no se deriva del Derecho internacional, sino que se manifiesta como un presupuesto de hecho, y en base a este presupuesto un Estado va a pretender que el resto de Estados se abstengan de actuar y/o penetrar en su territorio. En consecuencia, este Estado será el responsable de todo aquello que suceda en su territorio, ya que todo Estado se manifiesta como titular del derecho especifico de su propia soberanía territorial frente al resto de sujetos de Derecho internacional, es decir, el Estado ostentará el derecho a ejercitar sus poderes en su territorio, sin sufrir mermas en tal ejercicio, manteniendo su integridad e intangibilidad territorial y, por tanto, impidiéndose realizar injerencias en Estados extranjeros. Sin embargo, este último impedimento a realizar injerencias no limita el derecho a repeler, con los medios de autotutela admitidos en el Derecho internacional, aquel acto de violación de su territorio y de su soberanía territorial –conocido como el «*ius excludendi alios*»– [(116)].

Por lo anterior, vemos que se plasman diversos poderes por parte de un Estado y entre estos diversos poderes se da el poder legislativo, el cual tendrá una relación con el poder soberano del Estado sobre el territorio. *LÓPEZ ESPADAFOR* se pregunta que si el poder legislativo puede considerarse como una manifestación del poder soberano del Estado sobre el territorio, partiendo del hecho de que las normas jurídicas no siempre consisten en situaciones producidas en el territorio del Estado donde se crean, es decir, las leyes de este Estado se podrán aplicar a hechos constituidos en otro Estado extranjero pero que a la vez estén vinculados con el Estado mediante la vinculación de nacionalidad, ya que los sujetos intervinientes serán

[115] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Incidencia del Derecho…*, *cit.*, pág. 12.
[116] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Incidencia del Derecho…*, *cit.*, pág. 13.

nacionales del Estado en cuestión. Por tanto, el mismo autor se vuelve a preguntar que si el poder de crear leyes o normas jurídicas se trata de una manifestación del poder territorial, respondiendo que el poder de crear estas leyes se subdivide en dos poderes, el poder de crear y el poder de aplicar, siendo el poder de aplicación la manifestación del poder soberano del Estado sobre el territorio, ya que si un Estado aplicase una decisión en un territorio extranjero, se estaría violando el Derecho internacional. Por el contrario, el poder de creación normativa, podrá aplicase –siempre mediante sus normas de conflicto– a sus nacionales por hechos realizados en el extranjero, es decir, dicho Estado podrá aplicar su poder normativo a esas personas, pero en su territorio, presentándose el conflicto en Derecho ante sus órganos. La diferencia es la utilización de las normas de conflicto frente a las normas materiales, puesto que las primeras suponen normas con unas consecuencias jurídicas que se aplicaran en el propio territorio. *LÓPEZ ESPADAFOR* lo explica como normas –las de conflicto– donde se presenta un presupuesto de hecho que considera un elemento extranjero, creadas por el Estado para su aplicación en el territorio de dicho Estado por sus órganos [(117)].

Tras analizar unas consideraciones generales a la idea de soberanía, debemos saber cuáles son aquellas teorías que conectan tal idea con el poder tributario del Estado, ya que podemos encontrar autores en la doctrina del Derecho tributario que unirán dicho poder con la aquella idea, es decir, consideran que el poder tributario visto como un poder de crear normas jurídicas tributarias, se trata de una manifestación del poder legislativo, y en definitiva, esta manifestación de poder supone una manifestación indirecta de soberanía [(118)]. Incluso hay autores que defiende la existencia de una «soberanía fiscal», que para *BAYONA DE PEROGORDO*, se trata de «una expresión de la soberanía política del Estado», mientras que para *GRIZIOTTI* la necesidad de dar prestaciones por parte del Estado, supone que «las prestaciones tienen carácter de verdaderos impuestos sólo cuando son la expresión de la soberanía fiscal. La soberanía financiera es una manifestación de la soberanía general del Estado». En este sentido, se pronuncia *KRUSE*, que afirma que la soberanía impositiva es parte

[117] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Incidencia del Derecho…*, *cit.*, pág. 15.

[118] En este sentido *LÓPEZ ESPADAFOR* recomienda la lectura de BLUMENSTEIN, E.: *Sistema di Diritto delle imposte*, Giuffrè, Milano, 1954, pág. 35, donde el autor defiende que el poder de imposición se trata de una emanación de la soberanía territorial, o como un poder sobre las personas y las cosas; COCIVERA, B.: *Principi di Diritto Tributario*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1959, pág. 102, que según este autor el poder tributario es mayor manifestación de la soberanía del Estado; BERLIRI, A.: *Corso Istituzionale di Diritto Tributario*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1985, págs. 55 y 138; NUÑEZ PÉREZ, G.: *Poder Tributario y no sujeción tributaria*, Universidad de La Laguna, Secretariado de Publicaciones, La Laguna, Tenerife, 1986, págs. 113 a 235; FERREIRO LAPATZA, J. J.: *Curso de Derecho Financiero Español*, 10ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1988, pág. 103; SAINZ DE BUJANDA, F.: *Lecciones de Derecho Financiero*, 8ª edición, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1990, pág. 77; y FANTOZZI, A.: *Diritto Tributario*, UTET, Torino, 1991, pág. 209. (*Incidencia del Derecho…*, *cit.*, pág. 16).

de la soberanía financiera, y esta forma parte de la soberanía estatal general. Aunque para *KRUSE*, la soberanía fiscal supone realizar las funciones estatales legislativas, ejecutivas y jurisprudenciales, pero sin ser la totalidad de la soberanía financiera, ya que esta dispone de cierta autonomía frente a la soberanía estatal general. Aunque las palabras de *YEBRA MARTUL-ORTEGA*, acerca de la necesidad de la soberanía para el desarrollo de la vida política, derivará en la necesidad de una soberanía financiera, siendo esta situación la relación con la soberanía general, que depende del propio Estado [(119)].

Aunque hay parte de la doctrina del Derecho tributario que defiende que hay que plantear una desvinculación del poder tributario del Estado de la idea de soberanía, es decir, hay autores que desvinculan dicho poder del concepto de soberanía, basándose en el fundamento del poder tributario del Estado. O según *VANONI*, «el tributo no es debido por causas exteriores, como la sumisión de ciertos sujetos a la soberanía o la supremacía del Estado, sino que es debido por la misma necesidad de la existencia del ente público». En el mismo sentido se manifiesta *SCOCA*, que considera que la *potestà d´imposizione* supone un concepto de normación primaria y de administración, estando el primero dentro del concepto de poder normativo, imposibilitando que el poder impositivo sea un aspecto de la soberanía, ya que, según el autor, se tendría que saber dónde encajaría mejor la soberanía, si en el poder de dictar actos normativos o actos administrativos. Y si fuese la primera situación, habrá que ver si hay un sentido efectivo de considerar como soberano el poder legislativo tributario, de forma que quede diferenciado del poder legislativo general [(120)].

Para *RODRÍGUEZ BEREIJO*, la aplicación de la noción de soberanía en materia tributaria se ha repetido por la doctrina, porque ésta se ha resistido a los cambios y transformaciones que ha sufrido tal concepto y la estructura jurídico-política del Estado

---

[119] Estos autores están citados en la obra de LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Incidencia del Derecho…*, *supra cit.*, pág. 16 y 17. Concretamente son: BAYONA DE PEROGORDO, J. .J: "Impuesto Industrial. Licencia Fiscal. La aplicación de las normas tributarias en el espacio", *Crónica Tributaria*, núm. 1, 1972, pág. 198; GRIZIOTTI, B.: "Studi di Diritto Tributario", en la obra colectiva de AA.VV.: *Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali*, Vol. XII, R. Università di Pavia, 1928, pág. 95; KRUSE, H. W.: *Derecho Tributario. Parte General*, Editorial de Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, págs. 88 y 89; y YEBRA MARTUL-ORTEGA, P.: *Poder Financiero*, Editorial de Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1977, pág. 26. Además *LÓPEZ ESPADAFOR* recomienda que se vea las obras de SAMPAY, A. E.: *El Derecho Fiscal Internacional*, Ediciones Biblioteca Laboremus, La Plata-Buenos Aires, 1951, pág. 76; SOPENA GIL, J.: "La aplicación de las leyes fiscales españolas en la plataforma marítima continental o zona económica exclusiva", *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 41, 1984, pág. 7; y CASADO OLLERO, G.: "Fundamento jurídico y límites de la armonización fiscal en el Tratado C.E.E.", en la obra colectiva de AA.VV.: *Estudios sobre armonización fiscal y Derecho presupuestario europeo*, segunda edición, Ediciones TAT, Granada, 1987, págs. 26 y 62. (*Incidencia del Derecho…*, *supra cit.*, pág. 16).

[120] Ambos autores son citados por *LÓPEZ ESPADAFOR*: VANONI, E.: "Elementi di diritto tributario", en la obra colectiva coordinada por FORTE, F. y LONGOBARDI, C.: *Opere Giuridiche*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1962, pág. 38; y SCOCA, F. G.: "Stato ed altri enti impositori di fronte al dovere di prestazione tributaria", *Diritto e Practica Tributaria, Parte Prima*, 1968, págs. 175 y 176. (*Incidencia del Derecho…*, *cit.*, pág. 17).

moderno. En cierta manera, el autor defiende que la doctrina se ha conformado en usar lo que era tradicional sin cuestionar la validez de esas formulaciones originales. Sin embargo, «ciertamente, hay que reconocer que la alusión casi unánime a la idea de soberanía tributaria que hoy puede encontrarse en los autores, no siempre encierra una grave transcendencia dogmática; dado que en muchos casos constituye un término retórico, una verdadera cláusula de estilo, sin otra finalidad que la de permitir al lector una cómoda remisión a una vaga alusión de los tributos», enfatizando en que «no por retórica, la alusión a la idea de soberanía deja de ser menos perturbadora e inadecuada para explicar el Poder de imponer tributos, puesto que induce a confusión no sólo acerca del concepto y naturaleza del Poder tributario mismo, sino también acerca de lo que constituye el fundamento jurídico de la imposición» [(121)].

Sobre esa nueva estructura jurídico-política del Estado moderno, *CAZORLA PRIETO* destaca que la idea de soberanía en un Estado contemporáneo es considerada como una cualidad política del Estado, que sólo tiene valor hacía el interior del territorio, perdiendo su sentido en la concepción del actual concepto en el Estado de Derecho, es decir, la soberanía se trata de un concepto netamente político, en el que se basa la construcción del Estado como esa nueva estructura jurídico-política del Estado moderno. Aunque señala que el concepto de soberanía aún debe desarrollarse en el campo de la dogmática del Estado contemporáneo, respetando dos premisas: por un lado, que dicha soberanía sea considerada como una cualidad política del Estado, y no como una función del mismo; y por otro lado, que el significado político del concepto de soberanía sea utilizado frente a grupos, asociaciones, conjuntos sociales que hubiesen adquirido un gran peso socio-político y económico tal que se puedan considerar rivales potenciales del Estado, o dicho de otro modo, que posean instrumentos de poder que se acerquen a los propios de una estructura estatal. Por tanto, para *CAZORLA PRIETO*, el poder tributario no está en la soberanía, sino en tres fundamentos característicos del Estado contemporáneo: a) un fundamento económico, como elemento financiador de los gastos públicos que tiene el tributo; b) un fundamento político-social, entendido como aquel acuerdo de las fuerzas políticas para determinar la función de las gastos públicos y cómo deben financiarse; y c) un fundamento jurídico, encontrándose en las Constituciones de los Estados [(122)]. Por lo anterior, destacamos la afirmación de *FALCÓN Y TELLA*, de que el poder financiero

[121] Este autor es citado por *LÓPEZ ESPADAFOR*: RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: *Introducción al estudio del Derecho Financiero*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1976, pág. 234. (*Incidencia del Derecho…*, *cit.*, pág. 18).

[122] Esta obra es contextualizada por *LÓPEZ ESPADAFOR*, citando a CAZORLA PRIETO, L. M.: *Poder tributario y Estado contemporáneo*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, págs. 52 a 63. (*Incidencia del Derecho…*, *cit.*, pág. 19).

se tendría que desvincular del concepto de soberanía, tanto desde la perspectiva interna, como desde la perspectiva internacional [(123)].

Hemos señalado *supra* que existe un fenómeno tributario internacional [(124)], en forma de eliminar la doble imposición internacional, y según *TOVILLAS MORÁN* «el origen del fenómeno se halla en la soberanía tributaria de los Estados que constituye uno de los pilares fundamentales para afirmar la presencia de soberanía política» [(125)], es decir, entienden que el concepto de soberanía será un elemento clave en la confluencia de los poderes tributarios de los distintos Estados, cuando estos poderes intentan gravar aquellas manifestaciones de riqueza que han sobrepasado los límites territoriales de estos Estados. En este sentido, *ALONSO GONZÁLEZ* plantea que «la solución a los diversos conflictos que vayan a plantearse parte de la base de la renuncia parcial y común, desde una situación de paridad formal, de todos los Estados, en mayor o menor medida, a la aplicación sin límites de su soberanía fiscal a este tipo de relaciones» [(126)]. En otro sentido se manifiesta *LÓPEZ ESPADAFOR* apuntando a que los Estados van a buscar una cooperación con el resto de Estados con el fin de alcanzar sus pretensiones tributarias, por los efectos de la movilidad de sus contribuyentes y de los patrimonios de los mismos [(127)]. Por lo anterior, debemos poner de manifiesto el significado de la soberanía en el Derecho tributario, que según *BÜHLER*, no tiene un significado distinto al resto de ramas del Ordenamiento jurídico. Para el autor, la soberanía fiscal será aquella «facultad total y exclusiva de un Estado para desarrollar, a través de la propia voluntad manifiesta frente al resto de los Estados, la competencia única que le asiste para realizar actos legislativos, ejecutivos y judiciales dentro del ámbito de su poder territorial». Para *BORRÁS RODRÍGUEZ* dicha soberanía fiscal se basará en «el poder de dictar un sistema de impuestos, sea por vía legislativa o reglamentaria, que posea una autonomía técnica en relación con los sistemas susceptibles de entrar en concurrencia con él, ejerciendo tal soberanía dentro de su ámbito de competencia territorial» [(128)].

---

123 FALCÓN Y TELLA, R.: *Introducción al Derecho Financiero y Tributario de las Comunidades Europeas*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 106; cita recogida en LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Incidencia del Derecho…*, *supra cit.*, pág. 18.

124 Aspecto que también será objeto de estudio en los siguientes capítulos, analizando la doble imposición internacional.

125 TOVILLAS MORÁN, J. M.: *Estudio del Modelo de Convenio sobre la renta y patrimonio de la OCDE de 1992*, Marcial Pons, 1996, pág. 19.

126 ALONSO GONZÁLEZ, L. M.: en el prólogo a la obra de TOVILLAS MORÁN, J. M.: *Estudio del Modelo de Convenio sobre la renta y patrimonio de la OCDE de 1992*, *cit.*, pág. 11.

127 LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Incidencia del Derecho…*, *cit.*, pág. 20.

128 Estos autores son contextualizados en LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Incidencia del Derecho…*, *supra cit.*, pág. 20; concretamente BÜHLER, O: *Principios de Derecho Internacional Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1968, pág. 173; y BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: *La doble imposición: Problemas jurídico-internacionales*, Universidad de Barcelona, Secretariado de publicaciones, intercambio científico y extensión

En ese sentido, *GARBARINO* plantea una delimitación entre el concepto de soberanía fiscal y el poder tributario, considerando una soberanía del Estado en materia tributaria en un contexto internacional, o dicho de otro modo, la existencia de una confluencia de Estados titulares de una soberanía originaria y, por tanto, en posesión de un ilimitado poder tributario. El autor realiza una distinción de dos conceptos desprendidos de estas consideraciones, con una naturaleza estrictamente tributaria: estos conceptos serán, en primer lugar, una soberanía que se puede entender como ese poder tributario por encima de cualquier otro poder y que se desarrolla en el ámbito territorial del ordenamiento estatal; y, en segundo lugar, la soberanía como esa independencia que ostenta el Estado, con la que se basa para desenvolverse en el ámbito de la Comunidad Internacional, compuesta por el resto de Estados y que de igual manera ostenta un poder tributario originario. En definitiva, el poder tributario desde la perspectiva interna supondrá una supremacía del sujeto activo titular de ese poder –el Estado– frente a los sujetos pasivos, mientras que desde la perspectiva externa o internacional, será una convivencia de poderes tributarios en un ordenamiento de tipo paritario, el ordenamiento internacional. Es decir, el despliegue del poder tributario en el ámbito del ordenamiento jurídico estatal tendrá validez al configurarse como un poder soberano, y en el ámbito del ordenamiento internacional, en contra, no se desplegará un poder tributario sobre los Estados o sobre las personas de ellos. Por tanto, el autor destaca que la soberanía tiene un doble aspecto, que estarán interconectados entre sí. Este doble aspecto será, por un lado, una dimensión exclusivamente interna, manifestándose mediante un carácter autoritario del ordenamiento interno del Estado sobre los sujetos a él sometidos; y por otro lado, una dimensión exclusivamente externa, que se manifestará como un ejercicio de plena capacidad del Derecho internacional del Estado en materia tributaria sobre el resto de Estados. En resumen, *GARBARINO* afirma que la soberanía manifiesta el poder del Estado mediante una política fiscal nacional, expresada a través de normas con el objeto de hechos con elementos foráneos al Estado. Y en definitiva, la soberanía estatal será un fundamento sobre el cual se desarrollaran las relaciones fiscales entre Estado y el resto de Estados [(129)].

A este doble aspecto que se señalaba *supra*, se opone *MONACO*, ya que para este autor la soberanía es un concepto unitario y no lo entiende con forma de dos acepciones o aspectos, que dependiendo de si operan en la esfera interna del territorio es soberanía interna, y cuando

universitaria, Barcelona, 1971, pág. 3. Además, *LÓPEZ ESPADAFOR* recomienda la lectura, en el mismo sentido que los autores anteriores, GONZÁLEZ POVEDA, V.: *Tributación de no residentes*, La Ley, Madrid, 1989, págs. 3 a 6.

[129] GARBARINO, C.: *La tassazione del reddito transnazionale*, CEDAM, Padova, 1990, págs. 96 a 99; obra contextualizada por LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Incidencia del Derecho…*, *cit.*, pág. 21.

lo hagan en una esfera internacional hablaremos de soberanía externa. Para este autor el desdoblamiento del concepto de soberanía en una distinción de dos aspectos supone generar un concepto artificioso, ya que el Estado cuando interacciona con otros Estados o sujetos de Derecho internacional siempre es una persona soberana y, por tanto, no ejercitará sus competencias de forma escíncida de las que está conferido por el propio ordenamiento. Este ordenamiento estatal es criticado por este autor como que tampoco se puede afirmar como más o absolutamente soberano, mientras que para el ordenamiento internacional será soberano en un sentido limitado o relativo, donde su soberanía resulta debilitada [(130)].

Para *DÍEZ DE VELASCO*, que no plantea una reflexión desde la perspectiva internacional del concepto de soberanía, y tampoco presenta una doble noción de este concepto, afirma que la soberanía se presenta con un doble sentido. Por un lado, se manifiesta hacia el exterior como una auténtica libertad de decisión por parte de un Estado en el ejercicio de sus relaciones con el resto de sujetos de Derecho internacional; y por otro lado, se presenta hacia el interior como poseedor pleno de la jurisdicción para regular todo lo que afecte a su territorio, a su población y a los distintos aspectos de la vida social, imposibilitando cualquier injerencia, intervención o control en estos poderes internos por parte de poderes de otro Estado [(131)].

Ante esta situación vemos que la idea de soberanía ha ido evolucionando como concepto, debido a los procesos de integración internacionales, donde Estados han cedido parte de su poder soberano en aras de aumentar la el bienestar en su territorio, en su población y en los aspectos de la vida social [(132)]. La integración internacional más cercana que hemos vivido ha sido el fenómeno de integración europea. Ante este fenómeno deberíamos hacer un análisis desde la perspectiva tributaria para identificar la problemática, desde el punto de vista de soberanía, que se encuentra el proceso de armonización fiscal en materia de sociedades.

Según *LÓPEZ ESPADAFOR*, la Unión Europea se ha convertido en una organización de integración y que ha alterado el poder de las organizaciones internacionales ejercían sobre los Estados europeos, generando dicha integración una influencia en el concepto y concepción tradicionales de la soberanía [(133)]. Es decir, la integración europea ha supuesto en la fiscalidad de la UE, que mediante una armonización tributaria en la Unión lleve una necesaria limitación

130 MONACO, R.: *op. cit.*, pág. 365 y 366.
131 DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: *op. cit.*, pág. 196
132 *LÓPEZ ESPADAFOR* destaca las palabras de *SAINZ DE BUJANDA*, que afirmaba que un Estado europeo no podía, puede ni podrá desarrollar un papel importante en la Historia al carecer de poder para ejecutarlo, ya que le falta poder político, económico y militar, es decir, no estará en sus fines ni en sus propios medios vivir con una autonomía mínima. (Prólogo al libro MARTÍNEZ MARTÍNEZ. D.: El sistema financiero de las Comunidades Europeas, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1974, pág. XII; cita contemplada en LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Incidencia del Derecho…*, *cit.*, pág. 22).
133 LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Incidencia del Derecho…*, *cit.*, pág. 23.

en la soberanía tributaria de los Estados miembros, a la vez de producirse una intervención en su libertad política [(134)]. O dicho de otro modo, la integración supone una limitación a la soberanía de los Estados autoimpuesta, constitucionalmente legítima [(135)]. Aunque para *MARTÍN QUERALT* y *MARTÍNEZ LAFUENTE* esta autolimitación al poder financiero de los Estados que supone la integración europea se tiene que ver como un traspaso a la UE de competencias o de soberanía [(136)]. Quizás el autor que mejor refleje el avance que ha experimentado el concepto de soberanía sea *TRUYOL Y SERRA*, que defiende superar la concepción de la soberanía como monolítica, es decir, dejar de ver la soberanía como un poder omnímodo de decisión. Todo ello parte de la existencia del Derecho internacional que limita el concepto de soberanía, basado en el aumento de la dependencia entre los ciudadanos de distintos Estados que hará que el alcance efectivo de su poder soberano de éstos se vea reducido. Destacando que se debe olvidar los temores y mitos que se generan entre la soberanía y la supranacionalidad, ya que la integración europea supone una puesta en común de las soberanías, más que una limitación a éstas, ya que sólo se delegarán aquellas facultades que sean necesarias para una gestión eficaz de los asuntos comunes [(137)].

La reflexión que *LÓPEZ ESPADAFOR* hace es discutir la validez del concepto de soberanía en relación al poder tributario en el ámbito interno. Para el autor la soberanía no se puede ver como un fundamento del poder tributario, ya que el pueblo es el titular de la soberanía popular, que aprueba la Constitución, y en ella se establecerá los condicionantes y límites a los poderes del Estado que afecten en materia tributaria, por tanto, «el fundamento del poder tributario reside en la Constitución». Aunque en el ámbito internacional, cuando el Estado es considerado sujeto de Derecho internacional, el autor señala que la soberanía será un elemento esencial, puesto que servirá como elemento definitorio para los poderes de dicho Estado en su territorio y de excluyente para las intenciones exteriores que puedan perturbar la independencia de dicho Estado, incluso aquellos actos con carácter fiscal. Por tanto, la soberanía vista desde la perspectiva internacional no tendrá una condición de ilimitable e indivisible, sino como un conjunto de competencias individualizadas, y el propio Estado podrá atribuir el ejercicio de éstas o de algunas a una entidad supranacional. Con esta afirmación, el autor argumenta que se

[134] CASADO OLLERO, G.: "Fundamento jurídico y límites…", *cit.*, págs. 60.
[135] Cita contextualizada por *LÓPEZ ESPADAFOR* de ADONNINO, P: "Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari fra Paesi membri secondo le norme della CEE e la giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità", *Revista di Diritto Finanziario e Scienza della Finanze*, núm. 1, 1993, pág. 65. (*Incidencia del Derecho…*, *supra cit.*, pág. 23).
[136] MARTÍN QUERALT, J. y MARTÍNEZ LAFUENTE, A.: "La política fiscal europea", en la obra colectiva de AA. VV.: *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1986, pág. 272.
[137] TRUYOL Y SERRA, A.: *La integración Europea. Idea y realidad*, Tecnos, Madrid, 1972, pág. 66

haya posibilitado la integración y posterior cesión de competencias a la UE de forma legítima y amparadas por las Constituciones de los Estados miembros –en la cesión de estas competencias están aquellas de materia tributaria–. Es decir, el autor defiende que esta afirmación «rompe con las concepciones de la soberanía del Estado como algo indivisible» [(138)].

7. LA PERPESTIVA CONSTITUCIONAL-TRIBUTARIA ANTE LAS LIBERTADES DE LA UNIÓN EUROPEA.

7.1.PRINCIPIO DE GENERALIDAD.

Ya anunciábamos en nuestra introducción, que nuestra Constitución recogía el deber del Estado social y democrático de Derecho de articular la redistribución de la riqueza entre los distintos elementos que forman el Estado en cuestión, mediante la creación de un ordenamiento jurídico que regule el establecimiento y aplique los tributos necesarios para dicha redistribución. Para ello, este ordenamiento, debe tener unos principios necesarios para su aplicabilidad en los Tribunales de Justicia, siendo estos los ejes sobre lo que se asienta el Derecho Tributario Español [(139)].

En la búsqueda de una armonización fiscal a nivel europeo, debemos realizar un análisis tanto de los principios de la UE como de los principios de nuestra norma fundamental interna, y ver la posible interacción entre los principios constitucionales del ordenamiento interno y las Libertades de la UE. Es decir, lo que queremos poner de manifiesto son las bases tanto a nivel constitucional como europeo para obtener una afirmación de la posibilidad de un encaje para conseguir una armonización fiscal en materia de sociedades en la UE. Para ello, analizaremos nuestros principios constitucionales.

Pero antes, debemos poner de manifiesto lo señalado *supra* acerca del principio de unanimidad y su encaje en los principios de justicia tributaria, ya que el primero será el limitador de la producción normativa en el ámbito europeo y los segundos serán los limitadores en el ámbito interno de los Estados miembros, y es que, como señalamos, dicho principio incide en la producción normativa europea, siendo el primer obstáculo que tiene la integración europea.

---

[138] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Incidencia del Derecho…*, *cit.*, pág. 24.

[139] Según los autores *MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, TEJERIZO LÓPEZ* y *CASADO OLLERO*, se puede entender como Derecho Tributario «la disciplina que tiene por objeto de estudio el ordenamiento jurídico que regula el establecimiento y aplicación de los tributos». (*Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Editorial Tecnos, Vigésima sexta edición, Madrid, 2015, pág. 40).

Para un correcto análisis del principio constitucional de generalidad, debemos conceptualizarlo. Para ello, mencionamos aquí el art. 31 de la Constitución Española que dice «todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario […]». En el mismo sentido, manifestamos el apartado primero del art. 3 de la Ley General Tributaria que dice «[l]a ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad».

Con estas menciones, queremos poner de manifiesto, lo que ya la doctrina ha expuesto. Es decir, con la utilización del término «todos», el Constituyente ha querido referirse no sólo a los ciudadanos españoles, sino también a los extranjeros, así como a las personas jurídicas, españolas y extranjeras [(140)]. Desde la perspectiva europea, el principio de generalidad confluye con el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, explicando lo anterior exponemos una Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1986 que dice «[l]a Generalidad […] no significa que cada figura impositiva haya de afectar a todos los ciudadanos […] –sino a todas las– personas en idéntica situación» [(141)]. Esto nos hace pensar, como ya hemos anunciado antes, que desde nuestro ordenamiento se reconoce a que todo agente económico que realice una actividad económica este llamado a contribuir al sostenimiento de las cargas públicas, independientemente de la nacionalidad.

Quizás el elemento más importante de este principio es su conjugación dentro de las libertades de establecimiento, prestación de servicios y movimiento de capitales, ya que como señalan *MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, TEJERIZO LÓPEZ Y CASADO OLLERO*, este principio «está postulando una aplicación correcta del ordenamiento tributario, de forma que no sólo no existan privilegios amparados por la Ley, sino que tampoco puedan producirse situaciones privilegiadas al aplicar la Ley» [(142)]. Es decir, nuestro ordenamiento no puede discriminar a determinados contribuyentes ante situaciones idénticas, ya no sólo por las limitaciones que puedan establecer las Libertades de la UE, sino por la limitación que establece este principio. Un aspecto que resaltamos es que se pueden establecer una desigualdad entre los distintos contribuyentes, independientemente de la nacionalidad, siempre y cuando haya una justificación objetiva y razonable, siendo proporcionada y ajustada al interés general.

---

[140] MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LÓPEZ, J.M. y CASADO OLLERO, G., *cit.*, pág. 106.
[141] Tribunal Supremo de España, sentencia de 2 de junio de 1986, Asunto 10524/1986.
[142] MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LÓPEZ, J.M. y CASADO OLLERO, G., *cit.*, pág. 107.

Desde nuestra opinión, volvemos a hacer incidencia en el que el tributo puede ser utilizado con una finalidad extrafiscal, es decir, para *LÓPEZ ESPADAFOR* el tributo puede «incidir sobre ciertos comportamientos del ciudadano, de forma que la carga económica del impuesto frente a tales comportamientos, establezca en el ciudadano un límite o una reducción de éstos para evitar, en la medida de lo posible, la citada carga económica que supondrían. Se trata de comportamientos cuya limitación debe encontrar amparo en algún precepto de la Constitución» [(143)]. Este amparo que menciona este autor lo podemos observar en sentencias del Tribunal Constitucional, al señalar que la exención, como quiebra del principio de generalidad que rige la materia tributaria, es constitucionalmente válida siempre que responda a fines de interés general que la justifiquen [(144)].

7.2.PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONOMICA.

Cuando hablamos de este principio, debemos tener claro que se trata del principio que condiciona al resto de principios constitucionales que hemos analizado, es decir, no existirá una carga tributaria en «todos» los contribuyentes en igualdad de condiciones, de forma progresiva y con el límite de la no confiscatoriedad si no se fundamenta en la capacidad económica del sujeto [(145)]. Por tanto, estaremos ante una limitación de la carga tributaria sobre el contribuyente en función de la capacidad económica, o como dice *PÉREZ DE AYALA*, «donde no exista un valor económico, la ley no podrá construir una capacidad económica como soporte del tributo» [(146)]. Ante esta situación, pensamos que los sistemas tributarios deben hacer una convergencia de los principios constitucionales, estructurando tal sistema en base a que todos contribuyamos al sostenimiento del Estado social y democrático de Derecho, de igual forma que nuestros iguales, progresivamente según nuestra riqueza aumente, limitando la actuaciones de la Administración para evitar la confiscación de la riqueza y en función de nuestra capacidad económica. En este sentido, *MARTÍN DELGADO* destaca que el sistema se tendrá que

[143] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "La no confiscatoriedad en sede de…", *cit.*, pág. 125.
[144] Véase, los distintos autos del TC acerca del reconocimiento de la utilización del tributo como herramienta de una política extrafiscal, como las SSTC 37/1987, de 26 de marzo; 197/1992, de 19 de noviembre; 186/1993, de 7 de junio; 134/1996, de 22 de julio; 10/2005, de 20 de enero y la más importante STC 179/2006, de 13 de junio.
[145] En este sentido, la interpretación que hemos alcanzado nace de PÉREZ DE AYALA BECERRIL, que argumenta que para que se dé un impuesto justo, y por tanto, no se generen disfunciones en la carga tributaria soportada por el contribuyente deberá tener en cuenta la capacidad económica, elemento básico que tendrá el legislador para establecer sobre él el impuesto a sufragar (*Fundamentos de Derecho impositivo estatal*, Edersa, Madrid, 1995, pág. 39). Este mismo precepto puede apreciarse, también, en la sentencia de 10 de noviembre de 1988, del TC español, Asunto 209/1988.
[146] PÉREZ DE AYALA BECERRIL, J.L.: *Fundamentos de…*, *cit.*, pág. 75. A lo que añadimos que «allí donde no exista tal capacidad no puede existir el impuesto».

estructurar de forma que se consiga que todos los contribuyentes participen de los gastos públicos en base a su capacidad económica, de forma que es esta capacidad la que identifique la riqueza que tiene cada contribuyente [147].

Centrándonos en el concepto de capacidad económica, destacamos las palabras de *SAINZ DE BUJANDA*, que la identifica como el patrimonio o renta sobrante una vez cubiertos los gastos ineludibles del sujeto, necesarios para su vida, que harán frente al pago del tributo, es decir, los medios económicos sobrantes de un contribuyente una vez hecho frente sus necesidades más genéricas [148]. Otra definición, obtenida del Tribunal Constitucional español, es aquella capacidad que tiene un sujeto pasivo en tributar cuando dispone de recursos económicos suficientes para hacerlo [149]. Aunque si ponemos el concepto de capacidad económica en el contexto del sistema tributario, distinguimos que forma parte del objetivo del propio sistema, es decir, el sistema tributario estará compuesto por impuestos que son tributos que se exigirán sin contraprestación, en base a un hecho imponible sobre negocios, actos o hechos de naturaleza jurídica o económica, que manifestaran la capacidad económica del contribuyente [150]. Aunque examinando el apartado primero del artículo de la Ley General Tributaria, que dice «[l]a ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad» [151]. En nuestra opinión, advertimos que la capacidad económica será el punto de partida por la cual contribuiremos al sostenimiento de los gastos públicos. En este sentido, *SAINZ DE BUJANDA* es tajante expresando que aquellas expresiones de capacidad económica que sean objeto de imposición por los distintos tributos, no serán válidas sin tenerse en cuenta dicha capacidad, es decir, intentar establecer una obligación tributaria sin el principio de capacidad económica será una situación que carecerá de los fundamentos constitucionales. El mismo,

147 MARTÍN DELGADO, J. M.: "Los principios de capacidad…" *cit.*, pág. 70; y también en MARTÍN DELGADO, J.M.: "El control constitucional del principio de capacidad económica", *El Tribunal Constitucional*, Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pág. 1588.

148 SAINZ DE BUJANDA, F.: *Hacienda y Derecho,* Vol. III, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, págs. 189 y 190. En este sentido, este autor ha identificado que la capacidad económica del sujeto es igual a la capacidad contributiva, identificándolas como que ambos términos significan lo mismo. Es decir, no se hacen diferenciaciones dentro de la capacidad económica, no se interpreta como una capacidad absoluta ni relativa, sino como una facultad que tiene el contribuyente en hacer frente sus obligaciones tributarias.

149 Véase, en este sentido, las sentencias del TC 27/1981 y la sentencia 37/1987. Debemos advertir, que este Tribunal, hace una diferenciación entre capacidad económica, capacidad contributiva y la capacidad de pago, siendo la primera la riqueza individual, la segunda la riqueza imponible y la tercera la riqueza disponible. En este sentido son ilustrativas el trabajo de APARICIO PÉREZ, A.: "La falacia de la capacidad económica como criterio informador de los tributos", *Información Fiscal*, nº 79, 2007, pág. 22.

150 En este sentido, véase el art. 2.2. c) de la Ley General Tributaria.

151 Véase el art. 3.1 de la Ley General Tributaria.

señala que los legisladores deberán establecer una imposición sobre aquellos hechos imponibles que manifiesten una capacidad económica y que sean idóneos para hacer frente al pago de los tributos por parte de los sujetos pasivos. Y resumiendo, nos afirma que todo hecho imponible se debe de basar en el principio de la capacidad económica [(152)].

Llegados a este punto, tendremos que hacer un análisis de la convergencia del principio de capacidad económica con los principios y Libertades de la UE, es decir, haremos una analogía entre este principio constitucional español con los principios inspiradores de la UE. En este sentido, notamos que los principios y Libertades de la Unión Europea se basan en crear un mercado único dentro de las fronteras de los Estados miembros, o mejor dicho, dentro de la Unión, y por tanto, intentar observar una analogía con un principio básico y estructurador del Derecho tributario, nos limita en la base y sería una interpretación forzada y carente de sentido. Por ello, distinguimos que es el único principio constitucional propio del Derecho fiscal, al cual solo lo podremos analizar desde la perspectiva del sistema tributario en general, y desde el sistema, a través de los objetivos extrafiscales intentar hacer una analogía con los principios y Libertades de la UE. En este sentido, se observa que el principio de capacidad económica puede ser un elemento esencial para alcanzar objetivos extrafiscales, y ante esta circunstancia, tendremos claro que las limitaciones que pueda generar este principio para alcanzar un objetivo extrafiscal, siendo ilustrativas las palabras de *CASADO OLLERO*, que afirma que todo legislador, en base al resto de principios y valores constitucionales, podrá no gravar una expresión de riqueza en base a otros objetivos –los extrafiscales–, cabría pensar que se puede legitimar una imposición sobre aquella riqueza que se encuentre fuera de la capacidad económica –algo que en nuestra opinión sería una decisión arbitraria e injusta al no tenerse en cuenta la capacidad económica del contribuyente–, hecho que el propio autor limita al entender que esta situación estaría fuera de las justificaciones de la arbitrariedad, ya que supondría un gravamen a una expresión de capacidad económica fuera de los límites de la imposición al no demostrase capacidad económica alguna [(153)].

Por todo lo anterior, podemos decir, en primer lugar, que se necesita de la existencia de un tributo, es decir, se necesita de un instrumento jurídico que ante todo está pensado para cubrir los gastos públicos. En segundo lugar, dicha cobertura deberá hacerse en base a unos

[152] SAINZ DE BUJANDA, F.: *Hacienda y Derecho*, Vol. IV, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1966, pág. 551.
[153] CASADO OLLERO, G.: "Los fines no fiscales de los tributos: art. 4º" en la obra de AA.VV., *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma: libro homenaje al profesor Dr. Fernando Sainz de Bujanda*, Vol. 1, 1991, Madrid, págs 118 y 122. También en CASADO OLLERO, G.: "Los fines no fiscales de los tributos", *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, Vol. 41, núm. 213, 1991, Madrid, págs. 473, 477 y 478.

elementos de justicia, es decir, en función del principio de justicia tributaria, el gravamen del tributo se apoyará en la capacidad económica de los contribuyentes encargados a satisfacer las contribuciones de los gastos públicos. Y en tercer lugar, se establecerán otros objetivos o fines a los tributos, constitucionalmente protegidos, siempre que estos objetivos no contradigan o no desvirtúen la esencia del tributo [(154)]. En base a esto, será el propio sistema tributario el que tiene que garantizar el correcto funcionamiento del mercado único, es decir, será el conjunto del sistema fiscal, estructurado en base al principio de capacidad económica, el que convergerá con los principios y Libertades de la UE, siendo de esta manera imposible analizar la convergencia el principio de capacidad económica con el resto de normas inspiradoras del Derecho de la UE, sin tener en cuenta el sistema tributario en su conjunto.

7.3.PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Entrando en el análisis del principio de igualdad, reparamos en que podemos asociarlo con el precepto que actualmente se recoge en el art. 18 del TFUE, donde se contempla una prohibición general de establecer una norma que genere una discriminación por razón de nacionalidad, en aquellas situaciones donde se limite la actuaciones de las Libertades de la UE [(155)]. Es decir, y como señala *MARTÍN JIMÉNEZ* que las Libertades de la Unión han sido el elemento esencial en el que se ha basado la jurisprudencia europea [(156)]. Este análisis o analogía que hacemos, nace por el principio de igualdad, concretamente en la definición de su concepto, ya que está ligado al precepto de no discriminación. Haciendo una aclaración de lo anterior, observamos que desde el TFUE existen posibilidades a restringir el principio de no discriminación, circunstancia que también se da en el principio de igualdad, es decir, se posibilita que aquellas normas nacionales conformes con el Derecho de la UE puedan restringir las Libertades de la Unión por razón de nacionalidad, en el mismo sentido, que la Constitución Española permite dicha situación desde el punto de vista del principio de igualdad.

---

[154] Véase la obra de GONZÁLEZ GARCÍA, E.: "Concepto actual de tributo: análisis de jurisprudencia", *Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria*, núm. 2, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 21, de la que hemos obtenido la interpretación para hacer la analogía del sistema tributario y los principios y las libertades de la UE.

[155] Sentencias del TJCE de 8 de marzo de 2001, Asunto acumulados C-397/98 y C-410/98, *Metallgesellschaft y otros*, apartados 38 y 39; la de 11 de octubre de 2007, Asunto C-443/06, *Hollmann*, apartados 28 y 29; y la de 17 de enero de 2008, Asunto C-105/07, *Lammers & Van Cleeff*, apartado 14.

[156] MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. "Operaciones Vinculadas y Derecho Comunitario: ¿Es necesaria una nueva reforma del artículo 16 del TRLIS?", en la obra colectiva dirigida por T. CORDÓN EZQUERRO, *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, CEF, Madrid, 2010, págs. 74 y 75.

Otro aspecto a señalar es que el principio igualdad, es un elemento básico de los ordenamientos constitucionales, es decir, y poniendo de ejemplo nuestro ordenamiento, lo configura como uno de los valores superiores generando importantes consecuencias jurídicas en los distintos ámbitos del Derecho. En nuestro análisis, nos enfocaremos en el ámbito tributario, examinando este principio y sus límites –volvemos hacer aquí mención de la posibilidad que tiene el legislador de establecer una desigualdad entre los distintos contribuyentes–. En nuestro campo de estudio, la base de este principio pasa por las situaciones económicamente iguales sean tratadas de la misma manera, es decir, el principio de igualdad prohíbe toda discriminación arbitraria. En este sentido son ilustrativas las palabras de *FERREIRO LAPATZA,* que determina el principio de igualdad como el tratamiento igual entre los iguales y desigual entre los desiguales [(157)] Esta puesta en conceptualización, nos implica concebirlo como un criterio de justicia tributaria, al tiempo que justifica de forma satisfactoria la existencia de tributos con fines extrafiscales [(158)], a los que nos hemos referido antes.

Por todo lo anterior, señalamos aquí la sentencia de 26 de abril de 1990, del Tribunal Constitucional Español, que establece los criterios del principio de igualdad y sus límites, donde el principio de igualdad exige que «a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas; que ante desigualdades de trato originadas por el legislador sólo se prohíban aquellas que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables; no todas las desigualdades suponen una infracción a la Constitución, sino que dicha infracción la produce aquella desigualdad que genera una diferencia en las situaciones que pueden considerarse iguales y carecen de justificación; y por último, para que toda desigualdad resulte lícita se debe obtener un fin, que las consecuencias jurídicas sean adecuadas y proporcionadas» [(159)], es decir, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador deben ser proporcionales, evitando resultados gravosos o desmedidos.

En definitiva, según el Tribunal Constitucional, el principio de igualdad impone al legislador el deber dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, y a su vez, prohíbe toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad

[157] FERREIRO LAPATZA.: *Derecho Financiero, Curso de Derecho Financiero Español,* Vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 58. Véase, también, PÉREZ DE AYALA.: *Fundamentos de Derecho Tributario*, Dykinson, 5º edición, Madrid, 2017, pág. 79, que utiliza estas mismas palabras para definir el principio de igualdad.
[158] MARTIN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LOPEZ, J.M. y CASADO OLLERO, G., *cit.*, pág. 113.
[159] Sentencia de 26 de abril de 1990, del Tribunal Constitucional, 76/1990.

de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación [160].

No podemos olvidar, que el principio de igualdad diverge con otros principios constitucionales tributarios, es decir, tendremos en cuenta estos principios al aplicar el principio de igualdad. Esta relación que tiene el principio de igualdad con el resto de principios tributarios se basa en la interpretación que hace el TC, que entiende la igualdad va íntimamente enlazada con los principios de capacidad económica y con el principio de progresividad [161].

Por todo lo anterior, esta parte entiende que el principio de igualdad tendrá que respetar el principio de capacidad económica, ya que, en circunstancias económicamente iguales deben ser tratadas de igual manera, siendo únicamente aplicable en aquellas situaciones que sean discriminatorias, por carecer de justificación, tanto objetiva como razonable, y que generen consecuencias no proporcionales. Por lo que, se exige una igualdad ante la ley y en la aplicación de la misma, esto puede suponer que podamos pensar que la igualdad ampare el derecho a imponer o exigir diferencias de trato en situaciones desiguales, algo que entendemos que tampoco se puede dar, es decir, no puede existir una discriminación por indiferenciación, ya que pensamos que la igualdad se interpretará y aplicará en conexión con otros principios constitucionales.

7.4.PRINCIPIO DE PROGESIVIDAD.

Este principio está recogido explícitamente en el art. 31 de la CE, y supone un criterio básico del conjunto del sistema tributario, ya que, y haciendo una analogía, este principio es el inspirador para llevar a cabo lo dispuesto en el art. 40.1 de la propia CE que dice que «los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica».

Para entender lo anterior, debemos poner de manifiesto las palabras de *MARTÍN DELGADO* para definir el principio de progresividad como aquel elemento del sistema tributario, que determinará un aumento de la contribución en proporción con el aumento de la riqueza del contribuyente, en base a una proporcionalidad. Es decir, este autor nos viene a que el principio de progresividad se enlaza con el principio de capacidad económica para conseguir

[160] Véase las sentencias de Tribunal Constitucional 214/1994, de 14 de julio; 134/1996, de 22 de julio; 117/1998, de 2 julio; 46/1999, de 22 de marzo; 1/2001, de 15 de enero, y 47/2001, de 15 de febrero.
[161] Véase, entre otras, la Sentencia del TC 55/1998, de 16 de marzo.

la redistribución de la riqueza, en base a los artículos 9.2 y 40.1 de la Constitución Española [(162)]. En este sentido también se ha manifestado el TC, argumentando que el sistema tributario le es necesaria la progresividad para alcanzar la redistribución de la riqueza [(163)]. Aunque recordamos otra parte de la jurisprudencia del TC que nos indica que la progresividad se observará desde una perspectiva global y no desde una perspectiva de un tributo en concreto, es decir, el principio de progresividad afectará al conjunto del sistema tributario, ya que existen tributos del sistema tributario que no son progresivos y por tanto, harán que este principio no afecte a los tributos individualmente [(164)].

Por todo lo anterior, podemos afirmar como señalan *MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, TEJERIZO LÓPEZ Y CASADO OLLERO* que «la progresividad del sistema tributario es una manera de ser de ese sistema, que se tiene que articular técnicamente –mediante tipos de gravamen progresivos, exenciones, beneficios fiscales, etc.– de forma que pueda responder a la consecución de unos fines que no son estrictamente recaudatorios para permitir la consecución de otros fines distintos, como puedan ser la distribución de la renta, o, por ejemplo, cualquiera de los fines previstos por el propio art. 40 de la Constitución» [(165)]. Estableciéndose como límite, a este principio, el principio de no confiscatoriedad, recogido constitucionalmente en el art. 31.

7.5.PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD.

En palabras de *LÓPEZ ESPADAFOR*, este principio supone «un límite extremo que dimana del reconocimiento del derecho de propiedad» [(166)], es decir, su finalidad será impedir una conducta de confiscación a la propiedad en determinados sujetos, limitando una aplicación elevada de la progresividad que suponga una restricción a la capacidad económica del sujeto.

Se tiene que ver este principio desde el concepto, es decir, y desde nuestro punto de vista, supone un principio que limita a todo el ordenamiento tributario, ya que, será un principio que permanecerá para garantizar la legalidad de un tributo [(167)], aplicándose en base a los

[162] MARTÍN DELGADO, J.M.: "Los principios de capacidad económica e igualdad en la Constitución Española de 1978", *Hacienda Pública Española*, núm. 60, Madrid, 1979, pág. 64.
[163] TC, sentencia de 20 de julio de 1981, 27/1981.
[164] TC, sentencia de 26 de marzo de 1987, 37/1987.
[165] MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., TEJERIZO LÓPEZ, J.M., y CASADO OLLERO, G.: *cit.*, pág. 118.
[166] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M. "La no confiscatoriedad…", *cit.*, pág. 50.
[167] Según los autores *MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, TEJERIZO LÓPEZ* Y *CASADO OLLERO*, el tributo constituye un instituto jurídico que, por mandato constitucional y por exigencia dogmática, está basado en la capacidad económica de quien es llamado a satisfacerlo. (*Curso de Derecho…*, *cit.*, pág. 119).

principios de generalidad e igualdad, limitando a la progresividad y teniendo en cuenta la capacidad económica de cada sujeto.

Nuestra idea nace de analizar distintas sentencias del TC, que dice que «la imposición puede llegar a tener alcance confiscatorio cuando, a raíz de la aplicación de los diferentes tributos vigentes, se llegue a privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades» [(168)]. Es decir, debemos ver el principio de no confiscatoriedad como una prohibición constitucional en el ordenamiento tributario para que respete la riqueza de los contribuyentes. A modo de ejemplo, podemos remarcar de nuevo al TC, que señala que dicho principio limita la capacidad del Estado en gravar toda la riqueza imponible, es decir, si se gravase toda la riqueza imponible se llegaría a limitar las actuaciones del contribuyente. Pero es el propio TC expone que de no existir el principio de no confiscatoriedad, un tributo –véase, por ejemplo, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas– donde se aplique el principio de progresividad, el gravamen que se podría alcanzar sería del 100 por 100 de la riqueza imponible del contribuyente [(169)].

Por todo lo anterior, y a modo de avance del principio de capacidad económica, este se puede manifestar de cuatro formas: renta, patrimonio, consumo o gasto y tráfico de bienes. Dicho esto, plantear una imposición sobre una manifestación de capacidad económica, puede plantear una plurimposición, es decir, dicha capacidad puede ser gravada mediante uno o más impuestos, o incluso por distintos tributos. En nuestro análisis del principio de no confiscatoriedad, esta imposición o plurimposición deberá ir en correlación con los límites constitucionales, explicando mejor esta afirmación remarcamos las palabras de *PÉREZ DE AYALA*, que aunque se esté ante una imposición mediante distintos hechos imponibles, si la acumulación de estos impuestos supone para el contribuyente no poder disfrutar de un nivel digno, no estará amparada dichos gravámenes sobre la capacidad del contribuyente, ya que se estará ante una limitación de las actividades generadoras de riqueza y por tanto, ante una medida confiscatoria por parte de la Administración tributaria [(170)]. Es decir, como apunta *CASADO OLLERO*, la figura tributaria para carecer de un carácter confiscatorio debe ser racional, justificada y mesurada, y teniendo en cuenta la capacidad económica del contribuyente, observando la estructura de su riqueza [(171)]. Otro aspecto que señalamos, además de ser destacado por *LÓPEZ ESPADAFOR*, es que la figura tributaria será conforme con todos los

[168] Téngase en cuenta las Sentencias del Tribunal Constitucional 27/1981 y 150/1990.
[169] Véase las Sentencias del Tribunal Constitucional 14/1998 y 233/1999.
[170] PÉREZ DE AYALA. J.L.: "Las cargas públicas: principios para su distribución", *Hacienda Pública Española*, núm. 59, 1979, pág. 110.
[171] CASADO OLLERO, G.: "El principio de capacidad y el control constitucional de la imposición indirecta (II)", *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 34, 1982, Madrid, pág. 197.

principios constitucionales, y si se da tal circunstancia, analizar la confluencia de varios hechos imponibles sobre una misma manifestación de riqueza, es decir, observa la conformidad constitucional de que varios impuestos graven una manifestación de capacidad económica [(172)].

Por lo anterior, *SAINZ DE BUJANDA* determina que el principio de no confiscatoriedad debe partir de una racionalidad «externa» junto con una racionalidad «interna», es decir, que para prevenir la destrucción de los objetivos básicos del sistema, se respeten los principios generales de justicia tributaria, los derechos fundamentales de la persona y se obtenga unos recursos en base al principio de efectividad, el sistema tributario debe contener el principio de no confiscatoriedad como elemento a asociarse con el resto de principios tributarios constitucionales para dar desarrollo al amparo del ordenamiento [(173)].

Desde nuestra perspectiva, vemos la confiscatoriedad como una privación de parte o toda su riqueza a un sujeto, en base a una aplicación irracional, injustificada y desmesurada de los tributos, originada por dos vías. En primer lugar, mediante el gravamen de un solo impuesto sobre una manifestación de capacidad económica concreta, que como resultado de una aplicación desmesurada, generará sobre el contribuyente un aumento de la entrega de toda o parte de su riqueza objeto de gravamen. Y en segundo lugar, mediante el gravamen conjunto de distintos impuestos sobre una misma manifestación de capacidad económica, que individualmente no son confiscatorios, pero el efecto en su conjunto origina el carácter confiscatorio sobre dicha riqueza [(174)].

7.6.EL DERECHO DE PROPIEDAD ANTE EL PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD EN MATERIA TRIBUTARIA.

Señala *LÓPEZ ESPADAFOR* que una vez que «la crisis atravesada por la economía europea y por la economía mundial ha puesto de manifiesto la necesidad de una mayor

[172] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M. "La no confiscatoriedad…", *cit.*, pág. 52. En el mismo sentido se expresa FERREIRO LAPATZA.: *Curso de Derecho Financiero Español*, Marcial Pons, Vol. I, Madrid, 2004, pág. 58.
[173] SAINZ DE BUJANDA, F.: *Hacienda y Derecho*, Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1966, pág. 267.
[174] En dicho sentido, debemos poner de manifiesto la circunstancia originada por el Tribunal Constitucional alemán, que fijó el límite máximo de carga tributaria del contribuyente, es decir, la renta máxima que puede ser gravada, independientemente del ámbito territorial o hechos imponibles que incidan en la capacidad económica del contribuyente, en un máximo del 50 por 100 sobre dicha capacidad. Véase para profundizar más acerca de este tema, los trabajos de HERRERA MOLINA, P.M.: *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del derecho alemán*, Marcial Pons, Madrid, 1998; del mismo autor, "El principio de capacidad económica en Alemania y su relevancia para el Derecho español", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 150, 1997; y la obra "Una decisión audaz del Tribunal Constitucional alemán: el conjunto de la carga tributaria del contribuyente no puede superar el 50 por 100 de sus ingresos", *Impuestos*, núm. 14, 1996.

integración económica entre los Estados miembros de la UE. Dos elementos son esenciales en tal sentido: la política monetaria y la política fiscal». Centrándonos en la política fiscal, indicamos que la regla de unanimidad para avanzar en la adopción de Directivas de armonización fiscal, supone un déficit de legitimación democrática, al no tener que ser aprobados por el Parlamento elegido por los ciudadanos europeos, dejando a un lado las tradicionales reglas de legalidad tributaria, como elemento de garantía y límite para que esta armonización fiscal a la que se puedan enfrentar los contribuyentes europeos, es decir, que se observe una supremacía del Derecho de la armonización sobre el Derecho de los contribuyentes. En este sentido se expresa el autor al afirmar que se necesita una «concreción de los principios materiales de justicia tributaria en sede de la armonización fiscal» como un paso previo para alcanzar una «ampliación de las competencias de la Unión Europea en relación a la mencionada armonización fiscal». Aunque el mismo autor defiende que no existe esa «concreción de tales principios materiales de justicia tributaria en el Derecho originario de la Unión Europea, algunos de dichos principios podrían deducirse de la consagración del derecho de propiedad como derecho fundamental dentro de dicho Derecho originario». En definitiva, lo que percibimos es que el Derecho originario de la UE no se observan estos principios materiales de justicia tributaria, de forma que sí lo observamos en las Constituciones de los Estados miembros. Por lo que, las Directivas de armonización fiscal, como parte del Derecho derivado de la UE, no tendrán aquellos límites que se establecen los principios de capacidad económica o de no confiscatoriedad en los ordenamientos tributarios nacionales. Y como destaca el autor, «la construcción de tales límites o principios en el ámbito de aquella –de la armonización fiscal– necesariamente debe partir de la contemplación expresa del derecho de propiedad como derecho fundamental en el citado Derecho originario» [(175)].

Por tanto, ante situaciones donde se observe un gravamen desproporcionado, de acuerdo a que la imposición a la que se somete el bien o renta supera el precio o el valor de estos antes de impuestos, nace la necesidad de buscar un anclaje constitucional de dicha norma que genera el gravamen que impida dicho exceso. Esto plantea, como bien se ha enunciado *supra*, la necesaria relación del derecho de propiedad en materia tributaria, cuestionando la carga fiscal máxima sobre la adquisición o titularidad de un bien o producto, o como limitará la renta en ejercer tal derecho. En consecuencia, se plantea una relación necesaria entre el principio de no confiscatoriedad y el derecho de propiedad privada, éste como derecho fundamental contemplado en el Derecho de la UE. O dicho de otro modo, se plantea el derecho de propiedad

[175] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "Cómo concretar la prohibición de la confiscatoriedad haciendo el sistema tributario más progresivo", *Crónica Tributaria*, núm. 166, 2018, pág. 153.

privada como un derecho fundamental, que en su proyección tributaria, las medidas armonizadoras que se aprueben o hayan aprobado no podrán violar tal derecho, contemplando la incidencia que la imposición tendrá sobre la titularidad o propiedad de bienes o derechos, pero incluso en el acceso a dicha propiedad, hasta el punto de que no puede llegar a ser considerada –tal imposición– como confiscatoria. Esta argumentación nace de la afirmación de *LÓPEZ ESPADAFOR* al asegurar que «la contemplación, desde la perspectiva fiscal, del derecho de propiedad […] en materia de imposición directa, […] se presentaría como lo más acorde con los postulados de un Estado social y democrático de Derecho» [(176)]. En definitiva, lo que defendemos es que se utilice el derecho de propiedad en materia tributaria, ya que dicho derecho forma parte tanto de las disciplinas constitucionales de los Estados miembros como del Derecho de la UE, que mediante su interpretación a la luz de la imposición directa se pueda revitalizar los objetivos del Estado social y democrático de Derecho [(177)], limitando dicha imposición con aquello que se pueda considerar como confiscatorio, es decir, buscamos que se estudie una consagración del derecho de propiedad privada dentro del Derecho de la UE, como límite esencial a un crecimiento descomedido en materia de tipos de gravamen sobre la renta y el patrimonio, apoyada en una armonización fiscal.

Aunque se pueda pensar que hay una falta de protagonismo en la armonización fiscal en materia de sociedades, vemos que existen unas normas mínimas de la UE armonizadas, que en el análisis del derecho de propiedad en relación a la imposición que parte de la aplicación de tales normas, y en relación a la prohibición de confiscatoriedad, establecer la responsabilidad de la Unión y, en la medida que se introduzcan una imposición extra por parte de los Estados miembros, establecer su responsabilidad nacional desde el punto de vista del derecho de propiedad y a través del principio de no confiscatoriedad. Es decir, se tendrá que analizar hasta dónde llegarán las responsabilidades de la UE y hasta dónde la de los Estados miembros, en la prohibición de impuestos directos, que choquen contra el derecho fundamental a la propiedad privada, desde su perspectiva tanto de la UE como nacional.

Por tanto, se puede decir que existe una vinculación entre el principio de no confiscatoriedad y el derecho de propiedad privada, ya que en base a *LÓPEZ ESPADAFOR*, el principio de no confiscatoriedad se trata de «un deber del legislador tributario de no establecer tributos que en su configuración determinen una tributación que anule las posibilidades de

[176] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "Cómo concretar la prohibición…", *cit.*, pág. 155.
[177] A nuestro entender consideramos como objetivos de los Estados sociales y democráticos de Derecho el cumplimiento de su Constitución, en base a ello, debemos recordar lo contemplado en el final del apartado primero del artículo 131 de la Constitución española acerca de la riqueza en el territorio del Estado que se proceda a «su más justa distribución».

actuación del sujeto, al provocar una tributación irracional», es decir, lo defiende como que «la no confiscatoriedad en materia tributaria se presentaría como una especificación del derecho de propiedad privada en el ámbito tributario» [(178)]. En definitiva, si observamos la Constitución española, en su art. 31 apartado primero, donde se observa que se establece un sistema tributario que no puede ser confiscatorio, aunque los sujetos deben contribuir en base a su capacidad económica, y configurándose ese sistema a través de los parámetros de igualdad y progresividad. Mientras que el art. 33 ampara el derecho a la propiedad privada, pero recordando que esa propiedad tendrá una función social. Por tanto, ese deber de contribuir que señalamos *supra* no se puede considerar ajeno a esa función social. Esta afirmación, es defendida por la doctrina, en mayor o en menor grado, ya que entiende que existe una vinculación entre el principio de no confiscatoriedad mediante el sistema tributario que respeta el derecho a la propiedad privada [(179)]. Aunque hay una parte de la doctrina que entiende una falta de fundamentación en la exigencia por parte del derecho de propiedad sobre la no confiscatoriedad en materia tributaria, ya que entienden que la prohibición de confiscatoriedad se debe contemplar como una función de justicia en el sistema tributario y no como una función que defiende la propiedad privada, es decir, esta parte de la doctrina entiende que tal principio no se debe contemplar como una garantía directa de la propiedad, sino como una garantía del conjunto del sistema tributario ante sus posibles desviaciones [(180)].

---

[178] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "Cómo concretar la prohibición…", *cit.*, pág. 156 y 157. En el mismo sentido, se manifiesta el Tribunal Constitucional español, en su sentencia de 28 de octubre de 1997, asunto 182/1997, en su fundamento jurídico sexto, declarando que el «deber constitucional de contribuir cuyo cumplimiento no se encuentra desconectado del derecho de propiedad también constitucionalmente garantizado (art. 33 C. E.)».

[179] Véase, entre otros, PALAO DE TABOADA, C.: "La protección constitucional de la propiedad privada como límite al poder tributaria", en la obra colectiva de AA.VV.: *Hacienda y Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, págs. 319 y 320; NUÑEZ PÉREZ, G.: "La prohibición constitucional de tributos confiscatorios: dos supuestos", *Impuestos*, núm. 22, 1991, pág. 8; SÁNCHEZ SERRANO, L.: "Principios de Justicia Tributaria", en el Capítulo IV del *Manual General de Derecho Financiero*, Tomo Segundo, en la obra colectiva AA.VV.: *Derecho Tributario. Parte General*, Comares, Granada, 1996, págs. 91 y 92; NAVIERA DE CASANOVA, G. J.: *El principio de no confiscatoriedad. Estudio en España y Argentina*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 448; CAZORLA PRIETO, L. M.: *Derecho Financiero y Tributario (parte general)*, Aranzadi, Navarra, 2000, pág. 112; GARCÍA DORADO, F.: Prohibición constitucional de confiscatoriedad y deber de tributación, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 90; SOLER ROCH, M. T.: *Deber de contribuir y derecho de propiedad en el ámbito de protección de los derechos humanos, Lección inaugural, Curso Académico 2011-2012*, Universidad de Alicante, 2011, pág. 5 y ss.; MIGUEL CANUTO, E: "Capacidad económica y Tribunal Constitucional", en la obra colectiva AA.VV. coordinada por ADAME MARTÍNEZ, F. D., RAMOS PRIETO, J. y LASARTE ÁLVAREZ, F. J.: *Estudios sobre el sistema tributario actual y situación financiera del sector público. Homenaje al Prof. J. Lasarte Álvarez*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014, pág. 2913; y ROZAS VALDÉS, J. A.: "De la confiscación", en la obra colectiva AA.VV.: *Estudios sobre el sistema tributario actual y situación financiera del sector público. Homenaje al Prof. J. Lasarte Álvarez*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014, pág. 3221.

[180] En este sentido, *vid.* ANGULLÓ AGÜERO, A.: "Una reflexión en torno a la prohibición de confiscatoriedad del sistema tributario", *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 36, 1982, pág. 561; MARTÍNEZ LAGO, M. A.: "Los fines no fiscales de la imposición y la prohibición de confiscatoriedad", *Gaceta Fiscal*, núm. 81, 1990, pág. 156; y MIRANDA PÉREZ, A.: "El principio constitucional de no confiscatoriedad en materia fiscal", *Jurisprudencia Tributaria*, núm 20, 1998, pág. 24.

LÓPEZ ESPADAFOR, sostiene que el principio de no confiscatoriedad y el derecho a la propiedad privada tienen un aspecto de vinculación significativo, donde el primero se entiende como «una plasmación del límite» al respecto del segundo, en materia tributaria [(181)]. Ahora bien, en materia de imposición directa se observa que no hay una armonización fiscal completa, siendo esta carencia un elemento que tendremos en cuenta para analizar esta idea en un contexto más amplio, ya que aunque no exista en las Constituciones nacionales de los Estados miembros una expresa prohibición de confiscatoriedad en materia tributaria, existirá una protección por parte del derecho de propiedad en las mismas [(182)]. El mismo autor defiende que la «consagración del derecho a la propiedad privada en el ámbito del Derecho de la Unión Europea podemos individualizar partiendo que, […] los principios generales o derechos fundamentales que derivan de las Constituciones de los Estados miembros forman parte del Derecho de aquella» [(183)]. Pero estas afirmaciones supra, también son defendidas por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, que sobre el derecho a la propiedad como derecho fundamental ha señalado que «los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que, para ello, este último se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido» [(184)]. De igual modo, el propio Tribunal defiende que se establezcan restricciones, es decir, «los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas, sino que deben tomarse en consideración atendiendo a su función dentro de la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio de tales derechos, en particular, en el ámbito de una organización común de mercados, siempre que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que lesione la propia esencia de esos derechos» [(185)]. Dicho de otro modo, *LÓPEZ ESPADAFOR* destaca que en el Derecho

[181] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "Cómo concretar la prohibición…", *cit.*, pág. 158.
[182] No podemos olvidar, que todo sistema tributario debe partir desde el principio de capacidad económica.
[183] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "Cómo concretar la prohibición…", *cit.*, pág. 160.
[184] Véase la sentencia del TJCE de 10 de julio de 2003, Asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00, *Booker Aquaculture y Hydro Seafood*, apartado 65; con anterioridad se puede ver la sentencia de 13 de diciembre de 1979, *Hauer*, Asunto C-44/79, apartado 15. Dentro de este contexto, cabe hacer referencia a otras sentencias, remarcando las sentencias de 6 de marzo de 2001, Asunto C-274/99, *Connolly/Comisión*, apartado 37; y la de 22 de octubre de 2002, Asunto C-94/00, *Roquette Frères*, apartado 25.
[185] Volvemos a destacar la sentencia del TJCE de 10 de julio de 2003, Asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00, *Booker Aquaculture y Hydro Seafood*, apartado 68; aunque la misma afirmación se pude ver entre otras sentencias del mismo Tribunal, como la de 13 de julio de 1989, Asunto C-5/88, *Wachauf*, apartado 18; en la de 10 de enero

de la UE no se encuentra el principio de no confiscatoriedad contemplado, sino consagrado el derecho de propiedad privada como medio para impedir normas de la UE que sean confiscatorias en materia tributaria. Supone considerar este derecho fundamental como parte del Derecho originario de la UE, que someterá al Derecho derivado a este. Por tanto, aquellas normas tributarias de la UE, que generen una mayor armonización fiscal, no podrán tener un contenido confiscatorio en el ámbito tributario, al violarse el derecho fundamental a la propiedad privada, derecho integrado en el Derecho originario de la UE [(186)]. Es decir, y según *FALCÓN Y TELLA,* «los principios como la interdicción de la confiscatoriedad, el respeto a la propiedad privada y la libertad de empresa, que figuran en las Constituciones de todos los Estados miembros, constituyen también principios básicos del ordenamiento comunitario, que ha de respetar los derechos de los particulares derivados de dichos principios, […] dichos en otros términos, las instituciones comunitarias no pueden adoptar medidas que no habrían podido adoptar los parlamentos nacionales de ninguno de los […] Estados miembros, lo cuales no podrían evidentemente establecer un impuesto confiscatorio» [(187)]. En definitiva, el principio de no confiscatoriedad en materia tributaria será la base de los principios de justicia tributaria, puesto que en los casos de confiscatoriedad se estaría obviando el principio de capacidad económica y violando al derecho a la propiedad privada. Del mismo modo, la prohibición confiscatoria supondrá un límite al exceso del principio de progresividad, desde el punto de vista de la imposición directa. En consecuencia, defendemos la búsqueda de un necesario equilibrio del sistema tributario, articulado bajo el deber de todos en contribuir a su sostenimiento –el principio de generalidad–, de forma igual –principio de igualdad– en base a su riqueza –principio de capacidad económica–, mediante los esquemas de progresividad, respetando el derecho a la propiedad privada con el principio de no confiscatoriedad. Es decir, para construir una armonización fiscal en la UE, en base al Derecho originario de ésta, se deberá basar en el derecho a la propiedad privada como base para articular los principios de justicia tributaria.

de 1992, Asunto C-177/90, *Kühn*, apartado 16; y en la de 15 de abril de 1997, Asunto C-22/94, *Irish Farmers Association y otros*, apartado 27.

[186] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "Cómo concretar la prohibición…", *cit.*, pág. 162.

[187] FALCÓN Y TELLA, R.: "La tasa suplementaria en el sector de la leche y de los productos lácteos: un impuesto confiscatorio y discriminatorio entre ganaderos", *Quincena Fiscal*, núm. 17, 1997, pág. 6.

7.7. EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.

Se puede entender que el proceso de integración en la Unión Europea está legitimado por las Constituciones de los Estados miembros, al ser un ente supranacional que nace de éstas. Pero *AZPITARTE SÁNCHEZ* señala que «el proceso de integración obliga a abrir una nueva reflexión sobre la legitimidad de la jurisdicción constitucional», ya que «el Derecho de la Unión conforma un ordenamiento con su propia norma suprema, sistema de fuentes y garantía jurisdiccional, lo que explica en gran medida que sus instituciones no se sientan vinculadas a las Constituciones nacionales, por más que en ellas esté la causa primera de la existencia de la Unión» [(188)]. Puesto que según el mismo, los principios democráticos emanarán del Parlamento mediante unas elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas; por lo que éste será el encargado de controlar el proceso de integración. Es decir, será en esa transferencia de potestades que realizan las Constituciones nacionales donde se establezcan los controles al Derecho de la Unión, tanto originario como derivado. Dicho de otro modo, defiende que este principio general constitucional, cualificará «la legitimación activa para revisar el Derecho de la UE» [(189)]. En definitiva, argumenta «que la Unión se considera asimismo una comunidad jurídica; vinculada en especial al principio de atribución de competencias y a los derechos fundamentales, y es respetuosa con la identidad constitucional de los Estados miembros». Lo cierto es que, teniendo presente esta introducción, defiende la existencia del principio de primacía como elemento de control para favorecer la integración, puesto que «los Tribunales nacionales no pueden sin más decidir sobre la validez del Derecho de la Unión», es decir, se debe comprender dicha afirmación como que el Derecho de la UE tiene primacía sobre los ordenamientos internos de los Estados miembros. Dicho de otro modo, veremos un sometimiento de dichos Tribunales a las disposiciones del TJUE, que se originarán dichas disposiciones mediante la cuestión prejudicial. Véase esto como aquella situación donde el Tribunal de Luxemburgo no haya tenido ocasión de interpretar una norma del Derecho de la UE, los Tribunales nacionales no podrán dejar de aplicar dicho Derecho relativo a dicha norma. Por tanto, nuestra opinión se basa en el razonamiento explicado por *AZPITARTE SÁNCHEZ*, como esa «necesaria intervención del Tribunal de Justicia va a modular sustancialmente el control de [Tribunales nacionales]», ya que «no se trata de constatar el Derecho de la Unión

[188] AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: "Integración europea y legitimidad de la jurisdicción constitucional", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 55, pág. 944.
[189] AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: "Integración europea y legitimidad…", *cit.*, pág. 946.

frente a una serie de categorías normativas con alto grado de abstracción, sino de enjuiciar la razonabilidad de la aplicación del Derecho por el Tribunal de Justicia» [(190)].

En este sentido, el autor utilizando la interpretación del Tribunal Constitucional Federal Alemán, va a considerar la aplicabilidad del Derecho de la UE, obligándose a los Tribunales nacionales a plantear cuestiones prejudiciales al TJUE, en aquellos casos donde la aplicación de dicho Derecho no sea la correcta. Es decir, *AZPITARTE SÁNCHEZ* afirma que «el control de la identidad constitucional acaba por convertirse en un juicio de la aplicación constitucionalmente adecuada del Derecho de la Unión». Por tanto, cabría la posibilidad de que los principios y Libertades de la UE puedan limitar los principios constitucionales de justicia tributaria de los Estados miembros. O dicho de otro modo, por el correcto desarrollo del proceso de integración europea, se debería dotar de un poder al Derecho de la UE que reforme los ordenamientos constitucionales que lo han originado. En cierta manera, podemos contestar a estos interrogantes observando la postura del autor, ya que determina que «el poder de integración amplía […]» los sistemas constitucionales, no a través de una alteración, sino mediante la incorporación de «[…] un nuevo ordenamiento», añadiendo que al generarse «un ordenamiento autónomo, con sus propios presupuestos orgánicos, procedimentales y materiales, la Constitución, causa primera del Derecho de la Unión, sin embargo, deja de ser su punto de referencia inmediato». En consecuencia, vemos que el poder de integración supone una mayor amplitud de las Constituciones nacionales, puesto que les hace participes de cuestiones que por su campo de acción no podría abordar de forma unilateral. Con el único límite jurídico-material de evitar actos jurídicos que supongan discriminaciones por motivos de nacionalidad. Es decir, todo proceso de integración va a cumplir una función que compense a las insuficiencias que pueda tener un Estado social y democrático de Derecho [(191)].

Por todo lo anterior, *AZPITARTE SÁNCHEZ* pone de ejemplo, para explicar lo expuesto *supra*, la Unión Bancaria, que se trata de un desarrollo normativo mediante la modificación del TFUE, concretamente el artículo 127 en su apartado sexto, dónde se atribuyen funciones específicas de los Ejecutivos –entiéndase aquellas de supervisión, control y rescate bancario– al Banco Central Europeo, estableciéndose así una tutela jerárquica de éste a los Bancos

[190] AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: "Integración europea y legitimidad…", *cit.*, pág. 957 y 958.
[191] AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: "Integración europea y legitimidad…", *cit.*, pág. 962 y 963. En el mismo sentido, véase JOERGES, C. y RÖDL, F.: "Informal politics, Formalised Law and the «Social Deficit» of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval", *European Law Journal*, Vol. 15, 2009, págs. 1 a 19; SCHMIDT, V. A.: "Re-Envisiong the European Union: Identity, Democracy, Economy", *Journal of Common Market Studies*, núm. 47, 2009, págs. 17 a 42; y PETERS, A.: "Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales", en la obra colectiva AA.VV. coordinada por PETERS, A; AZNAR, M. y GUITIÉRREZ, E. I.: *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Centrales de los Estados miembros, pero el autor argumenta que dicha situación «plantea dudas a la luz del principio democrático y del Estado de Derecho», es decir, al ser una normativa del Derecho de la UE originario, dicha normativa estaría fuera del objeto de las Constituciones nacionales, «sea por la materia, sea por la naturaleza de la cuestión». Por tanto, para el autor «se trata de que la dogmática encuentre en la norma suprema referencias que orienten a la praxis política en el amplio y complejo horizonte, lleno de posibles variantes, que arroja una Unión bancaria. Esta institución quiere lograr distintos fines, y la dogmática ha de ayudar a comprender cuáles son los principios constitucionales en juego y cuáles son sus posibles formas de articulación» [(192)].

Dicho lo anterior, puede pensarse que nuestra reflexión sobre la idoneidad constitucional de la armonización fiscal en materia de sociedades en la Unión Europea, requiere comprender, al menos, los principios de justicia tributaria constitucionales para las posibles articulaciones constitucionales por las que dicha armonización, se convierte desde una normativa del Derecho de la UE a la legislación en materia tributaria en cada uno de los ordenamientos internos de los Estados miembros. O dicho de otro modo, en base a la diferenciación que realiza *AZPITARTE SÁNCHEZ*, entre la política constitucional y la jurisdicción constitucional, puesto que ambas van a interpretar el texto constitucional, pero «de la segunda esperamos que concrete límites claros que no han de ser traspasados por la primera […]. En cambio, la política constitucional, […] explora los escenarios posibles y elige la solución más oportuna según la mayoría. La relación entre ambas magnitudes es de subordinación recíproca: la jurisdicción constitucional valida o frena interpretaciones originadas en la política constitucional, mientras que la política constitucional marca el paso generando los discursos constitucionales» [(193)]. Es decir, cualquier norma que se incorpore en los ordenamientos internos, vendrá posibilitado por la participación del titular del derecho, viendo como sus comprensiones se refuerzan, contribuyendo, en ello, la Administración y el Poder Judicial mediante una adecuada aplicación constitucional de la Ley. Todo ello, una vez el Legislador haya regulado el ejercicio de tal derecho, y en última instancia, se podrá ampararse en la interpretación suprema, en los posibles casos de conflicto, que realice la jurisdicción constitucional. Pero con la integración europea, aparecen nuevos intervinientes, como el

[192] Aunque hablemos de Unión bancaria en el texto, creemos que la interpretación obtenida por *AZPITARTE SÁNCHEZ* se puede extrapolar a la consecución de una Unión fiscal. ("Integración europea y legitimidad…", *cit.*, págs. 968 y 969).
[193] AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: "Integración europea y legitimidad…", *supra cit.*, pág. 969.

Legislador de la Unión y el Tribunal de Luxemburgo, que estarán habilitados en ofrecer nuevas interpretaciones, que primarán sobre los intervinientes de los Estados miembros de la UE.

Hablábamos de una incorporación de normas de la UE en los ordenamientos internos de los Estados miembros y, para ello, debemos tener claro que los Tribunales constitucionales de éstos les corresponderán cumplir una doble función, en primer lugar, ser el intérprete supremo de la Constitución; y en segundo lugar, que dicha normativa europea se incorporará en un ordenamiento interno mediante dos actos, por un lado, intentando una exportación de sus interpretaciones acerca de los derechos fundamentales en las ideas del Derecho de la UE; y por otro lado, importando aquellos discursos constitucionales creados fuera del procedimiento político constitucional, originando una conceptualización más clara de los derechos fundamentales. En este ejercicio de exportación o importación de normas de la UE a los ordenamientos internos, un aspecto a tenerse en cuenta, como señala *AZPITARTE SÁNCHEZ*, será dos condiciones estructurales: 1) la creación de jurisprudencia se basará en una pretensión de universalidad; y 2) que exista una predisposición de los Tribunales constitucionales de los Estados miembros en utilizar el Derecho comparado como referente argumentativo, es decir, entendiéndose como «un contraste previo de su decisión, valorando las consecuencias y los puntos débiles que han experimentado otros Tribunales». En base a lo anterior, se puede observar un aspecto informal a la hora de introducir normas de fuente de la UE en los ordenamientos internos o en los actos de los Tribunales constitucionales de éstos. Por tanto, nos deben interesar aquellas situaciones formales que puedan plantear dichos Tribunales, mediante la cuestión prejudicial, ante el TJUE. Estas situaciones, desde el punto de vista constitucional, se darán cuando exista un vínculo directo con el Derecho de la UE, que el caso concreto donde se quiera concretar un derecho fundamental deba hacerse en una normativa de la UE y «el Tribunal Constitucional ha de analizar si el Tribunal –TJUE–carece de doctrina para un caso similar; si existiendo, no ha agotado todos los perfiles que plantea la controversia específica; o bien, [dicho Tribunal] considera que es preciso una nueva reflexión, sea por la intensa crítica que esa doctrina ha recibido, sea por el transcurso del tiempo». Ante lo expuesto, señalamos aquellas reflexiones que plantea *AZPITARTE SÁNCHEZ* respecto al margen que le quede a la jurisdicción nacional ¿estará «vinculado en cualquier caso o es una regla de interpretación que puede ser orillada?¿solo opera como un criterio de mínimos […]?¿hemos de subsumir la […]» la Constitución nacional en cuestión «[…] y la interpretación del Tribunal –TJUE– bajo la regla

general relativa al derecho internacional o gozan de un régimen específico de plena vinculación?» [(194)].

Con los anteriores interrogantes, se nos abre un nuevo campo de estudio, que en definitiva haría imposible la finalización de este trabajo, pero dichos interrogantes nos hace plantearnos la posibilidad de estructurar los principios constitucionales, desde la perspectiva de nuestro trabajo hablaremos de principios de justicia tributaria, como elementos básicos que generen un nuevo equilibrio entre el proceso de integración europeo y la relación asimétrica que mantiene el Derecho de la UE y los ordenamientos internos de los Estados miembros. Es decir, según *AZPITARTE SÁNCHEZ*, esta estructuración de coexistencia de Libertades y principios tanto de la UE como estatales, se basan en tres premisas: 1) la diferenciación de la eficacia, ya que las Libertades y principios de la UE afectarán al Derecho derivado o en su aplicación por el Estado miembro, mientras que los principios de las Constituciones nacionales frenarán al legislador nacional; 2) la creación de una estructura jurisdiccional que interprete ambos ordenamientos, el de la Unión y el de los Estados miembros; y 3) mediante una convergencia de las Libertades y principios de la UE con los principios constitucionales de los Estados miembros, que posibilite el mismo alcance jurídico en un ordenamiento que en otro [(195)]. En este sentido, podemos pensar que existe una ampliación del ámbito de eficacia de las Libertades y principios de la UE en aquellos casos donde se pueda activar una tutela de la Unión, que suponga una obligación a los ordenamientos internos, o dicho de otro modo, en palabras del TJUE, cuando se esté ante situaciones que requieran una protección de las Libertades y principios de la Unión, más allá de las interpretaciones que se puedan realizar sobre las fuentes del Derecho derivado en aquellos «cuando aplican la normativa comunitaria» [(196)].

---

194 *AZPITARTE SÁNCHEZ* habla también de actores institucionales, en este asunto. ("Integración europea y legitimidad…", *cit.*, pág. 973 y 974). En el mismo sentido, se ha expresado ARZOZ SANTISTEBAN, X.: "Karlsruhe rechaza la Doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 2015, 2 BVR 2735/14)", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 58, 2016, págs. 109 a 141, defendiendo la particularidad del TJCE, en su sentencia de 26 de febrero de 2013, Asunto C-399/11, *Melloni*. En caso contrario, podemos ver MATÍA PORTILLA, F. J.: "Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 2016, págs. 479 a 522, defendiendo la postura del Tribunal Constitucional español en su sentencia de 13 de febrero de 2014, Asunto 26/2014.

195 AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: "Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm 104, 2015, pág. 246.

196 Véase la sentencia del TJCE, de 13 de julio de 1989, Asunto C-5/88, *Wachauf*, en su apartado 19. Aunque en sentencias más recientes del TJUE, concretamente, en la de 8 de marzo de 2011, Asunto C-34/09, *Ruiz Zambrano*, en su apartado 163, podemos extraer las conclusiones de que «a largo plazo la regla más clara sería una que no hiciera depender la invocabilidad de la protección de los derechos fundamentales de la UE de si una disposición del Tratado es directamente aplicable o de si se ha aprobado normativa secundaria, sino más bien de la existencia y ámbito de competencia material de la UE. Dicho de otro modo: la regla debería ser que, siempre que la UE

En consecuencia, resaltamos las palabras de *AZPITARTE SÁNCHEZ* «la invocación de un derecho fundamental cuando la Unión ha ejercido una competencia, aunque el conflicto no tenga que ver con lo expreso desarrollo de las medidas europeas en las que se ha materializado» [(197)]. En contra, el TJUE, en su sentencia del caso *Torralbo Marcos*, ha resaltado que aquellas situaciones donde las normativas nacionales «no tiene por objeto aplicar disposiciones del Derecho de la UE o no contienen ninguna normativa específica en la materia o que puede afectar a la normativa nacional, de forma que ésta no guarde relación con la interpretación o la aplicación de una norma de Derecho de la Unión, quedarán fuera del ámbito de los derechos fundamentales de la Unión» [(198)].

Por lo anterior, vemos que el Derecho de la UE, en cierta manera, permitirá que los principios constitucionales de un Estado miembro desactive los principios constitucionales del resto de los Estados miembros, en base a una cooperación o confianza mutua, es decir, en base a la sentencia citada *supra* del TJUE, aquellos actos de un Estado miembro con eficacia en otros Estados miembros, y que a la vez, es defendido por *AZPITARTE SÁNCHEZ* al argumentar que existe una «confianza de que todos los Estados comparten un nivel de garantía de los derechos fundamentales» [(199)], y que en circunstancias donde exista una armonización, o mejor dicho, una exhaustiva armonización se puede dar la posibilidad de que dicho acto de aquel Estado pueda imponerse sobre el resto de Estados miembros, siempre y cuando, se respete el Derecho a la Unión en sus formas, primacía, eficacia y unidad [(200)].

En definitiva, el TJUE ha creado una estrecha interpretación entre aquellas situaciones que generen un desequilibrio, al deslindarse del enfoque clásico de un control entre lo de la Unión y lo estatal, articulándose un primacía en aquellos casos donde las Libertades y principios de la UE tienen su espacio, o que le es propio, dejando el hueco restante a las interpretaciones estatales, con el riesgo de que un ordenamiento interno genere efectos contrarios a los fines de la UE y menoscabe la consecución del mercado interior. Ese desequilibrio hacemos mención *supra*, supone pasar de una protección jurisdiccional, por parte del TJUE, a una protección necesaria, es decir, ante un conflicto normativo [(201)] donde una resolución de dicho conflicto se debería articular mediante la jerarquía de los recursos, que origine una aplicación uniforme de

tuviera competencia (exclusiva o compartida) en un ámbito jurídico particular, los derechos fundamentales de la UE deberían proteger al ciudadano de la UE aunque dicha competencia no se haya ejercido aún».

[197] AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: "Los derechos fundamentales…", *cit.*, pág. 248.

[198] Véase la sentencia del TJUE, de 27 de marzo de 2014, Asunto C-265/13, *Torralbo Marcos*, apartados 25 y 26.

[199] AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: "Los derechos fundamentales…", *cit.*, pág. 250.

[200] Véase la sentencia del TJUE, de 26 de febrero de 2013, Asunto C-399/11, *Melloni*, apartado 60.

[201] *AZPITARTE SÁNCHEZ* define el conflicto normativo como aquella disposición de la Unión que entra en contradicción con otra del Estado. ("Los derechos fundamentales…", *cit.*, pág. 251).

la normativa de la UE y, que en consecuencia, se garantice las Libertades y principios de la UE. Pero se ha preferido que la consideración de un juez de un ordenamiento de un Estado miembro, sea el que determine si existe o no dicho conflicto, a través de la cuestión prejudicial. Ante esta situación nos surge la duda de si se cumple la tutela judicial efectiva [(202)]. Ya que, como señala *AZPITARTE SÁNCHEZ*, «la cuestión prejudicial pretende generar una nítida separación funcional, administrada por los tribunales ordinarios, entre el Tribunal de Justicia, cúspide en la interpretación del Derecho de la Unión, y los Tribunales constitucionales/supremos, situados a la cabeza del Derecho del Estado» [(203)]. Pero en base a esto, cabría preguntase sobre los efectos que tendría si un Tribunal nacional entendiese que no existe un conflicto normativo entre si ordenamiento y el Derecho de la UE, o si se estaría limitando el principio de primacía, o incluso nos podríamos plantear, si contestásemos negativamente a los anteriores interrogantes, el estar ante una desprotección de las Libertades y principios de la UE. En este sentido, el autor se expresa que existe una «devaluación de la jerarquía jurisdiccional cuando se trata de aplicar el Derecho de la Unión» al verse «confirmada específicamente para los supuestos en los que deba de intervenir un órgano con jurisdicción constitucional reservada» [(204)].

Por tanto, se puede afirmar que ese carácter infraconstitucional del Derecho de la UE, al nacer de las Constituciones nacionales de los Estados miembros, se pueda ver, con todas las reservas posibles, con un carácter supraconstitucional, obligando a los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros a interpretar el Derecho de la Unión en el marco de la resolución de un conflicto sobre principios constitucionales. En definitiva, esa distinción que realizábamos *supra* desde una protección jurisdiccional a una protección necesaria, la identifica *AZPITARTE SÁNCHEZ*, como que «el juez –del Tribunal Constitucional del Estado miembro en cuestión– se convierte en el vértice inexorable donde confluye la tutela constitucional y la tutela de la Unión, y goza de la potestad para verificar si la protección dada por el Tribunal Constitucional o supremo es suficiente, cabiendo en su defecto elevar la cuestión prejudicial» [(205)].

---

[202] *AZPITARTE SÁNCHEZ* señala que la eficacia directa, como la primacía, son reglas que resuelven conflictos normativos y que por tanto, son elementos propios de la tutela judicial efectiva. ("Los derechos fundamentales…", *supra cit.*, pág. 251).
[203] AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: "Los derechos fundamentales…", *cit.*, pág. 252.
[204] AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: "Los derechos fundamentales…", *supra cit.*, pág. 252. En el mismo sentido se ha expresado el TJUE, en su sentencia de 22 de junio de 2010, Asuntos acumulados C-188/10 y C189/10, *Melki y Abdeli*, apartado 45; donde el Tribunal de Luxemburgo sentenció que le juez ordinario podrá plantear una cuestión prejudicial antes o después de que se determine una vulneración de la norma suprema, incluso en aquellos casos donde existiese una obligación interna que diese prioridad a este tipo de control.
[205] AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: "Los derechos fundamentales…", *cit.*, pág. 254.

CAPÍTULO 2: LOS PROBLEMAS FISCALES INTERNACIONALES EN MATERIA DE SOCIEDADES

1. EL CONCEPTO DE DOBLE IMPOSICIÓN.

Continuando con el análisis de una armonización fiscal en materia de sociedades en la Unión Europea, y tras observar las ciertas limitaciones que nos encontramos por las Libertades de la UE, teniendo en cuenta que pueden existir otros conceptos que pueden limitar dicha armonización. Es por tanto, clasificaremos estos conceptos para disponer de una mejor perspectiva, o más clara, de la imposición directa de las que son objeto las sociedades.

Ante lo anterior, tenemos claro que para el desarrollo normativo por parte de los Estados miembro la doble imposición puede generar un conflicto entre las distintas potestades tributarias. Como señala *LÓPEZ ESPADAFOR*, se debe entender el concepto de doble imposición como aquel fenómeno que se ha generado sobre una misma expresión de capacidad económica, incidiendo dos o más tributos y en un mismo periodo impositivo [(206)]. Es decir, como señala *PÉREZ DE AYALA BECERRIL* se producirá una doble imposición cuando dos o más impuestos, de manera abierta o de forma encubierta, generen un efecto fiscal sobre el mismo hecho imponible [(207)].

Desde la doctrina italiana, son clarificantes las palabras de *EINAUDI*, sobre ese aspecto de que la doble imposición puede ser abierta o encubierta, ya que como señala, podemos ver una doble imposición «grosera» y que es percibida por todos, y en otras ocasiones, nos encontraríamos con una doble imposición sutil y estando escondida [(208)]. Según este autor, contextualizada por *LÓPEZ ESPADAFOR*, esa doble imposición grosera puede apreciarse en aquellas rentas que nacen tras distribuir beneficios una sociedad a sus socios, una vez que han sido gravados los beneficios de la sociedad, serán sometidos a gravamen la renta que obtenga el socio. Cierto es que dicha doble imposición nace por una configuración de hechos imponibles, aunque sean el mismo objeto de gravamen. Es por tanto, necesario entender que se debe establecer un sistema tributario que permita que ante supuestos de doble imposición, o un acopio de tributos sobre una misma manifestación de riqueza, queden configurados, desde la

[206] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *La doble imposición…*, *cit.*, págs. 23 a 25.
[207] PÉREZ DE AYALA BECERRIL, M. A.: "El objeto del impuesto: la doble imposición y el art. 6.2 de la L.O.F.C.A.", en la *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, núm. 240, 1996, pág. 394.
[208] EINAUDI, L.: *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, Seconda Edizione, Giulio Einaudi Editore, Torino, 1967, pág. 38. Cita recogida en la obra de LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *La doble imposición…*, *cit.*, pág. 30.

perspectiva individual o global, dentro de los límites de la no confiscatoriedad –extremo estudiado con anterioridad–, ya que, en ocasiones, sería necesaria que se den situaciones de doble imposición, dentro de los extremos racionales, jurídicos y económicos, y que actué como medida de prevenir la evasión fiscal.

2. TIPOS DE DOBLE IMPOSICIÓN.

2.1. LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNA Y LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL.

Analizado el concepto de doble imposición, vemos subyacen distintos tipos de doble imposición. Desde una perspectiva de los sistemas tributarios, podemos hablar de doble imposición interna y de doble imposición internacional. Originándose la primera, en aquellos supuestos ocasionados por la incidencia del poder tributario estatal o por la de los poderes tributarios de entes integrados en el territorio del Estado, pero de menor dimensión que este, como, por ejemplo, las Comunidades Autónomas o municipios. Serán los impuestos de entes integrados dentro de un único territorio estatal los que pueden producir una doble imposición interna. Mientras que la segunda, –la doble imposición internacional– se originaría en aquellos supuestos donde interaccionan las potestades tributarias de un Estado –o niveles más bajos de la administración territorial de un Estado concreto– con otra potestad tributaria de un segundo Estado –o entes de dimensión menor– o, incluso, contra una organización internacional o supranacional con competencias en materia tributaria, como por ejemplo la UE [(209)].

Otra clasificación, siguiendo a *LÓPEZ ESPADAFOR*, «es hacer una distinción entre doble imposición material y doble imposición formal» [(210)]. Señala este autor que la doble imposición material se presenta como una expresión no deseada por el sistema tributario, por lo que, no estará inspirada en un correcto y justo reparto de las obligaciones tributarias. En consecuencia, la doble imposición formal será aquella actuación tributaria que desea el legislador. El mismo autor defiende que por la definición utilizada para la doble imposición formal, podría interpretarse que se constituye como algo «injusto», pero se trataría de una herramienta en materia fiscal con la que conseguir un mayor gravamen sobre una mayor manifestación de capacidad económica o incluso utilizada como un elemento para poder gravar la disparidad de riquezas de un mismo contribuyente, por lo que, tendrá un doble objetivo, uno

[209] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *La doble imposición…*, *cit.*, págs. 34, 35 y 36.
[210] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *La doble imposición…*, *cit.*, págs. 37 a 40.

propiamente financiero y de justicia tributaria y otro socio-económico. Siguiendo con las palabras de *LÓPEZ ESPADAFOR*, podemos decir que en nuestro sistema tributario actual no cabría una doble imposición formal, es decir, ante un intento de gravar una mayor manifestación de capacidad económica, no se debe conseguir con una superposición de tributos, sino hacer progresivos los tipos de gravamen [(211)]. Aunque podemos ver una doble imposición formal originada mediante un tributo extrafiscal, entendiéndolo de otro modo, se establecerá una superposición de impuestos, pero no en base a una mayor capacidad económica, sino para alcanzar objetivos de potestad tributaria, como los objetivos extrafiscales, que están amparados constitucionalmente. En consecuencia, la doble imposición material se dará en situaciones donde se acumulen distintos tributos que fuesen contrarios a los principios de justicia tributaria o no se basen en un sistema tributario racional. Mientras que la doble imposición formal será el superponer tributos por parte del legislador para alcanzar finalidades fiscales que se encuentren cubiertas por la Constitución, es decir, alcanzar un objetivo extrafiscal.

2.2.CONCEPTO DE DOBLE NO IMPOSICIÓN.

Se trata de un concepto que nace del principio anti-elusión [(212)], ya que puede interpretarse como una medida contra la doble imposición, aunque se trata de una situación que genera un impago de impuestos en una determinada jurisdicción tributaria. Es decir, la doble no imposición lo que genera es que una determinada capacidad económica se encuentre no sometida a ningún impuesto, eliminando así la doble imposición pero estableciendo un beneficio fiscal a los contribuyentes. Desde nuestra perspectiva, manifestamos que toda expresión de riqueza debe, al menos en una ocasión, estar sometida a un impuesto. En consecuencia, con ello no queremos discutir aquellas potestades tributarias que establecen situaciones de no sujeción a un tributo sobre sus residentes o llegar a aplicar situaciones jurídicas no amparadas expresamente en la normativa tributaria estatal. Las situaciones de doble no imposición generan en los comportamientos de los contribuyentes que utilicen una normativa tributaria con el objetivo de eludir o, incluso, evadir el sometimiento de sus rentas a una potestad tributaria, alcanzado ventajas fiscales.

[211] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *La doble imposición...*, *supra cit.*, pág. 40.
[212] En nuestra opinión, se puede definir como la utilización por parte del sujeto pasivo de medios fraudulentos con la intención de evitar la realización del hecho generador de la obligación tributaria en un territorio de alta tributación, trasladando su localización a territorios de baja o nula carga impositiva.

Ante esta situación, nos encontramos en que no se puede concebir que evitar la doble imposición conduzca a la doble no sujeción, suponiendo la obtención de ventajas fiscales por parte de las legislaciones estatales y, así no llegar a satisfacer ningún impuesto, resultando claro que ninguna legislación establece en su objeto y propósito el establecer la doble no imposición. Sí bien es cierto, que pueden existir situaciones generadas por los legisladores que pretendan crear beneficios fiscales para determinados contribuyentes, a efectos de no obstaculizar los intercambios económicos.

Destacamos que los principales casos de doble no imposición se dan entre distintas jurisdicciones, aprovechando una serie de ventajas para residentes o para no residentes, aunque advertimos que el problema no consiste en aquellas situaciones, que en base a la potestad tributaria de cada Estado, se otorga unos beneficios a sus residentes, sino de la utilización indebida de una determinada legislación para alcanzar situaciones que eviten el gravamen sobre sus rentas, algo que ninguno Estado pretende conceder o, incluso, son contrarios a los objetivos que se pretenden conceder en el beneficio fiscal. Por lo que, las situaciones de doble no imposición se darán ante actuaciones de «abuso» por parte de los contribuyentes. Según *ROSEMBUJ*, las situaciones de doble no imposición se basan en una sucesión de actos por parte de los contribuyentes que parten de la hipótesis de que la no sujeción, para posteriormente pasar al abuso de exención y finalizar con la doble no imposición. Manifestando el propio autor, de que estas situaciones se tratan de fallos ocasionadas por algún Estado que no ha ejercido su potestad tributaria [(213)]. Lo que nos lleva a pensar, y como señala *BOYLE* que establece que la doble no imposición no se basa en comportamientos que intenta beneficiarse de aquellas diferencias o incompatibilidades entre los distintas jurisdicciones tributarias, sino serán comportamientos realizados por los contribuyentes con un sentido totalmente contrario [(214)].

Según la *INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION*, en unos de sus informes generales, asegura que la doble no imposición, si se produjese, es fruto de que el Estado no ejercita de forma correcta su potestad tributaria, por aquellas circunstancias donde fracasa en emplear su derecho de imposición o porque desconoce dicha actuación del contribuyente o, incluso, le es ajena que se haya realizado una determinada operación [(215)]. Lo que es cierto, es que los contribuyentes harán un uso de las legislaciones nacionales como consecuencia del

[213] ROSEMBUJ, T.: *La Crisis financiera y el Arbitraje Fiscal Internacional. Los productos híbridos y las entidades híbridas*, Editorial el Fisco, edición núm. 1, Barcelona, Febrero, 2011, págs. 171 y ss.
[214] BOYLE, M.: "Cross-border tax arbitrage-Policy choices and political motivations", *British tax review*, 2005, pág. 541.
[215] INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, Vienna, 2004. Double non-taxation, *Cahiers du droit fiscal international*, Vol 89a, The Netherlands, 2004.

empleo de la planificación fiscal, intentaran la aplicación de distintas normas tributarias de jurisdicciones diferentes, llegando a alcanzar el abuso y en cierta manera estarán llevando a cabo el llamado «*treaty shopping*» [(216)].

Aunque entendemos que la doble imposición no equivale a la doble no sujeción, porque la primera está contenida en el objeto de la legislación estatal y la segunda expresa efectos jurídicos imprevistos o desatendidos, objeto desde su no aplicación. La doble no sujeción está próxima a la minimización del impuesto o incluso al no sometimiento del mismo, con apoyo en de la normativa tributara, ya sea nacional o internacional, o sea, se genera una elusión o evasión de la obligación formal de satisfacer el tributo. Cabe preguntarse, entonces, sí el aprovechamiento de una ventajas, mediante construcciones «artificiales» –es decir, sin cierta sentido económico, realidad económica y/o racional [(217)]– y el uso inadecuado de las normas, jurídicamente aceptadas, lleva consigo un incumplimiento del mínimo de los deberes tributarios a cumplir en un determinando Estado, por lo que, a nuestro entender, el aprovechar dichas ventajas a través de formas jurídicas con cierta lógica jurídica y con sentido económico, puede amparar la doble no sujeción a un tributo o varios.

3. LA PROBLEMÁTICA DEL SIGNIFICADO DE LOS TÉRMINOS.

Resaltamos aquí la necesidad de entender el significado de los términos o palabras que se emplean para determinar la imposición o la sujeción. Dichos términos, se da el caso, de que no están definidos en la propia legislación tributaria, y por tanto, se admite la analogía con otras disposiciones contempladas en el resto del ordenamiento jurídico del Estado, sea o no una ley tributaria. Aunque cabe la posibilidad de que un mismo precepto se defina de forma diferente

[216] En palabras de *ROSEMBUJ*, hablaremos del «*treaty shopping*» o mercadeo de tratados, desde la perspectiva internacional, cuando un determinado contribuyente utiliza la legislación internacional para alcanzar un beneficio fiscal al aplicarse las disposiciones de un *CDI* (Convenio de Doble Imposición), que en un principio no tendría derecho a beneficiarse de tales disposiciones, ya que no tendría la residencia en ninguno de los Estados contratantes. Consistiendo en llevar a cabo operaciones o radicar sociedades en el otro Estado, con el único objetivo de obtener ventajas del tratado entre ese Estado y un tercer Estado. Tal hecho, de otra forma, no sería aplicable sin esta situación creada para obtener el beneficio. (*Minimización del impuesto y responsabilidad social corporativa*, Editorial el Fisco, Barcelona, 2009, pág. 40).

[217] Debemos tener claro que el sentido económico o la realidad económica, desde la perspectiva del Derecho Tributario, tiene un sentido para el cual se intenta observar la conducta real detrás de una operación, es decir, se observara el sentido económico de los hechos jurídicos realizados para obtener la intencionalidad real del contribuyente. Con este método se obtiene la realidad propia de la realidad jurídica efectiva del hecho jurídico, que se basarán en la norma, común y compartida en el ordenamiento jurídico existente. Siendo el hecho artificial aquel que muestre una naturaleza diferente a su configuración jurídica, buscando con ello comportamientos que ayuden a ver si cada hecho jurídico tiene una realidad jurídica o, en su caso, se hablará de que el contribuyente está realizando un «fraude de ley», «abuso del derecho» o «simulación». Contextualización realizada por ROSEMBUJ, T.: *Minimización del impuesto…*, *cit*., pág. 42.

en distintas leyes de un Estado en cuestión, prevaleciendo la interpretación que realice la ley tributaria reguladora de los impuestos, inclusive en aquellos casos donde entre en colisión con otras leyes tributarias pero que tienen propósitos distintos. Habría que tener claro que la definición que haga cada ley tributaria será de aplicación a la disciplina de cada uno de los impuestos comprendidos en su ámbito. Pero, lo cierto es que puede generarse diferentes discrepancias entre los conceptos matrices jurídicos y la materia tributaria, es decir, la interpretación de la normativa fiscal podrá generar efectos específicos distintos a lo que pretende el concepto jurídico matriz, generado una salida complicada, ya que la solución correcta sería aceptar la interpretación del concepto contemplado en el resto de leyes domésticas, aunque sea no tributaria.

A modo de ejemplo, esta compleja situación de conceptos que pueden tener una implicación jurídica diferente dependiendo de las leyes que la interpreten generaran grandes diferencias, como puede ser los conceptos de capital o deuda, el de propietario económico o propietario legal, la de dividendo o interés, incluso el concepto de persona jurídica de derecho agregado o persona jurídica separada. Es decir, lo que queremos decir es que las leyes tributarias pueden dar interpretaciones a determinados conceptos que generen efectos jurídicos diferentes al apartarse del concepto matriz de referencia. Como ejemplo claro que nos ayude a entender esta problemática, es la interpretación de los productos financieros híbridos [(218)] que debe buscarse en la ley mercantil y contable –en menor medida en la ley civil–, para entenderlos como deben ser interpretados y reflejados y, entonces, solo entonces, en ley tributaria. Otro caso que podemos destacar, son las de las entidades híbridas [(219)]. Otro ejemplo que hemos destacado, y que conduce a error, son los conceptos de dividendo e interés, donde el reenvío de su configuración no puede sino ser al de la ley mercantil o civil. Pero, siempre que se trate de un dividendo o interés real.

---

[218] De la interpretación que realiza *ROSEMBUJ*, en nuestra opinión, se puede definir como un instrumento financiero que presenta características de deuda y capital, según la ley mercantil, contable y fiscal, véase como ejemplos: acciones sin voto, acciones rescatables, obligaciones convertibles, deuda subordinada, préstamos participativos. (*Minimización del impuesto…*, *supra. cit.*, pág. 42).

[219] *ROSEMBUJ* la define como aquella entidad que actúa en varias jurisdicciones, una vez como sociedad, sometida a imposición separada y otra como entidad en transparencia o en atribución de rentas, que grava la cabeza de sus miembros. Serán analizadas en profundidad en los siguientes capítulos de este trabajo. (*Minimización del impuesto…*, *supra cit.*, pág. 42).
Como ejemplo, dentro de nuestra normativa en España, podemos citar la situación que se daba que hasta 2015, antes de la última reforma del Impuesto de Sociedades, que se incluía al sometimiento de dicho impuesto a la Sociedad Civil. Es decir, desde la perspectiva fiscal española, la Sociedad Civil, vehículo civil que carece de personalidad jurídica y se consideraba sujeto pasivo por el impuesto de sociedades, pero que tras la reforma, ha pasado a estar sometida al régimen de atribución de rendimientos (tributarán sus socios por los rendimientos obtenidos por la sociedad).

Tras una pequeña introducción de la importancia de la interpretación de los términos, analizando la realidad jurídica que se debe identificar, la forma efectiva, el hecho y la interpretación de su alcance, es decir, se tendrá que tener en cuenta los diferentes efectos que se puedan generar por las interpretaciones que nazcan de la ley mercantil, de la ley civil y de la ley fiscal del impuesto que grave una manifestación de riqueza concreta, ya que sin embargo sus objetivos no tienen que ser necesariamente unívocos, deben tenerse en cuenta toda interpretación. Pero, como ya hemos dicho, la ley tributaria tendrá preferencia sobre las demás leyes sobre la interpretación de los hechos, o servir de preaviso para el legislador sobre la utilización de otras leyes para falsificar el hecho con el objetivo de conseguir una situación ventajosa desde la perspectiva de la ley fiscal –un préstamo que no lo es o una aportación que no es de riesgo o necesaria–.

Por lo tanto, desde nuestra opinión creemos que dicha realidad jurídica deberá ser una y común, además, de que se haga una interpretación para el conjunto del ordenamiento tributario, para identificar cuando un hecho jurídico se ha realizado mediante una construcción puramente artificial, al falsificar su naturaleza jurídica mediante una configuración errónea, es decir, sin alterar las interpretaciones de las leyes mercantiles o civiles se consigue una situación tributaria de la contemplada en la interpretación de la ley fiscal que la recibe, es decir, la configuración artificiosa no será desde el ámbito tributario, sino que se hará en base a la ley mercantil y afectará ambas jurisdicciones. A modo de ejemplo aclaratorio, podemos poner de manifiesto los «*interest rate swap*» [(220)], –una suerte de intereses financiero– siendo un tipo de rendimiento financiero creado por la ingeniería financiera, ya que desde una perspectiva mercantil no podría aplicarse la definición de interés –aquel rendimiento de un crédito– al carecer de una deuda subyacente. Pero, lo cierto es que aplicará la definición de interés en la medida que de que exista un crédito, para ello, normalmente, nos basaremos en lo dispuesto en el Modelo de Convenio para evitar la Doble Imposición de la OCDE que determina que para que un interés tenga realidad debe estar bajo la regla de la sustancia sobre la forma, el principio de abuso del derecho o cualquier doctrina similar [(221)]. Sin embrago, como señala *ROSEMBUJ*, podremos hablar de una configuración artificial del hecho, desde el punto de vista de la función

[220] Es un contrato de intercambio de pagos de intereses calculado con referencia al importe del capital principal y por el cual una parte se satisface con pagos a interés fijo a cambio de pagos a interés variable, y la otra parte en una divisa estipulada, sea como prestamista o prestatario. ROSEMBUJ, T.: *Minimización del impuesto…*, *cit.*, pág. 43.
[221] MCOCDE, par. 21. 1. artículo 11.

y desde el punto de vista de la estructura, cuando este hecho no esté definido por la ley tributaria y valiendo para la ley de origen como para la ley del impuesto [(222)].

Por lo que hemos visto, el mayor problema desde el primer momento es la interpretación de un concepto deba exigir que una cuestión indefinida, tanto en su estructura como en su función, para su correcto encaje en la normativa tributaria y su, posterior, aplicación genere una diferencia en el tratamiento, que está puede ser aprovechada por el contribuyente y, así, obtener ventajas fiscales en una determinada jurisdicción tributara. [(223)] A modo de aclaración, una configuración ficticia de los hechos o actos jurídicos por parte del contribuyente y, su interpretación, debe partir, necesariamente, de un uso inadecuado de dichos conceptos para obtener esos beneficios fiscales que la Administración tributaria no tuvo en cuenta a la hora de redactar una ley. Pero, esto o puede derivar en un abuso de derecho o en una inaplicación de las normas tributarias.

4. CONSIDERACIONES A LA SUJECIÓN IMPOSITIVA INTERNACIONAL.

Debemos poner de manifiesto que cuando analizamos una armonización de los sistemas tributarios en la UE, hay que destacar los conflictos que actualmente ocurren entre los distintos sistemas en establecer los puntos de conexión entre su potestad tributaria y la sujeción de la riqueza de los contribuyentes. En este sentido, es correcto que hagamos un escrutinio de los conflictos y establezcamos cuales son los criterios de sujeción tributaria a una determinada jurisdicción. En consecuencia, los distintos criterios serán la nacionalidad, el domicilio o la residencia, como sujeción a la soberanía tributaria que garantice un gravamen sobre la riqueza, como justicia elemental, pero limitando la extensión ilimitada de la ley fiscal, es decir, se establecerán conexiones entre el Estado y el contribuyente para que la riqueza de este último sea gravada conforme al principio de capacidad económica, con independencia del lugar donde se radique dicha riqueza. Estableciéndose para ello distintos puntos de conexión que dependerán como señala *LÓPEZ ESPADAFOR*, del objeto de gravamen, los criterios políticos

[222] ROSEMBUJ, T.: *Minimización del impuesto…*, *cit.*, pág. 43.

[223] Hay que tener en cuenta que esta problemática es más común cuando hablamos de jurisdicciones tributarias diferentes, ya que puede darse que, una entidad que es persona jurídica en un Estado y en otro no lo es (se trataría de una «entidad híbrida») o cuando una obligación en una jurisdicción recibe el trato de deuda y en la otra es una acción o una operación de «*repo*», que es préstamo o venta con recompra. (los llamados «Híbridos financieros o sintéticos»). Concretamente, un «*repo*» es un contrato mediante el cual el titular de títulos valores las vende a otro con el compromiso de recompra en un período determinado y a un precio establecido. Es un préstamo con garantía de los títulos valores.

del legislador, las limitaciones jurídicas del Derecho internacional e interno o el tipo de impuesto. Todo ello, puede generar efectos negativos en la imposición directa, dando origen a una doble imposición [(224)].

Como elemento de sujeción impositiva, la nacionalidad tiende a establecer el punto de conexión de tal forma que la soberanía fiscal del Estado sobre sus nacionales, independientemente de su residencia, generará consecuencias jurídico-tributarias tanto dentro de sus fronteras como en el resto de Estados, es decir, en base a este criterio un Estado podrá exigir a sus nacionales el deber pagar impuestos en cualquier parte del mundo, sin tener en cuenta la problemática de la doble imposición. Este criterio está en estado residual [(225)], ya que se basa en la teoría del beneficio, es decir, como los nacionales gozarán de la protección de su país en cualquier parte del mundo, éstos deberán hacer frente a su obligación de contribuir al sostenimiento de su Estado. De otro modo, supone versar los preceptos constitucionales y la legislación nacional de tal forma que se ostente una plena independencia y autonomía espacial del Estado, para someter bajo su soberanía fiscal a sus nacionales, al no hallarse limitaciones ante problemas de doble o múltiple nacionalidad en el Derecho internacional.

El segundo elemento de sujeción impositiva que analizamos es el domicilio, que se tiene que ver más como criterio de prestación formal de las obligaciones tributarias [(226)] que como un punto de conexión para determinar a qué jurisdicción es sometido a gravamen la riqueza de un determinado contribuyente. Es decir, este criterio constituirá un precepto legal que determinará el órgano administrativo competente para que el contribuyente deba cumplir con sus obligaciones fiscales. Dicho de otro modo, este criterio de sujeción será un concepto formal –véase como un criterio de localización geográfica– que determinará en qué administración debe cumplir las obligaciones formales y los distintos procedimientos tributarios a los que están sometidos los contribuyentes. Por tanto, como expone *UCKMAR*, el domicilio no puede verse

[224] LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: *Fiscalidad internacional y territorialismo del tributo*, McGraw Hill, Madrid, 1995, págs. 36.

[225] Aunque hablemos de un criterio en desuso, debemos decir que es el criterio empleado en los Estados Unidos para someter a gravamen la riqueza de sus contribuyentes. En este sentido, y como señala *LÓPEZ ESPADAFOR*, en nuestra legislación también existen ejemplos donde se emplea dicho elemento de sujeción impositiva, como en el art. 7 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, (*Fiscalidad internacional…*, *cit.*, págs. 52). En nuestro análisis, hemos podido observar, que en cierta manera, este criterio también se emplea en la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades español, en el preámbulo de dicha ley y en el art. 33.

[226] *LÓPEZ ESPADAFOR* recomienda la lectura de SAINZ DE BUJANDA, F., VICENTE-ARCHÉ, F., CORTÉS, M., PALAO, C., RODRÍGUEZ, A., FERREIRO, J. J.: *Notas de Derecho Financiero*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1976, pág. 123, ya que en esta obra los autores establecen el criterio del domicilio al ámbito formal de las obligaciones tributarias, es decir, será el espacio físico donde presentar las declaraciones tributarias, notificaciones y/o recursos en el ámbito de la fiscalidad. (*Fiscalidad internacional…*, *supra cit.*, págs. 52).

como un elemento que delimite la jurisdicción fiscal sino como un criterio formal de conexión con una determinada administración tributaria, siendo el elemento legal para determinar el domicilio tributario a efectos procesales [(227)].

El último elemento de sujeción impositiva es la residencia fiscal [(228)], se trata del criterio más utilizado en la mayoría de los países, y comúnmente empleado por los Estados miembros de la UE [(229)]. Incluso en el Modelo de Convenio de la OCDE se contempla como el elemento por excelencia para determinar el punto de conexión impositiva el criterio de la residencia fiscal [(230)]. Entrando en detalle, la residencia fiscal supone el elemento esencial para la soberanía fiscal de un Estado, es decir, vendrá a suponer un vínculo entre el contribuyente y el Estado de dependencia económico-social. Como señala *LÓPEZ ESPADAFOR* que en definitiva se trata de un elemento que intenta evitar que determinados contribuyentes que residen la mayor parte del año en un Estado concreto, siendo nacionales de otro Estado, como consecuencia de sus relaciones económicas, personales o sociales, consigan eludir que sea gravada su riqueza [(231)]. En consecuencia, podemos decir que la residencia fiscal supone una delimitación geográfica de las obligaciones tributarias materiales, es decir, una determinación de a qué soberanía fiscal será gravada la renta mundial, el patrimonio mundial o las transmisiones *inter-vivos* o *mortis-causa* de los contribuyentes [(232)]. En definitiva, se trata de un criterio que intenta responder a los conflictos que generan ciertas situaciones de carácter internacional, es decir, se trata del instrumento por el cual un Estado podrá gravar la renta mundial de los contribuyentes que tengan una vinculación económica-social con dicho Estado, además de servir como mecanismo para evitar la evasión fiscal. Esta circunstancia, genera ciertas implicaciones fiscales tanto para las relaciones entre los distintos Estados como para los contribuyentes, interrelacionadas entre sí, ya que veremos situaciones donde un mismo contribuyente podrá ser residente fiscal en dos

---

[227] UCKMAR, V.: "Influencia del domicilio, de la residencia y de la nacionalidad en el Derecho tributario", *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, Vol. 24, Madrid, 1956, págs. 579 a592, obra contextualizada en LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: *Fiscalidad internacional…*, cit., págs. 54.

[228] Sobre el concepto de residencia fiscal, *vid*. SOLER ROCH, M. T.: "Una reflexión sobre el principio de residencia como criterio de sujeción al poder tributario del Estado", en la obra de AA.VV., *Presente y futuro de la imposición directa en España*, Lex Nova, Valladolid, 1997, págs. 61 a 78; ALMUDÍ CID, J.M. y SERRANO ANTÓN, F.: "La residencia fiscal de las personas físicas en los convenios de doble imposición y en la normativa española", *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 221 y 222, págs. 73 a 104.

[229] En este sentido, podemos decir que incluso aquellos países que utilizan el criterio de nacionalidad como punto de conexión de su ordenamiento tributario con los contribuyentes, llegan a disponer una yuxtaposición este el elemento con el criterio de residencia fiscal, *vid.* DE JUAN PEÑALOSA, J. L.: "La doble imposición internacional. Convenios de doble imposición", en la obra de AA.VV. dirigida por DE LA VILLA, J.M. y CUBILLO, C., *Relaciones Fiscales Internacionales*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980, págs. 57 a 84.

[230] Véase el documento de la OCDE de 2014 titulado "Modelo de convenio para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal en los impuestos sobre la renta y el patrimonio", París, OCDE, págs 26 y 85 y ss.

[231] LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: *Fiscalidad internacional…*, *cit.*, págs. 55.

[232] BAENA AGUILAR, A.: "El domicilio tributario en Derecho español", *Aranzadi*, Pamplona, 1995, pág. 40.

Estados, generando a su vez una doble imposición económica [(233)]. Por lo anterior, cabe destacar las implicaciones jurídicas que pueden generarse por las diferencias existentes entre residencia civil y residencia fiscal. Mientras que la primera hace referencia al instrumento jurídico que establecerá la conexión entre el ejercicio de los derechos y de las obligaciones de cada persona con la rama del Derecho correspondiente a la disciplina jurídica del Derecho civil [(234)]. Por otro lado, en la segunda hará referencia, con una definición y finalidad distinta, al intento del Estado en recaudar para el soporte de los gastos públicos, por tanto, la finalidad de la residencia fiscal será la creación de obligaciones tributarias sobre contribuyentes, tanto personas físicas como jurídicas, dando derecho al Estado en cuestión a gravar la riqueza mundial de estos.

Es necesario, a la hora de analizar los criterios de sujeción impositivos a los que se pueden ver los contribuyentes, examinar los límites a estos elementos desde el punto de vista su naturaleza como en las relaciones con otras jurisdicciones tributarias. Desde la perspectiva de la naturaleza, ya señalaban *SAINZ DE BUJANDA, VICENTE-ARCHÉ, CORTÉS, PALAO TABOADA, RODRÍGUEZ* y *FERREIRO* que los criterios de sujeción que emplean los Estados para vincular los contribuyentes a su soberanía fiscal entra en colisión con los demás Estados, defendiendo que los contribuyentes tendrán una conexión con un Estado en base al espacio geográfico en el que obtengan sus rentas o tengan radicado su patrimonio [(235)], es decir, tal como defiende *LÓPEZ ESPADAFOR* la potestad tributaria de un Estado estará vinculada a la residencia fiscal del contribuyente y, por tanto, estará ligado íntimamente al territorio de dicho Estado [(236)]. En definitiva, la soberanía fiscal de un Estado tendrá implicación sobre los contribuyentes en aquellas manifestaciones de riqueza que se muestren en base a un vínculo territorial. Aunque del mismo modo, desde una perspectiva personal del contribuyente cabría establecer figuras impositivas sobre este cuando ostente una nacionalidad o residencia fiscal de un país concreto, cumpliendo así con los requisitos a ser gravados por la potestad tributaria de

[233] En este sentido, es clarificante el documento de la OCDE de 2014 titulado "Modelo de convenio para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal en los impuestos sobre la renta y el patrimonio", París, OCDE, 85 y ss. En el mismo sentido se manifiesta el documento de la ONU de 2013, titulado "Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo". Nueva York: ed. Naciones Unidas. Y desde el punto de vista doctrinal, *vid*. CALDERÓN CARRERO, J. M.: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*, McGraw Hil, Madrid, 1997, págs. 82 y ss.

[234] Analizando el ordenamiento español, vemos que en el Código Civil español hace referencia a la residencia civil en el art. 40, que determina que la residencia será el domicilio de las personas, a efectos de ejercer sus derechos y obligaciones civiles; en el art. 9, que determina la residencia habitual como criterio de determinación de ley aplicable; en el art. 10, para determinar los efectos de la ley aplicable en las obligaciones contractuales civiles; en el art. 14, que determinará la vecindad de las personas; o en los art. 20 al 23, que servirá como criterio para obtener la nacionalidad española.

[235] SAINZ DE BUJANDA, F., VICENTE-ARCHÉ, F., CORTÉS, M., PALAO, C., RODRÍGUEZ, A. y FERREIRO, J. J.: *op. cit.*, pág. 162.

[236] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Fiscalidad internacional…*, *cit.*, págs. 58.

un Estado en cuestión [237]. En este sentido, señala *CHICO DE LA CÁMARA* que es indiscutible que exista el fundamento de establecer un vínculo territorial entre el contribuyente y el Estado para someter las rentas mundiales a la soberanía fiscal, aunque matiza el fundamento a las vertientes subjetivas de los distintos criterios de sujeción impositiva. Desde el punto de vista de la nacionalidad, no se puede observar un vínculo territorial sino una conexión personal entre el contribuyente y el Estado, ya que estará sometida su renta mundial en base a ser originario de un país en concreto, aunque no tuviese ninguna conexión con ese Estado. Mientras que desde la perspectiva de la residencia fiscal, se observará vínculos tanto personales como territoriales del contribuyente en un país concreto, y por tanto, estaremos ante el criterio que mejor podrá delimitar la potestad tributaria de un Estado sobre los contribuyentes que intentará gravar. Por último, desde el punto de vista del domicilio fiscal no existirá duda que el vínculo será territorial, al observarse una estrecha conexión con el territorio, advirtiendo de que se podrían ver diferentes conductas confiscatorias por parte de los Estados que empleen este punto de conexión.

Al analizar la naturaleza de los elementos de sujeción impositiva tendremos que analizar los límites de la extensión de la soberanía fiscal dentro y fuera del territorio de un Estado en concreto. En consecuencia, se debe apreciar circunstancias tanto personales como económicas que basen el hecho imponible de la obligación tributaria, mostrando así una estrecha vinculación económico-personal entre el contribuyente a ese Estado. Por lo anterior, advertimos que surge el problema de que distintas jurisdicciones quieran someter a gravamen al mismo contribuyente, o incluso, hacer valer su potestad tributaria fuera de su territorio. Ante esta situación, analizaremos el Derecho internacional y el Derecho de la UE, cuando hablemos de Estados miembros, para delimitar el alcance de las potestades tributarias de cada Estado. Desde el punto de vista del Derecho internacional, al estar compuesto por costumbres internacionales y de principios generales de Derecho imposibilitan la existencia de limites internaciones al ejercicio de la soberanía fiscal dentro y fuera de sus fronteras, es decir, el Derecho internacional reconoce a los Estados una independencia, autonomía y exclusividad para establecer y configurar sus sistemas tributarios, sin que haya ninguna limitación establecida por algún Derecho fiscal supranacional, quedando abierta la posibilidad de extender su ley fiscal sobre hechos imponibles fuera de su territorio, en base a la costumbre [238], cuando los contribuyentes

[237] CHICO DE LA CÁMARA, P.: "¿Crisis del criterio de la residencia habitual? Una propuesta de revisión para someter los tributos de naturaleza personal exclusivamente en el Estado de la fuente", *Revista de Contabilidad y Tributación*, Madrid, nº 257-258, 2004, págs. 69.

[238] Lo cierto es que la costumbre incidirá en los actos de los Estados cuando acepta en su ordenamiento interno un principio general de Derecho, mostrando así una conformidad por parte de este Estado al Derecho internacional,

tengan una conexión con el Estado. En este sentido, *CHICO DE LA CÁMARA* se expresa con rotundidad argumentando que un Estado no puede gravar ningún hecho imponible fuera de su espacio cuando exista una conexión, mínima o remota, que origine unos resultados absurdos o groseramente injustos [(239)]. Por otra parte, desde el Derecho de la UE se establecerán limitaciones en base al Derecho de la UE originario, es decir, con la firma del tratado internacional que constituye la UE se crean autolimitaciones, puesto que han sido expresamente aceptadas por los Estados miembros al adherirse al tratado. Cierto es que, además existirán otras limitaciones provenientes del Derecho de la UE derivado –aquel Derecho que emana del poder legislativo de la UE, con el límite en el Derecho de la UE originario–, que nace al adherirse a la Unión y quedarán vinculados, provocando una eficacia directa en su ordenamiento y una primacía sobre las normas internas. En definitiva, los límites de Derecho de la UE serán en consecuencia autolímites a su potestad tributaria, reconociendo el resto de soberanías existentes en la UE y estableciendo formas coherentes de reparto de las potestades tributarias sobre los contribuyentes [(240)].

Pero, además de analizar los límites que puedan tener la soberanía fiscal fuera de los territorios de los Estados, no debemos olvidar que dicha soberanía también se ejercita dentro de sus fronteras. Los límites internos lo marcara su Constitución. Por tanto, serán los límites constitucionales que emanen de los principios constitucionales los que limiten la actuación del Estado dentro de sus fronteras, la extensión de sus normas y las relaciones entre los contribuyentes y el propio Estado.

5. LAS DISTORSIONES GENERADAS POR LA GLOBALIZACIÓN EN EL DERECHO TRIBUTARIO.

Como adelantamos en la introducción de este trabajo, el Derecho tributario ha sufrido importantes distorsiones por el proceso de globalización, en el que están sumidos todos los Estados participantes del comercio internacional. En este sentido, vemos que existen una serie de cambios, tanto en el Derecho tributario como en los sistemas tributarios nacionales, que ha cambiado por completo los sistemas de fuentes, ajustándose de manera que un Estado persigue

aunque el resultado no sea la creación de una norma de Derecho internacional, es decir, vemos como solo la costumbre internacional y los principios generales del propio Derecho internacional será los que lo integren.

[239] CHICO DE LA CÁMARA, P.: *op. cit.*, págs. 99.

[240] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Principios básicos de fiscalidad internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 42.

conseguir la atracción de inversiones o de nuevos contribuyentes que trasladen su capital desde otro ordenamiento al suyo. Por tanto, advertimos que unos de los primeros efectos que genera la globalización en el Derecho tributario, es un cambio en las políticas fiscales, originando ordenamientos tributarios que se convierten en regímenes fiscales favorables o, incluso, en paraísos fiscales, limitando la actuación del resto de Estados –que mantienen una elevada presión fiscal sobre sus contribuyentes– a realizar acciones legislativas que intenten paliar la posible disminución de los ingresos públicos, a modo de ejemplo, *TANZI* destacaba que estos Estados establecerán una legislación tributaria que se acerque a las tendencias del mercado internacional, a través de tipos impositivos más bajos que hagan estos sistemas fiscales más competitivos, manteniendo la transparencia y la legalidad exigidos en los estándares internacionales; pero permitiéndoles seguir recaudando los ingresos necesarios que permitan alcanzar los objetivos del Estado [(241)]. Esta situación provoca que principios clásicos del Derecho tributario vayan perdiendo importancia o que pueden ser un gran foco de conflictos; hablamos del principio de territorialidad, que como señalaba *TANZI*, un sistema tributario empleará su potestad tributaria sobre aquella riqueza generada dentro de los límites de su territorio, circunstancia que limita el poder tributario de un Estado ante la situación de extrema movilidad de las rentas, perdiendo efectividad recaudatoria con el aumento de la globalización [(242)].

Hablamos de una incidencia negativa de la globalización en el Derecho tributario, pero también observamos que dicho Derecho se va internacionalizando a pesar de ser un Derecho intrínseco de cada ordenamiento. Y en este sentido, *CRUZ PADIAL* manifiesta que debido al aumento de las influencias que recibe del exterior, por el hecho de querer seguir practicando un gravamen a las rentas de fuera de su territorio, han ido generando nuevas fuentes y principios para sustentar la producción normativa en materia tributaria [(243)]. A la distorsión que genera la globalización en el Derecho tributario, habrá que sumar la incidencia que genera en los sistemas tributarios, provocada por la, mencionada, alta volatilidad de las rentas, que supondrá un aumento de las posibilidades de no imposición en determinados Estados, o incluso aumentando las circunstancias de elusión en el pago de impuestos por parte de los contribuyentes internacionales. Esto se observa, a través de la contrastada disminución de los ingresos

[241] TANZI, V.: "La globalización y las acciones de las termitas fiscales", *Finanzas y Desarrollo*, Fondo Monetario Internacional, 2001, pág. 37.
[242] TANZI, V.: "Globalization, Tax Competition and the Future of Tax Systems", *Documento de Trabajo WP/96/141*, Fondo Monetario Internacional, 1996, pág. 5.
[243] CRUZ PADIAL, I.: "Globalización Económica: Sinónimo de desnaturalización tributaria", *Crónica Tributaria*, núm. 109, Madrid, 2003, págs. 59 y 60.

tributarios basados en las rentas de capital, por ejemplo. Es decir, la globalización ejercerá una limitación para delimitar las bases imponibles e imposibilitando conocer –con cierta precisión– el origen de las rentas.

Lo cierto es que la globalización ha creado contribuyentes internacionales gigantes, es decir, corporaciones empresariales con elevados ingresos –que en ocasiones suponen el PIB de muchos Estados del mundo–, que en busca de localizaciones para sus actividades económicas o donde radicar sus inversiones financieras, tendrán en cuenta la posibilidad de influir en la política fiscal de los Estados con el objetivo de relajar la presión fiscal sobre sus rentas de capital [(244)]. En definitiva, esto supone una competencia fiscal perniciosa, ya que genera una erosión de bases imponibles en los Estados de la fuente y efectos nocivos en el Estado de residencia al alterar el sistema tributario interno, generando disparidad entre los contribuyentes. Pero lo cierto es que pensar en la globalización que se trata de un fenómeno que homogeneiza conductas y actividades a nivel internacional, se podría pensar en que se podría generar una convergencia entre las distintas jurisdicciones que neutralicen la competencia fiscal perniciosa; pero lejos de esa realidad, nos encontramos ante una situación del dilema del prisionero recogido en la teoría de juegos de *NASH*, donde al final los perjudicados son los propios sistemas tributarios que ven limitado su objetivo de mantenimiento del Estado del bienestar [(245)].

Sin embargo, estos efectos negativos de la globalización –hablamos de la erosión de las bases imponibles– se está viendo contrarrestada por aquellos Estados que mantienen una presión fiscal elevada mediante el empleo de la «*dual income tax*», es decir, establecer un gravamen reducido y proporcional sobre las rentas del capital, aunque desde nuestro punto de vista, se trata de un instrumento, que ciertamente neutraliza la competencia fiscal perniciosa; pero que no respeta los principios constitucionales del Derecho tributario, ya que no se aplica de forma correcta ni el principio de igualdad o de capacidad económica y limita la actuación del Estado en su función de generar una redistribución de la renta. Lo cierto es que la globalización genera grandes distorsiones, sobre todo, en el impuesto de sociedades, ya que al establecer un tipo impositivo ante una base imponible estática, posibilita una planificación que,

[244] El autor *CRUZ PADIAL* denomina este fenómeno como la «desfiscalización de la imposición sobre las rentas de capital», es decir, los grandes contribuyentes buscarán poder influir en las Administraciones tributarias con el objetivo de tener una imposición baja o nula, mediante acuerdos con estas Administraciones –los llamados *Tax rulings*–. En definitiva supone olvidar los principios clásicos y constitucionales, a cambio de aumentar la competitividad de la economía nacional o la eficiencia económica, basándose en la potestad tributaria del Estado, generando una competencia fiscal con el resto de países. (*op. cit.*, págs. 59 y 60).
[245] NASH, J.F.: "Equilibrium Points in n-Person Games," *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Vol. 36, 1950, págs. 48 y 49.

a través de operaciones intragrupo, pueden mermar esa base imponible y, por tanto, reducir la tributación de los contribuyentes. A lo que hay que sumar la competencia fiscal entre Estados con el fin de atraer nuevos contribuyentes a su territorio, mediante incentivos fiscales. El resultado de todo ello, es que aunque en términos generales haya aumentado la actividad económica y, por tanto, las bases imponibles tendrían que haber aumentado, vemos que los Estados han sufrido una brutal disminución de los ingresos públicos provenientes del impuesto de sociedades.

Hemos analizado ciertos efectos negativos que tiene la globalización en la estructuración de los sistemas tributarios nacionales, pero lo cierto es que como ya hemos señalado, aspecto también destacado por *CALDERÓN CARRERO* que el principal efecto es la internacionalización del Derecho tributario y la generación de nuevas fuentes y principios. En este sentido, se pueden mencionar los convenios de doble imposición, el soft law del TJUE, los principios emanados de la OCDE, algunos preceptos de los distintos tratados de la OMC –Organización Mundial del Comercio–, el TFUE y, por último, las Directivas europeas –y con menor importancia, los Reglamentos europeos– [(246)]. En definitiva, se destaca una especie de armonización competitiva sin que exista una coordinación internacional para alcanzar dicha convergencia; que desde un lado, está provocando un cambio en los principios tributarios, estableciéndose nuevas figuras tributarias con bases más amplias, es decir, abarcan el máximo número de contribuyentes y de rentas mediante un cambio de política fiscal, esto es, establecer una menor intervención del Estado en las decisiones de los operadores económicos, una mayor transparencia de los sistemas tributarios, una reducción de los costes administrativos y de cumplimiento de las obligaciones tributarias para los contribuyentes y un impulso del principio de neutralidad que facilite la movilidad de los factores económicos y el aumento de la competitividad empresarial; y por otro lado, señalan *GUTIÉRREZ LOUSA* y *RODRÍGUEZ ONDARZA* que debido a los cambios mencionados anteriormente se puede observar que, desde el punto de vista de la Hacienda Pública, se debe buscar una compensación recaudatoria para evitar los déficits públicos, o dicho de otro modo, en la búsqueda de ampliar el número de contribuyentes se han introducido cambios en los impuestos para intentar paliar la disminución recaudatoria, eliminando regímenes especiales, estableciendo límites a las deducciones o incrementando los tipos mínimos –a la par de que los tipos máximos han sido reducidos para mejorar los incentivos de localización y sin tener en cuenta la eficiencia económica de las Haciendas, con el objetivo de atraer a esos nuevos contribuyentes atrayendo tanto su renta o su

[246] CALDERÓN CARRERO, J.M.: "La incidencia de la globalización en la configuración del ordenamiento tributario del siglo XXI", *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 20, Madrid, 2006, pág. 14.

patrimonio– [247]. En resumen, los sistemas tributarios han visto reducir sus tipos efectivos en base al principio de neutralidad, siendo sistemas más sencillos que se traducen en menores costes de administración y cumplimiento de obligaciones tributarias para los contribuyentes. Por último, lo que vemos es que hay una desfiscalización de los grandes contribuyentes en materia de fiscalidad directa, contrarrestándose mediante el aumento de la presión fiscal en la imposición indirecta, es decir, existe una transformación del tax mix de los ordenamientos tributarios.

De todas formas, para *COLLADO YURRITIA* y *PATÓN GARCÍA*, la globalización ha generado importantes beneficios en la economía mundial, facilitando el aumento de la producción, del consumo y, en definitiva, de las rentas y el trabajo. En consecuencia, lo anterior ha provocado una competencial fiscal de los sistemas tributarios, que se ha traducido en una actualización de los mismos, con el objetivo de no verse afectados de las distorsiones que genera las deslocalizaciones de las inversiones. Aunque como hemos dicho, uno de los efectos de la globalización es una cierta armonización que limite, en cierta manera, la competencia fiscal perniciosa, la planificación fiscal agresiva, la erosión de las bases imponibles, el secreto bancario o el blanqueo de capitales [248].

6. CONCEPTO DE PARAÍSOS FISCALES.

Para poder definir un «paraíso fiscal» debemos analizar sus características, tanto principales como auxiliares, que están reflejadas en el informe de la OCDE del año 1998, analizando la competencia fiscal perniciosa y nos enuncia que características que éstos cumplirán de forma simultanea para que un Estado, jurisdicción o territorio, sea considerado como un paraíso fiscal [249]. Según este informe, las características son, en primer lugar, que exista un nivel de tributación bajo o nulo; en segundo lugar, que exista una falta de transparencia, especialmente en la aplicación del sistema fiscal; en tercer lugar, un inexistente intercambio efectivo de información entre esa jurisdicción y otras jurisdicciones; y por último, una inexistencia de actividad económica sustancial en la jurisdicción concreta.

[247] GUTIÉRREZ LOUSA, M. y RODRÍGUEZ ONDARZA, J.A.: "Las consecuencias fiscales de la globalización", *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 8, Madrid, 2007, págs. 7 y 8.
[248] COLLADO YURRITA, M.A. y PATÓN GARCÍA, G.: "Las Fuentes del Derecho Tributario Internacional", en la obra de CORDÓN EZQUERRO, T.: *Manual de Fiscalidad Internacional*, Vol. I, 3ª ed., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, pág. 148.
[249] Véase el documento de la OCDE de 1998 titulado "*Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*", págs. 22 a 25.

Otro aspecto a tener en cuenta son los criterios auxiliares, es decir, en estas jurisdicciones pueden crear definiciones artificiales de base imponible, la no aplicación de los criterios sobre precios de transferencia –contemplados en los modelos de convenio de la OCDE–, ser un territorio «*offshore*» donde se permita que las rentas de fuente extrajera disfruten de una exención en la tributación de esa jurisdicción, la posibilidad de negociar con las autoridades fiscales las condiciones de la tributación de la riqueza o la recepción del trasvase de beneficios desde otras jurisdicciones –*tax rulings*– y, además, ostentar fama internacional de que se trata de una jurisdicción con bajos o nulos impuestos para los no residentes, con un secreto bancario y comercial establecido mediante la ley. En resumen, lo que queremos decir, es que se tratan de territorios con una legislación mercantil y financiera atractiva, con escasos sistemas de control y supervisión bancario, que carecen de estadísticas e informaciones sobre las operaciones bancarias, además de una libertad total en el movimiento de capital; con una regulación escasa, sin apenas control administrativo, con un sistema jurídico flexible que beneficia –en la mayoría de los casos– a no residentes y, todo ello, provocado por una presencia de estabilidad política y económica favorable para la opacidad y evasión de impuestos.

Debemos tener claro que estas jurisdicciones permiten que los contribuyentes mediante *treaty shopping* consigan desviar el gravamen de las actividades móviles –véase la actividad financiera por excelencia– hacia aquellas actividades menos móviles –en este sentido señalamos la producción industrial–, consiguiendo con ello una distorsión entre los flujos financieros y las inversiones productivas reales, haciendo que los recursos económicos necesarios para un desarrollo económico sostenible se localicen ineficientemente en lugares que generan un socavamiento de la integridad y equidad de los sistemas tributarios. Por lo que, sus efectos son: en primer lugar, consigue desincentivar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, condicionando la política fiscal de los Estados, y por consiguiente, el mantenimiento y la supervisión de los sistemas de protección social de los países; en segundo lugar, contribuyen a la desestabilización del sistema financiero y ocasionan una disminución de la recaudación fiscal de los Estados y en consecuencia, minan la capacidad de éstos para realizar inversión social, mejorar las infraestructuras y los servicios públicos; y por último, constituyen un refugio seguro para la delincuencia financiera internacional y para el blanqueo de capitales.

Es decir, a nuestro juicio, los paraísos fiscales generan efectos nocivos en los sistemas tributarios de muchos Estados al romper el principio de justicia tributaria, ya que la administraciones tributarias buscaran que aquellos contribuyentes con rentas menos móviles –como las rentas de los trabajadores, las rentas inmobiliarias, las rentas de las pequeñas y medianas empresas, con menos posibilidades de trasladar dichas rentas hacia otras

jurisdicciones con una legislación tributaria que ofrezca una baja tributación– a soportar una carga fiscal mayor, originada por un déficit interno, dicho de otro modo, *ROSEMBUJ* destaca que el paraíso fiscal va a generar en las jurisdicciones tributarias europeas una deslocalización o trasvase de rentas hacia aquellos [(250)]. Por lo que, los contribuyentes asumen mayor presión fiscal sobre su capacidad económica y sin observar que dicho sobreesfuerzo fiscal haya sido compensado por el Estado, ya que todos los contribuyentes –hayan o no aportado, según su capacidad económica, sostenimiento de las cargas públicas– se verán favorecidos a partes iguales por las políticas públicas.

Cabe mencionar, el informe de la *NACIONES UNIDAS* donde destaca que estas jurisdicciones «especiales o desleales» contribuyen a la erosión de la base imponible, ya que no sólo impactan en la disminución de los ingresos públicos, sino que, afecta a la justa redistribución de la riqueza, principio básico del propio sistema tributario, hiriendo la confianza de los contribuyentes, ya que motiva a la administración tributaria a pensar la falta de integridad de los mismos, y distorsionan el comercio y la inversión [(251)].

7. LAS ACCIONES BEPS.

Se trata del Plan de Acción contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, más conocido como el «Plan de Acción BEPS» (en inglés «*Base Erosion and Profit Shifting*») [(252)]. Era una iniciativa por parte de la OCDE hacia los Estados integrantes de la misma, compuesta por 15 acciones que desde una perspectiva global son ilusionantes pero su alcance ha quedado desvirtuada, ya que los Estados no le han dado la efectividad necesaria para alcanzar una situación jurídica tributaria, a nivel internacional, estable y armoniosa, es decir, al ser unas recomendaciones no vinculantes propuestas para, entre otros objetivos, se consiga eliminar la existencia de territorios *offshore*, provocando que siga existiendo una competencia fiscal perjudicial. Aunque debemos poner de manifiesto, de que era un proyecto que intentaba

[250] Véase, ROSEMBUJ, T.: *Principios Globales de Fiscalidad Internacional*. Ed. El Fisco. Barcelona, 2012, pág. 65, donde contextualizada a *RIXEN*, que sostiene que la existencia de una competencia fiscal provoca una destrucción de los principios distributivos de los sistemas tributarios, agravando la disparidad entre los países desarrollados y en desarrollo. ("Tax competition and inequality. The case for global tax governance", *Global Governance*, 2011, vol. 17, núm. 4, pág. 449). Otro autor que defiende esta postura es MARTÍN LÓPEZ, J.: *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, Editorial Tirant Lo Blanc, Valencia, 2006, págs 52 y ss.
[251] Véase el document de United Nations Conference on Trade and Development Geneva, titulado *"Chapter VII Fiscal Space for Stability and Development: Contemporary Challenges. Trade and Development Report*", 2014, pág. 193.
[252] Véase el documento de la OCDE de 2013 titulado "*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting"*.

proponer soluciones a los diversos problemas fiscales que nacen de las operaciones internacionales. Desde nuestra opinión, los principales problemas que se han intentado erradicar con las acciones BEPS son: en primer lugar, la determinación de la base imponible de las empresas de economía digital; en segundo lugar, la creación de sistemas de intercambio automático de información; en tercer lugar, conseguir una correcta conceptualización del establecimiento permanente; en cuarto lugar, la búsqueda de las herramientas necesarias para la eliminación total de la competencia fiscal perniciosa; y por último, hallar la correcta determinación de las operaciones con vinculados, estableciendo reglas internacionales para cuantificar los precios de transferencia [(253)].

Según *ROSEMBUJ*, este proyecto nació con grandes expectativas, siendo su principal objetivo alcanzar una mejor justicia tributaria internacional, pero sin establecer soluciones reales –o incluso podemos decir que eran soluciones difíciles de implementar, ya que dependía del conjunto de agentes internacionales y no de una zona concreta o de una región– [(254)]. Del mismo modo, hemos visto avances en la lucha contra la planificación fiscal agresiva, aunque con reservas debemos hablar de ello, puesto que desde este proyecto no se afronta los problemas que surgen por la residencia fiscal ni refuerza la potestad tributaria para poder distribuir correctamente la riqueza. En resumen, vemos que hay disposiciones positivas, como por ejemplo, podemos citar que se ha alcanzado un alto nivel en lo que se refiere a un intercambio real y efectivo de información, –aspecto que se ha desarrollado más a nivel regional o multiregional que a nivel global, destacamos la aprobación de la Directiva 2014/107/UE, sobre

[253] Para *ROSEMBUJ*, los «precios de transferencia» se tratan, como su nombre así lo indica, de una serie de precios estipulado en el seno de un grupo fiscal, y diferentes al resto de precios de la competencia. Estos precios no están fijados en base a unas empresas independientes, y por tanto, no podrá observase una comparabilidad de estos precios frente a terceros en circunstancias similares. En resumen, son precios intrafirma, con una característica básica de que se calcularán en base a unas circunstancias fiscales del grupo, siendo divergentes a los precios que establecerían a aquellos agentes que no pertenezcan al grupo fiscal.
Nacen de la hipótesis de las operaciones que realizan las empresas multinacionales, que en base a una cultura empresarial que intenta buscar un funcionamiento interno que genere ahorre de costes mediante la eficiencia de los gastos para aumentar las ganancias. Debemos entender que los precios de transferencia se basan en la teoría básica de la contabilidad de costes, que intenta alcanzar una distribución racional de los costes de la empresa y, por tanto, de los beneficios dentro de la organización. El problema, surge de plantear una política de gestión empresarial agresiva que intente reducir los costes o aumentar los beneficios, incluyendo la carga fiscal, mediante un desplazamiento de determinadas operaciones o hechos jurídicos, hacia territorios de mejor *clima fiscal*. Con el paso del tiempo se ha ido perfeccionando sobre qué elementos, de la actividad económica normal de la empresa, se utilizan para trasladar esas operaciones, que en definitiva, serán un trasvase de costes o beneficios hacia esos territorios. A modo de ejemplo, podemos señalar que esos elementos son: las operaciones sobre los activos intangibles, el pago de los servicios prestados intragrupo, el soporte de los costes de desarrollo de los *know how* o *show how*, o el valor intangible de utilización por el resto de partes del grupo de la marca o marcas y de la patente y/o patentes, ya que todo ello se considerará con una valor difícil de cuantificar por su singularidad y excepcionalidad, y que, por desgracia, no se podrá hacer una comparación, porque no son de operaciones comunes, sino excepcionales. (*Principios Globales de…*, *cit.*, pág. 66).
[254] ROSEMBUJ, T.: *Principios Globales de…, supra cit.*, pág. 66. Aspecto defendido por MARTÍN LÓPEZ, J.: *op. cit.*, pág. 53.

obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad, a nivel europeo– convirtiéndose en un elemento esencial para las administraciones tributarias para velar por sus intereses. Otra disposición positiva, es un cambio radical sobre como determinar el reparto de las potestades tributarias, es decir, vemos que se ha ido avanzando desde un sistema de tributación que reparte las potestades tributarias mediante acuerdo bilaterales, que adicionalmente convergerán con los sistemas tributarios internos [(255)], hacia una estrategia para evitar la doble imposición mediante acuerdos multilaterales.

Una cuestión que debemos poner de manifiesto es que las acciones BEPS se tratan de actuaciones fundamentales en quince ámbitos diferentes, pero antes de entrar en detalle de su diferenciación individualmente, creemos que es acertado afirmar que dicho plan ha posibilitado el desarrollo normativo a nivel de la Unión con la publicación de la Directiva sobre Cooperación Administrativa o con las Directivas *ATAD I* y *ATAD II* [(256)], en aspectos tan elementales como la transparencia fiscal, la lucha contra la evasión y la elusión fiscal. Además se ha fortalecido los acuerdos fiscales entre Estados del Espacio Económico Europeo [(257)] –EEE–, para fomentar la cooperación con dichas jurisdicciones en el intercambio de información [(258)]. Entrando en detalle de las acciones BEPS, en primer lugar, hablaremos de la acción 1 o la acción que aborda los desafíos fiscales de la economía digital. Entendiéndose como economía digital aquella transformación que sufren los sectores económicos por las tecnologías de la información o de la comunicación, generando importantes implicaciones fiscales en materia de la movilidad de rentas, beneficios por la posesión de datos, la creación de nuevos modelos de negocios multilaterales. Desde la perspectiva de los ordenamientos tributarios de la UE o, incluso, desde la propia normativa europea, estos problemas se podrán abordar desde las cláusulas anti-abuso generales ya vigentes. En segundo lugar, destacamos la acción 2 o la neutralización de los efectos que generan los instrumentos híbridos. Aunque será un aspecto que desarrollaremos más adelante, dichos instrumentos se articulan mediante asimétricas o divergencias existentes

[255] Esta estrategia bilateral que intenta evitar la doble imposición mediante los Convenios para evitar la doble imposición, normalmente tienden a crear situaciones simultaneas de doble no imposición, que son aprovechadas por los contribuyentes de forma legítima o de forma artificiosa para obtener estas oportunidades tributarias.
[256] Hablamos de la Directiva 2014/107/UE, sobre obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad, la Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior y la Directiva 2017/952/UE, del Consejo, de 29 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países.
[257] Según el Ministerio del Interior del Gobierno de España, el Espacio Económico Europeo está conformado por los Estados miembros de la UE, Islandia, Liechtenstein y Noruega.
[258] En este sentido, desde el punto de vista de España, podemos remarcar el Convenio entre el Reino de España y el Principado de Andorra para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y prevenir la evasión fiscal, publicado en el Boletín Oficial del Estado español el 7 de diciembre de 2015.

en el tratamiento fiscal en dos o más jurisdicciones, pudiendo generar una doble no imposición o un diferimiento de la carga tributaria a largo plazo. El objetivo se basa en neutralizar dichas asimetrías mediante la desarticulación de estructuras elusivas o de mecanismos que eludan parte de la base imponible. Otro aspecto que se persigue con esta acción es intentar dar solución a los casos de doble residencia como los casos de no residencia en ningún ordenamiento tributaria. Estas asimetrías que mencionamos *supra* se intentan corregir con las Directivas *ATAD I* y *ATAD II*. En tercer lugar, señalamos la acción 3 o el reforzamiento de la normativa sobre sociedades extranjeras contraladas. En otras palabras, se quiere acabar con aquellas situaciones que se originan por determinadas entidades que generan rentas pasivas, pero las dejan sin tributar o tributan en un nivel más bajo. Dicha acción se intenta contrarrestar mediante las Directivas *ATAD I* y *ATAD II*. En cuarto lugar, observamos la acción 4 o la limitación de las deducciones de pagos de intereses y otras rentas pasivas. Aunque señalamos que el nivel de endeudamiento de las entidades ha quedado limitado normativamente en las jurisdicciones tributarias mediante la aprobación de la Directiva *ATAD I*. Creemos que la reacción típica de los contribuyentes será defender el aumento de dicho límite al considerarlo como derecho, pero desde la perspectiva de las operaciones intragrupo puede resultar un mecanismo para la erosión de la base imponible. En quinto lugar, hablamos de la acción 5 o del combate de las operaciones societarias o de reestructuración que generen situaciones perniciosas con carencia de sustancia o de aplicación de transparencia fiscal. En sexto lugar, remarcamos la acción 6 o en impedir la utilización artificiosa de los convenios fiscales, es decir, la lucha contra el *treaty shopping*, como por ejemplo, aquellas situaciones generados por una empresa que ostenta una presencia sustancial en una jurisdicción tributaria, debiendo soportar la carga fiscal que se obtiene en la misma, pero lo evita al invocar la inexistencia de un establecimiento permanente. Dicho lo anterior, en séptimo lugar, enlazamos con la acción 7 o impedir la elusión mediante la utilización artificiosa del establecimiento permanente. En octavo, noveno y décimo lugar, hablaremos de las acciones 8, 9 y 10 o como asegurar la utilización de los precios de transferencia de forma que cree valor. Por tanto, la acción 8 se encargará de determinar los precios de transferencia de los intangibles; la acción 9, la distribución de los riesgos contractuales y/o económicos intragrupo y su contraprestación; y la acción 10, donde se determinará los costes o gastos de gestión o administración intragrupo y su contrapartida. En undécimo lugar, se trata de la acción 11 o de la evaluación y seguimiento de las acciones anteriores. Mientras, en el duodécimo lugar, destacamos la acción 12 o aquel requerimiento normativo para exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva. En el decimotercer lugar, volvemos a observar que la acción 13 reexaminará la documentación de los precios de transferencia. En el

decimocuarto lugar, veremos la acción 14 o como hacer efectivos los mecanismos de resolución de controversias. Y por último, estará la acción 15 o aquel desarrollo normativo para crear un instrumento multilateral que ponga fin a los convenios bilaterales. Por tanto, todas estas acciones hablan de limitar las conductas de evasión o elusión fiscal y la culminación de la cooperación administrativa entre las distintas jurisdicciones tributarias.

Con este trabajo, pretendemos analizar la correcta convergencia entre los contribuyentes y la Administración tributaria, examinando tanto las posturas abusivas del contribuyente como las actuaciones confiscatorias del Estado en cuestión, estableciendo como criterio básico el desarrollo de la justicia tributaria, tanto a nivel nacional como internacional. Por ello, debemos remarcar que desde determinados Estados existe una preocupación, sobre aquellas situaciones de otros Estados en operaciones internacionales donde intervienen los Estados de residencia y los de la fuente, siendo la preocupación por la situación de estos últimos, y que va en aumento, puesto que se encuentran ante una reducción de la recaudación, en base a una erosión de la base imponible. Aunque se puede argumentar que dicha disminución de la recaudación puede ser provocada por crisis económicas y financieras, internas o externas, debemos advertir que dicha situación viene provocada por el empleo de políticas de planificación fiscal agresiva, mediante el empleo de distintas normativas tributarias que generan vacíos legales –a través de los convenios bilaterales o convenios para evitar la doble imposición, por ejemplo– y generan situaciones de nula o baja tributación para los contribuyentes. En modo de adelanto, ya que será analizado posteriormente, observamos que el empleo de estas prácticas fiscales por parte de los contribuyentes, donde intentarán conseguir dobles exenciones, mediante una estructuración artificiosa, que le permitan una carga tributaria nula o bastante inferior a la que debería ser. Y como hemos mencionado antes, esto anula el precepto básico del Derecho tributario internacional, que es el evitar la doble imposición, generando la ya comentada, doble no imposición. En resumen, se puede decir que determinadas prácticas tributarias son perjudiciales, puesto que se utilizan actividades cuya naturaleza facilita el traslado de la base imponible de un país a otro, como por ejemplo, las actividades económicas financieras, y otras actividades de servicios, incluidas las operaciones relacionadas con los intangibles.

8. CONCEPTO DE PLANIFICACIÓN FISCAL.
8.1.VARIABLES DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL.

Anteriormente, hemos mencionado en distintas ocasiones este concepto que podemos conceptualizarlo como una estrategia llevada a cabo por los contribuyentes con el fin de conseguir una opción económica que le resulte fiscalmente más eficiente, esta estrategia se basará en analizar todas las alternativas para realizar una operación, todas ellas igualmente legales y posibles, con el objetivo de alcanzar la alternativa que permita al contribuyente minimizar lo máximo posible la carga tributaria. La planificación fiscal, también es conocida como optimización fiscal o el desarrollo de economías de opción, todos estos términos suponen, dentro de la legalidad, alcanzar el gravamen mínimo mediante la estructuración de operaciones mercantiles, estas operaciones se pueden estructurar mediante negocios individuales, mediante operaciones económicas complejas o mediante operaciones intragrupo realizadas por empresas asociadas o grupo de empresas. En definitiva, la planificación fiscal se ha ido convirtiendo en una variable a tener en cuenta en la gestión de la empresa, es decir, se trata de una parte importante en la estrategia empresarial global, ya que esta situación genera distintos comportamientos, y todos ellos, dirigidos a fomentar operaciones y hechos jurídicos que permitan la optimización de la carga tributaria.

En definitiva, la planificación fiscal supondrá un ahorro fiscal que se traducirá tanto en una reducción de la cantidad total a pagar del impuesto, obtener un diferimiento del tributo al aplazar el devengo de dicho tributo y por conseguir una disminución de la carga tributaria indirecta, ya que esta carga indirecta puede encontrarse correlacionada con el cumplimiento del deber formal de pago de las deudas tributarias. Resumiendo lo anterior, se trata de tomar diferentes estrategias [(259)] que pretenden alcanzar la disminución del gravamen, una reducción de la base imponible que reduzca la cuota a satisfacer o conseguir diferimiento en el devengo

[259] Generalmente, llamaremos estrategias a aquellas operaciones realizadas por multinacionales. Estas estrategias pueden incalculables, se suelen instrumentar mediante operaciones societarias donde intervienen distintas sociedades por su forma, como por ejemplo, sociedades *holding* –véase las sociedades *BV* (*Besloten Vennootschap*) holandesas o las *holdings danesas*–, sociedades con actividad financiera –en este sentido, podemos hablar de las *fundaciones de Liechtenstein* o los *trusts*–, sociedades de inversión colectiva –por ejemplo, podemos citar aquí «entidades de tenencia de valores extranjeros españolas» (*ETVE*), «sociedades de inversión de capital variable» (*SICAV* en España) «sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario» (*SOCIMI* en España o las *real estate investment trust* (*REIT*)– o, incluso, por sociedades dependientes de las matrices o la propia matriz que realice una prestación de servicios al resto de entidades del grupo; que se ubicaran en unas jurisdicciones con una amplia red de CDI y un clima fiscal atractivo, para posibilitar la interacción con otras jurisdicciones.

de un tributo por el desarrollo de una operación o hecho jurídico, en base a marco jurídico que asegure que se está cumpliendo la ley [260].

Por lo anterior, la planificación se establecerá entre los límites de conductas legítimas y lícitas, que se basaran en obtener el ahorro fiscal mediante el empleo de estrategias de economía de opción dentro del marco de la legalidad; y entre aquellas conductas como la elusión fiscal, intentando que determinados hechos imponibles no sean gravados; el abuso de legislación, mediante el desarrollo de conceptos del resto de leyes domesticas para alcanzar un resultado fiscal no contemplado en el ordenamiento; y el fraude de ley, aplicándose exenciones o deducciones que no corresponderían sin una operación artificiosa. Estas últimas conductas, tendrán unos elementos comunes que pueden verse como conductas *secundum legem*, pero en la substancia *contra legem*. Decimos que son *contra legem* al tratarse de conductas que en su expresión puede verse que van en contra de la ley por ser ilícitas, es decir, no son conductas ilegitimas al ser actos por parte de los contribuyentes que no suponen el quebranto de ningún precepto legal, o dicho de otro modo, no llegan a ser evasión fiscal.

Según *STIGLITZ*, en su obra *General Theory of Tax Avoidance*, nos hace una identificación de los principales elementos que tiene la planificación fiscal, en este sentido distinguimos que el primer elemento es el *diferimiento en la imposición*, conseguir que se aplace a un futuro el devengo del impuesto; el segundo elemento es el obtener un *arbitraje entre tipos de gravamen distintos*, debemos entenderlo como una aplicación de tipos de gravamen entre individuos diferentes o al mismo contribuyente pero en distintos devengos repartidos en el tiempo; y por último alcanzar un *arbitraje entre operaciones sujetas a distinto trato fiscal*. Una vez observado los principales elementos de la planificación, habrá que sumar otras variables que ayuden a reducir el coste fiscal mediante la estructuración de operaciones basadas en las decisiones de los contribuyentes [261].

Una variable a tener en cuenta a la hora de tomar decisiones, es el tipo impositivo, ya que se trata del porcentaje del beneficio que obtendremos de nuestra actividad económica destinada al pago de impuestos, sin tener en cuenta exenciones o deducciones. Destacamos que el tipo impositivo puede ser de dos formas. La primera forma será cuando el tipo impositivo sea fijo, que supone, a modo de ejemplo, el porcentaje marcado legalmente sobre la base imponible que alcanza una sociedad tras determinar contablemente el beneficio; por lo que esto

[260] DE ARESPACOCHAGA, J.: *Planificación fiscal internacional*, Marcial Pons, 2da edición, Madrid, 1998, pág. 437.
[261] STIGLITZ, J. E.: "The General Theory of Tax Avoidance", *National Tax Journal*, Columbia University Academic Commons, 1985, Vol. 38, págs. 325 a 337.

implica que ante unos gastos no deducibles, el incremento fiscal corresponderá al mismo porcentaje soportado por la base. La segunda forma es cuando el tipo impositivo tenga carácter progresivo, que a su vez estará formado por dos subtipos, el medio que tendrá en cuenta toda la base imponible y el marginal, que será la parte del tipo impositivo progresivo por el que tributarán las adicciones a la base imponible. Desde la visión de la planificación fiscal a la hora de obtener una optimización fiscal en los tipos impositivos progresivos será en los tipos marginales, ya que ante la toma de una decisión de inversión por parte de un contribuyente en la que espera una rentabilidad económica determinada, éste tendrá que tener claro en la toma de su decisión, el tipo de gravamen por el que tributará esa renta adicional que va a percibir, esto es, el tipo marginal. En los impuestos progresivos, los incrementos de la base están sujetos a tipos impositivos cada vez más elevados. De ahí que los individuos tengan incentivos para fraccionar su base liquidable en varias porciones, es decir, la suma de los impuestos pagados por cada porción será siempre menor que el impuesto pagado por la suma de las porciones. Esto supone que la situación óptima se alcanzará cuando todas las partes en que se divida la base impositiva sean del mismo tamaño.

Como segunda variable a tener en cuenta en la planificación fiscal será la calificación que obtengan las operaciones, es decir, los contribuyentes tendrán interés en cómo se califiquen los hechos jurídicos que realicen, ya que ello supondrá la cantidad del impuesto que deben satisfacer. Lo relevante es que, frecuentemente, los contribuyentes quieran elegir la forma de realizar sus operaciones con tal de obtener una calificación que les permita una reducción en el impuesto que están obligados a soportar.

Una tercera variable serán los incentivos que nazcan de la normativa fiscal, ya que, en ocasiones, y como ya hemos adelantado, se establecen en el ordenamiento tributario una serie de estímulos fiscales que incentiven ciertos comportamientos de los contribuyentes, auspiciados por el legislador nacional. Los ejemplos claros de estos estímulos fiscales serían las exenciones y deducciones, tanto en la base imponible como en la cuota. A modo de ejemplo, señalamos que en materia de tributación directa sobre sociedades, y concretamente nuestro Impuesto sobre Sociedades español, se establecen una serie de deducciones y exenciones destinadas a fomentar la realización de actividades, que se lleva a cabo una implantación empresarial en territorios concretos, evitar una doble imposición interna, fomentar el desarrollo de la investigación y la innovación empresarial y tecnológica, entre otras. Todas estas exenciones o deducciones tienen un rasgo común, y es que posibilitan un ahorro fiscal que condicionará la toma de decisiones en las inversiones por parte de los contribuyentes, ya que se fomentarán aquellas inversiones que contengan exenciones o deducciones, es decir, hablaremos de *ceteris paribus*, o dicho de

otro modo el contribuyente siempre va a preferir aquellas operaciones que se vean favorecidas por la presencia de exenciones o deducciones.

Como cuarta variable, encontramos el tiempo –y la incertidumbre a él asociada–, ya que según la Teoría Económica del Dinero el desembolso tardío de un impuesto supone pagar menos impuestos en el presente y en el futuro. Otro factor de la variable del tiempo es que la cantidad a desembolsar va a depender del momento en el que se lleven a cabo los hechos jurídicos o de su duración. También podemos destacar es que los tipos impositivos pueden cambiar con el tiempo y ser mayores o más bajos. Por lo tanto, todo contribuyente habrá de tener en cuenta en su planificación fiscal los efectos que genera el tiempo en su carga tributaria presente como futura, y con esta premisa el contribuyente deberá decidir cuál es el momento más oportuno para el desarrollo de sus operaciones económicas, cuando quiere recibir una renta, cuando quiere llevar a cabo una inversión o cuando quiere realizar la trasmisión de parte o todo su patrimonio.

Quizás la quinta variable que destacamos es el espacio, siendo un factor que progresivamente ha ido alcanzando una mayor importancia dentro de las variables de la planificación fiscal. La importancia del espacio viene motivada por la incidencia del lugar donde se realice la operación económica hará depender la tributación que soporte el contribuyente, ya que las distintas jurisdicciones tributarias tendrán sistemas tributarios diferentes que motivará la ubicación de una inversión en un territorio concreto por la tributación que se vaya a tener. Esta variable afecta en los distintos ámbitos territoriales, tanto a nivel local como hasta nivel internacional. En definitiva, los contribuyentes tendrán en cuenta el espacio como incentivo para localizar sus actividades económicas, de modo que puedan cuantificar el coste fiscal entre las distintas alternativas de localizar sus inversiones u operaciones económicas.

Y como última variable a destacar es el sujeto pasivo, ya que, ante una operación realizada por un sujeto pasivo con personalidad jurídica o como individuo tendrá un tipo de gravamen diferente, puesto que el tipo impositivo será diferente en base al tipo de sujeto pasivo que sea. Esta circunstancia puede condicionar la contribuyente y, por tanto, influir en las decisiones económicas que afecten en su carga fiscal, al elegir en que impuesto va a ser sujeto pasivo.

8.2.LEGITIMACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN.

Por lo expuesto anteriormente, debemos hacer un análisis sobre los límites en los que se basa la planificación fiscal para argumentar el uso de las económicas de opción para alcanzar una carga tributaria acorde con la capacidad económica de cada contribuyente. A este respecto, tenemos que tener en cuenta el ámbito internacional en el que se mueve las economías de opción, analizando el Derecho tributario internacional, el Derecho Internacional tributario y el Derecho de la UE. En este análisis, partimos de la circunstancia de que no existe un Derecho positivo en el que basarse y, por ello, tenemos que poner el foco en la jurisprudencia del TJUE, como órgano armonizador en el ámbito europeo. Mediante el *soft law* desarrollado por el TJUE vemos que ha ido desarrollando los conceptos jurídicos de práctica abusiva y de elusión fiscal, conceptos europeos que nos ayudarán a percibir las Libertades de la UE que asisten a los contribuyentes se pierden al abusar de ellas. Del mismo modo, habrá que analizar tanto las medidas anti-elusión contempladas en las Directivas como en las normas nacionales de los Estados miembros, que son las únicas normas que pueden restringir las Libertades de la UE de forma legítima, basándose en prevenir el abuso de dichas libertades. Como ya adelantamos anteriormente, el *soft law* del TJUE ha hecho un trabajo que clarifica cuales son los límites de la planificación fiscal legítima, es decir, ha establecido una diferenciación entre aquellas prácticas que suponen un abuso, una elusión o un fraude de ley, mediante una armonización «en negativo» que establece un marco legal para la planificación dentro de las fronteras de la UE. Uno de los ejemplos más claros en el desarrollo de este marco legal para la planificación fue la sentencia *Halifax*, donde el propio Tribunal reconoce que «el sujeto pasivo tiene derecho a elegir la estructura de su actividad de modo que limite su deuda fiscal» [(262)].

Desde la perspectiva del Derecho de la UE, se establecen derechos y garantías, de manera directa o indirecta, sobre los contribuyentes europeos, de manera que el desarrollo jurisprudencial del TJUE ha intentado respetar tanto los intereses de las Libertades de la UE como las potestades tributarias de los Estados miembros, mediante el desarrollando de los conceptos de abuso y de elusión. Es decir, el propio Tribunal de Luxemburgo ha intentado establecer la coexistencia de los intereses de los Estados miembros con las reflexiones que plantea la planificación fiscal respecto a los sistemas tributarios.

[262] TJCE, sentencia de 21 de febrero de 2006, Asunto C-255/02, *Halifax*, apartado 73.

Esta afirmación, es amparada incluso por la propia Comisión Europea en su Comunicación del 2007 [263], que en su análisis de las actuaciones armonizadoras del Tribunal de Luxemburgo, enfatiza en que la jurisprudencia europea debe derivar a criterios más claros, ya que existe margen jurídico para intentar una aplicación de los Principios generales del Derecho de la UE de forma general, en vez de realizar una interpretación sobre unas circunstancias particulares. Es decir, desde la Comisión Europea proponen al TJUE que haga unas interpretaciones de los principios generales con el fin de obtener normas de aplicación general, ya que con sus actuales actuaciones de analizar cada caso concreto, conlleva a no obtener fácilmente unas conclusiones implícitas en sus decisiones para hacerlas unas consecuencias generalizadas. En su comunicación, la Comisión Europea nos hace plantearnos una serie de cuestiones, unas cuestiones que nacen del *soft law* desarrollado por el TJUE, al ser el órgano armonizador del Derecho de la UE, donde nos ofrecen interpretaciones que no quedan del todo claro, por tanto, que ante la falta de una armonización en la tributación directa, ¿qué pasaría ante una reacción proteccionista y sin coordinación entre los Estados miembros? ¿y ante una interpretación dispar por parte de los jueces o Administraciones tributarias de los Estados miembros aplican de forma diferente los principios generales del Derecho de la UE propuesto por el TJUE? o incluso, ¿qué ocurriría sí en los casos de las sucesivas sentencias del TJUE, al intentar aclarar su doctrina, genera un efecto que restringe o extiende su armonización en negativo?

Como ya avanzamos en nuestra introducción de este trabajo, tras poner de manifiesto las dudas que nos surgen de la armonización en negativo realizada por el TJUE, nos hacen pensar que estamos ante una situación de inseguridad jurídica. Para asegurar el principio de seguridad jurídica, en determinados Estados miembros, su Derecho interno ofrece determinados medios, sobre todo a empresas internacionales, mediante la utilización de los *tax ruling* [264], instrumento previo con el que pactar con la Administración aquellas opciones lícitas, según el ordenamiento tributario vigente, para garantizar la seguridad jurídica tanto a inversores nacionales como internacionales. Por lo que, la inseguridad no nacerá de las posibles

[263] Véase la Comunicación de la Comisión Europea del 10 octubre del 2007, COM (2007)785 final, "*Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa dentro de la UE y en relación con terceros países*".

[264] La Comisión hace referencia a *Tax Ruling* como «cualquier comunicación u otros instrumentos o recursos de efectos similares empleados por el Estado miembro o en su nombre en relación con la interpretación o aplicación de la legislación fiscal» (Comunicación de la Comisión Europea del 10 octubre del 2007, COM (2007)785 final). Mientras que la OCDE los define del siguiente modo: «cualquier asesoramiento, información y compromiso garantía proporcionado por una autoridad fiscal a un contribuyente o grupo de contribuyentes con respecto a su situación fiscal, en la que tiene derecho a confiar». (OECD, informe de 1998, titulado "*Harmful Tax Competition: an Emerging Global Issue",* OECD, Paris, 1998, págs. 20 y ss).

actuaciones de inspección que desarrollen las Agencias tributarias, sino de las incidencias que pueda originarse por el desarrollo de la jurisprudencia europea sobre aquellas Libertades de la UE que afecten a la fiscalidad directa. Este extremo se ha evidenciado en importantes sentencias del TJUE [(265)], que gradualmente ha ido construyendo una perspectiva de jurisprudencia europea con un carácter imprevisible y difícilmente controlable, que aunque se ha mantenido el *self-restrain*t del Tribunal, ha generado grandes cambios interpretativos sobre que operaciones son lícitas o se consideran abuso. En definitiva, para que exista una carga tributaria eficiente y ajustada a Derecho llevada a cabo mediante una planificación fiscal, se debe basar en una seguridad jurídica como garantía, dentro de un marco jurídico delimitado por los principios generales de la UE asentados por el TJUE, desarrollándose dicha jurisprudencia por la doctrina de una forma clara y generalizada, que permita interpretarse de forma coherente y sin contradicciones.

A modo de juicio personal, está problemática de estabilidad y de seguridad jurídica en la interpretación y aplicación de la jurisprudencia europea con respecto a la fiscalidad, principalmente en la directa, repercute también en la posibilidad de obtener una indemnización para el contribuyente por parte del Estado, aludiendo a la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador [(266)], para reparar los posibles daños o pérdidas económicas ocasionadas por la infracción de Derecho de la UE, es decir, imputar al Estado miembro la reparación de la desobediencia fiscal cometida por los contribuyentes. Se podría decir, que la falta de una armonización que facilite la interpretación del Derecho de la Unión posibilitaría que un ordenamiento interno pueda obstaculizar de manera ilegítima, o lo que es lo mismo decisiones lícitas y amparadas por el Derecho de la UE quedan limitadas por los ordenamientos tributarios internos o quedan disuadidos de adoptarlas por los posibles sanciones al infringir el ordenamiento interno. Otro aspecto importante, señalado por el propio TJUE, un contribuyente concreto se opone a la negativa de la Administración Tributaria de disfrutar de un determinado régimen especial tributario. Cabe recordar que para que un Estado miembro incurra en

[265] Véase, por ejemplo, la sentencia del TJCE de 23 de abril de 2008, Asunto C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, apartado 124; y la de 12 diciembre de 2006, Asunto C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, apartado 215.

[266] Como bibliografía básica sobre la materia pueden consultarse los trabajos siguientes: ALONSO GARCÍA, Mª C.: *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Marcial-Pons, Madrid, 1999, págs. 137 y ss.; ALONSO GARCÍA, R.: *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Civitas, Madrid, 1997; y, del mismo autor, "El juez español y el Derecho comunitario", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003; COBREROS MENDAZONA, E.: "*Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*", Civitas, Madrid, 1994; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "La responsabilidad patrimonial de la Administración española por daños causados por infracción del Derecho comunitario", *Gaceta Jurídica de la CEE*, núm. 60, 1989, y MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 6ª ed., 2010, págs. 404 y ss.

responsabilidad patrimonial se tiene que dar determinados requisitos, que el TJUE ha establecido, ya que la infracción dependerá de sí existe un eventual error en la interpretación del Derecho de la UE, sí ese error tiene carácter inexcusable o excusable, de la norma vulnerada y del grado de claridad para identificar la vulneración y precisar que partes del Derecho de la UE se vulneran [(267)].

Recordamos que la jurisprudencia europea ha ido marcando los límites de los obstáculos que imponen a las Libertades de la UE en base al interés general fiscal, en el intento de mantener unos controles fiscales eficientes, un sistema fiscal coherente y para prevenir una paulatina reducción de los ingresos públicos, es decir, ante la falta de armonización en la imposición directa, los Estados han intentado defender sus potestades tributarias para mantener su interés general fiscal. En consecuencia, por parte del TJUE, se ha estructurado la *rule of reason test* con la conseguir seleccionar y diferenciar que justificaciones de los Estados son aceptadas por el Tribunal, para limitar el alcance de los derechos fundamentales europeos. En este sentido, el Tribunal ha desarrollado una teoría sobre el principio de territorialidad y el principio de reparto de potestades tributarias entre Estados, o mejor dicho, ha establecido cuales son los límites extrínsecos a las Libertades de la UE en base al concepto de «abuso», consiguiendo con ello alcanzar, también, una teoría sobre los límites intrínsecos.

El concepto de abuso que nace del TFUE y de las Directivas, busca la consecución del mercado común y que se mantenga en el tiempo, por lo que, este concepto tendrá un carácter finalista. Justificándose con el concepto de abuso, los Estados han estructurado un recurso jurídico para evitar la elusión de su ordenamiento tributario, trasladando a sus normativas internas las normas anti-abuso de las Directivas y del TFUE. Esto ha supuesto que por parte del Tribunal de Luxemburgo, establezca nuevos «contra normas anti-abuso» en base, otra vez, como de un círculo se tratase, los principios generales de la UE –no discriminación, proporcionalidad, etc.–, a los cuales tiene que adecuarse las medidas anti-abuso nacionales.

Ante lo expuesto, es preciso fijar la atención, que en una optimización de la carga fiscal mediante la planificación fiscal, la jurisprudencia europeo ha establecido un alto nivel complejidad en la interpretación de sus decisiones, planteando problemas en relación a las alternativas de la planificación fiscal, sobre todo en el ámbito de tributación directa o en la imposición de grupos multinacionales. Es decir, la jurisprudencia del TJUE influirá de diferente manera en las elecciones de economía de opción, ya que al establecer los límites de estas

[267] Entre las otras sentencias, véase por ejemplo la de 13 de marzo de 2007, Asunto C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, apartados 106 a 127

económicas harán que determinadas prácticas sean más frecuentes a nivel europeo o, por el contrario, las harán menos frecuentes al ser menos ventajosas.

En los siguientes capítulos, en nuestro análisis de las Directivas europeas vigentes se estudiará los límites que establecen a las normativas nacionales y a las operaciones desarrolladas por los contribuyentes, en base al concepto de «abuso» que en ellas se contempla, debiendo advertir que no se establece una conceptualización unitaria, apareciendo nuevos conceptos como la práctica abusiva o la elusión fiscal. En definitiva se hará un análisis de las medidas anti-abuso, en los casos de *controlled foreign companies* o de subcapitalización, las cuales, a nuestro juicio, han chocado contra el Derecho de la UE.

9. CONTABILIDAD vs DECLARACIONES TRIBUTARIAS.

Como ya adelantamos, desde las organizaciones empresariales, cuando analizan determinadas inversiones incorporan la carga tributaria como beneficio a conseguir. Es decir, incorporan como opción real la optimización de la carga tributaria en su estrategia de rentabilidad. Para conseguir el éxito en esta estrategia se deberán basar en el soporte contable, utilizando *tax shelters* [268] para conseguir una diferenciación entre las declaraciones tributarias y los libros contables, consiguiendo una disparidad entre los ingresos y gastos fiscales imputables y la contabilidad. Explicando lo anterior, y centrándonos en nuestro impuesto de sociedades español, es sabido que hay diferencias temporarias que se aplicarán sobre la base imponible, que diferenciará las cuentas contables con las declaraciones del impuesto, que tiene un carácter reversible –también conocidos como ajustes extracontables de carácter reversible–, dependiendo del momento en el que se reconocen. En consecuencia, existen las diferencias permanentes [269] –o ajustes extracontables de carácter permanente– que generan un ahorro fiscal para los contribuyentes de con efectos irreversibles al reconocerse como beneficios

[268] Según *ROSEMBUJ*, el *tax shelter*, en sentido más estricto, es aquella operación, plan, acuerdo o esquema que se diseña para intentar que se anule, reduzca, o se difiera el pago de un impuesto. Se puede realizar mediante informes de expertos, borradores de contratos u opiniones técnicas, justificando pérdidas fiscales, la existencia de créditos fiscales, empleando híbridos financieros para generar dobles deducciones, incluso se puede emplear métodos más complejos como la utilización de sucursales o filiales para conseguir el desplazamiento de la base imponible hacia territorios con mejor clima fiscal o, mediante, el empleo de entidades hibridas para recalificar rentas entre Estados. (*Principios Globales de…*, *cit*., pág. 125).

[269] La particularidad de las diferencias permanentes es el efecto que generan en la base imponible, ya que excluyen parte de la renta de la base mediante la aplicación de beneficios fiscales, disminuyendo así el *tipo de gravamen efectivo* de la sociedad y esto se traduce en un descenso del coste fiscal, que a su vez generará un incremento de los beneficios que reciban los accionistas y gestores.

fiscales [270], que de darse, o surge en las cuentas contables o en las declaraciones del impuesto, pero no en ambos. Es decir, no se tratan de situaciones que pueden suponer más gasto o menos impuesto en un período concreto, si no del aprovechamiento indefinido de esas diferencias permanentes, creando por ejemplo créditos fiscales [271].

Lo que vemos es que los contribuyentes van a perseguir la minimización del pago del impuesto dentro de su estrategia de rentabilidad, quizás como ejemplo aclarativo, podemos mencionar el informe de la comisión de investigación sobre imposición del Congreso de los Estados Unidos en el «*Caso ENRON*» que nos viene a decir que dicha compañía diseñó un departamento fiscal que elaborara operaciones con el fin de incrementar los ingresos financieros mediante el ahorro de la carga tributaria o de obtener créditos fiscales de la Administración tributaria, es decir, dicho departamento tenía establecidos objetivos, como sí se tratase de otra unidad de negocio más, de generar ingresos, todos ellos obtenidos en base al Estado [272]. Dicho de otro modo, haciendo una analogía de este caso al resto de contribuyentes y sus intenciones sobre los costes fiscales, veremos que todo contribuyente va a considerar la carga tributaria, o como un elemento financiero que genera beneficios o como un elemento de coste a reducir para mejorar la rentabilidad, aplicando para ello las normativas existentes. En consecuencia, en el supuesto de que se comparase dos sociedades con idéntico beneficio contable, pero, una pagará un gravamen menor que la otra, se podría deducir que existe una planificación en establecer procedimientos dirigidos a obtener una reducción en el pago de dichos impuestos, es decir, el tipo efectivo de ambas empresas son diferentes –aunque el nominal sea idéntico para ambas–.

Por lo anterior, podemos decir que la elusión fiscal [273] afectará sobre el tipo efectivo de dos formas. En primer lugar, generara distorsiones entre la contabilidad y el impuesto

[270] Cuando hablamos de beneficios fiscales, queremos poner el foco en esa discordancia desde la perspectiva contable con la fiscal, que se origina mediante la constitución de montajes artificiales que van a ocasionar pérdidas, gastos de investigación y desarrollo, operaciones con el extranjero y provisiones, con el objetivo de alcanzar un diferimiento de la carga tributaria o la consecución de créditos fiscales. Para lo cual, se emplean *entidades híbridas* que generan deducciones o pérdidas, y *productos híbridos* que sirven de endeudamiento, sin que mengue la forma del capital, o viceversa.

[271] Cuando hablamos de un crédito fiscal, nos referimos a aquel método que se utiliza para evitar la doble imposición internacional donde un Estado, que se sigue el criterio de renta mundial, permite aplicar una deducción (o exención), total o parcial, en el impuesto sobre sociedades (sobre la cuota), de aquellos impuestos pagados en el extranjero por los beneficios obtenidos en el exterior. En nuestro impuesto de sociedades español, el Estado sigue el criterio de exencionar la renta que procede del otro Estado en la base imponible, es decir, no la imputa. Anteriormente a la reforma del IS de 2014, se seguía el criterio de incluir esa renta en la base imponible, pero lo imputa, aceptando la deducción, si se acredita todo o parte del impuesto pagado en el Estado donde se ha generado la renta. Véase el art. 21 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

[272] Véase el documento de U.S.A. Congress del Joint Committee on Taxation, número 108, de Febrero 2003, titulado "*Report on investigation of Enron Corporation and related entities regarding federal tax and compensation issues. Policy recommendations*".

[273] De forma resumida *ROSEMBUJ* afirma de que se trata de la minimización del impuesto de manera objetiva para producir de forma deliberada e intencional la elusión de la ley. (*Principios Globales de…*, *cit.*, pág. 125).

generando cambios en el ingreso gravable. Siendo el segundo efecto el que más desarrollo práctico ha tenido, dándose en casos de empresas con presencia en distintas jurisdicciones, donde obtendrán una disminución del tipo efectivo al desplazar ingresos gravables hacia territorios con una tributación más atractiva. Otro ejemplo de este segundo efecto, que podemos destacar, es el uso de *SPV* [(274)], consistente en obtener una reducción de la tributación mediante pérdidas en el seno grupo fiscal –empresa multinacional–, a través de un alto grado de endeudamiento –elemento que las caracteriza–, que, a su vez, genera un importante gasto deducible en intereses [(275)]. Como última demostración de dicho efecto es, conseguir una elevación de los beneficios contables, sin que ello suponga una mayor base imponible del impuesto, haciendo una escenificación del supuesto, el contribuyente intentará generar un ingreso –gravable o no– exento en una jurisdicción mientras que en la otra jurisdicción será un mero ingreso financiero no sujeto, es decir, obtendrán una disminución del gravamen mediante una diferenciación entre el resultado financiero contable y el resultado fiscal, porque la carga fiscal de la empresa está condicionada por un análisis exhaustivo del ordenamiento tributario. Esto es consecuencia de una planificación fiscal, que intenta beneficiarse de las diferencias contables-financieras en pro de mejorar la rentabilidad de la corporación.

En definitiva se puede decir, que los contribuyentes internacionales van a buscar alcanzar un bajo tipo efectivo de gravamen, con el efecto de obtener una optimización en la carga tributaria, obteniendo un efecto secundario de aumentar los beneficios financieros no sujetos. Esto puede ser así, concretamente en el plano internacional, al emplearse partes fiscalmente diferentes –a través de entidades híbridas en el extranjero o entidades exentas– que absorberán aquella renta gravable ofreciendo una contraprestación a otra entidad presente en otra jurisdicción que tampoco será gravada. No es casual, por tanto, la afirmación de que la Globalización afecta a la toma de decisión de las empresas, buscando como incrementar los recursos financieros de los contribuyentes, sin materializarse en un aumento de coste fiscal. Es

[274] *ROSEMBUJ* define al *Special Purpose Vehicle (SPV)* como un vehículo jurídico creado por una sociedad, a la que se le denominara *sponsor* –normalmente estos *sponsors* serán bancos, tanto tradicionales como de inversión, aseguradoras o filiales de los grupos multinacionales con actividad financiera–, y se caracterizan por carecer de actividad económica y de personalidad jurídica, pudiendo ser sociedades –los ejemplos más claros de SPV son los *trust* o *partnership*–. Otro elemento importante es que están radicados en territorios *offshore* o de baja fiscalidad. El objeto principal de este vehículo es utilizarlo para compra de activos o pasivos, incluso financiar dicha compra por parte de otra entidad del grupo empresarial. Estos vehículos tienen su origen en los concursos de acreedores, ya que se utilizaban para evitar los riegos que pudiesen recaer en la sociedad creadora de los SPV, aunque con el paso del tiempo se han desplegado como poderosos mecanismos en el ámbito fiscal, que con sus emisiones de títulos, han sido fortalecidos por sus *sponsors*, generando importantes flujos de renta, con altas rentabilidades y una elevada opacidad. (*Principios Globales de…*, *cit.*, pág. 126).

[275] MILLS, K L.; NEWBERRY, W.; TRAUTMAN, B.: "Trends in book-tax income and balance sheet differences", *IRS Research Conference*, Washington, DC**,** 2002, págs. 16 y 17. Trabajo recogido en la Conferencia anual sobre investigación, organizada por The Internal Revenue Service de los Estados Unidos de América.

decir, los contribuyentes internacionales utilizaran las distorsiones existentes entre los distintos sistemas tributarios de los Estados, articulando operaciones que aparenten menguar su capacidad económica y así conseguir una menor tributación. Desde nuestro punto de vista, los productos de ingeniería financiera generarán una estructuración de operaciones financieras que no supongan un riesgo o pérdida en la contabilidad, pero que en el ámbito fiscal supongan obtener tanto deducciones, exenciones o pérdidas fiscales.

10. LA COMPETENCIA FISCAL LESIVA.

Como venimos avanzando, los contribuyentes han ido desarrollando estrategias fiscales sobre la fiscalidad directa en materia de sociedades convirtiéndola en un factor económico a tener en cuenta, ya que condicionará las localizaciones o los traslados de las entidades con actividad económica, incluso condicionará la localización de los sistemas productivos de dichas empresas. Es decir, estas estrategias han originado una actividad legislativa, por parte de los Estados miembro de la UE, que ha supuesto el mantenimiento de una multitud de regímenes fiscales nacionales, que a su vez supone seguir manteniendo los límites fiscales al mercado único. En consecuencia, vemos que las interrelaciones que nacen del conflicto de las potestades tributarias de las distintas jurisdicciones suponen un conflicto en el cómo repartir las competencias fiscales entre los Estados, e incluso entre los países con la Unión Europea. La falta de una armonización fiscal en materia de sociedades genera una debilidad en el proceso de integración de la UE, que se observa con las crisis internas entre los países miembros del Euro o con el Brexit, motivada principalmente por la inacción en el seno de la Unión al no desarrollar sus competencias, esto se observa en la evolución de las legislaciones fiscales nacionales en materia societaria, o como señala *CAAMAÑO ANIDO* que escenifica la falta de integración europea por las limitaciones que impone la fiscalidad directa en materia societaria desde el ámbito de aplicación o sistemas de beneficios fiscales [(276)]. Explicando lo anterior, el autor señala que desde las instituciones europeas no se ha planteado una armonización en materia de fiscalidad directa –caso contrario de lo sucedido en materia de fiscalidad indirecta– imposibilitando un modelo común, que contenga una estructura común, unos hechos imponibles y una base imponible similares en todo el ámbito europeo [(277)].

[276] CAAMAÑO ANIDO, M. A.: *Constitución Europea y Poder Tributario, Un nuevo reparto de la soberanía fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 31.
[277] Debemos señalar que la anterior afirmación, nace del análisis de los informes independientes desarrollados por la comisiones de expertos como el de *Neumark*, el de *Tempel* o el de *Ruding*.

Ante la falta de armonización, será la propia jurisprudencia del TJUE la que vaya protegiendo jurídicamente las Libertades de la UE, haciendo posible que las empresas puedan hacer una comparación de las distintas jurisdicciones tributarias y conseguir ventajas fiscales que éstas les ofrece. Sin embargo, el único avance que hemos podido observar, es que, determinados Estados han mantenido una política fiscal que busca un equilibrio interno en materia de fiscalidad societaria. Es decir, estos Estados han buscado establecer una armonía entre la imposición de las rentas de la sociedad con el gravamen de sus socios. No obstante, notamos que esta política lleva consigo una pérdida de la función financiera como ingreso público de la fiscalidad societaria, al establecer unos tipos nominales que nada tiene que ver con los efectivos, y en particular, con la estructuración de las operaciones vinculadas perdiendo recaudación en aquellos hechos imponibles relativos a los socios. En este sentido, destacamos las palabras de *BORIA* que determina que los sistemas tributarios deben establecer un equilibrio interno posibilitando que todos los contribuyentes, en base a su capacidad económica, accedan al sostenimiento del Estado, distribuyendo el sacrificio fiscal por todo el ordenamiento tributario, para establecer el equilibrio en base a todos los impuestos que graven la riqueza [(278)].

Sin embargo, la situación anterior supone establecer una situación competitiva, o dicho de otro modo, los Estados intentaran atraer contribuyentes de fiscalidad societaria con el objetivo de aumentar la recaudación, es decir, buscarán suplir la menor recaudación de sus contribuyentes –efecto perseguido por los mismo Estados– con el aumento de contribuyentes. Nuestra visión, parte de establecer una situación comparativa entre los distintos ordenamientos tributarios, eliminando los efectos fiscales que posibilitan, por razones puramente fiscales, traslados de contribuyentes, localizaciones de los factores productivos o el establecimiento de las unidades de investigación hacía jurisdicciones de baja o nula tributación. Lo que queremos enunciar es que la política fiscal basada en la competencia fiscal supone utilizar los tipos impositivos, deducciones o exenciones del impuesto de sociedades como instrumento eficaz para atraer nuevos contribuyentes, situación fomentada por un elevado gravamen sobre el resto de rentas, por una situación económica favorable del Estado o unas escasas exigencias presupuestarias. Cierto es que la competencia fiscal se ha ido agravando con la integración de la UE y un mayor mercado interno, al extinguirse las fronteras no existen condicionantes para un traslado de los contribuyentes, amparándose en el ejercicio de las Libertades de la UE.

Con esto queremos decir, que la competencia fiscal entre Estados supone establecer

[278] Aspecto subrayado por BORIA, P.: *L'antisovrano, potere tributario e sovranità nell'ordinamento comunitario*, Giappichelli Editore, Torino, 2004, pág.116, cita contextualizada por LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: *Principios básicos de…*, *cit.*, pág. 49.

condicionantes con demasiada fuerza que influyen en todas las decisiones estratégicas de negocio, incluso advertimos que limita la integración de diversos agentes económicos. Esto supone un desarrollo inadecuado del mercado interior, generando ineficiencias en el propio mercado imposibilitando una mayor armonización vía Directiva, al necesitar una unanimidad por parte de los Estados miembros. Toda esta situación ha provocado la reacción del Parlamento Europeo, que de un tiempo hacia atrás viene enunciando las consecuencias negativas que supone la competencia fiscal, ya que la esta competencia genera un trasvase de las rentas empresariales a otro Estados miembros, mediante el cambio del domicilio fiscal de los contribuyentes, en busca de un sistema tributario más favorable. Otro efecto nocivo que genera la competencia fiscal es la limitación, indirectamente hablando, de la potestad tributaria del Estado en concreto, reduciendo los recursos económicos a disposición del Ejecutivo. Escenificando lo anterior, observamos que hay un descenso en la recaudación de aquellos hechos imponibles que son móviles, como los intereses, dividendos o cánones, en definitiva un descenso de la recaudación del impuesto de sociedades.

La problemática anterior supone una acción legítima por parte de un Estado, es decir, estará dentro de cada potestad tributaria el establecer objetivos extrafiscales –como atraer nuevos contribuyentes a su jurisdicción tributaria– mediante una relajación en las exigencias fiscales a los sujetos pasivos. En este sentido no vemos que sea un problema, ya que supone atraer inversiones productivas o mayores capitales para fomentar un mayor crecimiento económico. Pero si será un problema cuando esta atracción tenga como contrapartida una inmunidad fiscal u opacidad de las operaciones, siendo esto la competencia fiscal lesiva. En definitiva, el Estado lo que va a permitir a los nuevos contribuyentes, a cambio de sus rentas o de su patrimonio, es que obtengan una imposición mínima o nula, o incluso una protección de la información tributaria frente a otros Estados, que han visto perder estos contribuyentes. Además, se obtienen privilegios o preferencias en la localización. Los efectos que generan en los demás Estados miembros son perjudiciales, desde los puntos de vista cuantitativos y cualitativos. El primero, refleja la dimensión de la cantidad de recaudación pérdida. El segundo, como ya hemos adelantado anteriormente, crea una desigualdad entre las jurisdicciones tributarias afectadas, ya que desde el punto de vista del sostenimiento del sistema tributario deberán trasvasar la presión fiscal desde las fuentes móviles que hemos hablado anteriormente hacía fuentes menos móviles como el patrimonio o las rentas de las pequeñas y medianas

empresas, o incluso aumentar esa presión sobre las rentas de las personas físicas que las obtienen de su trabajo, para poder equilibrar los gastos públicos [279].

En nuestra opinión, la competencia fiscal lesiva viene a ser una manifestación inamistosa de la potestad tributaria de determinados Estados contra el resto de Estados, o como se diría en el Derecho Internacional una acción de retorsión [280] intentando defender los intereses propios en el ámbito fiscal. Esta competencia se va a manifestar mediante la posibilidad de aplicarse un determinado régimen fiscal que favorecerá, sobre todo, a contribuyentes no residentes –o residentes frente a no residentes– concedido administrativamente, incluso en los supuestos de que el contribuyente carezca de actividad de económica; y estando vetado para los residentes en dicho Estado –véase al contrario en los casos que se favorecen a los residentes frente a los no residentes–. Se articulará mediante organizaciones jurídicas que ofrezcan privilegios a sus beneficiarios, mediante una amplia red de tratados fiscales, con lo que consiguen la exclusión del régimen especial a sus residentes. Haciendo un resumen de lo anterior, la competencia fiscal lesiva supondrá, generando una opacidad en las situaciones mercantiles y/o tributarias de los contribuyentes o estableciendo un secreto bancario en dichas operaciones, una ocultación de las rentas foráneas mediante un apoyo institucional, imposibilitando quien es el beneficiario efectivo de dichas rentas.

En consecuencia, veremos que lo que genera la competencia fiscal lesiva es una reducción de los ingresos públicos de estos Estados mediante la articulación de un régimen fiscal que posibilite un exención o exclusión sobre cualquier tipo de impuesto que grave las rentas de estos no residentes o residentes [281]. Lo que queremos decir, en nombre de la eficiencia

---

279 Según *RIXEN*, la competencia fiscal supone un quebranto de los sistemas tributarios nacionales, al socavar la integridad de los mismos debido al traslado de la presión fiscal desde unos contribuyentes hacía otros. Adicionalmente, el mismo autor defiende que esta competencia generará mayores desigualdades entre países en vía de desarrollo y países desarrollados, ya que los primeros verán reducidos sus futuribles ingresos tributarios en beneficio de los segundos. ("Tax competition and inequality…", *cit.*, págs. 457).

280 Según recoge *DÍEZ DE VELASCO VALLEJOS*, el concepto de retorsión que recoge el Derecho Internacional Público, lo define como una acción que mediante un medio de apremio, consistente en el hecho de que un Estado responda con un uso riguroso de su derecho, a realizar actos lícitos para sí mismo, pero inamistosos; es decir, será un acto o actos cometidos por él hacia otro u otros Estados. (*op. cit.*, pág. 99).

281 Además, entra en juego aquí el comportamiento desleal de los contribuyentes con mayor riqueza que abusan del «vehículo societario o asociativo», es decir, hay que poner de manifiesto que determinados contribuyentes intentarán, mediante un mal uso o un uso abusivo de estos vehículos, obtener una ventaja patrimonial mediante interposición de diferentes beneficiarios del real, siendo un mero beneficiario ficticio. Esta ventaja patrimonial se articulará mediante operaciones societarias originadas por pago de intereses, dividendos, royalties, pensiones, cánones y/o ganancias patrimoniales. La instrumentalización a conciencia, y sin aparente actividad económica o sustancia económica, de los vehículos societarios es el abuso, sean mediante sociedades mercantiles o agrupaciones de personas, *trusts* o fundaciones, que serán ubicadas en una jurisdicción tributaria de baja o nula tributación o estableciéndolas en distintas jurisdicciones generando una red, aparentando una estructura societaria legítima.

Con estas estructuras lo que se trata de hacer es ocultar la identidad del verdadero propietario o posesor, camuflada tras esas sociedades pantalla, entidades simuladas o aparentes, es decir, las identidades de sus accionistas o

tributara, es que es se deben evitar aquellas actitudes que realicen determinados contribuyentes con el fin de evitar una carga fiscal que se ajuste a su capacidad económica, es decir, ya no buscaran un ajuste del gravamen tributario de su riqueza en base al principio de capacidad económica sino obtener una nula o baja tributación que nada tiene que ver con su verdadera capacidad, utilizando para ello las posibilidades que han generado la globalización, siendo una oportunidad para aquellas jurisdicciones tributarias que pretenden atraer este tipo de contribuyentes, en pro de obtener mayor capital financiero, pero generando oportunidades de evasión fiscal, veremos que estas jurisdicciones generaran ordenamientos tributarios que posibilitaran un traslado de la riqueza desde las jurisdicciones de residencia originaria de estos contribuyentes. Por lo que, si se mantiene la situación actual de competencia fiscal y las conductas impropias de determinados contribuyentes, se seguirán manifestando aquellos efectos indeseables sobre el nivel de bienestar, tanto global como europeo, a través de una desviación de los flujos de inversión o comerciales.

La competencia fiscal lesiva la hemos puesto de manifiesto como una oferta una serie de regímenes fiscales para atraer rentas foráneas, pero se podría manifestar en vez de ofrecer unos tipos impositivos más bajos mediante una diferenciación entre el tipo nominal con el efectivo, a través de los procedimientos de aplicación. Es decir, aquellas jurisdicciones tributarias deseosas de ser inamistosas con el resto de ordenamientos, podrían ofrecer un tipo nominal parecido al resto de Estados pero que en definitiva el pago efectivo sea muy inferior o nulo con respecto al tipo nominal. Ante esta situación, debemos ir hacia una simplificación y una mayor transparencia en los procedimientos para determinar las bases imponibles. Con la simplificación, nos referimos, a establecer una reducción sobre los procedimientos de recaudación y de comprobación, con el fin de obtener una mayor eficiencia administrativa y seguridad jurídica para los contribuyentes. Mientras que con la transparencia, queremos hacer ver que se necesita optimizar la estructura del tributo.

Debemos dejar claro que pretendemos que se mantenga la competencia fiscal desde la perspectiva de justicia tributaria, como elemento extrafiscal que intente fomentar el desarrollo económico de un determinado Estado o región, pero manifestamos que estamos en contra de aquellos ordenamientos tributarios que puedan limitar la recaudación de otros sistemas tributarios, a través de una legislación tributaria basada en prácticas fiscales perniciosas. Para

gestores. Asimismo, el camuflaje empleado llega a utilizar testaferros, fiduciarios o administradores, tanto personas físicas como jurídicas, que carecen de potestad directa y efectiva sobre la renta, beneficios o ganancias patrimoniales, pero que desde el punto de vista jurídico, se les puede considerar como los verdaderos gestores de la entidad o sociedad. *Vid.* ROSEMBUJ, T.: *Principios Globales de…*, *cit.*, pág. 156.

ello, debemos analizar la actividad económica desarrollada por aquella organización y ver, si está, tiene una actividad sustancial, es decir, que no es un simple elemento clave que presta ayuda para facilitar el trasvase de rentas desde la jurisdicción que se han generado, de forma artificial, hacía lugares donde apneas serán gravadas o con una nula tributación. Esta pretensión, además esta respaldad institucionalmente y, por ello, son ilustrativas las palabras de la *OCDE*, en su informe del 2014, donde el objetivo de esta organización internacional es conseguir garantizar una integridad de los ordenamientos tributarios mediante la lucha contra la erosión de las bases imponibles y la deslocalización de capitales, para conseguir que lo Estados realicen una competencia fiscal libre y justa [(282)].

Antes de entrar en detalle, debemos remarcar que la principal diferencia entre la competencia fiscal y la armonización fiscal radica en la naturaleza de los procesos que las generan. La competencia es el estado natural de las cosas, es decir, es la actividad natural de los Estados en el ejercicio de su potestad tributaria y no requiere ninguna medida, mientras que la armonización requiere esfuerzos importantes de cooperación y coordinación, es decir, el esfuerzo que hacen los Estados en ceder parte de su potestad tributaria. Y como hemos venido anunciando en nuestro trabajo, esta última es mucho más difícil de conseguir.

Al igual que admitimos que la armonización fiscal es difícil de conseguir, analizamos el futuro de la competencia fiscal como una carrera hacia el abismo [(283)], es decir, lo que provoca esta competencia es unos tipos impositivos poco efectivos por ser bajos y, por ende, una menor eficiencia en el reparto justo de la riqueza. Este efecto tiene su origen en los comportamientos de los legisladores nacionales, que se pueden definir como poco cooperativos y con una política fiscal con una sola variable, la del tipo impositivo.

Esta carrera al abismo, desde nuestro punto de vista la explicamos como una opción que tiene las pequeñas economías –en su mayoría, aunque últimamente observamos que cada vez más Estados con mayor economía deciden llevar a cabo dichas acciones–, en su intento de atraer el capital a su jurisdicción mediante una normativa fiscal atractiva, ya que, supone un escenario de carga fiscal casi nula o nula, en lo referente a la fiscalidad directa. Esto sucede, puesto que los contribuyentes buscan la mayor rentabilidad después de impuestos, y para ello buscaran aquellas jurisdicciones que sean atractivas, reduciendo drásticamente los tipos impositivos del

[282] Véase el documento de la OCDE y G20, informe de 2014, sobre el desarrollo de la Acción 5 –en el intento de combatir la competencia fiscal perniciosa, mediante el análisis de la transparencia y la sustancia económica de las operaciones–, titulado "*Countering Harmful Tax Practices More Effectively, taking inot account transparency and substance"*.

[283] ZODROW, G.R. y MIESZKOWSKI, P.: "Pigou, Tiebout, property taxation, and the Underprovision of Local Public Goods", *Journal of Urban Economics*, Vol. 19, 1986, págs. 356-370.

impuesto sobre sociedades. Estos cambios, como venimos anunciando, en las políticas públicas intenta incrementar el bienestar en estos países que lo llevan a cabo, pero el problema es que originan externalidades fiscales negativas que perjudican a otros Estados. La teoría que planteamos es, en el supuesto caso de que todos los Estados aplicaran estas políticas, al final terminarían con unos tipos impositivos bajos, lo que traerá consigo una merma de sus ingresos públicos y, por tanto, una limitación a los servicios y bienes públicos ofertados por el Estado. De nuevo, este es un argumento convincente a favor de las ventajas que ofrece el avance hacia una armonización fiscal.

11. TAX RULINGS. CONCEPTO.

La legislación sobre *tax rulings* difiere enormemente de un país a otro, aunque es una práctica presente en casi la totalidad las jurisdicciones de la Unión Europea. La Comisión hace referencia a ellos como un instrumento que facilita la interpretación, y en definitiva, la aplicación de la legislación fiscal por parte de los contribuyentes, aceptando efectos tributarios el Estado que lo emplea [(284)]. Mientras la OCDE los define como un asesoramiento acerca de la información fiscal, generando un compromiso entre la Administración tributaria y un contribuyente o conjunto de contribuyentes vinculados entre sí, garantizando la interpretación de la normativa fiscal, y donde ambos confían en el otro. [(285)]. A menudo los *rulings* son públicos y cualquier contribuyente puede aplicar los criterios establecidos en ellos, sin que exista un acuerdo específico y previo firmado por el contribuyente y la Administración, son conocidos como *rulings generales* o *general rulings*. Sin embargo, hay otro tipo de resoluciones, que se aplican exclusivamente a un contribuyente en particular, en las que las autoridades fiscales ofrecen garantías o confirmaciones que determinan las consecuencias fiscales de una determinada operación. Según sus características, se clasifican en dos tipos diferentes:

Advance tax rulings (ATRs). Supone la determinación de las consecuencias fiscales de una transacción determinada, propuesta por el particular. Habitualmente contiene la concreción sobre cómo o si, una determinada ley o práctica administrativa, afecta a la transacción

[284] Véase, COMISIÓN EUROPEA, comunicación de 18 de marzo del 2015, COM (2015) 135 final.
[285] Véase OCDE, *Informes Finales*, Acción 5, 2015. Esta definición ha sido incluida en varios informes de la OCDE, como por ejemplo: *Consolidated Application Note: Guidance in Applying the 1998 Report to Preferential Tax Regimes*, 2004, párrafo 161.

consultada por el contribuyente, teniendo en cuenta su situación de hecho y de derecho, por lo que no es aplicable a otros contribuyentes aunque existan circunstancias o hechos similares.

Advance pricing arrangements (*APAs*). Se puede traducir como aquel acuerdo previo con la Administración sobre precios de transferencia. Se trata de un acuerdo que se dicta *ex ante*, es decir, antes de que se realicen las operaciones o las actividades transfronterizas de que se trate o con anterioridad a la liquidación de la obligación tributaria que cubra el periodo en el que la transacción, serie de transacciones o actividades tuvieron lugar. En ellos se determina los razonamientos acordados entre el contribuyente y la Administración –como ejemplos podemos señalar, los métodos a utilizar, que ajustes se deben llevar a cabo o establecer presunciones futuras para garantizar una estabilidad en el acuerdo–, de manera que se pueda garantizar una determinación correcta de precios de transferencia aplicables a esas operaciones durante un período dado. Este acuerdo, permite al contribuyente, influir de manera muy significativa en la asignación de beneficios entre las filiales de un grupo con sede en diferentes países.

Según *GRAS BALAGUER* y *DE NAVASQÜES PÉREZ*, a en modo de avance, y como ya hemos sugerido anteriormente, va originar unas consecuencias al establecer unos criterios generales para aplicar los precios de transferencia, ya que motivaran una localización, tanto de la actividad o de las empresas de un grupo, que garantice legalmente un correcto trasvase de las bases imponibles desde un Estado a otro, buscando una disminución de la carga tributaria; en consecuencia, el contribuyente quiere obtener un diferimiento, reducción o una no imposición sobre los beneficios obtenidos aprovechándose de la utilidad que genera el poder localizar la base imponible donde el sistema tributario afecte impositivamente menos [(286)]. Cabe destacar que el estándar internacionalmente aceptado para fijar los acuerdos comerciales entre empresas del mismo grupo, o entre sucursales y filiales, y por tanto para la distribución del beneficio, es el principio de plena competencia o *arm's length principle* [(287)].

Desde el seno de la UE como desde los trabajos de la OCDE se ha reiterado que los *tax rulings* no son ilegales ni suponen un problema *per se*. No obstante, entrañan el riesgo de que determinadas administraciones tributarias intente favorecer, discrecionalmente, a un pequeño grupo de contribuyentes, o que sean utilizados por estos como instrumentos de planificación

[286] GRAS BALAGUER, C. y DE NAVASQÜES PÉREZ, B.: "Las operaciones vinculadas y los precios de transferencia", *Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales*, Colaboración 34/10. Vol. 11, 2010, pág. 173.
[287] El *arm's length principle*, está recogido en el art. 9 del CMOCDE, artículo 9, para evitar la Doble Imposición.

fiscal agresiva, logrando en muchos casos la, ya comentada, erosión de la base imponible del impuesto sobre sociedades.

Podemos aventurarnos a decir que los *tax rulings* pueden ser considerados como ayudas de Estado, si conducen a un tratamiento fiscal beneficioso de un contribuyente o grupo de estos, que no está en consonancia con la aplicación normal de la legislación fiscal nacional. En este sentido, dentro del contexto de competencia fiscal entre países, señalado anteriormente, donde se busca la atracción a sus jurisdicciones de la mayor cantidad posible de inversiones, estas clases de acuerdos da lugar, con gran facilidad, a una ayuda estatal encubierta, en la que las decisiones fiscales son discrecionales. De este modo, las malas prácticas en relación a los *rulings* pueden producir, como así ha sido en numerosas ocasiones durante la última década, una grave distorsión de la competencia.

Resumiendo, en el caso de que las autoridades fiscales, al aceptar el cálculo de la base imponible propuesto por un contribuyente concreto, llegan a un acuerdo que refleja unas condiciones normales de competencia, se descarta la presencia de la ayuda de Estado y el *ruling* sería totalmente legítimo. No obstante, si este acuerdo supone un tratamiento favorable para el determinado contribuyente, proporcionando una ventaja selectiva en comparación con el tratamiento de otros contribuyentes –que normalmente tributarán con otro tipo efectivo–, el acuerdo se considerará incompatible con el mercado interior de la UE, ya que distorsiona la competencia.

12. CONCEPTO DE AYUDAS DE ESTADO.

12.1. CONCEPTO LEGAL.

Aunque el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no define lo se debe entender como ayudas, en este sentido lo único que ofrece una interpretación restrictiva en el artículo 107.1, señalando que están prohibidas cualquier ayuda por parte de los Estados miembros que afecte al mercado común, o de forma indirecta se utilicen fondos estatales para falsear y amenazar la competencia, al favorecer determinadas operadores económicos o actividades [(288)]. Como hemos señalado, en este artículo no se establece un concepto básico de lo que es ayuda de estado, al tratarse de un principio prohibitivo. En consecuencia, desde el Derecho de la UE se tendrá que configurar un concepto, de forma expansiva o abierta, mediante el desarrollo del concepto de subvención, ya que se trata de conceptualizar aquella ventaja

[288] Artículo. 107. 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

competitiva o intervención estatal en favorecer una entidad o una actividad, generando un beneficio económico-financiero para esa entidad o actividad, mediante un sacrificio de los fondos estatales por parte del Estado [(289)].

Por lo que, para obtener un concepto de ayuda de estado, no podemos basarnos en el TFUE, ya que engloba una amplia pluralidad de casos que imposibilita conceptualizar, a priori, el significado de una manera cerrada y taxativa. Esto es, que estamos ante un término genérico y abierto que se configurará mediante elementos caracterizados por reducir las incidencias que afecten a la competitividad del mercado interior, es decir, se establecerá como un precepto básico del objetivo del Tratado, reduciendo las intervenciones estatales incompatibles con el desarrollo de los fines de la Unión. Siendo estos elementos los que determinarán la existencia de una ayuda de estado, es decir, con la acumulación de ellos se entenderá la existencia de la misma, derivados de la interpretación del apartado primero del art. 107, y son, en primer lugar que exista un beneficio económico; posteriormente como segundo requisito, la existencia de una concesión por parte de un Estado, de forma selectiva, sobre determinados operadores económicos o actividades; en tercer lugar, que se genere un riesgo de distorsionar la competencia; y por último, que la intervención estatal genere efectos nocivos en las operaciones comerciales entre los distintos Estados miembros.

En cambio, en los apartados 2 y 3 del propio artículo 107 del TFUE, se configurará los requisitos para las excepciones a las ayudas, o dicho de otro modo, la posibilidad de conceder ayudas de estado compatibles con el mercado interior. Cabe mencionar también que en los párrafos tercero y cuarto del apartado 2 del artículo 108 TFUE también se contemplarán circunstancias para la autorización de ayudas de Estado, como los elementos necesarios que excluya la incompatibilidad, o dicho de otro modo, que no exista un precepto del Tratado que imposibilite la intervención del Estado en el mercado.

Es con el Reglamento del Consejo núm. 2015/1589, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen las normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del TFUE, cuando podemos hablar de una definición, desde el Derecho de la UE, del concepto de ayuda de estado, como aquella intervención estatal que reúna todos los elementos recogidos en el apartado primero del artículo 107 del TFUE. Aunque como vemos, no deja muy claro el concepto de ayuda, aunque el Reglamento va a conceptualizar otros términos importantes en aquellas decisiones de intervenir en el mercado por parte de un Estado – como la ayuda existente, la

[289] LINARES GIL, M. I.: "La devolución de las ayudas de estado en el marco del derecho comunitario europeo", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 196, 2001, pág. 45.

nueva ayuda, el régimen de ayudas o las ayudas ilegales [(290)]–, siendo términos que generarán consecuencias jurídicas, en determinados casos o etapas de la intervención estatal. Del mismo modo, el Reglamento también hace una diferenciación de aquella ayuda aplicada de manera abusiva [(291)], aquel caso donde el beneficiario de la ayuda que utilice la concesión sin respetar el contenido de la otra parte interesada [(292)], en este caso el Estado.

12.2. CONCEPTO JURISPRUDENCIAL.

Como hemos visto, no existe un concepto de ayuda de Estado por parte del Tratado, lo que nos hace analizar la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo para establecer una correcta conceptualización de ayuda. En este sentido son clarificantes las

[290] El reglamento establece como *ayuda existente*, en primer lugar, aquella intervención estatal vigente antes de la entrada en vigor del TFUE en la jurisdicción nacional donde se aplique la ayuda, es decir, las concesiones que se hayan establecido a determinados agentes o actividades empresariales, antes de la vigencia del TFUE y sigan teniendo efecto con posterioridad; en segundo lugar, aquellas ayudas autorizadas, concesiones aprobadas por la Comisión o por el Consejo, con anterioridad a la entrada en vigor del TFUE; como tercera vía, aquella intervención estatal considerada autorizada en el seno de la UE en base al artículo 4, apartado sexto, del Reglamento del Consejo nº 659/1999 o con anterioridad a este Reglamento, pero de conformidad con este este precepto; en cuarto lugar, la ayuda considerada como ayuda existente con arreglo al artículo 17 del presente Reglamento; y por último, la concesión estatal que en el momento de establecerse no constituía una ayuda, ya que ha sido con el paso del tiempo, la evolución del mercado y sin ser modificada por el Estado, ha pasado a considerarse como una ayuda de Estado, posibilitando el poder acreditarse como ayuda existente. En los casos contrarios, aquellas concesiones que limiten una actividad empresarial, serán consideradas como ayudas una vez se alcance la liberación de la actividad por el desarrollo normativo europeo, mientras serán consideradas ayudas existentes.
Se entiende como *nueva ayuda* en el Reglamento, como aquella intervención estatal mediante una concesión o medida que no existía en el momento de la entrada en vigor del TFUE, estableciéndose obligaciones de comunicar a los órganos europeos los nuevos proyectos que alteren la competencia del mercado interior, para valorarlas y, en su caso, aprobarlas.
Para determinar la definición del *régimen de ayudas*, el Reglamento los diferencia desde una doble perspectiva. Por un lado, serán aquellas concesiones o medidas con carácter general hacía determinados operadores económicos o actividades empresariales, donde se establece concretamente el tipo de concesión, el tiempo de vigencia y el importe de la misma; y por otro, aquellas intervenciones estatales abstractas que no especifican que entidades o actividades se verán beneficiadas y establecen un tiempo e importe indefinidos.
La definición de *ayudas ilegales* parte de no cumplir con los preceptos establecidos en el artículo 108.3 TFUE, es decir, el concepto de ayuda ilegal será aquella intervención estatal en forma de concesión o medida que haya sido dispensada a un agente económico o a una actividad, sin haber obtenido previamente la autorización, expresa o tácita, por parte de los órganos europeos. También podrá ser considerada como ilegal en los casos donde se hayan comprometido los fondos o los cambios legislativos, se haya notificado a la Comisión o cuando el Estado no interprete que existen elementos que distorsionen la competencia, situación está ultima que debe ser valorada por la Comisión. En definitiva, una ayuda ilegal será aquella intervención estatal que no cumpla con los requisitos formales para valorarse la posibilidad de concederse la ayuda.

[291] Para clarificar el concepto de la *ayuda aplicada de manera abusiva*, primero se tendrá que saber que es cuando la ayuda es empleada por el agente económico beneficiario, en contra de lo dispuesto en el artículo 4, apartado tercero, o en contra del artículo 7, apartados tercero o cuarto, del Reglamento nº 659/1999. Por otra parte, se tendrá que valorar que no contravenga a lo establecido en los artículos 4 y 9, apartado tercero y apartados tercero y cuarto, respectivamente, del Reglamento nº 2015/1589.

[292] Desde nuestro punto de vista, entendemos que las *partes interesadas* serán aquellos ordenamientos nacionales y cualquier agente económico –incluidos agentes sociales– que obtenga un beneficio al dispensarse una medida en su favor, que genere distorsiones en el mercado interno.

palabras de *SOLER ROCH*, al determinar que la jurisprudencia del TJUE, como ha hecho en otros casos, ha clarificado dicho concepto en forma de diferenciar entre ayuda y subvención [(293)]. Lo que ha pretendido el Tribunal de Luxemburgo es hacer una distinción técnica a lo largo de su abundante jurisprudencia en la materia, de forma que ha señalado que ambos términos tienen la misma naturaleza jurídica y generan efectos similares, aunque el término ayuda tendrá un alcance mayor que el de subvención. En definitiva, la subvención se configura como elemento que presta la Administración de forma positiva –mediante una transferencia de fondos–, mientras que la ayuda, será aquella acción de un Estado concreto, incluso en forma de subvención, cuyo objetivo será poner a disposición fondos públicos a operadores económicos o facilitarles ventajas económicas, financieras o competitivas para el desarrollo de su actividad.

12.3. CONCEPTO PARA LA COMISIÓN EUROPEA.

Del mismo modo, que desde los preceptos del Tratado, desde los trabajos de la Comisión no podemos extraer un concepto claro de ayuda de estado, aunque con el paso del tiempo ha ido estableciendo unos principios y criterios como marco legal para su actuación, y el procedimiento a seguir por parte de los Estados, para la autorización de una ayuda. Remarcando las palabras de *SANZ*, la Comisión entenderá que una determinada ayuda podrá considerarse compatible con el Derecho de la UE, siempre y cuando no se atente contra las Libertades de la Unión Europea, en otras palabras, desde la Comisión establecerán principios generales basados en una serie de fundamentos, que posibilitarán la autorización o no de la ayuda [(294)]. En primer lugar, la intervención estatal deberá ser beneficiaria para el conjunto de la Unión Europea, primando los intereses europeos frente a los nacionales; como segundo requisito, dicha intervención es motivada por el interés común, necesaria para alcanzar el objetivo de fomentar del mercado interior, de tal forma que ante su ausencia, no se conseguirá el fin de la misma, traduciéndose en efectos negativos para el *interés general*; en tercer lugar, deberá ser una intervención estatal con objetivos previstos y proporcionales; como cuarto requisito, se establece que las medidas o concesiones estatales a determinados agentes o actividades económicas serán transparentes y lo suficientemente clara para la evaluación de la Comisión; y

[293] SOLER ROCH, M.T.: "Las medidas fiscales selectivas en la jurisprudencia del TJCE sobre ayudas de Estado", Quincena Fiscal, núm. 14, 2006, págs. 13 a 23.
[294] SANZ, M.C.: "El control de las ayudas de estado en la CCEE", *Revista Economía Industrial*, núm. 259, Madrid, 1988, págs. 115 y 116. En el mismo sentido, se manifiesta autor MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: "El concepto de ayuda de Estado y las normas tributarias: problemas de delimitación del ámbito de aplicación del art. 87.1 TCE", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 196, 2001, pág. 97.

por último, que esta intervenciones promuevan el desarrollo económico de zonas en situaciones de desigualdad económica con el nivel europeo, orientando dichas ayudas a eliminar las desigualdades entre territorios europeos.

12.4. CONCEPTO DOCTRINAL.

Recogemos aquí la conceptualización que realiza *SANZ* sobre el noción de la Doctrina, que determina que la incompatibilidad de las ayudas de Estado se basan en el principio de igualdad y de no discriminación, siendo una intervención estatal que genera desigualdades en las condiciones de los ciudadanos de la UE, siendo el principal objetivo de la Unión generar condiciones iguales dentro de las fronteras de la Unión, respetando los principios de libre competencia, igualdad, no discriminación y las Libertades de la UE, de forma que, en términos absolutos se genere un mercado interior que favorezca un desarrollo económico y social, con una eliminación de la competencia entre Estados –tanto desde punto de vista económico como fiscal–, que desde la perspectiva fiscal se traducirá en una prohibición de un Estado de generar una desimposición a un determinado o determinados agentes económicos o a actividades empresariales [(295)]. De tal modo, que aquella intervención estatal en el mercado deba de ir de la mano con el fin del artículo 1 del TFUE, la construcción de un mercado interior común, sin generar limitaciones tanto a las Libertades de la Unión como al principio de libre competencia. Lo que vemos, es que el concepto de ayuda de Estado pasa por ser un concepto en negativo, es decir, se conceptualiza de forma de que queda limitada aquella acción de un determinado Estado que no beneficie al conjunto de la UE, dicho de otro modo, quedará prohibida toda actuación de un Estado que altere la competencia empresarial mediante fondos públicos dentro de la UE [(296)].

[295] SANZ, M. C.: *op. cit.*, pág. 114. Para ampliar en este sentido, *vid.* PÉREZ BERNABEU, B.*: La recuperación de las ayudas de Estado. Principios y procedimiento*, IEF, Madrid, 2013, pág. 52 y ss.
[296] SANZ, M. C.: *op. cit.*, págs. 115 y 116. En este sentido, también véase, MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: "La prohibición de ayudas de estado…, *cit.*, pág. 12.

12.5. LA RECUPERACIÓN DE LAS AYUDAS DE ESTADO.

12.5.1. DESDE LA NORMATIVA EUROPEA.

Desde el ámbito del Derecho tributario, se considerarán ayudas aquellas acciones realizadas por un Estado que, principalmente, concedan situaciones de desimposición o de ventajas de aplicación de un régimen fiscal concreto, mediante la firma de un *tax ruling*. Ante esta situación, y toda vez que la Comisión Europea califique un *tax ruling* o cualquier acto de una administración como ayuda de Estado ilegal, deberá proceder en ordenar su recuperación. *CASADEDALL* destaca que «el restablecimiento de la legalidad europea vulnerada genera, para los beneficiarios, la obligación de restitución de la ventaja fiscal indebidamente disfrutada más los correspondientes intereses. El art 14.1 del Reglamento 659/1999 traslada al Estado, como consecuencia de los principios de cooperación legal y subsidiariedad, la obligación de recuperar del beneficiario la ayuda ilegal» [(297)].

Toda recuperación de cualquier ayuda de Estado se basará en el empleo del principio de recuperabilidad, principio no recogido como tal en el TFUE, siendo una configuración como norma, a nivel europeo, mediante la creación jurisprudencial [(298)]. Con la sentencia *Tubemeuse* [(299)], el Tribunal de Luxemburgo declaró que eliminar la ayuda de Estado y su posterior recuperación por parte de la jurisdicción que la ha posibilitado es la consecuencia lógica de la comprobación de que es ilegal [(300)].

La Comisión Europea, que su principal función pasa por velar por el correcto funcionamiento del mercado interior, pretende, con la recuperación de las ayudas, restablecer las condiciones de mercado anteriores a la atribución de la ayuda ilegal, eliminando los efectos económicos perjudiciales tanto para la competencia como para el tráfico intracomunitario. Con la devolución de la ayuda se busca que el agente económico pierda aquel disfrute obtenido por la ventaja competitiva en el mercado respecto a sus competidores y reestablecer la situación anterior a la concesión de la ayuda [(301)]. Es decir, a la situación existente con anterioridad a la

---

[297] CASADEDALL, J. J.: "El procedimiento interno de recuperación de ayudas de estado en materia tributaria", *Revista Quincenal Fiscal*, núm. 12, 2015, pág. 83.

[298] En su sentencia *Kohlegesetz* de 12 de julio de 1973, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas confirmó por primera vez que la Comisión tenía la facultad de ordenar la recuperación de las Ayudas de Estado ilegales e incompatibles. En el mismo sentido, podemos ver el caso *Comisión/Alemania*, Asunto C-70/72, apartado 13.

[299] Sentencia del TJCE de 21 de marzo de 1990, Asunto C-142/87, *Bélgica/Comisión*.

[300] Recogido posteriormente en el Reglamento (CE) 659/1999.

[301] Entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de abril de 2004, Asunto C-372/97, *Italia/Comisión*.

aplicación de la reducción impositiva, o al disfrute del trato fiscal más favorable que el régimen ordinario [302].

12.5.2. DESDE LA NORMATIVA ESPAÑOLA.

Haciendo el análisis del procedimiento de devolución de las ayudas de Estado, desde la perspectiva española, en el ámbito del Derecho tributario, debemos hacer referencia a la Ley General Tributaria [303] –LGT–, que establece un procedimiento *ad hoc* para la correcta devolución de aquella concesión estatal que afecte en materia tributaria. Para ello, se incorporó en dicha norma un nuevo título, concretamente el título VII, que va a regular el procedimiento para la recuperación de ayudas de Estado en materia fiscal, concretando los pasos a seguir para ejecutar la devolución de la ayuda por parte del contribuyente. En su artículo 260.1 de la LGT atribuye a la Administración tributaria la recuperación de las ayudas de estado del ámbito tributario. De la interpretación de la legislación europea y nacional, se puede inferir que los órganos encargados de las funciones del Título VII pueden ser los diversos órganos de las Administraciones tributarias estatal, autonómica y local, e incluso los órganos de las Administraciones institucionales que de ellas dependan. Desde la normativa española, adicionalmente se establecen distintos procedimientos, destacando el procedimiento en los casos de regularización tributaria en los supuestos donde la obligación tributaria ha sido afectada por la ayuda de Estado.

12.5.3. EXCEPCIONES PARA LA RECUPERACIÓN.

Del mismo modo, se establecen supuestos para la no recuperación de la ayuda de Estado, es decir, existen supuestos de exención para la no restitución de la ayuda ilegal, debe entenderse que una no restitución de la ayuda supone la no recuperación de la ventaja fiscal indebidamente disfrutada contribuyente o conjunto de contribuyentes; siendo tres casos concretos y tasados:

[302] *Vid*. MORENO GONZÁLEZ, S.: "La recuperación de las ayudas de Estado de carácter tributario. Panorama actual y propuestas de futuro", *Quincena Fiscal*, núm. 6, 2015, págs. 45 a 48. En el mismo sentido, PÉREZ BERNABEU, B.: *La recuperación de las ayudas de Estado…*, *cit.* pág. 125 y 126.; o en la obra del mismo autor, "Los procedimientos de ejecución de decisiones de recuperación de ayudas de Estado que afecten al ámbito tributario", *Nueva fiscalidad*, núm. 1, 2018, pág. 132.

[303] Haciendo referencia a la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; siendo el Título VII introducido por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 25/2003, que entró en vigor el día 12 de octubre del 2015.

1) que desde el Estado se pida la invocación de un principio de Derecho de la UE en favor del interés común. 2) que se manifieste una imposibilidad absoluta de ejecución de la recuperación de la ayuda por parte del Estado que la concedió. Y 3) que se esté ante una ayuda en situación de prescripción. Dichos casos han sido interpretados de forma restrictiva por parte del Tribunal de Luxemburgo, y son los únicos que han sido aceptados como excepciones para la no recuperación de ayudas, aunque desde los Estados se ha aducido a los principios de buena fe, respeto de los derechos de defensa, proporcionalidad y el de seguridad jurídica [(304)].

13. PERSPECTIVA INTERNACIONAL DEL IMPUESTO DE SOCIEDADES ACTUAL.

En el actual marco tributario definido por la falta de constitución eficaz de un mercado interior, hace que coexistan sistemas tributarios diferentes, como manifiesta *PISTONE*, existen enormes divergencias entre sí [(305)]. La falta de unión y coherencia, unido a una elevada complejidad, debe servirnos para inspirar una nueva visión europea que considere la competencia fiscal perniciosa entre las distintas jurisdicciones tributarias será una mala expresión de las Libertades de la UE. Por lo que, esta diversidad de sistemas ha de exigir una coherencia entre alcanzar un mercado único eficiente y sin limitaciones con una voluntad de alcanzar acuerdos por parte de los Estados miembros, con el objetivo de realizar una plena integración europea, donde exista una igualdad tributaria entre todos los contribuyentes europeos y alcanzando los objetivos europeos en otras materias.

Es decir, la existencia de una competencia fiscal perniciosa entre los distintos ordenamientos tributarios, fomentada por un mercado interno con deficiencias, por una multitud de sistemas de tributación societaria, provocará no solo un efecto sobre los factores productivos

[304] Para ampliar acerca de este tema, véase los trabajos de GARCÍA GUIJO, L.: "El análisis de la selectividad en las ayudas de Estado de naturaleza fiscal tras la sentencia Gibraltar y sus implicaciones en la lucha contra la competencia fiscal perjudicial" *Crónica Tributaria*, núm. 151, 2014, págs. 193 a 211; en la obra del mismo autor "Las ayudas de Estado en la Unión: concepto, requisitos e implicaciones", *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 21, núm. 2, 2012, págs. 97 a 127. MORENO GONZÁLEZ, S.: "La recuperación de las ayudas de Estado…", *cit.*, págs. 45 a 48; PÉREZ BERNABEU, B.: *La recuperación de las ayudas de Estado…*, *cit.*, pág. 100; ídem, del mismo autor, "Los procedimientos de ejecución…", *cit.*, pág. 134. *Vid.* MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: "La prohibición de ayudas de estado y los impuestos directos: ¿evolución, revolución,… o, simplemente, intervención?", *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 155, Madrid, 2012, pág. 12.

[305] En consecuencia, *PISTONE* señala que la existencia de diferentes métodos exención o imputación que ayude a la eliminación de la doble imposición, tanto si la renta es nacional o foránea, las exenciones para los no residentes que no son aplicables a los residentes y viceversa, los incentivos para la localización de actividades o inversiones transnacionales, e incluso los convenios para evitar la doble imposición vigentes, hacen la creación de grandes disparidades para los contribuyentes. ("Smart Tax Competition and Geographical Boundaries of Taxing Jurisdictions", *Intertax*, Vol. 40, núm. 2, 2012, págs. 85 y ss).

o, incluso, en la instalación de las empresas sino que también incidirá en la toma de decisiones que realicen los contribuyentes –véase en general los grupos multinacionales–que desarrollen su actividad en distintos mercados. Debemos tener en cuenta, que las sociedades presentes en diferentes jurisdicciones se enfrentan a una dura competencia internacional en el sector donde desarrollan su actividad, esto nos hace pensar que estas entidades van a pretender utilizar las posibilidades, tanto financieras como fiscales, que ofrecen los ordenamientos de la manera más eficientemente posible, a lo que le sumaran un estructura societaria, desde un punto de vista fiscal la más adecuada posible, que ayude a aprovechar las situaciones fiscales beneficiosas que ofrezcan aquellos sistemas tributarios a través de la competencia fiscal, como medio para obtener ventajas competitivas en el mercado.

Esto nos plantea de lleno la cuestión que venimos avanzando, y es que la multitud de sistemas tributarios inciden en las tomas de decisiones de contribuyentes presentes en diferentes Estados, se verán sujetos a situaciones de doble imposición y a unos elevados costes administrativos derivados de la aplicación de una pluralidad de impuestos de sociedades. En consecuencia, la falta de armonización fiscal en materia de sociedades ha generado obstáculos fiscales a la libertad de empresa, que se manifiesta por un falta de una política común en el seno de la UE, que garantice unas estructuras impositivas comunes, que limite, o incluso llegue a eliminar, dichos obstáculos fiscales tanto al correcto perfeccionamiento del mercado interno como a los contribuyentes que desarrollan su actividad económica en él. (306).

Lo que queremos decir, es que no ha existido un planteamiento de un modelo de imposición armonizado en sede europea sobre los regímenes que afectan a las sociedades, aunque reconocemos que cierta normativa ha sido adaptada por las limitaciones a la libertad de contribuyentes presentes en distintos Estados miembros. Puesto que, la competencia fiscal entre las distintas jurisdicciones tributarias, ha exigido y justificado intervenciones europeas que incidiesen no sobre los regímenes impositivos, sino sobre las derivaciones fiscales que provocan las normativas nacionales, dejando sin armonizar dichas normativas que conforman la Unión Europea, sin alcanzar la difícil, si no imposible, unanimidad de los Estados miembros para fomentar una legislación armonizada en materia de fiscalidad directa en sociedades. Debemos reconocer que el proyecto de armonización requiere de un objetivo fiscal específico.

Según nuestra opinión, desde los órganos europeos se ha realizado actuaciones, en

306 Es importante aclarar, que normalmente hablamos de grupos multinacionales como los más afectados por los obstáculos fiscales al mercado interno europeo, lo que hace pensar que para las pequeñas y medianas empresas no les puede llegar a afectar, siendo esto una falsedad, ya que estos obstáculos fiscales mencionados generan, además, limitaciones en el incremento del tamaño de estas sociedades o barreras de entrada al resto del mercado europeo y, por tanto, a nuestro juicio sufren de la falta de armonización fiscal.

materia tributaria, basándose en instrumentos normativos que permitan eliminar las incidencias fiscales provocadas por los sistemas tributarios nacionales sobre la competencia empresarial dentro del mercado interno –se ha defendido una competencia empresarial que ha sido afecta de una forma más directa, dejando sin corregir aquellos obstáculos de menor implicación o que necesitan de una mayor coordinación entre Estados–. Pero todo esto ha supuesto que los Estados no hayan modificado sus ordenamientos en busca de una armonización inducida, sino sólo aceptar, en nombre de no dar ventajas competitivas a los contribuyentes, algunas modificaciones en sus legislaciones para las rentas transnacionales. Pero las actuaciones europeas, han tendido un elemento común, en todas sus directivas, estableciendo como objetivo no tanto la eliminación de la doble imposición sobre aquella riqueza generada por sociedades de un grupo transnacional en un Estado –adicionalmente creemos que podría ser una limitación a la jurisdicción tributaria en cuestión–, sino establecerse como un elemento que elimine los obstáculos fiscales que limiten la plena integración europea y el correcto funcionamiento del mercado. Estos obstáculos se generan por la disparidad de regímenes existentes en la UE, ya que en el ejercicio de su potestad tributaria han creado situaciones de competencia fiscal aprovechadas por las empresas multinacionales con el fin de aliviar su carga fiscal efectiva. En definitiva, vemos que el objetivo de la Directiva europea es neutralizar estos obstáculos, limitando el poder tributario de los Estados, pero desde el punto de vista de las sociedades, se ha generado una mayor seguridad jurídica al facilitar una interpretación jurídica adecuada en determinadas operaciones, ayudando a poder operar sin injerencias en el mercado interno europeo.

Como principio básico de la UE está la no intervención en las decisiones estatales, siendo este principio la base de las actuaciones de la Comisión. En consecuencia, los objetivos de las Directivas deben respetar dicho objetivo mediante el principio de neutralidad, que genere una situación neutra a nivel fiscal. Siendo esta neutralidad un objetivo general no alcanzado por la Unión, tal y como sostiene *MAGRANER MORENO*, que identifica que las intenciones de la Unión Europea se han centrado en eliminar ciertas limitaciones al mercado interno, en temas específicos, de modo de que se alcance una integración fiscal para aquellos operadores transnacionales; en vez de fomentar un mercado común sin barreras de entrada para aquellas empresas de ámbito nacional [(307)]. Es decir, la Comisión ha intentado intervenir en aquellos efectos que puede generar los sistemas tributarios nacionales en el ejercicio de las Libertades de la UE de determinados agentes, provocando una situación de trabajo sin terminar, generando

[307] MAGRANER MORENO, F. J.: *La coordinación del impuesto sobre sociedades en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009, pág.41.

mayores desigualdades, mayores conflictos jurídicos entre Estados o entre Estados y contribuyentes, situaciones de ventajas competitivas o actitudes en los contribuyentes, mediante la planificación fiscal agresiva, que rozan la elusión fiscal. Por lo que, las incidencias generadas por esta política europea apenas han provocado cambios legislativos en los ordenamientos tributarios de los Estados, manteniendo, por un lado, una libertad en la imposición sobre operaciones financieras intragrupo, sobre el reparto de beneficios o el pago de los *management fees* al resto de sociedades, y por otro, obtener mayor autonomía sobre el grado de neutralidad fiscal aplicable en las operaciones societarias o reestructuraciones empresariales.

Y es que, en base al principio de neutralidad –desprendido del Derecho de la UE– la normativa europea no puede generar modificaciones en los ordenamientos nacionales sin que exista una voluntad expresa por parte de los Estados, o dicho de otro modo, ninguna medida desde la UE podrá incidir sobre los sistemas tributarios nacionales en materia de imposición societaria, con el pretexto de eliminar obstáculos fiscales a la construcción del mercado interno [(308)]. Lo cierto es que las Directivas no pueden afectar de forma directa en las normativas nacionales, pero desde el punto de vista de los efectos indirectos, las Directivas deben cumplir una función homogeneizadora respecto a la aplicación de los regímenes fiscales; no en una creación unificadora de estos regímenes a nivel europeo sino de eliminar las diferencias entre aquellos contribuyentes de ámbito nacional o de ámbito europeo, ni entre residentes y no residentes. En definitiva, podemos decir que el principio de neutralidad es un elemento básico de la estructuración de la Unión Europea pero basado en generar situaciones beneficiarias desde el punto de vista económico y no desde el jurídico. Para entender está homogenización de trato, se ha utilizado para ello, el principio de igualdad, visto desde nuestro ordenamiento nacional, pero desde el europeo se basa en el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, como elemento básico jurídico, para garantizar una equiparación en el trato fiscal de los grupos nacionales y los multinacionales.

La situación anterior ha generado que desde los ordenamientos tributarios nacionales, vean el principio de neutralidad como una consecuencia económica que va adquiriendo efectos jurídicos. Unos efectos inspirados en establecer un justo reparto del sacrificio tributario en base a la capacidad económica de sujeto; pero en el fondo se basarán en imposibilitar que los contribuyentes limiten sus operaciones o puedan estar condicionados a aplicar regímenes fiscales nacionales que, desde un punto de vista del mercado interior, puedan influir en la competencia entre operadores económicos o limitar el uso de las Libertades de la UE.

[308] Véase el art. 115 del TFUE, como precepto legal al que nos referimos, puesto que este artículo supone una disposición en el Tratado para llevar a cabo una armonización sobre la fiscalidad directa.

Haciendo un análisis previo del alcance de las distintas Directivas, observamos que su influencia se ha extendido más allá de las implicaciones fiscales de los grupos multinacionales hacía las relaciones de fuera del intragrupo, en base a las decisiones legislativas de los Estados. En este sentido, podemos hablar de una extensión de los efectos fiscales de las operaciones de fusiones europeas, que establecen una no imposición en las plusvalías generadas, o mejor dicho, el diferimiento en el pago del impuesto por esas plusvalías, sobre el resto de sociedades de ámbito nacional, independientemente de la existencia de vínculos de control. Es decir, los ordenamientos nacionales han establecido los mismos requisitos que, en origen, la Directiva fiscal de fusiones establece para operaciones societarias para grupos con presencia paneuropea, así como los efectos fiscales y contables. También, se puede observar cambios legislativos en los casos de reparto de dividendos, eliminándose ya en toda Europa la doble imposición económica, cuando en la operación participan socios que son sociedades. Es decir, en sus inicios la Directiva Matriz-Filial se planteó para eliminar dicha doble imposición en aquellos dividendos distribuidos a la matriz establecida en otra jurisdicción tributaria; pero los ordenamientos nacionales han extendido esta práctica al resto de contribuyentes nacionales.

Lo que queremos decir es que hay un cierto avance en la armonización fiscal en el ámbito de la fiscalidad en materia de sociedades, tanto en los sistemas tributarios nacionales como a nivel europeo, y es, en consecuencia, de la aplicación de la neutralidad fiscal, principio que no pertenece de por sí a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros. Es decir, desde el Derecho de la UE se ha derivado a las jurisdicciones tributarias una homogeneización de trato, es decir, se ha extendido, además de, una misma forma de aplicar determinados regímenes tanto a contribuyentes residentes como no residentes, sino que han reconocido, de forma racional, el establecimiento de un justo reparto del sacrificio tributario entre los contribuyentes europeos. Esta afirmación, no ha sido motivada por los intereses nacionales, sino que está condicionada por la actuación repetida del TJUE de establecer las mismas condiciones tanto a los no residentes como a los residentes, lo que ha provocado una armonización «en negativo» estableciendo estandarización, de forma inducida, de los ordenamientos tributarios.

Desde nuestra perspectiva, la ausencia de una armonización en materia tributaria sobre la imposición societaria a nivel europeo, está favoreciendo que se genere una competencia fiscal desleal y perniciosa entre las jurisdicciones tributarias que componen la UE, y que a su vez, como ya adelantamos, provoca distorsiones en el correcto funcionamiento del mercado interno europeo. En consecuencia, la inexistencia de una normativa tributaria común ha provocado que demasiados Estados, condicionados por una situación de debilidad en los ingresos públicos, haya aumentado la imposición sobre los factores inmóviles de rentas, como por ejemplo, las

rentas de trabajo dependiente [309].

Con la afirmación anterior queremos poner de manifiesto que la existencia de diferentes sistemas que determinen la Base Imponible generará, sobre todo a las entidades presentes en distintas jurisdicciones, la dificultad de realizar cálculos diversos y cada uno de cierta complejidad para obtener cada base imponible de cada Estado miembros, y con el peligro de que los controles nacionales a los que son sometidos, estos grupos multinacionales, generen resultados fiscalmente relevantes. En definitiva, una falta de un ordenamiento tributario común a nivel europeo interfiere, tanto directa como indirectamente, en el desarrollo correcto de las empresas internacionales sobre los aspectos cómo serán gestionadas, dónde invertirán y cómo se financiarán.

Aunque, lo cierto es que se han producido avances –también se podrían expresar como unas declaraciones de intenciones–, presentando las propuestas de Directiva sobre *Base Consolidada Común en el Impuesto sobre Sociedades (BCCIS)* o la Directiva sobre la *Base Común en el Impuesto sobre Sociedades (BCIS)* para aquellos contribuyentes con residencia fiscal en la UE o para los EP que desarrollan su actividad en el ámbito europeo, siendo pertenecientes a entidades de Estados terceros [310]. Haciendo un análisis preliminar de estas propuestas, ya que, serán motivo de análisis en capítulos siguientes, distinguimos que son coherentes con algunas de nuestras ideas, antes mencionadas, 1) se intenta evitar que existan distorsiones en la aplicación de la base imponible; 2) el poder aplicar la compensación de las pérdidas transfronterizas; 3) un intento de conseguir que los sujetos pasivos puedan acogerse a exenciones fiscales o de un diferimiento en la tributación ante casos de operaciones intragrupo, es decir, ante una posible transferencia de activos entre empresas del grupo o replantear una asignación de bases entre las entidades del mismo; y 4) eliminar por completo los casos de doble imposición o de no imposición [311].

Aunque pensamos que estas propuestas de Directiva sólo se plantean intenciones y,

[309] LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: "Acción 5. La competencia fiscal perjudicial en el proyecto BEPS", recogida en la obra de RAMOS PRIETO, J. (Coord.) *Erosión de la Base Imponible y Traslado de beneficios: Estudios sobre el Plan BEPS de la OCDE*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Madrid, 2016, págs. 237 y 238.

[310] La primera anunciada el 16 de marzo de 2011 y la segunda puesta a disposición, con una revisión de la primera, para su análisis en el Parlamento Europeo el 26 de octubre de 2016.

[311] Ampliando las ideas señaladas, vemos que ambas propuestas de Directiva tienen ciertos puntos en común, como el ámbito de aplicación de la Directiva sobre aquellas sociedades constituidas en base a un ordenamiento nacional de cualquier Estado miembro, y adicionalmente, dichas entidades deben ser sujetos pasivos de cualquier impuesto contemplado en el Anexo a la Directiva. Otro de los aspectos a señalar es en lo referente a al devengo del hecho imponible, estableciéndose el criterio de cuando se realicen los ingresos o las pérdidas. Se establecer un ejercicio fiscal de 12 meses y una base imponible uniforme, admitiéndose excepciones a ambos preceptos. Aparecen nuevas reglas para las bases imponibles negativas y las amortizaciones. Desde el punto de vista del ingreso tributario, se crea una fórmula de reparto de la carga tributaria, en base a unos factores, para asignárselo a cada Estado.

quizás, se deberían plantear unas alternativas a la base consolida común o a la base común más fáciles de alcanzar, ya que, aún plantean obstáculos no fácilmente superables –la necesidad de unanimidad de los Estados para que se aprueben–. Desde nuestro punto de vista, quizás esas alternativas de la que hablamos sean mediante una armonización en el cálculo, es decir, plantear una homogenización relativa a las bases imponibles, o dicho de otro modo, establecer unos requisitos mínimos de lo que se puede considerar como ingresos gravables o gastos deducibles en todos los Estados miembros. Aunque debemos ser francos y admitir que los objetivos de estas propuestas de Directiva generarían ventajas para la competitividad, traduciéndose en un aumento del desarrollo económico y una menos tasa de desocupación. Lo que es lo mismo, el mercado de la Unión Europea sería más atractivo para empresas externas a la Unión, ya que se beneficiarían también de las nuevas normas.

Las alternativas que planteamos pueden ser una circunstancia que corrija las actitudes de los contribuyentes en obtener una carga fiscal baja o nula. En consecuencia, se plantearían las mismas las limitaciones que existen para aprobar una Directiva en el seno de la UE, es decir, se deberá conseguir convencer a los Estados de no plantear resistencias a la pérdida de potestad tributaria, para aceptar una limitación a su sistema tributario de poder gravar rentas de empresas internacionales; pero desde el punto de vista del ámbito europeo, se tendría que aceptar que los Estados miembros sigan manteniendo unos tipos impositivos propios, reglas propias para el cálculo de la base imponible y criterios para elaborar, en su caso, las cuentas anuales consolidadas. En definitiva, podría ser una solución a corto plazo, o dicho de otro modo, un paso más hacia la armonización fiscal, aunque al renunciar en parte a un ordenamiento tributario europeo, se generaría un nuevo escenario donde estas alternativas establecerían un procedimiento notablemente complejo al actual, ya que sería complicado configurar una distribución correcta de los resultados entre las distintas empresas vinculadas, por ejemplo.

La base común consolidada plantea un error de base que limitará la eficacia futura de la misma, ya que, aunque contará con el apoyo unánime de los Estados, al tratarse de un régimen de aplicación opcional, y con la cierta previsión que suele caracterizar a los contribuyentes internacionales, estos calcularían el gravamen soportado en base a los diferentes sistemas tributarios nacionales o en base a este sistema común, generando la misma circunstancia que quiere evitar, las distorsiones en la tributación de estos contribuyentes. Por lo que, de este modo, esta propuesta facilita el que los grupos puedan beneficiarse de una menor imposición, dado que la solución encontrada, que intenta eliminar las situaciones de desventaja competitiva por las incidencias fiscales y conseguir una simplificación de los costes de aplicación tributarios, es opcional para el conjunto de las actividades en la Unión de los grupos multinacionales.

Tampoco creemos que se llegue a generar una base imponible común, aunque si entendemos que se necesita de una normativa que facilite la integración y el buen funcionamiento del mercado interior. Lo que queremos es evitar las malas interpretaciones en forma de abuso de la norma, y por tanto, que las distorsiones fiscales que se puedan generar sobre el mercado sean las mínimas. Ya que, para nuestro entender, lo único que debe fomentar la competitividad en el mercado, sólo tendrá que ser los factores humanos y/o estructurales en cada Estado miembro, y no, la creación o la facilidad de poder aplicarse un determinado régimen fiscal beneficioso sobre un contribuyente o conjuntos de contribuyentes. Es decir, lo que defendemos e intentamos argumentar es que es mejor que todos los contribuyentes participen del mercado con las mismas reglas y armas de juego, y sin que por ser un determinado contribuyente puedas obtener ventajas competitivas mediante beneficios fiscales obtenidos al aplicarse un determinado o determinados regímenes fiscales nacionales.

Lo que perseguimos es una unificación de criterios, reglas o de normas que faciliten la labor a los contribuyentes, con respecto a sus obligaciones tributarias, puesto como dice *TEJERIZO LÓPEZ*, que en el Derecho Tributario se trata «la UE ha dictado numerosas disposiciones sobre regulación de los tributos. El número de tales reglas en los cuarenta años de existencia de UE –bajo diversas denominaciones– es ingente, incluso aunque su actuación se haya llevado a cabo, como no podía ser menos, respetando los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad» [(312)], y esto ha cargado de trabajo administrativo a los contribuyentes, provocando grandes diferencias entre los contribuyentes internacionalizados y los no internacionalizados. Es decir, lo que observamos es que con esta diversidad de reglas, regímenes o normativas en los distintos Estados miembros, que los contribuyentes con carácter internacional realizan un ejercicio extra, desde la perspectiva de la fiscalidad directa, para conseguir una optimización de la carga tributaria, utilizando para ello una heterogénea tipología de estrategias, basadas en según sus objetivos, sus fases de la actividad, sus medios y sus operaciones.

Podemos decir, como ya hemos ido adelantando durante el presente trabajo, que en base a sus objetivos principales, estos contribuyentes pretende esencialmente, en primer lugar, evitar la doble imposición internacional, como objetivo de más fácil alcance gracias a la multitud de convenios firmados bilateralmente entre distintos Estados y, facilitado, por las Libertades de la UE; en segundo lugar, buscar la posibilidad de obtener una no imposición, es decir, intentará beneficiarse de las distorsiones fiscales al aplicarse diferentes ordenamientos tributarios o,

[312] TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: "La Unión Fiscal en la UE (Una visión general)", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 28. Madrid, Enero-Julio 2015, pág. 95.

incluso, aprovechar la falta de coordinación entre estos Estados para obtener la no imposición; y por último, localizando capitales para después distribuirlos de forma que obtenga una base imponible en aquel Estado que genere una eficiencia en la inversión, con el resultado de obtener una disminución de la imposición en el Estado de origen, en el Estado de destino o a la hora de repatriar beneficios.

Por lo que, las sociedades irán planificando para alcanzar estos objetivos persiguiendo esa optimización remarcada anteriormente, utilizando tres elementos; 1) mediante la localización de las empresas dependientes, es decir, fijará la sede principal y la de las subsidiarias en base a cómo obtener una estructuración societaria ventajosa para las distintas jurisdicciones, eligiendo las formas jurídicas de las entidades y adjudicando recursos financieros para ellas, o dicho de otro modo, elegirán si capitalizar las empresas mediante fondos propios o mediante endeudamiento comercial o financiero; 2) determinarán las actividades económicas que desarrollarán las distintas partes de la sociedad, decidiendo el modo más eficiente para la distribución de las distintas actividades entre las varias entidades que forman el grupo, para instrumentar adecuadamente una deslocalización de los beneficios o distribuirlos en el seno de la organización, estableciendo a que sociedades les beneficia más tener pérdidas, etc.; y 3) van a tener en cuenta la repatriación de la inversión, siendo esencial a la hora de tener en cuenta los distintos caminos posibles, eligiendo que vehículos por los cuales canalizar los beneficios, por cual ordenamiento u ordenamientos hacerlos transitar y que calificación jurídica tendrán dichos beneficios para ser distribuidos o repatriados desde el extranjero.

Desde nuestro punto de vista, observamos que tras un análisis de la estructura de los distintos escenarios impuestos por los sistemas tributarios, los contribuyentes utilizan la información escrutada para para alcanzar sus objetivos en materia fiscal, es decir, vemos que los contribuyentes buscarán calificar jurídicamente el hecho imponible de la forma que más les beneficie, intentando calificar los hechos imponibles para que no sean considerados parte de la base imponible, aprovechará para aplicarse exenciones o reducciones, y buscarán el tipo impositivo más ventajoso para sus intereses. En definitiva, una determinada elección de inversión multinacional, debemos dejar claro que siempre se tendrá en cuenta la perspectiva de intentar minimizar el gravamen fiscal. Por ello, analizaremos las circunstancias relativas al Estado de destino de la inversión y al Estado de origen de la inversión y/o del inversor:

13.1. LA MIMORACIÓN DE LA TRIBUTACIÓN EN EL ESTADO DE LA FUENTE DE LOS BENEFICIOS DE LAS ENTIDADES.

Aquella acción realizada por los grupos multinacionales buscando localizar las operaciones que generan riqueza o las sedes secundarias de la empresa –entidades dependientes que pueden ser reales o ficticias [313] –, en jurisdicciones con un clima fiscal más atractivo –*tax heaven* o *tax haven*– o con un ordenamiento tributario menos exigente o pueden obtener un trato de favor –a modo de ejemplo, podemos mencionar el régimen fiscal de *participation exemption* [314] –. En resultado, vemos que aquellos contribuyentes internacionales van a pretender realizar un trasvase de la base imponible, mediante operaciones intragrupo en forma de pagos por *management fees* [315], reparto de beneficios desde las filiales a la matriz o viceversa o, incluso, mediante operaciones financieras. Dicho de otro modo, el trasvase se producirá al establecer un endeudamiento elevado en una entidad del grupo, y a través de esta financiación conseguir unos gastos deducibles que reduzcan la tributación en el Estado de la fuente, mediante los llamados *earnings stripping* [316]. En resumen, veremos que las operaciones de financiación supondrán una ventana aprovechada por los grupos internacionales para desplazar bases imponibles entre jurisdicciones, mediante la instauración de gastos financieros.

[313] *ROSEMBUJ* entiende como entidades reales aquellas sociedades con actividad económica real y con el personal humano necesario para ello y las sociedades ficticias las que carezcan de ambos elementos. (*Principios Globales de…*, *cit.*, pág. 68.

[314] Para *ROSEMBUJ*, las *participation exemption* las traduce como un régimen de exenciones de participación. Generalmente limitan la tributación de una sociedad matriz (corporación) en el país de origen por los beneficios de sus filiales. Esta exención en la tributación tiene unos requisitos, que limitan su aplicación, en cuanto a la naturaleza del ingreso sobre el cual se reduce el impuesto, el nivel mínimo y el período de la propiedad sobre la filial. Algunas jurisdicciones establecen que los dividendos repartidos por una subsidiaria, cumpliendo unos requisitos mínimos de propiedad, estarán totalmente exentos de tributación. Debemos admitir, que en otras jurisdicciones, lo que proporcionan es una exención parcial y en otras, extienden el tratamiento de exención a los intereses u otras formas de participación. La mayoría de los sistemas requieren, que la empresa matriz, posea una parte del capital, el nivel de participación dependerá de otros factores, de la filial con el fin de calificar la exención en las rentas que provienen de esa participación. Además, la mayoría de los sistemas requieren que esta propiedad en el capital se haya mantenido un período mínimo en el momento en que se reciba la renta o continuar con la propiedad más allá en el tiempo. Siendo el período mínimo que se requiere de propiedad de un año. (*Principios Globales de…*, *cit.*, pág. 69).

[315] También conocidos como servicios prestados en apoyo a la gestión; donde podemos incluir, arrendamientos de intangibles, servicios centrales de tesorería, de asesoría legal o servicios contables, etc.

[316] En este sentido, *ROSEMBUJ* los destaca como otro método de desplazamiento de beneficios que tiene como objetivo que uno o varias filiales del conjunto del grupo multinacional cree gastos deducibles, normalmente ficticios, pagados a la matriz u otras filiales. Normalmente estos gastos pueden ser en forma de intereses, cánones, honorarios por management fees, alquileres o, incluso, primas de reaseguro. Aunque lo más habitual será radicar un endeudamiento masivo en una filial sometida a una alta fiscalidad para traspasar los beneficios a otra entidad donde apenas haya imposición o no sea un ingreso gravable. Podemos decir, que los *earnings stripping* se considerarán como un elemento de los precios de transferencia, en su variante de las operaciones financieras. (*Principios Globales de…*, *cit.*, pág. 95).

13.2. LA TRIBUTACIÓN DE LA CIRCULACIÓN Y LA DITRIBUCIÓN DE BENEFICIOS EN EL ESTADO DE LA FUENTE.

Se busca que en el pago o en la recepción de la parte de los beneficios a distribuir entre los accionistas a nivel trasnacional, desde una entidad del grupo a otra, –los llamados *outbound dividends*– elimine o atenué la imposición de salida, es decir, eliminar la doble imposición sobre una misma renta –aunque a veces se quiera conseguir alcanzar una doble no imposición–, o lo que es lo mismo, conseguir la eliminación de las retenciones sobre los dividendos en el Estado de la fuente. Observando esta circunstancia, es lógico pensar que se puede justificar el motivo por el cual un determinado contribuyente pretende establecer determinados tipos de negocio, que permitan que los dividendos repartidos estén exentos de retención en la fuente.

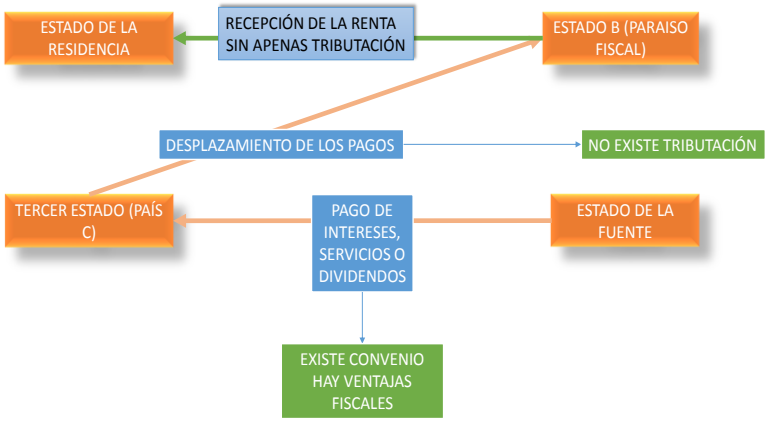
Esta tipología de operaciones que resaltamos se puede manifestar con el pago de intereses o *royalities* –cánones–, que son gastos fiscalmente deducibles en los Estados de la fuente, unas retenciones menores en la fuente, y a menudo exentas de retención, dependiendo de los convenios internacionales contra la doble imposición. Aunque las operaciones que más ventajas competitivas generan son aquellas que se utilizan instrumentos financieros híbridos, no contemplados en los CDI, debido a que en las distintas jurisdicciones las consideran hechos diferentes, siendo utilizados, precisamente, porque provocan una no imposición tanto en el Estado de la fuente como en el Estado donde se radica la sociedad beneficiaria.

Un caso importante por el cual se busca una circulación de los ingresos gravables entre distintas jurisdicciones tributarias se basa en los supuestos donde se carezca de un convenio internacional para evitar la doble imposición, ya que estaríamos ante un caso con un alto riesgo de sufrir una doble imposición. Ante estos casos se utilizaran las llamadas *conduit companies*, que son meras entidades con el objetivo de ser intermediaras en esa circulación, puesto que se localizaran en un Estado intermedio que tenga un convenio con el Estado de origen y con el Estado donde se quiere realizar la inversión o la actividad económica. Este tipo de entidades tiene sus pros y sus contras, ya que desde el punto de vista positivo facilitan el poder acogerse a las ventajas relativas que ofrece los CDI, pero desde el punto de vista negativo, los grupos internacionales pueden caer en la práctica del *treaty shopping*, es decir, pueden utilizar estas entidades con el fin de aprovecharse de las lagunas legales o intentar una elusión o evasión fiscal, mediante operaciones ficticias y carentes de sustancia económica. Los *treaty shopping*, se pueden traducir como ya apuntamos *supra* como compra de tratado. Se trata del método más común para aprovecharse de los convenios internacionales por parte de contribuyentes, que en

base, no tendrían derecho a ello. Desde el ámbito europeo, este fenómeno se le conoce como el abuso de Directivas. Consiste en articular una estructura societaria, de forma premeditada, para obtener un beneficio recogido en los convenios –o en las Directivas–, mediante la utilización de jurisdicciones con una amplia red de tratados –en el Derecho de la Unión, aprovecharan las Libertades de la UE– para obtener un efecto fiscal más óptimo para un hecho imponible específico.

Las compras de tratado convencionales, excluyendo las que se pueden realizar a nivel europeo, se expresan a través de formas básicas: 1) mediante la utilización de sociedades conductoras o *conduit companies* para que en aquellas operaciones de repatriación de beneficios, recepción de intereses o management fees, un determinado contribuyente residente en una jurisdicción que carece de un convenio internacional con el ordenamiento tributario donde se obtienen esas rentas, establecerá una entidad conductora en un tercer Estado para obtener una escasa o nula imposición sobre esas rentas, o mejor dicho, para evitar una doble imposición. Sin esta entidad, la recepción de estas rentas desde el Estado de la fuente al Estado de origen, sin un convenio vigente, sufrirá una doble imposición; 2) otra forma es mediante as sociedades de piedra de paso, se deben entender como una evolución de las *conduit companies*. La diferencia es que la operativa se lleva a cabo en cuatro jurisdicciones diferentes, que son: el Estado de origen (jurisdicción A); un territorio considerado paraíso fiscal o Estado con un ordenamiento tributario poco rígido, considerado como el Estado base (jurisdicción B); un tercer ordenamiento (véase como C) que no considera a la jurisdicción B como paraíso fiscal y que tiene vigente un convenio con la cuarta jurisdicción; y, por último, el Estado de la fuente (jurisdicción D). La utilización de esta estructura societaria se basa en conseguir las ventajas económicas o jurídicas que facilita el paraíso fiscal. Instrumentando la operación mediante el desplazamiento de las rentas por intereses o management fees desde la jurisdicción D hacia la C, obteniendo una imposición reducida, al existir el convenio. Posteriormente desde esta jurisdicción C, se realizaran los mismos pagos hacía el paraíso fiscal, que no serán sometidas a gravamen o con una tasa reducida –la ventaja de utilizar el paraíso fiscal subyace en la posibilidad de haber generado gastos deducibles en la jurisdicción C los mismos gastos que en la jurisdicción D, ya que C no considera a la jurisdicción B como un paraíso fiscal, y por tanto, ha obtenido una doble deducción de los gastos y así una menor tributación–. Por último, desde el Estado B, se repartirán dividendos, que normalmente sufren unas retenciones menores que el resto de rentas, haciendo efectivo la recepción de la repatriación por parte de la entidad en el Estado de residencia.

ESQUEMA DE LAS SOCIEDADES DE PIEDRA DE PASO



Lo que vemos es que los grupos multinacionales intentan, con la circulación de los beneficios, minimizar el coste fiscal, al concentrar todas las participaciones y acumular la repatriación de beneficios hacía una sociedad –que puede ser filial– *holding*, radicada en un ordenamiento tributario ventajoso y convenientemente estudiado. Es necesario entender que estas prácticas no tienen por qué verse como un abuso de los sistemas tributarios, es decir, habrá motivos como el obtener una baja tributación que pueda entenderse como un abuso; pero habrá otros, como aprovechar jurisdicciones tributarias con una amplia red de CDI, articulando la estructura societaria con sustancia económica, para evitar la doble imposición en forma de retenciones sobre dividendos en el pago de los mismos o porque conceden una exención a tal reparto, consiguiendo una especie de consolidación fiscal internacional, parcial o total, de las bases imponibles del grupo multinacional.

13.3. LA TRIBUTACION EN EL ESTADO DE RESIDENCIA DE LA SOCIEDAD DOMINANTE O *HOLDING*.

Venimos repitiendo que los contribuyentes internacionales buscan evitar o minimizar la doble imposición internacional sobre los dividendos que quieren repatriar –*inbound dividends*– o, incluso, evitar una imposición sobre los benéficos antes de repartir dividendos. La particularidad de muchos casos radica en la jurisdicción que los recibe, ya que, estos contribuyentes buscarán la localización de las sociedades *holdings* o *dominantes* en un ordenamiento que contemple unas exenciones o condiciones fiscales favorables que eliminen el gravamen sobre las rentas obtenidas en el extranjero. Puede plantearse que harán aquellos

contribuyentes que prefieren mantener en el Estado de constitución de la sociedad matriz la residencia fiscal, siendo está la práctica habitual, aunque cada vez es más común un traslado de las sedes de las casas matriz a otras jurisdicciones; pero ante un mantenimiento que hemos citado, ello provocará que estos contribuyentes realicen operaciones intragrupo –por ejemplo financieras, a través de préstamos o créditos, que produzcan intereses deducibles–, con el fin de compensar el mayor gravamen que puede tener en dicho Estado. Esto sucede en los casos donde el Estado de destino de la inversión o donde se quiera radicar los beneficios aplica el método de imputación en lugar del método de la exención, provocando un endeudamiento por parte de una sociedad *holding* radicada en una jurisdicción con el método de exención. En ambos casos, lo que se pretende es que las actividades comerciales vean disminuido su carga tributarias mediante operaciones financieras con otras entidades extranjeras, vinculadas o no, obteniendo una disminución de la carga fiscal en el conjunto del grupo. En sustancia, se seguirá dos caminos, fundamentalmente, uno desplazar la base imponible al extranjero, mediante gastos para deducir en la matriz, o haciendo un trasvase hacía la sociedad dominante de las bases imponibles negativas de sus EP o filiales extranjeras [(317)].

13.4. LA PERSPECTIVA DE LA FALTA DE ARMONIZACIÓN.

Hemos venido exponiendo durante el presente trabajo las circunstancias e incidencias que genera la inexistencia de armonización fiscal, además hemos señalado las conductas de los contribuyentes frente a cómo reducir su carga fiscal, tratándose en ocasiones en acciones fuera de la ley; pero estas acciones fuera del marco legal se deben interpretar como una elección evasiva o elusiva, como una acción que tiene la única finalidad de construir una apariencia jurídica sin sustancia económica. En el caso contario podemos observar aquella elección de una determinada jurisdicción tributaria para la residencia la sociedad dominante, de los establecimientos permanentes o de las entidades filiales, siguiendo la premisa de alcanzar un ahorro fiscal, como de un coste más a reducir, sin más, es decir, no se debe plantear que estos contribuyentes que lo quieren es buscar una elusión o evasión de sus obligaciones tributarias, sino plantear una eficiencia en el pago de sus obligaciones tributarias a nivel internacional en base a las normativas existentes y dentro del marco legal. Por ello, en los casos de sociedades dominantes se elegirá un territorio, por ejemplo, con un régimen de *participation exemption*

[317] Estos gastos se instrumentan, normalmente, mediante: 1) los precios de transferencia, 2) la prestación de servicios, 3) las financiaciones intragrupo, 4) la devaluación de las participaciones y 5) la subcapitalización.

para aquellos casos de reparto de dividendos o eventuales plusvalías por la transmisión de participaciones, con la finalidad de obtener ese ahorro fiscal mencionado. Mientras, que para el resto de entidades del grupo, se tendrá en consideración los límites que imponga la normativa nacional o los convenios de aplicación en función de la residencia de estas sociedades dependientes de la casa matriz, tanto en la aplicación de las bases imponibles negativas o como las plusvalías generadas –aquellas que se han generado mediante trasferencia intragrupo de las pérdidas y/o beneficios– o en las operaciones de transmisiones de activos o pasivos entre entidades pertenecientes al grupo. En definitiva, los análisis expuestos suponen, que de manera redundante en nuestro trabajo hemos destacado, que ante la falta de desarrollo del Derecho de la UE y la escasa armonización en negativo generada por el *soft law* del TJUE, dejan corto el poder atajar el problema que provoca la falta de convergencia de normativas tributarias, que motiva distorsiones al mercado interno europeo.

Aunque en materia de fiscalidad de sociedades, los contribuyentes –como las Administraciones dentro de sus funciones legislativas– deben recordar que la actividad económica internacional se basa en la toma de decisiones de carácter incierto y, es por ello, que se tendrá que planificar lo máximo posible aquello que se pueda. Dentro de esta planificación, en materia tributaria, el objetivo básico de todo contribuyente, presente en varias jurisdicciones, es evitar la doble imposición, tanto económica como jurídica, a nivel internacional. Como ya analizaremos en capítulos siguientes, en las Directivas 90/435/CEE, más conocida como Directiva Matriz-filial y en la Directiva 2003/49/CE, la Directiva de intereses y cánones, propician que se pueda llevar a cabo este objetivo, ya que, se reparten las competencias impositivas entre los distintos Estados miembros, facilitando la distribución transnacional de la base imponible, que con unos determinados requisitos podrá ser neutra, existir un diferimiento o carecer de imposición. Un ejemplo claro lo destacamos es el reparto de dividendos por parte de una filial, donde el Estado de residencia de la matriz, le corresponde a este Estado eliminar la doble imposición económica, es decir, debe adoptar el método de exención o el método de imputación que elimine la tributación en dicho reparto. Mientras que en el Estado de la fuente estará prohibido aplicar retenciones en la salida de dividendos, es decir, se consigue así evitar la doble imposición en cadena o jurídica.

Analizando la Directiva 90/434/CEE, y su posterior modificación mediante la Directiva 2005/19/CE, conocidas como la Directiva fiscal de fusiones, establece un sistema que permite aplicar una neutralidad fiscal para los procesos de restructuración internacional o las operaciones societarias transnacionales, ya que desde esta Directiva se intenta evitar mediante un marco normativo europeo que determinadas disposiciones fiscales de un determinado o de

determinados Estados miembros, obstaculicen la creación de economías de escala europeas o la entrada y/o salida de un contribuyente en una jurisdicción.

Sin embargo, una vez dicho lo anterior, debemos evidenciar las limitaciones para aplicar estas Directivas, puesto que no tienen carácter general, es decir, sólo generarán efectos sobre aquellas operaciones especificas o en determinadas operaciones financieras intragrupo, que reúnan requisitos concretos. Recordando el caso anterior de reparto de dividendos, el requisito mínimo, es que la sociedad beneficiaria sea titular de una determinada participación, de forma directa, sobre la sociedad que reparte los dividendos durante un tiempo determinado e ininterrumpidamente [(318)]. Este mismo requisito de participación podemos englobar la Directiva de intereses –la Directiva 2003/49/CE– para el pago de cánones o intereses, ya que esta Directiva también se contempla que se posea una participación directa e ininterrumpida; aunque a este requisito habrá que sumar la condición de que la recepción de estos pagos se realice a la *beneficial owner* [(319)] o beneficiaria efectiva, es decir, que cuando la beneficiaria no sea una mera empresa intermediaria. Todo esto implica, que haya limitaciones en la aplicación del marco normativo europeo, al necesitar un elevado porcentaje de participaciones, y además de otros requisitos que se exigen, origina que las Directivas sólo se puedan aplicar en casos concretos y específicos.

De tal modo, al tener que considerar estos límites de aplicación en un marco no armonizado posibilita la existencia de una doble imposición internacional y, por tanto, no se podrá establecer una neutralidad fiscal. De esta manera, se debe manifestar que las Directivas actuales tampoco facilitan su aplicación en aquellas operaciones, que por parte de los Estados que las interprete como operaciones con objetivo de fraude o evasión fiscal, sin tener en cuenta los principios o argumentos necesarios para interpretar tal hecho. En consecuencia, volvemos a estar en la situación de partida, ya que, fuera de las operaciones que se contemplan en estas Directivas o en las áreas armonizadas, serán los Estados quien deban establecer una normativa dirigida en evitar o mitigue la doble imposición jurídica o económica, mediante un CDI o

[318] Esta participación variará en cada jurisdicción tributaria de la Unión Europea, ya que en su trasposición a la normativa nacional de cada Estado miembro, se contempla la posibilidad en la directiva, de establecer un mínimo diferente al propuesto o el regulado en la directiva.

[319] El autor *ROSEMBUJ* destaca que el concepto de beneficiario efectivo nace en el Derecho de la UE con la Directiva 2003/48/CE, conocida como la Directiva del Ahorro, que establece que aquella persona que recibe un pago de intereses siempre y cuando pueda demostrar que es en beneficio suyo- véase el art. 2.1 de la Directiva del Ahorro–. Este concepto también aparece recogido en la Directiva de intereses –en el art. 1.4 de la Directiva–, ampliando los sujetos que pueden ser beneficiarios efectivos, en este sentido, serán todas aquellas sociedades o establecimientos permanentes, cuando no actúen como agentes, depositarios o mandatarios y cuando exista una relación directa con el pagador y cuando el pagador y el beneficiario efectivo están sometidos a impuestos análogos. (*Principios Globales de…*, *cit.*, pág. 68).

mediante una forma unilateral, es decir, una normativa interna; tal y como señala el propio TJUE [320].

El hecho es que nos encontramos en una situación donde existe una competencia fiscal entre las jurisdicciones europeas, es decir, todos los Estados se ven obligados, de igual forma, a establecer una normativa que no sea contraria a las Libertades de la UE o a los Tratados, o dicho de otro modo, sus normativas se verán limitadas por las prohibiciones y obligaciones que nacen de los Principios Generales del Derecho de la UE. Esta afirmación anterior también ha sido defendida por el TJUE, concretamente en el asunto *Leur-Bloem*, argumentando que las disposiciones del Derecho de la UE deben recibir una uniforme interpretación en todos los supuestos en los que se aplique, o como defiende el propio Tribunal, ante un caso de discriminación entre los propios nacionales o una eventual distorsión de la competencia en un Estado miembro, es el propio ordenamiento nacional el que acude al Derecho de la UE para encontrar las soluciones a estos casos [321]. Por lo anterior, observamos que se desprende una necesidad de adaptar las normativas internas al Derecho de la UE mediante una trasposición de las normativas que han sido armonizadas; pero esta situación no quita que se generen casos con efectos que son contrarios a los fines del Tratado, es decir, seguirán existiendo distorsiones por medio de la discriminación o por la restricción, tal y como defiende el TJUE [322]. Entonces es cuando podemos advertir de que nos encontramos en un círculo, que suma problemas y que no está claro que se cierre.

Lo que creemos es que se genera una diferencia, desde los mismos Estados miembros, al interpretar los principios recogidos en el Tratado, a lo que hay que sumar de que no se tratan de disposiciones específicamente tributarias, y por ello, se genera una escasa eficacia sobre la fiscalidad directa o como, nosotros lo definimos, una escasa armonización de la imposición directa en materia de sociedades. La consecuencia más inmediata de todo, es precisamente, el desarrollo de una armonización en negativo o un *soft law* por parte del TJUE, generando cláusulas generales en el Derecho de la UE, que incidirán implícitamente en las normativas nacionales, limitando el ejercicio de las competencias de los Estados miembros en materia tributaria, concretamente en la tributación directa [323], es decir, las normativas nacionales deberán respetar las disposiciones del Derecho de la UE, interpretadas por el TJUE, con el

320 TJCE, sentencia de 12 de diciembre de 2006, Asunto C-374/04, *Test Claimants in class IV*, apartado 54.
321 TJCE, sentencia de 17 de julio de 1997, Asunto C-28/95, *Leur-Bloem*, apartado 32.
322 Véase las sentencias del TJCE de: 23 de febrero de 2006, Asunto C-471/04, *Keller Holding*, y con respecto a los dividendos transfronterizos, la sentencia de 12 diciembre de 2006, Asunto C- 446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.
323 Recordamos que la imposición indirecta está armonizada en el Derecho de la UE.

objetivo de evitar distorsiones o efectos restrictivos, que en definitiva, restrinjan a los diferentes contribuyentes europeos.

Pero ¿qué pasa cuándo determinados contribuyentes tienen relaciones con terceros países, ajenos a la Unión Europea? Se puede señalar, que la mayoría de las estrategias de optimización de la carga tributaria pasan por utilizar jurisdicciones con baja tributación –*tax heaven* o paraísos fiscales–, siendo Estados, en su mayoría, no miembros de la UE. Esta pregunta nace, de la necesidad de ver si las reflexiones planteadas de momento permiten una planificación que optimice la carga fiscal, por parte de los contribuyentes, desde, o con destino de, terceros países no miembros de la Unión.

Desde la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, observamos que se tienen en cuenta los límites de las Libertades de la UE y no los aspectos jurídicos tributarios. Para entender el uso de las libertades, debemos ver el contexto jurídico en el que se mueven los capitales con destino a terceros países, es decir, cuando hablamos de operaciones de intragrupo transfronterizas realizadas en un ámbito internacional no se puede comparar con un contexto exclusivamente europeo. Según lo expuesto en capítulos anteriores, la libertad de circulación de capitales, con sus limitaciones, y la libertad de establecimiento, generarán efectos sobre la jurisdicción de terceros países en el momento en el que se produzcan inversiones en estos territorios, fuera de la Unión Europea. En consecuencia, los contribuyentes en su libre ejercicio de la actividad económica podrán ampararse, en cierta medida, por las Libertades Económicas Fundamentales de la UE. Lo que queremos decir, es que el Tribunal ha establecido, en referencia a las justificaciones en las restricciones o discriminaciones sobre las Libertades de la UE, que no son consideraciones válidas en sede europea, tendrán efectos sobre en un país tercero [(324)].

Dicho todo lo anterior, hemos dejado claro que existe la necesidad de establecer un sistema de reglas que permita entender, que el contribuyente tiene derecho a planificar su carga fiscal del modo que, a la larga, pueda optimizarla, dentro de unos límites establecidos, es decir, debe cumplir con el Principio de Proporcionalidad, y en base a este precepto se legitime a cada contribuyente a generar la estructura societaria con el fin de reducir su factura fiscal. Todo ello sin generar discriminaciones entre los distintos contribuyentes que forman el mercado interior y que respete el marco legal que establece las Libertades de la UE. Según nuestra opinión,

[324] Véase, a modo de ejemplo las sentencias del TJCE de 10 mayo de 2007, Asunto C-492/04, *Lasertec*; la de 24 de mayo de 2007, Asunto C-157/05, *Holbock*. Otra sentencia del Tribunal que remarca la misma situación es la de 12 diciembre de 2006, con el Asunto C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation* o la sentencia de 23 de abril de 2008, Asunto C-201/05, *Test Claimants in the CFC e Dividend Group Litigation.*

elaborar este sistema europeo en materia tributaria debe delimitar de modo preciso y unitario el marco de la planificación fiscal lícita, ello se conseguirá mediante una armonización fiscal. Nuestra opinión, que en cierta manera nace de la afirmación del propio TJUE, en el caso que ya hemos remarcado en este trabajo, el conocido asunto *Halifax*, donde el Tribunal reconoció de manera expresa que «el sujeto pasivo tiene derecho a elegir la estructura de su actividad de modo que limite su deuda fiscal» [(325)], y es por tanto, que el Derecho de la UE no debe obligar, al igual que las normativas nacionales tampoco, la máxima tributación posible, por evitar un abuso de las normativas, es decir, el contribuyente tiene a su favor, lo mismo que el Estado en reclamar una tributación en base a la capacidad económica, el utilizar los alcances de la economía de opción [(326)].

13.5. CONCEPTO DE ABUSO. PERÍMETRO EN NEGATIVO.

Para limitar los alcances de la economía de opción, se origina el concepto de abuso [(327)] por parte de la jurisprudencia del TJUE, estableciendo un perímetro en negativo desarrollado desde la perspectiva del conjunto de Derecho de la Unión Europea, y a través de esta interpretación, se puede decir, que realizar un abuso del Derecho de la UE supone, en definitiva, abusar de la normativa fiscal [(328)].

Aunque en la materia que nos ocupa, el Derecho tributario, no existe una interpretación que acerque el concepto de abuso del Derecho de la UE a conceptos fiscales que se aproximan a los posibles efectos que genera el abuso, es decir, desde el punto de vista de la normativa

[325] Se trata de la sentencia del TJCE, de 21 de febrero de 2006, Asunto C-255/02, *Halifax*. Donde se recoge esta afirmación, que genera un perímetro «en negativo» diseñado por el propio Tribunal al concebir el «concepto de abuso» y limitando los alcances de la «economía de opción».

[326] *ROSEMBUJ* identifica la «economía de opción», como uno de los principios comunes del soft law por la cual se constituirá una correcta gobernanza en materia tributaria. En este sentido, el autor destaca que esta economía se puede considerar como aquella conducta lícita, donde se realiza un hecho, o conjunto de hechos, de forma voluntaria por parte de un contribuyente y le genera una disminución de la carga tributaria. Lo que va a determinar si es lícito o no será la existencia de una intencionalidad en el desarrollo del hecho, que de forma principal o exclusiva, provoque una elusión del impuesto o se garantice alcanzar una ventaja fiscal que no le pertenece. (*Principios Globales de…*, *cit.*, pág. 61 a 63).

[327] En base a lo dicho *supra* sobre el *treaty shopping*, *ROSEMBUJ* identifica el concepto de abuso como aquella conducta contraria a la económica de opción, ya que tiene como propósito, de manera principal o exclusiva, obtener una no imposición, es decir, se intenta evitar la imposición de una normativa tributaria, sería la norma eludida. La forma de alcanzar esta elusión, es utilizar un hecho jurídico de una manera que no está contemplada en la norma, pero mediante una norma tributaria subsidiaria, la llamada norma de cobertura, se podrá conseguir los efectos fiscales pretendidos, la no imposición sobre una renta o conjuntos de rentas. (*Principios Globales de…*, *supra cit.*, pág. 63).

[328] Debemos poner de manifiesto que en lo relativo a la imposición indirecta, al ser un sector armonizado en sede de la UE, desde el propio TJUE se ha desarrollado un concepto paralelo al concepto de abuso, específicamente europeo, el de elusión fiscal.

fiscal, el concepto de abuso no existe sino que se habla de fraude, elusión o evasión fiscal. Dicho de otro modo, ante una conducta del contribuyente basada en la economía de opción mencionada anteriormente, se puede decir que se abusará de una norma europea con el objetivo de eludir una norma fiscal nacional, siendo una acción lícita y dentro de las normas y límites del Derecho de la UE. El problema nace en las verdaderas intenciones del contribuyente, momento por el cual hacemos hincapié en la elusión fiscal, que es justamente, el objetivo del perímetro generado para evitar el abuso en el Derecho de la Unión. Es decir, la elusión fiscal no es un elemento independiente ni principal en una conducta abusiva, sino un elemento necesario, que determinará la diferencia entre ejercer una práctica abusiva o acogerse a una economía de opción.

La problemática se verá reflejada en las implicaciones que genera la economía de opción, en las relaciones que mantengan por un lado los contribuyentes y, por otro, la Administración tributaria concreta, intentando la segunda averiguar si la finalidad perseguida, en el uso de una determinada norma europea, que permite disfrutar de una ventaja o de un régimen fiscal al contribuyente, le permita o no le permita ese ahorro en el carga tributaria. El objetivo es lícito, ya lo hemos remarcado, pero la manera en el que se obtiene, de algún modo esa es la cuestión, esto es, el conseguirse contrariamente a las intenciones del sistema tributario, en otros términos, que se genere una operación «anormal» a la realidad económica de un hecho jurídico u operación normal; y esto, será lo que se intentará averiguar. Para ello se deberá observar, como lo remarca el TJUE, la efectividad, el carácter artificial o el desarrollo de algo que no se contempla en la práctica habitual del mercado, siendo estos elementos los que compondrán la intencionalidad de la elusión fiscal y la diferencie de la actividad lícita de la opción.

Entrando en detalle, remarcamos lo que la doctrina italiana ha señalado respecto al concepto de montaje puramente artificial generador de confusiones, puesto que, identifica del mismo modo el fraude, la evasión y la elusión [(329)]. Efectivamente, desde la perspectiva tributaria, obtener simplemente una ventaja fiscal indebida no será el elemento básico cuando le falte la sustancia económica. Explicando lo anterior, el Derecho tributario internacional se encuentra limitado por la competencia fiscal entre los Estados miembros y serán los contribuyentes aprovechándose, en cierta manera, del abuso de la Libertad de Establecimiento,

[329] PISTONE, P, "*L'elusione fiscale come abuso del diritto: certezza giuridica oltre le imprecisioni terminologiche della Corte di Giustizia Europea in materia di Iva"*, en Rivista di Diritto tributaro, 2007, n. 1, p. 17 y ss.; o en la obra del mismo autor, "*Abuso del diritto ed elusione fiscale: l'impatto del diritto comunitario sull'ordinamento tributario italiano*", en Actos de la conferencia para los 80 años de "Diritto e Pratica Tributaria", Padova, 2007, pág. 91 y ss.

mediante un montaje puramente artificial, como determinante básico para identificar la finalidad elusiva. Por lo que, ante una anormalidad económica o artificiosidad de las operaciones será el elemento nexo de unión entre el abuso del Derecho de la UE con la elusión de la norma fiscal estatal.

Remarcando estas ideas, el ejercer una elección de qué manera estructurar una actividad u operación o, incluso, localizar una determinada filial en una jurisdicción tributaria ventajosa para el contribuyente, se tendrá que tener en cuenta no sólo la finalidad de ahorrar en la carga tributaria sino también otras circunstancias o justificaciones [330]. En cambio, al incluirse estas circunstancias se deberá excluir la existencia de abuso del Derecho de la UE, ya que se justificará que no existe un montaje puramente artificial y, por tanto, no cabría pensar que estemos ante una práctica elusiva, ya que la operación estaría amparada por el ejercicio de las Libertades de la UE por parte del contribuyente. Todo lo anterior, viene a significar, que falta una armonización de la fiscalidad directa y se acentúa por la imposibilidad de restringir las Libertades contempladas en el TFUE, generándose una enorme inseguridad jurídica, ya que, desde los Estados se podría entender –y en la realidad es lo que sucede– que las estructuras societarias creadas por los contribuyentes que realizan su actividad económica en varias jurisdicciones europeas serán montajes artificiales con el objetivo de eludir su norma nacional. Y lejos de todo eso, lo que creemos es que sí sólo existe un montaje puramente artificial será cuando, desde la perspectiva del Derecho de la UE, se restrinja las Libertades de la Unión y, por lo tanto, nos encontremos ante una acción que pretende generar una elusión fiscal.

La narrada falta de armonización y la elevada competencia fiscal entre Estados, genera una problemática difícil de coordinar, puesto que determinados Estados lucharán contra la elusión fiscal, mientras que otros Estados intentarán atraer las inversiones o los establecimientos de las estructuras societarias dentro de los límites de sus jurisdicciones a cambio de perder ingresos públicos. Esta problemática, se puede ver reflejado también en la difícil justificación para demostrar que existe un montaje puramente artificial, es decir, habrá casos en el que no será fácil argumentar que existe elusión fiscal. Un ejemplo, que podemos manifestar, es la constitución de una sociedad filial en otro Estado miembro, cuya actividad sea la de conceder préstamos a otras sociedades del grupo. A simple vista, puede verse como una actividad que cumple con un objetivo, principalmente en el campo fiscal, de conseguir un

[330] A otras justificaciones o circunstancias nos venimos a referir, que al iniciar una actividad, realizar una operación o donde se quiere radicar una filial, los contribuyentes van a tener en cuenta otros factores económicos o estructurales de un determinados territorios como, por ejemplo, el factor humano o de trabajo, el nivel de vida, la estabilidad política, la seguridad jurídica, las infraestructuras, la existencia de Convenios para evitar la doble imposición con el Estado de residencia de la matriz, etc.

ahorro fiscal pero puede cumplir otras razones, económicas y validas, diferentes al de conseguir un ahorro. El detalle que hará que pueda considerarse una elusión fiscal y, por tanto, que se está desarrollando un abuso del Derecho de la UE, serán las condiciones económicas del préstamo, cuando estás no sean acordes a las condiciones que se pueden obtener esas mismas sociedades del grupo en una condición de libre competencia, ya que detrás de estos préstamos estaría la intención de generar gastos fiscalmente deducibles en el resto de entidades del grupo y, por tanto, tratar de ocultar la existencia de un reparto de dividendos [(331)].

Tras este breve introducción, debemos señalar las palabras de *APARICIO PÉREZ*, que determina que la armonización fiscal en negativo vienen a ser pronunciamientos del TJUE intentando defender las Libertades de la UE establecidas en el TFUE, motivada por una falta de voluntad política de los Estados miembros en afrontar una armonización normativa en el ámbito de la fiscalidad directa, es decir, ante tal falta de voluntad, se ha optado por crear una armonización jurisprudencial –también conocido como una armonización «*soft law europea*»–

[331] En nuestra opinión, este argumento defendido por la Comisión Europea, en distintos casos ante el TJUE, para justificar que existe elusión fiscal y por tanto, abuso de derecho, nos parece escaso de sentido, explicándolo mejor, la justificación de crear una filial que conceda préstamos a otras sociedades, puede responder a un objetivo principal de conceder préstamos en mejores condiciones económicas que las que, quizás, puedan obtener en el mercado o de otros agentes financieros y, por tanto, no cumplir con las condiciones económicas de un préstamo en condiciones normales de libre competencia. Cierto es, que existe otra vía para que las empresas puedan obtener los fondos necesarios para su actividad, como la capitalización de las sociedades mediante ampliaciones de capital. Y, con el paso del tiempo, se proceda al reparto de dividendos para recuperar la inversión. Esta medida, sería la alternativa más factible, en vez de la concesión de préstamos entre las mismas sociedades, desde perspectiva de la Administración o desde la posición del ahorro de la gestión administrativa de las sociedades, aunque con ello supondría un condicionante al derecho de ejercer y articular su estructura societaria del contribuyente. Pues la opción por el aumento de capital o por el endeudamiento es una opción económica de primera magnitud, ya que la empresa que reciba los fondos, mediante su órgano administración, decidirá si aumenta sus recursos propios o incrementa sus recursos ajenos, sin que existan normas, mercantiles o fiscales, que regulen la proporción que deben observar los recursos propios y ajenos en la financiación de una sociedad.
Por ello, y ante esta indiferencia, el factor fiscal parece ser el hecho relevante. En lo relativo a la sociedad que concede o ejecuta la ampliación de capital, en ambos casos el rendimiento percibido tributará en el Estado de residencia. Este factor fiscal, que decimos, supone una doble imposición jurídica provocada por el gravamen en la fuente, aunque, se ve atenuada o mitigada por la eliminación de dicha imposición en la fuente en el ámbito del Derecho de la UE. A su vez, el agravante comparativo que supone la doble imposición económica que concurre en la tributación de los dividendos también se ve mitigada por la adopción por parte de los Estados de residencia de las matrices de métodos de exención.
En la medida en que los gastos financieros son siempre deducibles, y según lo que venimos diciendo, tendrá sentido que un grupo multinacional planifique a nivel internacional la carga fiscal total, teniendo en cuenta el principio de independencia y la regla de empresa separada, articulando préstamos entre las distintas sociedades del grupo radicando el origen del préstamo en un Estado de baja tributación y el destino del mismo en países de tributación alta. De esta manera se conseguirá que los gastos financieros mermen la base imponible de jurisdicciones de elevada tributación sobre el beneficio empresarial, al mismo tiempo que los correlativos ingresos financieros se someten a imposición en jurisdicciones favorables, bien por su menor tributación sobre ese beneficio empresarial o bien por contemplar un tratamiento favorable para los intereses.
Debemos poner de manifiesto, que no defendemos, el caso de cuando la sociedad conceda préstamos en peores condiciones económicas de las que podría haber recibido en el mercado. En este caso, vemos una intencionalidad por parte del grupo, y como dice la Comisión Europea, con la pretensión de incrementar los gastos deducibles en una determinada sociedad y traspasar esos beneficios o hacer un reparto de dividendos encubierto, y ahorrar en la carga fiscal.

erradicando todos aquellos obstáculos fiscales que limiten la plena construcción del mercado común [(332)]. Otros autores igualmente hacen una distinción entre armonización fiscal y armonización fiscal en negativo, como *MARTÍN QUERALT* y *MARTÍNEZ LAFUENTE* que determinan que la armonización fiscal *stricto sensu* o en negativo supone aquella acción de los órganos de la UE que intenta abatir los límites al mercado común, mientras que la armonización fiscal *lato sensu* será aquella acción coordinada entre la UE y los Estados miembros que eliminen las distorsiones fiscales, a través de normativa, que imposibiliten la constitución del mercado común [(333)]. En nuestra opinión, la armonización mediante el *soft law europeo* viene a suplir la falta de Derecho positivo en el ámbito de la imposición directa dentro de la Unión.

El *soft law* actúa contra la normativa interna de los Estados miembros en aquellos procedimientos de infracción o cuando se plantea una cuestión prejudicial. La particularidad de los procedimientos de infracción [(334)] es que nacen de las denuncias por la aplicación del Derecho de la UE, mediante el inicio de un «*EU Pilot*» o dialogo estructurado, con el que se intenta solucionar la infracción con el Estado miembro por parte de la Comisión Europea. Al no producirse una solución, se abre un procedimiento «pre-contencioso» donde la Comisión, mediante LFN (*Letter of Formal Notice*) –carta de notificación– o una RO (*Reasoned Opinion*) –dictamen motivado–, solicita una argumentación al Estado miembro en cuestión. Ante una respuesta insatisfactoria, la Comisión procede a interponer una denuncia [(335)] ante el TJUE, este procederá adoptando una sentencia sobre el asunto en cuestión, amparándose en el art. 258 del TFUE –cabe mencionar el art. 260 del TFUE donde se establece la posibilidad de imponer multas coercitivas a los Estados miembros sino acatan la sentencia del TJUE, multa impuesta por la propia Comisión–.

La particularidad del procedimiento de cuestión prejudicial, es que se inicia por parte de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro pudiendo plantear el TJUE que resuelva sobre cómo interpretar los Tratados, sobre la validez o sobre aquellos actos que han sido dispuestos por las instituciones nacionales. Es decir, el TJUE emitirá un fallo dando una interpretación del Derecho de la UE, de tal modo que su pronunciamiento será ver sí una normativa nacional se opone al Derecho de la Unión o no. La cuestión prejudicial se trata de un

---

[332] APARICIO PÉREZ, A.: "La armonización fiscal y el Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 174, julio, 1999, pág. 68.
[333] MARTÍN QUERALT, J. y MARTÍNEZ LAFUENTE, A.: "La política fiscal europea", *cit.*, pág. 288.
[334] El Procedimiento de Infracción está recogido en los arts. 258 al 260 del TFUE.
[335] Cierto es que la Comisión, en la mayoría de los casos, informará a los Estados miembros sus intenciones en promover actuaciones mediante procedimientos de infracción, a través de las Comunicaciones de la Comisión. En este sentido, y atendiendo al campo que estamos analizando, es conveniente que se tenga en cuenta la COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 15 de diciembre del 2011, COM (2011) 864 final, "*Solventar los obstáculos transfronterizos de los impuestos sobre sucesiones en la UE*".

procedimiento que tiene bastante incidencia en materia de tributación directa, ya que se encuentra con asuntos nuevos que no han sido analizados anteriormente por el Tribunal, mientras que con el procedimiento de infracción, la Comisión se debe apoyar en la jurisprudencia del propio Tribunal para plantear el incumplimiento del Tratado por parte de los Estados miembros.

En definitiva, la actuación del TJUE va a articularse en corregir la doble imposición económica y jurídica que pueden sufrir los contribuyentes de la UE –principalmente se centra en la doble imposición sobre dividendos, aunque por analogía se puede extrapolar a otras situaciones impositivas–, siendo pronunciamientos que destacan por su carácter evolucionista, es decir, los primeros fallos se busca extender el tratamiento de los dividendos con el fin de eliminar la doble imposición; pero es con el asunto *Test claimants in the FII Group litigation* (336), donde se deriva, primero, no se aceptará distintos tipos impositivos dependiendo si es de fuente extranjero o nacional, y segundo, el Tribunal aceptará cualquier método que corrija la doble imposición, independientemente del método de exención o de imputación. Esta interpretación se sigue empleando hoy en día por el Tribunal (337). Debemos tener en cuenta, que con la aprobación de la Directiva Matriz-filial, esta problemática se ha diluido o apenas existe en las relaciones entre personas jurídicas; pero en aquellas situaciones donde el receptor sea una persona física, el Tribunal ha manifestado que no se aplicaran un traslado de regímenes, aunque estén recogidos en un CDI, a dividendos recibidos desde otro Estado con el que no hay suscrito un CDI (338). En consecuencia vemos que el TJUE mantiene una misma línea de interpretación, es decir, pretende que las operaciones internas de dividendos carezcan de una doble imposición y, para ello, aceptará cualquier método que la elimine. Lo cierto es que el Tribunal también se ha manifestado, en defensa de la Libertad de establecimiento, sobre aquellos regímenes fiscales sobre inversiones inmobiliarias, cuando hacen una distinción en el trato entre residentes y no residentes (339) –en este caso hablamos únicamente de los residentes en otros Estados miembros–, provocando una armonización en el trato de los residentes y no residentes dentro de una jurisdicción; pero sin llegar a eliminar las diferenciaciones que tienen las jurisdicciones nacionales dentro de la UE. Otra forma de armonización en negativo ha

336 TJUE, sentencia de 13 de noviembre de 2012, Asunto C-35/11, *Test claimants in the FII Group litigation*.
337 En este sentido, véase la sentencia del TJUE, de 11 de septiembre de 2014, Asunto C-47/12, *Kronos International*.
338 Como jurisprudencia destacada podemos citar las sentencias del TJCE de 20 de mayo de 2008, Asunto C-194/06, *Orange European Smallcap Fund*; y la sentencia del TJUE de 30 de junio de 2016, Asunto C-176/15, *Riskin y Timmermans*.
339 Sobre este tema podemos citar la sentencia del TJCE de 11 de octubre de 2007, Asunto C-451/05, *Elisa*; y las sentencias del TJUE de 26 de mayo de 2016, Asunto C-244/15, *Comisión/Grecia*; y la de 11 de septiembre de 2014, Asunto C-489/13, *Verest y Gerards*.

llegado en defensa de la Libertad de prestación de servicios, de manera que se admiten que gastos generados en otro Estado miembro puedan ser deducidos en el Estado de origen [(340)].

Por lo que, cualquier manifestación del TJUE, sobre una norma tributaria que limite, ilegítimamente, alguna Libertad europea en el ámbito de la fiscalidad directa, se basará en el ejercicio de defender el Derecho de la UE frente a una normativa nacional que pretenda realizar una discriminación por razón de nacionalidad, aunque hay que tener en cuenta que el propio Tribunal siempre manifiesta que la pretensión no es limitar la competencia fiscal en la tributación directa que ostentan los Estados miembros [(341)]. Ante esta situación el propio Tribunal, en ocasiones, acepta que normativas fiscales en materia de tributación directa restrinjan el Derecho de la UE, para ello se estudiará que el objetivo de la norma sea legítimo y conforme al interés general de la UE; y analizando la características de la norma, es decir, mediante el test de proporcionalidad, identificar que el medida tributaria cumple no va más allá del objetivo planteado [(342)].

Para concluir este bloque, vemos que a lo largo de la existencia de la Unión, pocos han sido los acuerdos alcanzados por los Estados para garantizar un sistema tributario europeo que no genere limitaciones al mercado común, y ha sido, el Tribunal de Luxemburgo mediante la defensa de los principios generales del Derecho de la UE el que ha estructurado, con ciertas limitaciones, una armonización fiscal que limite la competencia fiscal perniciosa o actué ante situaciones de discriminación o de limitaciones de las Libertades de la Unión.

[340] Sobre la protección de la libertad de prestación de servicios, entre otras, destacamos las sentencias del TJUE, de 28 de febrero de 2013, Asunto C-168/11, *Beker*; la sentencia de 9 de octubre de 2014, Asunto C-326/12, *Van Caster*; o la sentencia de 2 de junio de 2016, Asunto C-252/14, *Pensioenfonds Metaal en Techniek*.

[341] A modo de ejemplo podemos mencionar las sentencias del TJCE, de 11 de agosto de 1995, Asunto C-80/94, *Wielockx*, apartado 16; y la de 12 de diciembre de 2002, Asunto C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, apartado 26.

[342] Con la sentencia del TJUE, de 26 de mayo de 2016, Asunto C-244/15, *Comisión/Grecia*, se hace una interpretación del test de proporcionalidad o *rule of reason* sobre una normativa tributaria en materia directa, ya que como dice el Tribunal dicha normativa debe garantizar que se alcance el objetivo alegado, de forma congruente y sistemática. En consecuencia, todas las normativas nacionales tendrán que consolidar el requisito de adecuación para todos los contribuyentes, es decir, y como manifiesta el Tribunal en la sentencia *Van Caster*, (Asunto C-326/12) determina que no se puede generar un trato fiscal desfavorable y contrario a una Libertad de la UE porque concurran otros beneficios fiscales.

CAPITULO 3: EVOLUCIÓN DE LOS TRABAJOS EN LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN A LA BASE IMPONIBLE EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.

1. FINES DE LAS PROPUESTAS DE BASE IMPONIBLE COMÚN Y BASE IMPONIBLE CONSOLIDADA COMÚN DEL IMPUESTO DE SOCIEDADES.

Como ya analizaremos posteriormente, las propuestas de Base Imponible Común del Impuesto sobre Sociedades (BICIS) [(343)] y la Base Imponible Consolidada Común del Impuesto sobre Sociedades (BICCIS) [(344)] comparten unos objetivos comunes, que son: 1) intentar reducir la incidencia de la planificación fiscal internacional agresiva en la recaudación de los Estados miembros, posibilitada por la existencia de veintiocho sistemas tributarios en la UE; 2) alcanzar una equiparación en la tributación efectiva entre las compañías transfronterizas con la tributación efectiva de las empresas nacionales, presentes en una sola jurisdicción tributaria; 3) conseguir una justicia tributaria justa entre los distintos contribuyentes europeos, o dicho de otro modo, que la tributación de los contribuyentes de los distintos impuestos sobre sociedades se adapte a su capacidad económica y, por tanto, tenga una carga tributaria justa; 4) obtener una simplificación del complejo régimen de imposición internacional que somete a los contribuyentes con carácter transnacional, dentro de la UE; 5) eliminar los efectos generados por la globalización y la planificación fiscal agresiva que genera situaciones de no imposición, a la par de acabar con todos los casos de doble imposición en materia de fiscalidad directa sobre las sociedades europeas; 6) generar las situaciones económicas necesarias que posibiliten un aumento de los incentivos para invertir dentro de las fronteras de la Unión; 7) y por último, reducir las cargas administrativas que afrontan los contribuyentes transnacionales y reducir los costes administrativos de las Agencias tributarias en perseguir la evasión o elusión fiscal internacional.

Lo cierto es que estas afirmaciones nacen de la idea de armonización fiscal en materia de sociedades en la UE, y es que como apuntaban *CENCERRADO MILLÁN* y *SOLER ROCH*, el objetivo principal de dicha armonización se basa en fomentar la actividad empresarial

[343] COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 25 de octubre de 2016, COM (2016) 685 final, "*Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades (BICIS)*".
[344] COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 25 de octubre de 2016, COM (2016) 683 final, "*Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS)*".

trasnacional dentro del mercado común, ya que se necesita de una normativa europea que permita la compensación automática de las bases imponibles negativas de una sociedad de un grupo con los beneficios de otra sociedad del mismo grupo, una aclaración sobre la compleja normativa sobre precios de transferencia, una reducción de los costes de cumplimiento normativo, aumento de la seguridad jurídica dentro de la UE y una única Administración como interlocutor en conflictos sobre el cumplimiento de las obligaciones tributarias (345). Todo ello se basa, en la necesidad de eliminar las enormes divergencias entre las distintas jurisdicciones tributarias existentes en la Unión, además de eliminar las diferencias en la conexión con la contabilidad –sobre todo en aquellos casos donde se pretende hacer un grupo fiscal consolidado–. En nuestra opinión, al igual que en la de la COMISIÓN EUROPEA, se basa en «crear un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea» (346).

Por lo anterior, nos sirven las palabras de *MALVÁREZ PASCUAL*, que debido a los graves problemas presupuestarios de los Estados miembros, se ha traducido en un aumento de la imposición directa en las pequeñas y medianas empresas que no pueden utilizar una planificación fiscal agresiva (347). Y es como señalan dichos autores, dicha planificación realizada por contribuyentes transnacionales generan grandes divergencias en las distintas jurisdicciones tributarias, además de una mayor conflictividad en los convenios para evitar la doble imposición. Por tanto, un objetivo que no ha sido enunciado anteriormente, será la eliminación del uso del impuesto sobre sociedades como instrumento para atraer la localización de nuevos contribuyentes dentro de las jurisdicciones tributarias (348), y que es la verdadera causa de discriminación con el resto de contribuyentes, tanto nacionales como europeos (349).

---

345 CENCERRADO MILLÁN, E. y SOLER ROCH, M. T.: "Limit base erosion via interest deduction and others", *Intertax*, Vol. 43, núm 1, 2015, pág. 62.

346 COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 17 de junio de 2015, COM (2015) 302 final, titulada "*un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*"

347 MALVÁREZ PASCUAL, L. A.: "La configuración de los grupos de empresas en la Propuesta de Directiva BICCIS", *Instituto de Estudios Fiscales*, Documentos de trabajo, núm 12/2017, V Encuentro de Derecho Financiero y Tributario. "El futuro del Impuesto sobre Sociedades", 2017, pág 24.

348 Estos incentivos se basan en ventajas para aplicar un determinado régimen fiscal, reducciones de los tipos de gravamen mediante tax rulings, deducciones o exenciones en la cuota. Es decir, será la competencia fiscal lesiva la que provoque las grandes distorsiones que se pretenden solucionar con las propuestas de BICIS o BICCIS.

349 Lo cierto es que, la aplicaciones de los sistemas tradicionales del impuesto sobre sociedades, genera grandes conflictos entre las empresas transnacionales y las jurisdicciones tributarias, motivada por la globalización y por el afán de encontrar nuevos mercados por parte de las sociedades; pero creando, desde el punto de vista de justicia tributaria, situaciones de discriminación, abusos de las Libertades de la UE –por parte de las empresas– o una gran inseguridad jurídica por la irrupción de normas de Derecho internacional tributario en las jurisdicciones nacionales tributarias. Como ya hemos comentado anteriormente, todo ello genera el fenómeno del traslado de beneficios con el objetivo de obtener rendimientos financieros, con la consecuencia real de una pérdida de competitividad empresarial de las corporaciones europeas –desde la perspectiva de las factores productivos– como consecuencia de establecer unas economías de escala en distintos países extracomunitarias, donde influyen –además– sus sistemas tributarios. Esta última afirmación es defendida por el autor CALVO VÉRGEZ, J.: "El progresivo

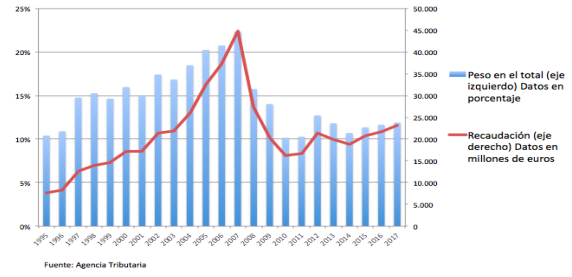
2. CONSIDERACIONES PREVIAS AL ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS DE BASES IMPONIBLES.

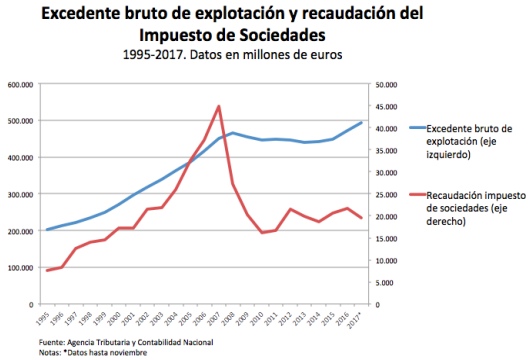
Nos encontramos ante una situación actual, que según la *COMISIÓN EUROPEA*, la política fiscal de los Estados miembros se ha centrado en rebajar el tipo de gravamen medio en casi 10% [(350)]. Esta circunstancia ha sido motivada por la competencia fiscal entre los mismos Estados, que ha supuesto una carrera a la baja del impuesto sobre sociedades [(351)], con el objetivo de mantener los contribuyentes nacionales o atraer nuevos contribuyentes [(352)]. Dicho lo anterior, se puede pensar que se necesita un avance normativo a nivel europeo que ayude a fomentar la competitividad empresarial, tanto de las PYMES como de las grandes multinacionales, mediante la eliminación de los obstáculos fiscales que surgen cuando se plantea una inversión con carácter transnacional [(353)]. Pero lo cierto es que se ha avanzado

desarrollo de la Acción 7 (impedir la elusión artificiosa de la condición de establecimiento permanente) del Plan BEPS", *Crónica Tributaria*, núm 164, 2017, págs. 70.

350 COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 15 de diciembre del 2011, COM (2011) 864 final, "*Solventar los obstáculos transfronterizos de los impuestos sobre sucesiones en la UE*". En este informe, la propia COMISIÓN ya advertía que los tipos de gravamen medios ya se encontraban por debajo de la media de la OCDE –en casi un 5%– y de los Estados BRIC –en casi un 2% respecto a Brasil, Rusia, India y China–. Estos últimos Estados, son los activos en tener una tributación sobre sociedades baja para atraer inversiones foráneas.

351 En consecuencia, vemos que las jurisdicciones tributarias europeas han visto reducir la participación de lo aportado por el impuesto sobre sociedades, en la recaudación total, suponiendo aproximadamente el 6,5%, todo ello, habiendo aumentado el número de contribuyentes y verse ampliado la base imponible de los impuestos sobre sociedades en los distintos Estados miembros. A modo de ejemplo presentamos aquí unas graficas elaboradas por la propia Agencia Tributaria de España:





352 Otros autores defienden que esta disminución de recaudación ha sido motivada por la generación de pérdidas, por parte de las empresas, durante la crisis económica iniciada en 2008 y la posterior aplicación de las bases imponibles negativas aún pendientes de aplicación. *Vid*. SANZ SANZ, J. F. y EDO HERNÁNDEZ, V.: "Los costes de la imposición en el diseño impositivo", en la obra de VV. AA. coordinada por URBANOS GARRIDO, R. M.: *Lecciones para después de una crisis: Estudios en homenaje al Profesor Albi*, Instituto de Estudios Fiscales, 2017, págs. 138 a 140.

353 En los últimos años, desde la UE se han planteado retos como el objetivo *Europa 2020*, basados en plantear situaciones de crecimiento económico sostenible y protección del medio ambiente. En este sentido, hay autores –que vienen defendiendo este aspecto desde hace tiempo– que defienden que las propuestas de bases imponibles serían compatibles con esos objetivos, e incluso podrían ser el impulso necesario para alcanzarlos. *Vid*. VIANA BARRAL, V. y VILLALÓN PÉREZ-ARTACHO, J.: "Hacía la armonización del Impuesto sobre Sociedades.

bastante hacía una armonización en materia de sociedades a nivel europeo, con las aprobaciones del régimen europeo sobre la imposición para las operaciones de reorganización o societarias emprendidas por contribuyentes europeos –o con residencia fiscal en las jurisdicciones europeas–, así como el establecimiento del régimen tributario a nivel europeo para las relaciones entre matrices y filiales, el desarrollo normativo europeo acerca de las operaciones vinculadas sobre el pago de intereses y cánones entre entidades pertenecientes al mismo grupo y, más recientemente, la aprobación de la Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, "por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior" – conocida como *Directiva ATAD I*– y su posterior modificación mediante Directiva 2017/952/UE, del Consejo, de 29 de mayo de 2017, "por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países" –conocida como *Directiva ATAD II*–. Tampoco podemos olvidar la armonización en negativo desarrollada por el TJUE, ya que ha establecido los límites de las jurisdicciones tributarias en base al Derecho de la UE, asegurando la correcta aplicación de las Libertades de la Unión, es decir, defendiendo por un lado los posibles casos de discriminación por razón de nacionalidad o, por otro, los posibles abusos cometidos por los contribuyentes al utilizar los principios del Derecho de la UE en su beneficio –disminuyendo la carga fiscal–.

Aunque si nos basamos en las distintas comunicaciones de la *COMISIÓN EUROPEA*, observamos que existe una intención en armonizar la base imponible del impuesto sobre sociedades desde hace tiempo [(354)], ya que –siempre en palabras de la Comisión– la existencia de multitud de jurisdicciones tributarias que aplican sistemas tributarios en materia de fiscalidad directa a las sociedades, provoca que el mercado interior no se adapte a las exigencias de la globalización y, por tanto, no se alcance una mayor integración europea, necesitándose nuevas herramientas que puedan eliminar las distorsiones que generan los sistemas tributarios europeos, con el fin de obtener un correcto funcionamiento del mercado interior común [(355)]. Estas herramientas son la implantación de un único sistema de determinación de la base imponible del impuesto sobre sociedades, que garantizará la eliminación de los costes asociados

Luces y sombras de la Propuesta de Directiva sobre la Base Imponible Consolidada Común del Impuesto sobre Sociedades", *Quincena Fiscal*, núm. 22, 2011, pág. 83.

[354] Véase, COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 23 octubre del 2001, SEC (2001) 1681, titulado "*Fiscalidad de las empresas en el mercado interio*r", también conocida como *Informe Bolkestein*. La comunicación final es COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 23 octubre del 2001, COM (2001) 582 final, "*Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala*".

[355] Estas afirmaciones, acerca de la necesidad de armonizar la fiscalidad directa, ya se mencionaba en trabajos anteriores como el *Informe Van der Temple*, de 1970 o el *Informe Ruding*, de 1992.

a la gestión de los distintas jurisdicciones tributarias a la hora de liquidar el impuesto sobre sociedades, obteniendo una mejora de la competitividad delos grupos societarios europeos.

Antes de seguir con el análisis del contexto en el que se ha desarrollado dichas propuestas, destacamos que la Comisión he creado un procedimiento progresivo para la aprobación de las bases imponibles comunes, y es que se ha propuesto que se apruebe primero la Base Imponible Común del Impuesto sobre Sociedades (BICIS), como paso intermedio para acordar y aprobar la Base Imponible Consolidada Común del Impuesto sobre Sociedades (BICCIS) [(356)].

Por tanto, el contexto económico y político, tanto en 2011 como en 2016, hace que las propuestas de Directivas sobre la base imponible se topen con una manifiesta y clara oposición a llegar un acuerdo en el seno del Consejo, de forma que las aprobaciones aún están paralizadas. Aunque, también ponemos de manifiesto, con el impulso de las Acciones BEPS por parte de la OCDE y donde todos los Estados miembros han participado, supone una estimulación para alcanzar acuerdos referente a obtener una armonización en la base imponible como para la eliminación de las operaciones intragrupo a través de la consolidación fiscal, herramientas necesarias para limitar las acciones abusivas por parte de los contribuyentes transnacionales [(357)]. Manifestamos una cierta prudencia acerca de la aprobación de las propuestas, puesto que estamos ante una cesión de la potestad tributaria por parte de los Estados y, como hemos ido adelantando a lo largo de este trabajo, es el principal escollo que tiene la armonización fiscal en materia de fiscalidad directa sobre las sociedades. El argumento se basa en la utilización de las potestades tributarias como herramienta para desarrollar una política fiscal, a través de un desarrollo normativo del impuesto sobre sociedades, con el objetivo de atraer la localización de nuevos contribuyentes dentro de las jurisdicciones tributarias o, incluso de mantener los actuales contribuyentes, es decir, se utiliza la competencia fiscal para obtener un desarrollo económico dentro de las jurisdicciones nacionales, en contra de perder recaudación en el impuesto sobre sociedades.

En virtud de la lógica de justicia tributaria sería recomendable la aprobación de las propuestas; pero lo cierto es que la actuales crisis internas de la UE, como la crisis migratoria

[356] Además, ambas propuestas contemplan la aplicación de los preceptos de forma obligatoria para los grandes contribuyentes europeos –aquellos con unos ingresos superiores a 750 millones de euros en el ejercicio fiscal anterior a la entrada en vigor de las normas europeas–, como herramienta que sirva para la lucha contra la planificación fiscal agresiva realizada por estos agentes económicos.

[357] En este sentido, vemos que con las aprobaciones de la Directiva 2016/1164/UE y su posterior modificación mediante Directiva 2017/952/UE, –conocidas como *Directiva ATAD I* y *ATAD II*– suponen estar más cerca de la aprobación de las propuestas, ya que se establecen unos estándares mínimos para la lucha contra la elusión fiscal, como concienciación por parte de los Estados de que una mayor integración supone mayores ventajas para todos.

y la constitución de gobiernos pocos interesados en la integración, hace pensar que quizás habrá que buscar otro tipo de coordinación, dejando vigente la actual situación de competencia fiscal –con unos límites marcados por el TJUE y por la Comisión– entre los Estados miembros, con vistas a alcanzar nuevas líneas de cooperación en materia de fiscalidad directa. Es decir, nuestra opinión, creemos que estamos en un punto de inflexión donde se destruye el proyecto europeo o se construye una mayor Europa mediante el respeto de las potestades tributarias de cada Estado, mediante una mayor coordinación en las operaciones que realizan los contribuyentes europeos con el resto de contribuyentes y jurisdicciones tributarias extracomunitarias, alcanzando una mayor integración europea en este sentido.

3. ANÁLISIS DIFERENCIAL ENTRE LAS PROPUESTAS DE DIRECTIVA Y EL IMPUESTO DE SOCIEDADES ESPAÑOL.

3.1.ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA BICIS Y BICCIS.

Empezando con el análisis del ámbito de aplicación para la BICIS, debemos remitirnos al artículo 2 de la propuesta de Directiva, donde determina la obligatoriedad a dos tipos de contribuyentes y la aplicación voluntaria para el resto [(358)]. El primer condicionante de obligatoriedad será para aquellas sociedades que se hayan constituido en virtud a algún ordenamiento nacional de la UE –también creemos que se tendría que incluir los establecimientos permanentes [(359)] –, siempre y cuando cumplan con cuatro requisitos. 1) que la constitución de la sociedad sea a través de la forma jurídica contemplada en el Anexo I de la propuesta. 2) estando sujeta a algún impuesto [(360)] señalado en el Anexo II de la propuesta [(361)].

[358] Debemos remarcar que la propuesta de Directiva contempla expresamente que no será de aplicación en aquellas sociedades navieras que estén sujetas a un régimen especial de algún Estado miembro.

[359] Una de las aportaciones más relevantes que genera la propuesta de Directiva BICIS, es la definición de establecimiento permanente en su artículo 5, abarcando, en nuestra opinión, correctamente todos los supuestos para la determinación de un EP, ya que la definición que recoge la Directiva 2011/96/UE del Consejo, en su art. 2 letra b) queda demasiado escueta como base para los ordenamientos nacionales, puesto que le Derecho de la UE se tendría que conformar como base de los mismos.

[360] Habrá que tener claro, que la propuesta de norma europea no establece que exista una tributación efectiva del impuesto ni una sujeción a un concreto tipo de gravamen, sino que la sociedad esté sujeta formalmente al impuesto. Es decir, se elimina así la posibilidad de que aquellas sociedades que tributan a un tipo reducido o cero, o que se encuentre parcial o totalmente exentas mediante una cuota reducida o nula; cumplan con la obligatoriedad de someterse a la propuesta. *Vid*. BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C.: *La armonización de la base imponible común consolidada del Impuesto sobre Sociedades y su incidencia en el sistema tributario español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 304 y ss.

[361] Volvemos a ver, una vez más, que la formulación de la propuesta sigue las líneas marcadas con otras Directivas anteriores de forma lógica, es decir, establece en unos Anexos las formas jurídicas y los impuestos a los que deben estar sometidos, para poder acogerse a la Directiva como en las Directivas Matriz-filial y la de fusiones; aunque en éstas se establece un único Anexo.

3) que la sociedad forme parte de un grupo consolidada según la contabilidad financiera [362] y tengan unos ingresos –a nivel consolidado– de más de 750 millones [363] de euros en el ejercicio previo. 4) además, deberá ser considerada la sociedad matriz o filial consolidable según la Directiva, o que haya constituido uno o varios establecimientos permanentes en otras jurisdicciones europeas [364]. Como segundo condicionante, le será de aplicación obligatoria a aquellas sociedades extracomunitarias constituidas en base a su ordenamiento de residencia, cuando ostente uno o varios establecimientos permanentes en una o varias jurisdicciones europeas y cumpliendo los cuatro requisitos anteriores, es decir, la Directiva resultará obligatoria sobre aquellos establecimientos permanentes de sociedades extracomunitarias que cumplan los requisitos del primer condicionante. Para la aplicación voluntaria, la propuesta establece que cualquier contribuyente que cumpla los dos primeros requisitos del primer condicionante podrá aplicarse la BICIS.

Siguiendo con el análisis del ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva BICCIS se contempla en su artículo 2, donde se establecerá que los sujetos que estarán sujetos serán en las mismas condiciones a los que se les aplique la base común. Incluso en los casos donde se quiera aplicar voluntariamente la propuesta de base imponible consolidada. Por tanto, el primer comentario que podemos hacer es que se utilizará el ámbito de aplicación de la BICIS como elemento instrumental para la aplicación de la BICCIS, es decir, desde la Comisión se ha pretendido –desde el punto de vista a que de aprobar las propuestas– dar mayor importancia a la propuesta de base común como instrumento para limitar la competencia fiscal entre las

[362] Según la propuesta de Directiva, «un grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera» será aquel que elabore su estados financieros según las Normas Internacionales de Información Financiera –NIIF– o con un sistema nacional de información financiera; definición recogida en el artículo 4 apartado 10 de la propuesta. Este aspecto también es señalado en la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, "*sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas*", en su artículo 22 apartado sexto.

[363] Este umbral de ingresos escogido parte de la idea de eliminar los problemas –o en su mayoría de casos– que se originan por la construcción de entramados societarios, por parte de las multinacionales, a través de la planificación fiscal internacional agresiva en busca de una reducción de la carga fiscal. Es decir, la propia propuesta entiende que el diseño y desarrollo de dichos entramados sólo lo pueden hacer grupos multinacionales con un elevado nivel de ingresos. Vemos, por tanto, una correcta aplicación del principio de proporcionalidad que emana del TFUE, en los casos de aplicación obligatoria ante unos niveles altos de ingresos y la voluntariedad en aquellos casos en los que no se alcance dichos ingresos. Aspecto señalado en los considerandos de tanto la propuesta de Directiva BICIS como en la propuesta de Directiva BICCIS.

[364] La definición de filial consolidable según la Directiva se contempla en el artículo 3 de la propuesta, disponiendo que podrá ser filial inmediata o subfilial cuando: 1) la sociedad matriz ostente más del 50% de los derechos de voto, en definitiva se entiende que la matriz ostentará el 100% de los derechos; o 2) ostente una propiedad de los fondos propios de más del 75% o recibir más del 75% de los beneficios de la sociedad, se debe tener en cuenta que para calcular los porcentajes en los fondos propios o la participación en los beneficios, multiplicándose las participaciones, tanto directas como indirectas, en las filiales de cada nivel, incluyendo aquellos porcentajes que se ostente mediante una sociedad en un Estado extracomunitario. Esta circunstancia será abordada más adelante, cuando hablemos de como determinar un grupo fiscal consolidado.

jurisdicciones nacionales de la UE y como elemento esencial para la lucha contra las prácticas de planificación fiscal internacional agresivas. Dicho de otro modo, haber desarrollado unos ámbitos de aplicación diferentes en cada propuesta hubiera supuesto crear una sujeción para todas las sociedades que tributen por impuestos análogos al de sociedades [(365)]. En nuestra opinión, vemos que se siguen manteniendo defectos en estas propuestas con respecto a la propuesta de 2011 acerca de la base imponible consolidada común, es más, como bien señalan *CENCERRADO MILLÁN* y *SOLER ROCH*, si la idea era combatir contra las prácticas de planificación fiscal internacional agresivas ya se combaten con las *Directivas ATAD I* y *ATAD II*, donde se incluyen todos los contribuyentes de los impuestos sobre sociedades y garantiza «un nivel mínimo» [(366)] para la lucha contra la erosión de bases imponibles [(367)]. Adelantándonos a las propuestas de medidas anti-abuso contempladas en las propuestas de Directivas, advertimos que de forma aparente dichas propuestas contempla un desarrollo en la configuración de las normas anti-elusión por cada Estado miembro, dando la posibilidad de desarrollarlas de forma diferente en los casos para la limitación de la deducibilidad de los interés o en las normas de entidades transparentes, estableciéndose normas anti-elusión similares, pero con contenidos y alances diferentes, lo que es lo mismo de que tampoco se alcanza una armonización plena con normas anti-abuso comunes en todas las jurisdicciones, mediante una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades donde queden sujetos todos los contribuyentes europeos que tributen por impuestos análogos al de sociedades. En nuestra opinión, creemos que estas propuestas no saldrán adelante y que se podrá seguir hablando de una multitud de sistemas tributarios nacionales que sigan limitando una mayor integración europea, y aunque se aprobase la propuesta de Directiva BICIS, estaríamos frente a una nueva fórmula para el cálculo del gravamen sobre los beneficios empresariales, ya que no suprime el resto de fórmulas nacionales.

3.2.PRINCIPIO DE DEVENGO, PERIODIFICACIÓN, CUANTIFICACIÓN Y EL *EXIT TAX* DESDE LA PERSPECTIVA DE LA BICIS.

Las particularidades de la base imponible común se pueden observar, también, en la aplicación del principio de devengo, en las reglas de periodificación y su forma de

[365] Este aspecto es señalado por los autores CENCERRADO MILLÁN, E. y SOLER ROCH, M. T.: *op. cit.*, pág. 69.
[366] CENCERRADO MILLÁN, E. y SOLER ROCH, M. T.: *op. cit.*, pág. 70.
[367] Incluso se recoge que pueden ser mejoradas por cada Estado miembro

cuantificarlas. De este modo, el conjunto de los artículos del 15 al 28 de la propuesta, base imponible no parte de un resultado contable concreto, sino que se habrá de definir unos criterios que posibiliten el reconocimiento de los ingresos y los gastos [(368)]. Así según el artículo 16 sobre el devengo de los ingresos, determinará que se integrarán una vez nazca el derecho a percibirlos y estén correctamente cuantificados [(369)]. Observando el artículo 17 sobre el incurrimiento de los gastos deducibles, se devengarán una vez haya nacido la obligación de realizar el pago, cuyo importe deberá estar, razonablemente, bien cuantificado, adicionalmente se exige que dichos gastos derivados por los servicios o la adquisición de bienes, se deben de haber recibido dichos servicios o haberse producido la transferencia de riesgos y beneficios de dichos bienes [(370)]. Además, la propuesta recoge reglas especiales sobre las incidencias fiscales que se generan por los costes vinculados a los activos no amortizables –artículo 18–; por la medición de las existencias y productos en curso –art. 19–; por la forma de valoración –art. 20–; por el tratamiento fiscal de los activos y pasivos financieros mantenidos con fines de negociación –también llamada «cartera de negociación», art. 21–; por la incidencia tributaria en los contratos de larga duración –art. 22–; por el tratamiento fiscal de las provisiones, pensiones y las deducciones en concepto de créditos de dudoso cobro –art. 23, 24 y 25, respectivamente–; por la incidencia fiscal en los instrumentos de cobertura –art. 26–; por la valoración de las existencias y productos en curso –art. 27–; y, por último, el tratamiento fiscal de las empresas de seguro –art. 28–.

Pero quizás la particularidad más destacable, a nuestro juicio, es entender la imposición de salida –en inglés *exit tax*– como una regla de imputación temporal y no como una norma anti-abuso, recogida en el artículo 29 del capítulo III de la propuesta, ya que la imposición de salida supone someter a imposición las diferencias entre el valor de mercado y el valor fiscal, cuando un contribuyente decide realizar un traslado de los siguientes elementos del balance: 1) aquellos activos trasladados desde una sociedad radicada en una jurisdicción nacional de la UE a un establecimiento permanente de otro Estado miembro o a un Estado extracomunitario; 2) cuando se realice un traslado de los activos de un establecimiento permanente situado en un Estado miembro a su casa matriz o a otro EP que residan en otra jurisdicción europea o

[368] Si bien es cierto, estos criterios que señalamos que se deben definir, necesariamente no se apartan de los principios que, tradicionalmente, se han venido aplicando en el ámbito contable. Aunque recordamos que dichas normas europeas están recogidas en la Directiva 2013/34/UE.
[369] Cabe la posibilidad que dichos ingresos no se hayan percibido efectivamente, en este caso, también existirá un devengo de los mismos.
[370] Estos dos artículos serán considerados como principios generales a vista del artículo 15 de la propuesta de Directiva BICIS.

extracomunitaria [371]. 3) cuando se produzca un cambio de residencia fiscal de una sociedad desde una jurisdicción nacional a otra o un Estado extracomunitario [372]. Y 4) cuando se produzca un traslado de las actividad empresarial que realiza un EP desde un Estado miembro a otra jurisdicción europea o país extracomunitario [373]. De forma genérica, todos estos supuestos quedarán expresamente exceptuados en los siguientes casos: a) cuando el traslado se realice de forma temporal, es decir, por un periodo inferior a 12 meses; b) cuando sea consecuencia de una operación de reestructuración financiera, es decir, sea motivo a través de una operación de reorganización de deuda con entidades financieras; y c) cuando sea motivada por una operación para establecer garantías frente a terceros –incluidas las Administraciones–. Debe tenerse en cuenta, que el Estado miembro que reciba el traslado de activos, el cambio de residencia o el traslado de la actividad del EP, tendrá que aceptar la valoración fiscal como precio de adquisición, a efectos fiscales; al igual que, creemos, no se podrá aplazar o fraccionar la tributación de dichos traslados dentro de la Unión –cabe la posibilidad de aplicar el principio de neutralidad y método de diferimiento en las operaciones que se realicen por circunstancias motivas por operaciones de reestructuración empresarial o societarias–. Es decir, se sigue lo dispuesto en la *Directiva ATAD I* y en la Directiva fiscal de fusiones, sobre la imposición de salida.

3.3.DETERMINACINACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE COMÚN DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.

Como hemos destacado anteriormente, la propuesta de Directiva no calculará la base imponible a partir de un resultado contable, es decir, aunque existe una cierta armonización en materia contable [374], se ha preferido determinar la base imponible mediante el cómputo de ingresos y gastos establecidos en la propuesta, generando un amplio articulado lleno de definiciones. Teniendo en cuenta que dichos ingresos y gastos, de los que hablamos, se

[371] Este caso establece una excepción, es decir, no se aplicará la imposición de salida contemplada en el art. 29 de la propuesta, cuando el Estado de origen de los activos siga manteniendo la potestad de gravar dichos activos.
[372] Este supuesto tiende a unificar criterios con la Directiva fiscal de fusiones, ya que en esa norma europea se establece en sus normas anti-abuso que no se someterá a una imposición de salida si los activos afectos de la sociedad que traslada su residencia fisca quedan asociados a un EP en el país de residencia previa, manteniendo así la potestad de gravar por parte de ese Estado.
[373] Como en los anteriores supuestos, la propuesta de Directiva quiere garantizar el respeto a las potestades tributarias de los Estados miembros, de tal forma que establece una excepción a someter a tributación de salida si se mantiene la potestad de imposición al Estado de salida.
[374] En este sentido, volvemos a hacer referencia a la Directiva 2013/34/UE.

generarán en el ejercicio fiscal corriente, en un periodo de 12 meses, independientemente de que concurra o no con el año natural –de enero a diciembre–. Por tanto, según el art. 6 de la propuesta, se deberá de evaluar de forma individual y consistente en el tiempo a los gastos e ingresos, posibilitándose la facultad de llevar a cabo una consolidación de los resultados individuales a un tiempo posterior. En consecuencia, los ingresos y gastos han sido conceptualizados de forma amplia para ser integrados en la base imponible, excluyéndose de la definición las aportaciones de recursos, por parte de los accionistas, a los fondos propios de las sociedades, como el reparto de dichos recurso propios. De esta manera, la BICIS plantea unos ingresos que se excluirán de formar parte de la base, de la misma forma que se enuncian que gastos tendrán la consideración de no deducibles.

3.3.1. CONSIDERACIONES SOBRE LOS INGRESOS EXENTOS.

Como hemos mencionado, la propuesta contempla en su art. 8 que ingresos se considerarán exentos de incorporarse a la base imponible común y, por tanto, quedan exentas de gravamen. Estas rentas que se consideran exentas son: 1) las subvenciones otorgadas para adquirir, construir o mejorar el inmovilizado, tanto materia como intangible, siempre que puedan ser objeto de amortizarse. 2) las rentas obtenidas por la enajenación de activos que han sido agrupados para amortizarse [(375)]. 3) rentas derivadas por dividendo o por las plusvalías generadas en la enajenaciones de participadas, siempre que se ostente al menos 10% de los fondos propios –o derechos de voto– en los doce meses anteriores a la operación. Y 4) rentas obtenidas por los establecimientos permanentes, tanto en forma de dividendos como en plusvalías, siempre que el EP sea de titularidad por doce meses anteriores a la renta. Es importante señalar, que para estas dos últimas rentas se establecen unas excepciones y, por tanto, se habrá de incluir en la base imponible en los siguientes supuestos: a) cuando se trate de participaciones –activos– mantenidos con fines de negociación, consideradas «carteras de negociación» o sean participaciones en empresas de seguros; b) cuando la sociedad o el EP haga el reparto de dividendos o se proceda a enajenar, y dicha sociedad o EP estén sometidos a un tipo de gravamen del impuesto análogo al de sociedades, inferior a la mitad del Estado de la sociedad receptora de dichas rentas [(376)]; y c) cuando el establecimiento permanente o la

[375] En contraposición, se deberá excluir de la base imponible el gasto por amortización de este conjunto de activos.
[376] En este sentido, *CENCERRADO MILLÁN* y *SOLER ROCH* destacan que caben dos excepciones a esta excepción, una es la cláusula de inversión –la *switch-over* en inglés–, la deducción del pago del impuesto pagado en el país de residencia de la sociedad participada o del EP, en el Estado de residencia de la perceptora; o acogerse

sociedad dependiente sea residente en un Estado extracomunitario y, éste le permita la deducción de la plusvalía o del dividendo recibido, entrando en funcionamiento las medidas anti-abuso en relación a la asimetría hibridas. Como elemento adicional, la propuesta extenderá la exención de las rentas de aquellos EP establecidos tanto dentro de la UE como en territorios extracomunitarios.

3.3.2. CONSDERACIONES SOBRE LOS GASTOS DEDUCIBLES.

3.3.2.1. LA SOBRE DEDUCCIÓN DE LOS GASTOS EN I+D.

Analizando lo dispuesto en el artículo 9 de la propuesta vemos que gastos tendrán consideración de deducibles a efectos de calcular la base imponible común, que serán todos aquellos que estén directamente relacionados con la actividad empresarial del sujeto pasivo, independientemente de que se sujeten a imposición las rentas que se deriven de dichos gastos. En este último aspecto, la propia propuesta establece una excepción para considerar los gastos derivados para obtener dividendos o plusvalías en las enajenaciones de participaciones, e incluso de las rentas de EP, como no deducibles. Como tendremos ocasión de señalar posteriormente, se establece una sobre deducción para los gastos en investigación y desarrollo, que efectivamente se hayan incurrido.

El término de sobre deducción es acuñado por *CENCERRADO MILLÁN* y *SOLER ROCH*, ya que en la propuesta de Directiva se habla de «súper deducción» al tratarse de un claro incentivo fiscal para la realización de inversiones en actividades de investigación y desarrollo, al permitirse los costes reales de dicha investigación y desarrollo, sumando un 50%, en forma de deducción, adicional de esos costes –excluyéndose los costes del inmovilizado material mueble– hasta un máximo de 20 millones de euros [(377)]. En los casos que se inviertan más de 20 millones el porcentaje adicional será del 25%. En la misma línea, aquellas inversiones que realicen empresas no cotizadas, con menos de 50 trabajadores y una facturación menor a 10 millones; o empresas de nueva creación –que hayan iniciado su actividad en los 5 años previos y no hayan surgido de operaciones de concentración– sin empresas asociadas o vinculadas, tendrán un porcentaje del 100%.

al convenio para evitar la doble imposición entre ambos Estados cuando no contemple la posibilidad de dejar exentos las rentas por dividendos y/o plusvalías, aunque la dependiente o el EP estén sometidos a un impuesto sobre sociedades inferior a la mitad al del Estado de residencia de la perceptora. (*op. supra cit.*, pág. 69).

[377] CENCERRADO MILLÁN, E. y SOLER ROCH, M. T.: *op. supra cit.*, pág. 70.

3.3.2.2. ESPECIAL ATENCIÓN A LOS GASTOS POR AMORTIZACIÓN.

Como consideración previa, podemos decir que la regulación sobre las amortizaciones en la BICIS, es muy beneficiosa para el contribuyente, algo coherente y lógico al tratarse una normativa que quiere atraer su aplicación a los contribuyentes que tienen la opción de, voluntariamente, aplicarse o no la base común. Y es que, la propuesta de Directiva contempla una definición de inmovilizado que nos lleva a pensar que se trata de una verdadero ahorro de la carga fiscal para el contribuyente, en aquellos elementos a amortizar. Concretamente, dicha definición recoge tanto el inmovilizado material –el formalizado por el contribuyente o el adquirido a título oneroso– como el inmovilizado intangible –aquellos que se destinan para el mantenimiento, para el curso de la actividad por un período superior a doce meses, para la producción o como garantía–. La propuesta también establece aquellos elementos cuya amortización no se considera gasto deducible, estos bienes son aquellos los costes de adquisición o de construcción de un inmovilizado inferior a mil euros, excluyéndose su amortización para pasar a considerarse como gastos corrientes en el año en curso en el que se produzcan, como un gasto deducible corriente [(378)]. Por tanto, se podrá decir que los elementos inmovilizados con un valor inferior a mil euros disfrutarán de una, a modo de equivalencia, libertad de amortización.

Entrando en detalle de los gastos deducibles por amortización recogidos en la propuesta de Directiva de la base común donde el artículo 10 nos hace una remisión al capítulo IV, desde el artículo 30 al 40. En este articulado se establecerán situaciones indudables que benefician al contribuyente, mediante dos formas de amortización de elementos del inmovilizado. La primera forma, se basa en una amortización «individualizada» [(379)], donde se aplicará el método de amortización lineal para cinco categorías de elementos del inmovilizado, que son: 1) las estructuras y edificios industriales, con una vida útil fijada en veinticinco años; 2) las oficinas, edificios y otros inmuebles comerciales, con una vida útil fijada en cuarenta años; 3) aquel elemento con una vida útil, desde la perspectiva contable, superior a quince años, será considerado como inmovilizado material a largo plazo con una vida útil fijada en quince años; 4) aquel inmovilizado con una vida útil, desde el punto de vista contable, igual o superior a

[378] En el artículo 38 de la propuesta recoge, adicionalmente, otros elementos del inmovilizado que se consideran no amortizables, y que son: 1) aquel inmovilizado materia que no sufre desgaste ni obsolescencia, véase los terrenos, las obras de arte, las antigüedades y las joyas; y 2) los activos financieros.
[379] Concepto recogido en el artículo 33 de la propuesta de Directiva BICIS.

ocho años e inferior a quince años, considerado inmovilizado material a medio plazo con una vida útil fijada en ocho años; y 5) aquel elemento que goce de una protección legal o que otorgue un derecho, y desde la normativa contable tenga una vida útil del período de protección legal o no se pueda determinar, será considerado como inmovilizado intangible con una vida útil fijada en quince años. A simple vista no se puede observar el beneficio que le reporta al contribuyente esta forma de amortizar, pero supone una aceleración de la amortización, o dicho de otro modo aquel elemento del inmovilizado material a medio plazo con una vida útil de 15 años, en base a la contabilidad, se amortizará fiscalmente en ocho años, generando así un beneficio para el contribuyente. La segunda forma, será la amortización empleada en el resto del inmovilizado según el artículo 37 de la propuesta, y concretamente será aquel inmovilizado material con una vida útil contable menor a ocho años, proveyéndose que se aplique una amortización conjunta para grupos de elementos –el llamado régimen de *pool*– del 25%, para cada ejercicio sobre la base de amortización de todo el conjunto de elementos. Calculándose la base sumándole a la base del ejercicio anterior aquellos costes por adquisición o construcción de los nuevos elementos incorporados al grupo y restando la diferencia por la enajenación de elementos trasmitidos –se incluyen como resta las indemnizaciones recibidas por pérdida o destrucción de dichos elementos–. Esta segunda forma contempla tres beneficios para el contribuyente, a) una simplificación para la liquidación del impuesto, eliminando la elaboración de listas detalladas de elementos inmovilizados con vidas útiles diferentes [(380)]; b) también, supone una aceleración en los gastos por amortización, como el primer método; y c) en el caso de enajenar activos, al minorarse la posible plusvalía de la base de amortización, se convierte en una exención en la imposición de esa enajenación, es decir, supone una no tributación por esa plusvalía en la enajenación de una parte de los activos agrupados, que al destinarse a minorar la base de amortización, supone, de modo equivalente, un diferimiento de la tributación por esa plusvalía.

Otras consideraciones que cabe en el capítulo IV, destinado a la determinación de los gastos deducibles por amortización, tiene que ver con los elementos que no se amortizan contemplados en el art. 38, que establece una excepción a dicha no amortización para amortizarse lo equivalente a la pérdida de valor de esos elementos no amortizables, siempre y cuando, se produzcan por fuerza mayor o por acciones delictivas de terceros, y no se contemple una exención en la enajenación de dichos elementos. La otra consideración, tiene que ver con

[380] En nuestra opinión, dicho argumento carece de sentido, o mejor dicho, no existe tal simplificación, ya que por un lado sí que existe un ahorro administrativo, pero por otro se incrementan los costes de administración al tener que suministrar una mayor información a las administraciones y un aumento de los controles, tanto a nivel contable como a nivel fiscal, supone mayor carga administrativa para los contribuyentes que voluntariamente quieran aplicarse la BICIS.

las plusvalías obtenidas en la amortización individualizada, estableciéndose un diferimiento en la tributación de esa plusvalía cuando se reinvierta, dicha plusvalía, antes de finalizar el segundo ejercicio posterior a la enajenación, en un elemento con la misma finalidad –o similar– del trasmitido. Aunque, esa plusvalía minorará la base de amortización del nuevo elemento que sustituye al anterior. Dicho diferimiento se producirá al cumplir con el requisito de, cuando la enajenación se produzca voluntariamente, dicho elemento tendrá que formar parte de la propiedad del contribuyente por un período mínimo de tres años antes de la transmisión. Y ante la situación de que no se lleve a cabo la reinversión dentro del plazo de dos años después de la enajenación, la plusvalía deberá incrementar la base imponible del contribuyente, adicionándola en un 10% dicha plusvalía.

3.3.2.3. EL REQUISITO DE INTERÉS DIRECTO EN LOS GASTOS DEDUCIBLES EN LA BICIS.

Señalan *CENCERRADO MILLÁN* y *SOLER ROCH* que con la introducción en el apartado primero del artículo 9 de la propuesta de la definición de que se consideran gastos deducibles, se crea así el concepto de «interés directo» para que un gasto deducible sea considerado como elemento que disminuya la base imponible [(381)], es decir, tendrá que haber un interés en realizar el gasto por parte del contribuyente para que concurra el gasto a la determinación de la base imponible. En este sentido, la propia propuesta no contempla una determinación que ayude a la interpretación de «interés directo» y serán los propios contribuyentes, y posteriormente, en los casos de revisión e inspección, las Administraciones tributarias quien desarrollen dicha interpretación, aunque como ha pasado en otras ocasiones, quien podrán las delimitaciones concretas a este concepto será el propio Tribunal de Luxemburgo, invocado por las diferentes actuaciones de los contribuyentes –a través de recursos– contra las jurisdicciones nacionales que traspongan la propuesta de Directiva, si se llegase a aprobar.

[381] CENCERRADO MILLÁN, E. y SOLER ROCH, M. T.: *op. supra cit.*, pág. 70.

3.3.3. CONSIDERACIONES DE LOS GASTOS NO DEDUCIBLES. CON ESPECIAL ATENCIÓN A LA LIMITACIÓN A LA DEDUCIBILIDAD DE LOS INTERESES.

Establecidos en el artículo 12 de la propuesta, serán considerados como gastos no deducibles los dividendos, el reembolso del capital social de una sociedad participada, el principal de una deuda financiera, los sobornos, pagos ilegales, multas y sanciones administrativas, las liberalidades, los costes amortizables y los impuestos sobre sociedades. Y como novedad se incluye las pérdidas surgidas por un establecimiento permanente en un Estado extracomunitario.

La propuesta entiende que se tratan de «medidas para resolver la asimetría en el tratamiento fiscal de los recursos propios y de los recursos ajenos» al hilo de lo expuesto por *CENCERRADO MILLÁN* y *SOLER ROCH*, aunque no deja de ser la cláusula de limitar la deducibilidad de los gastos por intereses [(382)]. En definitiva, debemos remarcar que una actividad empresarial, desde la perspectiva contable, estará compuesta por el resultado generado en la explotación de su objeto social –la actividad principal– y por resultado financiero en el que se ha apoyado para desarrollar la anterior. Sobre este último resultado es donde se ha focalizado las actuaciones de las jurisdicciones tributarias para limitar la planificación fiscal –también la internacional– agresiva, mediante: 1) limitando la deducibilidad de los gastos financieros sobre un porcentaje del resultado de explotación; y 2) permitiéndose la deducibilidad de costes considerados fondos propios. En consecuencia, la propuesta de BICIS recoge en su articulado –véase el art. 13– dicha limitación [(383)] para el exceso de gastos por intereses que exceda del 30% del EBITDA [(384)] en el ejercicio fiscal.

Entrando en detalle sobre lo establecido en el art. 13 de la propuesta, vemos que hay una deducción mínima de 3 millones de euros; exigiendo el límite del 30% al contribuyente que actué en nombre de un grupo –no aplicando el límite a las sociedades aisladas–; y permite la deducibilidad de aquellos gastos que no se han podido deducir en un ejercicio en ejercicios posteriores sin límite temporal [(385)]. Como nota negativa, no contempla «cláusulas de escape»,

---

[382] CENCERRADO MILLÁN, E. y SOLER ROCH, M. T.: *op. cit.*, pág. 71.

[383] Sigue las recomendaciones planteadas en el Plan de acción BEPS de la OCDE y, en concreto, de la limitación que ya contempla la *Directiva ATAD I*.

[384] El EBITDA se trata, a groso modo ya que no es objeto de estudio en este trabajo, el resultado contable sin tener en cuenta el coste por el impuesto de sociedades, el resultado financiero, el resultado por excepcionales y las amortizaciones.

[385] Tampoco permitirá que se utilicen los «márgenes no consumidos», término usado por los autores *CENCERRADO MILLÁN* y *SOLER ROCH*, ya que la propuesta habla de «capacidad no utilizada de deducir intereses previos». (*op. supra cit.*, pág. 71.)

o lo que es lo mismo, no tendrá en cuenta los gastos financieros totales del grupo que se han concentrado en una sola sociedad, distribuyéndola –la carga de intereses– por todo el grupo.

Como hemos comentado, la segunda forma de combatir la planificación fiscal, mediante una capitalización de los fondos propios de las empresas –una especie de fomento de los recursos propios frente los ajenos–, que genera asimetrías entre los recursos propios y ajenos, es la deducibilidad de gastos considerados fondos propios. En este sentido, la propuesta también recoge esta herramienta en el art. 11, al establecer una bonificación basada en el crecimiento e inversión –desde el punto de vista de la normativa española, podemos asociar esta bonificación con nuestra reserva de capitalización– que concede un ahorro fiscal ligado al incremento de los fondos propios alcanzados al final del ejercicio fiscal. Esta bonificación se basa en aplicar un interés teórico [386] a los fondos propios del contribuyente [387]. Lo que nos llama la atención de este incentivo fiscal es que tiene su contrapartida negativa, y es que, se generará una penalización cuando se disminuyan sus fondos propios, es decir, al considerarse como un interés teórico si la base –esos recurso propios– desciende, pasará a considerarse como un ingreso y deberá formar parte de la determinación de la base imponible [388].

3.3.4. EL TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LA COMPENSACIÓN DE LAS BASES IMPONIBLES NEGATIVAS.

La propuesta de Directiva BICIS habla de «excedente de gastos deducibles y otros elementos deducibles sobre los ingresos en un ejercicio fiscal determinado» según el artículo 4 apartado noveno, lo que viene a ser aquellas pérdidas obtenidas por el contribuyente o por el EP de un contribuyente no residente, y en base al artículo 41 de la propia propuesta se podrán trasladar a ejercicios posteriores, por tanto, deducirse –sin limitación temporal–, siempre y cuando no reduzca la base imponible hasta un resultado negativo. Estableciéndose un criterio FIFO –*first input first out* o primero en entrar primero en salir– para aplicar primero las pérdidas más antiguas. En consecuencia, se ha establecido dos cuestiones innovadoras: 1) una limitación a la compra de sociedades o EP con pérdidas, al no permitir la deducción de esas pérdidas

[386] Durante los 10 primeros años de aplicación de esta bonificación, se calculará el interés teórico al sumar un 2% al rendimiento de la deuda pública de la zona euro en el mes de diciembre del ejercicio correspondiente. También se establece un porcentaje mínimo para ese interés teórico en el 2%.
[387] La base al que se aplicará ese interés teórico se calculará mediante la diferencia de los recursos propios al final del ejercicio fiscal en el que se quiera aplicar la bonificación y los recursos propios en el ejercicio que se aprueba la normativa europea.
[388] La propuesta de Directiva contempla medidas para evitar abusos por parte de los contribuyentes, en su art. 11 apartado sexto, aunque deberá ser desarrollado por la comisión.

cuando se den: a) cuando la compra traiga consigo convertir la sociedad adquirida en una filial consolidable –según el art. 3 de la propia propuesta–; y b) que tras la compra exista un cambio en la actividad de la sociedad adquirida, es decir, cuando deje de realizar la actividad que haya supuesto más del 60% de sus ingresos, o realice nuevas actividades que suponga más del 60% de sus ingresos, ambos casos se basan en el cómputo con respecto a los ejercicios previos. Y 2) quizás la cuestión más importante, tratándose en la compensación de bases imponibles negativas transnacionales –aunque tiene un carácter temporal–, esta medida se contempla en el artículo 42 de la propuesta, y facilita la compensación de pérdidas obtenidas por filiales consolidadas inmediatas o por sus EP situados en alguna jurisdicción europea, en la base imponible una vez haya reducido su pérdidas o carezca de ellas. A esta medida cabe, de forma lógica, una excepción que no se podrán traspasar esas pérdidas entre filiales consolidadas, ni compensar con las pérdidas de la matriz los beneficios de una filial. Es decir, la única compensación de pérdidas que se permite es la compensación vertical ascendente [(389)]. Además hay que poner de manifiesto, que sólo se podrá compensar la parte proporcional, en función del porcentaje que ostente en los fondos propios, de las pérdidas de las filiales, aunque se podrá compensar el 100% si se tratase de un EP.

Hemos destacado el carácter temporal de la compensación de las pérdidas de las filiales consolidadas –hay que tener en cuenta que sólo podrán ser las inmediatas– o de los establecimientos permanentes, ya que esa compensación deberá ser integrada en la base imponible teniendo que tributar por ella, es decir, cuando, tanto la filial como el EP, obtengan beneficios en los siguientes años, el contribuyente tendrá que integrarse, en su base imponible, dichos beneficios –los de la filial o EP– con el máximo compensado [(390)]. En definitiva, vemos que la propuesta apuesta por la defensa de las potestades tributarias y que los Estados no pierdan recaudación gracias a la base imponible, esta afirmación se basa en un mecanismo automático, establecido en el art. 42 apartado cuarto, de recuperación de la compensación de las pérdidas de filiales o EP en las siguientes circunstancias: a) al finalizar el quinto ejercicio en el que se hayan compensado dichas pérdidas y no haya sido reincorporadas –la deducción– totalmente en la base de la matriz; b) cuando se proceda a la venta de la filial o se transforme en un EP; c) cuando se proceda a la venta del EP o se liquide o se transforme en una filial; y d) cuando la

[389] Desde el punto de vista del contribuyente, este mecanismo queda muy lejos de un auténtico sistema de consolidación fiscal que integra tanto las bases positivas como las negativas de todos los miembros que forman el grupo consolidado, y que permite la compensación vertical ascendente y descendente y la compensación horizontal –entre filiales–.

[390] El lado positivo de esta medida, es que esas pérdidas compensadas por la matriz y una vez revertidas, podrán ser compensadas por la filial o el EP, precepto contemplado en el art. 41 de la propuesta.

matriz deje de cumplir el art. 3 apartado primero, que establece los requisitos por el cual una sociedad participada se considera filial consolidable inmediata.

3.3.5. LA CLÁUSULA DE INVERSIÓN COMO NOVEDAD EN LA BICIS.

Para los ingresos exentos se introduce esta cláusula –la *switch-over* o la cláusula de inversión–como medida excepcional para incluir estos ingresos en la base imponible del contribuyente. En definitiva se trata de dejar de aplicar el régimen de exención por el régimen de imputación como herramienta para eliminar la doble imposición. Según se establece en el art. 53 de la propuesta, los casos afectados por la sustitución del método serán cuando no sea de aplicación el art. 8 en sus letras c) y d), o lo que es lo mismo, cuando se produzca una distribución de dividendos o se genere una plusvalía por la enajenación de participaciones en sociedades residentes en Estados extracomunitarias –siempre que se ostente al menos el 10% de los fondos propios, o en su defecto el 10% de los derechos de voto– y dicha entidad extracomunitaria esté sujeta a un tipo impositivo del impuesto sobre sociedades inferior en la mitad al tipo impositivo legal que el Estado miembro aplica al contribuyente.

En nuestra opinión, observamos que esta norma pretende corregir conductas elusivas y, en realidad, presenta carencias para alcanzar dicha corrección, es decir, veremos que esta cláusula no operará correctamente y no se conseguiría combatir la planificación fiscal agresiva. En este sentido véase por un lado, al hablarse del tipo legal del impuesto cabe la posibilidad de que se siga aplicando el método de exención, aunque se tenga una tributación real muy inferior al aplicarse deducciones en la cuota, en vez de hablase del tipo efectivo al que está sometido la entidad participada, que de modo más aproximado, podría combatir esa planificación de la que hablábamos. Por otro lado, se debe tener en cuenta que existe diferentes tipos de gravamen en las distintas jurisdicciones tributarias de la UE, lo que, impediría una uniforme y correcta aplicación de la *switch-over*, o dicho de otro modo, la cláusula de inversión operará en base a jurisdicciones tributarias mientras en otras seguirá vigente el método de exención –obsérvese la ejemplo de una jurisdicción extracomunitaria con un tipo de gravamen de 8%, en España con un tipo del 25% se aplicaría la cláusula mientras en Irlanda o Bulgaria, con un 12,5% y un 10% de tipos respectivamente, se seguiría aplicando el método de exención–, favoreciéndose de nuevo la planificación fiscal agresiva en vez de combatirla, ya que los contribuyentes transnacionales van a preferir articular sus participaciones en Estados extracomunitarios por

aquellos Estados miembros con los tipos más bajos, consiguiéndose una limitación de las potestades tributarias de los ordenamientos en la UE y, eso a nuestro juicio, provocará nuevas actuaciones de competencia fiscal para atraer dichas inversiones a sus territorios, desde la perspectiva de los Estados con los mayores tipos de gravamen –estas actuaciones irán encaminadas a reducir sus tipos, convirtiéndose en un camino hacia el abismo, y quizás la forma de corregir la carencia, siempre a nuestro entender, sería el recoger en la norma europea un nivel mínimo de tributación por el cual, si se tributa por debajo, se aplicaría la *switch-over*–. Además de estas carencias, la cláusula no será de aplicación cuando entre el Estado miembro y el Estado extracomunitario exista un convenio para evitar la doble imposición que permita el método de exención [(391)]. Aunque el lado positivo de este precepto es aquel en el que se obliga al contribuyente a incluir en su base imponible los beneficios obtenidos por las participaciones de la entidad extracomunitaria, pudiéndose deducirse el impuesto pagado en la otra jurisdicción en la cuota.

3.3.6. LA TRIBUTACIÓN DE LAS OPERACIONES VINCULADAS.

En la propuesta de Directiva se habla de empresas asociadas, pero véase como un precepto para el cálculo de los precios de transferencia y lo que se entiende por empresas asociadas –vinculadas para nosotros–. En este sentido, el art. 56 apartado primero de la propuesta define la empresa asociada cuando cumpla una de las tres situaciones siguientes: 1) cuando un contribuyente participa en la gestión y en el control, de forma indirecta o directa, de los fondos propios de un no contribuyente, o de un contribuyente que no pertenezca al grupo; 2) cuando existan las mismas personas en la gestión y control, de forma directa o indirecta, en un contribuyente y un no contribuyente, o de contribuyentes que no pertenezcan a un mismo grupo; 3) cuando el contribuyente ostente un EP en un Estado extracomunitario –sin embargo un contribuyente no residente que ostente un EP en la UE no será considerado empresa asociada–. En el art. 56 apartado segundo se enuncia que la participación que se necesita para influir en el control de una sociedad, en primer lugar, es de más del 20% de los derechos de voto; en segundo lugar, una participación de más del 20% de las participaciones o acciones; y en tercer lugar, se considerará una participación que influye en la gestión cuando sea una

[391] Una apreciación que queríamos plantear sobre la cláusula de inversión, al tratarse de una medida anti-abuso se podría considerar que debería estar presente en la *Directiva ATAD I*, hecho que no es así, ya que en la redacción de la propuesta inicial estaba recogida, fue suprimida previamente a la aprobación del texto final.

influencia significativa. Otro aspecto que enuncia es considerar como una misma persona a la persona física, su cónyuge y sus ascendientes y descendentes que participen en la gestión y control del contribuyente. En los casos en que las participaciones se ostente de forma indirecta se deberá –como en los casos de filiales consolidables– multiplicar los porcentajes de participación, en los niveles sucesivos, teniendo en cuenta que se considerará el 100% cuando un contribuyente ostente más del 50% de los fondos propios.

En el art. 57 de la propuesta establece las operaciones entre las empresas asociadas, y esas operaciones estén limitadas por condiciones diferentes, por parte del contribuyente, a las que habrían acordado si fueran empresas independientes. Por lo que, las rentas que obtenga el contribuyente de la empresa asociada, bajo estas condiciones, será eliminada de la base imponible. En definitiva, se trata de que se aplique el principio de plena competencia en el ámbito de las operaciones vinculadas entre empresas. Dicho esto, la BICIS resultará insuficiente en la lucha contra la planificación fiscal internacional agresiva, ya que se prevé la aplicación del principio de plena competencia pero no se establece un ajuste correlativo –es decir, no se prevé cuando la renta la reciba la empresa asociada–. Tampoco se establece un modelo para la determinación de las operaciones vinculadas, ni de se debe practicar un ajuste secundario o si habrá la posibilidad de llegar a acuerdos previos de valoración –*APA*–. Además, a nuestro juicio, el sentido que se quiere aplicar el principio de plena competencia carece de un sentido racional y sustancial, ya que no se atenderá a la naturaleza de las operaciones realizadas entre el contribuyente y la empresas asociadas, es decir, se basará en una apariencia legal y formal para justificar que esas operaciones están bajos condiciones que limiten la plena competencia. Esta afirmación nace de observar el sistema alternativo del principio de plena competencia, que se trata de la fórmula predeterminada para realizar un reparto del beneficio entre las empresas del grupo, o dicho de otro modo, si nos basamos en la teoría de precios de transferencia de las Acciones BEPS, observamos que con esta fórmula considerará a todas las entidades del grupo, empresas asociadas, y se deberá aplicar dicha fórmula.

3.4.LA DEFINICIÓN DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE A EFECTOS FISCALES EN LA PROPUESTA DE BASE COMÚN.

En la propuesta de Directiva BICIS establece en el artículo 5 una definición de establecimiento permanente a efectos fiscales en la Unión Europea. Según el primer apartado de dicho artículo, se entenderá como EP en un Estado miembro cuando un contribuyente tenga su residencia fiscal con emplazamiento fijo en otro Estado miembro y desarrolle su actividad,

de forma parcial o total, en el primer Estado mediante: a) un centro administrativo; b) una sucursal; c) una oficina; d) una fábrica; e) un taller; y/o f) una mina, un pozo de petróleo o gas, una cantera o cualquier tipo de extracción de recursos naturales. En base al segundo apartado, se entenderá que existe un EP cuando las obras o proyectos de construcción e instalación se prolonguen por más de doce meses. También se considerará que existe un EP cuando una persona actué por cuenta de un contribuyente no residente en otro Estado miembro, y con ello, concluir contratos [(392)] de manera habitual o desempeñando una actividad que conduzca a la conclusión de un contrato, y lo haga de forma rutinaria, y adicionalmente se encuentre ante una situación «estrechamente relacionada» [(393)].

Antes hemos señalado que existe un EP que realice la actividad del contribuyente en otro Estado miembro, de forma parcial o total, sin embargo en el apartado tercero del art. 5, establece que actividades no se consideran constituyentes de EP, que son: 1) cuando se utilicen las instalaciones con el único objetivo de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías que son de propiedad del contribuyente no residente; 2) cuando se realicen actividades de mantenimiento sobre las existencias de bienes o mercancías de propiedad del contribuyente no residente, y estos bienes solo se almacenen, exponen o se entregan; 3) cuando se realicen actividades de mantenimiento sobre las existencias de bienes o mercancías de propiedad del contribuyente no residente, y estos bienes tengan el fin de ser transformados por otra persona; 4) cuando se realicen actividades de mantenimiento de los emplazamientos fijos con el objetivo de adquirir bienes o mercancías o recabar información para el contribuyente no residente; 5) cuando se realicen actividades de mantenimiento de los emplazamientos fijos con el objetivo de realizar cualquier otra actividad para el contribuyente no residente; y 6) cuando se realicen actividades de mantenimiento de los emplazamientos fijos con el objetivo de auxiliar o preparar las anteriores actividades descritas, para el contribuyente no residente. Otra situación en la que no se entiende que existe EP, es cuando una persona actúe en nombre de un contribuyente no residente en un Estado miembro, ejerciendo la actividad de agente independiente y no exista una «relación estrecha», como hemos descrito anteriormente; o la actividad de ese agente con una situación estrechamente relacionada sólo realice actividades de carácter auxiliar o

[392] Según el apartado quinto del artículo 5 de la propuesta, se entenderán como contratos aquellos que se concluyan: a) en nombre del contribuyente no residente; b) aquellos que originen una transferencia de la propiedad o generen un derecho de concesión para utilizar los bienes de propiedad del contribuyente no residente o el agente tenga derecho a utilizarlos; o c) aquellos contratos que formalicen una prestación de servicios para el contribuyente no residente.

[393] Una situación estará «estrechamente relacionada» cuando el contribuyente no residente ostente, de forma directa o indirecta, más del 50% de los derechos de voto o la propiedad del 50% de los fondos propios u obtenga más del 50% de los derechos a los beneficios de la persona que le representa en el otro Estado.

preparatorio. Tampoco se considerará como EP de otro contribuyente, aquella situación donde un contribuyente no residente en un Estado miembro controle, o sea controlado por, otro contribuyente residente en otro Estado miembro, o que lleve a cabo su actividad en ese Estado miembro.

Un aspecto interesante, que no es una propuesta de Directiva, sino que se trata de una definición contemplada en el artículo 1, apartado segundo, letra b), subapartado tercero de la Directiva 2017/952/UE del Consejo, de 29 de mayo de 2017, conocida como la Directiva *ATAD II*, donde establece una definición de establecimiento permanente en negativo, dicho de otra manera, establece la definición de establecimiento permanente no computado, como aquel «mecanismo que se considere que da lugar a un establecimiento permanente con arreglo a la legislación de la jurisdicción de su sede de dirección y que no se considere que da lugar a un establecimiento permanente con arreglo a la legislación de la otra jurisdicción» [394].

3.4.1. CONCEPTO DE EMPLAZAMIENTO FIJO EN LA DEFINICIÓN DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.

Según el Modelo de Convenio de la OCDE –MCOCDE–, en su artículo 5 apartado primero, podrá entenderse como emplazamiento fijo aquel lugar [(395)] donde una entidad realice toda o parte de su actividad. Siendo la característica de «fijeza» lo que hará entender la existencia de un establecimiento, partiendo de una coherencia económica se necesitará la existencia de las siguientes circunstancias: 1) que dé lugar a una localización de negocios, mediante de uno medios materiales necesarios para el desarrollo de una actividad empresarial, tengan o no el fin de cumplir esa función, por lo que sólo será necesario un cierto espacio en el que se puedan desarrollar las actividades del contribuyente no residente; 2) necesariamente dicho espacio no debe disponerse para el desarrollo de la actividad, sino que posibilite su desarrollo, dicho de otro modo, el espacio puede tener un uso distinto al de la actividad desarrollada; 3) ese espacio puede encontrarse en instalaciones de otra entidad; 4) que se desarrolle la actividad principal, aunque en el espacio se desarrollen actividades auxiliares y

[394] Directiva 2017/952/UE del Consejo, de 29 de mayo de 2017, "por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países".
[395] Tal y como recoge la propuesta de Directiva, el Modelo de Convenio entenderá como lugares, las sedes de negocio, sucursales, oficinas, fábricas, talleres, minas, pozos de petróleo y gas, canteras –u otros lugares de extracción de recursos naturales–, las construcciones, las instalaciones y montajes con una duración mayor a doce meses.

preparatorias [396], i.e., no obstante del desarrollo de actividades que exceptúan la consideración de EP, se considerará su existencia si se desarrolla la actividad comercial; 5) cuando el desarrollo de las actividades, incluidas las preparatorias y/o auxiliares, son llevadas a cabo por personal del contribuyente no residente; 6) cuando exista un personal ajeno al contribuyente no residente, pero la actividad la realice equipos automáticos limitando las funciones de dicho personal a la mera instalación, control, manejo y mantenimiento de dichos equipos. En definitiva, el emplazamiento fijo se entenderá como aquel espacio con un carácter de fijeza, a disposición del contribuyente no residente, donde el personal realice funciones a cuenta de dicho contribuyente, incluso en aquellos casos donde se realice la actividad en otras instalaciones ajenas a la entidad, e incluso se desarrolle, adicionalmente, actividades auxiliares y/o preparatorias.

3.4.2. EL CONCEPTO DE AGENTE DEPENDIENTE EN LA DEFINICIÓN DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.

Como hemos señalado anteriormente, vemos que la existencia de un establecimiento permanente también se originará con la intervención a cuenta del contribuyente no residente de un agente dependiente [397], es decir, se excluirá la necesidad de que exista un emplazamiento fijo, ni la intervención de personal trasladado por dicho contribuyente para su determinación, siempre que exista una persona –o entidad– interviniendo que actúe bajo las directrices de la sede central, con poderes en las contrataciones y sea de forma habitual. En este sentido, la definición que hemos remarcado se encuentra en el artículo 5 apartado quinto del Modelo de Convenio de la OCDE, aunque si seguimos con la definición que establece el MCOCDE, se observa en el comentario número 32 aparta primero, que un agente dependiente será aquel que realice contratos en nombre del contribuyente no residente en aquellos casos, adicionalmente a una conclusión literal de tal contrato, donde se concierten contratos que vinculen sin que se finalicen por el contribuyente no residente, sin embargo deberá existir poderes suficientes que posibiliten tal vinculación entre el no residente y el tercero no agente. Examinando la

[396] Son actividades consideradas como una excepción para considerar la existencia de un establecimiento permanente en otra jurisdicción tributaria, se puede observar en el artículo 5 apartado cuarto del Modelo de Convenio de la OCDE. En la propuesta de Directiva BICIS, lo recoge, como hemos señalado anteriormente, en el artículo 5 apartado tercero en su letra f).

[397] Habrá que tener claro, que no se trata de un agente profesional que actúa con independencia respecto del contribuyente no residente, en el desarrollo normal de su actividad profesional, sin poderes en las decisiones para contratar y de forma ocasional. Es decir, existirá un agente independiente cuando no haya una relación jurídica ni económica que condicione su operatividad empresarial, incluso si éste tuviese capacidad para ordenar como se deben establecer los factores productivos necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial del no residente.

dependencia, no se basa en unos vínculos contractuales, sino en el ejercicio de la actividad de dicho agente, que al operar en otra jurisdicción tributaria distinta a la de origen del contribuyente, lo haga bajo instrucciones y controles dictados, aunque sea de forma genérica, por el no residente. Otra consideración a tener en cuenta, será que el agente dependiente podrá ser una persona física o una entidad jurídica, o dicho de otro modo, podrá ser una entidad filial o una entidad vinculada, pero controlada, del no residente. Esta circunstancia se recoge en el artículo 5 apartado sexto y en el comentario número 41 ha dicho apartado, por el que se podrá considerar una persona jurídica como establecimiento permanente, aun cuando no se haya constituido como tal, y tenga una actividad similar a la de agente dependiente del contribuyente no residente en el contexto en el que nos hemos referido.

3.5.CONSIDERACIONES A LA BASE IMPONIBLE CONSOLIDADA COMÚN DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.

3.5.1. ASPECTOS RELEVANTES DE LA BICCIS.

Antes de empezar con el análisis de la BICCIS, debemos manifestar que su ámbito de aplicación, tanto obligatoria como voluntaria, se aplicará de la misma forma que la propuesta de Directiva de la Base Imponible Común del Impuesto sobre Sociedades, de esta manera se procederá al cálculo de la base común consolidada en base a los artículos del 7 al 10 de la propuesta BICCIS, que contienen un aspecto similar al cálculo de la base común, por lo que, entraremos a analizar otros aspectos relevantes que la diferencia de la otra propuesta. El principal aspecto es la distribución de la base imponible consolidable entre los Estados miembro donde realiza una actividad económica el contribuyente mediante una fórmula establecida en el artículo 28 de la propuesta BICCIS, cuando ésta sea positiva. En cuanto, a la fórmula de reparto atribuirá la potestad tributaria a cada Estado donde residan las entidades filiales o los establecimientos permanentes dependientes del grupo, determinando la deuda tributaria de cada miembro de dicho grupo a cada Estado miembro. En definitiva, esta fórmula tiene como fin la determinación de la cuota tributaria correspondiente a cada Estado, según los miembros del grupo, mediante la aplicación de tres factores, ventas, mano de obra y activos de igual ponderación, siendo el objetivo de aplicación de fórmula conseguir que aquellos grupos con presencia en la Unión tengan que tributar en aquellos jurisdicciones donde se ha generado valor

o han vendido sus bienes o prestado sus servicios [398]. Este reparto nace al cerrar el ejercicio fiscal del grupo [399]. Aunque con cierta prudencia, se puede decir que esta fórmula puede limitar los efectos negativos de la aplicación de los precios de transferencia entre las entidades del mismo grupo, también genera un mayor empleo de la planificación fiscal agresiva, al posibilitar al contribuyente radicar los elementos constitutivos de dichos factores en aquellos Estados donde existan tipos impositivos más bajos, por la concurrencia de importantes diferencias entre los tipos impositivos en los Estados miembros. Ante esta última circunstancia cabe una contramedida establecida en el art. 29, que determina que ante una discrepancia del contribuyente principal o la Administración tributaria competente consideren que la determinación de la base imponible no representa la proporcionalidad del volumen de actividades atribuido a la potestad de un Estado miembro, podrán solicitar que se aplique otro método para el cálculo de la base imponible del grupo, siempre que se cuente con el visto bueno del resto de administraciones implicadas. Se debe tener en cuenta que la fórmula se aplicará si todos los miembros del grupo obtienen resultados positivos, independientemente de los resultados negativos.

En definitiva, la BICCIS y su fórmula de reparto de la base imponible consolidada suponen dejar en desuso el principio de renta mundial, o por lo menos dentro de las fronteras de la Unión Europea, tal y como suscribe *BOTELLA GARCÍA-LASTRA*, que determina que las potestades tributarias europeas fundamentaran su potestad fiscal en base a localizar las rentas según unos factores de reparto, que no atribuirán la renta a la base imponible de la entidad que lo ha generado sino que se basará en la aplicación de una fórmula de reparto, y por tanto, se estará alterando el principio de renta mundial. Es decir, en vez de aplicar un principio de renta mundial basado en el principio de residencia, se estará aplicando dicho principio de renta mundial en base a una renta obtenida, transformada en base imponible una vez se aplique la consolidación y las compensaciones de pérdidas, al aplicar una fórmula basada en factores que tienen cierta relación con la obtención de rentas, no teniendo ninguna relación con las entidades que obtuvieron las rentas ni con la localización de las mismas entidades. Dice la misma autora «¿[p]odrá el principio de residencia ser susceptible de atribuir derechos de gravamen a las

[398] Vemos que el razonamiento que ha utilizado la Comisión a la hora de elaborar la propuesta BICCIS, se basa en la cadena de valor al aplicar estos factores en la fórmula de reparto, creyéndose que generará una tributación más efectiva que la que se deriva de una base imponible individual por cada una de las entidades del grupo.

[399] Según el art. 30 de la propuesta BICCIS, cuando una entidad dependiente o establecimiento permanente se incorpore o deje de ser parte del grupo durante un ejercicio fiscal, se tendrá que calcular la parte a integrar en la base imponible consolidada de forma proporcional, es decir, se calculará en base a los meses naturales que haya permanecido en el grupo durante ese ejercicio fiscal.

Administraciones a las que se atribuye la renta objeto de reparto?» [400]. Desde nuestro punto de vista, podemos decir que sería complicado responder a esta pregunta, ya que no se reparte una renta de un contribuyente con residencia y personalidad jurídica en base a un ordenamiento jurídico concreto, sino que se trata de un grupo fiscal que ha determinado su base imponible en base a norma europea, sin personalidad jurídica ni residencia al aglutinar las rentas obtenidas por cesión de los miembros de dicho grupo. Es decir, estaremos ante un contribuyente que al carecer de residencia y personalidad jurídica, también carecerá de capacidad económica a la que poder exigir una imposición, siendo la solución la de aplicar una fórmula de reparto, entre los mismos miembros del grupo, sobre la renta que será objeto de gravamen por cada Estado miembro. Todo lo anterior, se agrava con el establecimiento de la ventanilla única, ya que la recaudación de la imposición de toda la renta del grupo fiscal la llevará a cabo la Administración tributaria del Estado de residencia de la matriz del grupo. En consecuencia, como defiende *BOTELLA GARCÍA-LASTRA*, se observa una alteración en la aplicación del principio de residencia fiscal, agravando los conflictos que genera dicho principio en el marco del Derecho internacional tributario y las incidencias de la globalización, planteando que se tendría que utilizar otro criterio para la determinación en la atribución de rentas que serán objeto de gravamen [401].

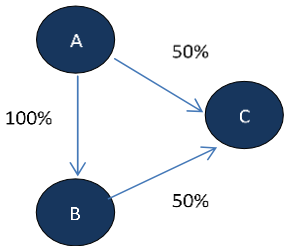
3.5.2. DETERMINACIÓN DE LAS FILIALES CONSOLIDABLES EN EL PERÍMETRO DE CONSOLIDACIÓN.

En base al artículo 2 en su letra d) de la propuesta de Directiva BICCIS se exigirá los requisitos necesarios para conformar que sociedades serán miembros de un grupo consolidado, tanto en forma de matriz, de filial consolidable o uno o varios establecimientos permanentes. Concretamente en el apartado primero del artículo 5 de la propuesta se define las filiales consolidables como aquellas entidades inmediatas a la sociedad matriz, participadas directamente por ella, como aquellas subfiliales o sub-entidades, que están participadas de forma indirecta a través de entidades inmediatas; para considerarse consolidables deberán cumplir una serie de requisitos –siendo los mismos para los casos de subfiliales–, mediante un

[400] BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C.: *La armonización de la base imponible común consolidada...*, *cit.*, págs. 503 y 504.
[401] BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C.: *La armonización de la base imponible común consolidada...*, *supra cit.*, pág. 504.

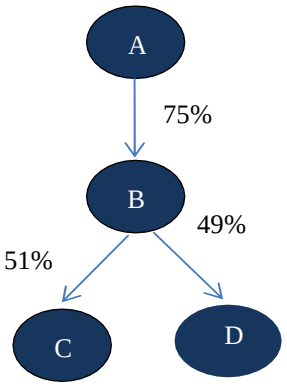
doble examen [402] sobre la propiedad o el derecho a participar en los beneficios y el control, necesitándose ambas circunstancias para que se considere una filial –o subfilial– consolidable, en los siguientes términos: a) ostentar una participación en los derechos de voto superior al 50%; y b) ostentar un porcentaje de la propiedad de los fondos propios o de los derechos a participar en los beneficios que sea superior al 75%. Según *BOTELLA GARCÍA-LASTRA*, el doble examen parte de la necesidad de excluir toda posibilidad de que se acojan a la BICCIS aquellos grupos donde la matriz ostente sobre sus filiales de un control basado en acciones preferenciales con una participación en la propiedad inferior al 50%. Expresando la misma autora, que es un poco ilógico pensar en la utilización de este sistema dual, ya que cuando una casa matriz ostente una participación, directa o indirectamente, por encima del 75% de los fondos propios o de la participación en los beneficios en una filial, lo normal es que ejercite un control sobre dicha filial. Suponiendo este sistema una mayor complejidad para determinación de la consolidación fiscal a nivel europeo, y quizás sea más conveniente establecer un único requisito que acredite la vinculación de la filial o subfilial con la casa matriz [403]. Avanzando en el análisis del artículo 5 de la propuesta, vemos que en el apartado segundo se hace mención a las reglas a seguir para computar los derechos que tienen las sociedades matrices en sus subfiliales, para determinar el control y la propiedad; pero no establece las reglas para computar el porcentaje de control y de propiedad en las sociedades filiales inmediatas. Esto nos hace plantearnos una serie de problemáticas en aquellos casos donde una matriz ostente el control y la propiedad mediante una interacción entre participaciones directas e indirectas –mediante otras filiales–, sin embargo en juicio de *MALVÁREZ PASCUAL*, ante estos casos serían de aplicación las reglas contempladas en el apartado segundo del art. 5 de la propuesta, pues se podría considerar la entidad participada como un entidad con una doble condición, mediante la participación directa de la matriz considerándose inmediata y de subfilial por la participación indirecta a través de otra filial inmediata [404]. El autor lo escenifica este supuesto de la siguiente manera:

[402] Este doble examen parte con el objetivo de garantizar «un elevado nivel de integración económica entre los miembros del grupo», aspecto literalmente contemplado en el artículo 6 de la propuesta BICCIS. Además este doble sistema, queda como un híbrido entre la normativa contable y las normativas fiscales nacionales, o dicho de otro modo, se considera necesario utilizar el requisito contable para obtener la consolidación, que es ostentar un control sobre la filial, y el requisito utilizado en los sistemas tributarios nacionales, basado en ostentar un porcentaje en el capital social de la filial, tanto de forma directa o indirecta.
[403] BOTELLA GRACÍA-LASTRA, C.: *op. cit.*, págs. 307 y ss.
[404] También se obtiene la imagen del trabajo de MALVÁREZ PASCUAL, L.A.: *op. cit.*, pág. 33.



Exponiendo el caso que hemos enunciado, la sociedad matriz –A–, participará de forma directa, y completamente, en una filial inmediata –B– y a su vez, controlará el 50% del capital social de otra filial –C– de forma directa y el restante de forma indirecta. Pero aplicando la regla del apartado segundo del art. 5, no ostentará el 100% de C sino el 75%, al tener una participación indirecta del 25% (50% x 50%).

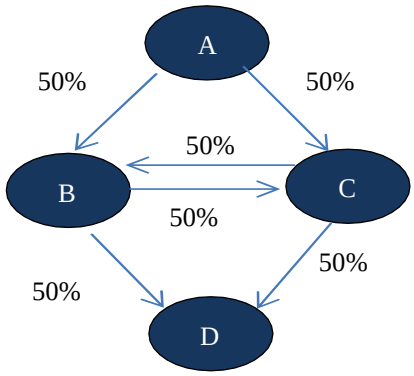
Lo que queremos decir es que desde la perspectiva de los derechos de voto, forma por la cual se controla una sociedad inmediata, podemos advertir que surgirá una problemática de mayor importancia, ya que si cogemos el anterior ejemplo, al aplicar el apartado segundo del artículo 5 de la propuesta BICCIS, no se alcanzará más del 50% de los derechos de voto sobre la sociedad –C–, por tanto, estaríamos ante una sociedad excluida de la consolidación recogida en la propuesta al no ostentar una participación en los derechos de voto de más del 50% de forma directa; pero desde la perspectiva mercantil se puede observar que se controla el 100% de ambas sociedades. En definitiva, el apartado segundo del citado precepto establecerá reglas para computar dentro del grupo consolidado las distintas filiales, tanto inmediatas como las subfiliales. La primera regla que observamos es la referida sobre los derechos de voto, recogida en la letra a) del segundo apartado, donde al superar más del 50% de los derechos de voto, se considerará que se ostenta el 100% de dichos derechos, es decir, tal como defiende *BOTELLA GARCÍA-LASTRA* aquel control sobre una sociedad mediante una sociedad intermedia donde se ostente una participación inferior al 50% de los derechos de voto será como si no se controlara nada [(405)]. En la siguiente imagen, *MALVÁREZ PASCUAL* lo escenifica de la siguiente forma [(406)]:



Según este esquema el grupo consolidado estará formado por las sociedades A, B y C, quedando excluida la sociedad D, ya que la matriz A ostenta una participación sobre los derechos de voto de más del 50% en el resto de sociedades, como requisito mínimo exigido en el precepto de la propuesta.

[405] BOTELLA GRACÍA-LASTRA, C.: *op. cit.*, pág. 309.
[406] MALVÁREZ PASCUAL, L.A.: *op. cit.*, pág. 34.

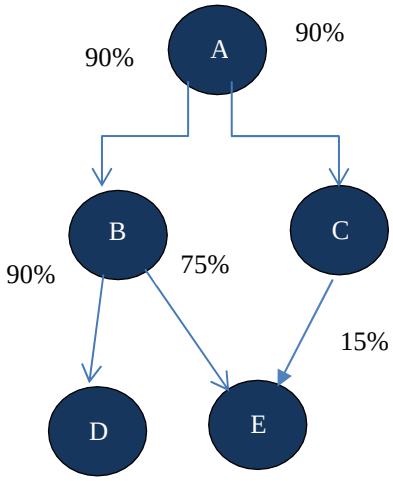
MALVÁREZ PASCUAL identifica una problemática ante una situación donde la sociedad matriz ostente un participación del 50% o menos de los derechos de voto sobre las distintas sociedades pertenecientes a un grupo, aunque todos los derechos se controlen a través de las sociedades del grupo [(407)], o dicho de otro modo, al no superar el umbral establecido en la letra a) del apartado segundo del artículo 5 de la propuesta, no se podrá considerar la posibilidad de consolidar fiscalmente dicho grupo, no existiendo grupo en base a la propuesta al no cumplir con el requisito mínimo de participación en los derechos de voto. El mismo autor lo representa de la siguiente forma:



La segunda regla se establece en la letra b) del apartado segundo del artículo 5 de la propuesta BICCIS, estableciéndose un porcentaje del 75% sobre los derechos a participar de los beneficios o del capital social como requisito mínimo para consolidar las sociedades inmediatas o subfiliales, aunque se ostente de forma indirecta o en una sociedad residente extracomunitariamente. Anteriormente hemos señalado que se debe multiplicar estos porcentajes, en referencia a las subfiliales, para determinar el porcentaje que se ostenta de forma indirecta a través de sociedades intermedias. En estos casos, lo correcto sería tener en cuenta

[407] Ambos autores –*BOTELLA GARCÍA-LASTRA* y *MALVÁREZ PASCUAL*– defiende que se debería plantear una solución donde la determinación de los porcentajes sobre los derechos de voto de la sociedad matriz ostenta en el resto de sociedades del grupo, incluso a través de sociedades intermedias u otras personas que actúen en su nombre o por cuenta de una sociedad del grupo, sumando todos los porcentajes sobre los derechos de voto de todas las sociedades para considerar que existe una participación de control por parte de la sociedad matriz sobre el resto de sociedades, tanto filiales inmediatas como subfiliales. Ya que no deja claro que se deba de excluir –ambos autores defienden que se deba de excluir de la consolidación–, puesto que la letra a) del apartado segundo del artículo 5 de la propuesta determina que se considerará que existe un grupo consolidado cuando se ostente más del 50% de los derechos de voto, sin especificar que se deba de excluir sino se cumple este requisito. Lo cierto que la solución que encuentran ambos autores se basa en la contemplada en nuestra normativa española, concretamente se refieren a lo dispuesto en el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, donde se aprueban las normas para la formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas, donde en su artículo 3 apartado primero se establece la suma de los derechos de voto de todas las sociedades del grupo para justificar la consolidación que en la propuesta de normativa europea –o se puede pensar así– excluye. En este sentido obsérvese, BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C.: *La armonización de la base imponible común consolidada..., cit.*, pág. 310; y MALVÁREZ PASCUAL, L.A.: *op. cit.*, pág. 35.

también a las sociedades residentes en Estados extracomunitarios. En este sentido, *MALVÁREZ PASCUAL* lo ejemplifica de la siguiente forma [408]:



Según el artículo 5 de la propuesta, en su apartado segundo letra b), estas sociedades pertenecerán a un grupo consolidado fiscalmente, puesto que: 1) la sociedad A ostenta una participación, independientemente de tratarse de fondos propios o de participación en los beneficios, de más del 75%; 2) la participación en D sería del 81%, al multiplicar 90 por 90 (participación de A en B y la participación de B en D); y 3) La participación en C será del 81% al sumar las participaciones en de C y B (se sumará el múltiplo de 90 por el 75 al múltiplo de 90 por 15)

Ante esta circunstancia descrita, *BOTELLA GARCÍA-LASTRA* manifiesta que puede existir una manipulación por parte del contribuyente de la futura normativa europea, ya que con una simple interposición de una o varias sociedades intermedias podría modificarse la configuración del grupo fiscal consolidado, sin que se haya cambiado la configuración mercantil y de control sobre el grupo por parte de la sociedad matriz, es decir, con la interposición de una o varias *holdings* se podrá alterar, aumentando o disminuyendo, el porcentaje de participación para la configuración del grupo fiscal consolidado. También manifiesta *BOTELLA GARCÍA-LASTRA* que pueden crear grupos consolidados dentro de un grupo multinacional, una especie de dos grupos fiscales controlados indirectamente por la misma matriz, o dicho de otro modo, se podría crear un grupo a partir de una filial que no haya reunido los requisitos para formar parte del grupo fiscal consolidado de la matriz y por tanto, formar otro con aquellas filiales dependientes de ella [409].

Otro aspecto determinante para la configuración de una filial dentro de un grupo fiscal que consolide será lo dispuesto en el artículo 8 de la propuesta de Directiva BICCIS, estableciéndose exigencias temporales que garanticen la correcta aplicabilidad de la futura Directiva, que son: 1) se deberá cumplir los requisitos establecidos en el artículo 5 durante todo el ejercicio fiscal, debiéndose abandonar el grupo la sociedad que deje de cumplirlos [410]; 2) debiendo cumplir los requisitos del precepto 5 de la propuesta durante al menos nueve meses

[408] MALVÁREZ PASCUAL, L.A.: *op. cit.*, pág. 37.
[409] BOTELLA GRACÍA-LASTRA, C.: *op. cit.*, pág. 309 y 310.
[410] Dicha exigencia se puede observar en el considerando sexto de la propuesta, donde determina que con «el fin de garantizar la integridad del sistema» se deba cumplir los requisitos del art. 5 «a lo largo del ejercicio fiscal; de no ser así, la sociedad debe abandonar el grupo inmediatamente».

consecutivos previos a la consolidación en el grupo fiscal, sin cumplir esta exigencia temporal será considerado como un contribuyente independiente [411]; y 3) el efecto de ser considerado o no miembro de un grupo consolidado será inmediato, es decir, tendrá o dejará de tener efectos al día siguiente de cumplir estas exigencias o de dejar de cumplirlas.

3.5.3. LA CONSTITUCIÓN DEL GRUPO FISCAL CONSOLIDADO.

Con la nueva propuesta de Directiva de BICCIS se ha producido una innovación en la constitución de los grupos fiscales consolidados con respecto a la anterior propuesta de Directiva [412], ya que, en primer lugar, se podrá constituir un grupo fiscal consolidado a nivel europeo por aquellos grupos multinacionales verticales, donde la matriz es residente de una jurisdicción europea y sus filiales o establecimientos permanentes dependientes, directa o indirectamente, conformaran el grupo consolidado –situación contemplada en la primera propuesta–. Y en segundo lugar, podrán conformar grupos fiscales aquellos grupos horizontales, es decir, los constituidos por varias sociedades filiales, subfiliales o establecimientos permanentes serán los que conformen el grupo fiscal, donde su matriz será una sociedad no residente en la UE y dicho grupo sólo estará conformado por sociedades o establecimientos permanentes dependientes, directa o indirectamente, de dicha matriz no residente [413]. En definitiva, se amplía el concepto de grupo fiscal consolidado con el fin de que las ventajas contempladas en la propuesta de BICCIS se amplíen a un mayor número de grupos multinacionales, y quizás, intentar alcanzar una mayor armonización fiscal en materia de sociedades dentro de la UE, puesto que facilitará la consolidación de una base imponible a nivel europeo, suponiendo ventajas para los grupos transnacionales que desarrollan su actividad dentro de las fronteras de la Unión. La primera ventaja que observamos, al hilo de lo defendido por *SANZ GADEA*, es la posibilidad de compensar pérdidas transfronterizas en aquellos grupos que consoliden a nivel intracomunitario [414], aunque en contra podemos destacar a *CALDERÓN*

---

411 En el mismo considerando sexto de la propuesta vemos que con el objetivo de evitar manipulaciones en los resultados fiscales de un grupo fiscal, mediante la entrada o salida de sociedades en un espacio breve de tiempo, se requerirá que las matrices cumplan con dichos requisitos nueve meses antes de consolidar la filial o subfilial.

412 Con la anterior propuesta de Directiva nos referimos a la publicada por la Comisión el 16 de marzo de 2011. Véase, COMISION EUROPEA, de 16 de marzo de 2011, COM (2011) 121 final, titulada *"Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS)"*.

413 MALVÁREZ PASCUAL llama a las sociedades filiales que configuren un grupo fiscal consolidado horizontal, «sociedades hermanas», término que acogemos para determinar las sociedades filiales de una matriz no residente o extracomunitaria. MALVÁREZ PASCUAL, L.A.: *op. cit.*, pág. 38.

414 SANZ GADEA, E.: "La compensación de pérdidas de las filiales extranjeras: Marks & Spencer", *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 276, 2006, pág. 93.

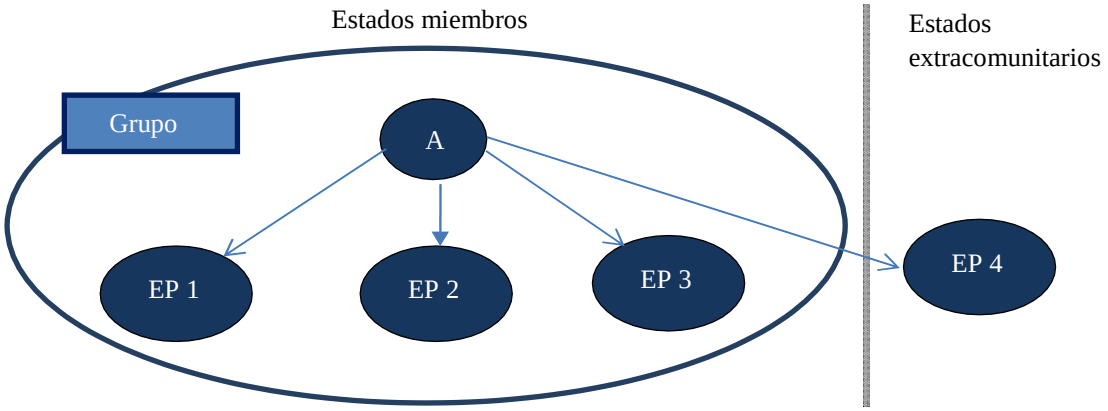
CARRERO, que defiende que se debe hacer una reflexión acerca de la «importación de las pérdidas extranjeras dentro de la UE», ya que puede suponer una ventaja para los contribuyentes inofensiva pero que con el tiempo se configure como una herramienta a tener en cuenta en las planificaciones fiscales internacionales agresivas, como los efectos nocivos de los precios de transferencia están suponiendo actualmente [(415)]. Este mismo aspecto fue señalado por *CASAS AGUDO* con el fin de garantizar las soberanías fiscales nacionales frente al avance del Derecho de la UE y de la abundante jurisprudencia que se ha generado al defender la libertad de establecimiento [(416)]. Siendo cierto que el propio *SANZ GADEA* entiende que deba de establecerse una cierta limitación a aquellos grupos consolidados fiscalmente cuando carezcan de una actividad empresarial integrada o unitaria [(417)], con el fin de limitar los efectos que pueda surgir por una innovación en las conductas de los contribuyentes mediante la planificación fiscal internacional agresiva. Desde nuestra perspectiva, creemos que la BICCIS supondría un refuerzo de la actividad transfronteriza realizada por una sociedad de la UE mediante sus filiales o EP en el resto de la Unión Europea, posibilitando una situación análoga a la de un mercado nacional, al posibilitarse la compensación transfronteriza de las bases imponibles negativas de forma similar a la recogidas en las normativas internas para grupos fiscales nacionales, facilitando la constitución del mercado común en base a situaciones equivalentes a los mercados nacionales de la UE, generándose, además, el cumplimiento de la doctrina del TJUE en diversas de sus sentencias [(418)]. La segunda ventaja para los grupos transnacionales que ofrece la BICCIS es la eliminación de las complejas operaciones, y de sus reglas de cálculo, de los precios de transferencia, incluso para *MALVÁREZ PASCUAL* supondrá la eliminación de las efectos nocivos que se crean con estas operaciones en las planificaciones fiscales internacionales agresivas, ya que con la consolidación se generan efectos neutros de las operaciones intragrupo al eliminarse las operaciones que por un lado suponen un resultado positivo y por otro, un

[415] CALDERÓN CARRERO, J. M.: "Reflexiones al hilo de la STJUE X Holding BV sobre el régimen de consolidación en el impuesto sobre sociedades, la «importación» de pérdidas extranjeras y el Derecho de la Unión Europea", *Crónica Tributaria*, núm. 138, 2011, pág. 32.
[416] CASAS AGUDO, D.: "Respeto a la soberanía fiscal de los Estados miembros en materia de imposición directa versus garantía de la libertad de establecimiento en el contexto de la compensación transfronteriza de pérdidas", *Quincena Fiscal*, núm. 22, 2009, pág 65 y 66.
[417] SANZ GADEA, E.: "Propuesta de Directiva del consejo, relativa a una base imponible común consolidada del impuesto sobre sociedades (Sistema CCCTB) (I): El largo camino hacía una propuesta de Directiva". *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm 345, 2011, pág. 29.
[418] En este sentido, se pueden citar multitud de sentencias del TJCE, pero destacamos la sentencia de 16 de julio de 1998, Asunto C-264/96, *Imperial Chemical Industries*; la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Asunto C-200/98, *X AB e Y* AB; quizás una sentencia poco conocida como la de 14 de diciembre de 2000, Asunto C-141/99, *AMID*; y más recientemente y más conocidas las sentencias de 13 de diciembre de 2005, Asunto C- 443/06, *Marks & Spencer*; la de 15 de mayo de 2008, Asunto C-414/06, *Lidl/Belgium*; la de 27 de noviembre de 2009, Asunto C-418/07, *Papillon* y la sentencia del TJUE de 25 de febrero de 2010, Asunto C-337/08, *X-Holding BV*.

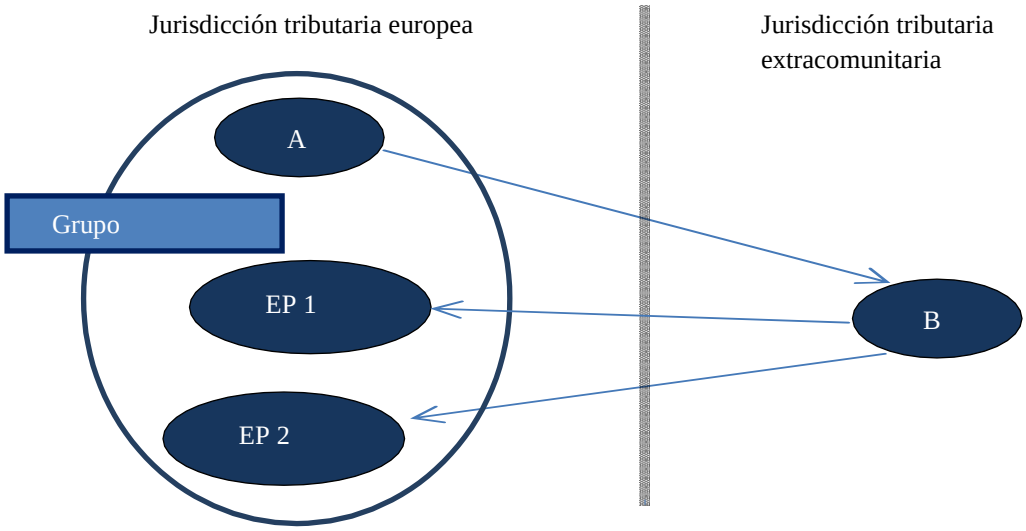
resultado negativo. El mismo autor defiende que con la base imponible común consolidada se eliminará el costoso cumplimiento de las obligaciones formales acerca de estas operaciones vinculadas [(419)]. La última ventaja que podemos destacar, es que gracias a la ampliación del concepto de grupo fiscal se amplía, indirectamente, la aplicación de la base consolidada común, permitiéndose un ahorro de los constes administrativos para el cumplimiento de las normativas tributarias. Dicho esto, la flexibilización del concepto de grupo a consolidar en materia tributaria se fomenta la libertad de establecimiento y, en definitiva, la mejora del funcionamiento del mercado interior de la UE, es decir, como mantiene *SANZ GADEA*, ante la anterior propuesta de BICCIS que no contemplaba un concepto amplio, sino que se configuraba de forma restrictiva lo que debía de ser un grupo consolidable fiscal, ya que con este restricción del concepto generaría un menor desarrollo de los principios y libertades de la Unión Europea, incluso llegando a limitar un correcto funcionamiento del mercado interior de la Unión [(420)], consiguiendo una armonización de escasa eficacia sobre la imposición de la base imponible del impuesto sobre sociedades de contribuyentes presentes en distintas jurisdicciones de la UE.

Entrando en el análisis de cómo se debe determinar un grupo consolidable fiscal a nivel de la UE dentro de la propuesta de Directiva BICCIS, haremos una remisión al art. 6 en su apartado primero, donde se escenifica que un grupo fiscal será configurado a partir de un contribuyente residente en la Unión Europea, permitiéndose incluir establecimientos permanentes y sociedades dependientes directamente de una casa matriz o de una filial extracomunitarias en el perímetro de consolidación fiscal. Partiendo de esta premisa, configuraremos un grupo consolidable en materia tributaria en la UE formado por el contribuyente residente en una jurisdicción tributaria de la Unión, como escenifica *MALVÁREZ PASCUAL* a través de las siguientes formas [(421)]: a) el contribuyente residente y sus establecimientos permanentes dependientes en otros Estados de la Unión.

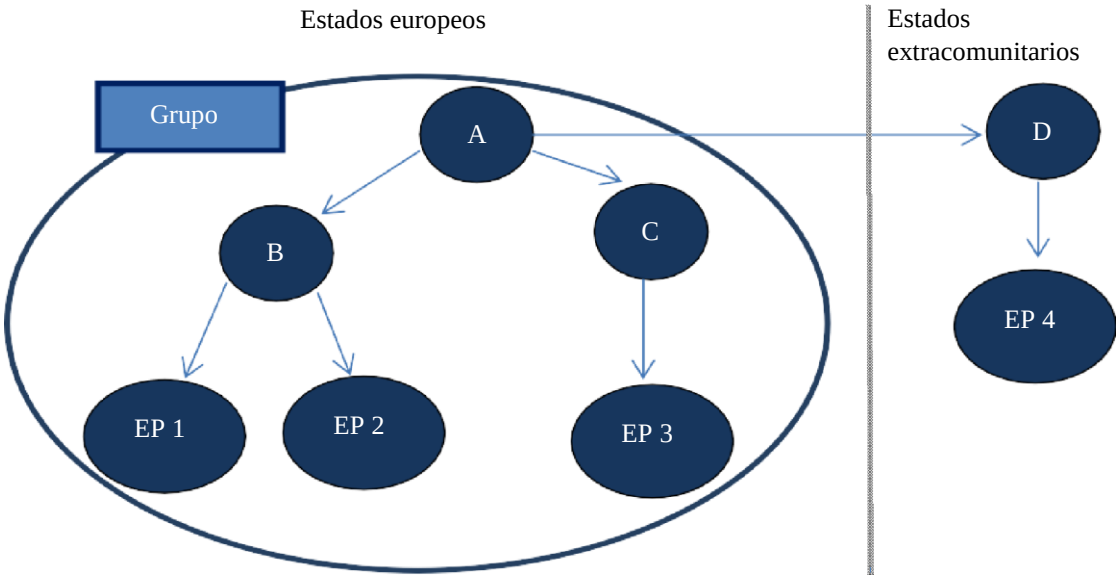
[419] MALVÁREZ PASCUAL, L.A.: *op. cit.*, pág. 39.
[420] SANZ GADEA, E.: "Propuesta de Directiva del consejo, relativa…", *cit.*, pág. 33.
[421] MALVÁREZ PASCUAL, L.A.: *op. cit.*, págs. 40 a 42.



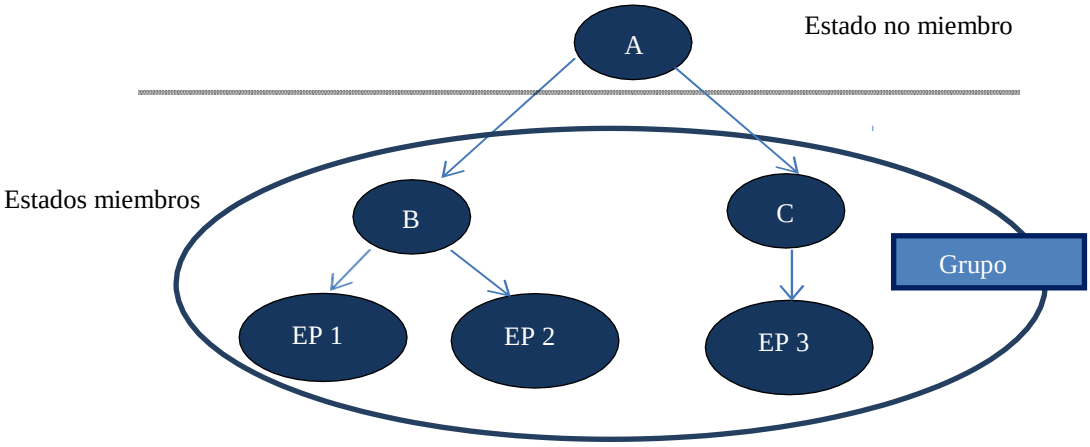
De esta forma quedarían fuera del grupo aquellos establecimientos permanentes residentes fuera de la UE y quedaría configurado únicamente por la sociedad matriz residente en un Estado miembro y sus establecimientos en alguna jurisdicción tributaria de la UE; b) otra forma de configurar un grupo contemplado en el artículo 6 apartado primero, es aquel que se configure mediante una sociedad matriz y por las personas jurídicas y/o establecimientos permanentes que dependan de una sociedad *holding* residente una jurisdicción extracomunitaria.



Con la configuración de este grupo consolidable escenificamos lo *supra* señalado sobre la ampliación del concepto que se aprecia en la propuesta de Directiva BICCIS, posibilitando la constitución de un grupo consolidado fiscal europeo, aunque exista una sociedad interpuesta no residente en la Unión; c) la tercera forma para constituir un grupo fiscal a nivel europeo, sería el típico constituido por una sociedad matriz residente en un Estado miembro y sus sociedades y establecimientos dependientes a ella en otras jurisdicciones tributarias de la UE.



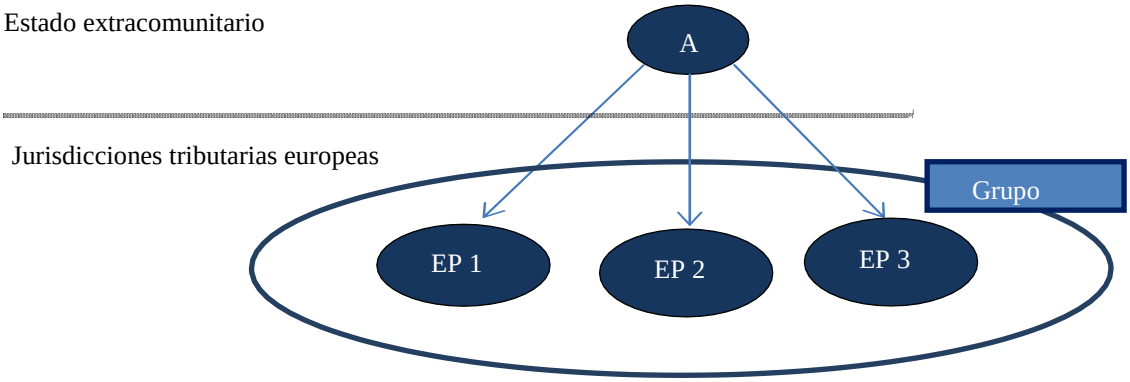
Como vemos el grupo quedará constituido por las sociedades A, B y C y sus respectivos establecimientos permanentes de acuerdo con lo contemplado en el art. 6 apartado primero letra C, quedando excluido de dicho grupo la sociedad D y su establecimiento permanente debido a que son residentes en un Estado extracomunitario; d) y la última forma para constituir un grupo que recoge el art. 6 es aquel que esté formado por distintos contribuyentes residentes de la UE, incluyéndose sus sociedades y/o establecimientos permanentes situados en algún Estado miembro –siempre que sean sociedades filiales consolidables–, que a su vez son dependientes de una sociedad *holding* residente en un Estado no miembro.



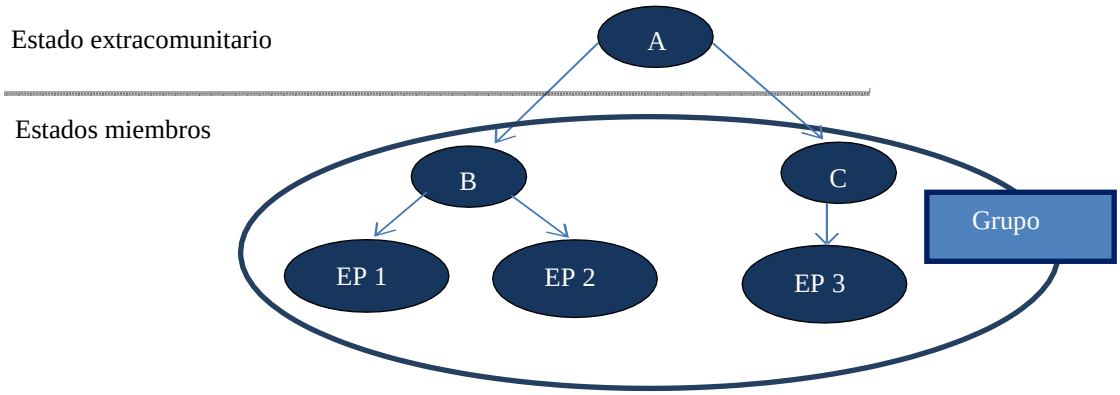
Debemos señalar que esta última forma de determinar un grupo fiscal consolidable dentro de la UE, exigirá que la sociedad *holding* –que en el articulado de la propuesta se le identifica como el no contribuyente– tenga una forma societaria similar a las contempladas en el Anexo I de la propuesta de Directiva, además de cumplir con las exigencias del artículo 2 en su apartado primero letra C, es decir, que tenga una facturación igual o mayor a 750 millones de euros y constituyendo un grupo desde la perspectiva de la normativa contable-financiera.

Esa innovación que hemos señalado *supra* establecida en la nueva propuesta de Directiva BICCIS se puede observar en el artículo 6 apartado segundo, facilitando la constituciones de grupos fiscales consolidables de forma horizontal, o dicho de otro modo, se establecerá la posibilidad de que las sociedades y/o establecimientos permanentes dependientes de un no contribuyente configuren un grupo, imposibilitando que esa sociedad *holding* no residente en la UE pueda pertenecer al grupo ni poder consolidar su base imponible en el grupo fiscal consolidable europeo [(422)]. Detallada la innovación que recoge la propuesta, vemos que un contribuyente no residente de la Unión Europea podrá configurar un grupo fiscal consolidable de las siguientes formas: a) la constitución de un grupo por parte de un no residente y los establecimientos permanentes –hermanos– dependientes al no residente con residencia en alguna jurisdicción tributaria europea.

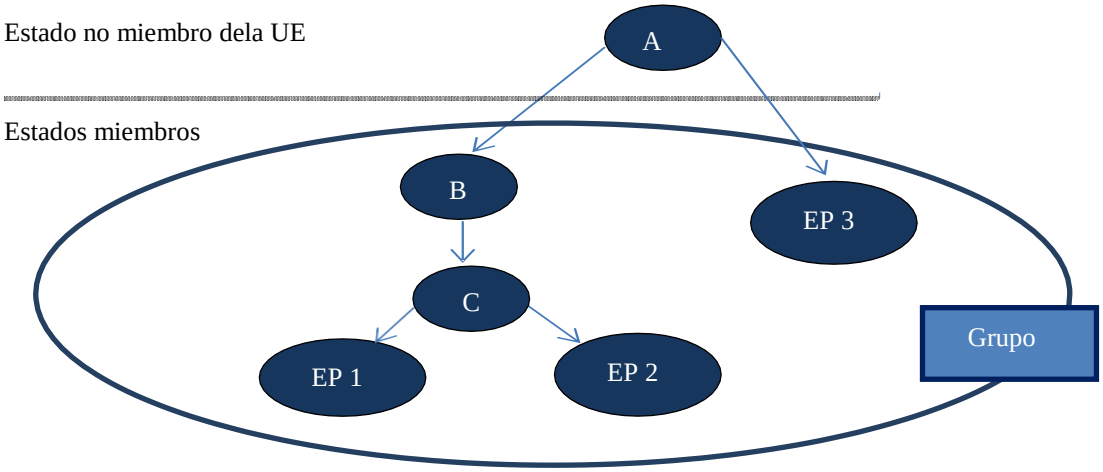
[422] Esta circunstancia tiene cierta lógica, es decir, imposibilitar que un contribuyente no residente en la UE pueda permanecer a una situación tributaria donde se obtiene unas circunstancias fiscales beneficiosas para los contribuyentes, supondría, en cierta manera, una especie de extralimitación de las potestades tributarias de los Estados miembros y, en menor medida, una extensión del Derecho de la UE sobre el resto de jurisdicciones tributarias extracomunitarias. En este sentido, es recomendable la lectura de *LÓPEZ ESPADAFOR* acerca de la incidencia que supone la fiscalidad en el Derecho internacional o sobre la diferenciación del Derecho internacional tributario y el Derecho tributario internacional ("La construcción del Derecho internacional tributario", *Crónica Tributaria*, núm. 160, 2016, págs. 95 a 124; en la obra del mismo autor: *Incidencia del Derecho…*, *cit.*, 2005).



Observando la imagen vemos que se configura un grupo fiscal horizontal, donde la sociedad matriz o *holding* es residente en un Estado no perteneciente a la Unión Europea, quedando excluida del grupo, conformándolo solamente sus establecimientos dependientes que residan en algún Estado miembro; b) otra determinación de grupo fiscal que podrá realizar un contribuyente no residente será aquel que aglutine a todas las filiales consolidables –hermanas– residentes en algún Estado miembro, incluyéndose los establecimientos permanentes dependientes de esas filiales, siempre que sean residentes en la UE.



Según la imagen veremos un contribuyente no residente conformar un grupo fiscal en UE mediante sociedades filiales hermanas y sus establecimientos permanentes, excluyéndose la sociedad *holding* al ser residente en Estado extracomunitario, aunque también darse una situación adicional a la anterior, como la siguiente:



En esta situación vemos que el grupo será conformado por un establecimiento permanente dependiente del contribuyente no residente –la sociedad A– y por filiales consolidables y sus establecimientos permanentes residentes en un Estado miembro.

Adicionalmente el artículo 6 de la propuesta de Directiva BICCIS incluye un apartado, concretamente el tercero, donde se establecerán los supuestos de exclusión, tanto obligatoria como voluntaria, a la pertenencia de un grupo fiscal consolidable de la UE, concretamente se excluye obligatoriamente aquellas sociedades que concurran en alguna situación de insolvencia o liquidación de acuerdo con la normativa interna del Estado donde tenga la residencia dicha sociedad, de igual forma una sociedad que pertenezca a un grupo fiscal a nivel de la UE, deberá abandonar inmediatamente el grupo, si se declara insolvente o se procede a su liquidación. Otro supuesto de exclusión obligatoria lo podemos observar en el artículo 50 apartado primero de la propuesta de Directiva, que exige que todos los contribuyentes que conformen el grupo fiscal ostenten un mismo ejercicio fiscal [(423)]. Esta circunstancia puede verse como una situación voluntaria, es decir, la constitución del grupo es siempre a conveniencia del contribuyente, pues si quisiera incluirse dicha sociedad con un ejercicio fiscal diferente al reto de miembros de un grupo fiscal, se podría optar con cambiar el ejercicio a nivel tributario.

En este sentido, observamos que ante una obligatoriedad de aplicación de la propuesta de Directiva, veremos como una sociedad no podrá excluirse tras determinar el perímetro del grupo una sociedad que ostente un ejercicio fiscal diferente al resto, teniendo que adaptarlo al

[423] Si nos basamos en nuestra normativa interna, esta circunstancia que enunciamos no es extraña puesto que si analizamos el artículo 68 en su apartado primero de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, vemos que todas las sociedades que conformen un grupo fiscal consolidado en España tendrán que tener un ejercicio fiscal coincidente con la entidad dominante del grupo fiscal. Aspecto también observado en el artículo 58 apartado cuarto en su letra f) de la misma Ley, que excluye a entidad de formar parte del grupo cuando su ejercicio fiscal sea determinado por imperativo legal, y por tanto, no pueda adaptarse al ejercicio fiscal de la entidad dominante.

resto del grupo por la obligatoriedad [424] de realizar una consolidación fiscal a nivel de la Unión Europea [425]. Ante esta circunstancia de obligatoriedad nos resulta destacable la interpretación que realiza *BOTELLA GRACÍA-LASTRA* sobre la cuestión de que exista una condición *sine qua non* para que todas las entidades dependientes de un grupo multinacional deban de aplicarse de forma obligatoria la BICCIS planteando dudas, es decir, en base al artículo 46 apartado segundo de la propuesta donde el contribuyente principal deberá informar a la administración tributaria competente cuáles serán los miembros pertenecientes al grupo fiscal consolidable, estableciéndose un criterio arbitrario de forma que queden sociedades fuera de la consolidación fiscal aunque en el conjunto del grupo –desde la perspectiva contable– cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 2 apartado primero que resultará de obligada aplicación la BICCIS [426]. No obstante, nuestro punto de vista vemos que existirá una cierta planificación fiscal en este asunto, ya que el contribuyente principal que le resulte de aplicación obligatoria la base consolidable articulará un grupo fiscal que cumpla con los requisitos mínimos establecidos en ese artículo 2 dejando aquellas sociedades que entienden que le son de mayor beneficio desde la perspectiva fiscal, fuera del ámbito de consolidación, es decir, quedará un grupo conformado por algunas entidades del grupo multinacional mientras que las demás seguirán aplicando los regímenes nacionales, a conveniencia del contribuyente principal, con el objetivo de poder compensar pérdidas de forma transfronteriza y seguir aplicando regímenes ventajosos para determinadas sociedades y las políticas de precios de transferencias y las operaciones intragrupo con el objetivo de trasvasar las bases imponibles. O dicho de otro modo, el principal objetivo de la BICCIS quedará desvirtuado cuando un grupo fiscal pueda seguir utilizando las operaciones internacionales con el objetivo de erosionar las bases imponibles y, para colmo, podrá compensarse pérdidas de unas sociedades en la sociedad *holding*.

Es por ello, que *BOTELLA GRACÍA-LASTRA* determina que se debe rechazar estas interpretaciones, es decir, la normativa europea que resulte de aplicación obligatoria en base al artículo 2 en su apartado primero, todo el grupo multinacional desde la perspectiva de la contabilidad-financiera deberá conformar el grupo fiscal consolidable, con el objetivo de limitar

[424] Esta circunstancia que enunciamos puede verse condicionada con la trasposición en las normativas internas de los Estados miembros, es decir, veremos casos como los introducidos por ejemplo en la Ley 2/2010, de 1 de marzo de 2010, por la que se trasponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, que incorporó situaciones como causa de exclusión de formar parte de un grupo de consolidación fiscal.

[425] Manifiesta *MALVÁREZ PASCUAL*, que esta situación de exclusión obligatoria en los supuestos de aplicación obligatoria de la propuesta deberá extrapolarse a las situaciones donde se conformen los grupos fiscales consolidables de forma facultativa. (*op. cit.*, pág. 43).

[426] BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C.: *La armonización de la base imponible común consolidada...*, *supra cit.*, pág. 304.

una cierta planificación por parte de los contribuyentes [(427)]. Aunque ante la misma premisa, *MALVÁREZ PASCUAL* mantiene que se tendría que establecer una mayor claridad sobre la normativa sobre la opcionalidad que supone la aplicación de la BICCIS sobre aquellas sociedades que cumplan con los requisitos para configurar un grupo fiscal, pero que por voluntad propia se prefiere no formar parte del mismo, en definitiva este autor defiende que se respete las Libertades de la UE –la libertad de establecimiento concretamente– y las libertades constitucionales recogidas en las normativas internas –en concreto la libertad de empresa– de forma que configuren el grupo que cada contribuyente pretenda o entienda mejor [(428)]. En nuestra opinión, creemos que lo mejor que es que se interprete la normativa de manera restrictiva con el fin de limitar lo máximo posible aquellas conductas evasivas o fraudulentas generadas por los contribuyentes y ante la falta de claridad, siempre se podrá recurrir a la normativa anti-elusión contemplada en la propuesta de Directiva para observar los criterios objetivos y subjetivos de cada operación, es decir, adelantando lo que veremos en apartados siguientes, desde el punto de vista objetivo las administraciones tributarias podrán observar si existen unos motivos económicos por el cual han articulado un grupo fiscal diferente al grupo contable-financiero y desde la perspectiva subjetiva ahondar en la verdadera intención del contribuyente, si es el de articular un grupo fiscal dentro de los límites y objetivos que se establece en la BICCIS o, por el contrario, quiere aprovecharse de las situaciones fiscales que le benefician y seguir con aquellas prácticas de planificación fiscal agresiva.

Llegados a este punto, cabe preguntarse si la propuesta de Directiva BICCIS sería de aplicación sobre aquellos grupos de ámbito nacional, o dicho de otro modo, plantear una aplicación de la base común consolidada sobre aquel conjunto de sociedades residentes en un Estado miembro o por establecimientos permanentes de distintas sociedades de un grupo que operen en un solo Estado miembro, sin que exista otra filial consolidable ni establecimientos permanentes en otros Estados miembros. Aunque lo cierto es que si examinamos el objetivo de la base común consolidada notamos que aquellas ventajas que ofrece esta propuesta se podrían alcanzar con los regímenes nacionales de consolidación fiscal, ya que uno de las principales ventajas que ofrece la propuesta es la traslado de las pérdidas transfronterizas –desde una entidad en una jurisdicción tributaria hacía otra jurisdicción sin la utilización de operaciones intragrupo o mediante los precios de transferencia–. Intentando hacer un resumen de lo que supondría un régimen nacional de consolidación, se podría decir que estos regímenes facilitan

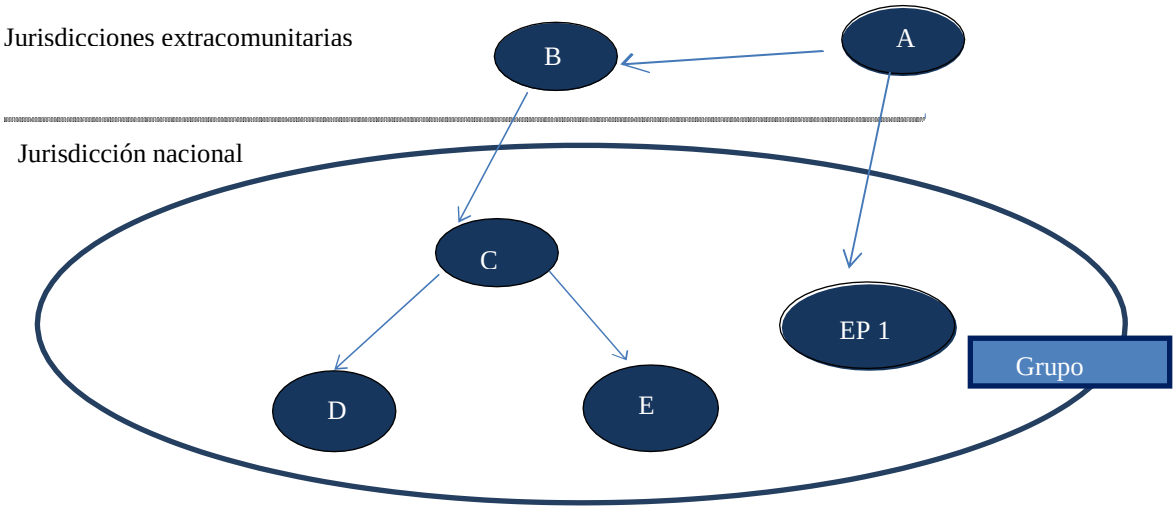
[427] BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C.: *La armonización de la base imponible común consolidada..., supra cit.*, pág. 304.
[428] MALVÁREZ PASCUAL, L.A.: *op. cit.*, pág. 44.

el realizar una única declaración ante la autoridad tributaria, se posibilita eliminar las operaciones intragrupo y, por supuesto, se pueden aprovechar las pérdidas de una entidad en el conjunto de grupo que opere en un solo Estado miembro. Pero esta duda que nos surge en posibilitar la aplicación de la base común consolidada, tampoco puede sustentarse en la lucha contra el fraude de aquellos contribuyentes con presencia internacional, puesto que las conductas que se realizan para generar un fraude se fundamentan en trasladar los beneficios gravables en una jurisdicción tributaria hacía otra y, en esta situación, nos encontramos que todas las bases imponibles que conformen el grupo fiscal estarán sujetas a la potestad tributaria de un único Estado. En este sentido, señala *MALVÁREZ PASCUAL* que la propuesta de Directiva BICCIS solo sería ventajosa para los grupos de contribuyentes vinculados con presencia transnacional [(429)]. Esta postura es apoyada por *STARINGER*, que considera la base común consolidada no podrá ser de aplicación a grupos nacionales al faltar el elemento internacional en el que se fundamenta la propuesta de Directiva, señalando el mismo autor que ello imposibilita que coexistan sociedades de un grupo fiscal bajo la normativa europea y bajo un régimen de consolidación fiscal nacional, al estar estrechamente vinculado la base común consolidada a las reglas de reparto [(430)]. En definitiva, estos autores defienden que no se puede utilizar las normas armonizadoras sobre la determinación de la base imponible en aquellos grupos fiscales constituidos por entidades con la residencia de un solo Estado. En contraposición de esta situación encontramos a *BAKER* y *MITROYANNI*, que defienden que se deba de utilizar la normativa que se genere desde el Derecho de la UE cuando las normativas internas generen problemas en la determinación de determinados hechos imponibles [(431)], y en nuestra opinión, esto generaría una puerta abierta para la aplicación de la BICCIS en los grupos internos. Esta opinión también nace de la postura que establece *PISTONE*, al plantear que sería lógico que coexistan regímenes nacionales con futuros regímenes europeos sobre aquellos grupos que tengan multitud de entidades dependientes dentro de la UE, de forma que se pueda aplicar ambos sistemas de consolidación, de modo que en este caso aplicaríamos la propuesta para aquellos miembros del grupo con presencia trasnacional y el régimen nacional para

[429] MALVÁREZ PASCUAL, L.A.: *op. cit.*, pág. 45.
[430] STARINGER, C.: "Requirements for Forming a Group", en la obra de AA.VV. dirigida por LANG, M.; PISTONE, P; SCHUF, J. y STARINGER, C.: *Common Consolidated Corporate Tax Base. Series on International Tax Law*, Linde, Viena, 2008, pág 131.
[431] BAKER, P. y MITROYANNI, J.: "Relation Between CCCTB Rules and Tax Treaties", en la obra de AA.VV. dirigida por LANG, M.; PISTONE, P; SCHUF, J. y STARINGER, C.: *Common Consolidated Corporate Tax Base. Series on International Tax Law*, Linde, Viena, 2008, pág. 569.

aquellas sociedades que operen en el Estado de residencia de la sociedad matriz [(432)]. Ante lo expuesto, nuestra opinión pasa en que se adapten las normativas internas a los principios y normas que recoge la propuesta para que los regímenes nacionales de consolidación fiscal no divergen de la propuesta de base común consolidada, con el fin de una tributación lo más armonizada posible dentro de la UE, es decir, quizás el objetivo secundario que se generaría con la adaptación de las normativas internas al trasponer la propuesta de Directiva a los ordenamientos internos de los Estados miembros, es eliminar que los marcos normativos nacionales sean en la mayoría de los casos menos perjudiciales que la normativa recogida en la propuesta. O dicho de otro modo, se conseguirá que aquellos grupos multinacionales con presencia en la UE en un único Estado y el resto del grupo exista en jurisdicciones tributarias extracomunitarias [(433)]. En consecuencia lo que buscamos es que se permita que una sociedad matriz presente a la autoridad tributaria competente una declaración que incluya la liquidación de la base imponible consolidada de las entidades residentes en ese Estado con las mismas reglas que aquellos contribuyentes trasnacionales europeos, sin que sea necesario que se produzca un reparto de dicha base al no participar ninguna potestad tributaria adicional a la del Estado de residencia.

Otra circunstancia que motiva que se deba facilitar la aplicación de la propuesta es para aquellos supuestos donde existan un grupo de sociedades y de establecimientos permanentes que no tienen una vinculación directa entre sí, pero que comparte una misma casa central.



[432] PISTONE, P.: "Outbound investment and Interest Deduction (Fat cap)", en la obra de AA.VV. dirigida por LANG, M.; PISTONE, P; SCHUF, J. y STARINGER, C.: *Common Consolidated Corporate Tax Base. Series on International Tax Law*, Linde, Viena, 2008, pág. 856.

[433] En definitiva, lo que buscamos es que determinados contribuyentes prefieran articular sus operaciones mediante vehículos societarios específicos hacía jurisdicciones tributarias extracomunitarias, generando situaciones de tributación divergentes con el resto de contribuyentes de la UE. Algunos ejemplos sobre esos vehículos societarios que podemos destacar son las *BV* holandesas o las ETVE españolas, para inversiones en paraísos fiscales o en países latinoamericanos, respectivamente.

En definitiva, lo que defendemos es que se pueda estructurar un grupo consolidado fiscal entre aquellas sociedades y establecimientos permanentes que depende de sociedades extracomunitarias, bajo las reglas que se establecen en la BICCIS, aunque sean grupos nacionales en un único Estado miembro, ya que si se siguen las normas internas el grupo consolidado que se formaría sería aquel compuesto por las sociedades C, D y E, quedando el establecimiento permanente 1 fuera del grupo a consolidar, a no tener una vinculación directa con la sociedad C, que sería entidad dominante.

3.5.4. IDENTIFICACIÓN DEL CONTRIBUYENTE PRINCIPAL.

Un elemento principal que se debe tener en cuenta para obtener una correcta aplicación de la base común consolidada es identificar al contribuyente principal, siendo tan importante como la configuración del grupo fiscal consolidable y la determinación del perímetro de consolidación. Para ello, nos remitimos a lo expuesto en el artículo 3 en su apartado undécimo, donde define contribuyente principal, ya que de él dependerá que Administración tributaria es la competente –recogido en el apartado vigesimoséptimo del artículo 3 de la propuesta, donde habla de autoridad tributaria principal– por la residencia del contribuyente principal. Esto es importante, debido a que en el artículo 51 de la propuesta en su apartado primero, determina que será ante esta autoridad donde el dicho contribuyente presentará la declaración fiscal y, por tanto, el responsable tributario subsidiario de las obligaciones fiscales de los establecimientos permanentes dependientes del contribuyente, en este sentido véase el apartado cuarto del art. 51 de la propuesta. Es más, en el artículo 58 se señala que dicho contribuyente principal no podrá ser modificado, salvo que deje de reunir los criterios establecidos en el apartado undécimo del art. 3 de la misma propuesta o que tras una reorganización del grupo fiscal, se identifique un nuevo contribuyente principal.

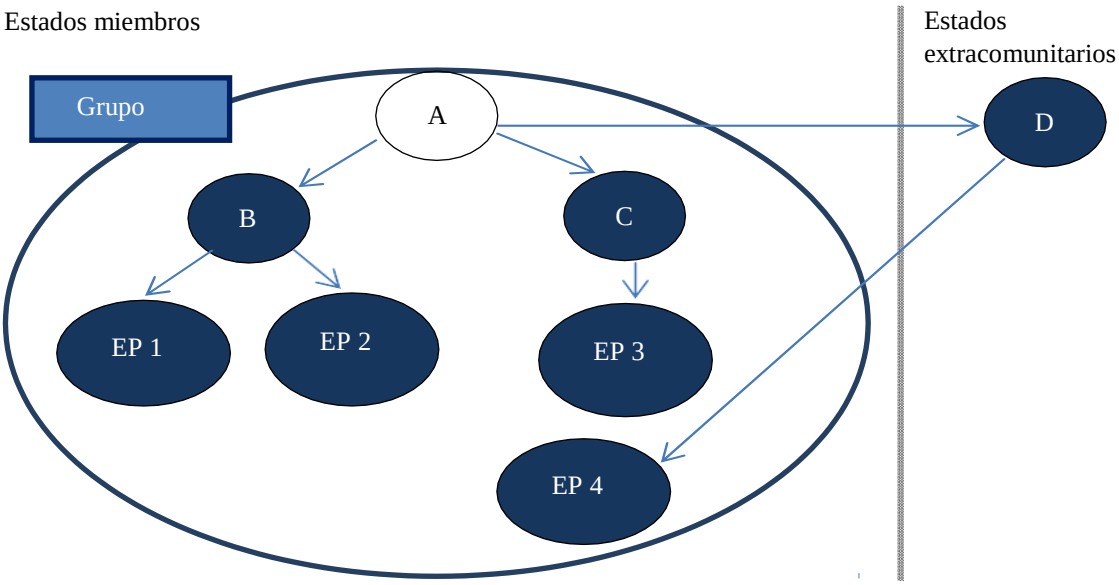
Por lo anterior, *SANZ GADEA* defiende que este contribuyente principal no deberá ser responsable de las deudas tributarias que correspondan al grupo, impidiendo que se desplace la responsabilidad de los demás componentes del mismo [(434)], situación que autor manifiesta que ocurre en el régimen de consolidación fiscal español [(435)]. Este autor defiende lo anterior debido

[434] SANZ GADEA, E.: "Propuesta de Directiva del consejo, relativa…", *cit.*, pág. 28.
[435] Esta situación se recoge en el apartado segundo del artículo 56 de la Ley 27/2014 relativa al Impuesto sobre Sociedades, donde establece que las obligaciones tributarias que se generen del grupo fiscal consolidado corresponderán a la entidad dominante de dicho grupo.

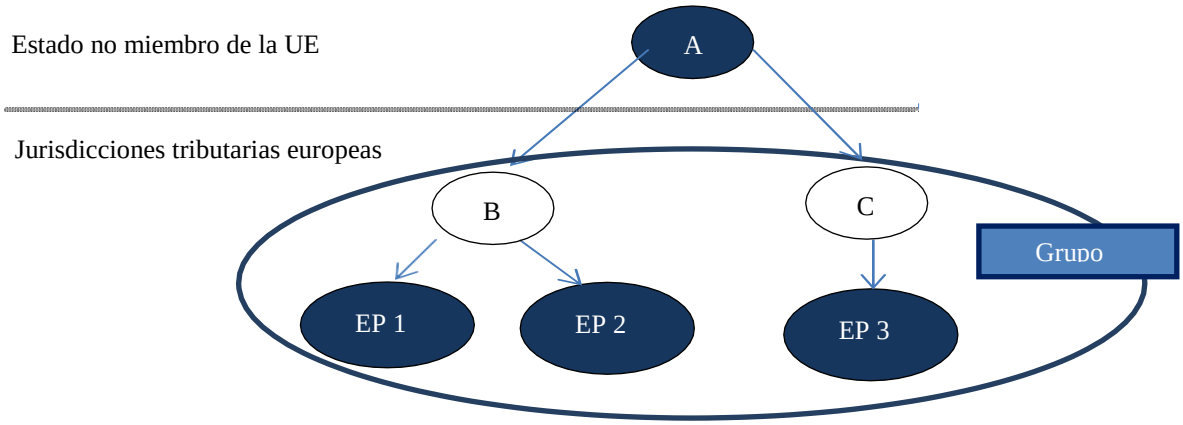
a que con la BICCIS todos los miembros del grupo consolidado fiscal no dejan de ser contribuyentes en sus jurisdicciones tributarias donde residan, es decir, como mantiene *MALVÁREZ PASCUAL*, «todos los miembros del grupo tendrán la condición de contribuyentes en su Estado de residencia, debiéndose determinar la deuda tributaria que les corresponde una vez que se haya atribuido a cada sociedad o establecimiento permanente que forme parte del grupo la cuota parte que resulte de la aplicación de la fórmula de reparto» [(436)]. Dicho de otro modo, y tal como defiende *BOTELLA GRACÍA-LASTRA*, «es difícil ser contribuyente del impuesto sin estar adscrito, de forma precisa, a una Administración tributaria ante la cual ejercitar los derechos y obligaciones derivados de dicha condición, pues cuando una entidad aplique de forma obligatoria o voluntaria el régimen previsto en la Propuesta BICCIS, dejará de estar sujeta a las disposiciones nacionales en materia del Impuesto sobre Sociedades en relación con todos los aspectos regulados por la misma» [(437)].

Por lo anteriormente expuesto, se ve la necesidad de determinar el contribuyente principal, puesto que, también, podrá condicionar la configuración del grupo. Esta determinación, en ocasiones, viene establecida expresamente en la normativa de la propuesta, fundamentalmente en las configuraciones de grupos fiscales verticales que hemos señalado *supra*. En otros casos, la propuesta de Directiva permite que el propio conjunto de contribuyentes determine quién será el contribuyente principal. Según las escenificaciones *supra*, *MALVÁREZ PASCUAL* identifica los contribuyentes en base a las letras del apartado undécimo del artículo 3 de la propuesta de Directiva BICCIS, siendo el contribuyente principal según: a) aquel grupo fiscal consolidado de la UE conformado por una sociedad matriz residente en algún Estado miembro, junto con sus filiales consolidables residentes en otras jurisdicciones tributarias y los establecimientos permanentes con residencia en otros Estados miembros.

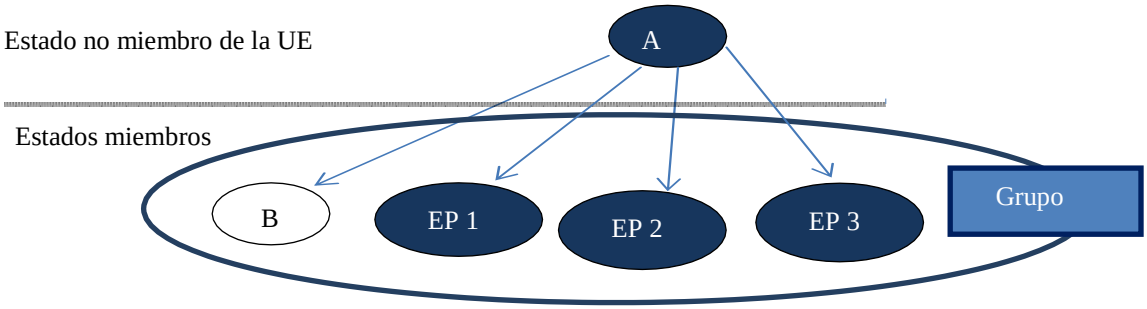
[436] MALVÁREZ PASCUAL, L.A.: *op. cit.*, pág. 47.
[437] BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C.: *La armonización de la base imponible común consolidada...*, *cit*., págs. 380 y 381. Otra obra de la misma autora, donde se puede consultar tal afirmación es en "Los obligados tributarios en el marco de la Propuesta de Base Imponible Común Consolidada en el Impuesto sobre Sociedades", *Crónica Tributaria,* núm. 6, 2013, págs. 3 a 18.



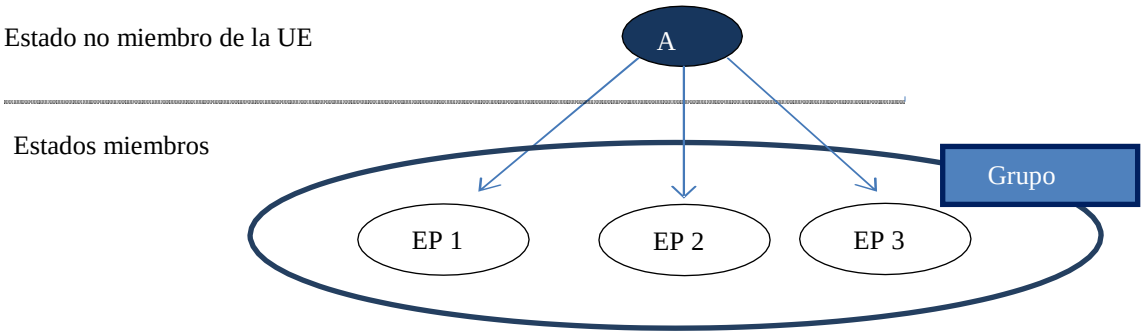
Excluyéndose del grupo aquellas sociedades dependientes que no estén dentro de las frontera de la UE, por lo que se determinará como contribuyente principal la sociedad A; b) aquel grupo fiscal consolidado de la UE conformado por aquellas filiales consolidables –dos o más sociedades– inmediatas a una sociedad matriz no residente en la UE, también podrán pertenecer aquellos establecimientos permanentes dependientes de esas filiales consolidables inmediatas.



Este ejemplo muestra una situación de grupo horizontal donde filiales hermanas conforman un grupo fiscal sin la presencia de la sociedad matriz, designándose como contribuyente principal aquel que decida el grupo, pudiendo se tanto la sociedad B como la C; c) aquel grupo fiscal consolidado de la UE conformado por una filial dependiente a una sociedad *holding* no residente en la UE y por aquellos establecimientos permanentes dependientes a esa misma *holding*.



Se trata de otro ejemplo de grupo horizontal, donde se determinará como contribuyente principal aquella sociedad filial consolidable residente en algún Estado miembro, concretamente la sociedad B. Esto parte una cierta lógica, puesto que desde la perspectiva del Derecho mercantil, los establecimientos carecen de personalidad jurídica, y en cierta manera, la propuesta de Directiva tiende a establecer unos criterios jerárquicos para la determinación del contribuyente principal; d) como último ejemplo de determinación de contribuyente principal en un grupo fiscal consolidable será aquel grupo constituido exclusivamente por establecimientos permanentes residentes en distintos Estados miembros dependientes de una sociedad no residente en la UE.



Ante esta situación, se muestra el concluyente tipo de grupo consolidado horizontal, y será designado como contribuyente principal aquel que determine la sociedad matriz no residente en la UE, es decir, podrá ser cualquier establecimiento permanente.

4. LAS MEDIDAS ANTI-ABUSO RECOGIDAS EN LAS PORPUESTAS DE BASES IMPONIBLES.

4.1. CLÁUSULA GENERAL ANTI-ABUSO DE LA BASE IMPONIBLE COMÚN.

De forma similar que en las Directivas 2011/96/UE, la llamada Directiva Matriz-Filial, y la Directiva 2009/133/CE, la llamada Directiva fiscal de fusiones, se establecen medidas anti-elusión específicas para la propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades (BICIS) [(438)], además recoge normas contempladas en la Directiva 2016/1164/UE, la llamada *Directiva ATAD I*. Estas medidas se articulan en el capítulo noveno, mediante un conjunto de preceptos que eviten las prácticas fiscales abusivas [(439)]. En definitiva, dentro de la propuesta de BICIS se contempla una cláusula general anti-elusión en el artículo 58 de la propuesta de Directiva BICIS –también es conocida por sus siglas en inglés como *GAAR* o *General Anti-Abuse Rule*– con el fin de neutralizar aquellas distorsiones generadas por una articulación de las estructuras societarias o de las actividades de los contribuyentes dirigidos a obtener, principalmente, un ahorro en la carga fiscal que sea contraria al fin y objeto de la propuesta. En este sentido, no entraremos en mayor detalle, debido a que se excluye de su ámbito de aplicación –nos referimos a la cláusula general– siempre que existan motivos económicos válidos y se identifique correctamente el beneficiario efectivo, es decir, con independencia de los efectos fiscales que generen, la cláusula no generara efectos en aquellas operaciones o actividades donde concurran razones de sustancia económica válidas y una realidad económica [(440)]. Hemos dicho que no entramos en mayor detalle, puesto que esta materia que se analizará en los capítulos destinados para la Directiva Matriz-filial, cuando hablemos del beneficiario efectivo, y en la Directiva fiscal de fusiones, cuando hablemos de motivos económicos válidos. El aspecto más significativo de esta cláusula es su ámbito de

[438] Téngase en cuenta, que la propuesta de Directiva relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades, no se establecen unos preceptos como norma específica anti-abuso, sino que remite a la BICIS para la determinación de alguna conducta abusiva.

[439] Llegados a este punto, nos llama la atención que en la propuesta de base imponible común no se hayan incluido las reglas para la limitación de los gastos financieros y las reglas del *exit tax* o imposición de salida. Aunque nos adelantamos al análisis de las medidas anti-abuso sobre las asimetrías hibridas, sí que han sido incluidas, aunque después se ha llegado a la aprobación de la *Directiva ATAD II*, hecho que pone de manifiesto la posible no aprobación de las propuestas de Directiva relativas a las bases imponibles comunes.

[440] Debemos remarcar que en la propuesta de BICIS no se hace expresa remisión a los motivos económicos válidos ni al beneficiario efectivo, esta interpretación la obtenemos para dar sentido a la frase contemplada en el art. 58 apartado segundo, que literalmente es «un arreglo o una serie de arreglos se considerarán engañosos en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica», es decir, desde nuestra opinión la única manera que tendrá el contribuyente de justificar la operación o la actividad será demostrando que existe un beneficiario efectivo y unos motivos económicos válidos.

aplicación, ya que se prevé, expresamente, que sea de aplicación tanto en operaciones o actividades intracomunitarias como en operaciones o actividades extracomunitarias, es decir, pone el foco también en las operaciones intragrupo que realicen los contribuyentes europeos con otras entidades residentes –cuando intervenga un establecimiento permanente– en el extrarradio de la UE [(441)].

4.2.LA MEDIDA ANTI-ABUSO SOBRE LAS ASIMETRÍAS HÍBRIDAS DE LA BASE IMPONIBLE COMÚN.

En el artículo 61 de la propuesta de Directiva BICIS se establecerán unas medidas para limitar los abusos generados mediante operaciones donde existan asimetrías hibridas, es decir, cuando se creen distorsiones en el gravamen de los contribuyentes gracias a, entre otras causas, situaciones de doble residencia fiscal y exista una calificación jurídica distinta en ambas jurisdicciones tributarias sobre algunos instrumentos financieros. Antes de continuar con el análisis del citado precepto, ponemos de manifiesto que una de las limitaciones que se encuentran en este artículo es la falta de establecer definiciones de determinados conceptos para que exista correcta aplicación de tal artículo, o dicho de otro modo, no se contemplaba definiciones de que se debe entender como «asimetría híbrida», una «asimetría en resultados», una «doble deducción», una «deducción sin inclusión», una «entidad híbrida», un «instrumento financiero», un «operador financiero», una «transferencia híbrida», una «transferencia híbrida introducida en el mercado» o «un mecanismo estructurado»; conceptos a los que se hacen referencia en la propuesta BICIS. En este sentido, todos estos conceptos han sido definidos, posteriormente a la publicación de la propuesta, en las *Directivas ATAD I y ATAD II*, quedando resuelto los problemas de interpretación que podrían surgir al trasponer la propuesta en las jurisdicciones nacionales [(442)].

Entrando en el detalle en las medidas anti-elusivas relativas a las asimetrías híbridas, se presentan unas soluciones que intentaran compensar los efectos generados por dichas asimetrías, mediante la denegación de la deducción de los gastos financieros en un Estado

[441] Esta último aspecto tiene una intención de alcanzar un criterio uniforme con las últimas Directivas europeas aprobadas, o dicho de otro modo, tendrán el mismo ámbito de aplicación que las *Directivas ATAD I* y *ATAD II*, siempre y cuando la operación o la actividad se realice con un establecimiento permanente en un tercer Estado, no miembro de la UE.

[442] Además de estas definiciones, la *Directiva ATAD II* también contempla las definiciones de «grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera», «establecimiento permanente no computado», «persona», «renta de doble inclusión», «compensación fiscal», «inclusión» y «deducción», conceptos que serán posteriormente analizados.

miembro de la fuente o exigir la inclusión, como ingresos fiscales, aquellos pagos en el Estado miembro de origen. Esta exigencia dependerá de cada caso, es decir, de cómo se trasponga la Directiva a la normativas nacionales o la residencia de las entidades intervinientes o establecimientos permanentes [(443)]. Por tanto, con carácter general, las soluciones propuestas tendrán tres supuestos, que a su vez se diferenciaran entre operaciones entre Estados miembros o con Estados extracomunitarios: 1) como primer supuesto, será aquel donde se establezca una doble deducción, que se trata de cuando exista una deducción del mismo pago, o de los mismos gastos o pérdidas, tanto en la jurisdicción donde se origine el pago –entiéndase como el Estado de la fuente–, y adicionalmente, suponen gastos o pérdidas en la otra jurisdicción –véase como el Estado de origen– [(444)]. Cuando exista esta doble deducción en operaciones entre Estados miembros, sólo se aceptará en el Estado donde se haya originado el pago, eliminándose en la otra jurisdicción. Por el contrario, cuando estemos ante una operación donde participe un Estado miembro y un Estado extracomunitario, sólo se aceptará dicha deducción en el Estado miembro, si ésta no es aplicada en el tercer país. 2) como segundo supuesto, será aquel donde haya una deducción sin inclusión, se trata de la deducción de un pago –entre la sede de la dirección y un establecimiento permanente o entre dos o más establecimientos– en cualquier ordenamiento –véase como el Estado de la fuente– donde dicho pago se haya considerado realizado, sin la correspondiente inclusión de dicho pago, a efectos fiscales, en la jurisdicción del beneficiario –Estado de origen– [(445)]. Cuando se dé esta deducción sin inclusión en operaciones entre Estados miembros, no se aceptará la deducción en el Estado donde se haya originado el pago, aunque no deja claro si se debe integrar en la otra jurisdicción. En contra, cuando estemos ante una operación donde participe un Estado miembro y un Estado extracomunitario, caben dos posibilidades, primero, cuando el pago nace en el Estado miembro no se admitirá su deducción, y segundo, cuando el pago nazca en el país extracomunitario, se tendrá que incluir –sin exención– en el Estado miembro que lo recibe, salvo que no se haya deducido en el Estado extracomunitario. 3) para el resto de supuestos, se establecerán las reglas que garanticen una tributación dentro de la UE de aquellas rentas no incluidas –no gravadas anteriormente–, en aquellos casos donde intervengan establecimientos permanentes. En los casos de pagos a partes vinculadas, desde un Estado extracomunitario, que se compensen con otros pagos, y con ello, se genere la doble deducción o la deducción sin inclusión fuera de la UE, no se permitirá su

[443] Este último caso, acerca de la residencia de las sociedades intervinientes o de los establecimientos permanentes, se ve reflejado a lo dispuesto en el artículo 61 bis de la propuesta BICIS, donde se configura aquellas asimetrías con terceros países fuera de la UE.
[444] Definición contemplada en la *Directiva* ATAD II, en el artículo 9 letra a).
[445] Conceptualización en e artículo 9, letra b) de la *Directiva* ATAD II, en su artículo 9 letra b).

deducción –cabe la posibilidad de aplicarse la deducción cuando se haya denegado en el país extracomunitario–. O en los casos de doble residencia fiscal, cuando se realicen pagos de sociedades que al mismo tiempo sean residentes en un Estado miembro y en un Estado extracomunitario, no se procederá a ser deducción en la UE –en este caso también cabe la posibilidad de poder aplicarse la deducción, si en el país extracomunitario se haya denegado dicha deducción–.

5. CONSIDERACIONES AL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE LA BICIS.

Desde la perspectiva de la propuesta BICIS, se sigue las pautas ya desarrolladas en las Directivas de fusiones [(446)], que desarrollar unas medidas anti-elusivas para aquellas operaciones donde intervenga una sociedad considerada transparente. En definitiva, se establece una regla para las operaciones transparencia fiscal internacional –conocida como regla TFI o por sus siglas en inglés «*rule CFC*» o «*rule of controlled foreign corporation*»–. Debemos anunciar que la redacción que se contempla en los artículos 59 y 60 de la propuesta tiene una gran semejanza a los artículos 7 y 8 de la Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, conocida como la *Directiva ATAD I* [(447)]. En consecuencia, como remarcaremos posteriormente, se establecen reglas de transparencia fiscal internacional para gravar, en el Estado de residencia de la matriz –que además será el contribuyente de la BICIS–, aquellas rentas pasivas [(448)] no distribuidas en las entidad o entidades participadas, incluso los establecimiento permanentes, cuando sea considerada como sociedad transparente [(449)].

Entrando a analizar el artículo 59, tendremos que tener claro la definición de «sociedad extranjera controlada» como aquella entidad o establecimiento permanente, donde controle la matriz, de forma indirecta o directamente, individual o colectivamente, un porcentaje en los fondos propios de más del 50% –en los casos donde existan una división entre los derechos económicos y de voto, entenderá que se debe aplicar el porcentaje sobre los derechos de voto–,

[446] Aspecto que se desarrollará en el capítulo de la Directiva 2009/133/CE del Consejo –de fusiones–.
[447] La principal diferencia que se establece entre la propuesta de BICIS y la *Directiva ATAD I*, es que la primera no prevé que se imputen las rentas no distribuidas, en aquellos casos que se hayan producido mediante «mecanismos falseados» y con el fin de obtener un gravamen menor.
[448] Como rentas pasivas se deben entender los intereses, dividendos, cánones, rentas por arrendamiento financiero, rentas por actividades financieras, rentas por actividades de seguro o rentas por refacturación de bienes o servicios.
[449] Tanto en la *Directiva ATAD I* como en la propuesta BICIS, concretamente, no se habla de sociedades consideradas transparentes, sino de «sociedad extranjera controlada» a la que se aplicará la regla TFI.

teniendo un gravamen del impuesto sobre sociedades inferior al que tendría al aplicarse la BICIS y el impuesto satisfecho, es decir, cuando la tributación efectiva de la entidad dependiente sea inferior a la que hubiera tenido en el Estado de residencia de la matriz [(450)]. Un aspecto a señalar es que estas medidas anti-abuso vienen a realizar una imputación de las rentas pasivas que hemos señalado anteriormente; pero que todo contribuyente que demuestre que dichas operaciones o actividades se han desarrollado a través de una conducta lícita no se tendrá que realizar dicha imputación, es decir, en los siguientes casos no se aplicará la regla TFI: a) cuando la «sociedad extranjera controlada» se haya constituido bajo una razón económica válida en otro Estado miembro o en un Estado del Acuerdo del Espacio Económico Europeo; b) cuando más del 66% de las rentas de dicha entidad no se puedan considerar como pasivas; y c) cuando más del 66% de las rentas pasivas, en el caso de que dicha sociedad sea considerada como entidad financiera, procedan de operaciones con la matriz o el resto de sociedades vinculadas. Analizando el artículo 60 de la propuesta BICIS, vemos que sigue la lógica para evitar la doble imposición, o dicho de otro modo, se establecerá el derecho a la matriz de minorarse de la carga tributaria, una vez se produzca la distribución efectiva de dichas rentas pasivas o cuando se produzca la enajenación de las participaciones o del establecimiento permanente, la cantidad que previamente se habría imputado en su base imponible.

6. ARMONIZACIÓN FISCAL VS APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES EN OPERACIONES EXTRACOMUNITARIAS.

Planteando un análisis crítico de las propuestas de Directiva relativas a la Base Imponible Común del Impuesto sobre Sociedades y la Base Imponible Consolidada Común del Impuesto sobre Sociedades suponen un avance para la consecución de una armonización fiscal en materia de sociedades; pero desde nuestro punto de vista parece más un objetivo que esconde una mayor integración política europea en un intento por buscar una eliminación de los efectos nocivos que pueda causar la fiscalidad en el mercado interno, o de limitar la planificación fiscal

[450] Llama la atención que en la propuesta de Directiva BICCIS la única mención que se haga a las entidades transparentes, sea en el capítulo VII, artículo 27, estableciendo –de forma muy escueta– las normas que harán determinar la transparencia de dichas entidades cuando sean de terceros países, es decir, no hace referencia a aquellas sociedades que puedan ser consideradas transparentes dentro de la UE y deja como norma que ante la falta de acuerdo entre los Estados miembros sobre el tratamiento que deba recibir la entidad transparente en un Estado extracomunitario, decidirá la autoridad tributaria principal. En este sentido nos cabe la duda de que se considera «autoridad tributaria principal».

internacional agresiva de forma fehaciente, o incluso reducir la competencia fiscal entre los Estados miembros. En definitiva, seguimos viendo que las dichas propuestas dan ciertas soluciones a los problemas señalados pero no son las soluciones que necesita la Unión actualmente, decimos esto debido a las distintas crisis existenciales que se han vivido desde la crisis económica de 2008, como por ejemplo, la crisis del euro desde el 2010 con el rescate de Grecia, el auge de grupos euroescépticos en la mayoría de los Estados miembros, el *Brexit*, la formación de gobiernos contrarios a los principios europeos –véase los casos de Polonia, Hungría o recientemente, 2018, en Italia o Austria o en menor medida en Alemania– o la crisis migratoria. Todas estas crisis están suponiendo la necesidad de crear una nueva integración, y quizás ese objetivo de los Estados Unidos de Europa que defendía *MONET* quede lejos o sea, sinceramente, un objetivo inalcanzable [(451)]. Cuando hablamos de nuevas formas de integración, quizás sea mejor decir nuevas formas de cooperación entre los Estados miembros, asegurando una seguridad jurídica aceptable para todos los ciudadanos europeos, garantizando una calidad de vida acorde con los estándares europeos, ayudando en la cooperación y desarrollo al resto de zonas del mundo y, en definitiva, la plena constitución de Estados sociales y democráticos de Derecho que defiendan un desarrollo económico sostenible, respetando al medio ambiente y garantizando justo reparto de la riqueza en los Estados.

Por lo anterior, vemos que será prácticamente imposible que las actuales propuestas de bases se aprueben, en primer lugar, aunque supone un grandísimo avance en la armonización, no deja de crear lagunas en el Derecho de la UE que, con toda seguridad, serán aprovechadas por los contribuyentes transnacionales; en segundo lugar, por la histórica reticencia de los Estados en ceder parte de su potestad tributaria acerca del Impuesto sobre Sociedades, ya que como hemos remarcado anteriormente, este impuesto se utiliza como herramienta de la competencia fiscal como medio para conseguir atraer inversiones foráneas o para mantener contribuyentes en sus territorios; y tercero, por la necesidad de unanimidad de todos los Estados para aprobarla, y en base a la competencia fiscal que hemos remarcado, países como Hungría o Bulgaria que han ido reduciendo sus tipos nominales del impuesto sobre sociedades en pro de atraer nuevos contribuyentes, verán mermadas sus objetivos –es un hipótesis que defendemos, no sabemos las intenciones reales de los Gobiernos acerca de las propuestas–.

Siguiendo con la idea de que con las propuestas no se termina de una armonización fiscal completa, es que en las mismas no se establecen, como hemos señalado *supra*, definiciones necesarias que garanticen esa armonización, entre otras podemos señalar: 1) que

[451] J., MONET, en las declaraciones ante el Comité de Liberación Nacional, 5 de agosto de 1943, defendiendo «[l]os Estados de Europa han de formar una federación».

no se precisa un concepto de canon; 2) no hay un procedimiento claro para los precios de transferencia; 3) una definición del *Patent box*; 4) no se contemplan unas cláusulas anti-abuso que limiten la planificación fiscal de forma consistente; 5) no se establecen límites a los acuerdos entre los contribuyentes y las Administraciones tributarias; y 6) no se plantea un concepto claro de entidad transparente. Es decir, no hay unos concepto básicos a nivel europeo que ayude a crear una mayor seguridad jurídica en materia fiscal, habrá que remitirse a las normativas internas para solucionar estos conflictos –con la problemática que sabemos que ello genera– o para definir estos conceptos. En consecuencia, advertimos que una armonización en este clima político es imposible; pero, a nivel de propuestas, también se queda lejos de alcanzarla, o dicho de otro modo, y desde nuestro punto de vista, creemos que no hay voluntad política para la aprobación de dichas propuestas y que, tampoco con estas propuestas se alcanza la necesaria completa armonización fiscal en la UE.

Volviendo a la idea de que se necesita nuevos procesos de integración –también lo hemos llamado como nuevos procesos de cooperación– creemos que estamos ante una situación única para garantizar la existencia de la UE, es decir, y basándonos en el refranero español, lo que no está roto no se arregla, con ello queremos decir que quizás los esfuerzos de cooperación en materia de fiscalidad directa han llegado a su máxima expresión, puesto que, se ha armonizado aquellas operaciones en las que intervienen operadores económicos transnacionales, además se han creado Directivas contra la elusión fiscal, Directivas para el traslado automático de información, e incluso se han aprobado Directivas para facilitar información sobre los tax rulings vigentes en los Estados miembros de la UE, además de las Directivas existentes que facilitan las relaciones entre matrices y filiales o la creación de grandes grupos europeos. Lo cierto es que, estamos ante una situación donde se garantiza una competencia fiscal entre potestades tributarias, se establecen las herramientas –eso sí, con grandes problemas de aplicación– para combatir las prácticas elusivas, incluso concurren herramientas que limitan la planificación fiscal internacional agresiva, además contamos con el TJUE como garante de las Libertades de la Unión Europea, en definitiva, una mayor armonización sería limitar esa soberanía fiscal que describía *BÜHLER*, diciendo que era aquella «facultad total y exclusiva de un Estado para desarrollar, a través de la propia voluntad manifestada frente al resto de Estados, la competencia única que le asiste para realizar actos legislativos, ejecutivos y judiciales dentro de su ámbito de poder territorial» [(452)]. Quizás la

[452] BÜHLER, O: *op. cit*., pág. 173. En el mismo sentido, *vid*. LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "Revisión de las relaciones entre el Derecho tributario y el Derecho internacional general", *Crónica Tributaria*, núm. 147, 2013,

cooperación que toca ahora sea una aproximación de conceptos y de determinación de operaciones que se realizan desde los Estados miembros hacía el resto de jurisdicciones extracomunitarias, dicho de otro modo, establecer conceptos básicos para las operaciones con terceros países, como por ejemplo, crear una definición de paraísos fiscales para catalogar aquellas jurisdicciones que lo son y establecer unos mecanismos unitarios para la lucha contra el fraude fiscal. En definitiva, lo que planteamos es que, y a modo de ejemplo, se creen convenios para evitar la doble imposición entre la UE y el resto de países del mundo –algo que ya sucede en los acuerdos de libre comercio–. Esto supondría reducir en gran medida las herramientas de planificación fisca agresiva, respetando las potestades tributarias de los Estados miembros.

Todo lo anterior, viene motivado por el avance de la globalización y de la internacionalización de las economías europeas, que provoca que el marco normativo de la imposición societaria sufra constantes modificaciones para adaptarlo a la situación cambiante del entorno económico mundial, prueba de ello son las recientes modificaciones del impuesto sobre sociedades español –modificado en 2014, en profundidad– mientras que a nivel internacional ya hemos destacado las propuestas de Directiva sobre una base imponible común y una base imponible común consolidada a nivel de la UE. Lo que se observa es que, desde la perspectiva europea, se pretende establecer un perímetro del sujeto pasivo sobre su imposición societaria próximo al perímetro económico, o dicho de otro modo, las intenciones desde la Comisión es crear un ente supranacional tributario que homogenice los ordenamientos tributarios nacionales con el fin de crear un solo sujeto pasivo europeo. Aunque se pueda entender que serán tratadas bajo el prisma de sociedades separadas, es decir, como contribuyentes independientes aun permaneciendo a un grupo fiscal de la UE, en cierta manera se trata de plantear una eliminación entre la asimetría que supone la existencia de un solo actor económico –la multinacional u organización empresarial– y la multitud de sujetos pasivos existentes dentro de esa organización económica –cada una de las sociedades y/o establecimientos permanentes que la conforman–. En cierta manera, tiene lógica presupuestaria –véase desde el punto de vista de que se intente someter a imposición la mayor parte de la riqueza que se genera en una región–, ya que lo que se intenta es equiparar el objeto de gravamen y de comprobación de declaraciones, que actualmente es a escala nacional, a la forma de determinación de la renta de las sociedades multinacionales que es a escala mundial; incluso limitar las complejas estructuras societarias y facilitar las actividades empresariales

pág. 131. Sobre el concepto de soberanía fiscal, también recomendamos, CASADO OLLERO, G.: "Fundamento jurídico y límites…" *cit.*, págs. 60 y 61.

transfronterizas, aunque lo cierto sea que todo ello solo supone grandísimos retos para las autoridades tributarias nacionales. En base a ello, vemos que desde el seno de la UE se pretende crear una imposición societaria que intente luchar contra el fraude fiscal que se origina en las prácticas de planificación fiscal agresiva y en la erosiones de base imponible, todo ello motivado por los trabajos de la OCDE que señalamos *supra*, que determinan que dichos problemas solo se podrán abordar con actuaciones y medidas conjuntos desde la totalidad de los Estados [(453)].

Por tanto, ante este entorno económico se requieren nuevas estrategias por parte de los Estados, en pro de obtener una coordinación europea que fortalezca el entorno tributario europeo, es decir, a nuestra forma de entender ya existen los mecanismos jurídicos suficientes para la lucha contra el fraude, existe en mercado interior competitivo y sin limitaciones, existe un control de las actuaciones de los Gobiernos de los Estados miembros, mediante el procedimiento de las ayudas de Estado por parte de la Comisión, y existe una armonización tributaria en materia de sociedades que garantiza una imposición homogénea para aquellas sociedades en igualdad de condiciones. Entonces, la circunstancia motivadora de estas propuestas no viene, a nuestro juicio, de una necesidad jurídica, sino de una necesidad económica de optimizar recursos para abaratar costes administrativos tanto de los contribuyentes como de las autoridades tributarias de los Estados miembros, por lo que, los avances en el Derecho de la UE deben centrarse en la lucha contra aquellas situaciones jurídicas que generen desigualdades entre contribuyentes. Es decir, por ejemplo se tendría que limitar –o incluso prohibir– los acuerdos previos de valoración, puesto que son instrumentos que tienen un alcance internacional, al ampliar una desimposición en transacciones de activos intangibles –como la cesión de los mismo o la prestación de servicios– o en las operaciones de reestructuración empresarial, originando una estructura de asignaciones de riqueza que nada tiene que ver con la situación real de las funciones, los activos y los riegos que asumen las distintas entidades que conforman un grupo multinacional. Aunque la doctrina en este sentido defiende la existencia de estos acuerdos [(454)], puesto que suponen un gran instrumento de

[453] OCDE, informe de 2013, titulado "*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting"*.

[454] En este sentido existen numerosos trabajos, citamos aquí algunos: BAL, A.: "Tax Rulings and State Aid Investigations: The Apple Case", *Bulletin for International Taxation*, octubre, 2016; BIZ, C.: "Countering tax avoidance at the EU level after "LuxLeaks? A history of tax rulings, transparency and BEPS: Base erosion profis shifting or bending European prospective solutions", *Diritto e Practica Tributaria Internazionale*, núm. 4, 2015; CARBAJO VASCO, D.: "Algunas consideraciones sobre los acuerdos previos de valoración de precios de transferencia, APAS, en el ordenamiento tributario español", *Crónica Tributaria*, núm 140, 2011; FALCÓN Y TELLA, R.: "El intercambio automático de información sobre "tax rulings", las decisiones de la Comisión en la materia y el reciente impuesto británico sobre "beneficios desviados"", *Quincena Fiscal*, núm. 20, 2015; GUNN, A. y LUTS, J.: "Tax Rulings, APAs and State Aid: Legal Issues", *EC Tax Review*, núm. 2, 2015; KLÄSER, J.: "The Swiss Tax Ruling Practice: Recent Domestic and Internacional Developments", *Bulletin for International*

seguridad jurídica para el contribuyente, al evitar conflictos tributarios que se deriven de las actuaciones de comprobación de una autoridad tributaria al actuar de forma unilateral y limitan los casos de doble imposición internacional. Pero desde nuestro punto de vista, vemos que estos acuerdos –también conocidos como *tax rulings*– en su base, aunque sin entrar en detalle, suponen un quebranto de las Libertades de la UE y del principio de no discriminación en el Derecho de la UE y del principio de igualdad desde la perspectiva constitucional de los Estados sociales y democráticos de Derecho, dicho de otro modo, se quebranta los primeros, al encontrarse un contribuyente residente en otro Estado miembro en la imposibilidad de obtener el mismo acuerdo –que no quiere decir que no pueda obtener un acuerdo con la autoridad tributaria competente de su residencia– diferente a los ya firmados por esa autoridad con otros contribuyentes, tanto nacionales como extranjeros. Y un quebranto para el segundo, cuando el mismo caso sucede para un contribuyente nacional con su Administración tributaria competente [(455)].

Dicho lo anterior, no podemos olvidar que ha existido un gran avance en las controversias que generan el fraude fiscal y la planificación fiscal agresiva, o dicho de otro modo, distinguimos avances en materias como: 1) la transparencia, con el Código de Conducta sobre precios de transferencia, de 27 de junio de 2006 [(456)], siendo un claro elemento para la construcción de nuevas relaciones tributarias entre los contribuyentes y las Administraciones fiscales, posibilitando que estas últimas obtengan mayor información para corregir aquellas desimposiciones surgidas en materia de fiscalidad societaria. Además, con esta mejora de la información en las administraciones se cumple con el objetivo adicional de aumentar la recaudación, al ser más eficiente el trabajo de comprobación de las mismas. Es decir, con este avance sobre la transparencia, se aumenta la necesidad de documentar de forma obligatoria todas aquellas operaciones fundamentadas en los precios de transferencia y realizadas entre

Taxation, Vol. 71, núm 1, 2017; LANG, M.: "Tax Rulings and State Aid Law", *British Tax Review*, núm. 3, 2015; MORENO GONZÁLEZ, S.: *Tax rulings: Intercambio de información y ayudas de Estado en el contexto post-BEPS*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; PISTONE, P.: "Coordinating the Action of Regional and Global Payers during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax", *World Tax Journal*, febrero, 2014; y por último, ROMANO, C.: *Advance Tax Rulings and Principles of Law*, IBFD, Ámsterdam, 2002.

[455] Aunque puede plantearse que tales afirmaciones que hacemos son demasiado precipitadas, en cierta manera, se observa una cierta desigualdad entre contribuyentes, ya sean residentes o no residentes, con respecto a aquellos que acuerdan con la Administración tributaria un tratamiento a las operaciones intragrupo o las operaciones de reestructuración empresarial, frente a los primeros que carecen de dicho acuerdo. Como ya adelantamos en este trabajo, en la mayoría de acuerdos firmados entre un contribuyente y una autoridad tributaria son confidenciales, por tanto, imposibilita que el principio constitucional tributario de igualdad actué, observando un trato por parte del Derecho tributario diferente ante situaciones idénticas, en los casos donde existan o no un acuerdo previo con una Administración fiscal.

[456] Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo de 27 de junio de 2006 relativa a un Código de Conducta sobre la documentación relacionada con los precios de transferencia exigida de las empresas asociadas en la Unión Europea (DPT UE).

entidades vinculadas, y sin esta documentación se estará hablando de un aprovechamiento de norma tributaria, con los efectos sancionatorios que existan para dichas situaciones, por ejemplo. Pero lo avances no quedan solo en esa parte de la transparencia, con la Directiva 2016/2258/UE del Consejo, de 25 de mayo de 2016 [457], donde se aprueba una normativa acerca del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad, distinguiéndose el objetivo primordial de que las autoridades tributarias quieren saber qué tipos de *tax rulings* existen, por los motivos enunciados *supra*. En este sentido son claves las palabras de *MORENO GONZÁLEZ* al decir que «el intercambio automático de información es la clave de bóveda para la consecución de una fiscalidad societaria transparente en la UE, lo que permitirá, a su vez, combatir más eficazmente la elusión y la evasión fiscal y la planificación fiscal agresiva» [458]. *OWENS* resume que «los trabajos de la UE en materia de mejora de la transparencia no sólo buscan hacer aflorar el incumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los operadores económicos que operan de forma transnacional, sino que poseen un enfoque más ambicioso, basadas en alterar las relaciones entre la Administraciones tributarias y los contribuyentes» [459], es decir, se pretende desarrollar un Derecho de la UE más allá de las necesidades jurídicas como hemos defendido *supra*. Por ello, compartimos la visión de *CALDERÓN CARRERO*, que se debe defender una idea que refuerce la gobernanza fiscal de los Estados [460]. En definitiva, los avances como, por ejemplo, el informe país por país, también recogido en la Directiva 2016/2258/UE, tienen el objetivo de que los grandes grupos europeos informen periódicamente a la autoridad tributaria competente de su residencia sobre los detalles

[457] Debemos tener claro que es con la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, pero en un periodo muy corto de tiempo ha sufrido hasta 4 modificaciones dicha Directiva, la primera con la Directiva 2014/107/UE del Consejo, de 16 de diciembre de 2014, por la que se establece el intercambio automático de información sobre cuentas financieras entre los Estados miembros; la segunda, con la Directiva 2015/2376/UE del Consejo, de 8 de diciembre de 2015, por lo que se refiere a la obligatoriedad de intercambio automático de información relativa a los acuerdos tributarios previos con efecto transfronterizo y acuerdos previos de valoración de precios de transferencia; la tercera, con la Directiva 2016/881/UE del Consejo, de 25 de mayo de 2016, relativa a la obligatoriedad del intercambio automático de información sobre los informes país por país entre autoridades fiscales; y por último, con la Directiva 2016/2258/UE del Consejo, de 6 de diciembre de 2016, relativa al acceso de las autoridades tributarias a información contra el blanqueo de capitales. Cuando hacemos referencia a la Directiva 2016/2258/UE, queremos resumir y hacer la lectura más comprensiva, aunque nos podamos referir a elementos contemplados en las anteriores Directivas.

[458] MORENO GONZÁLEZ, S.: *Tax rulings…*, *cit.*, pág 157.

[459] OWENS, J.: "Tax Transparency and BEPS", Journal of Tax Administration, Vol. 1, núm. 2, 2015, pág. 5.

[460] CALDERÓN CARRERO, J. M.: "Intercambio de información", en la obra de AA.VV. coordinada por CALDERÓN CARRERO, J. M; CARMONA FERNÁNDEZ, N.; MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. y TRAPÉ VILADOMAT, M.: *Convenios fiscales internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, Editorial CISS, Valencia, 2016, págs 885 y 886. Señala este mismo autor, que cualquier avance adicional en el Derecho de la UE debería ir hacia un mayor sometimiento sobre exigencias de transparencia no sólo al sector público, sino también a los grandes contribuyentes y a los intermediarios fiscales, es decir, articular un mecanismo de transparencia que favorezca la responsabilidad y buena gobernanza por parte de todos los sujetos afectados.

de los ingresos del grupo, los beneficios antes de impuestos, los impuestos sobre sociedades satisfechos y devengados, el número de trabajadores totales, el capital declarado, los beneficios no distribuidos y los activos intangibles en cada una de las jurisdicciones tributarias donde desarrollen su actividad empresarial. En definitiva, en materia de transparencia y gracias a las distintas Directivas aprobadas sobre el intercambio de información, tal como defiende *MORENO GONZÁLEZ*, se crea un mayor control de los «tax rulings y APAs, junto a la amenaza de la apertura de procedimientos de investigación por ayudas de Estado, puede restringir el uso torticero de estos mecanismos –véase como un mecanismo para la competencia fiscal entre jurisdicciones–, reduciendo las prácticas fiscales prejudiciales» [(461)]; 2) en relación a la resolución de controversias, sobre aquellos casos de doble imposición internacional, el Derecho de la UE genera medidas que tienden a eliminarla desde el respeto a las Libertades de la UE, puesto que la doble imposición genera importantes consecuencias en el intercambio transfronterizo de mercancías, servicios y capitales e incluso, puede generar obstáculos a la consecución del mercado interior. No podemos olvidar, que desde el Derecho de la UE se manifiesta que, ante la ausencia de una armonización fiscal, no debe existir una obligación de la UE en que los Estados miembros eliminen la doble imposición internacional, aunque su eliminación suponga un buen funcionamiento del mercado interior y el ejercicio de las Libertades de la UE [(462)]. Por tanto, nuestra argumentación *supra* sobre la necesaria aprobación de las propuestas de BICIS y BICCIS no es tal como ya anunciamos, ya que el TJUE defiende que ante una diferenciación de trato entre nacionales de distintos Estados –hablamos de residentes de un Estado miembro y de otro Estado extracomunitario– deriva del reparto de competencia fiscal, no pudiendo constituir una discriminación contraria al Derecho de la UE, es decir, el Tribunal defiende que sean los Estados, mediante convenios de doble imposición, los que fijen los criterios de sujeción a efectos del reparto de la competencia fiscal. Por ello, nuestra opinión pasa por articular una aproximación legislativa en materia tributaria que garantice y genere una mayor seguridad jurídica en aquellas operaciones que se realicen desde la UE hacía el resto del mundo, puesto que el Tribunal de Luxemburgo ha destacado en numerosas ocasiones que la «falta de armonización a nivel de la Unión, las desventajas que puedan resultar del ejercicio paralelo por diferentes Estados miembros de la potestad tributaria, siempre y cuando tal ejercicio no sea discriminatorio, no constituyen restricciones de las

[461] MORENO GONZÁLEZ, S.: *Tax rulings…*, *cit.*, pág 167.
[462] Interpretación que realiza el TJCE en la sentencias de 12 de mayo de 1998, Asunto C-336/96, *Gilly*, apartados 24 y 30; la de 21 d septiembre de 1999, Asunto C-307/97, *Compagnie de Sant-Gobain*, apartado 57; la de 14 de noviembre de 2006, Asunto C-513/04, *Kerhaert-Morres*, apartados 22 y 23; la de 8 de noviembre de 2007, Asunto C-379/05, *Amurta*, apartado 17; y la de 21 de mayo de 2015, Asunto C-657/13, *Verder LabTec*, apartado 42.

libertades de circulación», y por tanto, no se tiene «la obligación de adaptar los sistemas tributarios a los diferentes sistemas de tributación […] para eliminar, en particular, la doble imposición» [(463)]. Lo anterior, no implica que los Estados no estén obligados a eliminar o atenuar las situaciones de doble imposición internacional, y por lo tanto, puedan generar casos de tratamiento discriminatorio a los contribuyentes que se encuentren en una situación comparable [(464)]. Ante estas situaciones existen instrumentos jurídicos internacionales [(465)] para la resolución de conflictos en estos casos, como el artículo 25 del Modelo de Convenio de la OCDE [(466)] para evitar la doble imposición o el Convenio Europeo de Arbitraje [(467)], como procedimientos que intentan prevenir y resolver conflictos que afecten a las bases imponibles; y 3) todo lo anterior, se basa en la existencia de un interés de un Estado en particular en obtener información sobre un contribuyente, con una necesaria reciprocidad y en el seno de la UE, vemos que las administraciones han desarrollado una cooperación real en materia tributaria al facilitar la presencia pasiva de determinados agentes tributarios de otro Estado y actuando en el otro país en base a la legislación de origen de ese agente tributario. Todo ello, supone un gran avance de una armonización, pero no jurídica, que en la práctica hemos observado que tal no es necesaria.

Dicho todo lo anterior, tampoco podemos olvidar que existe una armonización suficiente en materia de imposición societaria, como analizaremos en los siguientes capítulos, puesto que, lo importante de Derecho de la UE, desde nuestro punto de vista, no es crear un único Derecho europeo sino intentar crear una normativa en aquellos casos donde se alteren las Libertades de la UE, es decir, creemos que la UE debe seguir respetando los Derechos nacionales de los Estados miembros siempre y cuando no se utilicen para generar situaciones de discriminación, se respeten las Libertades de la UE y, que por supuesto, respeten la visión

---

463 Además de la sentencia ya citada de *Gilly*, podemos citar las sentencias del TJCE de 5 de julio de 2005, Asunto C-376/03, *D*; la de 12 de febrero de 2009, Asunto C-67/08, *Block*, apartado 31; la de 8 de diciembre de 2011, Asunto C-157/10, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, apartado 38; la de 21 de noviembre de 2013, Asunto C302/12, *X*, apartado 28; y la de 26 de mayo de 2016, Asunto C-48/15, *NN*, apartado 47.

464 Entre otras, destacamos la sentencia del TJUE más reciente en este asunto, la de 13 de julio de 2016, Asunto C-181/15, *Brisal*, apartado 36.

465 Actualmente se está debatiendo sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a los mecanismos de resolución de los litigios de doble imposición en la Unión Europea. Véase COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 25 de octubre de 2016, COM (2016) 686 final.

466 Desde la OCDE, en su propuesta para generar acciones que luchen contra la erosión de bases imponibles y traslado de beneficios, ha generado la acción 14, para la búsqueda de soluciones en la lucha contra los obstáculos que impiden que los países resuelvan las controversias relacionadas con los convenios mediante los procedimientos amistosos, y el hecho de que el acceso a los procedimientos amistosos pueda ser denegados en algunos casos. En este sentido *vid*. OCDE: *Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias, Acción 14-Informe final 2015*, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, Éditions OCDE, Paris, 2016.

467 Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio de 1990, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas.

de la Unión que argumentábamos *supra*, que era asegurar una seguridad jurídica aceptable para todos los ciudadanos europeos, garantizar una calidad de vida acorde con los estándares europeos, ayudar en la cooperación y desarrollo en el resto de zonas del mundo y, en definitiva, construir Estados sociales y democráticos de Derecho que defiendan un desarrollo económico sostenible, respetando al medio ambiente y garantizando justo reparto de la riqueza en los dichos Estados.

CAPITULO 4: LA ARMONIZACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL DE LAS FUSIONES, ESCISIONES, APORTACIONES DE ACTIVOS, CANJE DE VALORES Y CAMBIO DE DOMICILIO SOCIAL.

1. OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA FISCAL DE FUSIONES.

Como consideraciones previas a la determinación de los fines de la Directiva fiscal de fusiones a la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, que modifica a la Directiva 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 canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros [(468)], manifestamos que el tráfico económico se ve limitado por las incidencias fiscales que se generan sobre las operaciones societarias y de reestructuración empresarial, este aspecto ya lo señaló *KERGALL* al manifestar que se debe hacer una conciliación entre la lucha contra la evasión fiscal y la neutralidad fiscal en las operaciones societarias y de reestructuración [(469)]. Aunque no solo existen incidencias en el ámbito fiscal, sino que desde la perspectiva mercantil se plantean diversos problemas que limitan la consecución de las operaciones societarias, al existir grandes distorsiones entre los regímenes legales societarios [(470)], aumentando la complejidad de la operación al tener que identificar qué ley –mercantil– es la aplicable; o incluso la existencia de limitaciones del Derecho laboral a las operaciones de reestructuración [(471)]. Ante estas limitaciones, se plantea la mayor, al constituirse el mercado interior común en detrimento de los mercados nacionales, destacando para ello las pérdidas de residencia de las empresas absorbidas o escindidas hacía el extranjero, perdiendo para ello la potestad fiscal sobre los contribuyentes que participan en esas operaciones. Es decir, el mercado común va a exigir, por su correcto funcionamiento, que

[468] En adelante Directiva fiscal de fusiones.
[469] KERGALL, Y.: "Transfert d´actifs vers et hors d´une jurisdiction fiscal", *Cahiers de Droit fiscal international*, IFA, 1987, pág. 102.
[470] En este sentido, es recomendable la lectura de las obras de NAVARRO EGEA, M.: *Fiscalidad de la reestructuración empresarial. La fusión y la escisión*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 62 y ss.; CORRIENTE CÓRDOBA, J. A.: "La fusión internacional de sociedades", *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 5, 1979, págs. 323 a 334; y PINILLA NAVARRO, M.; GUINOT ALMELA, M. y LOMBA BLASCO, P.: "Fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias y canje de valores", *Adaptación del Sistema Tributario al Estado de Derecho*, Pamplona, Asociación Española de Asesores Fiscales, 1994, págs. 237 a 268.
[471] Debemos poner de manifiesto la existencia de los sistemas de representación en los órganos de administración previstos en Francia y Alemania, como ejemplo de las limitaciones en las operaciones de reestructuración internacionales.

todas las operaciones intracomunitarias de reestructuración o societarias se desarrollen de forma libre, sin ninguna distorsión, restricción o discriminación que se puedan derivar de alguna disposición fiscal –téngase en cuenta que se habla de la doble imposición– o de cualquier otra naturaleza, para cumplir con el principio de neutralidad [(472)]. Todo lo anterior, como remarcó *CARBÓ VALVERDE* y *RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ*, posibilitará la creación de una mayor integración de los mercados de la propiedad, del mercado laboral y del mercado de capitales, originando nuevos mercados y un aumento de la competitividad de las empresas [(473)]. En definitiva, con la Directiva fiscal de fusiones se pretende alcanzar, entre otros objetivos, una mayor planificación y racionalización económica y mercantil por parte de los grupos empresariales [(474)].

Durante el presente estudio hemos ido detallando que la armonización fiscal debe sustentarse en evitar las repercusiones negativas que puedan tener las normativas fiscales en materia de sociedades, con el nacimiento de la Directiva fiscal de fusiones se pretende eliminar la doble imposición que surja de las operaciones de reorganización empresarial que frustre su ejecución; pero señalamos que la Directiva ha tenido un efecto secundario al limitar la localización de las empresas –gracias a una operación societaria o de reestructuración– en jurisdicciones donde la actividad empresarial resultante no fuera productiva y ni siquiera genere una mejora en la competitividad de la empresa, sólo un ahorro en la carga tributaria. Dicho de otro modo, dicha Directiva va a buscar crear una mayor certidumbre y claridad jurídica para los contribuyentes de la UE, fundamentándose en la necesidad de generar un mercado común con condiciones análogas de los mercados nacionales, es decir, facilitando los procedimientos de concentración empresarial o de reorganización mediante la eliminación de cualquier restricción, desventaja o distorsiona que se pueda derivar de las normas tributarias existentes en los distintos Estados miembros [(475)].

---

[472] En este sentido, véase CUESTA CABOT, G.: "Las reorganizaciones internacionales de empresas", *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 338, 2011, pág. 56. En el mismo sentido, *vid*. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A.: *La doble imposición internacional en la Unión Europea. Especial consideración del Impuesto de Sociedades*, La Ley, Madrid, 1995, pág. 20; DE LUIS DÍAZ MONASTERIO GUREN, F.: "La Directiva de la C.E.E. sobre el régimen fiscal de las fusiones internacionales", *Carta Tributaria*, núm. 128, 1991, págs. 1 a 10; y LÓPEZ IRANZO, F.: "La neutralidad fiscal en la nueva ley de las fusiones y escisiones de empresas", *Impuestos*, núm. 2, 1992, págs. 150 a 173.

[473] CARBÓ VALVERDE, S. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, F.: "Las fusiones y adquisiciones de entidades financieras en la Unión Europea: evidencia", *Cuadernos de Información Económica*, núm. 180, 2004, pág. 75.

[474] ESCRIBANO MARTÍNEZ, A.: "La fiscalidad de las fusiones empresariales fuera de España", *Hacienda Pública Española*, núm. 24-25, 1973, pág. 402.

[475] Aspecto señalado en el apartado 3 del preámbulo de la Directa de fusiones, donde se añade que dichos obstáculos fiscales limitan la realización de las operaciones societarias o de reorganización.

En consecuencia, la Directiva fiscal de fusiones buscará la aplicación del principio de neutralidad fiscal para que no altere la competencia empresarial, se facilite la adaptación de los agentes económicos a los cambios del mercado, se aumente la productividad, reforzando su posición competitiva y, por ello, se aumente la competitividad de dichos agentes [476]. De este modo, se establece un régimen común que garantice una neutralidad en base al diferimiento de las plusvalías que se generen por la transmisión de los activos y pasivos desde la sociedad transmitente a la sociedad beneficiaria, sin embargo se generará la tributación cuando exista la trasmisión efectiva de los activos y pasivos por parte de la sociedad adquirente; garantizando una exoneración en la tributación a los socios de las empresas implicadas en la operación; definiendo un régimen que garantiza el traspaso de bases imponibles desde la sociedad transmitente a la beneficiaria o limitar la práctica abusiva de los contribuyentes en los casos de operaciones societarias, cuando la sociedad beneficiaria ostenta una participación en los fondos propios de la transmitente [477]. Aunque sí analizamos los apartados del 6 al 10 del preámbulo de la Directiva fiscal de fusiones, vemos que también se pretende respetar las potestades tributarias de los Estados miembros, es decir, se pretende salvaguardar los intereses del Estado donde es residente la sociedad transmitente, de modo que pueda gravar los hechos imponibles una vez efectuada la transmisión efectiva de los activos y pasivos, mediante la constitución de un establecimiento permanente donde los activos queden afectos. En definitiva, esta Directiva pretende la constitución de un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria con los activos de la sociedad transmitente –cabe la posibilidad, también, de que los activos de la sociedad adquirida queden afectos a una persona jurídica, filial, dependiente de la sociedad adquiriente–. Por lo que, el régimen fiscal común sobre las operaciones de reorganización y operaciones societarias va evitar o eliminar la doble imposición, que supone la mitad del camino de alcanzar el objetivo de la Directiva, basado en posibilitar procedimientos de concentración empresarial, eliminación de las limitaciones y penalizaciones existentes.

Para lo anterior, se tendrá que tener en cuenta el ámbito objetivo [478] de la misma en aquellas operaciones donde intervengan agentes económicos de dos o más Estados miembros,

[476] En el preámbulo de la Directiva fiscal de fusiones, se manifiesta en los apartados del 6 al 10 que debe existir un régimen común a nivel europeo para que se limiten los efectos que puedan surgir de la aplicación –ampliando los efectos– de los regímenes fiscales de las diferentes jurisdicciones tributarias.

[477] *Vid*. LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: "Comentarios a la Directiva del régimen fiscal de reorganizaciones empresariales", *Crónica Tributaria*, núm.116, 2005, págs. 101. Otros autores que defienden la misma postura son CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: "La Directiva de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros", en la obra colectiva AA.VV. coordinada por CALDERÓN CARRERO, J. M; CARMONA FERNÁNDEZ, N.; MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. y TRAPÉ VILADOMAT, M.: *Convenios fiscales internacionales…*, *cit.*, págs. 1157 a 1199.

[478] Recogido en el art. 1 de la Directiva 2009/133/CE del Consejo.

es decir, habrá que tener claro la definición tanto de fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos, canjes de acciones o cambio de domicilio social, ya que son definidos por la Directiva en el art. 2. Estas definiciones, creemos que son lo suficientemente amplias para cubrir todas las operaciones de reorganización empresarial o de operaciones societarias, ya que por el principio de analogía podríamos aplicar –siempre desde nuestro punto de vista– el régimen común sobre otros procedimientos de concentración empresarial, partiendo de que se cumplan todos los requisitos establecidos en la Directiva; pero *CALDERÓN CARRERO* y *MARTÍN JIMÉNEZ*, defienden –en los casos de canje de acciones– que no queda claro que se pueda aplicar el régimen común cuando la sociedad beneficiaria no adquiera el control de la transmitente; o incluso se permite la aplicación en todas las operaciones. Lo cierto es que los autores defienden este posicionamiento último como el correcto [(479)]. Como ejemplo anterior, sobre aquellas operaciones que no se contemplan en la Directiva, podemos poner de manifiesto aquellas transmisiones de títulos representativos de los fondos propios de la sociedad transmitente [(480)], o dicho de otro modo, las consecuencias fiscales de la distribución de dividendos con cargo a los elementos patrimoniales afectos a la operación –y que serán recibidos por la sociedad beneficiaria– por parte de la sociedad transmitente a sus socios, es decir, la finalidad de la Directiva pasa por eliminar la doble imposición con la constitución de un régimen fiscal común para todos los Estados miembros; pero no contempla una solución para la doble imposición que se generará por aquellos beneficios aún no distribuidos por la sociedad transmitente y que son transmitidos por la sociedad beneficiaria con posterioridad. Cierto es que, la Directiva contempla situaciones similares para las provisiones, reservas o amortizaciones; pero carece de solución para las rentas generadas por la sociedad beneficiaria pero que tiene su origen en los activos adquiridos a la sociedad transmitente [(481)].

[479] CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: "La Directiva de…", *cit.*, pág. 1179.
[480] En los casos de transmisiones previas o posteriores de los títulos representativos de la sociedad beneficiaria, la Directiva si contempla la solución para ellos.
[481] En este sentido, quizás la solución correcta fuese la remisión a la Directiva Matriz-Filial –Directiva 2011/96/UE, del consejo– o plantear una nueva modificación a la Directiva fiscal de fusiones.

2. LA INCIDENCIA DEL DERECHO MERCANTIL EN LAS OPERACIONES SOCIETARIAS Y DE REESTRUCTURACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA.

2.1. EL CONCEPTO DE FUSIONES.

Llegados a este punto, y tras un previo análisis de la Directiva fiscal de fusiones, vemos que la definición que recoge dicha Directiva se basa en dar un concepto básico de aquellas operaciones de reestructuración, con la problemática que ello podría suponer, ya que deja que sea el concepto desarrollado en el Derecho interno de cada Estado miembro el que conforme el elemento necesario para acogerse a la Directiva fiscal de fusiones al ser traspuesta en las normativas nacionales. Por todo ello, analizaremos las incidencias que genera el Derecho mercantil español en dicha transposición de la Directiva fiscal de fusiones en el ordenamiento español, para ello, debemos remitirnos a la Ley de Sociedades de Capital [(482)] y la Ley sobre Modificaciones Estructurales [(483)].

Señalan *ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA* y *GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS* que la Ley de Sociedades de Capital –en sus siglas LSC, que era la antigua Ley de Sociedad Anónima– no recogen una definición de los distintos conceptos en las operaciones de modificaciones estructurales en las sociedades mercantiles [(484)]. Por tanto, debemos remitirnos a la Ley de Modificaciones Estructurales –LME–, en su artículo 22 donde la define como una operación mercantil donde «dos o más sociedades mercantiles inscritas integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que pueda ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan». Señalan los autores *supra* que la noción más importante es la integración pues supone el elemento básico de la fusión, ya que de esta manera se consigue una unificación, de dos o más sociedades en una sola. Esto supone que al menos una de las sociedades participantes en la modificación estructural mediante una operación de fusión deberá desaparecer, y por tanto, extinguirse como entidad con personalidad jurídica; mientras que la sociedad resultante, tal y como se observa en

[482] Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio de 2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
[483] Ley 3/2009, de 3 de abril de 2009, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.
[484] GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M. y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: *Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 119.

la definición del art. 22 de la LME, podrá ser una entidad de nueva creación o una de las sociedades que se fusionen [(485)].

En definitiva, la fusión supone una unificación en una sola persona jurídica societaria, cuando previamente existían dos o más sociedades, con implicaciones tanto subjetivas como objetivas. Para las implicaciones subjetivas, o aquellas donde intervienen los socios, aquellos participes de las participaciones o acciones de las sociedades participantes en la fusión se convertirán en socios de la única sociedad resultante; y desde las implicaciones objetivas, las que interviene el patrimonio, pasará a ser el titular de los patrimonios preexistentes de las sociedades que se fusionan, la sociedad resultante. Dichas implicaciones subjetivas y objetivas se obtienen del concepto legal de transmisión en bloque de los patrimonios [(486)] y mediante la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones u cuotas de la sociedad resultante. Aunque hemos hecho referencia a la legislación española para encontrar la definición, lo cierto es que la normativa española, como el resto de normativas de Estados miembros, recogen los efectos que *ipso jure* y que simultáneamente afectaran a las operaciones de fusión, congregados en el apartado primero del artículo 19 de la Tercera Directiva [(487)], que son los siguientes: a) la existencia de una sucesión universal del patrimonio de las sociedades que participen y se extingan, pasando a la sociedad que se cree o absorba la anterior; b) que se produzca una extinción sin liquidación de una o varias intervinientes; y c) la conversión de los socios de las sociedades extinguidas en socios de la sociedad resultante, ya sea nueva o absorbente de la anterior. Un aspecto importante que podemos destacar es que el tercer efecto que genera la Tercera Directiva, tiene carácter instrumental, es decir, no supone algo necesario para la consecución de la fusión [(488)].

Otro aspecto significante que se tiene que poner de manifiesto es la naturaleza jurídica de las operaciones de fusión, ya que doctrinalmente genera complejas disquisiciones. Por lo anterior, señalamos que la naturaleza jurídica de la fusión contiene un aspecto negocial o contractual, aquel acuerdo bilateral o plurilateral entre dos o más sociedades que pretenden fusionarse tras una negociación; y un aspecto procedimental, cuando dicho acuerdo tendrá los

---

485 En el Derecho mercantil esta operación se le conoce como fusión por absorción, elemento que adelantamos pero en el que entraremos en mayor detalle más adelante.

486 En este sentido, se debe destacar el artículo 23 de la LME, donde se expresa que la transmisión en bloque de los patrimonios se hará mediante una sucesión universal.

487 Se trata de la conocida como Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de sociedades anónimas.

488 Habíamos destacado anteriormente la fusión por absorción, ya que tras enunciado de que la conversión de los socios de las sociedades extinguidas en socios de la sociedad resultante, según los autores *ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA* y *GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS*, tiene un carácter instrumental frente al resto de efectos, la legislación española en su artículo 49 de la LME, recoge como requisito necesario esa conversión en la fusión por absorción. (*op. cit.*, pág. 120).

efectos jurídicos negociados como la consecuencia jurídica deseada tras un procedimiento regulado en la LME, mediante una serie de etapas y requisitos necesarios para alcanzarla, siendo la culminación la inscripción registral de la sociedad resultante, con el patrimonio de las preexistentes sociedades y existiendo, en los casos que así se dispongan, los mismos socios que eran en las sociedades anteriores. Pero la discusión doctrinal que destacábamos está en cuando se dé los efectos jurídicos *supra*, es decir, hemos destacado el *íter* procedimental se producirá tras la vinculación contractual entre las personas jurídicas intervienes, generando para ello la consecuencia jurídica cuando se produzca la inscripción registral, aunque la doctrina destaca que también podría darse los mismos efectos cuando los administradores de las sociedades acuerdan el proyecto de fusión; incluso cuando es aprobada, dicha fusión, por las juntas de socios de las sociedades preexistentes; no obstante, también se podría llegarse a dar dichos efectos jurídicos en el otorgamiento de escritura pública de la operación de fusión [(489)].

Desde una perspectiva económica, la fusión cumple una función que por excelencia se considera el instrumento clave para la concentración empresarial, o lo que es lo mismo, se considera la forma más usual de obtener unas economías de escala rápidamente y mayores tras la unión de dos o más empresas, que origine una sociedad más grande. Aunque el desarrollo de la globalización y de la división de riesgos jurídicos dentro de un grupo empresarial, ha supuesto que la fusión no sea solo la unión de personas jurídicas independientes, o dicho de otro modo, la unión de entidades controladas por titulares distintos que han decidido asociarse, sino que se ha convertido en un importante instrumento de las reorganizaciones o reestructuraciones de grupos multinacionales de sociedades –también podría tratarse de grupos nacionales de sociedades–, de forma que no se crea un grupo de mayor dimensión sino que se estructura de forma diferente la organización de las sociedades pertenecientes del grupo y de las respectivas funciones a realizar por cada una de ellas. Quizás desde la perspectiva del Derecho fiscal, las operaciones de reestructuración intragrupo sean la que mayor complejidad generan desde el punto de vista de las Administraciones, ya que en este tipo de operaciones el elemento contractual o negocial de dicha operaciones tiende a desaparecer o mitigarse [(490)], o como manifiesta *CAMACHO DE LOS RÍOS* desde la perspectiva mercantil, determinando de que no

[489] Estos aspectos señalados, sobre la naturaleza jurídica de la operación de fusión, no suponen nuestro campo de estudio, por ello, debemos dejar enunciados las principales ideas que destacan autores como CAMACHO DE LOS RÍOS, F.: *La cesión global de activo y pasivo como mecanismo de liquidación y como supuesto de modificación estructural*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2004; y GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M. y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: *op. cit*., pag. 121.

[490] En cierta manera, supone que ciertos requisitos procedimentales, desde el Derecho mercantil y registral, tiendan a no tenerse cuenta, aligerarse o generar una excepción, en los relacionados con la protección de los intereses de los socios.

existe una contraposición a la operación de fusión por intereses contrarios al no ser sujetos independientes [491]. Y es que, desde la analogía que se pueda hacer con el Derecho tributario, vemos que la noción de fusión, no sólo se presume como una unión o un tipo de concentración empresarial, sino que se puede observar como una oportunidad para la adquisición y/o compra de otras sociedades, ya que desde el Derecho mercantil ambos tipos de operaciones suponen funciones económicas muy diferentes [492]. Es decir, desde el Derecho tributario, la fusión se tratará tanto de una asociación de sociedades independientes para generar una sociedad más grande, mediante un acuerdo de los socios de las sociedades preexistentes, viéndose como un instrumento de carácter asociativo; como de un instrumento para la enajenación de empresas –que siendo sinceros se trata de la mayoría de casos en la práctica económica y jurídica real–, fundamentada por circunstancias financieras y no por la concentración empresarial. En este último caso, hablamos de una fusión subsiguiente a la compra apalancada de una o más sociedades por parte de la sociedad absorbente, con la que obtiene el control de la junta de socios de las adquiridas. Este tipo de operaciones son las más usuales en las últimas décadas, desde el punto de vista fiscal, debido a que se obtiene una financiación externa, y por tanto, unos mayores gastos deducibles fiscalmente por parte de la sociedad compradora, consiguiendo una mayores economías de escala al comprar activos propiedad –en la terminología anglosajona se hablara de *target*– de esas empresas adquiridas o, incluso asegurarse el traslado a otra jurisdicción tributaria sin necesidad de tributar, como ya veremos más adelante; y aumentando la retribución a los accionistas además de devolver la financiación con los recursos extras generados por las sociedades compradas y las sinergias generadas [493]. Esta instrumentalización de la fusión como elemento para adquirir sociedades y, por tanto, conseguir una especie de ahorro en la carga fiscal puede llevar consigo un riesgo inherente a que no se esté cumpliendo adecuadamente la normativa tanta nacional como de la UE, es decir, se deberá tener en cuenta tanto la normativa tributaria como la normativa mercantil, ya que desde la normativa tributaria de la UE habrá que cumplir con las normas anti-abuso –la recogida en la Directiva fiscal de fusiones– como con las normativa mercantil de la Tercera Directiva; al igual que se deberá cumplir, a modo de avance, con lo contemplado en el normas nacionales tributarias anti-abuso

[491] CAMACHO DE LOS RÍOS, F.: *La cesión global de activo y pasivo como mecanismo de liquidación y como supuesto de modificación estructural*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2004, pág, 125.

[492] Llama la atención de esta afirmación que cuando se utiliza la terminología anglosajona, es decir, cuando se habla de fusiones, se tiende hablar también de adquisiciones –*Mergers and Acquisitions*, o en más conocidas por sus siglas, M&A–, cuando en la mayoría de los casos únicamente se refieren a las operaciones de fusiones.

[493] Como ya analizaremos posteriormente, desde el Derecho tributario se ha puesto coto a este tipo de operaciones de concentración empresarial, puesto que puede suponer un factor condicionante para que los contribuyentes tiendan actuaciones que supongan elusión o evasión fiscal, que se intentan corregir con las normas anti-abuso.

–art. 89 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades– como en la normativa nacional mercantil en lo dispuesto en el art. 35 de la LME sobre los requisitos especiales necesarios en las operaciones de fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquiriente.

Llegados a este punto, los reguladores, adicionalmente, han creado normativas para el control en las concentraciones empresariales, o dicho de otro modo, la Administraciones creen que determinados procesos de fusión –además de algunos casos de operaciones de escisión– suponen una fuerte concentración del poder económico en pocos agentes económicos, poniendo en peligro la efectiva competencia que emana del mercado interior –elemento base del TFUE– en un determinado sector económico. En este sentido, observamos unas limitaciones tanto a nivel de la UE como de cada Estado miembro, con la trasposición del Reglamento núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, y la normativa española con la Ley 15/2007, de 3 de julio de 2007, de Defensa de la Competencia [(494)].

Aunque sin entrar en demasiado detalle, enunciaremos las clases de fusión que se recoge en el Derecho mercantil, que son: a) la fusión por creación de sociedad, cuando se extinguen las sociedades preexistentes; b) fusión por absorción, cuando una sociedad o más se extinguen quedando una de las preexistentes al adquirir el resto; c) fusión impropia, aquella operación donde se absorbe una sociedad que es íntegramente participada o asimilada a la adquiriente; y d) la fusión abreviada, aquella operación que no debe cumplir todos los requisitos procedimentales de una fusión por creación de sociedad nueva, en este sentido ya nos hemos manifestado anteriormente al destacar las operaciones de fusión entre sociedades del mismo grupo o más conocidas como fusiones intragrupo.

Por último, tendremos que hacer una diferenciación del ámbito subjetivo que se contempla en el Derecho mercantil con el que se contempla en el Derecho tributario, ya que desde el primero les será de aplicación lo dispuesto acerca de la normativa de fusión a las sociedades mercantiles –de acuerdo a lo dispuesto en el art. 22 de la LME–, sociedades civiles –la doctrina entiende que al estar contemplada su aplicación en las operaciones de transformación, se deberá contemplar la posibilidad de que se puedan fusionar, de acuerdo con el art. 4 de la LME [(495)]–, a las cooperativas –art. 63 al 67 de la LME– y a las agrupaciones de

[494] Analizando escasamente la normativa mercantil española, vemos que se vulnera la competencia por concentración empresarial cuando se obtenga una cuota en el mercado igual o superior al 30% o el volumen de negocios global en España supere la cantidad de 240 millones de euros. Teniendo que contar con una autorización administrativa previa a la concentración por parte de la Comisión Nacional de la Competencia.

[495] En este sentido, lo argumentan los autores GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M. y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: *op. cit.*, pág. 127.

interés económico –del mismo modo, por criterio de seguridad jurídica será de aplicación por estar contemplado en el ámbito subjetivo de las operaciones de transformación de acuerdo al art 22 de la LME–; mientras que para el segundo será lo dispuesto en la normativa de la UE, concretamente en el Anexo I de la Directiva fiscal de fusiones –que se analizará posteriormente–, como lo contemplado en el artículo 7 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre de 2014, del Impuesto sobre Sociedades, donde se destaca que se podrán acoger aquellas personas jurídicas, excluyéndose las sociedades civiles con objeto mercantil, las sociedades agrarias de transformación, los fondos de inversión, los fondos de capital-riesgo, los fondos de inversión colectiva, los fondos de pensiones, los fondos de regulación hipotecaria, los fondos de titularización, los fondos de garantía de inversiones, las comunidades titulares de montes vecinales y los fondos de activos bancarios.

2.2. EL CONCEPTO DE ESCISIONES.

Siguiendo con el análisis de las operaciones de reestructuración o concentración empresarial, desde la perspectiva del Derecho mercantil, la otra gran operación es la de escisión, que a su vez tendremos que diferenciar entre total, parcial y segregación según los artículos del 68 al 80 de la LME. Por tanto, se puede entender como escisión total aquella «extinción de una sociedad, con división de todo patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde» [(496)]. Mientras una escisión parcial será aquel «traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria» [(497)]. En cuanto a la escisión por segregación u operación de segregación –anteriormente conocida como escisión impropia–, la LME no la define como las escisiones clásicas, sino que entiende esta operación como una constitución de una sociedad que estará íntegramente participada

[496] Concepto recogido en el art. 69 de la LME.
[497] Dicho concepto se obtiene del art. 70 de la LME.

mediante transmisión del patrimonio de la sociedad transmitente, por lo que, el art. 72 de la LME determina que se aplicará las normas de la escisión, si proceden, cuando «una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria» [(498)].

Hemos observado que en las definiciones de los conceptos de la escisión total, parcial y por segregación se introduce la noción de la transmisión en bloque de un conjunto patrimonial por vía de sucesión universal, ello es porque, en primer lugar, en toda operación de escisión se produce una fragmentación del patrimonio que conforma la sociedad preexistente, observando la escisión total vemos que la sociedad preexistente divide su patrimonio y lo reparte entre dos o más sociedades beneficiarias quedando extinguida la preexistente. Mientras en la operación de escisión parcial, la preexistente se desprende de uno o varios activos del patrimonio, que se traspasan en bloque o a la sociedad o sociedades beneficiarias, aunque continúa existiendo con el resto del patrimonio. Y en el caso de la operación de segregación, la sociedad que escinde al traspasar su patrimonio a una nueva sociedad o sociedades beneficiarias, ostentando la participación de esta o estas, se traduce en un traspaso en bloque del patrimonio que formará la nueva o nuevas sociedades, generando un grupo de empresas. Por todo ello, la cuestión clave de la transmisión en bloque del patrimonio y que deba de existir una sucesión universal, como señala *ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA* y *GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS*, parte de «la necesidad de identificar los elementos patrimoniales concretos que se incluyen en cada una de las fracciones patrimoniales que van a seguir un destino diferente» [(499)]. Y en segundo lugar, en cualquiera de sus vertientes genera unas consecuencias adicionales a una afección sobre el patrimonio, sino que también afectará a la estructura del capital, tanto de la sociedad preexistente, en el caso de que no se extinga, como de las sociedades o sociedad beneficiaria. En definitiva, en las operaciones de escisión lo que se pretende es que los socios de la sociedad preexistente sean socios de las sociedades o sociedad beneficiaria, aspecto ya señalado en las definiciones de las operaciones de escisión. Concretamente en la operación de segregación no se contempla en la definición que los socios deban percibir «un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde» tal y como se recoge tanto en el art. 69 y 70 de la

[498] Esta nueva operación, viene a adaptarse a la terminología anglosajona, puesto que la legislación española recogía la escisión total denominada por dicha terminología como *Split-up* y la escisión parcial conocida como *Spin-off*, pero con la introducción de la segregación o la escisión por segregación se da entrada a la definición obtenida de la terminología inglesa conocida por *Split-off*.
[499] GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M. y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: *op. cit.*, pág. 309.

LME, sino que al constituirse un grupo mercantil, tendrán un control sobre la sociedad beneficiaria de forma indirecta, es decir, los socios de la sociedad preexistente ostentarán la misma participación en dicha sociedad, además de ostentar dicha participación indirectamente –a través de la sociedad preexistente– en la sociedad nueva o beneficiaria. Por tanto, todos los socios reciben unas acciones, participaciones u cuotas en la sociedad como contraprestación a sus acciones, participaciones o cuotas en la sociedad preexistente, que en los casos de escisión total resultarán totalmente amortizadas, ya que se extingue la sociedad preexistente; y en la escisión parcial, se producirá una reducción del capital. En cierta manera, esta afección sobre el capital de las sociedades participantes donde su patrimonio queda fragmentado sirve para distinguir las operaciones, y especialmente entre las operaciones de escisión parcial y escisión por segregación, ya que la segunda se caracteriza en que las nuevas acciones –participaciones o cuotas– en la sociedad o sociedades beneficiarias son entregadas a la sociedad preexistente, mientras que la parcial son entregadas a los socios de la preexistente. Dicho de otro modo, la segregación supone un intercambio cualitativo en el patrimonio de la sociedad que escinde, al recibir acciones o participaciones de la sociedad nueva o beneficiaria a cambio del patrimonio aportado; pero sin embargo, como hemos señalado *supra* no genera un cambio en las acciones o participaciones para los socios de la sociedad que escinde [(500)].

Hay que tener claro que las operaciones de escisión tiene que responder a una idea de reorganizar o reestructurar una o varias sociedades, y no concebirse como una forma de enajenar el patrimonio de la sociedad preexistente a un tercero. En definitiva, lo que se pretende con la escisión es aportar una parte del patrimonio a un sujeto de derecho distinto, sin ser ajeno completamente a la sociedad que escinde, ya que tanto la sociedad preexistente o como sus socios o, incluso, parte de ellos eran o pasarán a ser socios de la sociedad beneficiaria de esa parte del patrimonio escindido, con una participación en el capital proporcional a lo que representa tal patrimonio escindido en el conjunto de la sociedad beneficiaria, conservando de esta manera, desde el punto de vista económico, el patrimonio, eliminando las posibilidades de transmisión o enajenación del o parte del patrimonio, aunque se cree una serie de sujetos o un sujeto de derecho diferente al preexistente, con las implicaciones jurídicas que ello supone. Un aspecto que hay que señalar es que las operaciones de escisión puedan ser una limitación a los procesos contractuales o a los negocios, que tiendan a ser complejos, es decir, que a través de

[500] Esta interpretación que realizan *ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA* y *GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS* es derivado del art. 68 en su apartado primero, ya que en él se determina que debe existir una fragmentación en el patrimonio de la sociedad preexistente, traspasándose en bloque a la sociedad o sociedades beneficiarias y se entregue como contrapartida acciones en el capital de dicha beneficiaria, incluyéndose la posibilidad de que se reciban por parte de los socios de la sociedad que se escinde (*op. cit.*, pág. 310).

una escisión se alcance una enajenación de parte del patrimonio de la sociedad que escinde a un tercero. En consecuencia, las operaciones de escisión son necesarias en el tráfico funcional económico y jurídico, debido a su polivalencia al formar parte de las distintas combinaciones de ingeniería empresarial. Como ejemplos, se pueden citar aquella situación donde un dos socios deciden seguir por separado la explotación de una de las actividades empresariales de la empresas que escinde; incluso, como una simple reorganización intragrupo creando una determinada estructura societaria; y por último, lo que comentábamos *supra* que sea un acto preparatorio para la futura venta de parte o todo el patrimonio de la sociedad que escinde.

Tales elementos subjetivos podemos destacar, en base a la definiciones de las operaciones de escisión, en que siempre habrá una involucración de al menos dos entidades, tanto la sociedad que se escinde como la sociedad beneficiaria, o dicho de otro modo, aquella sociedad que recibe el fragmento de patrimonio de la sociedad preexistente; pero en la escisión total será necesaria que hubiesen al menos tres sociedades, dos beneficiarias y la sociedad que escinde que acaba extinguida, y por tanto, en la forma de dividir su patrimonio en tantas partes se pueda, será el número de sociedades necesarias para beneficiarse de ese patrimonio. En definitiva, no existe un límite legal al número de sociedades beneficiarias en las operaciones de escisión, el límite será económico, es decir, se producirá dicho límite en la división del patrimonio cuando las partes que se formen no puedan constituir una unidad económica independiente, siendo un requisito específico para el desarrollo de las operaciones de escisiones. Siguiendo con lo destacado en los elementos subjetivos, vemos que hay que hacer una distinción entre las operaciones de escisión dónde los socios de la sociedad que se escinde pasan a ser socios de las sociedades beneficiarias –en los casos en que la sociedad que escinde sigue subsistiendo, estos socios seguirán siendo socios de ella– en el mismo porcentaje que ostentaban en la sociedad preexistente, y entre aquellas operaciones donde la sociedad que se escinde unos socios pasan a ser socios en la sociedad beneficiaria mientras que el resto de socios serán en otro sociedad beneficiaria o se quedarán como socios en la sociedad que se escinde, esta operación se le conoce en la doctrina mercantilista como escisión subjetiva. O lo que es lo mismo, para el primer caso, hablaremos de una operación de genuina escisión, es decir, se traspasa el patrimonio de la sociedad que se escinde a sociedades beneficiaras, incluyendo los socios en la misma proporción y sin socios terceros. Y en el segundo caso, estaremos ante una fragmentación patrimonial o empresarial como paso previo a una concentración empresarial o patrimonial nueva, donde se incluyen socios terceros, o supone una operación intragrupo de reestructuración, cuando no se comparte una idéntica situación accionarial entre las sociedades beneficiarias y la sociedad preexistente. Este tipo de operaciones, que desde el punto de vista

subjetivo, que se motivan por intereses personales de los socios, generará diferentes requisitos procedimentales en cada tipo de operación, ya que el procedimiento estándar recogido en la LME es cuando se da una operación de escisión donde todos los socios de la sociedad preexistente ostentarán una participación en la misma proporción en las sociedades beneficiarias y en la que escinde, si subsiste. Ante el caso contrario, ante una operación donde no se otorguen acciones, participaciones o cuotas que poseen los socios de la que se escinde, e incluso se añaden nuevos socios, deberemos basarnos en el art. 76 de la LME, es decir, se necesitará un consentimiento expreso e individual de los afectados. Por tanto, y sin entrar en mayor detalle, tendremos que ver qué tipo de escisión realizaremos, qué elementos subjetivos entran en juego y, con ello, podremos realizar el procedimiento que se establece en la LME.

Como hemos mantenido *supra*, ya que no es objeto de estudio en este trabajo, mencionaremos escuetamente los elementos objetivos o reales que se deben dar en las operaciones de escisión, que son los siguientes: a) las acciones o participaciones de la sociedad que se escinda y serán objeto de amortización tienen que cumplir con el requisito de encontrarse íntegramente desembolsadas, es decir, no puede darse la circunstancia de estar ante una situación de que la sociedad que se vaya a escindir tenga dividendos pasivos pendientes, aunque *MERCADAL VIDAL* sostiene que a este respecto la ley no dice que se impida una operación de escisión cuando la sociedad preexistente tenga dividendos pasivos pendientes [(501)], por el contrario *ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA* y *GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS*, mantienen que esta situación sólo se podrá dar en las sociedades beneficiarias, es decir, una operación de escisión se podrá realizar aun cuando las sociedades beneficiarias tengan dividendos pasivos pendientes [(502)]; b) las acciones o participaciones de la sociedad o sociedades beneficiarias que se otorgan como compensación por el fragmento patrimonial aportado y recibido por estas sociedades, ante esta situación cabe la posibilidad de que estemos ante unas sociedades que se crean por la operación de escisión o que ya existen, en el primer caso se otorgarán acciones o participaciones según el resultado de dividir el capital social inicial en el momento de su constitución de acuerdo con el patrimonio aportado, y en el segundo caso, serán nuevas acciones o participaciones otorgadas tras una ampliación de capital –en la mayoría de casos, aunque cabe la posibilidad de que se entreguen acciones ya existentes que estaban en

[501] MERCADAL VIDAL, F.: "El proyecto de las modificaciones estructurales", en la obra de AA. VV. coordinada por ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. J.; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A.: *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2015, pág. 98.
[502] GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M. y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: *op. cit.*, pág. 317.

posesión de la sociedad beneficiaria en forma de autocartera–; y c) la parte de patrimonial que se traspasa en bloque y por sucesión universal desde la sociedad preexistente a la sociedad o sociedades patrimoniales, teniendo que ser esta parte patrimonial una especie de división del activo que en principio suponga una unidad económica independiente, aunque no necesariamente se debe dar tal circunstancia, es decir, se traspasará una parte precisa del activo, del pasivo o de ambos a la sociedad o sociedades beneficiarias, o dicho de otro modo, no se tiene que traspasar en bloque los bienes, derechos y deudas que tenga la sociedad preexistente en forma de unidad económica independiente, sino que se puede aportar parte de la masa patrimonial, según acuerdo previo en la operación de escisión, compuesto por solo bienes, derechos o deudas o todo a la vez.

2.3. EL CONCEPTO DE APORTACIONES DE ACTIVOS.

Se trata de una operación donde una sociedad, sin llegar a extinguirse, hará entrega de a uno o varios activos a otra sociedad, que sea de nueva creación o ya existente, con la contrapartida de recibir a cambio títulos representativos del capital de la sociedad que recibe el activo o la rama de actividad. En cierta manera, se considera una escisión por segregación que en la normativa española se recoge en el art. 71 y ss de la LME, pero en realidad, la utilización del término activos conduce a error, porque, como hemos señalado *supra*, el patrimonio aportado en forma de activo quedará limitado a que se aporte una rama de actividad o una unidad económica independiente, excluyéndose cualquier otra aportación de activos que no cumpla dicho requisito. En definitiva, el ordenamiento español ha sabido interpretar este vertiente de la escisión en la normativa tributaria española, ya que, adelantándonos al análisis de la Directiva fiscal de fusiones debemos analizar la normativa española al respecto, puesto que con la trasposición de dicha Directiva en el ordenamiento jurídico de España, el legislador español, y dentro de su potestad tributaria, introduce el supuesto especial acerca de la escisión por segregación en el art. 87 del capítulo VII de la LIS [(503)], para aquellas operaciones donde se realicen «aportaciones no dinerarias» o «aportaciones de rama de actividad» por parte de un contribuyente que esté sujeto al Impuesto sobre Sociedades u otros impuestos. En este sentido, el legislador español ha contemplado la posibilidad de que se puedan acoger al régimen especial de fusiones a aquellos contribuyentes sujetos a los impuestos sobre la Renta de las Personas

[503] Véase, el artículo 87 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre de 2014, del Impuesto sobre Sociedades, en su apartado primero, en aquellos casos de aportaciones no dinerarias y, en el apartado segundo, para aquellos casos de aportaciones de rama de actividad.

Físicas o al sobre la Renta de no Residentes [504], con el condicionante básico de que utilicen las normas de contabilidad con arreglo al Código de Comercio o la legislación vigente, estableciendo un supuesto de economía de opción, donde permitirá a dichos sujetos pasivos acogerse a la neutralidad fiscal contemplada en la Directiva fiscal de fusiones. Haciendo un análisis del citado artículo, los condicionantes para acogerse al régimen especial de fusiones serán lo que se enumeran en las letras del primer apartado del art. 87, concretamente en la letra a) establece que para que un sujeto pasivo [505] pueda crear una entidad donde haga el aporte no dinerario o de la rama de actividad, y por tanto, pueda acogerse al de diferimiento del pago de su impuesto mediante la aplicación de este régimen fiscal, debe ser esta nueva entidad beneficiaria residente en territorio español. En la letra b) se establece que el socio resultante, de la nueva sociedad beneficiaria, tendrá que ostentar una titularidad de, al menos, un 5% del capital social de la misma. Y es en la letra c) donde se observa, concretamente la singularidad que hacíamos referencia acerca de esta norma, en lo referente a la aplicabilidad de este régimen, ya que, observamos que es un precepto articulado en una ley para entidades jurídicas –concretamente hemos señalado *supra* que son para sociedades mercantiles (art. 7 de la LIS)–, puede acogerse las personas físicas, es decir, aquel contribuyente, que sea o no residente español –siempre que sea residente de otro estado de la UE–, podrá acogerse al diferimiento de la carga fiscal de su impuesto –hablamos del IRPF o el IRNR– que grave la renta originada de la transmisión, siempre y cuando, las aportaciones no dinerarias de elementos patrimoniales las realice a una sociedad española –que será la sociedad beneficiaria y deberá tener su residencia fiscal en España–, y ostente una participación, igual o superior, al 5% de los fondos propios –capital social–, siendo estos elementos patrimoniales, aportados a la sociedad, de titularidad, de al menos un año de anterioridad, del socio o socios y que la actividad económica a realizar por esta sociedad sea cualquiera otra distinta a una actividad que gestione, únicamente, un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Por último, en la letra d) se establece como una cláusula de escape para aquellas sociedades beneficiarias que realicen una actividad que gestione un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Para ello, tendrán que cumplir con el requisito de

[504] Téngase en cuenta de que hablamos de residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea. Sobre los criterios de sujeción a una jurisdicción tributaria se puede ampliar con la obra de LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "El papel de la residencia, no residencia, nacionalidad, extranjería en la configuración de las actuales figuras tributarias", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.9, Nº 1, 2017, págs. 236-264.

[505] Hacemos una ampliación de la conceptualización que hace el propio artículo, que habla de sociedades y no de sujetos pasivos, ya que, entendemos que es un precepto contemplado para aquellos contribuyentes de los impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas o del impuesto sobre la Renta de los No Residentes, además de para los sujetos al Impuesto de Sociedades, y que con este concepto de sociedades, no se obtiene una clarificación jurídica clara.

actividad económica y excluirse de la definición de entidad patrimonial, precepto contemplado en el art. 5 de la LIS [(506)].

Por lo anterior, debemos poner de manifiesto que esta normativa genera una oportunidad fiscal para aquellos contribuyentes de los impuestos a la renta de las personas físicas, generando un comportamiento en el contribuyente con la intención de crear una situación fiscal que le garantice un coste tributario más bajo, es decir, empleará una planificación fiscal, que consistirá en establecer una estrategia económica, mediante elementos que construyan o faciliten una situación, fiscalmente hablando, más eficiente, o lo que viene siendo, en establecer alternativas jurídicas posibles y legales, que minimicen al máximo posible la carga tributaria de este contribuyente, entre otros motivos. Aunque también podemos hablar de economía de opción [(507)], en vez de planificación, no deja de ser una optimización fiscal que se lleva a cabo en negocios individuales, mediante una estructuración de complejas operaciones societarias, afectando a las actividades de un contribuyente o un conjunto de contribuyentes con relaciones jurídicas, establecidas previamente. En cualquier caso, haciendo mención a lo señalado *supra*, la planificación fiscal, o esa economía de opción utilizada por los contribuyentes, se ha convertido en un elemento esencial de las conductas reactivas a la normativa fiscal por parte de los sujetos pasivos, como función en la gestión de las rentas que generan riqueza en los mismos o de las rentas que nacen de sus relaciones con otros sujetos [(508)], vinculados o no vinculados a

[506] Véase, el artículo 5 de la LIS, donde se establece el concepto, tanto de «actividad económica» como de «entidad patrimonial». Haciendo una interpretación del primer precepto, se entenderá como actividad económica, aquella estructuración empresarial, con un soporte suficiente para producir o distribuir bienes, o bien prestar servicios a terceros –en tal sentido, es de necesario cumplimiento para las entidades de un grupo, en los supuestos de operaciones intragrupo se consideren licitas–. Aunque, debemos advertir que para la actividad de arrendamiento de inmuebles, además, necesitará contar con un recurso humano específico, con contrato laboral y a jornada completa. La interpretación que hacemos de la segunda, entidad patrimonial, será aquella que no realiza las actividades anteriormente descritas, y/o su activo contable estará formado por valores o elementos patrimoniales –valores, podemos hablar de acciones (participaciones, en caso de sociedades limitadas), bonos u obligaciones (hay más ejemplos de valores), y de elementos patrimoniales, resumiendo aquellas inversiones inmobiliarias o cuando hablamos de elementos del activo no corriente– estableciéndose excepciones, a que dichos valores o elementos no estén afectos a la actividad empresarial objeto de dicha entidad, que por tanto, hará excluirse del encaje de una entidad patrimonial.

[507] Desde la perspectiva de Derecho interno español, se basa en el principio de autonomía de voluntad, contemplado en el artículo 1255 del Código Civil, precepto que permite a los ciudadanos elegir entre aquellos negocios que consideren más convenientes para sus intereses, por los mayores beneficios económicos que obtendrán. Por lo que, desde el punto de vista de la actividad empresarial, ciertas decisiones operacionales tendrán repercusiones en materia tributaria, como señalada en la obra de PONT CLEMENTE, J.F.: *La economía de opción*, Marcial Pons, Madrid. 2006, pág. 129. Aunque no podemos olvidar señalar, acerca de la idoneidad de la economía de opción, las palabras de FERREIRO LAPATZA, J.J., que «la opción, pues, por un negocio, acto, contrato u operación económica válido, lícito y real es jurídicamente intachable, aunque se haya elegido, en comparación con otros, por su resultado equivalente y su menor o nula carga fiscal». ("Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal" *Quincena Fiscal*, núm. 8, 2001, pág. 10).

[508] Sobre los aspectos determinantes para determinar una renta, téngase en cuenta los elementos estructurales del hecho imponible, en este sentido, véase la obra de LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "La Structura del pressupposto d´imposta di fronte alle moderne realtà impositive", *Diritto e Practica Tributaria*, Vol. 8, núm. 5, 2016, págs. 1801-1837.

él, es decir, se trata de una parte importante en la estrategia empresarial global, ya que esta situación genera distintos comportamientos, y todos ellos, dirigidos a crear relaciones y situaciones jurídicas con el fin de optimizar el coste fiscal. También, manifestamos que desde el ámbito europeo, esta economía de opción, o como nosotros lo vemos, como una herramienta que tienen los sujetos para estructurar sus actividades empresariales, aprovechando estas economías, de forma expresa o tácita, existentes en los ordenamientos tributarios de los Estados miembros, con el fin de conseguir este ahorro fiscal [(509)].

En el caso en el que nos encontramos, este ahorro en la carga tributaria o ahorro fiscal va a depender de la posibilidad de acogerse al diferimiento del devengo de los distintos impuestos en las rentas de los sujetos, es decir, aquellas rentas que nacen de la transmisión de elementos patrimoniales hacia una sociedad beneficiaria y cuyo resultado será el diferimiento del pago de sus obligaciones tributarias en el IRPF o IRNR hasta la extinción de la sociedad [(510)]. Adicionalmente, advertimos que se origina una reducción de los gastos fiscales indirectos –véase el ahorro en el IVA, ITP, AJD, ISD e IOS [(511)], aunque se conecta con la necesidad de

[509] En este sentido mencionamos aquí, las conclusiones alcanzadas por la Abogada General, Sra. KOKOTT, J., en el Asunto C-352/08, de la sentencia del TJUE, de 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg*, donde señala que «no son pocas las ocasiones en las que, para ejecutar un proyecto empresarial legítimo, se dispone de toda una serie de posibilidades de configuración lícitas, de las que algunas pueden ser fiscalmente más favorables que otras». Y concluye diciendo que «la mera circunstancia de que, para ejecutar un proyecto empresarial legítimo, un sujeto pasivo elija, de entre varias posibilidades jurídicamente lícitas, la que le resulta fiscalmente más favorable, no fundamenta por sí sola la imputación de evasión fiscal en el sentido del artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434».

[510] Debemos poner de manifiesto, que según señala el Anexo I de la Directiva fiscal de fusiones, el ámbito subjetivo de aplicación, en el caso de España, será a las sociedades anónimas, a las sociedades comanditarias por acciones, a las sociedades de responsabilidad limitada, y a las entidades de Derecho público que operen en régimen de Derecho privado.

[511] En este sentido, hay claros ejemplos de que determinadas operaciones acogidas al régimen especial de fusiones se pueden ver anuladas por la imposición indirecta, podemos ver a modo de ejemplo, dentro del ordenamiento tributario español, la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos número V3940-15, de 9 de diciembre de 2015, donde un grupo familiar, presenta el caso de aportar a una nueva sociedad las participaciones que ostenta en otras sociedades, mediante una ampliación de capital no dineraria, donde esta sociedad tendrá como actividad la dirección y gestión de estas participaciones. También, en la misma consulta, los socios presentan el caso de que la operación tiene una intencionalidad futura, puesto que los progenitores, posteriormente pretenden donar las participaciones a sus hijos. Con la operación descrita, vemos una neutralidad fiscal, mediante un diferimiento en el pago, al igual que vemos una reducción en el coste del ISD (Impuesto de Sucesiones y Donaciones) acompañada de una exención en las ganancias en el IRPF para las rentas futuras que obtengan los hijos. La respuesta del órgano consultivo, es denegarle la neutralidad de la operación, aplicando el art. 89.2 de la LIS (artículo que recoge la cláusula anti-abuso del régimen especial) suponiendo que la operación que da lugar al acogimiento del régimen especial, tiene un carácter instrumental, es decir, lo que se pretende es una reducción en el coste en los tributos ISD e IRPF, y no tanto, en la tributación del IS. Nuestra opinión, en este sentido, es contraria, ya que los efectos de la cláusula anti-abuso en limitar la ventaja fiscal, que aprovechen los contribuyentes, será en la operación sujeta en el régimen especial, es decir, el alcance de la cláusula anti-abuso será hasta la operación donde se aplique el régimen especial, no pudiendo argumentar un *directive shopping* por hechos imponibles no contemplados en la Directiva fiscal de fusiones, véase en este sentido, las obras de SOTO LÓPEZ, D.: "La cláusula antiabuso del régimen fiscal de reestructuraciones", *Crónica Tributaria*, núm. 157, 2015, págs. 181 a 201 y de CALDERÓN CARRERO, J.M.: "Una vuelta de tuerca a la interpretación de la cláusula antiabuso de la "Directiva de Fusiones" ¿hacia motivos económicos válidos de alto voltaje?", *Revista de Estudios Financieros. Contabilidad y Tributación*, núm. 347, 2012, págs. 5 a 40, hecho que también reconoce la propia Dirección General de Tributos, en la

cumplir con nuevos deberes de información y jurídicos que justifiquen el excluirse del pago de la deuda tributaria–. Por lo que, partiendo de esta normativa, lo que origina es que, todo contribuyente residente o no residente fiscal –aunque residente fiscal en la UE–, pueda tomar diferentes estrategias para conseguir un diferimiento del pago del impuesto correspondiente a una determinada operación o inversión, dentro de un marco jurídico que establece seguridad jurídica a dicha operación. Por tanto, estaremos ante una situación jurídicamente estable, ya que, desde el punto de vista de seguridad jurídica, la motivación –tanto jurídica como económica– será admitida válidamente por la Administración tributaria. Todo ello, no limita que dicha operación se mueva en un territorio con distintas fronteras, por un lado, el conseguir una optimización fiscal mediante unas conductas lícitas y legítimas que generen un ahorro fiscal al realizar la operación societaria y, por otro lado, estarán el resto de conductas –elusión fiscal, o abuso de la legislación, o fraude de ley– cuyo rasgo común radica en ser formalmente *secundum legem*, pero en la substancia *contra legem*; esto es, son ilícitas por ir en contra de la intención de la ley pero sin ser ilegítimas en su significado propio puesto que no suponen una violación de ninguna prohibición legal, es decir, no llegan a ser evasión fiscal.

Ante lo expuesto, debemos poner de manifiesto que una mejora que conlleve una reducción en la carga fiscal, tanto en el ámbito de la fiscalidad directa como en la indirecta, en los casos de contribuyentes, sociedades o de grupos de sociedades, la jurisprudencia europea ha planteado nuevos niveles de interpretación, presentando una jurisprudencia de elevado nivel comprensión, generando nuevos y grandes problemas complejos, ya que, intentan establecer una diferenciación entre las conductas licitas y legitimas admitidas en la economía de opción y el resto de conductas [(512)]. Adicionalmente, remarcamos que dicha actividad jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo, intenta influir, de manera diferente, estableciendo limites en la utilización de determinadas estructuras u operaciones, favoreciendo, quizás de forma indirecta e intencionadamente, algunas prácticas que son más aceptadas en el marco internacional, o por el contrario, prácticas que se convierten en menos ventajosas.

En nuestro análisis de las operaciones acogidas en la Directiva fiscal de fusiones, que son afectadas por el Derecho mercantil, vemos que la normativa tributaria española no termina

contestación de la consulta vinculante, en base a la jurisprudencia europea, comenta que la cláusula anti-abuso «solo puede utilizarse para aquellos supuestos en los que la ventaja fiscal en un impuesto afectado por la propia Directiva, y no para distintos de los anteriores, como es el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones». Por lo que, este mecanismo de reacción contra una conducta contraria al fin de la Directiva no da lugar, ya que, desde el punto de vista de la imposición en sociedades, se da «la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación».

[512] Sobre la problemática planteada, véase, para ampliar la complejidad tributaria en el Derecho de la UE, la obra de LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "Lagunas en el Derecho Tributario de la Unión Europea", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, núm. 2, 2017, págs. 375 a 407.

de generar implicaciones al resto de jurisdicciones de la UE, es decir, creemos que se tendría que enfatizar en que esta normativa española puede generar una competencia fiscal entre jurisdicciones, o dicho de otro modo, entendemos que el legislador español ha preferido llevar a cabo una política fiscal creando un condicionante demasiado fuerte que influye, o puede influir no está del todo claro, en las decisiones de localización o las estrategias a seguir por parte de los futuros socios o de sus actuales socios de una sociedad beneficiaria [513]. Esta competencia puede llegar a alterar el equilibrio tributario de los factores productivos, mediante la atracción fiscal de rentas, por parte del Estado español, desde otro Estado miembro a cambio de un diferimiento de la tributación, condicionado a la extinción jurídica de la sociedad –esto puede suponer que mediante nuevas operaciones societarias se vaya manteniendo, perpetuamente, el diferimiento tributario–. Por lo que, se puede generar unos efectos perjudiciales, desde puntos de vista cuantitativos y cualitativos. Explicando ello, aspecto ya señalado en este trabajo, desde el punto de vista cuantitativo, se podrá reflejar de forma monetaria la cantidad recaudación perdida por el resto de Estados miembros. Y desde el segundo punto de vista, podremos estar ante la creación o posibilidad de crear, una desigualdad entre sistemas tributarios que entre sí, se ven afectados y por ende, obligados a recaudar de fuentes inmóviles –rentas inmobiliarias y/o pequeñas empresas– o de rentas del trabajo, para equilibrar sus gastos públicos [514]. Lo que queremos decir, es que con la competencia fiscal entre distintas jurisdicciones, lo que se pretende es atraer rentas foráneas al ofertar un régimen fiscal pensado para personas jurídicas sujetas al impuesto de sociedades, pero ya no sobre tipos impositivos más bajos sino en la aplicación de un régimen fiscal, que facilita un ahorro fiscal, injustificado, que incluso en la propia Directiva fiscal de fusiones no queda del todo claro que se puedan acoger otros sujetos pasivos diferentes a las personas jurídicas, y por el contra la normativa española va a pretender una neutralidad fiscal en aquellas rentas sujetas a gravamen en el IRPF o en el IRNR, y que, por tanto, podrán disfrutar de un diferimiento del coste tributario. Por ello, ya remarcado *supra* en este trabajo, debemos ir hacia una simplificación y una mayor transparencia en la determinación de cómo aplicar dicho régimen. Con respecto a la primera, nos referimos, a reducir los procedimientos de comprobación y recaudación del impuesto, y mejorar la rapidez y certeza en la solución de los litigios. Mientras que con la

[513] En este sentido, acerca de los límites de la soberanía tributaria de cada Estado, *vid.* LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "Recorrido transnacional de la soberanía tributaria", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, núm. 1, 2018, págs. 306 a 330.

[514] *RIXEN* sostiene que la competencia fiscal mina la integridad y los principios distributivos de los sistemas tributarios locales y agrava la desigualdad entre países en desarrollo y desarrollados. (*op. cit.*, pág. 462)

segunda, queremos hacer ver que se necesita optimizar la estructura del tributo y aplicación del régimen.

Ante lo expuesto anteriormente, el legislador español ha creado unas oportunidades tributarias para aquellos residentes de la Unión Europea, obteniendo un crédito fiscal mediante el diferimiento de la carga tributaria. Ya que este supuesto pretende posibilitar que contribuyentes que realizan actividades empresariales bajo la forma de empresario autónomo, puedan crear situaciones jurídicas que faciliten la entrada de nuevos socios, de crear una limitación legal al patrimonio de dicho empresario o de organizar sus negocios de la forma que él mejor entienda, sin tener limitaciones fiscales para hacerlo. Es decir, el legislador español, con este caso particular, quiere facilitar a aquellos empresarios autónomos puedan transformar sus negocios, con el objetivo de estar bajo el instrumento jurídico de una sociedad, y por tanto, bajo la aplicación de las leyes de sociedades, limitando así la responsabilidad patrimonial del empresario, estableciendo un diferimiento de la carga tributaria en la transformación de empresario autónomo a sociedad de capital, es decir, no habrá un coste fiscal inmediato, aunque lo cierto es que la ingeniería jurídica lo pueda utilizar en otro sentido.

2.4. EL CONCEPTO DE CANJE DE ACCIONES.

Antes de analizar la vertiente mercantilista de la definición de canje de acciones, debemos poner de manifiesto que para la Directiva fiscal de fusiones se trata de una operación donde una sociedad adquiere una participación en el capital de otra sociedad, de nueva creación o ya existente, que le permita obtener una mayoría de los derechos de voto en dicha segunda sociedad, al atribuir a los socios de la segunda sociedad títulos representativos de la primera sociedad y, en su caso, se posibilita que exista una compensación monetaria siempre que no exceda del 10% del valor nominal de las participaciones o acciones de la primera sociedad o, ante la falta de un valor nominal, del valor equivalente al nominal de dichos títulos que se haya obtenido de la contabilidad. Esta definición nace de la primera Directiva fiscal de fusiones de 1990, ya que en la Directiva fiscal de fusiones de 2005 la definición quedó como aquella operación con la que una sociedad adquiere una participación en el capital de otra sociedad que le permita obtener una mayoría en los derechos de voto en la segunda sociedad o, si ya ostentase la mayoría en dicha sociedad, que le permita adquirir una mayor participación al atribuir a los socios de la segunda sociedad títulos representativos de la primera sociedad. Sobre el exceso que se pueda entregar en dinero queda igual. En este sentido, señala *RAVENTÓS CALVO*, que

una sociedad que desde el punto de vista del Derecho tributario español, se puede englobar en el precepto de la LIS en su art. 87, donde también se recoge las aportaciones de ramas de actividad [(515)], como hemos señalado *supra*. Desde la perspectiva mercantil, los autores *ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA* y *GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS* señalan que aquellas aportaciones no dinerarias, en concreto el realizar un canje de acciones o participaciones, se pueden observar realizar bajo el paraguas de las operaciones de fusión, concretamente, a la operación de fusión impropia como figura distinta la fusión por absorción; aunque los mismos autores resaltan que esta operación de canje de acciones está cubierta por la LSC en su art. 300, mediante la figura de aumento de capital con cargo a aportaciones no dinerarias [(516)].

2.5. LA DIFERENCIACIÓN ENTRE EL DERECHO A LAS GANANCIAS CONTRA EL DERECHO AL DIVIDENDO.

Llegados a este punto, cabe plantearse, más allá del Derecho tributario, la implicaciones que puedan tener los dividendos en las operaciones mercantiles o comerciales, es decir, como ya veremos más adelante –en el siguiente capítulo concretamente– los dividendos forman parte esencial de las planificaciones fiscales y, especialmente, en las operaciones Matriz-filial, ante esta situación tendremos que analizar el Derecho mercantil, previamente, para ver qué implicaciones y circunstancias puedan alterar el reparto de dividendos. En este sentido, señalamos las palabras de *PORFIRIO CARPIO*, que determina que en base a la Ley de Sociedades de Capital –en su art. 93 letra a)– se respetará el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales, esta circunstancia demuestra que en las sociedades se ha generado un conflicto entre las ganancias y los dividendos, en el seno de las mismas, ya que ha enfrentado a las mayorías accionariales con los grupos minoristas titulares de acciones, o dicho de otro modo, se han enfrentado las prácticas de reserva de beneficios frente a la práctica de reparto de dividendos. Todo ello agravado, señala el autor, con la aparición de las acciones sin voto y de las acciones privilegiadas, al alterar los presupuestos básicos de las anteriores prácticas señaladas. A todo ello, hay que sumar la situación que genera el artículo 348 *bis* de la LSC,

[515] RAVENTÓS CALVO, S.: "La reestructuración empresarial como instrumento de planificación fiscal internacional", en la obra de AA. VV. coordinada por SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad Internacional*, Centros de Estudios Financieros, Madrid, 2013, pág. 1701.
[516] GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M. y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: *op. cit.*, pág. 124.

donde se les reconoce a los accionistas ordinarios un determinado derecho al dividendo [(517)]. Toda esta situación, se observa en dos consideraciones: a) para las situaciones donde se emitan acciones sin voto y acciones privilegiadas, habrá que distinguir entre si las sociedades cotizadas frente a sociedades que no cotizan, puesto que estaremos ante una circunstancia jurídica diferente, es decir, y como señala *PORFIRIO CARPIO,* «la LSC favorece que las sociedades no cotizadas con necesidades financieras emitan acciones privilegiadas en lugar de acciones sin voto puesto que en aquellas (cotizadas) siempre es obligatorio el reparto de dividendos» [(518)]; y b) para considerarse beneficios distribuibles como condición *sine qua non* se deberá cumplir con los arts. 273 y 274 de la LSC, para poder habilitar el pago de dividendos. O dicho de otro modo, y basándonos en el concepto que establece el Tribunal Supremo para el beneficio que será, en el caso de una sociedad anónima, «una ganancia absoluta, o sea, ha de estar integrado solo por lo que sobrepase la cifra del activo, al pasivo real, aunque este pasivo sea de años anteriores, pues en ello radica su crédito» [(519)], solo se podrá repartir dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o en su defecto a cargo de reservas de libre disposición, siempre que el valor del patrimonio neto sea superior al capital social, se haya amortizado los gastos constitutivos, se haya dotado la reserva legal, y si hubiese, dotado la reserva estatutaria y la reserva indispensable equivalente al fondo de comercio. Además, se tendrá que compensar las pérdidas de ejercicios anteriores, lógicamente, antes de repartir dividendos. Por ello, se demuestra que en la práctica mercantilista se ha generado unas situaciones jurídicas que intentan beneficiar al socio, o por el contrario, se intenta mantener la viabilidad contable de la sociedad. En consecuencia, se observa que la ingeniería jurídica en el Derecho mercantil ha posibilitado que nazcan dos tipos derechos a participar del capital de una sociedad distinta al derecho ordinario, que son: a) las acciones sin voto, reguladas en los artículos 98 al 103, y como señala *ALFARO ÁGUILA-REAL* y *CAMPINS VARGAS,* que las acciones sin voto se tratan de un derecho de crédito que posee el accionista frente a la sociedad, ya que se reconoce –en el art. 99 apartado primero de la LSC– legalmente que ante unas ganancias distribuibles, los accionistas titulares de dichas acciones recibirán un reparto anual de estas ganancias en forma de dividiendo mínimo preferente [(520)]. *PORFIRIO CARPIO* lo expresa como que el derecho de los titulares de las acciones sin voto al recibir la porción de ganancias anuales en concepto de

[517] PORFIRIO CARPIO, L. J.: "Sociedades anónimas: ¿Derecho a las ganancias *contra* derecho al dividendo? ¿Derecho a las ganancias *versus* derecho al dividendo?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 91, núm 748, 2015, pág. 785.
[518] PORFIRIO CARPIO, L. J.: *op. cit.*, pág. 822.
[519] Sentencia del Tribunal Supremo español, de 27 de marzo de 1973.
[520] ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y CAMPINS VARGAS, A.: "El abuso de la mayoría en la política de dividendos", *Otrosí*, núm. 5, 2011, pág. 26.

dividendos aunque se carezca del acuerdo de reparto de ellos por parte de la Junta general de socios, es más según el art. 99 en su apartado segundo de la LSC, la sociedad estará obligada a acordar dicho reparto, y por tanto, será necesario que se acuerde. En otras palabras, el autor defiende que si la sociedad dispone de beneficios distribuibles y no se acuerda el reparto de dicho dividendo o el acuerdo de distribución supone un agravio sobre los derechos de los titulares de las acciones sin voto, el efecto en el primer caso será de exigir una resolución judicial para que se apruebe el reparto y para el segundo, el acuerdo se considerará el acuerdo nulo y podrá impugnarse al ser contario a lo dispuesto a la ley [(521)]; y b) las acciones privilegiadas, recogidas en el art. 95 de LSC, según *PORFIRIO CARPIO*, las define como un «privilegio en el reparto de las ganancias sociales», es decir, según este autor, se trata de un derecho a obtener un dividendo preferente de la sociedad, siempre que hubiesen beneficios repartibles, deberá proceder a un reparto de dividendos preferentes a los socios titulares de estas acciones [(522)]. En definitiva, estas acciones se regirán del mismo modo que se dispone para las acciones sin voto, tal y como recoge el art. 499 de la LSC. Esta circunstancia puede suponer una colisión de dividendos preferentes, o dicho de otro modo, ante una situación de una sociedad que haya emitido tanto acciones sin voto como privilegiadas y el reparto de las ganancias fuera insuficiente para el pago de dichos dividendos preferentes. Esta colisión, y teniendo presente el art. 499 de la LSC, vemos que se genera una situación de *facto*, puesto que las acciones sin voto y las acciones privilegiadas, estas últimas disfrutaran del derecho al reparto del dividendo preferente de forma *ex lege* al remitirnos a dicho artículo, generando una garantía, en ambas acciones, *ope legis*. Explicando esto, ambas tipos de acciones tendrán el derecho a que la sociedad apruebe un reparto obligatorio y necesario en forma de dividendo preferente. En este sentido se manifiesta *ALFARO ÁGUILA-REAL y CAMPINS VARGAS*, que determina que no son dividendos competitivos y por tanto, no cabe preferencias entre ellas; aunque el mismo autor defiende que *ex statuto*, se podría disponer que las acciones privilegiadas no disfruten de dicho dividendo preferente, es decir, la sociedad no tendrá la obligación de aprobar el reparto de tal dividendo aunque existan beneficios distribuibles, e indirectamente generar una situación de preferencial para las acciones sin voto frente a las privilegiadas [(523)].

Otra situación que ha generado conflictos entre los socios respecto a la situación de ganancias sociales en contra de dividendos, es el llamado derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos, un caso excepcional recogido en el art. 348 *bis* de la LSC, que

[521] PORFIRIO CARPIO, L. J.: *op. cit.*, pág. 802.
[522] PORFIRIO CARPIO, L. J.: *op. cit.*, pág. 803.
[523] ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y CAMPINS VARGAS, A.: *op. cit.*, pág. 29.

la doctrina mercantilista lo ha calificado como un artículo flamante, absurdo y enigmático [524], ya que se trata de un derecho concreto a percibir un dividendo [525], otros autores lo han calificado como un «tercer derecho», es decir como una circunstancia intermedia entre el derecho a percibir el dividendo correspondiente a sus acciones y la finalidad lucrativa del socio de compensada de forma periódica [526]. Aunque somos partidarios de la interpretación que realiza *PORFIRIO CARPIO*, que determina que dicho artículo no genera un conflicto abstracto entre el derecho a las ganancias y un concreto dividendo, y por tanto, no se trata de un derecho mínimo al cual acogerse para obligar a la sociedad a un reparto del dividendo, es decir, este autor defiende que aun existiendo beneficios distribuibles, la sociedad no adopta un acuerdo para su reparto ningún socio podrá obligar a dicha sociedad a que los distribuya, al no ostentar una legitimación activa para solicitar judicialmente la distribución de las ganancias sociales como dividendo mínimo, aspecto diferencia frente a los titulares de acciones sin voto o privilegiadas, que sí ostenta dicha legitimación [527]. En definitiva, esta situación de conflicto entre los socios se tendrá que tener en cuenta como condición para el buen gobierno de la sociedad, o dicho de otro modo, en justificación de obtener grandes beneficios para su posterior reparto, se puede proceder a realizar grandes operaciones de planificación fiscal, estando en el límite de la legalidad, con el fin de contentar a los socios minoritarios o a accionistas preferentes y/o privilegiados.

2.6. EL CONCEPTO DE SOCIEDAD EUROPEA.

Conocida en latín como *Societas Europaea* y en castellano como sociedad anónima europea, se trata de un instrumento legal que se basa en la legislación de la UE, en base lo que implica es que otorga a las sociedades anónimas la forma de ser una sociedad europea, siendo

[524] En este sentido debemos destacar, ILLESCAS ORTIZ, R.: "El poder de mayoría en la sociedad anónima: apuntes recientes", *Derecho de los Negocios,* núm 260, 2012, pág. 8; y FELIU REY, M. I.: "Derecho de separación, flexibilización societaria y autonomía de la voluntad", *Derecho de los Negocios,* núm. 260, 2012, pág. 23.
[525] Esta definición, se recoge en CAMPINS VARGAS, A.: "Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios?, Diario La Ley, núm. 7824, Sección Doctrina, 23 de marzo de 2012, pág. 5; también en LUCEÑO OLIVA, J. L.: "Derecho de la minoría al dividendo: una solución y muchas dudas (Comentario de urgencia al nuevo artículo 348 *bis* de la LSC)". *Diario La Ley,* núm. 7709, 5 de octubre de 2011, pág. 1. Llama la atención que otros autores de la rama del Derecho mercantil defienden la misma posición como RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D.: "La batalla de los dividendos en las sociedades de capital (Primeras reflexiones a la luz del artículo 348 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital)", *Cuadernos de Derecho y Comercio,* núm. 57, 2012, pág. 204; como ILLESCAS ORTIZ, R.: "¿Se han convertido las sociedades de capital en entidades de depósito remunerado?" *Derecho de los Negocios,* núm. 254, pág. 6.
[526] Véase, RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D.: *op. cit.*, pág. 205. Aunque esta misma posición se observa en ILLESCAS ORTIZ, R.: *op. cit.*, pág. 6.
[527] PORFIRIO CARPIO, L. J.: *op. cit.*, pág. 810.

una forma registral para las sociedades en todos los Estados miembros, pero, siendo su signo distintivo este, la constitución y funcionamiento se regirán por el Derecho de la UE y no por los Derechos internos de los Estados miembros [(528)]. Lo llamativo de esta forma societaria, antes de entrar en los aspectos mercantilistas, es que se puede establecer a través de: a) de una fusión de dos o más sociedades anónimas de al menos dos Estados miembros diferentes; b) la construcción de una sociedad *holding* que controle un grupo de sociedades, ya sean sociedades anónimas o limitadas; c) la constitución de sociedades filiales dependientes en otros Estados miembros siempre que sean diferentes al de origen de la matriz; o d) por la transformación de una sociedad anónima o limitada ya existente.

Desde la perspectiva del Derecho mercantil, destaca *ALONSO SOTO*, que la SAE permite que sociedades establecidas en más de un Estado miembro puedan fusionarse y operar en la UE bajo unas mismas reglas de aplicación y un sistema de dirección único, reduciendo los costes administrativos por procesos largos y elevados, ya que supone una simplificación en el funcionamiento de una sociedad. Lo cierto, es que la pega nace de las trabas fiscales, puesto que al estar sometida a multitud de jurisdicciones tributarias en la UE como Estados miembros hay, reduce drásticamente su utilidad [(529)]. Pero el propio autor señala que dicha sociedad puede suponer una laguna legal para eludir las normas sobre la concentración económica, mediante la concentración empresarial [(530)].

2.7. LA DIRECTIVA 2005/56/CE Y SU INCIDENCIA EN LAS FUSIONES TRANSFRONTERIZAS Y EN LOS TRASLADOS DE SEDE SOCIAL A OTRA JURISDICCIÓN.

Con la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, se produce una modificación de la Directiva fiscal de fusiones, se contempla modificaciones que afectan a las

[528] La sociedad anónima europea se aprueba con el Reglamento núm. 2157/2001, del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de dicha sociedad y su correspondiente Directiva 2001/86/CE del Consejo, de la misma fecha, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. En el ordenamiento español, la transposición de dicho reglamento y Directiva se ha realizado mediante la Ley 19/2005, de 14 de noviembre de 2005, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España.

[529] Véase en este sentido la consulta de la Comisión Europea IP/10/338, de 23 de marzo de 2010, sobre el funcionamiento del Estatuto de la Sociedad Europea (SE).

[530] ALONSO SOTO, R. J.: "La aplicación del derecho de la competencia a las fusiones y a otras modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: el control de las operaciones de concentración económica", en la obra de AA. VV. coordinada por ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. J.; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A.: Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2015, pág. 651.

fusiones transfronterizas como a los traslados de la sede social de las sociedades europeas desde un Estado miembro a otro. Esta modificación surge de cómo se concibe la sociedad europea, que como hemos señalado *supra*, se trata de un instrumento para las grandes empresas o grupos de empresas de gran envergadura, sin olvidarse de aquellos contribuyentes que, a pesar de no tener un gran tamaño, ni de estar presentes en numerosos Estados miembros, sí tienen el interés en realizar una operación de fusión con otros contribuyentes del ámbito europeo. Tras este primer análisis, antes de entrar en detalle examinando el Derecho mercantil acerca de las fusiones transfronterizas y los traslados de sede social al extranjero, en el art. 1 de la Directiva 2005/56/CE establece una definición de fusión transfronteriza, como aquella operación donde sociedades de capital constituidas de acuerdo con una normativa de un Estado miembro y con domicilio social, dirección efectiva de la administración o su principal establecimiento se encuentre dentro de la UE y estando al menos sujetas a alguna legislación de algún Estado miembro diferente, es decir, la definición que contempla dicha Directiva implica establecer unos requisitos para los contribuyentes que vayan a realizar una fusión transfronteriza, siendo estos los siguientes: a) en la fusión deben participar sociedades de capital contempladas en el Anexo I de dicha Directiva; b) dichas sociedades tendrán que estar constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro; c) tener su sede social, el centro efectivo de administración o el principal establecimiento dentro de la UE; y d) al menos dos de ellas han de estar sujetas a legislaciones de Estados miembros diferentes. En definitiva, esta Directiva lo que pretende es eliminar los obstáculos que se puedan surgir de la existencia de distintas formas jurídicas para las sociedades en los diferentes ordenamientos jurídicos de la UE, aunque la particularidad de esta normativa de la Unión se ve en el procedimiento, ya que sigue el principio de que cada una de las sociedades que van a participar de la operación siga sujeta a su legislación de origen en materia mercantil.

Con esta circunstancia, nos da pie a examinar el Preámbulo de la LME donde se señala como la primera motivación para dicha ley, establecer los mecanismos jurídicos que respondan al creciente proceso de internacionalización de los operadores económicos y a la necesidad de incorporar la Directiva 2005/56/CE sobre las fusiones transfronterizas en el ámbito de la UE. Como hemos señalado anteriormente, la legislación nacional se encargará de establecer el procedimiento para una operación de fusión transfronteriza, ante esto la normativa española se ha limitado a hacer una trasposición de la citada Directiva en el Capítulo II de la LME a través de los artículos 54 y siguientes; aunque lo llamativo del ordenamiento español es que ha entendido que, en determinados casos, las fusiones podrán ser realizadas por sociedades que no sean de capital y/o sean extracomunitarias, para ello habrá que remitirse al régimen general del

art. 27 de la LME [(531)]. Entrando en el análisis del articulado dedicado a la fusión transfronteriza intracomunitaria, vemos que en el artículo 54 de la LME se observa el ámbito de aplicación, estableciendo unos requisitos a las sociedades participantes que deben reunir cumulativamente, que son: a) ser sociedades de capital, o como determina el apartado segundo del art. 54, ser sociedades anónimas, sociedades comanditarias por acciones o una sociedad de responsabilidad limitada, aunque *CABANAS TREJO*, entiende que habrá de incluirse los subtipos de estas sociedades, es decir, aquellas que por tipo social tengan un carácter laboral, véase las sociedades limitadas de nueva empresa, que en verdad no deja de ser una sociedad de responsabilidad limitada. Esto se fundamenta en el art. 4 de la Directiva 2005/56/CE, al admitir sociedades que por los derechos internos admitan su participación en este tipo de fusiones [(532)]; b) que dichas sociedades estén constituidas de acuerdo con alguna legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo; c) que el domicilio social, la administración central o el centro de actividad de dichas sociedades se encuentren dentro de dicho Espacio; y d) que en las operaciones de fusión transfronteriza intracomunitaria donde al menos participen dos sociedades sometidas a legislaciones de Estados miembros diferentes, una de ellas debe estar sujeta a la legislación española.

Otra particularidad que tiene las fusiones transfronterizas intracomunitarias desde el punto de vista del Derecho mercantil español es su régimen jurídico, que según el art. 55 de la LME establece normas específicas y supletoriamente estarán las normas generales de las operaciones de fusiones internas –contempladas en el art. 27 de la LME–. Lo llamativo es que ya en los requisitos del régimen general de las fusiones ya incluye requisitos que exige la Directiva de 2005 para las fusiones transfronterizas. Una de las normas específicas es la contemplada en el art. 63 de la LME, donde el legislador español especifica claramente que serán de aplicación las normas para la fusión transfronteriza a las sociedades de responsabilidad limitada de la misma manera que para las sociedades anónimas y las sociedades comanditarias por acciones. Esta precisión para *ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA* y *GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS*, no tiene mucho sentido, ya que entienden que para este tipo de

[531] En este sentido, es llamativo las palabras de *ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA* y *GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS* que determinan que, existen incidencias en la LME sobre cuestiones mercantiles, contables, etc., aunque destacan que existen limitaciones de tipo administrativo, sobre inversiones extranjeras, e incluso limitaciones políticas con las que dificultar la operación, concretamente recogidas en el art. 58 de la LME. Donde en este precepto se faculta al Gobierno de la posibilidad de imponer restricciones a operaciones de fusión transfronterizas intracomunitarias como si de una fusión interna se tratase, siempre que alguna de las sociedades implicadas esté sujeta a la ley española. (*op. cit.*, pág. 296).

[532] CABANAS TREJO, R.: "Las fusiones y escisiones transfronterizas", en la obra de AA. VV. coordinada por ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. J.; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A.: *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2015, pág. 412.

sociedades habrá que remitirse a la regulación contemplada en la LME para cada tipo de operación de modificación estructural –véase la obligatoriedad de convocatoria, mayorías, etc.– que establece una regulación especial para las sociedades de responsabilidad limitada (533). Aunque para *CABANAS TREJO*, entiende que el significado de esta remisión por la incidencia en el correcto funcionamiento de las sociedades de responsabilidad limitada, es decir, para este autor la simple diferenciación entre las formas jurídicas implica que se deba de hacer una remisión especial, en base a la Ley de Sociedades de Capital y por las particularidades que recoge las LME para las operaciones de estructuración o reorganización empresarial, siendo un ejemplo claro de ello las simplificaciones en los requisitos necesarios para una operación de este tipo de sociedades en el art. 42. Por ello, este autor defiende que se haga la remisión para que, por ejemplo, para las operaciones de fusión transfronteriza intracomunitaria realizada por sociedades de responsabilidad limitada tengan la obligatoriedad de presentar un informe de experto, como exige el art. 34 de la LME para las sociedades anónimas o comanditarias por acciones (534).

Resaltando la última particularidad de este tipo de fusiones, debemos centrarnos en el procedimiento para llevar a cabo una fusión transfronteriza intracomunitaria –téngase en cuenta que prácticamente es igual al régimen general para las operaciones de fusión, aunque existen ciertas especialidades–, examinado cada paso en concreto, en primer lugar, respecto al proyecto de fusión que se contempla en el art. 59 apartado segundo, intenta incluir las posibles ventajas de determinados órganos sociales que no existen en el derecho español, pero que, por ejemplo, sí que está presente en otros ordenamientos. Siguiendo con el mismo apartado del art. 59, y si procediese, se tendrá que informar a los trabajadores las implicaciones que generan sobre sus derechos de participación en la sociedad resultante de acuerdo con lo dispuesto en el art. 67 de la LME. Dicho ello, cabe destacar que cuando en una operación de fusión transfronteriza se establezca un canje o una posible compensación en metálico, deberá estar condicionada a lo dispuesto en el art. 57 de la LME, ya que no limitará la eficacia de la operación en aquellos casos donde en las demás jurisdicciones no se establezca la posibilidad de establecer un canje o una compensación en efectivo en su ley reguladora de dicha operación, es decir, no establezca una compensación que no supere el 10% del valor nominal o, en su defecto, del valor contable de las acciones o participaciones que se vayan a canjear. Cabe la posibilidad de que dicha fusión se realice bajo los criterios de fusión abreviada, pero en una fusión transfronteriza se va a exigir,

533 GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M. y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: *op. cit.*, pág. 298.
534 CABANAS TREJO, R.: *op. cit.*, pág. 416.

según el art. 49 apartado primero, de los informes de valoración del activo y del pasivo de la sociedad que se extingue, de las fechas de las cuentas utilizadas para establecer las condiciones de la fusión y del informe de administradores, pero sí se podrá prescindir del informe de expertos, según el art 50 de la LME [(535)]. En segundo lugar, y en base a lo anterior, respecto a los informes de expertos que sean necesarios y obligatorios de presentar, la LME establece que se deberá nombrar un experto por cada entidad implicada en el proceso de fusión, a través de una designación o ratificación [(536)]. En tercer lugar, acerca del informe de administradores, el art. 60 de la LME establece la obligatoriedad de que esté redactado con un mes a la fecha de la junta de socios que decida la operación de fusión, estando a disposición tanto de los socios como de los trabajadores, incluso tendrá que contar con la opinión del representante de los trabajadores. En cuarto lugar, respecto de los acuerdos de la junta de socios, la particularidad se recoge en el art. 61 de la LME, puesto que puede condicionarse la ratificación de la junta de socios en el caso de que no exista una ratificación expresa para la participación que tengan los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión, además de que debe existir una publicación en cada Estado miembro implicado en la operación de fusión, en base al derecho de oposición de los acreedores, basado en las reglas de los ordenamientos internos de la UE. En quinto lugar, señalamos el derecho de separación, importante especialidad contemplada en el art. 62 de la LME, puesto que aquellos socios que se opongan a la fusión transfronteriza que resulte una sociedad con domicilio en otro Estado miembro, podrán separarse de la sociedad preexistente conforme a lo dispuesto en los preceptos sobre el derecho de separación de las sociedades de responsabilidad limitada [(537)]. Las normas para ejercer el derecho de separación en estas sociedades se encuentra en los arts. 348 y 353 de la Ley de Sociedades de Capital, aunque este derecho sólo podrá ser ejercido por aquellos socios que voten en contra de la fusión, frente al supuesto general que se concede a aquellos socios que no hayan votado a favor, es decir, a aquellos socios que se hubiesen abstenido, ausentado o votado en contra. En sexto lugar, hablaremos de la escrituras públicas sobre la operación de fusión transfronteriza intracomunitaria, en este sentido *SÁNCHEZ RUS*, determina que se puede discutir en la

[535] Hay que tener claro que en las fusiones abreviadas, se permite no presentar los informes de valoración del activo y del pasivo de la sociedad que se extingue, las fechas de las cuentas utilizadas para establecer las condiciones de la fusión y del informe de administradores, y así mismo, también se exime de presentar el informe de expertos.

[536] En este sentido, *ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA* y *GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS* entienden que es necesario esta aclaración puesto que puede generar un conflicto a la hora de designar un experto para la realización de informe, es decir, para los autores no ven muy útil la realización de un único informe general para todas las sociedades implicadas. (*op. cit.*, pág. 299).

[537] Este reconocimiento que se realiza en el art. 62 de la LME es coherente con lo dispuesto en el art. 99 de la misma ley, acerca de la concesión de derecho de separación en los casos de traslado de domicilio al extranjero.

necesidad de que se deba otorgar una escritura en cada uno de los Estados miembros implicados en la operación, según este autor la solución a dicho posible conflicto pasa por interpretarlo desde un enfoque distinto al aspecto corporativo de la fusión, sin aplicar la regulación interna de cada sociedad implicada en la operación, sino que basta con el otorgamiento de una escritura en cualquier Estado miembro en base al artículo 11 del Código Civil [(538)]. En este sentido, *ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA* y *GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS*, defienden esta idea como admisible siempre y cuando en el Estado de otorgamiento se rija por el principio de equivalencia de formas [(539)]. Por lo anterior, *CABANAS TREJO* se manifiesta añadiendo que dicho documento público, el fedatario deberá realizar un control de la legalidad del documento, cumpliendo con los requisitos de legalización o apostilla [(540)]. Y por último, acerca de la inscripción de la fusión, estableciéndose varias fases para un correcto control del procedimiento en las distintas jurisdicciones internas de la UE y para una mejor coordinación de los registros mercantiles de cada Estado miembro, estas fases son: a) controlar las sociedades que se extinguen, según los art. 64 para sociedades que no sean españolas y el 65 apartado tercero cuando una de las sociedades sea española; b) control de la sociedad resultante, en base al art. 65 de la LME; c) dar publicidad en base al art. 66 de la LME a través de las los Boletines Oficiales del Registro Mercantil de donde tenga el domicilio social, tanto las sociedades que realizan la operación como la sociedad resultante, para dar resultado al ejercicio de los derechos de los acreedores y/o socios o de dónde pueden obtener información; y d) una efectiva coordinación registral, según el art. 66 en su apartado tercero, dicho registro que realice la inscripción de la operación tendrá que notificar de inmediato al resto de registro de las sociedades que han participado en la operación para que se proceda a la cancelación registral de dichas sociedades.

Hemos señalado *supra*, que la Directiva 2005/56/CE contempla modificaciones que afectan a las fusiones transfronterizas como a los traslados de la sede social de las sociedades europeas desde un Estado miembro a otro. Una vez analizado las incidencias que afectan a las operaciones de fusión veremos las incidencias de los traslados internacionales de domicilio social, desde la perspectiva del Derecho mercantil. En este sentido, la LME no establece una definición al uso de lo que supone un traslado de domicilio o sede, para *VILÀ COSTA* y

538 SÁNCHEZ RUS, H.: "La fusión transfronteriza de sociedades anónimas desde la perspectiva del derecho español", en la obra de AA.VV.: *Las operaciones societarias de modificación estructural: análisis de su tratamiento jurídico tributario y contable*, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 175.
539 GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M. y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: *op. cit.*, pág. 301.
540 CABANAS TREJO, R.: *op. cit.*, pág. 419.

ARENAS GARCÍA, dicho traslado supone una conversión de la personalidad jurídica de la sociedad, ya que para el ordenamiento español –véase el art. 8 de la ley de sociedades de capital– el lugar de domicilio social es fundamental al implicar que con ello se obtiene la nacionalidad de las sociedades mercantiles, lo que a la vez supone que dicha sociedad queda sujeta a la legislación española [(541)]. En definitiva, dicho traslado supone un cambio de nacionalidad y de la ley aplicable a la sociedad afectada [(542)], aceptando la posibilidad de que dicho cambio de nacionalidad y ley no genere una ruptura en la continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad afectada. En resumen, lo que se pretende con esta operación es que no se tenga que realizar una constitución de una nueva sociedad en el Estado de destino para que a continuación se proceda a liquidad y disolver la sociedad preexistente en el Estado de origen, debiendo aportar todo el patrimonio de la preexistente a la nueva sociedad.

Según *VILÀ COSTA* y *ARENAS GARCÍA*, la transferencia internacional del domicilio social viene a ser una afirmación de que la personalidad jurídica societaria, siendo consistente, sustantiva y real, es capaz de trascender las fronteras de jurídicas de los Estados miembros [(543)]. En definitiva, como señalan *ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA* y *GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS*, salvando el tosco positivismo jurídico, la personalidad de las personas físicas o naturales será un elemento que trascenderá a la nacionalidad, ya que por ser humano será como tal allí donde vaya. En contra, las personas jurídicas al tratarse de una construcción jurídica –según la teoría clásica de la ficción– se podría pensar que tendrán una dependencia de aquel ordenamiento jurídico en las que se crearon y obtuvieron su personalidad [(544)]. Ante lo expuesto, pensar que una persona jurídica pueda transferir su domicilio social a una jurisdicción diferente a la de su creación, ello supone un cambio de nacionalidad y de *lex societatis* que se le aplicará, sin que se ponga en peligro la continuidad de su identidad o del conjunto de sus titularidades jurídicas, se debe entender como que la personalidad jurídica que adquiere la sociedad en el momento de su creación en el ordenamiento de origen se trata de un atributo, y dicho atributo será independiente a la circunstancia que motive la sujeción a dicho ordenamiento. Y es que, el traslado de domicilio, supone afectar a aquellos aspectos jurídicos

[541] VILÀ COSTA, B. y ARENAS GARCÍA, R.: "La transferencia internacional del domicilio social (en la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles)", en la obra de AA. VV. coordinada por ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. J.; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A.: *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2015, pág. 495.

[542] Téngase en cuenta que la ley de aplicación tiene un efecto sobre la posición jurídica de los socios de la sociedad, establecerá el régimen en las relaciones entre la sociedad y los socios y de la sociedad y los socios con terceros.

[543] VILÀ COSTA, B. y ARENAS GARCÍA, R.: *op. cit.*, pág. 496.

[544] GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M. y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: *op. cit.*, pág. 466.

como el reconocimiento de la personalidad jurídica, de la atribución de nacionalidad, los criterios de sujeción a una legislación nacional concreta, las implicaciones en los criterios para determinar el domicilio estatutario o la sede real, pero además genere incidencias en políticas económicas o en la política en general, véase la motivación para motivar la inmigración de sociedades como elemento básico para generar una mayor actividad económica o resistirse a dejar que emigren sociedades constituidas o domiciliadas como objetivo de mantenimiento de la actividad económica. Ante esta situación, vemos que las normativas nacionales pueden crear ciertos aspectos lesivos contra las Libertades de la UE, ya que puede condicionar la libertad de establecimiento, es decir, un Estado miembro puede impedir a una sociedad, que se constituyó en virtud a su Derecho interno, a un traslado de domicilio social a otro Estado miembro, manteniendo su personalidad jurídica adquirida bajo el Derecho interno del primer Estado. Ante esta afirmación, que se puede ver como un elemento claro de mantenimiento del mercado interior, el propio Tribunal de Luxemburgo, mediante su jurisprudencia, ha determinado que el Derecho de la UE y, en concreto, dicha libertad no se opone a dicho impedimento, o dicho de otro modo, sólo se podría a acogerse a la libertad de establecimiento en aquel traslado de domicilio social donde una sociedad constituida en un Estado miembro se transfiere a otro Estado miembro bajo una forma jurídica que regula el derecho interno de este nuevo Estado, o lo que es lo mismo, la libertad de establecimiento permitirá una transformación de una sociedad sin que se disuelva ni liquide en el primer Estado, y sin necesidad de constituirse en el segundo Estado –debe tenerse en cuenta lo señalado *supra*, puesto que en el Estado de acogida tendrá que permitir tal transformación en su ordenamiento interno–, aunque cabe una restricción, tanto en el primer Estado como en el segundo, a dicha libertad siempre que se justifique bajo una razón imperiosa de interés general [(545)]. Desde la normativa española, el régimen de traslado del domicilio social al extranjero, estará condicionada a la existencia de un Convenio o Tratado internacional vigente entre España y el Estado de destino, siempre que mantenga la personalidad jurídica de la sociedad en cuestión en el otro ordenamiento jurídico –según los arts. 92 y 93 de la LME– [(546)]. Caso especial requiere el traslado de domicilio social para las sociedades anónimas europeas, al tratarse de sociedades trasnacionales o con nacionalidad europea podría considerarse como un caso como de un traslado interno, como si de una sociedad ordinaria que se le aplica un ordenamiento interno, pero las que estén domiciliadas en territorio

[545] Véase la sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 2008, Asunto C-210/06, *Cartesio*.
[546] En este sentido, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos del Capítulo I, acerca de las modificaciones de los estatutos sociales, competencia de la junta general de socios, recogidos en la sección I, comprendidos entre el 285 al 290, como elementos necesarios para que una sociedad pueda proponer un cambio de domicilio social.

español y propongan un traslado de domicilio a otro Estado miembro, que como se ha señalado *supra* para los supuestos de fusión transfronteriza, en dichos traslados también requerirán de presentar un proyecto de traslado, permitiendo el derecho de separación de socios que hubiesen votado en contra, considerar el derecho de oposición de los acreedores sociales y, especialmente, no contar con el impedimento del Gobierno español al traslado por razones de interés público –véase los artículos del 458 al 464 del Capítulo III de la LSC–.

3. ANÁLISIS DE LAS REPERCUSIONES DE LA DIRECTIVA FISCAL DE FUSIONES SEGÚN LA OPERACIÓN.

3.1. OPERACIONES DE FUSIÓN, ESCISIÓN Y APORTACIÓN DE ACTIVOS.

Entrando en detalle en el análisis del ámbito de aplicación de la Directiva fiscal de fusiones y, concretamente, su incidencia en las operaciones de fusión, escisión y aportación de activos, recogido en el art. 4 de la citada Directiva, que determina que estas operaciones no estarán sujetas a gravamen cuando se produzca una plusvalía por la diferencia entre el valor real, de los elementos patrimoniales afectos a la operación, y el valor fiscal –véase como el valor de mercado– [547]. La condición de que se aplique el principio de neutralidad, y por tanto, el diferimiento de la tributación, será que estos activos y/o pasivos transmitidos en la operación de reorganización o societaria queden vinculados a un establecimiento permanente [548] –aunque en nuestra opinión, también se puede pensar que se podría aceptar que queden afectos a una nueva sociedad dependiente (filial)–, es decir, se intenta evitar la doble imposición jurídica al tener que yuxtaponer los criterios de sujeción impositiva de los distintos Estados miembros que participen en la operación, mientras que con la Directiva se consigue una exención en la tributación de dichas plusvalías que se generarán; permitiendo un diferimiento de la exacción al momento de transmisión efectiva de los elementos.

Hemos señalado que la Directiva contempla que los activos y pasivos afectos a las operaciones de fusión, escisión o aportaciones de activos [549] deben quedar vinculados a un

[547] Cuando hablamos de valor real nos referimos al valor con los que han sido activados estos elementos patrimoniales, tanto en el activo como en el pasivo. Mientras que el valor fiscal, que lo define el art. 4.2 en la letra a) de la Directiva fiscal de fusiones, como el valor que se hubiera recibido si se hubieran transmitido a terceros en condiciones normales de mercado.

[548] Precepto establecido en el art. 4.2 en la letra a) de la Directiva 2009/133/CE del Consejo.

[549] Mientras que las operaciones de fusión y escisión, incluida la parcial, se aplicará el régimen de diferimiento recogido en los arts. del 4 al 6; las aportaciones de activos se beneficiarán de dicho régimen por lo dispuesto en el

establecimiento permanente situado en la jurisdicción tributaria donde era residente la sociedad transmitente, de forma que se intente defender los intereses tributarios de dicho Estado; pero lo cierto es que la propia Directiva no contempla una definición de lo que es un establecimiento permanente, ya que se trata de un vehículo fiscal que en innumerables casos genera grandes conflictos para la determinación de su existencia. Con esto queremos decir que se puede dar el caso de que la Administración tributaria de la sociedad transmitente entienda que no han quedado vinculados dichos elementos patrimoniales a un EP, por lo que no cabría la aplicación de la Directiva y con ello, la no aplicación de los beneficios que se le conceden a estas operaciones de reorganización empresarial, o dicho de otro modo, que se genere la doble imposición jurídica que se intenta evitar [(550)]. Lo cierto es que, en la mayoría de los casos los ordenamientos tributarios conciben la existencia de un EP de forma amplia, intentando justificar su existencia en su jurisdicción, aunque en estas operaciones amparadas por la Directiva lo que más beneficia a los intereses tributarios de los Estados es la inexistencia de los mismos; pero esto supondría una limitación en las estrategias empresariales de concentración a los grupos de la UE, mermando su operativas lícitas. En consecuencia, la posible laguna legal que pueda surgir de la determinación de la existencia o no de un EP, pasará por la interpretación de los convenios de doble imposición vigentes entre los Estados vinculados a la operación societaria.

Un detalle que tendremos oportunidad de profundizar más adelante, será lo contemplado en el art. 4.3 de la Directiva fiscal de fusiones, que contempla la posibilidad de extender los efectos de la Directiva, incluso, en casos donde la sociedad transmitente ha sido considerada como transparente, en el ámbito fiscal, por una jurisdicción de la UE. La consecuencia de ello, es que los socios de la entidad transmitente –recordando que es calificada como transparente– no se le exigirá la exacción por las plusvalías obtenidas en la operación al extenderse los beneficios contemplados en el art. 4.1 de la Directiva fiscal de fusiones.

3.2. OPERACIONES DE ANULACIÓN DE PARTICIPACIONES.

Debemos de pensar que en las operaciones de reorganización o de reestructuración empresarial en la mayoría de los casos la sociedad beneficiaria ostentará una participación en

art. 9 de la Directiva fiscal de fusiones, eliminando la problemática de la doble imposición en las mismas condiciones que las fusiones y escisiones.

[550] Este aspecto ya lo señalaban los autores *CALDERÓN CARRERO* y *MARTÍN JIMÉNEZ*, al manifestar que consideran un hecho extrañeza que no se recoja una definición de establecimiento permanente en la Directiva que limite los posibles casos de inaplicación de la Directiva. ("La Directiva de…", *cit.*, pág. 1179).

la sociedad transmitente, y que está participación se eliminará con la consecuencia de que generará una plusvalía, por la diferencia de valor de las acciones o participaciones por las que estaban valoradas en su balance y los elementos patrimoniales que figuraran en sustitución dicho balance de la sociedad beneficiaria. Ante esta situación, que tiene un carácter específico, tendremos en cuenta lo referido en el art. 7.1 de la Directiva fiscal de fusiones permitiendo el diferimiento de la tributación, con los requisitos contemplados en el art. 4 de la misma Directiva. Como remarca *HERRERA MOLINA*, lo que se intenta es limitar las interpretaciones de las Administraciones, que mediante los criterios de asignación territorial tributaria y el principio de beneficios mundiales, hagan contribuir al sistema tributario aquel contribuyente que ha permutado unas participaciones o acciones por elementos patrimoniales –incluso por otras acciones– estando aún dentro de su perímetro societario, y obligándole a soportar una doble imposición [(551)].

Dicho lo anterior, en el mismo artículo en su apartado 2, establece una excepción al diferimiento establecido en el apartado primero, se posibilita un desarrollo normativo por parte de los Estados que limite la aplicación del régimen común sobre las operaciones de reestructuración o reorganización en aquellos casos donde la sociedad beneficiaria ostente una participación por debajo del 10% en los fondos propios [(552)]. Por lo cual, ante estas situaciones se generaran la doble imposición y la única forma de evitar será remitirse a los métodos contemplados en los convenios de doble imposición y/o la normativa interna de los Estados afectados por la operación societaria. En este sentido, no podemos dejar de manifestar que este precepto puede generar situaciones de discriminación entre granes grupos de sociedades y las pequeñas y medias empresas, que con operaciones de concentración empresarial, las últimas, podrían aumentar su competitividad frente a los primeros, ya que los grandes grupos pueden obtener la participación mínima exigida para acogerse a la Directiva. En definitiva, ponemos en evidencia que se pueden generar discriminaciones que vayan en contra de los fines de la Directiva, al generar casos de doble imposición e imposibilitando operaciones de concentración.

---

[551] *Vid*. HERRERA MOLINA, P. M.: *Convenios de doble imposición y Derecho comunitario*, IEF, Madrid, 2009, pág. 120.

[552] En la terminología europea y para la adecuación de los conceptos en los diferentes ordenamientos legales existentes dentro de la UE, se habla de «fondos propios» o participación en el «capital y reservas». Para ello habrá que referirse al Reglamento núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, *relativo a la aplicación de las normas internacionales de contabilidad*, para definir los fondos propios; y para la participación en el capital y reservas habrá que remitirse a las letras a) y l) del Anexo III de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de cierto tipos de empresa*, que modifica a la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, *relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas*.

3.3. OPERACIÓN DE CANJE DE ACCIONES.

Hasta ahora hemos analizado las incidencias en las operaciones de fusión, escisión y aportación de activos, incluso en aquellos casos donde la sociedad beneficiaria ostenta una participación en la sociedad transmitente; pero la Directiva contempla más operaciones de concentración empresarial a las que se pueden acoger a la neutralidad fiscal contemplada en ella. Señalando el art. 8 de la Directiva, vemos que habla de fusiones, escisiones o canje de acciones, donde en el apartado primero dispone que no se producirá un gravamen sobre las rentas, beneficios o plusvalías derivadas por estas operaciones en los socios, sean personas físicas, jurídicas, no residentes o residentes. Dicho de otro modo, se intenta eliminar la doble imposición ante situaciones de residencia fiscal en dos Estados miembros –evitando los conflictos entre los criterios de sujeción impositiva de los Estados–, o incluso situaciones donde el conflicto sea entre los criterios personales y reales, es decir, por el conflicto entre los principios de renta mundial y por el principio de territorialidad.

Llegados a este punto, la Directiva pone especial enfoque a las operaciones de escisión parcial, concretamente en el artículo 8 apartado segundo, estableciendo una exención de la tributación en aquellas plusvalías que obtiene un socio de la sociedad transmitente, al atribuirse participaciones o acciones de la sociedad beneficiaria con motivo de esta operación.

Entrando en detalle de las operaciones de canje de acciones, deberemos examinar el precepto que se articula en el artículo, donde establece que se aplicará el régimen contemplado en la Directiva fiscal de fusiones, en aquellos casos donde se obtenga una plusvalía, beneficio o renta por un socio de la sociedad transmitente al permutar acciones en esta sociedad por acciones en la sociedad beneficiaria; pero lo cierto es que en los apartados 4 y 5 del artículo 8 de la Directiva, contemplan situaciones que afectan tanto a las operaciones de canje de acciones como de fusión y escisión, ya que ante una atribución de participaciones con un valor fiscal mayor de los títulos canjeados en las operaciones de fusión, escisión o canje de acciones; o, si dicho socio no tome la propiedad de todo el lote de títulos y su valor fiscal sea mayor al valor de las participaciones que tenía en la sociedad transmitente, no le será de aplicación el régimen de esta Directiva [(553)].

[553] En este sentido, remarcamos la jurisprudencia del TJCE, en su sentencia de 11 de diciembre de 2008, Asunto C-285/07, *Finanzamt Stuttgart-Körperchafen & Bundesministerium der Finanzen*, donde se aclaró dicha situación –en ese momento se hacía referencia a la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, aún si modificar por la actual Directiva fiscal de fusiones– al establecer que se dará lugar a una imposición sobre los socios de la sociedad transmitente por las plusvalías obtenidas por la diferencia entre el coste inicial de adquisición

Son en los apartados sexto, octavo y noveno, donde se establecen en el primero la posibilidad de que los Estados puedan gravar las plusvalías ulteriores de la trasmisión efectiva de las participaciones en la sociedad beneficiaria por parte de los socios, e incluso de la cesión de ellas, con carácter a la adquisición de nuevos títulos de la sociedad beneficiaria; siendo los otros dos apartados excepciones a la Directiva. Desde el apartado octavo se establece la posibilidad de optar al contribuyente de entre la Directiva o la legislación nacional donde es residente, si la jurisdicción contempla un tratamiento tributario distinto a la Directiva, dicho de otro modo, no se aplicará lo recogido en los apartados 4 y 5 del art. 8 cuando se atribuyan títulos en la sociedad beneficiaria con un mayor valor fiscal y se aplique régimen fiscal contemplado en el Estado de residencia del socio. Mientras en el apartado noveno, contempla inaplicación del régimen de la Directiva en aquellas operaciones donde en lugar de recibir títulos representativos de los fondos propios de la sociedad beneficiaria se reciba una compensación monetaria, procediéndose a la exacción impositiva [(554)].

3.4. APORTACIONES DE ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES.

En la Directiva fiscal de fusiones se contempla también la posibilidad de concentración empresarial mediante la aportación de activos, supuesto que sigue los requisitos del art. 4 de la presente Directiva; la particularidad fiscal nace cuando el activo a aportar a la sociedad beneficiaria se trata de un establecimiento permanente, de modo que, tendremos que referirnos al precepto contemplado en el art. 10 de la misma Directiva. Según este artículo, la normativa europea facilita la concentración empresarial al disponer la renuncia a los derechos tributarios del Estado de residencia de la sociedad transmitente sobre la aportación de un establecimiento permanente, si éste se encuentra localizado en otro Estado miembro. Es decir, los Estados miembros implicados en la operación de aportación de un establecimiento permanente tendrán que aplicar el régimen de la UE, si tanto la sociedad transmitente como la beneficiaria residen en la UE. Por lo que, con este artículo se pretende eliminar supuesto de doble imposición al entrar en conflicto los principios personales de beneficios mundiales con el principio de territorialidad por aquellos beneficios, plusvalías o rentas generadas en la aportación de dicho establecimiento permanente. Debe tenerse en cuenta, que se aplicará dicho régimen europeo si

y el valor fiscal, «a menos que la sociedad dominante recoja el valor contable histórico de las participaciones transmitidas en su propio balance fiscal».

[554] Haciendo referencia a la trasposición de la Directiva fiscal de fusiones en el ordenamiento tributario español, esta situación está recogida en los arts. 80.3 y 81.2 de la Ley 27/2014 del impuesto sobre sociedades.

la residencia del establecimiento permanente se encuentra en el mismo Estado de residencia de la sociedad beneficiaria.

Ahondando en el análisis del citado artículo 10, vemos que en el apartado segundo se establece una circunstancia para los Estados miembros que les posibilita a aplicar el principio de beneficios mundiales, en los Estados donde resida la sociedad transmitente, dicho de otro modo, se permite gravar las plusvalías obtenidas en la aportación del establecimiento permanente o de aquella fusión, escisión o escisión parcial en el que participe un establecimiento permanente, siempre y cuando dicho Estado admita una deducción en la misma forma e idéntico importe de aquel impuesto aplicado y pagado, al no poderse aplicar la Directiva fiscal de fusiones. Esta situación se puede entender como una excepción al régimen europeo, ya que se puede extender a todos las jurisdicciones nacionales de la UE al utilizar el principio de contribuir con el sostenimiento de los gastos públicos sobre sus residentes fiscales. Lo cierto es, que tendrán que desarrollar las medidas necesarias que eviten situaciones de doble imposición jurídica, en base a los mecanismos en su normativa interna de modo que se deduzcan los contribuyentes aquel impuesto aplicado y pagado en el Estado donde se halle el establecimiento permanente. Puesto que, se puede dar el caso de un desarrollo normativo en los ordenamientos nacionales que pretendan configurar la exacción de las plusvalías en las operaciones de reorganización empresarial o de concentración societaria, al formar parte de estas operaciones un establecimiento, al considerar residentes fiscales a las sociedades transmitentes. Creemos que esta situación podría ser paliada o sería de menor riesgo si se estableciera unos requisitos más rígidos para la aplicación de esta excepción y si se introdujese una definición desde el Derecho de la UE de que es una «sociedad de un Estado miembro».

Pero observamos que hay determinadas operaciones que van a suponer ciertas complicaciones jurídicas al intervenir establecimientos permanentes de sociedades no residentes, y es que haciendo un poco de historia esta figura jurídica carecía de importancia y ocupaba un lugar segundario en las operaciones de planificación fiscal hasta que se generalizan aquellas estructuras societarias donde fomenta la externalización de funciones de la matriz al resto de entidades de los grupos multinacionales, todo ello sin modificar su actividad empresarial que de forma efectiva seguirán realizando en otras jurisdicciones, o dicho de otro modo, no se alterará la estructura comercial existente a la modificación del grupo multinacional, por lo que se mantendrá una entidad distribuidora de los productos de la sociedad matriz, asumiendo el papel de comisionista –esta vez en nombre de esa sociedad matriz no residente, en vez de en su propio nombre– aunque asuma, en la mayoría de los casos, las funciones de facto que realizaban antes de ser establecimientos permanentes. Esta circunstancia, que

describimos supone que el beneficio originado por la actividad comercial que antes se gravaba a la filial sociedad, es mermado al derivar dicha actividad desde una sociedad filial dependiente que revende los productos de la sociedad matriz a una extensión de la personalidad jurídica de esa matriz en una jurisdicción distinta a la de origen, apreciándose una erosión del beneficio gravable en dicho territorio. En cierta manera, también existe una defensa de este cambio de personalidad jurídica en el vendedor de los productos, y es que será la sociedad matriz quien asuma monetariamente los riegos que produzcan sus productos. Sí bien es cierto, es que en la mayoría de los casos la anterior filial que revendía los productos de la matriz sigue existiendo y realizando aquellas actividades accesorias o complementarias a la actividad principal, exigidas por el mercado, es decir, seguirán prestando servicios de garantía, promoción y/o marketing –incluso en aquellos casos serán realizados por terceros–, es decir, podemos decir que una sociedad que en sus inicios se trate de una entidad fabricante pase a ser una sociedad prestadora de los servicios enunciados *supra* o en una entidad que forma parte del proceso de fabricación en distintas jurisdicciones –o incluso en una manufacturera– con el fin de obtener una carga fiscal menor, reduciendo costes de fabricación y aumentando márgenes en las ventas (555).

Lo llamativo de todo, es que los contribuyentes han aprovechado las operaciones de reestructuración dónde se produce una reconversión como medida para obtener una reducción en la factura fiscal en una o en determinadas jurisdicciones, avalándose en que se quiere reorganizar las actividades empresariales, aumentar márgenes globales de ventas o garantizando al consumidor final que los riesgos serán asumidos por la sociedad matriz. En definitiva, se observa que estas operaciones de reestructuración suponen dos frentes para las administraciones tributarias, desde la perspectiva de los precios de transferencia como desde la perspectiva de la valoración de la asignación del beneficio imponible al establecimiento permanente. En este sentido, se deberá analizar la doctrina acerca de estas operaciones para obtener que existe unos aspectos correctos en la valoración de base imponible de dicho establecimiento; de una correcta y adecuada remuneración, a precios de mercado, realizada por la filial de las funciones que actúa en nombre de la matriz; de si existe o no dicho establecimiento permanente o que la asignación del beneficio en el concreto EP le resulta

[555] CARMONA FERNÁNDEZ, N.: "La noción de establecimiento permanente en los tribunales: las estructuras operativas mediante filiales comisionistas", *Crónica Tributaria*, núm. 145, 2012, pág. 43.

aplicable y no a una sociedad filial dependiente de la sociedad matriz en la misma jurisdicción que dicho establecimiento [556].

En consecuencia, dicha doctrina se ha manifestado sobre este tipo de operaciones de reestructuración empresarial, ya que han generado enormes, sino quizás excesivas, repercusiones en el ámbito internacional debido a que afecta a numerosas jurisdicciones receptores de inversiones operativas de grupos multinacionales y también el hecho de que las argumentaciones de las multinacionales en el desarrollo de estas operaciones haya sido aceptadas por distintas Administraciones tributarias de Estados miembros, resultando desfavorables las prohibiciones del uso de establecimiento permanentes que nazcan de una conversión desde una sociedad filial dependiente –o como sostiene el propio tribunal, convirtiéndose en un agente dependiente cuando eran comisionistas en nombre propio– [557].

3.5. TRASLADOS DE DOMICILIO SOCIAL.

Una de las particularidades que contempla la Directiva fiscal de fusiones es la no imposición en los traslados de domicilio realizados por sociedades anónimas europeas o una sociedad cooperativa europea, aquellas que se constituyen en base al Reglamento núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) o el Reglamento núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE). Esta circunstancia nace por el desarrollo jurisprudencial que realiza el TJUE al reconocer la Libertad de establecimiento y localización de la sede social de todas las formas jurídicas para una sociedad dentro de la UE, concretamente en la sentencia *Centros*, se estableció un punto de inflexión al considerar que la imposición al traslado de domicilio supone quebrantar las Libertades de la UE [558]. De esta manera, en los artículos del 12 al 14 de la Directiva se

[556] Entre otros autores, señalamos, TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: "La tributación de los no residentes con establecimiento permanente", *Responsa iurisperitorum digesta*, Universidad de Salamanca, vol. 4, 2000, pág. 311; MAROTO SÁEZ, A.: "Estudio de las operaciones realizadas entre Casa Central y establecimientos permanentes", *Crónica tributaria*, núm. 131, 2009, pág. 95; FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E.: *Derecho Fiscal Internacional*, II Edición, Marcial Pons, Madrid 2013, pág.74; MARTÍNEZ-MATOSAS RUIZ DE ALDA, E.; CALDERÓN CARRERO, J.M.: "Subsidiary Constituted PE, Supreme Court Rules", *Tax Notes International*, Vol. 65, núm. 10, 2012, pág. 174; y CALDERÓN CARRERO, J. M; CARMONA FERNÁNDEZ, N.; MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. y TRAPÉ VILADOMAT, M.: *Convenios fiscales internacionales…*, *cit.*, pág. 125

[557] En este sentido *vid*. CARMONA FERNÁNDEZ, N.: *op. cit.*, pág. 50; y FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y ARRANZ, A.: "Establecimiento permanente: un antes y un después de la STS 12 de Enero de 2012 (El caso Roche)", *Quincena fiscal*, núm. 20, 2012, págs. 131 a 154.

[558] TJCE, sentencia de 9 de marzo de 1999, Asunto C-212/97, *Centros*; en el mismo sentido se puede observar las sentencias de 11 de marzo de 2004, Asunto C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*; o la de 7 de septiembre de 2006, Asunto C-470/04, *Van de Belastingdienst Oost/Kantoor Almelo*.

establecen la posibilidad de acogerse al diferimiento de la tributación en el trasvase de sede social de este tipo de sociedades a otros jurisdicciones de la UE, sin que se considere como una disolución de entidad y por tanto, no se generen las plusvalías en sus socios ni nuevas sociedades en los países receptores del traslado. Aunque se pueda pensar que no existen conflictos en un traslado de sede, para *LÓPEZ RODRÍGUEZ* manifiesta que la Directiva no contempla soluciones para casos doble residencia, creándose una doble imposición a la misma sociedad, cuando ésta realiza un trasvase de domicilio social desde un Estado miembro a otro, y ambos Estados, tanto el de salida como el receptor, consideran a la entidad residente en su territorio [(559)]. Desde el Modelo de Convenio de la OCDE, se plantea una solución acorde con la situación, considerándose la residencia allí donde este la dirección efectiva de la sociedad o la administración central [(560)] y, generalmente, todos los Estados lo contemplan en sus convenios para evitar la doble imposición. Mientras que *HORTALÁ I VALLVÉ*, pone de manifiesto, y sin aparente solución, aquella doble imposición jurídica que origine por el trasvase de la sede social en más de una ocasión dentro de un ejercicio fiscal [(561)].

En esa situación que remarcamos *supra*, nos surge la necesidad de entender un concepto que es definido en la Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, en su artículo 2, apartado sexto, donde establece que la transferencia de activos es aquella «operación mediante la cual un Estado miembro pierde el derecho a gravar los activos trasladados, aunque los activos permanezcan bajo la propiedad jurídica o económica del mismo contribuyente». Del mismo modo, dicha *Directiva ATAD I*, establece nuevas definiciones en sus apartados séptimo y octavo del artículo 2, en el que se establece lo que entiende como traslado de residencia fiscal y por traslado de una actividad por un establecimiento permanente. En el primer caso, se entiende como aquella «operación mediante la cual un contribuyente deja de ser residente a efectos fiscales en un Estado miembro y adquiere la residencia fiscal en otro Estado miembro o en un tercer país»; mientras que en el segundo caso, se tendrá que entender como aquella «operación mediante la cual un contribuyente deja de estar presente a efectos fiscales en un Estado miembro y adquiere dicha presencia en otro Estado miembro o tercer país, sin llegar a ser residente a efectos fiscales en ese Estado miembro o tercer país» [(562)].

[559] LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: "Comentarios a la Directiva…", *cit.*, págs. 99.
[560] Precepto contemplado en el artículo 4.3 del Modelo de Convenio de la OCDE.
[561] HORTALÁ I VALLVÉ, J.: *Comentarios a la red española de convenios de doble imposición*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 89.
[562] Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, "por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior".

Otro aspecto significativo de esta Directiva es lo contemplado en el artículo 5, en su apartado primero que establece aquellas circunstancias donde un contribuyente puede ser gravado por los activos trasladados, es decir, dejará inaplicada la Directiva fiscal de fusiones en las siguientes situaciones: 1) «cuando el contribuyente traslade activos desde su sede de dirección a su establecimiento permanente en otro Estado miembro o en un tercer país», siempre y cuando este nueva jurisdicción «no tenga derecho a gravar dichos activos». 2) «cuando el contribuyente traslade activos desde su establecimiento permanente en un Estado miembro a su sede de dirección o a otro establecimiento permanente en otro Estado miembro o en un tercer país», y, como hemos visto antes, que dicho nuevo ordenamiento tributario no pueda ejercer una imposición en esos activos. 3) «cuando el contribuyente traslade su residencia fiscal a otro Estado miembro o a un tercer país» cuando los activos «sigan estando vinculados de manera efectiva a un establecimiento permanente en el primer Estado miembro». Y 4) «cuando el contribuyente traslade la actividad realizada por su establecimiento permanente de un Estado miembro a otro o a un tercer país», en los casos donde «debido al traslado, el Estado miembro en el que se encuentra el establecimiento permanente ya no tenga derecho a gravar dichos activos». En el apartado segundo de este quinto artículo de la *Directiva ATAD I* se establece un derecho al aplazamiento del pago del impuesto de salida, mediante el fraccionamiento a 5 años, en aquellos traslados descritos *supra* cuyo destino sea otro Estado miembro o en un tercer país que sea parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), aunque hay que tener en cuenta que será de aplicación a terceros países que sean parte en el Acuerdo sobre el EEE en el caso de que hayan celebrado un acuerdo con el Estado miembro del contribuyente o con la Unión sobre asistencia mutua en materia de cobro de créditos tributarios que sea equivalente a la asistencia mutua prevista en la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo de 2010, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas. Observando el apartado quinto del citado artículo vemos que el Estado miembro al que se trasladen los activos y/o la sede efectiva del contribuyente «aceptará el valor determinado por el Estado miembro del contribuyente o del establecimiento permanente como valor de base de dichos activos a efectos fiscales, a menos que no refleje el valor de mercado [(563)]». En el último apartado del artículo 5 de la *Directiva ATAD I* se establece una inaplicación de la imposición de salida en aquellos casos donde el traslado sea motivado por «la financiación de garantías, los activos entregados como garantía o si la transferencia de

[563] En este sentido, se entiende como por valor de mercado como aquel «importe por el que puede intercambiarse un activo o por el que pueden liquidarse las obligaciones recíprocas entre compradores y vendedores interesados independientes en una transacción directa», según el apartado sexto del artículo 5 de la *Directiva ATAD I*.

activos se efectúa para cumplir requisitos prudenciales de capital o a efectos de gestión de liquidez».

3.6. LAS INCIDENCIAS DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL.

Un aspecto fundamental que se tiene que tener en cuenta en las operaciones de reestructuración o de reorganización empresarial, es la problemática de los precios de transferencia. Esta problemática surge de la intención de los grupos multinacionales en mejorar su rentabilidad agregada a sus negocios, y de la intención de las Administraciones tributarias, de los Estados donde operan dichos grupos multinacionales, de mantener una recaudación de sus impuestos en sus jurisdicciones, en base al beneficio que obtienen dichos grupos en cada jurisdicción. Esta colisión de intenciones, por tanto, genera un conflicto jurídico con un alto grado de incertidumbre sobre las consecuencias fiscales de dichos procesos de reorganización o reestructuración [(564)]. De acuerdo con el principio de *arm´s length* –algunos autores lo defienden como el principio de independencia y otros, como el principio de valoración en condiciones de libre concurrencia [(565)]–, dichas reorganizaciones llevan consigo trasvases de beneficios desde unas entidades del grupo a otras, suponiendo una erosión a las bases imponibles que declaran las primeras entidades, pero en favor de las segundas, generándose el consiguiente impacto recaudatorio en las Estados concernidos.

En este sentido, pensamos que las reorganizaciones no se llevan a cabo por razones estrictamente fiscales, sino en la medida que existen diferentes situaciones tributarias entre unos ordenamientos y otros, dicha organización se localiza en esas determinadas jurisdicciones con el fin de obtener importantes ahorros fiscales con los trasvases de beneficios que se produzcan por la reorganización, al buscar aquellas entidades que puedan tener una menor imposición. Por

[564] Hay autores que defienden que los grupos transnacionales no pueden renunciar a estos procesos de reorganización o de reestructuración, a fin de poder adaptarse a las exigencias del mercado en las que operan y mantener su competitividad. Es más, estos mismos autores, señalan que dichas reorganizaciones se centralizan por los gestores del grupo al margen de las filiales, mediante una reubicación de funciones, riesgos y activos de unas entidades a otras del mismo grupo, posibilitando la transferencia de dichos elementos en otras jurisdicciones. *Vid*. LÓPEZ DE HARO ESTESO, R.; ORTEGA CALLE, M. y CABELLO GIL, R.: "Los precios de transferencia: normativa y tendencias", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2013, pág. 616.

[565] El principio de independencia es acuñado por *PALAO TABOADA*, mientras que el otro término es empleado por los autores *LÓPEZ DE HARO ESTESO, ORTEGA CALLE* y *CABELLO GIL*. ("La subcapitalización", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2013, pág. 1099; y en LÓPEZ DE HARO ESTESO, R.; ORTEGA CALLE, M. y CABELLO GIL, R.: *op. supra cit.*, pág. 616).

tanto, las motivaciones de dicha reorganización o de la reestructuración, se tiene que ver desde distintas perspectivas, que son: a) una consideración específica en materia de riesgo, suponiendo que en el proceso de reorganización lo que se traspase sea los riesgos adheridos a la actividad empresarial del grupo transnacional, o mejor dicho, la asunción de dicho riesgo por una entidad, ésta deberá estar dotada de capacidad y medios para poder gestionarlo; b) de la compensación de plena competencia por la operación de reorganización, es decir, tendrá que existir una contraprestación por el trasvase de funciones, riesgos o activos desde una entidad a otra basada en el principio *arm´s length*; c) de las remuneraciones de las operaciones vinculadas anteriores a la operación, puesto que dicha variación en el reparto de beneficios, o incluso pérdidas, entre las distintas entidades que participan en la operación dará lugar a un nuevo marco de relaciones entre partes vinculadas, que serán valoradas a precios de mercado en condiciones de libre competencia; y d) de la aceptación de que dichas operaciones realmente se han efectuado, dicho de otro modo, cuando una Administración tributaria no reconoce que dicha operación no se ha llevado a cabo, por falta de sustancia económica, por falta de forma o cuando los términos de la operación no se hubiesen pactado entre parte independientes en circunstancias equiparables [(566)]. En definitiva, creemos que las operaciones de reestructuración o de reorganización empresarial deben realizarse bajo unas pautas que respeten la existencia de una motivación económica real, incluyendo aquella como la optimización tributaria, pero obviando las motivaciones que pretenden originar una elusión fiscal o que la reubicación de funciones o de riesgos no se corresponda a la realidad; teniendo que respetar, dichas operaciones, el principio valoración a precios de mercado en condiciones de libre competencia y con la sustancia económica real que se da en las operaciones de partes independientes.

3.7. OTROS FACTORES QUE INFLUYEN EN LAS OPERACIONES TRANSFRONTERIZAS.

En todas las operaciones transfronterizas se van a tener en cuenta las situaciones descritas *supra,* pero habrá otros factores que condicionará de forma más directa y otros de forma indirecta en las operaciones de reestructuración empresarial. Esta incidencia directa o indirecta dependerá de cómo se instrumente la operación, en aquellos casos donde exista más de una opción en la manera de ejecutarla. Siendo estos efectos de una relevancia menor en un

[566] Estas conclusiones se extraen del trabajo de la OCDE, informe de 2017, titulado "*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprieses and Tax Administrations*".

primer momento, puesto que lo que importa es que exista un desarrollo empresarial, desde el punto de vista de la planificación empresarial y del desarrollo de una política de eficiencia en los costes, no se pueden obviar al considerarse elementos esenciales en cualquier operación de planificación fiscal internacional. En definitiva, los contribuyentes tendrán en cuenta estos factores para en el futuro aprovechar las situaciones fiscales favorables que se originarán con el desarrollo de la operación de reestructuración transfronteriza. Un aspecto singular que tienen estos factores es que están interrelacionados entre sí.

Estos factores son: a) el objeto de la operación, ya que en toda transacción transfronteriza se deberá plantear que negocio se va a realizar, es decir, como se ha manifestado *supra*, se podrán desarrollar operaciones de fusión, escisión, de aportaciones de activos, de canje de acciones, de traslado de sociedad o incluso la constitución de una sociedad anónima europea. Con esta determinación del objeto de la operación se intenta esclarecer las ventajas que ofrecen las operaciones societarias, o dicho de otro modo, la sociedad que quiere realizar una de las operaciones mencionadas *supra*, lo que pretende por ejemplo, entre otras intenciones, es eludir posibles contingencias inesperadas en la sociedad, evitar la sucesión empresarial desde el punto de vista de los trabajadores, amortizarse fiscalmente el coste de adquisición de una nueva sociedad, obtener nuevos activos que mejoren resultados, desprenderse de activos no estratégicos, entrar en nuevos mercados, deshacerse de mercados no rentables o incluso, obtener mejores condiciones financieras al crear una empresa mayor, menor o con otra sede social; b) la financiación de la transacción, ya que supone la base para la consecución de dicho negociado de reestructuración o societario, y al tener claro el objeto de la operación, se tendrá que estudiar la manera de obtener o de disponer de recursos económicos para que se lleve a cabo. Es por todos conocido, especialmente en el mundo empresarial, que las operaciones se pueden financiar con recursos ajenos y/o recursos propios, siendo los primeros, un endeudamiento del contribuyente frente a terceros y los segundos, la utilización del ahorro del que dispone la sociedad. Hemos señalado el punto de vista empresarial, puesto que por parte de los economistas se consideran modos de financiación intercambiables y compaginables [(567)]. Pero analizando la perspectiva fiscal vemos que si reciben un trato diferente, ya que desde el Derecho internacional tributario tradicional [(568)] va a diferenciar esta financiación en la remuneración, es decir, en sede de la sociedad beneficiaria, la remuneración vía interés supondrá un gasto

[567] Véase STIGLITZ, J. E.: *op. cit.*, pág. 332.
[568] Acerca de cómo diferenciar el diferenciar el Derecho internacional del Derecho internacional tributario, como ya adelantamos *supra*, recomendamos *vid*. LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "La construcción del Derecho…", *cit.*, págs. 95 a 124.

deducible en la base imponible mientras que la remuneración de los recursos propios se considerará dividendos –que previamente al reparto ya han soportado una imposición–. Otro aspecto que hay que tener en cuenta, en sede de la sociedad preexistente, son las legislaciones del Estado de la fuente como el Estado de residencia, para el primero los efectos que genera en la imposición los intereses es de menor gravamen que el que genera los dividendos, pero desde el punto de vista del segundo, los intereses se someten a gravamen y para los dividendos estaremos ante una exención en la imposición o de participación. Hay autores que defienden que dicha diferenciación supone una distorsión entre el punto de vista económico y del punto de vista fiscal, al no suponer una desventaja en el primer punto de vista, mientras que para el segundo –en aquellos casos, por ejemplo, de operaciones intragrupo–, la financiación vía préstamo supondrá un desplazamiento de la base imponible desde una jurisdicción tributaria a otra [(569)]. En este sentido *HINNY*, defiende que en la práctica normal de las operaciones transfronterizas los contribuyentes van a preferir financiar dichas operaciones mediante una financiación vía préstamo que vía capitalización [(570)]. Por lo que, es inusual ver operaciones financiadas completamente con recursos propios, siendo lo usual una operación mix, financiada tanto por recursos propios como ajenos [(571)]. La incidencia fiscal de la financiación dependerá, como hemos señalado *supra*, de la deducibilidad de los costes de financiación, existiendo una diferenciación, en determinados casos, de la jurisdicción de la sociedad beneficiaria o de la jurisdicción de la sociedad que realiza la operación o sociedad preexistente, estas diferencias se basan, en el supuesto de que la deducibilidad de estos costes se realice en sede de la sociedad preexistente, tiene una motivación de obtener un tratamiento fiscal favorable en los costes de financiación, tanto sobre los dividendos de fuente extranjera como sobre los intereses de misma fuente –incluso se tiene en cuenta el gravamen que soportarán las posibles futuras plusvalías, en el caso de una desinversión–, es decir, se deducirán los costes de financiación en esta

[569] Aspecto señalado por *PILTZ*, donde añade que las operaciones transfronterizas que se financien vía préstamo sólo tendrá sentido si la sociedad que realice la operación «no paga impuestos sobre la renta que recibe, por ejemplo, porque se beneficia de una exención, o tiene pérdidas, o es residente de un país de baja o nula tributación». ("International Aspects of Thin Capitalization", en la obra de AA.VV.: *Cahiers de droit fiscal international*, Kluwer, Vol. 81b, The Hague, 1996, pág. 92).

[570] HINNY, P.: "New Tendencies in Tax Treatment of Cross-Border Interest of Corporations", en la obra de AA.VV.: *Cahiers de droit fiscal international*, Kluwer, Vol. 93b, The Hague, 2008, pág. 21.

[571] En este tipo de operaciones hay que tener presente dos cuestiones: en primer lugar, se deberá realizar proyecciones de beneficios futuros, tanto en la sociedad beneficiaria como en la sociedad que realice la operación, para identificar donde se podrá amortizar los costes de financiación; y, en segundo lugar, analizar la situación tributaria, con el objetivo de obtener un elemento decisivo para la culminación de la operación transfronteriza, es decir, se comprobará que los costes de financiación son fiscalmente deducibles y dónde son más ventajosos fiscalmente deducírselos, si en la jurisdicción de la sociedad beneficiaria o en la jurisdicción de la sociedad preexistente.

jurisdicción cuando, por un lado las rentas de filiales extranjeras estén exentas a gravamen [572] –en el caso de que hablemos de dividendos– o el coste de financiación vía intereses no se considere como ingreso gravable –hay que tener claro que en los casos contrarios, donde los ingresos por intereses sean gravables, lo único a lo que se aduce con ellos es a trasladar los base imponible de una jurisdicción a otra jurisdicción tributaria [573]–, incluso se apoyan en la utilización de elementos de financiación hibrida, donde en una jurisdicción es gasto deducible y en otra es un ingreso exento de gravamen; y en el supuesto contrario, donde la deducibilidad de los costes de financiación será en sede de la sociedad beneficiaria, con el objetivo de que estos costes se compensen con los ingresos gravables futuros de esta sociedad. Para ello la sociedad que realiza la operación creará una estructura societaria para poder compensar tales costes, o dicho de otro modo, veremos cómo la sociedad preexistente constituirá una sociedad intermediaria a la sociedad beneficiaria –también conocida por su nombre en inglés, *target*–, con el objetivo de articular la operación a través de esta sociedad intermediaria y de ser el vehículo de financiación de dicha operación. En definitiva, la sociedad intermediaria se endeudará junto con la sociedad preexistente para la realización de la operación en la sociedad beneficiaria o *target*, con lo que la intermediaria será una sociedad *holding* local de la *target*. Y ante esta situación, caben dos posibilidades, la creación de un grupo consolidable en la jurisdicción de la sociedad beneficiaria, donde las bases negativas de la sociedad *holding* local, por los pagos de los intereses a la sociedad preexistente, quedarán compensados por la base imponible de la *target*. El segundo caso, pasaría por una fusión de la intermediaria con la *target*. Por todo lo anterior, cabe la posibilidad de que exista otro aspecto a considerar en la financiación de la operación, es decir, hay determinadas operaciones societarias que generan

[572] Hay que tener en cuenta, los requisitos de participación que tendrán que ostentar la sociedad preexistente en la sociedad beneficiaria que reparte dividendos, pues según la Directiva Matriz-filial, que más adelante detallaremos, señala que los dividendos de fuente extranjera disfrutarán de una exención o de un crédito del impuesto por el impuesto pagado por esa sociedad filial extranjera –deducción por doble imposición–.

[573] Esta situación de que los ingresos por intereses no se consideren gravables, cada vez es menos habitual en las jurisdicciones tributarias de la UE, incluso sin entrar en el análisis de todas las normativas fiscales de los Estados miembros, nos atrevemos a decir que no ya no existe esta situación. Aunque, lo llamativo era la circunstancia de utilizar los intereses como elemento para trasladar la base imponible de un ordenamiento a otro, puesto que existían jurisdicciones tributarias que consideraban los gastos por intereses no deducibles, si la sociedad que los paga era una filial no residente de otra sociedad y esta no residente no generaba ingresos gravables en la misma jurisdicción, este caso se recogía por ejemplo, también en otras jurisdicciones, en la normativa holandesa. Lo cierto es que el trabajo del Tribunal de Luxemburgo modificó este tipo de normativas, concretamente con el caso *Bosal Holding BV*, donde se consideró que la normativa holandesa era contraria a los principios y libertades recogidos en el Tratado, al no permitir la deducción de los gastos por intereses a una filial residente en otro Estado miembro, mientras si lo permitía con las filiales residentes en su jurisdicción. (Sentencia de 18 de septiembre de 2003, del TJCE, Asunto C-168/01). Existen otras sentencias acerca de este mismo asunto, como por ejemplo, la sentencia de 23 de febrero de 2006, Asunto C-471/04, *Keller Holding GMBH*.

fondos de comercio financiero [574], especialmente las operaciones de fusión, y que sea amortizable fiscalmente [575].

Como factor c) se tendrá presente la legislación sobre subcapitalización, se trata de un factor íntimamente ligado al factor de la financiación de las operaciones. Esta estrecha relación se basa en la manera de articular la operación societaria transfronteriza, concretamente en financiar dicha operación en la jurisdicción de la sociedad beneficiaria, es decir, como hemos señalado *supra*, dicha financiación se basa en articular una estructura societaria donde la sociedad *target* compense los gastos por intereses con el resto de ingresos gravables, pagándolos a la sociedad preexistente, siendo esta última residente en otro Estado miembro. Al destacar situación, a simple vista estamos ante una operación que se ha articulado de forma eficiente desde el punto de vista tributario, pero puede producirse un resultado contrario al deseado si la jurisdicción tributaria donde es residente la sociedad beneficiaria –entiéndase como la sociedad que paga los intereses o la sociedad *target*– prevé una normativa que impone unos límites al endeudamiento exterior [576]. Lo llamativo de estas normativas acerca de establecer límites a los gastos deducibles por intereses, es que en un primer momento el TJUE declaró incompatibles estas normas de subcapitalización con la libertad de movimiento de capitales, con el caso *Lankhorst-Hohorst* [577], si bien es cierto que con el avance de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo dicha afirmación se ha ido matizando en favor de las Administraciones tributarias, concretamente en las sentencias de los casos *The Test*

574 Señala *RAVENTÓS CALVO*, que el fondo de comercio financiero es el «mayor precio de las acciones sobre su valor teórico contable», aunque desde nuestro punto de vista no lo entendemos como necesariamente un mayor precio estrictamente, sino como ese mayor valor de un conjunto de activos que aun superando el valor teórico contable sigue siendo rentable la inversión. ("La reestructuración empresarial como…", *cit.*, pág. 1717).

575 Hablamos que el fondo de comercio financiero es comúnmente que se genere en las operaciones de fusión, quizás uno de los motivos sea el fiscal. Es más, si analizamos el ordenamiento tributario español, vemos que se contempla una amortización de los activos intangibles de vida útil definida, concretamente en el segundo párrafo del apartado segundo del artículo 12 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre de 2014, del Impuesto sobre Sociedades, permite la amortización de dicho fondo de comercio. Es por ello, que afirmamos que existe razones tributarias, por parte de los contribuyentes, en dar un mayor precio en las operaciones de fusión.

576 Estas normativas acerca de la subcapitalización existen en muchos ordenamientos, que son de forma similares o aproximadas, generan una restricción a los gastos por intereses. En nuestra opinión, una de las más restrictivas, en este sentido, ya que impone un límite de 1/3 sobre el EBITDA, sin que exista una distinción entre sectores ni de circunstancias, haciendo que dicho límite sea difícil de justificar, aunque este estricto límite se ve mitigado por la posibilidad de alcanzar un acuerdo, instado por el contribuyente, con la Administración para aplicar un coeficiente diferente. Estas normas de subcapitalización, como se ha adelantado *supra*, se da en otras jurisdicciones tributarias como en Alemania, Francia, Italia, Reino Unido o Portugal. Incluso en hay normativas donde no se establece un límite a los gastos financieros, aunque la práctica administrativa las aplica, concretamente las Administraciones de Austria y Luxemburgo.

577 Se trata de la sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 2002, Asunto C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, donde consideró contraria a los principios y libertades del Tratado de la UE la normativa de subcapitalización alemana, que por cierto, es una norma muy parecida a la española.

Claimants in the Thin-Cap Group Litigation [(578)] y en *SGI* [(579)]. En definitiva, la sentencia *Lankhorst-Hohorst*, supuso un cambio en las legislaciones nacionales acerca de las normas de subcapitalización, concretamente en Alemania, país destinatario de dicha sentencia, eliminó la diferencia existente entre no residentes y residentes para que se siguiera aplicando dicha normativa de subcapitalización, y del mismo modo, actuaron países como Reino Unido, Holanda, Francia y España [(580)]. En la legislación española, se realizó en dos pasos, primero se adaptó la normativa a dicha sentencia, eliminando la norma de subcapitalización para los residentes nacionales y los residentes en la UE, mientras se mantuvo para los residentes en terceros Estados. Aunque con el paso del tiempo, y el aumento de las normas anti-abuso [(581)], la norma española incorporó una limitación de los gastos deducibles por intereses, independientemente de la residencia o de la vinculación.

Siendo el factor d) las normativas de compensación de bases imponibles negativas o de pérdidas, ya que la existencia de estas bases imponibles en sede de la sociedad beneficiaria supone que existen créditos fiscales que pueden beneficiar a la sociedad preexistente que realiza la operación transfronteriza, y por tanto, supondrá un mayor valor de la sociedad beneficiaria –incrementando por tanto, indirectamente, el fondo de comercio financiero a amortizar–, siempre y cuando la sociedad beneficiaria pueda traspasar dichos créditos fiscales a la sociedad preexistente, posibilitando el derecho a compensarse las bases imponibles negativas de las sociedad objeto de la operación. En este sentido, hay que tener presente las normas anti-abuso

---

[578] Véase la sentencia del TJCE de 13 de marzo de 2007, Asunto C-524/04, *The Test Claimants in the Thin-Cap Group Litigation*.

[579] Sentencia del TJUE, de 21 de enero de 2010, Asunto C-311/08, *SGI*, aunque se trate de una sentencia sobre precios de transferencia relativos a las operaciones intragrupo por el pago de intereses, concretamente a la inexistencia de tal pago. En este sentido, llama la atención lo expresado por *CORDEWENER, FARMER, GUTMANN, HEYDT, KEMMEREN, LANG, LE MENTEC, PISTONE, RAEDLER, RAVENTÓS CALVO, RICHELLE, ROEDLER* y *STRICKLIN COUTINHO*, donde critican duramente la sentencia *SGI*, puesto que detectan multitud de inconsistencias por parte del Tribunal a la hora de utilizar términos como *wholly artificial arrangements* y *purely artificial arrangements* –se deben entender como arreglos totalmente artificiales y arreglos puramente artificiales, respectivamente–, que generan, a su juicio, una problemática en la seguridad jurídica, es decir, el Tribunal en esta sentencia, según estos autores, «no agrega una aclaración adicional del difícil concepto de evasión fiscal, que el Tribunal debería aclarar en casos posteriores», con ello imposibilita establecer criterios internos entre los miembros de un grupo multinacional, ya que limita las operaciones intragrupo. Dicho de otro modo, estos autores defienden que no se puede aplicar normas de subcapitalización en operaciones donde se puedan articular mediante las normativas de precios de transferencia. ("Opinion Statement of the CFE on the case law of the European Court of Justice on transfer pricing related to loans (decision of 21 January 2010 in Case C-311/08, SGI)", *Confédération Fiscale Européenne*, Febrero 2012, págs. 1-9, que se puede encontrar en www.cfe-eutax.org).

[580] En nuestra opinión, estas modificaciones, que en definitiva se trata de una adaptación de la normativa para cumplir con la sentencia del TJUE, ya que es una forma de actuar de los poderes legislativos nacionales que únicamente quieren cumplir con lo dispuesto a nivel de la UE, sin intentar una armonización de las legislaciones. Argumento que también sostiene *RAVENTÓS CALVO*, al argumentar que esto no es un ejemplo claro para avanzar en la aproximación de las legislaciones. ("La reestructuración empresarial como…", *cit.*, pág. 1719).

[581] Llama la atención, que estos mecanismos anti-abuso sobre las normas de subcapitalización se dan hasta en las propuestas de Directivas BICIS y BICCIS.

que existen para evitar aquellas operaciones que se motiven únicamente por este factor fiscal o se pretenda traspasar parte de las rentas que componían las bases imponibles de la sociedad beneficiaria a otra parte del grupo sin traspasar esas bases imponibles negativas con el objetivo de poder compensarlas; será el factor e) la tributación, en las distintas jurisdicciones, del grupo transnacional, que vendrá a permitir la realización de determinadas operaciones intragrupo que resulten convenientes desde el punto de vista fiscal, es decir, lo que se intenta conseguir es que la tributación del conjunto del grupo se extienda a las entidades residentes en un mismo Estado, ya que dicho grupo se encuentra presente en distintas jurisdicciones. Para ello, los grupos transnacionales se basan en la jurisprudencia del TJUE para articular sus estructuras societarias con el fin de alcanzar un situación fiscal ventajosa para el conjunto de dichos grupos, concretamente serán las sentencias –entre otras– del caso *Papillon*, con la que se permitió la constitución de un grupo consolidable con una filial subsidiaria, que indirectamente era poseída mediante una sociedad residente en otro Estado miembro [(582)]. Otra sentencia base será la del caso *X-Holding*, donde la norma holandesa se consideró conforme al Derecho de la UE, dicha norma excluye de la posibilidad de formar parte de un grupo consolidado a entidades que no sean residentes en esa jurisdicción, es decir, se excluyen a los establecimientos permanentes presentes en Holanda y subsidiarios de otras entidades del grupo transnacional, de constituir una consolidación fiscal con el resto de filiales de dicho grupo [(583)]. Ambas sentencias referidas *supra* tienen su origen en la sentencia del caso *Marks & Spencer*, aunque esta sentencia tenía como objeto principal la posibilidad de que una sociedad inglesa pudiese compensarse las pérdidas generadas por sus filiales residentes en otros Estados miembros [(584)]. Y con la sentencia del caso *Philips Electronics*, se asienta la idea de lo manifestado *supra*, tanto por la compensación de bases imponibles como la estructuración de la tributación en el conjunto del grupo, ya que con esta sentencia se posibilita que las pérdidas o bases imponibles negativos de un establecimiento permanente de una entidad holandesa que opera en el Reino Unido, pueda cederlas esas pérdidas a una sociedad filial vinculada al EP y residente en la jurisdicción británica [(585)].

Como factor f) se tendrá que valorar las distintas normas anti-abuso recogidas en las Directivas como en las normas nacionales. En definitiva, estas normas vienen a limitar los

[582] Sentencia del TJCE, de 27 de noviembre de 2008, Asunto C-418/07, *Papillon*. Sobre ampliar este asunto *vid*. RAVENTÓS CALVO, S.: "Papillon o retorno a Marks & Spencer", *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 310, 2009, págs. 99-110.
[583] Sentencia del TJUE de 25 de febrero de 2010, Asunto C-377/08, *X-Holding*.
[584] Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 2005, Asunto C-446/03, *Marks & Spencer*.
[585] Sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2012, Asunto C-18/11, *Philips Electronics*.

aspectos o factores mencionados *supra* en el momento que supongan una conducta contraria a lo que pretendía. Como veremos más adelante en este capítulo y en los siguientes y como hemos visto en el anterior capítulo, la existencia de estas normas ha supuesto, desde nuestro punto de vista, de la creación de un Derecho de la UE base para las operaciones transnacionales o paneuropeas, que permitirá a aquellos contribuyentes que no se vean limitados por los distintas jurisdicciones nacionales, es decir, las Administraciones tributarias nacionales no podrán negar la aplicación de las distintas Directivas que afecten a la tributación basándose en la existencia de fraude o evasión fiscal, sino que se deberá analizar todos los factores implicados en una operación de reestructuración o societaria transnacional. Además, se tiene que tener en cuenta que cuando exista cualquier razón para el desarrollo de dicha operación, que no sea únicamente obtener una ventaja fiscal, se entenderá que existe una justificación válida para aplicarse las distintas Directivas (586). Este razonamiento se basa en el soft law o en la armonización en negativo que realiza la actuación del TJUE. En consecuencia, quizás la sentencia base sobre las normas anti-abuso sea la del caso *Leur-Bloem*, que determinó que las normas anti-abuso se deben interpretar como una herramienta para comprobar si una operación tiene un objetivo o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal (587). *PÖTGENS* y *JAKOBSEN* ya defendían que la problemática de las normas anti-abuso será, no la aplicación en sí de la Directiva sino de quién se aplique dicha Directiva, es decir, los autores defendían que el mayor conflicto que presentaría estas normas sería que crearía situaciones de discriminación por razón de nacionalidad, o dicho de otro modo, la administraciones tributarias nacionales impondrían condiciones a los no residentes mientras que facilitarían la aplicación a sus residentes de las Directivas (588). Lo cierto, es que con el paso del tiempo el Tribunal de Luxemburgo ha ido matizando lo anterior, y con la sentencia del caso *Kofoed*, se introduce un condicionante para los contribuyentes, ya que según el Tribunal no se puede invocar al Derecho de la UE de manera abusiva o fraudulenta, es decir, no se puede extender la aplicación de las normas contenidas en las Directivas con el fin de realizar prácticas abusivas, esto es, que se realicen operaciones fuera del marco de las transacciones normales, sino que únicamente se pretende beneficiarse de forma abusiva de las ventajas establecidas en el Derecho de la UE (589).

---

586 Normalmente esta justificación válida se conoce por la doctrina tributarista como «motivos económicos válidos».

587 Sentencia del TJCE, de 17 de julio de 1997, Asunto C-28/95, *Leur-Bloem*.

588 PÖTGENS, P. G. F. y JAKOBSEN, M.: "Netherlands: Tax-Neutral Division of Companies", *European Taxation*, Vol. 39, núm. 3, marzo, 1999, pág. 123.

589 Sentencia del TJCE, de 5 de julio de 2007, Asunto C-321/05, *Kofoed*. En el mismo sentido, se puede mencionar la sentencia del TJUE, de 10 de noviembre de 2011, Foggia, Asunto C-126/10, donde se llevó al extremo, según *RAVENTÓS CALVO*, la aplicación de la regla anti-abuso nacional para limitar la posibilidad de compensar las bases imponibles negativas, con la justificación de que se trata de una fusión por absorción con el único objetivo

En definitiva, esta sentencia creó una base para las Administraciones tributarias que habían sufrido numerosas sentencias en contra, ya que permitía a dichas Administraciones poder aplicar su Derecho interno –su norma anti-abuso nacional– aunque en dicho Derecho no se hubiese traspuesto la norma anti-abuso contemplada en la Directiva [(590)].

Siendo el factor g) la posible tributación de los accionistas del grupo cuando estos son personas físicas, o dicho de otro modo, se intenta hacer una proyección de la tributación futura del grupo y sus accionistas, con el objetivo de examinar la doble tributación que puedan sufrir los accionistas personas físicas de dicho grupo, tras una operación de reestructuración o societaria transnacional. Por tanto, manifestamos que puesto que no supone un elemento necesario en nuestro trabajo, sino un efecto colateral de las operaciones que realizan las personas jurídicas. En consecuencia, podemos decir que la mayoría de los ordenamientos de los Estados miembros prevén la eliminación o un alivio de esta doble imposición a la misma renta, es decir, sobre los dividendos –ya que tributarían por el impuesto sobre sociedades y el impuesto sobre la renta de las personas físicas–, esta renta se integrará mediante el sistema de imputación o mediante el método de exención de la renta. Un aspecto que mantienen la mayoría de legislaciones acerca de dicha eliminación o atenuación, es que la sociedad que reparte los dividendos a los accionistas haya estado sometida a gravamen en la misma jurisdicción donde reside dicho accionista que va a percibir los dividendos. Esta circunstancia que hemos señalado supra viene condicionada por la actuación del TJUE con su sentencias del caso *Verkooijen*, donde impuso que los Estados miembros siguiesen el método de exención en la aplicación de las normas para evitar la doble imposición, en las mismas condiciones que se trata a los dividendos distribuidos por entidades residentes a las sociedades residentes en otros Estados miembros [(591)]. Y con la sentencia del caso *Manninen*, se afianza dicha afirmación para aquellos Estados –como España– que aplican el método de imputación como contarios al Derecho de la UE [(592)].

---

de absorber una sociedad filial y compensar dichas pérdidas, siendo el motivo económico válido las ventajas en la gestión que se generarían de la operación. ("La reestructuración empresarial como…", *cit.*, pág. 1723).

590 Sentencia *cit.*, *Kofoed*, párrafos del 43 al 46.

591 Sentencia del TJCE de 6 de junio de 2000, Asunto C-35/98, *Verkooijen*.

592 Sentencia del TJCE de 7 de septiembre de 2004, Asunto C-319/02, *Manninen*, previamente a esta sentencia hubo una publicación de la COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 19 diciembre del 2003, COM (2003) 810 final, "*Imposición de dividendos percibidos por personas físicas en el mercado interior*", que apuntaba como incompatible la mayoría de los sistemas nacionales para evitar la doble imposición contrarios al Tratado. Hemos hablado de España como Estado que mantenía un sistema era incompatible con las normas recogidas en el Tratado, tras esta comunicación y sentencia, se produce una modificación para adaptar la normativa al Derecho de la UE, y además, se mantiene la deducción para evitar la doble imposición internacional, para las personas físicas, para que si se optase por invertir en sociedades extranjeras residentes en otros Estados miembros no tengan una tributación diferente a la que tuviesen si invirtieran en una sociedad con residencia española. En contra podríamos hablar de Bélgica, que grava todos aquellos dividendos recibidos por una persona física al mismo tipo pero no va

El factor h) serán las normas en materia de transparencia fiscal internacional, objeto de estudio posterior, ya que estas normas suponen la imputación a una sociedad los resultados de una filial dependiente residente en otro Estado, con independencia de que esta filial no haya repartido dividendos. Aunque como ya veremos las normas de transparencia fiscal internacional no serán de aplicación en cuanto exista un convenio para evitar la doble imposición, ya que estas normas incumplen el art. 24 del MCOCDE. En este sentido, existe una multitud de jurisprudencia al respecto, en los distintos Estados miembros, contradictoria a esta incompatibilidad [(593)]. Recordando los requisitos que se impusieron con la sentencia del caso *Cadbury Schweppes*, que defiende que no se puede incluir como sociedad transparente aquella sociedad residente en otro Estado miembro que esté sometida a una tributación inferior a la que estuviese si se hubiese articulado las operaciones mediante una filial en Estado donde se considere transparente la sociedad del otro Estado. En dicha sentencia, se establece el requisito que para que una sociedad se entienda transparente deberá confirmarse que su existencia sólo sirve únicamente para dar una imagen de estructura societaria, pero que en definitiva, se trata de un montaje puramente artificial, destinado a eludir los impuestos nacionales, gracias al Derecho de la UE [(594)].

Como último factor, pero no menos importante, será el factor i) acerca de las normas en materia de precios de transferencia, también conocidas como normas en materia de operaciones vinculadas. Se trata de una cuestión que genera grandes conflictos con las Administraciones, puesto que éstas la consideran de máxima importancia, ya que son una de las principales herramientas de las que disponen los contribuyentes para traspasar o erosionar las bases imponibles en las distintas jurisdicciones tributarias donde están presentes. A nuestro juicio, el problema radica en que su desarrollo normativo no ha seguido la base de que se traten de normas que configuren una distribución de la base imponible de los contribuyentes transnacionales de forma justa entre los distintos ordenamientos tributarios implicados. Sin embargo se han convertido en uno de los mayores problemas a solventar en la fiscalidad internacional para los grupos multinacionales, puesto que, en el mejor de los casos, se trata de una acumulación,

---

a permitir la deducción del impuesto extranjero sobre el dividendo. Esta normativa es respaldada por la sentencia del TJCE de 14 de noviembre de 2006, Asunto C-513/04, *Kerhaert-Morres* y por la sentencia de 16 de julio de 2009, Asunto C-128/08, *Damseaux*. En este sentido *RAVENTÓS CALVO*, define este respaldo del TJUE a la normativa belga como mínimo como un error y como máximo como incoherente con el resto de jurisprudencia *supra* mencionada. ("La reestructuración empresarial como…", *cit.*, pág. 1727).

[593] Véase, sobre este asunto, los trabajos de DOUVIER, P. J. y BOZORAA, D.: "Compatibility of CFC Rules with Tax Treaties: Lower Courts Reach Conflicting Conclusions", *European Taxation*, IBFD, Vol. 37, núm. 3, marzo, 1997, págs. 103-106; y de GOUTHIÈRE, B.: "French Anti-abuse International Tax Legislation: Recent Developments", *European Taxation*, IBFD, Vol. 46, núm. 11, noviembre, 2006, págs. 514-521.

[594] Sentencia del TJCE de 12 de septiembre de 2006, Asunto C-196/04, *Cadbury Schweppes y Cadbury Shcweppes Overseas*.

enormemente costosa en gastos administrativos, de documentación a entregar a las distintas Administraciones y, en el peor, supone verse sometidas a una doble imposición, tras realizar un ajuste correlativo a ese precio de transferencia en la jurisdicción que así entienda que no se ajusta a un correcto valor [595]. La solución que han planteado las Administraciones a esta problemática, es la posibilidad de pactar un *Tax Ruling* con ellas por parte de los grupos multinacionales y así estar ante una situación de plena seguridad jurídica. En este sentido, creemos que no se trata de una solución correcta, sino más bien una solución que pretende satisfacer a ciertas jurisdicciones en detrimento de otras.

3.8. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA DIRECTIVA FISCAL DE FUSIONES.

Desde la Directiva 2009/133/CE se pretende, además de generar las condiciones óptimas para las operaciones de concentración empresarial al eliminas todas aquellas manifestaciones negativas en forma de distorsiones, restricciones, desventajas o discriminaciones; que estas manifestaciones negativas no se generen tanto en las sociedades intervinientes como a los socios de las empresas, en aquellos casos cuando los socios sufran unas consecuencias tributarias, derivada de la operación, perniciosas. Ante lo expuesto, una de las modificaciones que introdujo esta Directiva fue el ampliar el ámbito subjetivo de las sociedades que se aplicarían este régimen común. En este sentido, las sociedades que según el art. 3 de la Directiva [596] podrán aplicarse el régimen lo dispone la parte A del Anexo I de misma Directiva, siempre y cuando tenga residencia fiscal en alguna jurisdicción de la UE [597] y sujetas y no exentas a algún impuesto enumerado en la parte B del mismo Anexo [598].

Entrando a analizar la parte A del Anexo I de la Directiva fiscal de fusiones, vemos que estarán dentro del ámbito de aplicación del régimen común todos los sujetos pasivos de los

[595] Aspecto señalado por CAUWENBERGH. P. y LUCAS MAS, M. O.: "Germany: The new german transfer pricing Rules on cross-border recolation of functions: A preliminary analysis", European Taxation, IBFD, Vol. 48, núm. 10, octubre, 2008, págs. 514-526.

[596] Esta definición contemplada en el Anexo a la Directiva, se establece de forma similar las Directivas 2003/49/CE, 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 diferentes Estados miembros* y la 2011/96/UE, de 30 de noviembre de 2011, *relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes*.

[597] El propio art. 3 de la Directiva fiscal de fusiones establece en la letra b) que la residencia fiscal de las sociedades no podrá ser cuestionada por los convenios celebrados para evitar la doble imposición con un tercer país, y por tanto, se considere que no tiene la residencia en la Comunidad.

[598] Tanto la sujeción a un impuesto y su no exención se debe entender como una consecuencia imperativa, es decir, no cabe una conducta potestativa para la aplicación de la Directiva sobre estas sociedades.

impuestos de sociedades ni todas las personas jurídicas constituidas conforme al Derecho mercantil de las diferentes jurisdicciones nacionales de la UE, es decir, sólo será de aplicación el régimen de la Directiva, que supone la herramienta europea para evitar la doble imposición, para determinadas modalidades societarias y no para todas las operaciones de reestructuración o reorganización empresarial [(599)]. O dicho de otro modo, veremos que los contribuyentes europeos que hayan estructurado su actividad económica en diferentes figuras societarias, incluso asociativas, estarán sometidos a una doble imposición jurídica cuando realicen operaciones societarias o de reorganización empresarial, si no utilizan una modalidad societaria más común. En definitiva, determinadas operaciones les será de inaplicación la Directiva, aunque cuenten con una justificación y motivos económicos válidos que fundamenten la racionalización de su actividad empresarial, al estructurarse mediante una modalidad societaria no contemplada en la Directiva. Siendo esta circunstancia deseable que se desapareciera en aras de que se generen situaciones de discriminación o restricción a determinados contribuyentes y, por tanto, no se pueda aplicar el principio de neutralidad fiscal [(600)].

Otra particularidad que encontramos en el art. 3 de la Directiva fiscal de fusiones en su letra b) es que no se establece una definición a «domicilio fiscal», ya que la omisión de un criterio material que delimite dicho concepto puede acarrear un conflicto de interpretación, puesto que en el mismo artículo se contempla la posible remisión a los convenios firmados por los Estados miembro, generando mayor conflicto para resolver la jurisdicción tributaria del contribuyente, teniendo que valorar tanto las convenios como la legislaciones internas de cada Estada miembro para la delimitación de residencia fiscal. Es decir, con la falta de un concepto desde el Derecho de la UE de domicilio fiscal, cabe la posibilidad de que se generen casos de inaplicación del régimen de la Directiva y, por tanto, de que se den casos de discriminación o

[599] El autor *LÓPEZ RODRÍGUEZ* pone de manifiesto la restricción que se contempla en la jurisdicción danesa, por ejemplo. Aunque si ponemos el foco en España, vemos que una operación de concentración empresarial o de reorganización realizada por una sociedad comanditaria simple –la Directiva contempla la comanditaria por acciones– estaría sujeta a una doble imposición debido a la inaplicación del régimen. ("Comentarios a la Directiva…", *cit.*, págs. 86).

[600] Esta situación nos llama bastante la atención, ya que examinando las distintas comunicaciones de la Comisión acerca de inclusión de todas las modalidades de personas jurídicas contempladas en los Derechos internos nacionales. Ya en la comunicación de la Comisión de 1992 se recomendaba esa ampliación y en las comunicaciones de 2003 se vuelve a hacer referencia a esa ampliación a todas las figuras societarias y las personas físicas que tributen en los impuestos de sociedades de los Estados miembros. COMISIÓN EUROPEA, comunicación de 20 de agosto de 2003, COM (2003) 510 final, "*por el que se modifica el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes por lo que se refiere al acceso al Sistema de Información de Schengen de los servicios de los Estados miembros*"; y COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 17 octubre del 2003, COM (2003) 613 final, "*por la que se modifica 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 canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros*".

restricción entre los contribuyentes europeos, además de que recaigan sobre ellos una doble imposición jurídica.

En la letra c) del art. 3, se observa el último requisito para la aplicación del régimen sobre aquellas sociedades que estén sujetas y no exentas de los impuestos análogos de sociedades en sus respectivas jurisdicciones tributarias. Como señala *LÓPEZ RODRÍGUEZ*, se trata de una sujeción y no exención subjetiva a un impuesto de un Estado miembro y no de una mera sujeción objetiva [(601)].

Como aspecto significativo del ámbito de aplicación de la Directiva, es la ampliación de dicho ámbito a los socios de las entidades participantes, ya sean transmitentes o beneficiarias, aunque sean personas físicas. El motivo nace como medida para eliminar la oposición que puedan tener aquellos socios a las operaciones de reestructuración o societarias por los elevados costes fiscales, o por la doble imposición que puedan sufrir al llevarse a cabo dichas operaciones. En definitiva, el ámbito de aplicación intenta contemplar la mayoría de las operaciones societarias, garantizando el evitar cualquier caso de doble imposición, amparando todos los agentes que participan en la operación, tanto de forma directa como indirecta –véase las sociedades transmitente, beneficiaria y sus respectivos socios–. Sin embargo, la Directiva fiscal de fusiones no tendrá incidencia en aquellas operaciones que se realicen con posterioridad, es decir, si con posterioridad a la operación de concentración empresarial se generan casos de doble imposición –en el reparto de dividendos, por ejemplo [(602)] – habrá que remitirse a lo dispuesto en los convenios para evitar la doble imposición y a las normativas tributarias nacionales de la UE.

3.9. LOS REQUISITOS MATERIALES PARA LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA FISCAL DE FUSIONES.

Tras el análisis del ámbito subjetivo de la Directiva fiscal de fusiones, debemos poner de manifiesto los requisitos materiales para su aplicación, ya que se requieren unas estrictas exigencias de cumplimiento, establecidas en el articulado de la misma. Estas exigencias se basaran en dos tipos, por un lado, que las operaciones de concentración o reorganización

[601] LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: "Comentarios a la Directiva…", *supra cit.*, págs. 86.
[602] En este sentido, debemos remitirnos a la jurisprudencia del TJCE, en su sentencia de 6 de junio de 2000, Asunto C-35/98, *Verkooyen*, que en defensa de la libre circulación de capitales, aludió que una normativa fiscal no puede aplicar una imposición superior a dividendos de fuente extranjera que a los de fuente interna. Incluso podemos ver un pronunciamiento de la COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 19 diciembre del 2003, COM (2003) 810 final, "*Imposición de dividendos percibidos por personas físicas en el mercado interior*".

empresarial encajen en las definiciones que se prevén en el artículo 2 de la Directiva. Y por otro, que se transfieran, efectivamente, los elementos patrimoniales desde la sociedad transmitente a la beneficiaria, con una correcta valoración.

Hemos señalado que uno de los requisitos materiales es el encaje de las operaciones societarias en las definiciones que se contemplan en el art. 2, ya que en él se establecen definiciones de cada una de las operaciones que les será de aplicación dicha Directiva. Estas definiciones se establecen en la norma con el objetivo de hacer cumplir las exigencias del régimen europeo para que una operación pueda aplicarse el principio de neutralidad recogido en el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva, es decir, no se trata de una mera redundancia del contenido de la norma, sino establecer las interpretaciones correctas para la aplicación del régimen de fusiones. A modo de ejemplo, podemos hablar de una fusión –en la norma se recoge en el art. 2 letra a) apartados uno al tres– donde se transfieren todos los elementos patrimoniales desde la sociedad transmitente a la beneficiaria, pero la primera sociedad no llega a disolverse ni liquidarse, quedando inactiva; o piénsese, en la misma transmisión de elementos pero con carácter previo a la disolución sin liquidación –la disolución sin liquidación es un elemento necesario para considerarse la operación dentro del ámbito de aplicación de la Directiva– y sin atribuir participaciones o acciones de los fondos propios de la sociedad beneficiaria. Estos supuesto suponen incumplir las exigencias necesarias para la aplicación de la Directiva, y por tanto, estar fuera de su aplicación, entendiéndose que la operación deberá remitirse a las normas establecidas en los convenios de doble imposición o las normativas internas de los Estados participantes, para clarificar las incidencias fiscales. Es decir, la Directiva fiscal de fusiones establece unos requisitos materiales para que la operación societaria o de reorganización sea la que se establece en la norma, y su incumplimiento dejará sin efecto la neutralidad fiscal [(603)].

Lo cierto es que la Directiva contempla la posibilidad de que los Estados puedan ampliar los supuestos que se pueden acoger al régimen, o incluso, la flexibilización de los requisitos que exijan en la transposición de la Directiva, en sus normativas. Dicho de otro modo, la Directiva posibilita a los Estados un margen legislativo para que introduzcan en sus normativas nuevos requisitos y operaciones cubiertas por la neutralidad fiscal o flexibilizar los requisitos de la Directiva. Este margen legislativo que disponen los Estados miembro estará limitado por,

[603] Existen multitud de ejemplos de operaciones societarias o de reorganización empresarial que no cumplen con los requisitos materiales de la Directiva, incluso han sido interpretados por el Tribunal de Luxemburgo, como en su sentencia de 15 de enero de 2002, *Andersen og Jensen ApS & Skatterministeriet*, Asunto C-43/00, en su apartado 35, donde define lo que la Directiva fiscal de fusiones entiende como aportación de «rama de actividad» y dictaminando que no se cumplen los requisitos por parte de la sociedad beneficiaria, por tanto, la inaplicación del régimen de la Directiva.

en cuanto no se trate de una competencia fiscal perniciosa, ni implique distorsiones al correcto funcionamiento del mercado común y siempre que suponga una mejora fiscal para los contribuyentes europeos. Es decir, supone un margen para la adaptación de la normativa europea con el fin de facilitar unas exigencias que garanticen unas operaciones lícitas, dentro de las economías de opción, a las que se puedan acoger los contribuyentes europeos [(604)].

El otro tipo de requisitos materiales son la correcta transferencia de los elementos patrimoniales y la adecuada valoración de ellos, en el transcurso de la operación. Como en el tipo anterior, el incumplimiento de esta exigencia también lleva consigo la inaplicación del régimen, y por tanto, carecer de la exención fiscal –en forma de diferimiento del impuesto– en aquellas plusvalías generadas en las operaciones societarias o de reorganización. Este requisito se contempla en el artículo 4.4, al condicionar a la sociedad beneficiaria el cálculo de las nuevas amortizaciones y de las plusvalías –o minusvalías– que se hayan generado en la transmisión de dichos elementos del activo y pasivo, en la misma medida que lo hubiera hecho la sociedad transmitente en el caso de que no se hubiera llevado a cabo la operación societaria. Ponemos de manifiesto que ambos requisitos materiales deben aplicarse en base al criterio de proporcionalidad, es decir, en la transmisión y valoración de dichos elementos patrimoniales se determinara la no aplicación del régimen europeo de forma proporcional. En este sentido, en el precepto recogido en el artículo 4.5 se establece una nueva posibilidad de margen legislativo a los Estados miembro, posibilitando que dichos Estados puedan exigir condiciones distintas al apartado cuarto del citado artículo en cuanto al cálculo de las amortizaciones o del activo y pasivo.

[604] A modo de ejemplo, este margen legislativo lo podemos observar en la trasposición de la Directiva en el régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea, contemplado en el impuesto sobre sociedades español, Ley 27/2014, de 27 de noviembre, donde se introduce en la legislación española la posibilidad de acogerse a esta Directiva, a aquellos contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, facilitando una nueva herramienta de economía de opción, para los contribuyentes residentes en la Unión Europea. En este caso el legislador español, dentro de su potestad tributaria, introduce un supuesto especial en el art. 87 del capítulo VII de la LIS, para aquellas operaciones donde se realicen «aportaciones no dinerarias» o «aportaciones de rama de actividad» por parte de un contribuyente que esté sujeto al Impuesto sobre Sociedades u otros impuestos. Siendo, el supuesto especial, el contemplar la posibilidad de acogerse al régimen especial de fusiones a aquel contribuyente sujeto al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre la Renta de no Residentes, con el condicionante básico de que utilicen las normas de contabilidad con arreglo al Código de Comercio o la legislación vigente, estableciendo un supuesto de economía de opción, donde permitirá a dichos sujetos pasivos acogerse a la neutralidad fiscal contemplada en la Directiva. Téngase en cuenta de que hablamos de residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea, de forma que este supuesto especial no genere distorsiones en correcto funcionamiento del mercado interior. Sobre los criterios de sujeción a una jurisdicción tributaria, *vid*. LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "El papel de la residencia…", *cit.*, págs. 236 a 264.

Anteriormente señalamos que la Directiva también contempla el diferimiento de la tributación para los socios de la sociedad transmitente, según lo recogido en el artículo 8 en los apartados primero al tercero, en el mismo sentido que en los requisitos materiales contemplados en el artículo 4 de la Directiva, establece en los apartados cuarto y quinto la posibilidad de no aplicar el régimen europeo de tal forma que en la recepción de los títulos representativos de los fondos propios tendrán una valoración fiscal igual a la que poseían, inaplicándose el régimen en los casos donde se obtengan una valor fiscal mayor en los fondos propios de la sociedad beneficiaria. De igual forma, se aplicará el principio de proporcionalidad, es decir, habrá una inaplicación del régimen sobre aquellos títulos representativos que el contribuyente, en el ejercicio del derecho de opción, haya pretendido obtener, provocando casos de doble imposición sobre los títulos.

3.10. LAS MEDIDAS PARA APLICAR EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD FISCAL DE LA DIRECTIVA FISCAL DE FUSIONES.

3.10.1. EL MÉTODO DE DIFERIMIENTO.

La Directiva fiscal de fusiones tiene como principal fin la doble imposición internacional en operaciones societarias o de reestructuración, operaciones que son complejas y con situaciones regulatorias que pueden limitar el desarrollo de dichas operaciones, para ello se contemplan distintos mecanismos para corrección de los casos de doble imposición. En este sentido, el principal mecanismo corrector de dicha doble imposición será el método de diferimiento en la tributación, como señala *LÓPEZ IRANZO*, que no se trata de una exención sino de un traslado en el tiempo de las obligaciones tributarias, intentando con este método defender los intereses tributarios de los Estados miembro que puedan sentirse perjudicados con la pérdida de contribuyentes, al absorberse la sociedad transmitente, escindirla o a aportando activos o establecimientos permanentes [(605)]. En el mismo sentido se manifiestan *CALDERÓN CARRERO* y *MARTÍN JIMÉNEZ*, al expresar que de esta manera se conciliaran los intereses de las jurisdicciones tributarias con los objetivos de la Unión Europea de evitar distorsiones al mercado común, facilitando las operaciones societarias [(606)]. Esta conciliación se entiende mejor con la explicación que realiza *SOUSA SANTOS AGUIAR*, que determina que la Directiva

[605] LÓPEZ IRANZO, F.: "Neutralidad fiscal y normativa contable de la fusión de sociedades (Ley Nº 29/1991 y Normas del ICAC) (I)". *Carta Tributaria*, núm. 205, 1994, pág. 9.
[606] CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: "La Directiva de…", *cit.*, pág. 1169.

actuará en la operación de reorganización, mientras que el devengo de las plusvalías y, por tanto, la exacción que surja, será en base al reparto competencial que se establece en el Derecho internacional tributario [607].

Por ello, este método de diferimiento de la tributación cumple con la pretensión de la Directiva de aplicar la neutralidad fiscal en las operaciones societarias o de reorganización empresarial, además traerá consigo efectos secundarios a tener en cuenta, como la limitación a la deslocalización de dichas operaciones, el aumento de los capitales y los factores productivos dentro de la Unión Europea, siendo una situación *sine qua non* para el aumento de la competitividad y productividad internacional [608]. Y como apunta *NAVARRO EGEA*, este método supone una verdadera neutralidad fiscal siendo, adicionalmente, un incentivo fiscal en forma de excepción en los regímenes fiscales ordinarios, que generan el florecimiento de las operaciones de reorganización o societarias [609].

3.10.2. EL MÉTODO DE EXENCIÓN.

El método de exención, según lo establecido en el artículo 7.1 de la Directiva, se aplicará sólo en los casos de anulación de participaciones, esto será cuando la sociedad beneficiaria en cualquier operación de reorganización empresarial ostente una participación en los fondos propios en la sociedad transmitente, otorgándose una, tal y como lo expresan *CALDERÓN CARRERO* y *MARTÍN JIMÉNEZ*, «auténtica exención», es decir, no se aplicará ni un diferimiento de la tributación ni una exacción posterior [610]. Alcanzando la neutralidad fiscal, ya que las plusvalías generadas en la anulación de participaciones quedaran sujetas al traspasarse los elementos patrimoniales de la sociedad transmitente a la beneficiaria y, por tanto, seguirán quedando afectas a una actividad económica en el Estado donde se generaron dichas plusvalías. Dicho de otro modo, se consigue así mantener los ingresos fiscales en la jurisdicción tributaria de origen, protegiendo la potestad tributaria del Estado de la sociedad transmitente. Este método quedará condicionado adicionalmente a lo dispuesto en el artículo 7 apartado segundo, al exigirse una participación mínima en la sociedad transmitente, quedando

[607] SOUSA SANTOS AGUIAR, N. T.: (2005). "La fiscalidad de los beneficios societarios y de los capitales en la Unión Europea. Principios fundamentales". *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, Nº 262, 2005, pág. 55.
[608] En este sentido, estos efectos secundarios pueden verse mermados por el desarrollo de las medidas anti-abuso nacionales.
[609] NAVARRO EGEA, M.: *op. cit.*, pág. 125.
[610] CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: "La Directiva de…", *cit.*, pág. 1179.

el resto de casos sujetos a las normas de Derecho internacional tributario para limitar los efectos de la doble imposición.

3.10.3. LOS MÉTODOS *TAX SPARING* Y DE LA IMPUTACIÓN.

Los últimos métodos recogidos en la Directiva son *tax sparing* y el método de la imputación, el primero consiste en aplicar un crédito tributario en el Estado de residencia como si se hubiese soportado un impuesto pero que de manera real y efectiva no ha sido soportado en el Estado de la fuente, aparentemente será un impuesto soportado pero no pagado. Mientras que el segundo método, será aquella aplicación de una deducción en el Estado de residencia, una vez pagado el impuesto en el Estado de la fuente. Estos métodos se aplicaran según lo recogido en los artículos 10 apartado segundo y 11 en sus apartados primero y segundo. La aplicación del *tax sparing* se dará en aquellos casos de aportaciones de establecimientos permanentes residentes en otros Estados miembros diferentes al Estado de residencia de la sociedad transmitente. Mientras que el de la imputación se aplicará cuando la sociedad transmitente sea considerada transparente y el Estado no aplique la neutralidad de la Directiva, deberá dejar aplicar la deducción del importe del tributo aplicado a la sociedad transparente, en el mismo modo e igual importe [(611)]. Aunque defendemos lo expuesto por *PALAO TABOADA*, ya que el *tax sparing* vendrá a contrarrestar las distorsiones fiscales que se generen cuando un solo Estado aplique la neutralidad fiscal en las operaciones societarias o de reorganización empresarial. Mientras que cualquier Estado podrá elegir entre aplicar el método de exención o el método de imputación en las mismas operaciones [(612)]. Ya que el método de *tax sparing* viene a eliminar los efectos nocivos de la falta de neutralidad, y en cuanto al método de imputación no podría ser aplicable, puesto que no va a corregir la falta de neutralidad en los casos donde un Estado no la aplique. En definitiva, ambos métodos no suponen el poder evitar un coste tributario, en los casos donde exista un exceso en el tipo de gravamen respecto a su Estado de residencia, en base a la deducción que se apliquen. Es decir, se consigue que se elimine la posible doble imposición internacional jurídica; pero no se conseguiría alcanzar la plena neutralidad fiscal que busca la Directiva fiscal de fusiones, generando situaciones de restricciones o discriminaciones.

---

[611] Esta afirmación es defendida por CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: "La Directiva de…", *cit.*, pág. 1183.
[612] PALAO TABOADA, C.: "La modificación de la directiva de fusiones". *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 268, 2005, pág. 21.

4. LAS MEDIDAS ANTI-ABUSO QUE SE CONTEMPLAN EN LA DIRECTIVA FISCAL DE FUSIONES.

Asumiendo que la Directiva 2009/133/CE tiene como finalidad el establecimiento de normas fiscales neutras que fomenten la competencia, al fin de que las empresas puedan adaptarse a las exigencias del mercado común, aumentando su productividad, mediante el refuerzo de su presencia en los mercados donde opera, tanto nacionales como internacionales. Todo ello, teniendo en cuenta que toda operación societaria o de reestructuración empresarial partirá de unos requisitos mínimos, es decir, tendrá que existir unos motivos, ya sean financieros, de mejora de la eficiencia, económicos o puramente fiscales, que justifiquen que tal operación pueda verse beneficiada de la eliminación de obstáculos fiscales. A nuestro entender, la mera existencia de «motivos económicos válidos» [(613)] operará *de facto,* ya que se presume como un requisito necesario que facilite la aplicación de la Directiva fiscal de fusiones, es decir, debe haber una compatibilidad de razones que justifiquen la operación con la finalidad de la Directiva, haciendo que tales motivos, basados en una correcta documentación, hagan valer la neutralidad fiscal. Analizando la Directiva fiscal de fusiones, concretamente el art. 15 [(614)] permite a los Estados miembros la posibilidad de negar a los contribuyentes el aplicarse, total o parcialmente, o retirar el régimen fiscal cuando las operaciones de reestructuración no se efectúen con unos motivos válidos [(615)]. Por tanto, el acogerse al régimen establecido en dicha Directiva supone una neutralidad en el coste fiscal, es decir, no se puede entender como un beneficio fiscal, ya que cuando hablamos de una carga fiscal neutra la diferenciamos del beneficio fiscal puesto que supone un diferimiento de las obligaciones tributaras mientras que

[613] Según recoge la Directiva, los «motivos económicos válidos» son aquellos motivos económicos que justifiquen la correcta aplicación de la Directiva y, por ende, del régimen especial de cada Estado miembro tras su transposición, entrando a valorar motivos objetivos y justificativos. Aunque nuestro punto de vista sobre estos motivos, se basa en que no se puede acotar la aplicabilidad, de dicho régimen, a la mera existencia de motivos objetivos, sino plantear la necesidad de establecer motivos que puedan justificar de forma objetiva y otros, de más difícil calificación, subjetivos que permitan, de alguna manera, identificar las intenciones del contribuyente.

[614] Véase, art. 15 de la Directiva fiscal de fusiones, donde se establece que se podrá negar la aplicación de tal régimen, en el caso, de que no se cumplieran unos motivos económicos válidos.

[615] Sobre esta cuestión, la doctrina ha manifestado que ante la ausencia de estos motivos económicos válidos, que se pueden entender como organizativos o que garanticen la salvaguarda del patrimonio de los contribuyentes frente a una responsabilidad patrimonial, entre otros, se vincula a una presunción con el fraude o la evasión fiscal, generando así una inseguridad jurídica. Es decir, esta inseguridad nace de la imposibilidad de deslindar los motivos económicos válidos de la elusión fiscal. Véase, para ampliar esta cuestión, los trabajos de DURÁN-SINDREU BUXANDE, A.: *Los motivos económicos válidos como técnica contra la elusión fiscal: economía de opción, autonomía de la voluntad y causa en los negocios*, Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 117 y ss.; SOTO LÓPEZ, D.: *op. cit.*, pág. 198; y LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "Las normas generales del Derecho Internacional ante el objetivo de combatir la evasión fiscal", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, nº 2, 2016, págs. 258 a 277.

el beneficio supone, a nuestro entender, un ahorro permanente de las cargas tributaras. Del mismo modo, el principal motivo del resultado de su aplicación de esta Directiva será el establecer una medida sin efectos fiscales para las entidades que se acojan a ella. Dicho de otro modo, aquellas sociedades que realicen operaciones societarias o de reestructuración para obtener una racionalización –con el objetivo de mejorar su competitividad o ganar en economías de escala– de los costes derivados de la actividad económica, es cuando su coste fiscal tendrá que ser neutro [616].

Por lo anteriormente expuesto, se deduce que la aplicabilidad de esta Directiva sobre una operación, estará condicionada a que se establezcan unos motivos económicos válidos, definidos en base a una documentación, presumiendo que ante una inexistencia de tales motivos, existiría una evasión o elusión fiscal de forma automática. Aunque debemos señalar, que en todo caso, se analizará cada operación en concreto, partiendo de una presunción de inocencia por parte del contribuyente, y siendo la autoridad fiscal del Estado miembro en concreto, quien determine que la transacción, y en base a unas pruebas específicas, pueda considerarla como «artificiosa» y que sólo se ha llevado a cabo por razones puramente de evasión o elusión fiscal. Señalamos este aspecto, y en base a lo que señala el TJUE, puesto que la artificiosidad a la que hacemos referencia, se genera mediante el denominado *directive shopping* o el uso abusivo de las directivas, es decir, que una determinada entidad jurídica lleve a cabo una operación societaria con el único propósito de aprovecharse de los beneficios que se establecen en una Directiva, beneficios que no podrían haber sido aplicados sin que la operación no fuera de manera artificiosa, y por tanto, hubieran quedado fuera de su alcance [617]. Por lo anterior, vemos que a simple vista se limita la aplicabilidad de la Directiva a la existencia de unos motivos económicos válidos, a nuestro entender, supone establecer una presunción de culpabilidad al contribuyente, creando una condición legal que obvia que uno de los mayores motivos válidos para todo contribuyente –y concretamente para todo actor económico que quiera mejorar su competitividad mediante el ahorro de costes– es el reducir la carga fiscal, sin que ello suponga un comportamiento de evasión o fraude fiscal. Es decir, en nuestra opinión, es que los contribuyentes deben tener, entre sus motivos, el mejorar su carga fiscal y adaptarla a su capacidad económica en base a los fines de la Directiva, ya que esto puede entenderse

[616] Aspecto que defendemos en nuestro trabajo MARTÍNEZ JIMÉNEZ, F. J.: "Las oportunidades del sistema tributario español a la luz de la directiva europea de fusiones", *Innovazione e Diritto, Rivista di Diritto Tributario e dell'Economia*, núm. 2, 2018, pág. 98.

[617] Véase, en este sentido, las sentencias del TJCE de 9 de marzo de 1999, Asunto C-212/97, *Centros*; la de 21 de febrero de 2006, Asunto C-255/02, *Halifax*; la de 6 de abril de 2006, Asunto C-456/04, *Agip Petroli* y la de 12 de septiembre de 2006, Asunto C-196/04, *Cadbury Schweppes/Cadbury Schweppes Overseas*.

como una limitación a las Libertades de la Unión Europea [(618)]. Explicando esto, advertimos que se limita la neutralidad fiscal de la Directiva, al entender que se necesite de la existencia de un motivo económico válido como una condición *sine qua non* para poder acogerse a los beneficios de la Directiva, por lo que estaríamos acotando los principios y Libertades de la UE. Este acotamiento, al cual nos referimos, nace de que toda operación o transacción que se realice no se basará en aspectos económicos, o que deriven en mejoras económicas, como elemento más objetivo para ver la necesidad de dicha operación, ya que, podemos entender, y quizás se deba considerar como ese motivo económico válido, el poder generar un estructura societaria con el único fin de obtener un ahorro en el coste fiscal, y, en consecuencia, una mejora de la situación económica o financiera del contribuyente, al acogerse a la Directiva. Es decir, desde nuestro punto de vista, toda operación tendrá que demostrar unos motivos objetivos, véase como tales, los económicos –racionalización de la estructura administrativa, crecimiento inorgánico, mejora de la competitividad, creación de valor para los socios accionistas, minorar la carga fiscal, etc. [(619)] –; y de otros motivos, en este caso, subjetivos, que son aquellos que determinen la conducta real de la operación [(620)]. Ante esta situación volvemos a poner de manifiesto que, aparte de motivos económicos válidos desde un punto de vista objetivo, deben

[618] Podemos entender que la Libertad, quizás, más afectada sea la Libertad de Establecimiento, puesto que limitará el poder aprovecharse de adquisiciones de competidoras, realizar una estructuración societaria acorde con su intereses o, incluso, limitar la economía de opción del contribuyente, al intentar este contribuyente no podrá aprovechar la Directiva, ya que, supondría que existiría artificiosidad al obtener un beneficio fiscal. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, F. J.: "Las oportunidades del sistema tributario…", *cit.*, pág. 100.

[619] A modo de ejemplo de lo expresado, se puede citar como racionalización organizativa el reducir el número de sociedades dependientes, escindir en entidades jurídicas independientes las unidades de negocio de una entidad o radicar los servicios centrales en una única jurisdicción. Otro ejemplo puede ser la compra de una empresa competidora, aunque puede darse la circunstancia que se realice una fusión posterior por el ahorro fiscal, mediante la amortización del fondo de comercio económico que nace de la operación, estableciendo así un crecimiento inorgánico, creando valor para los *stakeholders*, aunque el principal motivo sea minorar la carga fiscal. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, F. J.: "Las oportunidades del sistema tributario…", *supra cit.*, pág. 100.

[620] Explicando esto, y sirviéndose el ejemplo de la operación de compra-venta de la empresa competidora anterior, las conductas evasivas o elusivas de los contribuyentes pueden ser detectadas. Concretamente, en aquellos casos donde una operación de fusión lo único que genere sean duplicidades o no de entrada a nuevos mercados y, por tanto, solo genere ahorro de costes mediante la minoración de la carga fiscal por la amortización del fondo de comercio económico o por el aprovechamiento de bases imponibles negativas de la otra empresa. Ante esta situación, podremos decir que estaremos ante un caso concreto de una conducta de abuso de Directiva, concepto, también defendido desde la doctrina italiana, por RUSSO, P. en su obra "Brevi note in tema di disposizioni antielusive", *Rassegna Tributaria*, núm. 1, 1999, pág. 74. Aunque, sí solo hubiéramos tenido en cuenta los motivos económicos válidos, es decir, fundamentar la operación en el ahorro de costes y no entrando en los aspectos subjetivos de la operación, estaría justificada, ya que, dicha operación mejora la competitividad de la empresa resultante de la fusión al ser de mayor tamaño y crea valor para todas los *stakeholders* de alrededor de la entidad, y en consecuencia, se reconocen créditos fiscales que permiten al contribuyente un ahorro fiscal, que de forma objetiva le pertenece. Por lo anterior, debemos decir que se necesita examinar las operaciones más allá de los motivos objetivos, es decir, hacer un enfoque tanto objetivo como subjetivo de la operación para determinar la licitud de la misma y permitir operaciones en base a una correcta creación de valor o una real mejora de la competitividad. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, F. J.: "Las oportunidades del sistema tributario…", *supra cit.*, pág. 100.

existir otros motivos subjetivos [621] que ayuden a la Administración a identificar si hubiese o no elusión o fraude fiscal. Ya que, por ejemplo, la mera existencia de una estructura societaria mediante jurisdicciones más ventajosas que la jurisdicción de origen no puede considerarse como una estructura artificiosa, es más, y remarcamos al TJUE donde reconoce que «el sujeto pasivo tiene derecho a elegir la estructura de su actividad de modo que limite su deuda fiscal» [622], entendiendo que la jurisprudencia europea avala y recomienda al contribuyente a buscar una eficiencia en su carga fiscal, y desde el punto de vista del caso que nos ocupa, el crear una operación empresarial que dé lugar a una estructura societaria que mejore el coste fiscal estaría avalada por la jurisprudencia europea.

No obstante, ante la afirmación anterior, creemos que es necesario tener presente que toda Directiva contempla limitaciones, en forma de medidas anti-abuso, para salvaguardar los fines de la misma y establecer la barrera jurídica entre lo licito y lo ilícito, aplicándose en base al principio de proporcionalidad [623]. Este principio nace de la necesidad de establecer medidas que eliminen toda conducta evasiva o elusiva de forma proporcional, es decir, aquellas normas que quieren evitar una conducta contraria a los fines de las Directivas no pueden ser excesivamente restrictivas, que en definitiva, limiten alcanzar el objetivo perseguido en cada Directiva [624]. Es por ello, y haciendo referencia al TFUE [625], que debemos remarcar la obligación que tiene cada Estado miembro en trasponer a su ordenamiento la Directiva, incluyendo aquellas normas que garantizan la plena eficacia de la misma –también nos referimos, en la trasposición Directiva fiscal de fusiones, a las normas propias sobre la neutralidad fiscal en operaciones de fusiones, escisiones o cualquier operación de reestructuración empresarial, de aquellas normas en forma de medidas anti-abuso de otras

621 Este planteamiento al cual hacemos referencia, nace de la interpretación que hace el TJUE, donde ante una justificación, por parte de la Administración, sobre que ciertos comportamientos de determinados contribuyentes en generar montajes societarios puramente artificiales y carentes de sentido económico, con el único fin de obtener un ahorro fiscal, se necesitará demostrar que tal montaje, parte de un elemento subjetivo consistente en obtener un beneficio fiscal, basado en elementos objetivos. Véase, en este sentido la sentencia del TJCE de 21 de febrero de 2006, Asunto C-255/02, *Halifax*.

622 En este sentido volvemos a hacer referencia a la sentencia del TJCE de 21 de febrero de 2006, Asunto C-255/02, *Halifax*.

623 El principio de proporcionalidad regula el ejercicio de las competencias de la Unión Europea. Su finalidad es establecer las acciones de las instituciones de la UE dentro de unos límites específicos. En virtud de esta norma, la acción de la UE debe limitarse a lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. En otras palabras, el contenido y la forma de la acción tendrán que guardar proporción con la finalidad que se persigue.

624 Véase GARCÍA NOVOA, C.: "Los instrumentos jurídicos para la armonización y uniformidad fiscal comunitaria y su incidencia en el ordenamiento interno español", *Noticias de la Unión Europea*, nº 115, 1994, pág. 33.

625 El principio de proporcionalidad está consagrado en el artículo 5 del Tratado Fundacional de la Unión Europea (TFUE). Los criterios para aplicarlo se recogen en el protocolo (Nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad anexo a los Tratados.

Directivas– dentro de los objetivos de la propia Directiva [626]. El motivo de una correcta transposición, se basa en establecer una garantía a la seguridad jurídica para todo contribuyente, es decir, establecer unos criterios jurídicos uniformes en todos los Estados miembro. Este motivo intenta evitar, que ante el caso de que determinadas normas nacionales, ya sean en forma de extensión de una norma de las incluidas en la transposición o que nazcan de la propia potestad tributaria de cada Estado, no sean lo suficientemente claras para que todos aquellos sujetos pasivos puedan conocer la extensión de sus derechos y obligaciones, es decir, se necesita una correcta adaptación de la Directiva en el ordenamiento interno de cada Estado miembro, para evitar una conducta confiscatoria o discriminatoria por parte de este Estado o para prevenir esos comportamientos contarios al deber de contribuir con los gastos públicos por parte de los sujetos pasivos [627]. Explicando lo anterior, el ordenamiento interno de cada Estado miembro debe interpretar, en la transposición de la Directiva, y en la medida de lo posible respetando su potestad tributaria, la finalidad de la misma, con el objetivo de obtener el fin contemplado en ella [628]. Aunque en este sentido vemos que tal obligación de interpretar y respetar la Directiva no puede dar herramientas a las Administraciones tributarias que le posibiliten actuaciones confiscatorias o deberes extras para los contribuyentes, para poder determinar o agravar la responsabilidad penal de quienes contravengan sus disposiciones [629].

Como toda norma que otorga un ahorro fiscal, la Directiva fiscal de fusiones tendrá que establecer unos límites para que no suponga una laguna legal y, por ende, que los contribuyentes obtengan un ahorro fiscal injustificado. Para ello, volvemos a hacer un análisis del art. 15 de la Directiva fiscal de fusiones, donde tal precepto, posibilita a los Estados miembros, como ya hemos señalado anteriormente, la capacidad, en supuestos excepcionales y/o especiales, de no permitir la aplicación total o parcial de la neutralidad fiscal que se contempla en la Directiva. La cuestión siguiente es que adicionalmente, y en base a este precepto, también se facultará a los Estados el poder retirar el diferimiento del tributo contemplado en la Directiva una vez se

626 Véase, las sentencias del TJCE de 10 de marzo de 2005, Asunto C-531/03, *Comisión/Alemania* y la de 16 de junio de 2005, Asunto C-456/03, *Comisión/Italia*, donde el propio Tribunal recuerda a los Estados miembros su deber trasponer y no limitar el alcance de las Directivas.

627 Véase, en este sentido, las sentencias del TJCE de 11 de junio de 1987, Asunto C-14/86, *Pretore di Salò/X*; la de 8 de octubre de 1987, Asunto C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*; la de 26 de septiembre de 1996, Asunto C-168/95, *Arcaro*, y la de 3 de mayo de 2005, Asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, *Berlusconi y otros*.

628 Véase, la sentencia del TJCE de 5 de julio de 2007, Asunto C-315/05, *Hans Markus Kofoed/Skatteministeriet*.

629 En este sentido son bastante claras las sentencias del Tribunal de Luxemburgo, ya citadas antes, como las de los casos *Kolpinghuis Nijmegen* y de *Arcaro*. Como otras medidas para prevenir el fraude fiscal, podemos señalar, la colaboración en facilitar información entre Estados, siendo esto un deber de colaboración entre los mismos, pero que tiene su límite como toda medida anti-abuso; en este sentido, *vid.* LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "Alcance del deber general de colaboración entre Estados en la lucha contra el fraude fiscal", *Revista española de Derecho financiero*, núm. 174, 2017, págs. 53 a 79.

haya aplicada, siempre y cuando se observe que el fin último ha sido obtener una reducción en la carga tributaria, mediante el fraude o la evasión fiscal. Como hemos venido anunciando, las Administraciones tributarias no podrán limitar de manera genérica tal régimen mediante criterios generales, es decir, deberán examinar, caso por caso, la idoneidad de la aplicación de dicho régimen especial. En base a lo anterior, es necesario exponer, ante un análisis de las medidas anti-abuso, tanto europeas como nacionales, lo expuesto por el TJUE, acerca de los motivos económicos válidos, donde dice que «el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal» [(630)].

En este sentido, manifestamos que tanto en el ámbito europeo como a nivel nacional, fue necesario contemplar las medidas anti-abuso, como una cláusula general en el Derecho de la UE y como cláusulas especificas en los ordenamientos nacionales. En definitiva, se consideran como las principales herramientas [(631)] de reacción para corregir las conductas impropias del contribuyente. Siguiendo con el citado análisis, la cláusula contemplada en la Directiva fiscal de fusiones, establece una serie de requisitos, necesarios, para que surta los efectos contemplados en el artículo 15 de dicha Directiva [(632)]. Estableciendo en primer lugar, la condición de que exista un elemento subjetivo que pueda escenificar las intenciones del contribuyente, en obtener un ahorro en la carga tributaria. Como segundo requisito, que dicho elemento subjetivo sea el principal objetivo o uno de los principales a conseguir por el contribuyente. En tercer lugar, se debe constatar que no existen unos motivos económicos válidos que eliminen el elemento subjetivo. Y como último requisito, es observar si existe sustancia económica o realidad económica para para justificar la falta de requisitos anteriores. En definitiva, creemos que limitar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal de la Directiva, mediante la utilización de una medida anti-abuso, se tendrá que basar en los fines de la Directiva y respetar las Libertades de la UE.

Como venimos señalando en páginas anteriores, toda normativa interna debe ser interpretada bajo los principios de Derecho de la UE. Esta primera afirmación está motivada

---

630 Véase, en este sentido, el TJCE, sentencia de 17 de julio de 1997, Asunto C-28/95, *Leur-Bloem*.

631 No solo podemos encontrar cláusulas anti-abuso en la Directiva fiscal de fusiones, podemos señalar el artículo 5 de la Directiva 2003/49/CE, relativa al abono de intereses y cánones. De igual modo, existen otras herramientas de reacción contra el fraude o la evasión, como la conceptualización del «beneficiario efectivo» contemplado en la Directiva 2003/48/CE, sobre fiscalidad del ahorro. Estas herramientas, tienen el objeto de salvaguardar el deber de contribuir de todos los contribuyentes de la UE. En este sentido, *vid.* LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "Las normas generales del Derecho Internacional ante el objetivo de combatir la evasión fiscal", *cit.* pág. 74.

632 En este sentido, señalamos lo expuesto en la obra de GARCÍA PRATS, A.: "Las medidas anti-abuso y el Derecho comunitario" dentro del libro con VV.AA. *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, IEF, Madrid, 2002, pág. 196. Que establece los requisitos necesarios para la aplicación de la cláusula anti-abuso, que para el autor son tres requisitos, a los que hemos sumado un cuarto requisito adicional.

para explicar las bases de la normas anti-abuso nacionales, es decir, toda norma nacional no puede limitar la aplicación del régimen contemplado en la Directiva, por ejemplo, un ordenamiento nacional no puede obviar la existencia de motivos económicos válidos, como justificación para denegar la aplicación del régimen. En resumen, la normativa nacional no puede prevalecer sobre la europea, aunque exista una motivación fiscal sobre la operación [(633)]. Explicando lo anterior, en cualquier operación recogida en este régimen donde concurra una motivación real y válida será perfectamente legítima, aunque suponga un ahorro fiscal, debiéndose realizar un examen de la operación, partiendo de la imposibilidad de denegar la aplicación de la neutralidad fiscal, cuando concurre este motivo fiscal con otros motivos económicos o empresariales. Es decir, creemos que el entendimiento de la finalidad del Directiva es el permitir una estabilidad empresarial para continuar con el ejercicio actividad económica, facilitando para ello el acogerse a una situación fiscal consistente en obtener un ahorro de la carga tributaria mediante diferimiento del impuesto hasta la extinción de la situación jurídica que se haya generado tras la operación.

Desde normativa europea, se plantea la exigencia de que las razones que impulsen a realizar una determinada operación societaria deban ser en base a unas justificaciones jurídicas, económicas u organizativas y no de índole fiscal, por tanto, se fundamenta en un concepto jurídico indeterminado que, como ya hemos comentado anteriormente, provocara que se tenga que estudiar cada motivo en cada supuesto para validar la operación societaria.

Pero, ¿la ausencia de motivos económicos válidos supone la existencia de fraude? En este sentido, creemos que puede existir el caso de que se den motivos económicos válidos y, a la vez, una finalidad evasiva o fraudulenta, no obstante, en sentido contrario, es decir, cuando no existan motivos económicos válidos, sí podremos argumentar que existe una conducta de fraude o de evasión, y por tanto, será de aplicación el art. 15 de la Directiva, reaccionando con una medida anti-abuso. Aunque, desde nuestro punto de vista, en todo caso se deberá probar la conducta fraudulenta. De este modo, se observará si existe un elemento subjetivo que identifique la conducta del contribuyente y, ante una ausencia motivacional, habrá que tener en cuenta la sustancia económica, puesto que, si el contribuyente cumple con su deber de contribuir, es prueba suficiente de que sus hechos no son constitutivos de fraude o evasión fiscal [(634)]. Lo cierto es que desde las jurisdicciones nacionales pueden acotar esta presunción absoluta

[633] FALCÓN Y TELLA, R.: "La nueva redacción de la cláusula anti-abuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS", *Quincena Fiscal*, núm. 2, 2001, pág. 7.
[634] Véase, la distinta doctrina que avala tal tesis, como DURÁN SINDREU-BUXADE, A.: "El artículo 110.2 de la Ley 43/1995: análisis y propuesta de reforma", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1-2, 2002, págs. 413 a 472; GARCÍA NOVOA, C.: *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, Madrid, 2004,

del art. 15 de la Directiva, de tal modo que si no se demuestra unos motivos económicos válidos, se entiende suficientemente probado que la operación tiene como finalidad una conducta *contra legem*. Como señala *MENÉNDEZ GARCÍA*, que considera que esta interpretación tiene «una delimitación del ámbito de aplicación del régimen especial más acorde con el fundamento de los beneficios fiscales previstos, que radica en fomentar la competitividad y flexibilidad de las empresas y no en incentivar estrategias de planificación fiscal» (635). Otra parte de la doctrina, señala que con esta interpretación –al hilo con la doctrina italiana (636)–, en este sentido pretende eliminar todas «las posibles vías de elusión» de forma genérica en vez «de modo particularizado a lo largo del articulado, comprendiendo todas las actuaciones elusivas» (637).

Por lo anterior, vemos que puede existir un problema interpretativo originado por la trasposición de los conceptos internacionales en los ordenamientos tributarios de la UE. Esto se puede agravar en los casos donde un ordenamiento nacional carezca de una conceptualización de evasión fiscal y elusión fiscal, ya que son términos utilizados y desarrollados por la doctrina internacional (638). A modo de dar una conceptualización a los términos evasión y elusión, podemos señalar al profesor *GARCÍA NOVOA*, que dice que «el abuso al que se refiere la normativa comunitaria es un exponente claro de elusión fiscal. Y elusión, se opone frontalmente a la economía de opción» (639). O dicho de otro modo, desde el punto de vista del ordenamiento español, el fraude de ley, supone «un negocio real, querido por las partes, y donde la realidad y la apariencia jurídica coinciden» (640).

---

págs. 384 y 385; SANZ GADEA, E.: "Medidas antielusión fiscal", *Documentos de Trabajo*, núm. 8, IEF, Madrid, 2009, págs. 244 y 245. Basándonos en este último autor, identificado el concepto de «operación» como «cualquier negocio realizado, en ejercicio de una opción fiscal, que produce un resultado económico favorable».

635 MENÉNDEZ GARCÍA, G.: *Fiscalidad de la Escisión de Sociedades Anónimas*, Thompson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 271.

636 PISTONE, P.: "Uguaglianza, discriminazione a rovescio e normativa antiabuso in ambito comunitario", *Diritto e Pratica Tributaria*, núm. 4/1998, III, págs. 610 y 611.

637 NAVARRO EGEA, M.: *op. cit.*, pág. 243.

638 Remarcamos esta situación basándonos en la normativa española, en este sentido el legislador español se ha limitado a introducir en el artículo 89.2 de la LIS –artículo donde se establece la norma anti-abuso española para el régimen de fusiones– los términos de fraude y evasión fiscal con el objetivo de advertir que ante estos supuestos no procederá la aplicación del régimen especial de fusiones contemplado en los artículos 76 y siguientes que, como ya hemos avanzado anteriormente, permite una neutralidad fiscal en las operaciones societarias mediante un diferimiento del pago de las obligaciones tributarias que nacen de una plusvalía o de una renta. Todo ello nos lleva a interpretar el precepto del art. 89.2 de la LIS para encajarlo en la normativa interna española, es decir, desde nuestro punto de vista creemos que estos conceptos contenidos en la norma anti-abuso, no difieren del concepto contemplado en el art. 15 de la Ley General Tributaria española, cuando hablamos de fraude de ley, que supone, en el ordenamiento español, una operación que pretender evitar la obligación de abonar los impuestos, con un carácter abusivo, instrumentalizado a través de una herramienta jurídica artificial y cuyo resultado es obtener un ahorro fiscal, hecho imponible mediante un negocio usual. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, F. J.: "Las oportunidades del sistema tributario…", *cit.*, pág. 120.

639 GARCÍA NOVOA, C.: *La cláusula antielusiva…*, *cit.*, págs. 384 y 385.

640 Volviendo a hacer referencia a la normativa española, vemos que tendremos que utilizar el principio de analogía para conceptualizar los términos evasión y elusión fiscal. Ya que lo que observamos, es que en el fraude de ley no existe una finalidad de evitar la obligación tributaria, sino que es un elemento artificial utilizado de manera objetiva

Por lo anterior, advertimos que no es tan claro valorar cuando se tiene unas finalidades evasivas o elusivas en las operaciones de reestructuración que pretendan obtener un ahorro del coste fiscal. Sobre todo, en aquellas operaciones donde se dan una concatenación de distintos negocios, donde las operaciones de reestructuración o de reorganización administrativa, supone un paso intermedio en la consecución de ese ahorro fiscal. Siendo la Administración, quien debe valorar sí el régimen fiscal aplicado procede o no, examinando tanto los motivos objetivos como los subjetivos, es decir, se tendrá que valorar objetivamente que la consecución de un negocio jurídico no puede lograrse sin la operación empresarial previa, donde estaremos en una situación donde una operación societaria sirve de instrumento para alcanzar el fin de un negocio menos gravoso. Dicho de otro modo, si la operación societaria no supone generar un negocio que se perpetué y genere una actividad empresarial, estaremos ante un supuesto donde la única finalidad es la de evitar la obligación tributaria, siempre y cuando, estemos ante una operación societaria que suponga una fase intermedia del conjunto de negocios realizados. Claro está, que puede suceder que negocios concatenados persigan generar una operación ajustada a los fines de la Directiva y de la normativa interna y, en consecuencia, se podrá aplicar el régimen especial contemplado para este tipo de operaciones [(641)].

Pero señalamos que desde nuestro punto de vista, toda Administración tributaria nacional necesitará observar los resultados económicos alcanzados por los contribuyentes, para ver sí han sido alcanzados mediante instrumentos jurídicos distintos a los normales, es decir, deberá abstraerse de manera que pueda observar que el negocio celebrado, en condiciones normales, genera una finalidad distinta, y mediante la articulación del negocio se ha conseguido un resultado menos gravoso. En este sentido, nuestra opinión es que se podrá observar la finalidad del negocio celebrado por los efectos derivados del negocio, justificando así, de

en el mundo jurídico, es decir, tendremos que observar que el motivo de evitar la obligación tributaria nace de un elemento subjetivo y externo al negocio jurídico, no siendo relevante el carácter elusivo sino la existencia de alguna otra justificación de realizar de tal forma dicho negocio. De igual modo, podemos entender que la creación de una estructura societaria sofisticada, puede dar a entender que pretende eludir o evadir la responsabilidad tributaria, si el fin objetivo se puede conseguir mediante una estructuración más sencilla. Creemos, que tal circunstancia recogida en el art. 15 de la Ley General Tributaria, origina que el ordenamiento tributario español, tienda a preferir la existencia de un motivo económico válido frente a justificar una operación de reestructuración empresarial o societaria mediante un elemento subjetivo, es decir, teniendo en cuenta la sustancia económica más que un elemento objetivo. Dicho de otro modo, en el art. 89.2 de la LIS, se establece una interpretación de la norma anti-abuso europea, en base a la ordenación del sistema tributario español, es decir, se ha procurado ir hacia una búsqueda de la lógica del sistema tributario, dando encaje al concepto de fraude de ley, frente a el carácter de norma antielusiva que pretende la Directiva. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, F. J.: "Las oportunidades del sistema tributario…", *cit.*, pág. 121. En el mismo sentido, *vid*. PALAO TABOADA, C.: "Notas a la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial dela Ley General Tributaria (II)", *RCT-EF*, núm. 155, 1996, pág. 14; y GARCÍA NOVOA, C.: *La cláusula antielusiva…*, *cit.*, págs. 384 y 385.

641 En base al principio de proporcionalidad, se va a exigir que no se aplique el diferimiento de la obligación tributaria en la parte del negocio o negocios que se han realizado con una finalidad elusiva. Véase, en este sentido, la obra de SANZ GADEA, E.: "Medidas…", *cit.*, pág. 246.

manera objetiva y subjetiva, la instrumentalización jurídica escogida y, por tanto, la finalidad de la operación [642].

5. CONSIDERACIONES A LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DIRECTIVA FISCAL DE FUSIONES.

Como hemos señalado anteriormente, la Directiva fiscal de fusiones contempla soluciones para aquellos casos de que se considere, tanto a la sociedad transmitente como a la sociedad beneficiaria, como sociedad transparente en el ámbito fiscal. Esta circunstancia llevará consigo la consecuencia de poder aplicar o no la neutralidad fiscal recogida en la Directiva sobre las operaciones de reestructuración o societarias. Dichas soluciones se contemplan en el artículo 11 en el apartado primero, donde se dispone que no se podrá aplicar el régimen europeo a aquellas sociedades consideradas, por una jurisdicción nacional, transparentes –también habla de posibilidad de negar la aplicación del mismo régimen en los casos en los que las sociedades transmitente o beneficiaria no sean residentes dentro de la UE– generando una imposición sobre los tenedores de los fondos propios, ya sea de forma directa o indirecta, por las plusvalías generadas en la operación. Mientras que en el apartado segundo del mismo artículo se contempla la posibilidad de que admita la deducción de dicha imposición que ha sufrido la sociedad transmitente, en las mismas condiciones e igual importe en el otro Estado, diferente al que ha considerado la sociedad como transparente y, por tanto, el que ha recaudado el impuesto. En los casos donde se considere a la sociedad beneficiaria como sociedad transparente se tendrá que ir a lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 11, que establecerá la posibilidad de facultar al Estado miembro, que ha determinado la transparencia a la sociedad, la no aplicación de los preceptos de los apartados primero al tercero del artículo 8 de la Directiva generando una imposición para los socios de la sociedad beneficiaria –como ya analizamos anteriormente, no podrán aplicarse el diferimiento en la atribución de participaciones o acciones en los fondos propios de la sociedad beneficiaria, aunque la misma norma ya contempla en el hartado cuarto del artículo 8, la posibilidad de otorgar dicho diferimiento a los socios incluso considerando la sociedad como transparente–.

[642] Véase, SÁENZ DE OLAZAGOITIA DÍAZ DE CERIO, J.: "Efectos tributarios de las operaciones de reestructuración en los grupos de sociedades que tributan en régimen consolidado", *Justicia Tributaria*, núm. 22, marzo 1999, pág. 21 y 22.

En definitiva, vemos que la norma europea no intenta clarificar que se considera sociedad transparente sino garantizar unas medidas necesarias para que se evite la doble imposición internacional. Esto supondrá una zona de conflictos de las potestades tributarias, es decir, todos los Estados en su ejercicio, independiente y exclusivo, de su competencias tributarias podrán generar discriminaciones o restricciones en las operaciones de reestructuración o societarias, al poder calificar libremente a una sociedad como transparente en base a los instrumentos que se recogen en el artículo 11 en su apartado cuarto. Creemos que la norma europea debería haber introducido una definición de sociedad transparente, en base a que se genere una mayor seguridad jurídica y certidumbre a los contribuyentes. Ya que, como hemos adelantado, estas restricciones que pueden ejercer los Estados limitan la competitividad de las empresas, merma la productividad generando enormes efectos en la economía de la UE, que se pretenden eliminar con la Directiva [(643)].

6. DIRECTIVA FISCAL DE FUSIONES FRENTE AL MODELO DE CONVENIO DE LA OCDE.

Con anterioridad hemos señalado que la Directiva fiscal de fusiones será de aplicación para determinadas operaciones societarias, realizadas mediante determinadas formas jurídicas y siempre que se grave mediante los impuestos recogidos en su Anexo. Todo ello nos hace pensar que tendremos que plantear un análisis comparativo entre la Directiva y el Modelo de Convenio de la OCDE para escenificar el coste fiscal que tendríamos sin la existencia de la Directiva o tendrán –determinados contribuyentes– los que no se pueden acoger a ella. *SÁNCHEZ JIMÉNEZ* ya expresó que la Directiva fiscal de fusiones cumple, creemos que de forma prudente, la función de garantizar la neutralidad fiscal y evitar la doble imposición [(644)].

Pero entrando en detalle, para justificar la afirmación anterior, si analizamos el ámbito de aplicación, mientras que la Directiva fiscal de fusiones comprenderá el impuesto sobre sociedades y el impuesto sobre la renta de las personas físicas, en cuanto a las plusvalías generadas para los socios, y será exigible sólo por la administración central tributaria; el Modelo de Convenio abarca el impuesto de sociedades, de la renta de las personas físicas como el de

[643] Debemos tener claro, que en cierta manera, la Directiva ha establecido el método de *tax sparing* para limitar los efectos nocivos del conflicto que surja de la competencia fiscal entre los Estados, a la hora de evaluar a una sociedad como transparente, como ya hemos comentado anteriormente.
[644] SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A.: *La doble imposición internacional en la Unión Europea. Especial consideración del Impuesto de Sociedades*, La Ley, Madrid, 1995, págs. 185 y 186.

los no residentes, y será exigible por todas las administraciones tributarias del Estado –la central, las autonómicas o las locales–, es decir, la Directiva fiscal de fusiones tiene un ámbito de aplicación más limitado que el del Modelo. En este análisis del ámbito de aplicación, se pone de manifiesto que el Modelo de Convenio contempla a todos los residentes y no residentes fiscales como los nacionales de los Estados contratantes [(645)]. Mientras la Directiva sólo contempla aquellos contribuyentes que participan de la operación, mediante la articulación de la estructura societaria comprendida en el Anexo I de la misma norma europea, es decir, esta norma limita la aplicación del régimen armonizado para las operaciones societarias a determinados contribuyentes, que cumplan requisitos específicos [(646)].

Donde vemos algo positivo acerca de la Directiva es la aplicación del principio de neutralidad fiscal para las operaciones de concentración y reorganización empresarial, a través del método de diferimiento del tributo –en la mayoría de los casos, como ya hemos adelantado anteriormente, también se dan los métodos de exención, *tax sparing* y el de imputación–. Por otro lado, el Modelo de Convenio no establece criterios específicos para dichas operaciones, sino que se tendrá que examinar cada operación y remitirse al artículo 13 del Modelo, aplicar los principios de sujeción impositivos para determinar con que territorio tiene conexión y, por tanto, que jurisdicción tiene el derecho de exacción exclusivamente [(647)]. Llegados a este punto, son clarificantes las palabras de *LÓPEZ RODRÍGUEZ* al afirmar que con la armonización originada con la Directiva fiscal de fusiones se concilian las potestades tributarias de los Estados miembros de tal forma que se posibilita que se eliminen aquellos obstáculos fiscales sobre las operaciones de reestructuración o societarias, eliminando las posibilidades de que el contribuyente realice maniobras de elusión fiscal y a la par, se ha posibilitado defender los intereses fiscales de las jurisdicciones nacionales de la UE, mediante el método de diferimiento

[645] En este sentido, véase el artículo y los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE, en su informe de la misma organización, informe de 2014 titulado "*Modelo de convenio para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal en los impuestos sobre la renta y el patrimonio*", París, OCDE.

[646] Véase los requisitos, como la realización de la operación mediante una forma jurídica concreta, que esté sujeto y no exento a un impuesto recogido en la Directiva, y que tenga la sede social en algún Estado de la Unión –independientemente de sí es nacional o residente–.

[647] Analizando el artículo 13 del Modelo de Convenio de la OCDE, se deduce que en dicho precepto se establecerán las herramientas para gravar aquellas rentas o plusvalías originadas en las transmisiones, es decir, aquellas rentas que generen ganancias de capital. Los propios comentarios al Modelo identifican una forma dispar en tratar dichas ganancias, por lo que, estaremos diferentes soluciones para evitar la doble imposición, dependiendo de que: 1) la ganancia se considere renta imponible; 2) que se hayan obtenido por sociedades, ya que el resto estarán exentas; y 3) o que tengan su origen en supuesto específicos, como por ejemplo la transmisión de inversiones inmobiliarias. En definitiva, en dicho artículo no se precisa ni la naturaleza de los impuestos, ni se distingue el origen de la ganancia, ni tampoco establece una fórmula de cuantificación de las ganancias. Otro gran problema que se establece en el citado precepto, es que no contempla una definición de «ganancia de capital», es más, introduce la expresión de «enajenación de propiedad» que dará lugar a multitud de supuestos que se consideran ganancia de capital, como la venta, la venta parcial, la permuta, la expropiación, las aportaciones a entidades, transmisión de derechos, las donaciones o la transmisión *mortis causa*.

(648). *CALDERÓN CARRERO* y *MARTÍN JIMÉNEZ* argumentan que la Directiva fiscal de fusiones ha supuesto un avance normativo frente al Modelo, primero porque el Modelo no contempla las operaciones de reorganización o societarias; y segundo porque la Directiva contempla le exención en las plusvalías tras la anulación de participaciones (649). Del mismo modo, que las operaciones donde se realice un canje de títulos, ya que se resuelve de la misma forma tanto por el Modelo como por la Directiva.

Pero serán los métodos empleados para evitar la doble imposición los que más diferencias plantearan entre la Directiva fiscal de fusiones y el Modelo de Convenio. En cuanto a la primera empleará los métodos de diferimiento, para las operaciones de reestructuración o societarias; el de exención, para los casos de anulación de participaciones; el tax sparing y el de la imputación, para los casos donde intervengan sociedades consideradas transparentes. En cuanto al Modelo, dependerá de la existencia de la doble imposición para proceder con el método para eliminarla, es decir, dependiendo de los elementos transmitidos y de los puntos de conexión para determinar la jurisdicción de exacción. En los casos donde exista una doble imposición se aplicará el método de exención y, en su defecto, el de imputación, sobre todo en aquellos casos donde existan distintos tipos de gravamen. Por lo anterior, observamos que gracias a la Directiva fiscal de fusiones se garantiza de mejor forma la Libertad de establecimiento dentro del mercado común, aunque en nuestra opinión, esta circunstancia se debe afirmar con prudencia, ya que se trata de una armonización parcial, siendo aún necesario una mayor coordinación en aspectos como la base imponible, los criterios de sujeción impositiva, o incluso, en el desarrollo de definiciones, como por ejemplo, de establecimiento permanente o sociedad transparente. Otro grave problema que vemos de la Directiva es su transposición a las normativas internas, que genera grandes conflictos contra el Derecho de la UE, mediante un exceso desarrollo legislativo de medidas anti-abuso nacionales, nuevos supuestos que se aplicaran la Directiva o la no aplicación en operaciones societarias de traslado de sede social.

Pero la afirmación de que la Directiva garantiza la Libertad de establecimiento, se basa en cuatro elementos. Primero, la existencia de un criterio uniforme para todas las sociedades –aquellas que se contempla en el Anexo de la Directiva, puede considerarse escasa pero se garantiza un porcentaje elevado de amparo de las operaciones de reestructuración o societarias–, en el sentido contrario se encuentra el Modelo de Convenio que sólo será de aplicación en aquellos Estados firmantes, excluyendo el resto de agentes económicos europeos.

[648] LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: "Comentarios a la Directiva…", *cit.*, pág. 96.
[649] CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: "La Directiva de…", *cit.*, págs. 1170 y 1171.

Segundo, la Directiva establece multitud de definiciones con el intento de establecer la mejor seguridad jurídica para los contribuyentes –aunque aún quedan conceptos sin definición por parte del Derecho de la UE en las operaciones de reorganización o societarias–; pero por parte del Modelo, caracterizado por contener multitud de definiciones, carece de interpretaciones en el ámbito de las operaciones societarias o de concentración empresarial, siendo la Directiva la norma más evolucionada para evitar la doble imposición. Tercero, en lo relativo a la resolución de conflictos, con la Directiva se alcanza una mayor seguridad jurídica al poder acudir tanto a los tribunales nacionales como a instancias europeas; pero los procedimientos para solventar los conflictos en el Modelo se basa en un procedimiento amistoso donde las Administraciones tributarias pueden llegar a un acuerdo, sin embargo no existe una obligación a hacerlo. Por último, el cuarto elemento será las fuentes de la Directiva, que se basa en alcanzar los objetivos del TFUE, mediante una elaboración de propuestas de Derecho tributario europeo derivado que intentaran evitar las situaciones de doble imposición, de forma que se consiga un correcto funcionamiento del mercado común; por el contrario, el Modelo se caracteriza por tener un mayor dinamismo y contener multitud de definiciones que aseguran una correcta aplicación del Derecho internacional tributario.

CAPITULO 5: LA ARMONIZACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL DE SOCIEDADES MATRICES Y FILIALES.

1. ORIGEN Y OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA MATRIZ-FILIAL.

Señala *MOLINA GÓMEZ-ARNAU*, que «indudablemente la decisión de una empresa de constituir una filial en otro país de la Comunidad puede verse perjudicada por el hecho de los dividendos que pueda percibir estén sujetos al impuesto sobre sociedades en el país donde tenga su domicilio fiscal y a una retención en origen, no recuperable en el Estado miembro e que estén domiciliadas sus filiales» [(650)]. Esta afirmación no hace reflexionar sobre aquellas relaciones económicas que puedan tener una matriz con su filial, siendo cada una residente fiscal en distintas jurisdicciones tributarias y, por lo tanto, sometidas a unos criterios de imposición propios y no necesariamente iguales, puede generar el denominado efecto de la doble imposición. En ese sentido, *supra* hemos diferenciado entre la doble imposición jurídica y la doble imposición económica, siendo la primera aquella tributación que será sometida los dividendos pagados por la filial, en forma de retención, en el Estado de origen de la renta, debiéndose incorporar en la base imponible dichos dividendos en el Estado de la matriz; y la segunda, aquel dividendo que proviene de un beneficio que ya ha tributado la filial pagadora de dicha renta, debiéndose incorporar la suyo dicha renta en la base imponible de la sociedad matriz receptora. Con estos mimbres, desde la UE se planteó la necesidad de eliminar las restricciones fiscales señaladas anteriormente, ya que limitan las relaciones económicas internacionales e intracomunitarias, imposibilitando crear organizaciones empresariales de una dimensión adecuadas que exige el mercado interior y la creciente competencia internacional. En consecuencia, se aprobó 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, modificada con posterioridad por la Directiva 2011/96UE del Consejo y la Directiva 2014/86/UE del Consejo, de 8 de julio de 2014, conocidas como Directiva fiscal Matriz-filial. En definitiva, esta Directiva nacía con el objetivo de que «los grupos de sociedades de Estados miembros diferentes pueden ser necesarios para crear en la Comunidad condiciones análogas a las de un mercado interior y para garantizar así el establecimiento y el buen funcionamiento del

[650] MOLINA GÓMEZ-ARNAU, P.: "Apuntes sobre la Directiva del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al Régimen Fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (90/435/CEE)", *Noticias CEE*, núm, 84, 1992, pág. 81.

mercado común, que no se deben dificultar estas operaciones con restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros, que, por consiguiente, es importante establecer para esos grupos unas normas fiscales neutras respecto a la competencia con el fin de permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado común, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional» (651), ya que esta realidad justificará que «las actuales disposiciones por las que se rigen las relaciones entre sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes varían sensiblemente de un Estado miembro a otro y son, por lo general, menos favorables que las que se aplican a las relaciones entre sociedades matrices y filiales de un mismo Estado miembro, que la cooperación entre sociedades de Estados miembros diferentes queda por ello penalizada con relación a la cooperación entre sociedades de un mismo Estado miembro, que es conveniente eliminar dicha penalización mediante el establecimiento de un régimen común, y facilitar de este modo los grupos de sociedades a escala comunitaria» (652). Es decir, en palabras de *CALDERÓN CARRERO* y *MARTÍN JIMÉNEZ* la Directiva fiscal Matriz-filial «tiene como principal objetivo aproximar la fiscalidad de las distribuciones de beneficios transfronterizas entre sociedades asociadas al tratamiento que estas distribuciones reciben cuando son realizadas entre sociedades nacionales» (653).

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA MATRIZ-FILIAL.

2.1. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN.

El régimen común que *supra* hemos señalado, identificándolo como la Directiva Matriz-filial, tendrá su aplicación, según el art. 1 de dicha Directiva, en aquellas distribuciones de dividendos que reciban una sociedad matriz, siempre y cuando, sea residente en un Estado miembro, y dicho dividendo proceda de una filial con residencia fiscal en otro Estado miembro, estableciéndose la posibilidad de que se aplique el mismo régimen fiscal común para aquellos dividendos repartidos por una filial con residencia en una jurisdicción tributaria de la UE a su sociedad o sociedades matrices con una residencia fiscal extracomunitaria. En este sentido,

651 Considerando primero de la Directiva Matriz-filial, de 23 de julio de 1990.
652 Considerando tercero de la Directiva Matriz-filial, de 23 de julio de 1990.
653 CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: "La directiva relativa al sistema común de imposición aplicable en el caso de las sociedades matrices y filiales de diferentes Estados miembros", en la obra colectiva AA.VV. coordinada por CALDERÓN CARRERO, J. M; CARMONA FERNÁNDEZ, N.; MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. y TRAPÉ VILADOMAT, M.: *Convenios fiscales internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, Editorial CISS, Valencia, 2016, pág. 1075.

SEIRO CONSTELA señala que la Directiva Matriz-filial no será un régimen fiscal común aplicable sólo a las sociedades matrices y filiales residentes en la UE, sino ante un «régimen fiscal común aplicable a la distribución de beneficios entre sociedades de Estados diferentes sometidos al impuesto sobre sociedades» [(654)]. Esta circunstancia que señalamos, genera una mayor implicación jurídica, ya que *supra* hemos hablado de dividendos, aventurándonos en exceso, quizás, a la expresión que se utiliza en artículo 1 de la Directiva, donde se habla de distribución de dividendos, esto genera que no se concrete el ámbito de aplicación objetivo, al no existir una definición de tal expresión. En este sentido, señala *GONZÁLEZ POVEDA* que la falta en la determinación del concepto de distribución de beneficios puede generar una implicación jurídica en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales de la UE, es decir, una filial podría realizar un pago determinado a su matriz, que tendría consideración de distribución de beneficios según el Estado de residencia de la filial, mientras que puede no tenerlo de acuerdo con la legislación del Estado de la matriz. El mismo autor, defiende que esta situación «sucede con relativa frecuencia que los intereses pagados por las filiales a sus matrices como: consecuencia de préstamos de éstas son recalificados como distribuciones de beneficios por las leyes nacionales. Los supuestos más frecuentes son los de intereses que superan un tipo que se considera normal en el mercado o los pagados por préstamos que se recalifican total o parcialmente como aportaciones a los capitales propios (subcapitalización)» [(655)]. Aunque para *SIEIRO CONSTELA*, hay cierta limitación acerca de lo señalado *supra*, es decir, según la autora en la Directiva Matriz-filial se excluirá de su ámbito de aplicación aquellas distribuciones de beneficios que procedan de una liquidación de sociedad filial, hecho recogido en el apartado primero del art. 4. Esto hecho, según la autora, va a obedecer a que dichas distribuciones de beneficios que reciba el socio o matriz puede ser objeto de un tratamiento tributario diferente en los distintos Estados miembros de la UE [(656)]. Lo significativo de lo anterior, y tal como señala *CALDERÓN CARRERO* y *MARTÍN JIMÉNEZ*, que dicha Directiva relativa al sistema común de imposición aplicable en el caso de las sociedades matrices y filiales de diferentes Estados miembros se deberá tener en cuenta desde dos perspectivas: primero, desde el Estado

654 SIEIRO CONSTELA, M. A.: "La relación Matriz-Filial. El Régimen fiscal comunitario", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 6, 2002, pág. 793.

655 En este sentido, *GONZÁLEZ POVEDA*, defiende que esta situación «apunta incluso la posibilidad de considerar el importe de dicho endeudamiento en el cómputo del porcentaje de dominio determinante de la relación matriz-filial, situación de coherencia interpretativa que, sin embargo, tendrá escasa incidencia en la práctica dada la actual regulación de esta denominada «infracapitalización», cuya apreciación ya presupone una vinculación definida en los mismos términos que para la aplicación de la referida deducción», es decir, en base a la vinculación entre la filial y la matriz, esta autora defiende que se trata un dividendo. ("Régimen fiscal de las Sociedades Matrices y Filiales en la CEE", *Noticas CEE*, núm. 96, 1993, pág. 47).

656 SIERIO CONSTELA, M. A.: *op. cit*., pág. 793

de residencia de la sociedad matriz, por aquellos dividendos que recibe dicha sociedad de su filial; y segundo, desde el Estado de residencia de la sociedad filial que distribuirá dividendos a su sociedad o sociedades matrices. En base a esto, y adelantándonos al ámbito subjetivo de aplicación, vemos que en el artículo 2, en su letra a) apartado segundo, se explica lo anterior, ya que imposibilita que una sociedad matriz residente a efectos de un Convenio para evitar la doble imposición en un Estado extracomunitario, y este Estado haya firmado dicho convenio con el Estado miembro donde tenga la residencia la sociedad filial. Pero posibilita que aquella sociedad matriz residente a efectos de las leyes tributarias en un Estado extracomunitario, sin que este Estado haya firmado un CDI con el Estado miembro de residencia de la filial pagadora. Dicho de otro modo, cuando una matriz residente fuera de la UE podrá beneficiarse de la Directiva, siempre y cuando aquel Estado donde reside no tenga convenido un CDI con el Estado miembro de la sociedad distribuidora de beneficios.

Siguiendo con el análisis del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva, estos autores destacan que este sistema común será de aplicación en aquellas situaciones en las que participe un establecimiento permanente [(657)]–apartado primero letra c) y d) del artículo 1 de la Directiva Matriz-filial–, donde se diferenciarán dos situaciones: en primer lugar, aquella distribución de beneficios percibida por un establecimiento permanente con residencia en un Estado miembro perteneciente a alguna sociedad de otro Estado miembro y que dichos beneficios procedan de una filial de dicho EP en otro Estado miembro; y en segundo lugar, donde el establecimiento permanente sea el receptor de los beneficios, siendo residente en otro Estado miembro diferente desde donde se distribuyen tales beneficios y perteneciente a sociedades del mismo Estado miembro de las que son filiales [(658)].

2.2.ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN.

Por otro lado, el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva Matriz-filial parte del cumplimiento de las siguientes condiciones contemplados en el art. 2 a): el primer condicionante, es que sociedad que quiera ser beneficiaria de dicha Directiva este constituida

[657] La propia Directiva Matriz-filial, recoge una definición de establecimiento permanente, aspecto resaltado por los autores *CALDERÓN CARRREO* y *MARTÍN JIMÉNEZ*, en el caso contrario, en referencia a la Directiva fiscal de fusiones. ("La Directiva de…", *cit.*, pág. 1179). Esta incorporación de tal definición en la Directiva Matriz-filial posibilita, en nuestro juicio y en base a las afirmaciones de los autores *supra* mencionados, de que se clarifiquen los límites en los casos de inaplicación de dicha Directiva.

[658] CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: "La directiva relativa al sistema común de imposición aplicable en el caso…", *cit.*, pág. 1075.

bajo una de las formas que se contempla en el Anexo I parta A de dicha Directiva; el segundo condicionante, es de acuerdo con la jurisdicción tributaria de un Estado miembro, se establezca que tiene residencia en ese Estado miembro, y sin que por un Convenio para evitar la doble imposición firmado con Estado extracomunitario, por parte de este Estado, se pueda considerar que tiene la residencia fuera del ámbito de la UE; y como último condicionante, que dicha sociedad esté sujeta, sin posibilidad de opción ni de estar exenta –aunque cabe la posibilidad de acogerse estando algunas rentas exentas pero no en su totalidad–, a uno de los impuestos contemplados en la parte B del Anexo I [(659)]. Sobre este último condicionante, el de estar sujeta una sociedad al impuesto sobre sociedades de algún Estado miembro, tiene un carácter subjetivo por dos razones: primero, ya que si fuera de carácter objetivo, quedaría anulada el objetivo principal de dicha Directiva al imposibilitar la eliminación de la doble imposición económica; y segundo, analizando el apartado tercero de la letra a) del art. 2, vemos que la intención de la Directiva es excluir de su aplicación aquellas sociedades que estén exentas o no estén sujetas a un impuesto sobre sociedades, y en consecuencia, con un carácter objetivo no se podría entender la aplicación a la entidad, es decir, que los beneficios de la Directiva se apliquen a la sociedad matriz o a la sociedad filial [(660)]. Dicho de otro modo, el ámbito subjetivo de la Directiva facilitará que los requisitos que se deban de cumplir para la aplicación de dicha Directiva no se tengan que ejecutar en un mismo Estado miembro, posibilitándose que una sociedad constituida en España, con sede social en Portugal y sujeta al impuesto sobre sociedades portugués mediante el Convenio para evitar la doble imposición entre España y Portugal, e incluso, si existieran sociedades filiales de dicha sociedad en otros Estados miembros, todas estas sociedades se les aplicaría los beneficios contemplados en la Directiva Matriz-filial [(661)].

[659] Dicho condicionante fue modificado con la Directiva 2014/86/UE del Consejo de 8 de Julio de 2014, por la que se reforma la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, en su artículo 2 apartado segundo, posibilitando que las sociedades puedan estar sujetas a otros impuestos que sustituyan a uno de los impuestos recogidos en la parte B del Anexo I de la Directiva 2011/96/UE, previa información a la Comisión de dicho cambio de imposición. En nuestra opinión, dicha modificación nace por las distintas adhesiones que ha sufrido la UE, ya que el sistema de aplicación subjetiva de la Directiva para que sea beneficiaria una sociedad, parte de enumerar en una lista, los tipos societarios y de tributos a los que deben estar sujetos estas sociedades.

[660] En este sentido, en nuestra opinión vemos que la intención que se recoge en la Directiva es que aquellas sociedades que estén sujetas al impuesto sobre sociedades de algún Estado miembro, pero determinen la base imponible bajo las normas de otro impuesto, puedan acogerse a los beneficios de dicha Directiva.

[661] CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: "La directiva relativa al sistema común de imposición aplicable en el caso…", *cit.*, pág. 1078.

2.3.REQUISITOS DE PARTICIPACIÓN PARA LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA.

En la Directiva Matriz-filial se establecerá en su artículo 3 letra a) apartado primero, un requisito de participación por el cual se producirá de forma efectiva la aplicación del sistema fiscal común en las relaciones entre la sociedad matriz y su sociedad filial. Este requisito está conformado mediante una participación directa, por parte de la matriz, de al menos un 10% sobre el capital social de una sociedad con residencia en otro Estado miembro. Por tanto, la sociedad que ostente la participación en la otra sociedad se considerará matriz [(662)], a efectos de esta Directiva, mientras que la filial será aquella sociedad en el que su capital se encuentre una sociedad con al menos ese porcentaje. En el apartado segundo de dicha letra, tendrá consideración de matriz aquel establecimiento permanente residente en un Estado miembro, perteneciente a una sociedad de otro Estado miembro, y este establecimiento ostente el mismo porcentaje sobre una sociedad residente en este otro Estado miembro, es decir, se permitirá que un establecimiento permanente perteneciente a una sociedad que cumpla con los requisitos de art. 2, pueda aplicarse la Directiva, si este ostenta una participación en una sociedad con la misma residencia que la sociedad de la que dependa el EP, pero este establecimiento permanente deberá cumplir dos condicionantes: en primer lugar, que dicho EP tenga residencia en algún Estado miembro y esté sujeto a la imposición de dicho Estado según el Anexo I; y en segundo lugar, que el Estado miembro donde resida tal establecimiento grave la renta que obtiene. Se puede pensar que el supuesto de que la sociedad que controle el EP sea residente en un Estado miembro diferente a la filial del mismo establecimiento permanente no se puede aplicar la Directiva, aunque las tres entidades tengan residencia en la UE, ya que este supuesto no se recoge en la propia Directiva. En este sentido, *CALDERÓN CARRERO* y *MARTÍN JIMÉNEZ*, entienden que este hecho no quiere decir que se esté fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, al contrario, estos autores defienden que por el amparo de las Libertades de la UE, sería de aplicación este sistema fiscal común en el caso donde un EP ostente una participación de al menos un 10% sobre una sociedad con residencia en un Estado miembro, siempre y cuando, este establecimiento sea residente en la UE y dependiente de una sociedad también residente en alguna jurisdicción tributaria de la Unión [(663)].

[662] Esta afirmación que se desprende de la propia Directiva, para los autores *CALDERÓN CARRERO* y *MARTÍN JIMÉNEZ*, debería quedar delimitado para evitar las discusiones que se dan acerca de este concepto. ("La directiva relativa al sistema común de imposición aplicable en el caso…", *cit.*, pág. 1087).
[663] CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: "La directiva relativa al sistema común de imposición aplicable en el caso…", *cit.*, pág. 1087.

En el apartado segundo del artículo 3, concretamente en su letra a), la Directiva recoge que las normativas nacionales podrán sustituir la condición de controlar al menos el 10% del capital por el criterio de que controlen al menos el 10% de los derechos de voto de la sociedad filial, según *ROZAS VALDÉS* este motivo defiende la costumbre de los países sajones donde la delimitación del ámbito subjetivo se deberá construir «sobre la participación en los derechos de voto, como proponían los países sajones» [(664)]. Mientras en la letra b) de dicho apartado, se va a recoger que dicho requisito de participación, tanto en el capital como en los derechos de voto, tendrá que ostentarse con una anterioridad de al menos dos años, o mantenerse ese periodo ininterrumpidamente desde que se perciben los primeros beneficios, es decir, tendrá que conservar esa participación que le dé el derecho a recibir beneficios o expresar los derechos de voto al menos dos años, para que se califique a la sociedad como matriz. Por tanto, no será de aplicación el régimen fiscal común de la Directiva Matriz-filial, en aquellas sociedades que no mantenga el porcentaje el periodo descrito *supra*, esta circunstancia ha sido objeto de aclaración por la jurisprudencia del TJUE mediante la sentencia del caso *Denkavit y otros*, donde el Tribunal se manifestó que la Directiva será de aplicación en cuanto exista la relación entre la matriz y la filial, siendo los Estados miembros quienes deban de crear las medidas de seguridad necesaria que, si el plazo no se cumple, no se pueda aplicar este régimen fiscal común de distribuciones de beneficios [(665)]. Se puede entender, desde nuestro punto de vista, como una medida más para eliminar los supuestos de doble imposición, dicho entre comillas, para aquellas sociedades que no cumplan con los requisitos de forma jurídica ni de participación que, previa autorización y con efectos recíprocos entre los Estados miembros implicados en la operación, puedan aplicarse la Directiva concediéndose con el permiso de la Administración tributaria del Estado miembro, en base al artículo 7 en su apartado segundo.

Dicho lo anterior, cabe mencionar lo dispuesto en el artículo 2 aparatado cuarto de la Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, la conocida como *Directiva ATAD I*, donde se entiende que empresa asociada –podemos considerar como empresa asociada la sociedad filial–, es aquella entidad donde un contribuyente –o sociedad matriz– ostenta, directa o indirectamente, al menos una participación de un 25% en los derechos de voto, o reciba al menos ese porcentaje de los beneficios, añadiendo que «[s]i un individuo o entidad detentan […] indirectamente una participación de al menos un 25 % en un contribuyente y una o más

[664] ROZAS VALDÉS, J. A.: *La armonización de los Impuestos sobre los beneficios societarios en la Comunidad Europea*, Papeles de Trabajo 20/89 del Instituto de Estudios Fiscales, pág. 22.
[665] Sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1996, Asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94, *Denkavit y otros*, apartados del 28 al 36.

entidades, todas las entidades correspondientes, incluido el contribuyente, se considerarán también empresas asociadas» [(666)].

2.4.LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS DE LA DIRECTIVA MATRIZ-FILIAL.

Destacábamos *supra* que la Directiva Matriz-filial no incluía una definición al concepto de distribución de beneficios, hecho importante, ya que, la aplicación de dicha Directiva se va a centrar en esa distribución de sociedades filiales en favor de su matriz o matrices, o de los establecimientos permanentes de estas matrices que ostenten las participaciones en las sociedades filiales en otro Estado miembro. Como señalamos anteriormente, la propia Directiva no recoge una definición de tal concepto, por tanto, recurriremos a la jurisprudencia del TJUE para establecer la definición al concepto y para entender la relación del mismo con el requisito de participación que se recoge en el art. 3, ya que con este concepto se querían sentar las bases de las medidas anti-abuso [(667)]. En consecuencia, dicho concepto parte del Derecho societario o mercantil del Estado de residencia de la filial, para determinar la naturaleza de la renta distribuida y de la participación, es decir, este concepto se va entender desde el punto de vista de los ordenamientos internos de la UE.

Desde el punto de vista de Derecho mercantil español, se puede entender la distribución de beneficios como la distribución del resultado, dicho de otro modo, esta última distribución supone ser aquel proceso que asigna los resultados positivos alcanzados por la sociedad [(668)]. Tal y como señalábamos *supra*, *PORFIRIO CARPIO* determina que este proceso de asignación se expresa en dos grupos de partícipes: por un lado, la propia empresa dotando las ganancias como reservas en los fondos propios; y por otro lado, los socios, accionistas y/o participes a través de los dividendos [(669)]. Un aspecto que resalta *DÍAZ MORENO* es que dicho resultado deberá coincidir con el resultado contable obtenido en la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad [(670)], es decir, será el cálculo o regularización contable, detrayendo de los ingresos los

666 Obsérvese la Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, "por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior", en su artículo 2, apartado cuarto.
667 Véase las sentencias del TJCE de 17 de septiembre de 2007, Asunto T-125/03, *Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión*; y la de 22 de diciembre de 2008, Asunto C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*.
668 DÍAZ MORENO, A.: "Las sociedades mercantiles", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A.: *Lecciones de derecho mercantil*, Tecnos, Vigésima edición, Madrid, 2017, pág. 192.
669 PORFIRIO CARPIO, L. J.: *op. cit.*, pág. 786.
670 DÍAZ MORENO, A.: *op. cit.*, 192.

gastos, el que determine el resultado a distribuir, pudiendo ser tanto positivo como negativo. En el caso de que sea positivo se integrará, desde la perspectiva contable, con signo positivo en los fondos propios de dicha empresa [(671)]. Según el art. 273 en su apartado primero de la LSC, será potestad de la Junta General la aplicación del resultado del ejercicio, dentro de los seis primeros meses del nuevo ejercicio, con respecto al anterior resultado de ejercicio, mediante una Junta General ordinaria, imposibilitando aquellos el reparto de aquellos beneficios que sean imputados, tanto directamente como indirectamente, en el patrimonio neto de la sociedad [(672)]. De acuerdo con *DÍAZ MORENO*, dicho resultado contable que será objeto de distribución se calculará en base a la normativa mercantil, ya que según el Código de Comercio el patrimonio neto de la sociedad, a efectos de distribución de los resultados, tendrá la consideración diferente al reflejado por el patrimonio neto contable. El autor defiende que dicho resultado distribuible será aquel que se pueda repartir entre sus socios, accionistas y/o participes en forma de dividendos, disminuido por aquellas cantidades que deban de cumplir la dotación de reservas por requisitos legales y estatutarios [(673)]. Por lo anterior, el apartado segundo del art. 273 de la LSC establece que del cálculo para la distribución del resultado, en forma de dividendos o dotar reservas de libre disposición con esos resultados, se debe de cumplir con los requisitos que se prevén en la Ley o en los estatutos. Estos requisitos serán: en primer lugar, las obligaciones legales, diferenciándose entre: a) la reserva legal, contemplada en el art. 274 de la LSC, que tiene un carácter obligatorio, al tener que destinar el 10% de los resultados hasta que se alcance el 20% del capital social, el exceso de dotar la reserva legal por encima de ese porcentaje, tendrá consideración, desde la perspectiva mercantil, de reservas de libre disposición; b) la reserva por fondo de comercio, recogida en el art. 273 en su apartado cuarto, constituida por la existencia de un fondo de comercio en el activo del balance, con una cuantía a dotar máxima del 5% de dicho fondo. Recordamos que dicho fondo se originará cuando en una operación societaria, se origine una contraprestación mayor al valor de la sociedad beneficiaria de dicha operación. Esta obligación existirá hasta que se dote una reserva con el mismo valor que el fondo de comercio, aunque podrá sufrir correcciones valorativas por deterioro [(674)]; y c) las reservas disponibles,

[671] En esta situación, *PORFIRIO CARPIO* defendía que la sociedad se encontrará ante una problemática debido a la distribución de este resultado, ya que dicha distribución, como adelantamos supra, va a requerir de determinados trámites y requisitos. (*op. supra cit.*, pág. 786).

[672] Esta imposibilidad parte de la contabilidad, es decir, desde nuestro punto de vista, lo que se intenta con esta limitación es que el resultado incluya aquellas variaciones de valor que se han generado por un ajuste del valor razonable, por un deterioro, por una transmisión o por la cancelación de algunos elementos patrimoniales, con el objetivo de preservar que determinados recursos puedan abandonar la empresa, o dicho de otro modo, evitar una descapitalización de la sociedad.

[673] DÍAZ MORENO, A.: *op. supra cit.*, 192.

[674] DÍAZ MORENO, A.: *op. cit.*, 193.

por mandato legal, recogidas en el apartado tercero del artículo 273 de la LSC, estas reservas serán dotadas a razón de aquellos gastos de investigación y desarrollo que figuren en el activo, aunque si existieran reservas de libre disposición que llegue a cubrir financieramente la cantidad referente a dichos gastos de investigación y desarrollo activados, dicha obligación quedara excluida. En segundo lugar, estarán las obligaciones estatutarias, distinguiéndose entre: 1) reservas estatutarias, aquellas reservas que se contemplen en el estatuto de la sociedad, que con carácter obligatorio se dotará por aquella cantidad que se especifique. Estas reservas pueden modificarse o eliminarse, por acuerdo de la Junta General que acuerde una modificación estatutaria; 2) los dividendos para las acciones sin voto, como ya adelantamos *supra*, se trata de una obligación estatutaria más, contemplada en el art. 99 de la LSC, y se trata de un derecho preferente a los titulares de dichas acciones de obtener un dividendo anual mínimo, fijo o variable; 3) los bonos de fundador o de promotor, recogidos en el art. 27 de la LSC, se originan según el procedimiento de constitución de la sociedad, siendo bonos de fundador cuando sea una constitución simultánea, mientras que serán bonos de promotor cuando sea una fundación sucesiva. Supone una reserva, por parte de los socios que inician la actividad de la nueva sociedad, de un derecho en participar en las ganancias sociales de la misma, siempre que se establezca en los estatutos de la sociedad, con un máximo del 10% de los beneficios del ejercicio y con un plazo máximo de 10 años, lo que pueden percibir dichos bonos. Adicionalmente, en el mismo artículo establece que se debe incorporar en los estatutos el sistema de liquidación de la extinción anticipada de dichos derechos o bonos; y 4) la remuneración de los administradores, dicha obligación se establece con arreglo al artículo 218 de la LSC, ya que la Ley contempla la posibilidad de remunerar a los administradores de la sociedad mediante la participación en las ganancias sociales de la sociedad. Desde este artículo se remitirá al 130 de la LSC, en este último se establece que la retribución que pueden tener los administradores tendrá que estar contemplada en los estatutos y será efectiva cuando queden dotadas las reservas legales, estatutarias y se reconozca a las acciones ordinarias un dividendo que suponga el 4% del resultado de la sociedad [(675)]. Y en tercer lugar, destinar la distribución del resultado, como una posible obligación de estabilidad económico-financiera, a sanear las pérdidas en las que se haya incurrido en ejercicios previos, esta obligación se recoge en el apartado segundo del artículo 273 de la LSC, y se deberá sanear una vez se hayan cubierto las

675 Según el INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTA, en su consulta 1, de 21 de abril de 1995 (BOICAC 21/04/1995), se debe contabilizar la remuneración de los administradores a partir de una participación en las ganancias sociales como un gasto contable más, mediante una regularización contable del resultado, ya que de esta forma el resultado a distribuir por la sociedad será el verdadero beneficio excedentario al que pueden participar, de forma exclusiva como los partícipes, los socios, accionistas o la propia sociedad.

obligaciones legales y estatutarias, y el patrimonio neto resultante sea inferior al capital social. Según *DÍAZ MORENO*, el cálculo del patrimonio neto, desde la perspectiva de los criterios mercantiles, será la suma del importe del capital suscrito no exigido y el importe nominal, de las primas de emisión o de la asunción del capital suscrito, que esté reconocido como pasivo contablemente [(676)]. Por tanto, como se ha señalado *supra*, cuando el valor del patrimonio neto sea inferior al valor del capital social a causa de la existencia de pérdidas de ejercicios anteriores, se obligará a destinar el resultado a compensar dichas pérdidas, hasta que le patrimonio neto quede, al menos, igualado al capital social. En consecuencia, lo que se pretende es salvaguardar el futuro de la sociedad desde un punto de vista económico-financiero, a través de un equilibrio mínimo entre el patrimonio neto y el capital social.

Por lo anterior, se puede plantear lo destacado por *DÍAZ MORENO*, que la única decisión factible una vez cubiertas o dotadas tanto las obligaciones legales como las obligaciones estatutarias, sea un reparto del resultado, calculado previamente que parte del beneficio del ejercicio se podrá distribuir, ya que este resultado se podrá distribuir a los partícipes señalados *supra*, que son: a) a la propia empresa, a través de una dotación de reservas voluntarias de libre disposición, suponiendo mayores recursos para la sociedad al quedarse el beneficio en la sociedad, esta distribución se consideran autofinanciación para el enriquecimiento, con el objetivo futuro de poder acometer inversiones futuras que generen una rentabilidad mayor a los socios o accionistas de la sociedad; y b) a los accionistas o socios, en forma de dividendos, y resulta que los recursos de la sociedad salen del patrimonio de dicha sociedad para aumentar el patrimonio de dichos accionistas o socios, ya que en cierta manera, según el autor, esta distribución supone generar un pasivo exigible, en un tanto por cierto de remuneración, según el valor nominal desembolsado por cada acción o participación, por parte de los socios o accionistas a la sociedad; mediante la declaración de si existen dividendos a cuenta, diferentes clases de acciones y si se ha desembolsado de forma efectiva el valor nominal de dichas acciones o participaciones, ya que la distribución se hará efectiva en función del importe nominal desembolsado [(677)]. Por tanto, entendemos que el importe máximo a distribuir en forma de dividendos será el total del beneficio distribuible, sin que exista ninguna otra cantidad pendiente de distribuir o de dotar específicamente en otra partida. Esta distribución se debe aprobar por Junta General, donde se determinará el plazo y la forma del pago, según el artículo 277 de la LSC.

[676] DÍAZ MORENO, A.: *op. supra cit.*, 192.
[677] DÍAZ MORENO, A.: *op. supra cit.*, 193.

Otra circunstancia que hemos señalado *supra* es que existe una motivación para entender el porqué de la equiparación de la participación en el capital con la participación en los derechos de voto, con el objetivo de poderse aplicar el régimen común fiscal recogido en la Directiva Matriz-filial. Esta circunstancia se recoge en el apartado segundo, letra a) del art. 3 de dicha Directiva, donde se contempla la posibilidad de que se aplique la el régimen común cuando exista un Convenio para evitar la doble imposición que prevea dicha equiparación.

3. LA DETERMINACIÓN DE LOS DIVIDENDOS EN LA DIRECTIVA MATRIZ-FILIAL.

Dentro de la fiscalidad internacional, una de las principales cuestiones son las rentas pasivas, compuestas por los dividendos, intereses y cánones. Se les denomina rentas pasivas puesto que no suponen una implicación de una actividad de ordenación de medios de producción en otra jurisdicción tributaria –como sería la constitución de un establecimiento permanente, por ejemplo–, sino que se trata de una cesión de dinero, a través de la financiación propia, por medio de acciones, o por financiación ajena, por medio de préstamos, o de una cesión de tecnología, por ejemplo patentes, para que se produzca un flujo periódico de rentas en favor del cedente. En cierta manera, se da la paradoja de que existen distintas consideraciones filosóficas o jurídico-económicas, que generan planteamientos políticos de diversa índole que por un lado, van a generar posturas radicales hacia el gravamen en origen, por aquellas jurisdicciones tributarias que importen capitales y tecnología, que van a pretender gravar la capacidad económica que puedan poner de manifiesto estos capitales o tecnologías, en el territorio de dicha jurisdicción importadora; y por otro lado, una postura radical en el gravamen de destino, en aquellas jurisdicciones que exportadoras de capitales y tecnología [(678)]. En definitiva, desde la fiscalidad internacional lo que se va a pretender es que se elimine o aminore la posible doble imposición que se pueda dar en dichas rentas, para que no se pueda considerar como un obstáculo en el desarrollo de las operaciones internacionales. Señala *LUCAS DURÁN* que «la dificultad de convenir cuál de los Estados implicados debe sustraerse de gravar este tipo de rentas –el Estado de origen o de destino, se han adoptado posiciones eclécticas» [(679)], es decir, se intentará atribuir un poder tributario limitado sobre esas rentas

[678] LUCAS DURÁN, M.: "Los dividendos e intereses en la fiscalidad internacional", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2013, pág. 641.
[679] LUCAS DURÁN, M.: "Los dividendos e intereses en la fiscalidad internacional", *cit.*, pág. 641.

pasivas en el Estado de la fuente, que a su vez, será neutralizado por el método de imputación o mediante la generación de un crédito sobre el impuesto del Estado de destino por el tributo desembolsado en el origen. En consecuencia, estaremos ante una tributación compartida en aquellas normas tributarias sobre los dividendos, intereses y cánones, en contra de la práctica habitual, en relación al resto de rentas que se prevén en los convenios para evitar la doble imposición internacional, que atribuirán la capacidad plena de gravar al Estado de la fuente, mediante la imputación del país de residencia del contribuyente, o al Estado de destino, a través de una exención en el Estado de origen. Señala *VEGA BORREGO*, que esta diferenciación en el tratamiento tributario de las rentas pasivas, conlleva consecuencias jurídicas, véase de ejemplo, aquellas devoluciones de ingresos indebidos por ser gravadas las rentas pasivas a tipos impositivos mayores de los recogidos en el CDI. En definitiva, estas rentas posibilitan brindar grandes posibilidades de planificación fiscal internacional, a través del *treaty shopping* o mediante la «utilización interesada de una determinada red de convenios fiscales firmados por un país concreto con la finalidad de aminorar la tributación de ciertas rentas» [(680)]. En el mismo sentido se expresa *LUCAS DURÁN* al afirmar que las rentas pasivas se utilizan como medio para obtener un ahorro fiscal, mediante la interposición de sociedades *holding* o por la utilización de empresas asociadas, ya que «no todos los CDI firmados por un país fijan la misma tributación en la fuente para un determinado tipo de rendimientos» [(681)]. Aunque para *MARTÍN JIMÉNEZ*, resulta necesario precisar que dichas rentas cuando sean abonadas o recibidas por un establecimiento permanente, se complicará la situación jurídica mencionada *supra*, al poder darse situaciones triangulares o aún más complicadas. Aspecto que también se originará en aquellos casos donde exista una sociedad con doble residencia fiscal [(682)].

Señala *LÓPEZ ESPADAFOR* que dentro de las rentas pasivas, los dividendos serán los que mayor relevancia tendrán en el Derecho internacional tributario y en el Derecho tributario internacional [(683)]. Esta importancia se debe a que constituye la figura mercantil por excelencia para recuperar las inversiones realizadas, incluso en aquellas inversiones internacionales cuando se realicen mediante la constitución de una sociedad filial en otro Estado, en vez de

---

680 VEGA BORREGO, F. A.: *Las medidas contra el "treaty shopping": las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, pág. 150. También se observar en VEGO BORREGO, F. A.: "Medidas antiabuso y convenios de doble imposición", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por FERNÁNDEZ PRIETO, A. y RODRÍGUEZ ORDARZA, J. A.: *Fiscalidad y planificación fiscal internacional*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2003, pág. 403.

681 LUCAS DURÁN, M.: "Los dividendos e intereses en la fiscalidad internacional", *supra cit.*, pág. 641.

682 JIMÉNEZ MARTÍN, F.: "Aplicación triangular de los convenios para evitar la doble imposición en supuestos de repartos de dividendos por sociedades españolas en situación de doble residencia", *Impuestos*, Año núm. 19, núm. 2, 2003, pág. 152.

683 LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "La construcción del Derecho…", *cit.*, págs 102.

constituir un establecimiento permanente, transfiriendo dicha filial los beneficios a la matriz, es decir, se trata de un instrumento jurídico por el cual las sociedades desarrollarán una actividad económica a nivel internacional. *LUCAS DURÁN* destaca que el carácter no deducible de los dividendos supone una mayor complejidad tributaria que el resto de rentas pasivas. Esto es debido a que las rentas pasivas se enfrentan a una doble imposición jurídica, al estar gravados en la dos soberanías tributarias diferentes, pero los dividendos, concretamente, se enfrentan, además, a una doble imposición económica originada en el intento de gravar dichas rentas en dos instancias subjetivas diferentes, es decir, a la sociedad y al socio [(684)].

Para detallar la noción de los dividendos lo analizaremos desde perspectivas diferentes, tanto a nivel del ordenamiento interno de los Estados miembros, a nivel de los Convenios para evitar la doble imposición, como desde la normativa de la UE. En base a la perspectiva de la normativa interna de los Estados miembros, lo examinaremos según la normativa tributaria española, aunque nos adelantamos al decir que dicha normativa no contempla una definición al uso, sino que hará una distinción dentro de lo que son los rendimientos de capital mobiliario, es decir, la normativa española diferencia como dividendos aquellas rentas obtenidas por la participación en fondos propios, rentas que proceden de operaciones de capitalización, rentas por contratos de seguros e invalidez y por rentas de capital mobiliario diversos. Dicho de otro modo, en la normativa española el dividendo tendrá sinónimos que ayuden a determinar con precisión el significado del concepto de los dividendos. Estos sinónimos son los rendimientos derivados de la participación en los fondos propios de entidades, participación en beneficios o beneficios distribuidos [(685)]. De acuerdo con la doctrina española, el concepto de dividendos es amplio y comprende los siguientes rendimientos: a) según *ÁLVAREZ BARBEITO*, serán aquel rendimiento pagado por la sociedad a cargo de las reservas no gravadas [(686)]; b) destaca *FONT GALÁN*, que serán dividendos aquellas remuneraciones que se concedan a los accionistas para que asistan a las Juntas Generales, en forma de prima de asistencia a juntas [(687)]; c) para

[684] LUCAS DURÁN, M.: "Los dividendos e intereses en la fiscalidad internacional", *supra cit.*, pág. 646. Sobre los conceptos de doble imposición, tanto jurídica como económica, véase, entre otros, BÜHLER, O: *op. cit.*, págs. 44 y 45; BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: *op. cit.*, pág. 26; y LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *La doble imposición…*, *cit.*, págs. 23 y 24.

[685] Por ejemplo, para el sinónimo de rendimientos obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad, vemos que se recoge en el apartado primero del art. 25 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre de 2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

[686] ÁLVAREZ BARBEITO, P.: *op. cit.*, págs. 71 y 72. En el mismo sentido podemos ver a DE PABLO VARONA, C.: *La tributación del socio en el IRPF*, Edersa, Madrid, 2002, págs. 58, 75 y 130.

[687] FONT GALÁN, J. I.: "Primas de asistencias a juntas generales de sociedades anónimas y dividendos encubiertos (a propósito de una experiencia en empresas bancarias)", en la obra colectiva de AA.VV.: *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, LA LEY, Tomo I, Madrid, pág. 772. También se manifiesta en el mismo sentido, PABLO VARONA, C.: *op. cit.*, págs. 97 y 99.

BARBERENA BELZUNCE, también tendrán consideración de dividendos, tanto los retornos cooperativos como las devoluciones a mutualistas [(688)]; d) para *GARCÍA–OVIES SARANDESES* y *SESMA SÁNCHEZ*, se debe incluir como dividendos los rendimientos de las instituciones de inversión colectiva –las entidades más conocidas son los fondos de inversión, las SICAV y las SOCIMI–, ya que tienen una finalidad de aglutinar la inversión de diversos inversores y pueden generar repartos de beneficios [(689)]; e) las reducciones de capital que supongan la devolución de las aportaciones de capital en los fondos propios, tiene la consideración de dividendos, según *DE PABLO VARONA*, esta consideración será parte que excede del valor de adquisición de dichas aportaciones [(690)]; f) aquellos rendimientos de bonos de participación en beneficios, también conocidos como bonos de disfrute, y aquellos rendimientos de cuotas participativas, para *PÉREZ ROYO* tendrán la consideración de dividendos, aunque la titularidad de dichos bonos no supongan obtener una condición de socios [(691)], ya que desde el punto de vista de Derecho de sociedades tradicional, quedaría fuera del concepto de dividendos, pero desde el perspectiva del Derecho tributario, debido a su especial estructura jurídica, al obtener un rendimiento en base a un beneficio de la sociedad o entidad, tendrá una consideración de dividendo [(692)]; g) según el Tribunal Económico Administrativo Central, también se podrá considerar como dividendo, cualquier otro rendimiento que reciban los socios, accionistas o participes, por su condición, es decir, dicho Tribunal considera que todos aquellos gastos realizados por la sociedad a cuenta de los socios, como facturas particulares, seguros de socios particulares, salida de dinero por socios para fines particulares o gastos de tarjeta por particulares, que se formalizan como préstamos entre la sociedad y los socios o viceversa, se considerarán como retribuciones al capital propio [(693)].

Desde la perspectiva del Modelo de Convenio de la OCEDE, el concepto de dividendo vendrá definido en el apartado tercero del art. 10 de dicho Modelo, significando ser aquellos «rendimientos de las acciones o de los bonos disfrute, de las participaciones mineras, de las

---

688 BARBERENA BELZUNCE, I.: *Sociedades cooperativas, anónimas laborales y agrarias en transformación. Régimen fiscal*, Aranzadi, Pamplona, 1992, pág. 256; este autor se recoge en la obra de ÁLVAREZ BARBEITO, P.: *op. cit.*, págs. 74 y 75. En el mismo sentido, véase, PABLO VARONA, C.: *op. cit.*, pág. 112.

689 GARCÍA-OVIES SARANDESES, I y SESMA SÁNCHEZ, B.: *Fiscalidad de las rentas del capital mobiliario en España*, Lex Nova, Valladolid, 1996, pág. 58. Recomendamos la lectura de *NAZIR ALONSO*, para el estudio de la evolución de las IIC y del desarrollo legislativo en materia tributaria de estos instrumentos. (*Fiscalidad de las sociedades y fondos de inversión colectiva*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pág. 75).

690 PABLO VARONA, C.: *op. cit.*, pág. 739.

691 PÉREZ ROYO, F.: "La Directiva 2003/48/CE, sobre fiscalidad del ahorro y su transposición al ordenamiento español", *Quincena Fiscal*, núm. 21, 2004, pág. 21.

692 *Vid*. sobre este asunto, SANZ GADEA, E.: "Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas", *Revista de Contabilidad y Fiscalidad*, núm. 107, 1992, pág. 20; y PABLO VARONA, C.: *op. cit.*, pág. 108.

693 Tribunal Económico-Administrativo Central, Resolución de 8 de marzo de 2018, Asunto 648/2018.

partes de fundador u otros derechos, excepto los de crédito [(694)], que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que hace la distribución». En este sentido, para *TOVILLAS MORÁN* se ha de destacar tres cuestiones diferenciadas para una correcta conceptualización de los dividendos, que son: en primer lugar, considerar dividendos aquellos rendimientos de derechos titulizados, procedentes de títulos-valores, que posibiliten la participación en los beneficios sociales de la sociedad. En segundo lugar, no se podrán considerar como dividendos aquellos rendimientos procedentes de derechos de crédito, como las retribuciones de préstamos participativos donde el cálculo de los intereses se base en los beneficios sociales o sean intereses de bonos u obligaciones convertibles. Y finalmente, aunque algunos rendimientos no se pudieran considerar como dividendos, «podría ocurrir que la remisión a la normativa del Estado de la fuente permitiría su inclusión en el concepto» [(695)].

Como hemos señalado anteriormente, desde la perspectiva del Derecho de la UE, concretamente desde la Directiva Matriz-filial, veremos que se utiliza el término de dividendos, sino que se aludirá a las expresiones de distribuciones de beneficios o a beneficios distribuidos. Aunque, en la lectura de la exposición de motivos de dicha Directiva –incluso en la documentación de referencia que se sirvió para la tramitación de la susodicha Directiva– se puede deducir que las distribuciones que la normativa de la UE quiere tutelar son las realizadas entre sociedades filiales a sus sociedades matrices, en base a esa relación de sociedad-socio. Para ello, se debe entender el concepto de beneficio distribuido, como aquel rendimiento que procede de los repartos de ganancias sociales por cualquier causa que, al abandonar el seno social, pasan a formar parte del patrimonio de los socios o, excepcionalmente, de terceras

[694] Esta excepción viene de la dificultad en poder delimitar los conceptos de dividendos y de los intereses. En ocasiones, se considerará como dividendos aquellos intereses que procedan de préstamos, donde el prestamista comparta efectivamente los riesgos incurridos por la sociedad, o dicho de otro modo, cuando el reembolso de dicho préstamo y de sus intereses dependa del éxito de la sociedad. Los riesgos compartidos e incurridos por el prestamista será cuando: a) el préstamo supera los fondos propios de la sociedad y sea superior al valor de los activos amortizables; b) cuando el prestamista participe de los beneficios de la sociedad; c) cuando el reembolso del préstamo quede supeditado a que se reembolsen deudas con otros acreedores o al pago de dividendos; d) cuando la cuantía o el pago de los intereses dependa de la existencia de beneficios en la sociedad; y e) cuando el contrato de préstamos no se contemple una cláusula temporal para el reembolso de dicho préstamo. En definitiva, debemos destacar las palabras de *VOGEL*, que fundamenta que el principal elemento que hará considerar un interés como un dividendo, será que el prestamista comparta el riesgo a la pérdida del dinero aportado, ya que «no es suficiente que el riesgo esté restringido al pago del interés, como en el caso de los intereses en función de los beneficios (por ejemplo en un préstamo participativo). El riesgo debe, por el contrario, ser como el que acepta un accionista regular respecto de la contribución al capital social de la entidad […], un riesgo, por lo tanto, que incluya la posible pérdida total de los fondos invertidos». (*On Double Taxation Conventions: a commentary to the OECD, UN and US Model Conventions for the Avoidance of Double taxation on Income and Capital. With particular reference to German treaty practice*, Third Edition, Kluwer Law International, London, 1997, pág. 651).
[695] TOVILLAS MORÁN, J. M.: *op. cit.*, pág. 127.

personas. Sin embargo, se plantearían conflictos respecto de los rendimientos considerados híbridos, como los préstamos participativos o las devoluciones de capital [(696)]. Para la doctrina española, el no detallar la conceptualización de beneficios distribuidos, supone plantear una dificultad para determinar la calificación tributaria para determinados rendimientos, como las cuotas de liquidación de filiales o acciones liberadas entregadas a matrices no residentes, por lo que, se podrán entender o no incluidas dentro del concepto de beneficio distribuido, ya que si se excluyesen dichos rendimientos, se considerarían como ganancias patrimoniales u otro tipo de renta, sin ser dividendos [(697)]. En consecuencia, desde la perspectiva de la UE, conceptualizaremos los dividendos por dos vías: por un lado, bien entendiendo dicho término de conformidad con la legislación del Estado miembro que aplique el régimen común; o por otro lado, considerarse que tendrán que otorgar un significado jurídico único al término de dividendo –en este caso se debe de incluir las expresiones, distribución de beneficios y beneficios distribuidos–. Como hemos visto *supra*, el encargado de facilitar dicho significado jurídico único ha sido el TJUE mediante su jurisprudencia, para que se mantenga una adecuada unidad y coherencia en el ordenamiento de la UE y alcanzar los fines de la misma [(698)].

4. INCIDENCIAS DE LAS DIRECTIVAS DE INTERESES Y CÁNONES EN LAS OPERACIONES MATRIZ-FILIAL.

4.1.EL CONCEPTO DE BENEFICIARIO EFECTIVO.

Señala *GREGGI* que para que sea de aplicación la Directiva Matriz-filial se deberá demostrar la existencia de haber recibido los dividendos en su propio beneficio y no en calidad de intermediaria [(699)], es decir, la sociedad matriz que reciba tales dividendos tendrá que ser el

[696] Este aspecto, es aclarado por 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 diferentes Estados miembros.

[697] Acerca de este aspecto, es remarcado por MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. y CALDERÓN CARRERO, J. M.: "La exención a favor de los beneficios distribuidos por sociedades filiales españolas a sus matrices residentes en otro Estado miembro", en la obra colectiva AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Impuesto sobre la Renta de no Residentes*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 1999.

[698] Además de facilitar una interpretación de dichos conceptos, el Tribunal de Luxemburgo ha facilitado significados como: 1) el órgano jurisdiccional, *vid*. en este sentido, las sentencias de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult*, Asunto C-54/96, apartado 23; y la de 21 de marzo de 2000, *Gabalfrisa*, Asunto acumulados C-110/98 a C-147/98. 2) con el concepto de impuesto en la sentencia de 13 de febrero de 1996, *Bautiaa y Societé française maritime*, Asuntos acumulados C-197/94 a C-252/94, apartado 39. 3) con el concepto de retención en origen con las sentencias de 8 de junio de 200, *Epson Europe BV*, Asunto C-375/98; la sentencia de 4 de octubre de 2001, *Athinaïki Zythopoiia AE*, Asunto C-294/99; y la de 25 de septiembre de 2003, *Océ van der Grinten NV*, Asunto C-58/01.

[699] GREGGI, M.: "European taxation of dividends, interests and royalties: the impact on third countries investors", *Current issues of Business and Law*, Vol. 3, 2009, pág. 131.

beneficiario efectivo de la operación de redistribución de los resultados de la sociedad filial. Para conceptualizar el término de beneficiario efectivo, nos remitimos a la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pagos de intereses; y a la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, sobre la fiscalidad de los intereses y cánones pagados entre sociedades asociadas de los Estados miembros [(700)]. La primera Directiva, lo define, en su artículo 2 apartado primero, como «cualquier persona física que reciba un pago de intereses o cualquier persona física en cuyo beneficio se atribuya un pago de intereses, salvo que aporte pruebas de que dicho pago no se ha efectuado en beneficio suyo». Mientras que la segunda, lo definirá, en su artículo 1 apartado cuarto, como «una sociedad de un Estado miembro será tratada como el beneficiario efectivo de los intereses o cánones únicamente si recibe tales pagos en su propio beneficio y no en calidad de intermediario, esto es, de agente, depositario o mandatario». Añadiendo en el apartado quinto que «un establecimiento permanente será tratado como el beneficiario efectivo de los intereses o cánones: a) si los créditos, derechos o usos de las informaciones que den origen a los pagos de intereses o cánones tienen relación efectiva con dicho establecimiento permanente [(701)], y, b) si los pagos de los intereses o cánones representan un ingreso respecto del cual dicho establecimiento permanente está sujeto en el Estado miembro en el que esté situado a un impuesto que sea idéntico o sustancialmente idéntico». En base a estas definiciones, se basan en el concepto de pagados o recibidos en relación a las rentas pasivas, cuestión que ha sido debatida por la doctrina. Por un lado, se habla de cómo se debe interpretar tales términos, en un sentido estricto o en un sentido amplio. Mientras que *RODRÍGUEZ LOSADA*, defiende un sentido estricto al considerar que tales términos supone poner a disposición del perceptor las rentas pasivas [(702)], *VOGEL* defiende un sentido amplio, debiéndose requerir, adicionalmente, el pago en efectivo o a la recepción material de las cantidades por parte del beneficiario efectivo [(703)]. Y por otro lado, se habla del alcance que

[700] Un estudio exhaustivo podemos encontrarlo en la CALDERÓN CARRERO, J. M; CARMONA FERNÁNDEZ, N.; MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. y TRAPÉ VILADOMAT, M.: *Convenios fiscales internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea,* Editorial CISS, Valencia, 2016.

[701] Según *RODRÍGUEZ LOSADA*, dicha relación efectiva debe entenderse como una «vinculación económica o funcional del crédito, derecho o uso de una información» que origine el abono de los intereses o cánones al establecimiento permanente. ("La interpretación jurisprudencial del concepto de beneficiario efectivo en el ámbito internacional", *Crónica Tributaria*, núm. 149, 2013, pág. 160).

[702] RODRÍGUEZ LOSADA, S.: *op. cit.*, pág. 160. En el mismo sentido, podemos ver a CHICO DE LA CÁMARA, P.: "La residencia fiscal y la cláusula del beneficiario efectivo como medidas anti-abuso generales en el Convenio de la OCDE", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por SOLER ROCH, M. T. y SERRANO ANTÓN, F.: *Las medidas anti-abuso en la normativa española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional, y su compatibilidad con el Derecho Tributario,* Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2002, pág. 73.

[703] VOGEL, K.: *op. cit.,* pág. 562.

tienen dichos términos en la aplicación de Convenios donde se establezca una distribución de los poderes tributarios, donde se establezca la posibilidad de una tributación en residencia compatible con un sometimiento a una retención limitada en la fuente. En este sentido, *RODRÍGUEZ LOSADA*, defiende hacer una remisión a las normativas internas de los Estados miembros para solucionar tales problemas, ya que, como sabemos, la Directiva Matriz-filial y estas dos Directivas que contienen la definición del beneficiario efectivo, se remiten a éstas para solucionar aquellos defectos de forma que surgiesen [(704)].

Por tanto, intentando enlazar ambas definiciones, *SANGHVI* y *JAYESH* argumentan que se deberá entender que la tributación de las rentas pasivas se generará en el momento en el que sean exigibles, entiendo que ese instante será en el momento en el que se registren en el haber de los libros contables, sin importar el momento en el que sean abonadas o efectivamente recibidas por la entidad foránea [(705)]. En definitiva, el concepto de beneficiario efectivo recogido en estas dos Directivas es prácticamente el mismo que podemos encontrar en los artículos 10, 11 y 12 del Modelo de Convenio de la OCDE. En consecuencia, *RODRÍGUEZ LOSADA*, define el beneficiario efectivo como el titular de las rentas pasivas, que a su vez será el obligado tributario en realizar el pago del tributo, o dicho de otro modo, la sociedad o el establecimiento permanente que reciba dichas rentas pasivas en su propio beneficio. En definitiva, este concepto para la autora «constituye un factor objetivo de garantía para el Estado de la fuente» [(706)], puesto que si se incumple las condiciones de ser beneficiario efectivo, por parte del receptor de las rentas pasivas, se podrá denegar los beneficios contemplados en las normas de la UE, en este sentido, añade *MARTÍN JIMÉNEZ*, «los beneficios [de la Directiva de la que se trate] sin tener que discutir con el Estado de residencia si existe o no un comportamiento calificable como fraude o evasión» [(707)].

4.2.EL CONCEPTO DE INTERESES.

[704] RODRÍGUEZ LOSADA, S.: *op. cit.*, pág. 161.
[705] SANGHVI, S. y JAYESH, K.: "Royalties are taxable when credited, ruling authority says", *Tax Notes International*, Vol. 35, núm. 5, 2004, págs. 406 y ss. Obra contextualizada en RODRÍGUEZ LOSADA, S.: *op. supra cit.*, pág. 161.
[706] RODRÍGUEZ LOSADA, S.: *op. supra cit.*, pág. 161.
[707] MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Artículo 12. La tributación de los cánones o regalías», en la obra colectiva AA.VV. coordinada por CALDERÓN CARRERO, J. M. y RUÍZ GARCÍA, J. R.: *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España. Análisis a la luz del Modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y jurisprudencia española, A Coruña, Fundación Pedro Barrié de la Maza*, Instituto de Estudios Económicos de Galicia, 2004, pág. 676.

Durante este capítulo, pondremos de manifiesto que en las operaciones entre las sociedades matrices y sociedades filiales se pueden articular vía rentas pasivas. Por tanto, tendremos que analizar la Directiva 2003/49/CE relativa al régimen fiscal de los pagos de intereses y cánones, ya que persigue la eliminación de la doble imposición y una eliminación de los impuestos sobre los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de con residencia en diferentes Estados miembros, con el objetivo de conseguir una igualdad de trato tributario entre las transacciones nacionales y las transacciones intracomunitarias, al eliminarse las cargas tributarias que se puedan originar en estas rentas. El primer aspecto que tenemos que poner de manifiesto es su ámbito de aplicación será el pago de dichas rentas, es decir, sin la existencia del flujo de renta desde un Estado miembro a otro, no resultará de aplicación dicha Directiva [(708)]. Esta Directiva, contempla una serie de requisitos, al igual que la Directiva fiscal Matriz-filial, para su aplicación, que se pueden resumir en: a) que las sociedades que participen de estas operaciones deben estar sujetas y no exentas de alguno de los impuestos mencionados en el art. 3 letra a) apartado tercero de la Directiva 2003/49/CE; b) que dichas sociedades revistan una forma jurídica contemplada en dicha Directiva; c) que dichas sociedades se consideren residentes fiscales en la UE, y que a efectos de un CDI, no se pueda considerar que sean residentes en un Estado extracomunitario; d) que dichas sociedades se consideren asociadas, que esta consideración se adquiere cuando una de las sociedades ostente una participación sobre la otra, tanto de forma directa o indirecta, de al menos un 25% del capital, mantenida al menos con una anterioridad y de forma ininterrumpida de un año o, en su defecto, se tendrán que mantener durante el tiempo que sea necesario hasta alcanzar el tiempo exigido; e) que si estas rentas son abonadas por un establecimiento permanente, sean deducibles en el Estado donde tenga su residencia; y f) que la sociedad que reciba tales pagos lo haga en su propio beneficio y no como mera sociedad intermediaria o agente autorizado. Y que si se tratase de un establecimiento permanente, dichas cantidades recibidas deberán estar relacionadas, de forma efectiva, con su actividad y constituirán un ingreso gravable y formaran parte de la determinación de la base imponible del Estado miembro donde tenga su residencia.

Destaca *VOGEL* que debido a la existencia de multitud de normas que identifican el término de intereses de forma diferente, suponiendo una tributación distinta, por lo que, se dificultará una definición, aunque básica, de tal término. Aunque el autor destaca que dicho concepto podrá ser entendido como aquella remuneración percibida por la cesión en préstamo

[708] RAMOS RAICH, J. R. y BONET MASDEU, M.: "Aspectos relevantes de la planificación fiscal internacional de la inversión extranjera en España", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2013, pág. 1630.

de capitales propios. El mismo autor, añade que, primeramente, se tendrá que identificar qué es una remuneración por cesión, si unos rendimientos implícitos o unos incrementos de patrimonio derivados de ventas de derechos de crédito; y segundo, saber lo que quiere decir préstamo, como aquel contrato-tipo de préstamo de dinero o un contrato mutuo de dinero [709].

Desde la normativa interna española, y concretamente señalando la doctrina española acerca de este concepto, vemos que *LUCAS DURÁN* entiende que el término de intereses se asemeja a aquellos rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios, expresión utilizada en el Derechos internacional tributario [710]. En consecuencia, podemos destacar a *ÁLVAREZ BARBEITO*, que identifica que los rendimientos que se incluyen en este conceptos son: a) las rentas originadas por las obligaciones de cupón cero, b) de primas de emisión, c) por la amortización de las anteriores, d) los rendimientos de las letras del Tesoro, e) los generados por las letras de cambio, f) por los pagarés, g) los intereses de los bonos y obligaciones, h) aquellos beneficios generados por las cuentas de participación, i) aquellos rendimientos de las operaciones de préstamo, j) rentas de títulos hipotecarios, k) rendimientos de las cuentas en instituciones bancarias, l) por certificados de depósito, m) por operaciones de cesión temporal de activos con pacto de recompra y n) rendimientos de cesiones de crédito [711]. Aunque el mismo autor, argumenta que se puede entender tal concepto, identificando que rendimientos quedarán excluidos de la idea de interés, es decir, aquellos rendimientos que supongan, como señala *ÁLVAREZ BARBEITO*, una «contraprestación obtenida por el contribuyente por el aplazamiento del precio de las operaciones realizadas en el desarrollo de su actividad económica habitual» [712], considerándose dichas rentas, por tanto como rendimientos de las actividades económicas.

Desde la perspectiva del Modelo de Convenio de la OCDE, se define los intereses en el art. 11 apartado tercero, significando aquellas «rentas de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria o cláusula de participación en los beneficios del deudor, y en particular las rentas de valores públicos y las rentas de bonos y obligaciones, incluidas las primas y premios unidos a esos títulos. Las penalizaciones por mora en el pago no se consideran intereses». Para *VOGEL*, se trata de una definición bastante exhaustiva, a diferencia de la definición que se puede obtener de los dividendos en el mismo Modelo de Convenio. Un aspecto que también señala el mismo autor, es que en este caso, se obvia hacer una remisión a

[709] VOGEL, K.: *op. supra cit.*, pág. 731.
[710] LUCAS DURÁN, M.: "Los dividendos e intereses en la fiscalidad internacional", *cit.*, pág. 685.
[711] ÁLVAREZ BARBEITO, P.: *op. cit.*, pág. 94. También se puede consultar, sobre estas mismas cuestiones, a GARCÍA-OVIES SARANDESES, I y SESMA SÁNCHEZ, B.: *Fiscalidad de las rentas…*, *op. cit.*, pág. 79.
[712] ÁLVAREZ BARBEITO, P.: *op. cit.*, pág. 280.

las normativas internas de los Estados de la fuente para alcanzar un concepto unificado de intereses [(713)]. En este sentido, *LUCAS DURÁN* interpreta que el concepto de intereses por parte del MCOCDE, incluye las rentas derivadas por el exceso en la devolución de los títulos en fondos públicos, bonos u obligaciones; que hará la emisora de tales títulos al comprador de los títulos. Aunque en los casos donde tal comprador decida trasmitir tales títulos a terceras personas, las posibles ganancias o pérdidas patrimoniales que se originen por tal operación, no tendrán la consideración de intereses a efectos del MCOCDE, sino que serán calificados como beneficios o pérdidas empresariales, o bien ganancias o pérdidas de capital, según los casos, salvo que exista una remisión en el CDI hacia una legislación interna que derive en consecuencias tributarias diferentes [(714)]. Otra cuestión será la calificación que puedan tener los excesos en los pagos fraccionados o aplazados que se deriven de compraventas internacionales, ya que estos pagos incorporan, en el exceso del pago, un elemento financiero, condicionando su cuantía al tiempo que medie entre la entrega del bien o prestación del servicio y los pagos que resulten. En el ámbito de los Convenios internacionales para evitar la doble imposición, la calificación que tendrán estas rentas no será de intereses, bien porque exista una remisión a las normativas internas [(715)], o bien porque su naturaleza se base en compensar por un retraso en el pago que en el rendimiento de un capital dado en préstamo. En este mismo sentido, argumenta *VOGEL* que aquellas comisiones y otros pagos que se realicen a entidades financieras por los servicios financieros específicos, que no supongan una remuneración del capital recibido como préstamo, no serán considerados como intereses a efectos de los tratados internacionales, sino como una renta que tributará como beneficios empresariales. El mismo autor, en referencia a los rendimientos de los préstamos participativos, los califica de intereses, respecto a los tratados internacionales, salvo que estos tratados consideren que estos rendimientos son dividendos, es decir, se considerarán como dividendos y no como intereses, en aquellos casos donde tales préstamos calculen los rendimientos a pagar a razón de los beneficios empresariales de la sociedad. En consecuencia, aquella remisión que contenga estos tratados hacia las normativas internas tributarias de los Estados de la fuente, que consideren como dividendos estos intereses mediante la aplicación de las normas antisubcapitalización. La única objeción a tal normativa es que se considere contraria o incompatible con el tratado internacional. Acerca de los

[713] VOGEL, K.: *op. cit.*, pág. 738.
[714] LUCAS DURÁN, M.: "Los dividendos e intereses en la fiscalidad internacional", *cit.*, pág. 690.
[715] Según el ordenamiento tributario interno de España, estas rentas no tienen la consideración de rendimientos del capital mobiliario, sino que serán considerados como rendimientos de actividades económicas. Véase, en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 2002, Asunto 5608/2002; las sentencias del 27 de enero de 2000, con los Asuntos 2779/2000 y 1621/2000. En contra, podemos citar las sentencias de la Audiencia Nacional de 18 de febrero de 1997, Asunto 144/1997 y la sentencia de 20 de mayo de 1997, Asunto 550/1997.

rendimientos de las cuentas de participación, según este autor, serán considerados como intereses, desde la perspectiva de dichos tratados, salvo que exista una cláusula que los considere como dividendos. Siendo esta cláusula inválida cuando dicho tratado no haga una remisión específica a la normativa tributaria interna del Estado de la fuente como cuando sí lo haga, pues, se considerarán tales rendimientos como obtenidos por la cesión de capitales propios, es decir, sólo cuando el Estado de la fuente considere dichos rendimientos como dividendos, mediante una remisión explícita a la normativa tributaria interna de dicho Estado, a efectos de atenuar la doble imposición internacional de tales rendimientos. Y por último, aquellas rentas que se deriven de concretos instrumentos financieros en los que no existe una deuda subyacente, aquellos *swaps* sobre tipos de interés –en inglés, *interest rate swaps*–, señala este autor, este *swap* supone «un acuerdo en el que dos partes se comprometen a un intercambio de pagos determinados con referencia a un crédito hipotético en el que una de las partes asocia sus pagos a un tipo de interés fijo y la otra respecto de un tipo de interés variable. Si las obligaciones fueran pagaderas en la misma fecha, una parte hará un pago compensatorio a la otra», por tanto estaremos ante un *swap* con la función, como señala *VOGEL*, de «reducir el riesgo asociados a las fluctuaciones de los tipos de interés respecto de préstamos excepcionales y otras deudas». En base a esta situación, el autor defiende que a efectos de los tratados internacionales, no serán considerados como intereses por no haber contraído un crédito subyacente, es decir, se deberían calificar como ganancias patrimoniales [(716)].

Desde la perspectiva del Derecho de la UE, tendremos que poner de manifiesto lo dispuesto en la Directiva 2003/49/CE del Consejo [(717)], en su artículo 2 letra a) donde define a los intereses como «rendimientos de los créditos de cualquier clase, estén o no garantizados por una hipoteca o una cláusula de participación en los beneficios del deudor, y en particular el rendimiento de bonos y obligaciones, incluidas las primas y lotes vinculados a estos. Los recargos por pago atrasado no se considerarán intereses». Mientras que la Directiva 2003/48/CE del Consejo, define en su artículo 6 apartado primero, que el pago de intereses será, la misma definición contemplada en la Directiva anterior, añadiendo aquellos intereses que se devenguen o se capitalicen por la cesión, por el reembolso o por el rescate de dichos créditos. También serán pagos de intereses, y por tanto, se podrán considerar dentro del concepto de intereses, aquellos rendimientos abonados por organismos de inversión colectiva; como asimismo, esos rendimientos que se obtengan por la cesión, reembolso o rescate de acciones, que se hayan invertido mediante esos organismos de inversión, tanto de forma directa como indirecta,

[716] VOGEL, K.: *op. cit.*, págs. 734 a la 739.
[717] Modificada por la Directiva 2004/76/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004.

siempre que supongan más del 40% de sus activos de dicho organismo. Además, la propia Directiva incluye la posibilidad a los Estados miembros de incluir rendimientos considerados como intereses en sus normativas internas, siempre que las entidades que perciban esos intereses, constituyan tales créditos al menos el 40% de sus activos, tanto de forma directa como indirecta. Según *PÉREZ ROYO*, las anteriores definiciones harán referencia, básicamente, a los rendimientos de créditos de cualquier clase, aunque estos estén o no titulizados. Además resalta, que la Directiva 2003/48/CE va a tener en cuenta aquellas estructuras societarias donde se interpondrán entidades para el cobro de dichos intereses, en la misma medida que se contempla en el MCOCDE [(718)].

Otro aspecto importante que ha sido introducido por la Directiva 2016/1164/UE del Consejo [(719)], la conocida *Directiva ATAD I*, es que añade nuevas definiciones que amplían el concepto de intereses, es decir, en cierta manera esta Directiva viene a complementar dicho concepto con nuevas definiciones, que son: 1) los costes de endeudamiento: que se deben entender como aquellos «gastos por intereses sobre cualquier forma de deuda, otros costes económicamente equivalentes a los intereses y gastos derivados de la obtención de financiación», en base a una normativa interna de los Estados miembros, incluyéndose, entre otros, «los pagos en régimen de préstamos participativos, los intereses imputados sobre instrumentos como los bonos convertibles o las obligaciones cupón cero, importes correspondientes a sistemas de financiación alternativos como el sistema financiero islámico, el elemento de coste de financiación de los contratos de arrendamiento financiero, los intereses capitalizados incluidos en el valor contable según balance de un activo correspondiente, o la amortización de intereses capitalizados, importes medidos en referencia a una renta financiera en el marco de normas sobre determinación de precios de traslado, en su caso, importes de intereses nocionales en el marco de instrumentos de derivados o disposiciones de cobertura relativas al endeudamiento de una entidad, algunos beneficios de cambio en el mercado de divisas y las pérdidas correspondientes al endeudamiento o los instrumentos relacionados con la obtención de financiación, los costes de garantía de los mecanismos financieros, las comisiones de apertura y costes similares relacionados con los préstamos suscritos»; y 2) costes de endeudamiento excedentario, se trata de aquella cantidad donde «los costes de endeudamiento deducibles de un contribuyente superan los ingresos imponibles en concepto de intereses y otros ingresos imponibles, económicamente equivalentes», y que se ha determinado

[718] PÉREZ ROYO, F.: *op. cit.*, pág. 26.
[719] Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, "por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior".

dicha cantidad en base a una jurisdicción interna de la UE. Por tanto, dichos conceptos suponen ampliar el concepto de intereses, acotándose la problemática que puede surgir cuando se utilizan en operaciones de subcapitalización, como veremos más adelante.

4.3.EL RÉGIMEN DE LOS CÁNONES.

Desde el punto de vista de la fiscalidad internacional, los cánones tendrán unas características peculiares y una gran transcendencia, ya que como señala *DELGADO PACHECO*, se trata de rentas derivadas de la cesión de determinados elementos patrimoniales, expresando un carácter híbrido, o dicho de otro modo, teniendo un carácter mixto que se muestra en su régimen fiscal, ya que estas rentas se pueden considerar como capital mobiliario o como rentas empresariales. Generando importantes consecuencias tributarias. Lo cierto, es que los cánones no suponen una renta pasiva con una delimitación tributaria clásica, sino que tiene unas particulares propias. En primer lugar, son rentas que proceden, como hemos señalado *supra*, de la cesión de determinados elementos patrimoniales, que dependerá de los distintos ordenamientos tributarios como del ámbito del Derecho internacional tributario, que esta noción sea más o menos amplia. En este sentido, nuestro análisis se va a centrar en el ámbito del Derecho internacional tributario, que según *DELGADO PACHECHO*, considera a los cánones como «rentas derivadas de la cesión de elementos patrimoniales vinculados a la explotación de tecnología o conocimientos exclusivos, frecuentemente materializados en derechos de propiedad intelectual o industrial». En definitiva, esta tecnología o esos conocimientos se han generado por el desarrollo de la actividad económica empresarial, o por la propia explotación de dichos elementos patrimoniales en el desarrollo de la actividad empresarial. Es decir, el autor defiende que «los cánones son rentas mixtas cuyo componente empresarial suele ser mayor o más evidente que en el caso de otras rentas con un componente de rentas pasivas» [(720)].

Analizando la perspectiva de los tratados internacionales, vemos que en el Modelo de Convenio de la OCDE, se observa dicho carácter mixto de los cánones que hemos anunciado *supra*, aunque destacan como rentas empresariales, suponiendo una trascendencia evidente a efectos de los tratados internacionales, puesto que las rentas empresariales van a tributar únicamente en el Estado de residencia del perceptor, salvo que exista un establecimiento

[720] DELGADO PACHECO, A.: "El régimen de los cánones en la fiscalidad internacional: cuestiones especialmente debatidas en España", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2013, pág. 717.

permanente de dicho perceptor en el otro Estado. Por tanto, desde la fiscalidad internacional, concretamente en los tratados internaciones, existe una problemática entre aquellos Estados que son exportadores de capital y cuyos contribuyentes van a percibir dichas rentas, donde estos Estados defienden que se debe tributar en su territorio los cánones, del mismo modo que tributan las plusvalías mobiliarias y la reducción de las retenciones –en inglés, *withholding taxes*– sobre dividendos e intereses. En contra, estarán aquellos Estados que son importadores de capitales y pagadores de dichas rentas que defienden la tributación de los cánones en la fuente, mediante una definición del concepto de canon más amplia, atrayendo la tributación de las plusvalías mobiliarias de las demás rentas pasivas y unas mayores retenciones sobre los dividendos e intereses.

Esta definición amplia del concepto de cánones, según *DELGADO PACHECHO*, merecen un comentario crítico, desde una perspectiva triple: en primer lugar, dicha conceptualización amplia es artificiosa, ya que parece ilógico, en la realidad económica actual, concebir los cánones como un rendimiento del capital mobiliario al mismo tiempo de considerarlos como un pago por la cesión del *know-how*, es decir, esta concepción amplia supone ir contra la verdadera naturaleza económica de los cánones, que el alquiler de equipos industriales, comerciales o científicos genera un canon o que esta renta se observa en dichos pagos de elementos patrimoniales. En segundo lugar, los ordenamientos tributarios internos se han tenido que adaptar a la conceptualización esgrimida en el MCOCDE, con el único objetivo de obtener una mayor tributación de dichas rentas, en vez de articular una tributación acorde con la capacidad económica del contribuyente y de la lógica económica actual. Y por último, las posiciones tradicionales de los Estados cuando son la fuente de dichas rentas, van a defender una conceptualización amplia y una tributación compartida, frente a cuando son los de destino, que prefieren una tributación propia y una conceptualización ligada a la realidad económica actual. En definitiva, este autor defiende una reconsideración del concepto de cánones que se adapte a la realidad económica y limite los efectos perniciosos que genera dicha concepto amplio. Dicho de otro modo, el uso de equipos informáticos o el alquiler de equipos industriales, comerciales o científicos, donde se haya una naturaleza empresarial, difícilmente se podrá argumentar que dichas rentas deban de tributar en la fuente, como si fuesen rentas del capital mobiliario [721].

[721] DELGADO PACHECO, A.: *op. cit.*, págs. 719 y 720.

5. LAS CONSECUENCIAS DE LA SUBCAPITALIZACIÓN EN LAS OPERACIONES MATRIZ-FILIAL.

Sobre la noción de la subcapitalización, *PALAO TABOADA* destaca que es una «situación de una sociedad cuyo capital es inferior al que se considera adecuado» [(722)]. El autor señala que existirán dos tipos de subcapitalización que generan esa inadecuada situación: la primera, la subcapitalización material o infracapitalización material, es cuando la sociedad que carece de recursos financieros necesarios para su funcionamiento; y la segunda, la subcapitalización formal o nominal, también conocida como infracapitalización nominal, es aquella situación de la sociedad que aunque ésta disponga de tales recursos, estos no son fondos propios –aquellos fondos que corresponden a las aportaciones de los socios–, sino que son recursos que se han generado en forma de préstamo, es decir, en forma de financiación ajena. Este autor, analiza la perspectiva del Derecho privado, a efectos de la responsabilidad, ya que dicha situación generará a la sociedad carecer de los fondos necesarios para hacer frente de sus responsabilidades [(723)]. Aunque la perspectiva que nos va a interesar será la del Derecho tributario, en concreto aquella subcapitalización formal, puesto que dicha situación generará una financiación, posiblemente inadecuada, de la sociedad mediante un préstamo, que sustituye a los fondos propios, dando lugar a unas ventajas fiscales en los distintos ordenamientos tributarios, aunque existan motivos económicos y financieros que hagan la necesidad de recurrir a esta estrategia, sin que haya motivos fiscales detrás. Según el autor, estas ventajas se basan en los distintos tratamientos tributarios que van a recibir las retribuciones de los préstamos y de los fondos propios, tanto desde la imposición directa como la indirecta, ya que los intereses y dividendos, respectivamente como retribuciones tendrán el siguiente tratamiento: desde la imposición directa, los dividendos no se consideran como gastos deducibles, mientras que los intereses si tendrán tal consideración; además, los dichos intereses, al ser gasto deducible, no van a soportar una doble imposición, y por el contrario, esta doble imposición se dará en los dividendos tanto en su forma jurídica como en su forma económica –en el ámbito internacional–, siempre y cuando no se adopten las reglas necesarias para evitarlo. Y desde la imposición indirecta, aquellas aportaciones primeras o extras pueden tener un gravamen sujeto a la imposición de las operaciones societarias, la concesión de préstamos no estarán gravados.

[722] PALAO TABOADA, C.: "La subcapitalización", *cit.*, págs. 1099 y 1100.
[723] Sobre la falta de recursos para hacer frente de las responsabilidades de las sociedades, véase, PAZ-ARES, C.: "Sobre la infracapitalización de las sociedades", en la obra colectiva de AA.VV.: *Anuario de Derecho civil, Madrid*, 1983, págs. 1587 y ss.

Por estas razones, la subcapitalización tendrá un papel importante en el Derecho tributario, al suponer una reducción de la recaudación fiscal. Esta disminución no se da tanto en el ámbito interno de las jurisdicciones tributarias, en la medida que los intereses deducidos por una entidad prestataria se incluirán en la base imponible de la entidad prestamista. En contra, en el ámbito internacional, esta disminución se muestra en su mayor expresión, ya que supone el impuesto que se deja de percibir en sede de la entidad prestataria, se perderá definitivamente en la Administración tributaria del Estado de residencia de dicha entidad [(724)].

Por todo lo anterior, se observa que la subcapitalización se mostrará más evidente en aquellas operaciones donde exista una vinculación entre las entidades prestataria y prestamista, puesto que sólo en estas operaciones se entenderá, desde el punto de vista económico, que se facilite los recursos necesarios para el desarrollo de la actividad en forma de préstamo, en vez de hacerlo en forma de aportaciones de capital propio como un socio. Señala *PALAO TABOADA* que el socio dispone de la facultad de intervenir en la marcha de los negocios de la sociedad que necesita tales recursos, mientras que el prestamista no dispone de esa facultad. Por tanto, una concesión de un préstamo de cuantía importante, únicamente tendría sentido económica, sin que hubiese otras garantías reales que contempla el Derecho, si el prestamista obtiene la facultad de intervenir y/o vigilar la gestión del prestatario. En consecuencia, por estas razones se entiende que la subcapitalización se da en las operaciones entre matriz-filial, al necesitarse una situación donde el prestamista ostente un control sobre la prestataria, o porque ambas entidades forman parte del mismo grupo empresarial o están controladas por el mismo grupo de accionistas-socios. Es decir, como dice el autor, «en estos casos y otros análogos se dice, desde el punto de vista del Derecho tributario, que ambas sociedades se hallan «vinculadas»» [(725)].

Hemos señalado *supra*, las expresiones vinculación y operaciones entre aquellas sociedades que comparte la relación de matriz-filial. En definitiva, estamos ante las operaciones vinculadas, que se sustentan en el *arm´s length principle* –conocido en castellano, como el principio de independencia–, y en base a este principio se deberá articular la tributación de aquellas entidades que ostente una vinculación como si dicha vinculación no existiera, o dicho de otro modo, plantear una situación de que dichas entidades con vinculación son independientes entre sí. En el MCOCDE se entiende como operaciones vinculadas, argumentando que «cuando en sus relaciones comerciales o financieras dos empresas (empresas asociadas) estén ligadas por condiciones convenidas o impuestas que difieren de las que serían

[724] PALAO TABOADA, C.: "La subcapitalización", *supra cit.*, págs. 1099 y 1100.
[725] PALAO TABOADA, C.: "La subcapitalización", *supra cit.*, pág. 1100.

convenidas entre empresas independientes, los beneficios que en ausencia de estas condiciones hubiera obtenido una de las empresas pero que, a causa de dichas condiciones, de hecho no obtuvo, pueden ser incluidos en los beneficios de dicha empresa y gravados en consecuencia» [(726)]. Ante esta definición, y por la aplicación del principio *arm´s length*, se origina la problemática conocida como los precios de transferencia. Destacamos que *PALAO TABAODA*, determina que existe una relación entre los precios de transferencia y la subcapitalización, «en cuanto que, como hemos señalado, lo normal es que esta se produzca en situación de vinculación» [(727)]. Esta situación se ha visto reflejada en los trabajos de la OCDE considere que tanto la subcapitalización como los precios de transferencia tengan un tratamiento tributario similar, aunque debemos advertir que el principio *arm´s length* supone el principal escollo para ese tratamiento igualitario, ya que, como señalaba *SANZ GADEA*, el fundamento de las normas destinadas a combatir la subcapitalización se basan en dicho principio [(728)].

Llama la atención, que cuando hablamos de esta relación entre la subcapitalización y precios de transferencia, se base en poder combatir la utilización de estas herramientas, por parte de los contribuyentes, en alcanzar un ahorro en la factura fiscal. Por tanto, las jurisdicciones tributarias han establecido medidas contra la subcapitalización, es decir, han reaccionado a estas conductas, de forma que cuando se den situaciones de subcapitalización, las normativas tributarias prescindirán de la naturaleza del préstamo que han conformado los distintos contribuyentes partícipes en la operación y la considerarán como una aportación de capital. En consecuencia, los intereses que se originen por dicho préstamo, serán considerados como dividendos. Aunque para *PALAO TABOADA* el «problema radica en determinar cuándo existe subcapitalización» [(729)]. Aunque en nuestra opinión, creemos que la mejor forma de

[726] Precepto recogido en el apartado primero del artículo del MCOCDE. En el mismo sentido, podemos verlo en el Modelo de Convenio para evitar la Doble imposición de las Naciones Unidas. En la legislación española, estará establecido en el artículo 18 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre de 2014, del Impuesto sobre Sociedades.

[727] El propio *PALAO TABOADA* destaca que existe una normativa específica tanto para la subcapitalización como para los precios de transferencia, ya que para la primera se contempla un artículo específico, en el impuesto sobre sociedades español, para combatir las operaciones que supongan una ventaja fiscal mediante la subcapitalización –art. 16 de la LIS–; mientras que para los segundos, tendrán que ser combatidos con el art. 18 de la LIS. Es decir, en palabras del autor «esta separación pone de manifiesto que se trata de dos regulaciones independientes, de manera que si no concurren los presupuestos de la norma específica, la subcapitalización no podría combatirse recurriendo a las reglas sobre operaciones vinculadas. En cambio, sí podrían aplicarse estas últimas reglas – a juicio de *PALAO TABOADA*– para corregir la cuantía del interés pactado entre sociedades vinculadas». ("La subcapitalización", *cit.*, pág. 1101). En el mismo sentido, se expresan CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: "La directiva relativa al sistema común de imposición aplicable en el caso…", *cit.*, pág. 1071.

[728] *SANZ GADEA* manifiesta que la «norma de subcapitalización se configura como un poderoso instrumento, al menos en teoría, para proteger el principio de independencia». ("La subcapitalización", *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm 206, 2000, pág. 3 y ss.). Aunque dicha afirmación la podemos observar en OCDE, informe de 2017, titulado "*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprieses and Tax Administrations*".

[729] PALAO TABOADA, C.: "La subcapitalización", *cit.*, pág. 1102.

solventar la subcapitalización parte de dos enfoques distintos. En primer lugar, a través de un análisis subjetivo, al examinar cada caso en concreto, y en base a sus circunstancias, poder descubrir que un préstamo oculta una aportación de capital o si un tercero independiente hubiese concedido tal préstamo en las mismas condiciones al prestatario. Es decir, abordar la operación desde el planteamiento de los preceptos de fraude de ley o de simulación. Y en segundo lugar, mediante un análisis objetivo, limitando el endeudamiento a una relación con los fondos propios, dentro de tal límite se considerará que existe un préstamo. En el caso contrario, si se rebasase dicho límite, será considerado como una aportación y la retribución de tal préstamo será considerado como dividendos –método que observamos en la normativa tributaria española– [730].

Aunque podemos observar que estas normas antisubcapitalización podrían no encajar en el Derecho de la UE, con la sentencia del caso *Lankhorts-Hohorts*, vemos que dicha normativa no será contraria a la normativa de la UE, cuando no se aplique de forma que se incumpla el principio de no discriminación por razón de nacionalidad [731], es decir, será contraria la norma cuando únicamente se aplique en aquellos endeudamientos con no residentes [732]. Un aspecto significativo de tal sentencia es lo argumentado por el Tribunal acerca del principio *arm´s length*, donde un Administración tributaria no puede justificar la aplicación de una norma contra las operaciones vinculadas, con el objetivo de garantizar la coherencia del sistema fiscal, es decir, no existe un vínculo directo entre el tratamiento fiscal desfavorable entre una entidad que –en este caso la prestataria– de una sociedad no residente –la prestamista–

730 Véase GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.: "Subcapitalización en el IRPF: el nuevo tratamiento fiscal de los intereses derivados de los préstamos realizados por los socios a una entidad vinculada", *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, núm. 1, 2010, págs. 17 y 18.

731 Se trata de la sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 2002, Asunto C-324/00, *Lankhorts-Hohorst*. Sobre esta sentencia, se puede obtener un amplio comentario en MARTÍN JIMÉNEZ A. y CALDERÓN CARRERO, J. M.: "La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Impuesto sobre Sociedades", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por RUBIO GUERRERO, J. J.: *Manual del Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, págs. 1199 y ss.; y en CORDÓN EZQUERRO, T. y GUTIÉRREZ LOUSA, M.: "El tratamiento jurídico-tributario de la subcapitalización", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por RUBIO GUERRERO, J. J.: *Manual del Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, págs. 395 y ss.

732 En este sentido, vemos que la doctrina española, en una opinión mayoritaria, si la norma fuese discriminatoria, en relación a operaciones de financiación, también transgrediría a las Libertades de la UE básicas de prestación de servicios y de establecimiento. *Vid*., entre otros, CALDERÓN CARRERO, J. M: "Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad con los convenios de doble imposición y con el ordenamiento tributario", *Crónica Tributaria*, núm. 76, 1995, pág. 58; VILLAR EZCURRA, M.: "El tratamiento tributario de la subcapitalización en España frente a las exigencias de no discriminación del Derecho comunitario", *Carta Tributaria. Monografías*, núm. 300, 1998, págs. 642 y ss.; CALDERÓN CARRERO, J. M.: "Review of Spain´s Thin Capitalization Provisions", *Tax Notes International*, 2002, págs. 633 y ss.; VEGA BORREGO, F. A.: "La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del Derecho comunitario", *Crónica Tributaria*, núm. 104, 2002, págs. 121 y ss.

o una ventaja fiscal que pudiese compensar dicho tratamiento desfavorable. Esto supone, en cierta manera, lo expuesto por el Tribunal, que tal situación puede generar una doble imposición, puesto que los intereses tributarán en sede de la prestataria, eliminando la posibilidad de deducírselos al considerarlos como dividendos, mientras que en la sociedad prestamista, en ese caso la sociedad matriz, deberá declarar dichos intereses como ingresos. Por tanto, acudiremos al principio de proporcionalidad para que ambos Estados miembros intenten evitar esa doble imposición [(733)]. Dicho de otro modo, para *MARTÍN JIMÉNEZ* y *CALDERÓN CARRERO*, esta posición del Tribunal se basa en la defensa del principio *arm´s length* frente a la noción de la coherencia fiscal, utilizando dicho principio como herramienta para los Estados miembros para someter a tributación aquellos beneficios generados en su territorio, hecho que es compatible con la libertad de establecimiento; siendo incompatible con el Derecho de la UE es que las normas nacionales tributarias se articulan en base a este principio en forma discriminatoria y desproporcionada. Esta desproporción se muestra como hemos manifestado *supra* en forma de doble imposición [(734)]. Dicho todo lo anterior, advertimos que una limitación en unos determinados gastos, que aparentemente son lícitos y que persiguen dotar de liquidez a las sociedades del grupo, se ha traducido en una norma de la UE, con la *Directiva ATAD I* [(735)], en su artículo 4, que introducirá dicho límite al 30% de los beneficios del contribuyente antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones –EBITAD, en sus siglas en inglés–, de aplicación según su artículo 1 para «todos los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades en uno o varios Estados miembros, incluidos los establecimientos permanentes en uno o varios Estados miembros de entidades residentes a efectos fiscales en un tercer país».

En consecuencia, la Directiva Matriz-filial incidirá sobre la subcapitalización de forma que el objetivo principal de dicha Directiva, como sabemos, es la eliminación de la doble imposición sobre los beneficios a través de dos medidas. Por un lado, considerando exentos aquellos dividendos en el Estado de la matriz o concediendo a la misma un crédito fiscal por el impuesto pagado por la filial en el lugar de su residencia, hasta el límite del impuesto que deba sufragar la matriz –eliminando la doble imposición económica–; y por otro lado, eximiendo de retención a los dividendos distribuidos por la filial a su matriz en el Estado de residencia de tal filial, siempre y cuando, la matriz ostente una participación de al menos un 10% del capital

[733] Sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 2002, Asunto C-324/00, *Lankhorts-Hohorst*, párrafo 35.
[734] MARTÍN JIMÉNEZ A. y CALDERÓN CARRERO, J. M.: "La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades…", *cit.*, pág. 1226.
[735] Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior

social o de los derechos de voto –la forma de eliminar la doble imposición jurídica–. Por tanto, cuando estemos ante la situación que por las normativas tributarias internas consideren aquellos intereses como dividendos, por aplicación de dicha Directiva, se debería proceder a eliminar la doble imposición, tanto jurídica como económica, que se dé con esta recalificación; pero dicha situación no se da, es decir, ante una reclasificación de los intereses como dividendos, los intereses de préstamos concedidos por la matriz de otro Estado miembro, en el Estado de la fuente no se modifica su tratamiento fiscal de una redistribución de dividendos normal, en cierta manera, se elimina la doble imposición jurídica. En contra, en el Estado de la matriz, por la falta de normativa de la UE, se crea una situación similar a la distribución de dividendos a Estados extracomunitarios. Dicho de otro modo, en el Estado de residencia de la matriz podrá o no, de conformidad a su ordenamiento interno, la recalificación realizada a la renta en el Estado de la fuente. Por lo que, si en la jurisdicción tributaria de la matriz se considera que dicha renta como interés, se producirá una doble imposición económica. Misma circunstancia, de doble imposición económica, se dará en aquella situación donde el prestamista sea un establecimiento permanente residente en otro Estado miembro [(736)].

Otro aspecto singular, lo podemos observar en el artículo 4 de la Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, donde se establece una norma acerca de la limitación de los intereses en los contribuyentes europeos en las mismas circunstancias de lo expuesto supra, pero lo llamativo es que en el apartado primero del citado artículo establece lo que se entiende como contribuyente, que se trata de aquella «entidad que esté autorizada u obligada a aplicar las normas en nombre de un grupo, según la definición prevista en el Derecho tributario nacional» o «una entidad de un grupo, como se defina en el Derecho tributario nacional, que no consolide los resultados de sus miembros a efectos fiscales». Esta circunstancia es importante puesto que los costes de endeudamiento excedentarios y el EBITDA podrán calcularse para la totalidad del grupo y englobar los resultados de todos sus miembros, ya que en el apartado séptimo de dicho artículo se posibilita a los Estados miembros la posibilidad de excluir las sociedades financieras de la aplicación de este precepto aun cuando «tales sociedades formen parte de un grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera [(737)]».

[736] CALDERÓN CARRERO, J. M: "Estudio de la normativa española sobre subcapitalización…", *cit.*, pág. 28, 43 y 52.
[737] En el apartado octavo del artículo 4 de la *Directiva ATAD I* se establece la definición del grupo consolidado a efectos de contabilidad que « consiste en un conjunto de entidades que están plenamente incluidas en los estados

6. LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA LA INVERSIÓN POR PARTE DE UNA SOCIEDAD MATRIZ.

6.1. CONSIDERACIONES PREVIAS A LA INVERSIÓN Y FINANCIACIÓN INICIAL.

Para que se aplique la Directiva Matriz-filial, primero se tendrá que realizar una inversión, por parte de una sociedad en otra jurisdicción tributaria de la UE. Antes de acometer tal inversión, se deberá analizar las cuestiones relativas al ordenamiento aplicable, tanto el Estado miembro de la inversión, como en el Estado de origen de dicha inversión. Es decir, se hará un estudio exhaustivo del ordenamiento tributario que incidan en la operación de inversión; identificar la forma jurídica más adecuada para la realización de la inversión, aunque puede afirmarse que en la mayoría de los casos no existe un tratamiento diferente por la forma jurídica escogida, desde el punto de vista del Derecho tributario; determinar los costes administrativos de constitución y de mantenimiento, comprobar la existencia o no de restricciones a la libertad de inversión y si existe un control de cambios [(738)]. Además, se determinará correctamente el vehículo por el cual se canalizará la inversión en la otra jurisdicción, optándose entre una sucursal o una filial, u otras formas de colaboración y/o inversión. Otro aspecto importante, en ese estudio exhaustivo del ordenamiento tributario, desde la perspectiva del Estado exportador de la inversión o de residencia del inversor, por lo que pondremos de manifiesto los posibles incentivos fiscales para la internacionalización; y desde la perspectiva del Estado que reciba la inversión, aquellos incentivos que posibilite el asentamiento de inversiones foráneas. Desde el punto de vista contable, determinados ordenamientos tributarios harán generar ajustes en la determinación de la base imponible de los contribuyentes, en los casos sobre las amortizaciones, sobre las correcciones de valor en los elementos del activo –por ejemplo, dotaciones por insolvencia de clientes–, de diferencias de en el tratamiento de las provisiones para riesgos y gastos y sobre las limitaciones de deducibilidad de los gastos financieros –la subcapitalización–. Aunque estas diferencias, pueden ser de carácter temporal, es decir, en el presente tendrá una consideración de ingreso tributable pero en el futuro pasará a tener la condición de gastos; otras

financieros consolidados elaborados de conformidad con las Normas Internacionales de Información Financiera o con el sistema de presentación de información financiera del Estado miembro».

738 Estos dos últimos aspectos, dentro de la UE no se existirán a simple vista, pero como hemos visto, habrá actuaciones de los Estados miembros, mediante una articulación normativa que límite aquellos inversores foráneos en determinadas actividades u operaciones, circunstancias que quizás estén o no amparadas por las Libertades de la UE.

serán de carácter permanente, dicho de otro modo, siempre tendrán la misma consideración tras el ajuste. Incluso habrá gastos que no serán deducibles a efectos fiscales, como por ejemplo, las liberalidades o las sanciones de todo tipo; adicionalmente algunas jurisdicciones pondrán trabas a la deducibilidad de los gastos por servicios [(739)] entre la filial dependiente y la matriz –más enfatizada es limitación en las inversión mediante establecimientos permanentes–, de los gastos por management fees –de dirección generales de administración– o aquellos gastos con otras partes vinculadas que no estén valoradas a precio de mercado. En contra, se podrá observar que determinadas operaciones de inversión tendrán consideración de incentivables, como la investigación, el desarrollo y la innovación, las tecnologías de la información y de la comunicación y el fomentarlas o la exportación.

6.2.INVERSIÓN POR SUCURSAL –ESTABLECIMIENTO PERMANENTE–, FILIAL O FORMAS ASOCIATIVAS.

Como hemos señalado supra, una de las primeras decisiones que se debe tomar a la hora de invertir en otra jurisdicción tributaria es la forma jurídica con la cuál establecerse. Lo más común es que se lleve a cabo mediante sucursales o filiales, aunque la elección entre la sucursal o la filial no será una situación inocua para el Derecho tributario [(740)]. Señalan *BOOTELLO MACHÍN*, *PALACIOS PÉREZ* y *PASTORIZA VÁZQUEZ*, que la principal diferencia entre las figuras de filial y de sucursal, es que la primera poseerá una personalidad jurídica propia, mientras que la segunda constituirá una representación permanente de la matriz en el Estado donde se realice la inversión [(741)]. Aunque en nuestra opinión, la sucursal o el establecimiento permanente, se podrá definir, desde el punto de vista tributario, como una extensión de la personalidad jurídica en otro ordenamiento jurídico, por parte de una entidad con residencia y sujeta a las leyes de otra jurisdicción. En consecuencia, la elección entre una forma jurídica u otra dependerá de las intenciones sobre la limitación de la responsabilidad de la inversión por

[739] Entiéndase como estos servicios, los cánones, intereses y comisiones que se abonen en contraprestación del uso, la cesión o la prestación de servicios de asistencia técnica de elementos del activo, de bienes o derechos.
[740] Los autores *BOOTELLO MACHÍN*, *PALACIOS PÉREZ* y *PASTORIZA VÁZQUEZ*, defienden que se puede realizar el establecimiento en otras jurisdicciones mediante acuerdos de colaboración, es decir, con contratos de distribución o de comisionista, diferenciándolos de la sucursal, y dando a entender que no se trata de un establecimiento permanente a efectos tributarios. En nuestra opinión, desde el punto de vista del Derecho tributario analizado actualmente, con el análisis de las distintas Directivas, vemos que tanto una sucursal como aquellas colaboraciones que generen contratos de distribución, agente o comisionista, serán considerados como establecimientos permanentes. ("Introducción a la planificación fiscal internacional", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2013, pág. 1568).
[741] BOOTELLO MACHÍN, V.; PALACIOS PÉREZ, J. y PASTORIZA VÁZQUEZ, S.: *op. cit.*, pág. 1568.

parte de la matriz, ya que la filial, al considerarse una persona jurídica diferente a la personalidad jurídica de la matriz, permitirá una limitación a la responsabilidad por parte de esta. Otro aspecto que puede condicionarse con las formas jurídicas, son posibilidades de aplicarse los regímenes de consolidación fiscal, de poder aprovechar las pérdidas del vehículo inversor o los métodos para evitar la doble imposición, es decir, no se podrá aplicar de forma automática las bases imponibles negativas de entidades separadas, tampoco podrá ni aplicarse las pérdidas de forma directa o a través de deterioros, e incluso elegir entre una tributación del dividendo extranjero frente a la distribución del beneficio empresarial.

Haciendo un ejercicio de memoria, además de las formas jurídicas descritas, existen otras para realizar una inversión en otro Estado, como las figuras de asociación empresarial, las llamadas UTEs o uniones temporales de empresas; y las AIEs o agrupaciones de interés económico. Asimismo, tampoco podemos olvidar los *trusts* o las *partnership*. En definitiva, se trata de formas de colaboración con las que desarrollar inversiones, contratos de franquicia o de distribución. Incluso, pueden tratarse de la herramienta necesaria para poder desarrollar dicha inversión, ya que en el Estado de destino de la susodicha, la normativa local puede requerir en determinados sectores de la actividad empresarial, se deban de canalizar las inversiones a través de fórmulas de colaboración, con un socio local de dicho Estado, mediante la constitución de una *joint venture*.

6.3.INVERSIÓN POR SOCIEDAD *HOLDING*.

Teniendo en cuenta que una sociedad *holding* se trata de aquella cuya principal actividad consistirá en gestionar las participaciones de otras sociedades [(742)], se puede considerar como una herramienta muy útil para el desarrollo de las inversiones en otras jurisdicciones, aunque se deberá tener en cuenta, aquellos aspectos relativos a la tributación efectiva del Estado de destino, que será el Estado de residencia de dicha *holding*. Además, ponemos de manifiesto las posibles retenciones en los pagos de los dividendos e intereses en dicho Estado, como la existencia de una amplia red de CDI firmado por susodicho Estado e, incluso, la posibilidad de poder acogerse a dichos convenios, teniendo en cuenta la imposición indirecta y los temas

[742] Definición acuñada en BOOTELLO MACHÍN, V.; PALACIOS PÉREZ, J. y PASTORIZA VÁZQUEZ, S.: *op. cit.*, pág. 1569.

relativos a los intangibles –es necesario recordar la importancia de las operaciones vinculadas mediante precios de transferencia–. Normalmente este tipo de articulaciones de las inversiones en otras jurisdicciones tienen el propósito de acogerse a los regímenes de *participation exemption* –en España se entendería como un régimen que facilita la exención en los dividendos y de las plusvalías de fuente extranjera–, con el fin de conocer como es la tributación en la distribución de beneficios hacia y desde la *holding*, este último caso, cuando sea una mera intermediaria de trasmisión de dichas rentas. En consecuencia, la incorporación de una sociedad *holding* a la estructura del grupo, por donde articular las inversiones internaciones, trae consigo las siguientes ventajas: a) permite una mayor agilidad en la incorporación de nuevos socios al grupo; b) si dicha *holding* es constituida en la jurisdicción de destino de la inversión, podrá acogerse a un régimen diferimiento de la tributación, a un régimen de consolidación fiscal o facilidades para la compra de sociedades locales; y c) estructurando la organización y el negocio de acuerdo con las necesidades del mercado.

6.4.INVERSIÓN POR SOCIEDAD FINANCIERA.

Se trata de la inversión en otra jurisdicción constitución de una sociedad filial o de un establecimiento permanente con la actividad principal, o incluso exclusiva, de prestación de servicios financieros a las entidades pertenecientes y operativas del grupo. Situando su residencia en una jurisdicción de baja tributación o con un régimen fiscal especial al desarrollo de dichas actividades [743]. Aunque resaltamos que aquellos aspectos relacionados con la tributación de la distribución de dividendos habrá que tenerlos en cuenta, puesto que una implantación errónea de la estructura empresarial puede suponer la pérdida de la posibilidad de obtener una rebaja en el coste tributario y convertirse en un aumento de la tributación. En este tipo de estructuras, las normas anti-abuso sobre la transparencia fiscal internacional tienen bastante incidencia, tanto a nivel del Derecho interno de los Estados como a nivel del Derecho de la UE, es decir, estas estructuras societarias financieras deberán tener una racionalidad, un sentido económico o una motivación económica, evitando todas aquellas estructuras artificiales de financiación que únicamente persigan obtener un ahorro en la carga fiscal del grupo empresarial en su conjunto. Esta artificiosidad, en cierta manera, se podría evitar cuando la estructura esté compuesta por los medios materiales y personales que justifiquen que se realiza

[743] Por ejemplo, existen distintos países dentro de la UE donde se presentan tales regímenes fiscales especiales, como, Irlanda, Luxemburgo, Bélgica, y Países Bajos.

la actividad financiera, dotando de recursos financieros al resto de entidades de dicho grupo [(744)]. Dicho esto, y a modo de que se pueda definir de forma correcta lo que puede ser una sociedad financiera, resaltamos lo dispuesto en el artículo 2, en su apartado quinto, de la Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, conocida como la *Directiva ATAD I*, donde expresa la definición de lo que se entiende como sociedad financiera [(745)]. Del mismo modo, recordamos lo dispuesto en el artículo 1 en su apartado segundo, letra b), en su subapartado tercero, de la Directiva 2017/952/UE del Consejo, de 29 de mayo de 2017, conocida como *Directiva ATAD II*, donde añade las definiciones de instrumento financiero y por operador financiero [(746)]. Siendo el primero, «todo instrumento en la medida en que produzca un rendimiento financiero o de capital sujeto a imposición con arreglo a las normas para la imposición de la deuda, el capital o los derivados de acuerdo con la legislación de la jurisdicción del destinatario o del ordenante e incluya una transferencia híbrida [(747)]»; mientras que el segundo, se trata toda «persona o entidad que se dedica a la actividad de comprar y vender con regularidad instrumentos financieros por cuenta propia a los efectos de obtener un beneficio».

Este tipo de estructura societaria trae consigo una serie de ventajas, que incluso se pueden convertir en objetivos del grupo empresarial, como: 1) la optimización de los recursos financieros del grupo, tanto en su gestión como en su distribución en función de las necesidades de las entidades del grupo, sin que con ello se obtenga un alto coste fiscal. 2) la obtención de un diferimiento o de una exención por parte de la matriz que controla la filial financiera, respecto de los intereses que gestiona por las operaciones de financiación del resto de filiales o de establecimientos permanentes, de modo que dicha sociedad matriz solo obtenga beneficios una vez se integren los dividendos de la sociedad financiera. Y 3) la posibilidad de obtener unas mejores condiciones crediticias por parte de las instituciones financieras, al consolidar todos los recursos financieros del grupo en una sola entidad filial o establecimiento permanente.

---

[744] MULLERAT PRAT, R. y BONET MASDEU, M.: "Aspectos relevantes de la planificación fiscal internacional de la inversión española en el extranjero", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2013, pág. 1683.

[745] Véase la Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, "por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior".

[746] Directiva 2017/952/UE del Consejo, de 29 de mayo de 2017, "por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países".

[747] La *Directiva ATAD II* define la «transferencia híbrida» como «cualquier mecanismo relativo a la transferencia de un instrumento financiero cuando el rendimiento subyacente del instrumento financiero transferido se considere a efectos fiscales como derivado simultáneamente de más de una de las partes del mecanismo», en su artículo 1 en su apartado segundo, letra b), en su subapartado tercero.

6.5.INVERSIÓN POR SOCIEDAD DE EXPLOTACIÓN DE ACTIVOS INTANGIBLES.

Se puede decir, que toda actividad empresarial que realizan los grupos multinacionales originan y explotan activos intangibles, tanto de propia creación como adquiridos a terceros; y normalmente, la titularidad dependerá de una sociedad del grupo y la explotación de dichos intangibles a otra sociedad del grupo. En definitiva, se trata de una sociedad que tendrá la cesión de los intangibles, como los derechos registrables –patentes y marcas–, como experiencias industriales, comerciales o científicas, como procedimentales y *know how*, que generarán operaciones intragrupo en función de en qué Estado se situé la sociedad que explota dichos derechos, el tipo impositivo que se le aplicará en dicho Estado, de la existencia o no de un Convenio para evitar la doble imposición entre el Estado de residencia de la entidad de los intangibles y la cesonaria de los mismos, y de la aplicabilidad de las Directivas Matriz-filial y de intereses. En consecuencia, los grupos transnacionales conformaran una estructura societaria donde se centralice la titularidad y gestión de los intangibles de dicho grupo, en una sociedad o establecimiento permanente en un o unos Estados donde exista un régimen tributario atractivo a dichas rentas [(748)]. Pero quizás, la estructura que menos problemas podrá originar en las operaciones vinculadas será aquella que esté articulada en la concentración de los intangibles del grupo en la sociedad matriz de dicho grupo con un régimen general, que afectará a los establecimientos permanentes ubicados en otras jurisdicciones tributarias con una tributación reducida por estas rentas. Este tipo de operaciones se llevará acabo previo acuerdo con las Administraciones fiscales de dichos Estados, acordando un porcentaje de beneficios a dicho EP y el resto a su sociedad matriz. Aunque, siempre con la cautela que se deba en Derecho, se deberá tener en cuenta las medidas anti-elusión sobre precios de transferencia sobre la deducibilidad de los gastos por cánones que se han originado por la cesión de los intangibles a los establecimientos permanentes intermedios –o sociedades filiales– que no son quienes crean o potencian dichos intangibles [(749)].

6.6.LA FINANCIACIÓN DE LA INVERSIÓN.

[748] Según *MULLERAT PRAT* y *BONET MASDEU*, «algunos ejemplos de países con regímenes tributarios especiales, denominados *patent box*, para las rentas procedentes de intangibles son Holanda, Luxemburgo, Irlanda y Suiza». (*op. cit.*, pág. 1684).
[749] MULLERAT PRAT, R. y BONET MASDEU, M.: *op. supra cit.*, pág. 1684.

Por lo expuesto anteriormente, vemos que las empresas tienen distintas herramientas por la cuales articular sus inversiones en el extranjero, pero toda inversión requerirá de que existan condiciones favorables en la financiación para llevarse a cabo. Como también hemos visto *supra*, las empresas disponen de distintos recursos para financiarse, bien con recursos propios o bien con recursos ajenos, sobre los cuales incidirán tanto aspectos económicos como aspectos tributarios, influyendo en la decisión que finalmente se adopte. *RAMOS RAICH* y *BONET MASDEU*, defienden que dichas alternativas de financiación, recursos propios o recursos ajenos, desde la perspectiva tributaria, no son neutrales. Esto se explica, cuando se utilizan recursos ajenos, se evitará una imposición indirecta sobre los recursos propios y, además, se posibilitará una deducción de los gastos en intereses en la determinación de la base imponible. Mientras que cuando se utilizan recursos propios, la distribución de beneficios, vía dividendos, no tendrá consideración de gasto deducible [(750)]. Llegados a este punto, debemos recordar que la dotación de recursos propios se puede realizar mediante aportaciones de capital, tanto dinerarias como no dinerarias, con o sin prima de emisión o, incluso, aportaciones excepcionales para la compensación de pérdidas, por parte de los socios de la sociedad. En cambio, los recursos ajenos pueden obtenerse de los accionistas de la sociedad, de sociedades vinculadas a la misma, de entidades bancarias o de terceras sociedades. Este recordatorio se basa en los límites que se pueden imponer a la financiación, es decir, las restricciones que se pueden aplicar, no tanto en la cantidad, sino en el límite que tendrá en la factura fiscal del contribuyente, dicho de otro modo, en los recursos propios no habrá ninguna restricción a la hora de financiarse con ellos, al contrario los recursos ajenos –recuérdese el apartado de las consecuencias de la subcapitalización *supra*– sí que existirán.

Centrándonos en el análisis de los recursos ajenos, ya que desde el punto de vista de los recursos propios no se generan tantas implicaciones fiscales y serán de importancia a la hora de recuperar la inversión, tema que más adelante abordaremos. En base a ello, creemos que la operación se puede realizar mediante la subcapitalización y los préstamos participativos. Analizados ya los primeros, por su importancia en las estructuraciones empresariales, queda examinar y definir los préstamos participativos, que según *RAMOS RAICH* y *BONET MASDEU*, se trata de una alternativa al endeudamiento ordinario, al intentar no penalizar económicamente los primeros periodos de inversión, al tratarse de una formulación financiera que pretende conciliar el pago de intereses con la generación de beneficios por parte de la entidad que se financia [(751)]. Examinando la perspectiva contable, este tipo de préstamos tendrán

[750] Véase, RAMOS RAICH, J. R. y BONET MASDEU, M.: *op. cit.*, pág. 1610.
[751] RAMOS RAICH, J. R. y BONET MASDEU, M.: *op. cit.*, pág. 1619.

la consideración de formar parte del patrimonio neto de la sociedad prestataria, desde la perspectiva mercantilista, tendrán la misma consideración, aunque solo a efectos de una posible reducción de capital y de disolución de sociedades. En contra, la subcapitalización se considerará como endeudamiento y no como patrimonio neto [(752)]. Señalan *RAMOS RAICH* y *BONET MASDEU*, que este tipo de préstamos generan una ventaja que «reside en la posibilidad de retribuir los fondos recibidos en forma de préstamo participativo, exclusiva o principalmente, a través de la fijación de un tipo de interés variable, en función de factores tales como el beneficio operativo neto, el volumen de negocio o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes, relativos todos ellos a la entidad prestataria» [(753)]. Pero también presentan desventajas, ya que ofrecen poca flexibilidad, especialmente a la hora de una cancelación anticipada de los mismos, al generarse un desequilibrio patrimonial, requiriéndose un aumento, casi simultáneo, de dicho patrimonio neto del prestatario, y este aumento podrá ser a través de un nuevo préstamo participativo o de una inyección de nuevos recursos por parte de los socios. Otro aspecto negativo, desde el punto de vista del Derecho tributario, es que la retribución de los intereses se debe valorar a precios de mercado en base al, famoso, principio *arm´s length*, puesto que se compensará de forma real al prestamista del elevado riesgo que asume al conceder un préstamo ligado a los beneficios futuros de la sociedad prestataria, pero con el límite del interés de mercado para este tipo de operaciones por parte de empresas terceras. Ténganse en cuenta, que este tipo de operaciones se valoran previamente a la realización de la operación, se entiende que, si en ese caso no existe una vinculación entre el prestamista y el prestatario, se habrá hecho a precios de mercado, mientras que si existe esa vinculación, habrá que demostrar, mediante toda la documentación posible, que dicha valoración se ha basado en los precios de mercados a efectos de la libre competencia. De igual modo, se tendrá que tener condiciones del préstamo acorde con las exigencias del mercado, es decir, en aquellas condiciones como la duración indefinida del préstamo o clausulas especiales para el deudor, que puede cancelar dicho préstamo, perdiéndose la posibilidad del pago de los intereses, se sufrirá una recalificación y se convertirá tal préstamo en fondos propios, y sus intereses abonados en dividendos [(754)].

Otro elemento tributario que habría que tener en cuenta en las operaciones de financiación vía recursos ajenos es la imposición indirecta que se pueda generar en las

[752] DÍAZ MORENO, A.: *op. cit.*, 199. Aspecto también resaltado por ÁLVAREZ BARBEITO, P.: *op. cit.*, págs. 100 y 101.; y por GARCÍA-OVIES SARANDESES, I y SESMA SÁNCHEZ, B.: *op. cit.*, págs. 85, 86 y 87.
[753] RAMOS RAICH, J. R. y BONET MASDEU, M.: *op. cit.*, pág. 1619.
[754] RAMOS RAICH, J. R. y BONET MASDEU, M.: *op. supra cit.*, pág. 1619.

operaciones de concentración societaria o de operaciones societarias, imposiciones sobre el consumo o sobre el patrimonio.

6.7.LA DESINVERSIÓN.

El último aspecto que se debe analizar en las operaciones de inversión, es la repatriación y desinversión, para ello habrá que examinar que rentas pueden estar, o no, sujetas a imposición y que rentas se consideran exentas. Llegado este punto, se pueden considerar rentas sujetas aquellas que reúnan los criterios de conexión con la jurisdicción tributaria donde se generen o a donde fluyan, es decir, aquella renta que se vincule: a) por el criterio de territorialidad, vinculándose al territorio del ordenamiento tributario donde se hayan generado rentas de bienes muebles e inmuebles, como de derechos que se puedan ejercer en dicho territorio o desde el mismo hacia otras jurisdicciones; b) por el criterio de pago, aquellos rendimientos recibidos por parte de un contribuyente residente o no en una jurisdicción tributaria, cuando se haya satisfecho por parte de una persona jurídica, física o establecimiento permanente residente en el mismo ordenamiento tributario u otro diferente; c) por el criterio del lugar de emisión, quedando sujetas aquellas rentas en forma de dividendos y/o ganancias patrimoniales que se deriven de valores emitidos por entidades residentes en un ordenamiento tributario; y d) por el criterio de lugar de realización o de utilización, entendiéndose como aquellos rendimientos que se obtengan en una jurisdicción tributaria por un contribuyente no residente y sin mediación de un establecimiento permanente. Por tanto, las rentas no sujetas serán aquellas que no cumplan los criterios anteriores, exceptuándose las rentas exentas, que pudiendo estar sujetas, las normativas internas de los Estados miembros podrían considerarlas exentas [(755)].

Para que una renta se pueda considerar exenta desde el punto de vista de los Estados miembros, nos tendremos que basar en lo dispuesto en el Derecho de la UE, concretamente en la Directiva Matriz-filial, que consideran rentas exentas a los dividendos y otras participaciones en beneficios distribuidos por filiales residentes en un Estado miembro a sus matrices que sean residentes en la UE, siempre que se cumplan unos requisitos preestablecidos al efecto, ya que el principal objetivo de dicha Directiva es la equiparación, mediante un régimen fiscal común, de los dividendos que se generen intracomunitariamente y sean recibidos por una matriz residente en algún Estado miembro, a los dividendos internos de cada Estado miembro. Recordamos que la consideración de matriz se obtiene cuando una entidad ostenta una

[755] RAMOS RAICH, J. R. y BONET MASDEU, M.: *op. supra cit.*, pág. 1622.

participación en el capital o en los derechos de voto de al menos el 10% de los mismos, manteniendo dicha participación al menos, y de forma ininterrumpidamente, 2 años –aunque cada Estado miembro puede recudir dicha temporalidad– o, en su defecto, durante el tiempo necesario para completar dicho tiempo, determinándose la residencia de la sociedad filial como de la sociedad matriz con arreglo a la normativa interna que corresponda, sin prejuicio de que se pueda establecer en los Convenios para evitar la doble imposición firmados por los Estados miembros que intervenga en la operación entre matriz-filial. *RAMOS RAICH* y *BONET MASDEU*, resumen los requisitos de a Directiva Matriz-filial argumentando que: a) ambas sociedades, tanto la sociedad matriz como la sociedad filial, deberán estar sujetas y no exentas a la imposición de sus respectivos impuestos sobre los beneficios empresariales de sus Estados de residencia. Del mismo modo cuando hablemos de aquellas operaciones que participen establecimientos permanentes; b) el retorno de la inversión no podrá ser consecuencia de una liquidación de la entidad considerada filial; y c) debiendo las sociedades que participan y se quieren beneficiar de la Directiva revestir una forma jurídica descrita y contemplada en dicha Directiva [(756)] [(757)].

7. ¿LA CLÁUSULA ANTI-ABUSO RECOGIDA EN LA DIRECTIVA MATRIZ-FILIAL?

7.1. CONSIDERACIONES AL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL.

Desde la perspectiva de la Directiva Matriz-filial no se contempla un precepto para el régimen de transparencia fiscal internacional, como los contemplados en la Directiva fiscal de fusiones, en la *Directiva ATAD I* o en la propuesta de Directiva BICIS, sino que según en el artículo 4 en su apartado segundo, se dispone que ninguna disposición de la Directiva Matriz-filial podrá impedir que la normativa interna de un Estado miembro pueda considerar a un sociedad matriz residente en dicho Estado como sociedad transparente, una vez evaluadas las características jurídicas de dicha sociedad, permitiéndose, por tanto, la inaplicación de dicha Directiva y sometiendo a gravamen los dividendos que se haya obtenido por parte de una filial residente en otro Estado miembro. Ante esta situación, en el segundo párrafo de dicho apartado,

[756] RAMOS RAICH, J. R. y BONET MASDEU, M.: *op. cit.*, pág. 1626.
[757] Recuérdese, que en los supuestos que existan reciprocidad, la Directiva será de aplicación aunque las sociedades no revistan una de las formas jurídicas previstas en el Anexo de la propia Directiva, previa autorización de la Administración tributaria del Estado miembro en concreto.

vemos que la Directiva concederá la posibilidad de que aquella sociedad que se haya considerado transparente a poder deducirse el pago del impuesto satisfecho por la sociedad filial o sociedades filiales relacionados con su participación, siempre y cuando, dichas filiales se les pueda aplicar la Directiva según los artículo 2 y 3 de la misma. Según las Directiva fiscal de fusiones y *ATAD I* y la propuesta, se desarrolla una medida anti-elusiva clara para aquellas operaciones donde intervenga una sociedad considerada transparente. Es decir, facilita la utilización de la regla para las operaciones transparencia fiscal internacional. Ahora bien, eso no quiere decir que desde el Derecho de la UE, existan no mecanismos para que en aquellas operaciones donde se distribuyan dividendos hacia una sociedad considerada transparente o esa sociedad transparente distribuya tales dividendos, no se les pueda aplicar la regla de la TFI [(758)]. En consecuencia, este régimen tributario intenta gravar, en el Estado de residencia de la matriz, los dividendos que distribuya la entidad o entidades participadas, incluso los establecimientos permanentes, cuando sean considerada como una sociedad transparente [(759)] a su matriz y viceversa, se pueda aplicar dicha regla.

Según la *Directiva ATAD I*, la sociedad transparente será aquella sociedad extranjera controlada, cuya definición a tal expresión será aquella entidad o establecimiento permanente, donde controle la matriz, de forma indirecta o directamente, individual o colectivamente, un porcentaje en los fondos propios de más del 50% –en los casos donde existan una división entre los derechos económicos y de voto, entenderá que se debe aplicar el porcentaje sobre los derechos de voto–, teniendo un gravamen del impuesto sobre sociedades inferior al que tendría en el Estado miembro en concreto y el impuesto satisfecho, es decir, cuando la tributación efectiva de la entidad dependiente sea inferior a la que hubiera tenido en el Estado de residencia de la matriz. Recordamos que la Directiva Matriz-filial tiene como principal objetivo la eliminación de la doble imposición sobre los beneficios a través de dos medidas: por un lado, eliminando la doble imposición económica; y por otro lado, eliminando la doble imposición jurídica. Por tanto, cuando estemos ante la situación que por las normativas tributarias internas se consideren una entidad como transparente, por aplicación de la *Directiva ATAD I*, no se podría eliminar la doble imposición económica. Es decir, ante una situación de que una entidad sea considerada como transparente, los dividendos que distribuya a la matriz de otro Estado miembro, en el Estado de la fuente no se modifica su tratamiento fiscal de una redistribución

[758] Según la *Directiva ATAD I*, como mecanismo para aplicar la TFI en aquellas rentas distribuidas o no distribuidas, que en aquellos casos que se hayan producido mediante «mecanismos falseados» y con el fin de obtener un gravamen menor.

[759] Para ello deberemos irnos a lo dispuesto en la *Directiva ATAD I*, donde, concretamente, no se habla de sociedades consideradas transparentes, sino de «sociedad extranjera controlada» a la que se aplicará la regla TFI.

de dividendos normal, en cierta manera, se elimina la doble imposición jurídica. En contra, en el Estado de la matriz, por la falta de normativa en la Directiva Matriz-filial, se crea una situación similar a la distribución de dividendos a Estados extracomunitarios. Dicho de otro modo, en el Estado de residencia de la matriz podrá o no, de conformidad a su ordenamiento interno y la *Directiva ATAD I*, considerar que dicha sociedad es transparente en materia tributaria. Por lo que, si en la jurisdicción tributaria de la matriz se considera que dicha sociedad es transparente, se producirá una doble imposición económica, ante esta situación se deberá remitir a lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado segundo del artículo 4 de la Directiva Matriz-filial, para evitarlo. Misma circunstancia, de doble imposición económica, se dará en aquella situación donde el que percibe tales dividendos sea un establecimiento permanente residente en otro Estado miembro, que tendrá la misma solución que cuando se trata de una sociedad. Pero si entramos en detalle de la *Directiva ATAD* I, esta medida anti-abuso que viene a realizar una imputación de los dividendos como hemos señalado *supra*, distinguimos que cabe dos posibilidades: 1) que el contribuyente demuestre que dichas operaciones o actividades se han desarrollado a través de una conducta lícita, y por tanto, no se tendrá que realizar dicha imputación, es decir, en los siguientes casos no se aplicará la regla TFI, cuando dicha sociedad extranjera controlada, definida supra, a la hora de determinar se base imponible en el Estado miembro donde resida, sin tener en cuenta los motivos de haberse establecido en ese Estado, aunque suponga obtener una ventaja fiscal que desvirtúa la finalidad de las normas de la UE, pero se haya falseado dicha base imponible mediante un mecanismo o serie de mecanismos. Estos mecanismos serán considerados falseados cuando no se hayan establecido por una razón comercial válida que demuestre una realidad económica; y 2) en base al artículo 7, observamos que sigue la lógica para evitar la doble imposición, o dicho de otro modo, se establecerá el derecho a la matriz de minorarse de la carga tributaria, una vez se produzca la distribución efectiva de dichos dividendos, teniéndose en cuenta los requisitos dispuestos en la Directiva Matriz-filial.

7.2.EL USO DE LOS INSTRUMENTOS HÍBRIDOS EN LAS OPERACIONES MATRIZ-FILIAL.

Vemos que con el desarrollo de la globalización, han surgido nuevas instrumentos de inversión en los mercados financieros, que superan, en su conceptualización, las definiciones clásicas contractuales y de forma de ahorro; los instrumentos de deuda e instrumentos de

capital. Dicho de otro modo, se ha generado un conjunto de elementos que se muestran en contratos, valores o en entidades, que, por un lado, no responderán a dichas definiciones clásicas *supra* mencionadas, y por otro lado, suponen una creación jurídica atípica, a través una yuxtaposición de los elementos que conforman tales instrumentos de deuda y de capital, de forma simultánea. Estos nuevos instrumentos financieros híbridos, *JIMÉNEZ BLANCO* los define como «un instrumento financiero que tiene características económicas que son incoherentes, en su totalidad o en parte, con la clasificación que suscita su forma jurídica» [(760)]. Estas características que se pueden observar en tres elementos diferenciales: 1) el híbrido financiero reúne parte de las características de los instrumentos de deuda y de capital en un mismo instrumento, aunque predomina las características de uno de los dos instrumentos sobre el resto de características. 2) teniendo un tratamiento jurídico inconsistente, es decir, en un análisis multijurisdiccional, dicho instrumento tendrá un tratamiento fiscal y contable diferenciado, además de una conceptualización regulatoria diferente, considerándose por parte de las autoridades de supervisión como recursos propios. Y 3) debe tenerse en cuenta de que es un instrumento sintético, explicando lo anterior, en la conceptualización del híbrido financiero se excluirán aquellas operaciones financieras que no den origen a un activo en el balance y de aquellas situaciones donde se interponen un vehículo jurídico, en la jurisdicción que sirva de conveniencia, para la realización de la emisión de un activo que replicará elementos de características distintas al pasivo en otra jurisdicción. Ya que, el híbrido financiero, a través de la yuxtaposición de distintos elementos o contratos, genera un efecto del pasivo cuando se trata de un activo, o viceversa.

En definitiva, dichos instrumentos van a jugar un importante papel en la planificación fiscal internacional, puesto que esta diferente consideración fiscal se origina en dos jurisdicciones tributarias, donde se emite el instrumento y desde donde se invierte. Todo ello, ha generado la existencia de un mercado financiero-tributario, basado en aprovechar las distintas inconsistencias existentes entre la multitud de jurisdicciones tributarias, para aumentar la rentabilidad de los instrumentos financieros. En resumen, ante un escenario de bajas rentabilidades por bajos tipos de interés, el elemento tributario desempeña un rol elemental en la maximización de la rentabilidad de las inversiones. Por tanto, el motivo fiscal será el más importante a la hora de desarrollar dichos instrumentos, por parte de los contribuyentes, al conseguir, tanto en la emisión o como en la inversión, un tratamiento tributario, sobre la misma

[760] JIMÉNEZ BLANCO, J. I.: "El uso de los instrumentos financieros híbridos en la planificación fiscal internacional", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2013, págs. 1759 y 1760.

renta, diferente en las jurisdicciones donde participa. Resumiendo, y en base a lo expuesto *supra*, como regla común para los ordenamientos tributarios, con la prudencia, lógica y matices a las excepciones que se quiera, los pagos de intereses se van a considerar como gasto deducible en la determinación de la base imponible, mientras que los dividendos soportarán un excepción o crédito fiscal, al fin de eliminar una posible doble imposición. Por tanto, un híbrido va a intentar conjugar ambos elementos en dos jurisdicciones diferentes, mediante un instrumento llamado *double dip*, que intente evitar la doble imposición, como mínimo, siendo su objetivo principal la desimposición, al ser gasto en una jurisdicción dicho pago de intereses, y no tributable esos dividendos en la otra jurisdicción, es decir, estaremos ante una renta que puede ser tanto intereses como dividendos. Como hemos visto anteriormente, la frontera entre el interés y el dividendo no es lo suficientemente clara [(761)], y a la hora de confrontar ordenamientos tributarios diferentes, el contribuyente pretenderá un doble calificación a la misma renta, por un lado, intereses y su posibilidad de deducción y por otro, dividendos y su crédito fiscal; al mismo tiempo. Incluso en ocasiones, no quizás sea ese el objetivo del contribuyente, sino que sea calificar dicha renta como ganancia o renta ordinaria para eliminar una posible aplicación de una retención en origen. Aunque, también se pueda pretender una diferenciación en el devengo de los distintos impuestos que se den en las jurisdicciones donde fluye la renta, de forma que se pueda anticipar el gasto tributario en una jurisdicción y diferir la otra tributación en la otra jurisdicción, en el caso de una misma renta ya emitida y recibida por los contribuyentes que participan en dicha operación [(762)]. Otro motivo que se puede tener a la hora de emplear un híbrido, es la diferenciación en el tratamiento contable en aquellas operaciones de financiación u operaciones de titulización, es decir, en aquellas operaciones donde se anticipan fondos con cargo a futuros créditos o remesas de recibos, sin que con ello se genere un incremento del balance [(763)], ni mayor activo ni pasivo, o dicho de otro modo, ni mayor disponible ni mayor endeudamiento.

Dentro de la UE estas situaciones híbridas se van a eliminar con la *Directiva ATAD II* [(764)], ya que nos viene a introducir las siguientes definiciones, en primer lugar, la asimetría

[761] Anteriormente, hemos destacado desde la perspectiva de la legislación española, tanto mercantil como tributaria, que existen instrumentos que dificultarán la forma de determinar la base imponible de los contribuyentes. En la legislación española existen herramientas para limitar dichos efectos de los instrumentos híbridos, que para esta norma son: a) las acciones sin voto; b) las acciones rescatables; c) participaciones preferentes; d) los préstamos participativos; e) las obligaciones subordinadas; f) las obligaciones convertibles; g) cuentas de participación; y h) la subcapitalización.
[762] JIMÉNEZ BLANCO, J. I.: *op. cit.*, pág. 1762.
[763] JIMÉNEZ BLANCO, J. I.: *op. cit.*, pág. 1763.
[764] Recordemos que se trata de la Directiva 2017/952/UE del Consejo, de 29 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2016/1164/UE del Consejo, en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países

híbrida, como aquella «la situación existente entre el contribuyente de un Estado miembro y una empresa asociada de otro Estado miembro, o bien un mecanismo estructurado entre participantes de distintos Estados miembros, cuando el siguiente resultado es atribuible a diferencias en la calificación jurídica de un instrumento o entidad financieros»; en segundo lugar, la asimetría en resultados será aquella doble deducción o aquella deducción sin inclusión, por tanto, la definición de doble deducción es aquella compensación por «el mismo pago, o de los mismos gastos o pérdidas, en la jurisdicción en la que se origine el pago, se generen los gastos o se hayan sufrido pérdidas (jurisdicción del ordenante) y en otra jurisdicción (jurisdicción del inversor)». Mientras que la deducción sin inclusión se trata de aquella compensación por «un pago (o pago presumible entre la sede de dirección y el establecimiento permanente o entre dos o más establecimientos permanentes) en cualquier jurisdicción en la que dicho pago (o pago presumible) se considere realizado (jurisdicción del ordenante) sin la correspondiente inclusión de dicho pago (o pago presumible) a efectos fiscales en la jurisdicción del beneficiario». En tercer lugar, hablaremos de entidad híbrida, como aquel «mecanismo que sean considerados entidades imponibles en virtud de la legislación de una jurisdicción y cuyas rentas o gastos se consideren rentas o gastos de otro u otros sujetos en virtud de la legislación de otra jurisdicción». En cuarto lugar, destacamos la compensación fiscal como aquella «exención o deducción fiscal del tipo impositivo o de cualquier crédito o devolución fiscal (distinto del crédito por impuestos retenidos en origen». En quinto lugar, ponemos de relieve la conceptualización de transferencia híbrida como «cualquier mecanismo relativo a la transferencia de un instrumento financiero cuando el rendimiento subyacente del instrumento financiero transferido se considere a efectos fiscales como derivado simultáneamente de más de una de las partes del mecanismo». En sexto lugar, debemos poner de manifiesto la definición del establecimiento permanente no computado como «cualquier mecanismo que se considere que da lugar a un establecimiento permanente con arreglo a la legislación de la jurisdicción de su sede de dirección y que no se considere que da lugar a un establecimiento permanente con arreglo a la legislación de la otra jurisdicción». Mientras que una deducción es ese «importe que se considera deducible de la base imponible en virtud de la legislación de la jurisdicción del ordenante o del inversor» y una inclusión será aquel «importe que se tiene en cuenta en la renta imponible de conformidad con la legislación de la jurisdicción del beneficiario. No se considerarán incluidos los pagos realizados con arreglo a un instrumento financiero, ya que dichos pagos admiten una compensación fiscal únicamente debido a la calificación del pago en virtud de la legislación de la jurisdicción del beneficiario». Todo ello, para facilitar la aplicación de los regímenes fiscales comunes, en este caso concreto de la

Directiva Matriz-filial, quedando el artículo 9 de la *Directiva ATAD I* como medida anti-abuso para evitar las asimetrías híbridas, diferenciándose dos situaciones: 1) aquellas que den lugar a una doble deducción, posibilitándose la denegación de dicha deducción en el Estado miembro de residencia del inversor y si en este Estado no se deniega, se podrá denegar en el Estado miembro de residencia donde se realizó la inversión. 2) cuando exista una deducción sin inclusión, que de igual modo que anteriormente, se podrá denegar en la jurisdicción europea donde tenga la residencia el inversor o, en su defecto, en la jurisdicción tributaria de la UE donde se haya realizado la inversión, se considerará el pago de esas rentas como renta en ese Estado.

7.3.CONSIDERACIONES A LAS OPERACIONES VINCULADAS Y A LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA.

Durante todo nuestro trabajo hemos visto que los precios de transferencia y las operaciones vinculadas suponen cuestiones de enorme preocupación y debate entre los contribuyentes transnacionales y las distintas jurisdicciones tributarias donde operan, en relación a la imposición directa. Todo ello, motivado por la extensión de la globalización en las relaciones comerciales y empresariales, el elevado número de ellas y por su ingente complejidad, que adicionalmente de las desarrolladas por partes independientes, se llevan a cabo por partes vinculadas a efectos tributarios. Ello es motivado por *stakeholders* que presionan a los grupos transnacionales en que aumente valor para ellos, mediante un aumento de la productividad, de la eficiencia operativa y de la reducción de costes. En parte, este motivo lleva a los grupos a una especialización de las distintas entidades que lo conforman, para que ellas asuman determinadas funciones, centralizando en ellas las tareas de aprovisionamiento, fabricación, investigación y desarrollo, prestación de servicios corporativos o la propia gestión financiera del grupo. Esta nueva forma de concebir y gestionar el grupo, eleva el número de operaciones vinculadas entre las filiales dependientes con la matriz y del mismas entre ellas, ya que ninguna de las entidades que conforman el grupo concentran todas las funciones y riesgos ligados a la actividad empresarial, es decir, son entidades interdependientes tanto económica como operativamente [(765)]. Por lo anterior, una correcta valoración de las operaciones vinculadas tendrá un impacto enorme en la recaudación de las distintas jurisdicciones tributarias, al operar los grupos multinacionales a nivel global, con el objetivo de maximizar su

[765] LÓPEZ DE HARO ESTESO, R.; ORTEGA CALLE, M. y CABELLO GIL, R.: *op. cit.*, pág. 571.

beneficio, con independencia de que esa maximización se realice aumentando los ingresos o reduciendo los costes. En base a la maximización por reducción de costes, se estimará cómo debe repartirse el beneficio en las distintas jurisdicciones tributarias para obtener una reducción en la carga tributaria conjunta del grupo. En contra, veremos las intenciones de dichas jurisdicciones en que dichos beneficios que generar el grupo o parte del grupo multinacional en su territorio sean declarados ante ellas.

La problemática que señalábamos *supra* parte de la dificultad de saber con seguridad jurídica cómo se habrá de repartir la base imponible global del grupo multinacional entre los distintos ordenamientos tributarios en los que están presentes. Por un lado, dicho grupo intentará evitar la doble imposición, a través de las oportunidades que se originan con la planificación fiscal internacional, cuando en los ordenamientos tributarios discrepan sobre la valoración de dichas operaciones vinculadas y que tienen lugar entre las entidades que conforman dicho grupo. Pero, por otro lado, las Administraciones tributarias, ante la inexistencia de un acuerdo internacional respecto a las fórmulas de reparto de forma objetiva de las rentas internacionales, impondrán a sus contribuyentes la tarea de justificar y proponer dicho reparto de las rentas internacionales que se generen en el seno del grupo transnacional, en base al principio *arm´s length*. Pero esta ardua tarea para los contribuyentes supone, en la mayoría de las ocasiones, extraordinariamente compleja, puesto que se tendrá que determinar el porqué del beneficio o pérdida tanto de las filiales del grupo como de dicho grupo en su conjunto, y todo ello, a precios de mercado en condiciones de libre mercado, o dicho de otro modo, si esas operaciones se hubieran llevado a cabo entre partes independientes. Las razones de que sea extraordinariamente complejo justificar tales operaciones son: 1) algunas operaciones vinculadas tienen un objeto o naturaleza que imposibilita imaginarse en operaciones independientes –véase como ejemplo, en la licencia de activos intangibles importantes para el grupo–, resultando difícil justificar el precio acordado en base a esa operación, puesto que se carecerá de situaciones de comparabilidad; 2) por la falta de conceptualización de la expresión a la valoración a precios de mercado en condiciones de libre competencia, ya que no existe un único valor de mercado, sino un rango de precios, dentro del cual cada entidad fijará su precio en base a su fuerza en el mercado y a las opciones razonablemente de las que dispone; y 3) por las restricciones en el negocio, que imposibiliten la fijación libre del precio, presumiéndose que no existe una verdadera contraprestación entre las partes –piénsese, por ejemplo, en la existencia de socios minoritarios en una de las partes

vinculadas, y por restricciones de índole regulatorio se limita la fijación de un precio o la libre disposición por alguna de las partes– [766].

Hemos manifestado las dificultades que existen a la hora de valorar dichas operaciones vinculadas, pero ello no va a eximir de obligación por parte de las jurisdicciones tributarias a los contribuyentes, como defienden *LÓPEZ DE HARO ESTESO, ORTEGA CALLE* y *CABELLO GIL*, «de valorar a mercado sus operaciones con otras partes o entidades vinculadas y de justificar dicha valoración». Y de estas obligaciones, pueden surgir discrepancias entre los contribuyentes y las Administraciones tributarias sobre la valoración de tales operaciones vinculadas, generando ajuste en las bases imponibles de los primeros, que frecuentemente se traducirán en situaciones de doble imposición difíciles de solventar, ya que no se podrá realizar un ajuste correlativo en la base imponible de la entidad que actúa como contraparte en dicha operación, debiendo «acudir a largos, tediosos e inciertos procedimientos amistosos entre [las Administraciones tributarias] de uno y otro Estado para intentar eliminar dicha doble imposición» [767].

En la mayoría de las jurisdicciones tributarias, dicha justificación se debe hacer en base a una preparación y conservación, disponible para las autoridades tributarias, de una documentación específica que describa las operaciones vinculadas realizadas, el método de valoración empleado y, en definitiva, la justificación [768]. Adicionalmente, advertimos que la falta de aportación de dicha documentación, o, incluso, su presentación de forma incompleta, con datos falsos o fuera de plazo, darán lugar, en la mayoría de las ocasiones, a importantes sanciones automáticas y de elevada carga económica para el contribuyente. Lo que vemos, es que la problemática, normalmente, se verá abocado a largos y costosos procesos judiciales o litigiosos, tanto para las Administraciones tributarias como para los contribuyentes; pero dicha problemática se puede ver aumentada cuando determinadas jurisdicciones tributarias, como la española, deciden extender la obligación de preparar, documentar y conservar las justificaciones de las operaciones vinculadas internas, elevando la carga administrativa para el contribuyente. Por tanto, cuando hablábamos de una armonización fiscal en materia de sociedades en la UE, una de las principales razones a favor de que se dé dicha armonización, se sustenta en que con ella se eliminará los problemas de los precios de transferencia y de las operaciones vinculadas. Pero desde nuestro punto de vista, nos cabe la duda de que quizás la

[766] LÓPEZ DE HARO ESTESO, R.; ORTEGA CALLE, M. y CABELLO GIL, R.: *op. cit.*, págs. 572 y 573.
[767] LÓPEZ DE HARO ESTESO, R.; ORTEGA CALLE, M. y CABELLO GIL, R.: *op. supra cit.*, pág. 573.
[768] En la normativa española podemos ver reflejado dicha obligación en el art. 18 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre de 2014, del Impuesto sobre Sociedades.

problemática no sea esas operaciones vinculadas, sino la existencia del principio *arm´s length* que obliga a articular dichas operaciones a precios de mercado en condiciones de libre competencia, por tanto, ¿sería necesario seguir manteniendo dicho criterio?

CAPITULO 6: LA ARMONIZACIÓN DE LA IMPOSICIÓN INDIRECTA EN LA CONCENTRACIÓN DE CAPITALES.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS, OBJETO Y ÁMBITO DE APLIACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE LA CONCENTRACIÓN DE CAPITALES.

Un aspecto significativo cuando hablamos de armonización fiscal en materia de sociedades es que se presta especial atención a la imposición directa, sin embargo se obvia la imposición indirecta sobre las operaciones societarias, que pueda suponer tanto la constitución de una nueva sociedad en otra jurisdicción, como la compra de otra sociedad o establecimiento permanente o, incluso, la liquidación de una inversión en otra jurisdicción y, por tanto, el retorno de tal inversión. Quizás esta aspecto secundario de la imposición indirecta en materia de sociedades se base a que se trata de un régimen armonizado a nivel de la UE desde 1969, concretamente con la Directiva 69/335/CEE, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, cuyo principal objetivo era promover la libre circulación de capitales para crear una unión económica que tenga características análogas a las de un mercado interior, pretendiendo armonizar el impuesto al que estén sujetas las aportaciones de capital a sociedades residentes en la Unión Europea mediante el establecimiento de un Derecho único sobre la concentración de capitales que sólo pueda aplicarse una vez dentro del mercado común y la supresión de todos los demás impuestos indirectos que sometan, en las mismas características, estas operaciones. Con el paso del tiempo, y debido a su antigüedad, esta directiva sufre una modificación con la Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales –en adelante, Directiva sobre la concentración de capitales–, cuyo objetivo en esencia reproducen a la primera, sin embargo planteaba la eliminación progresiva del impuesto sobre aportaciones. Este aspecto se puede extraer del considerando segundo de la Directiva sobre la concentración de capitales, que dice que el gravamen sobre dichas concentraciones de capitales puede dar «lugar a discriminaciones, doble imposición y disparidades que obstaculizan la libre circulación de los capitales. Lo mismo cabe decir en relación con otros impuestos indirectos que presenten las mismas características», añadiendo en el considerando tercero «fin de eliminar, en lo posible, los factores que puedan falsear las condiciones de competencia u obstaculizar la libre circulación de capitales», ya que, según el considerando cuarto, acerca de la imposición indirecta en materia de sociedades determinado

que es «desfavorable para la agrupación y el desarrollo de las empresas. Estos efectos son particularmente negativos en la coyuntura actual, que exige imperativamente que se dé prioridad al relanzamiento de las inversiones», terminando con el considerando quinto, al argumentar es que «la mejor solución para alcanzar estos objetivos consistiría en suprimir el impuesto». Este aspecto, de eliminar toda imposición indirecta en materia de sociedades, tanto en la concentración societaria como en las operaciones societarias y de reestructuración empresarial, no se motiva sólo en la Directiva sobre la concentración de capitales, ya en la Propuesta de Directiva del Consejo, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, donde se pretendía simplificar la Directiva 69/335/CEE, eliminándose de forma gradual la imposición indirecta en materia de sociedades, al considerarse un obstáculo importante en el desarrollo de las sociedades en la UE, además de pretender la prohibición de crear o aplicar otros gravámenes similares [(769)]. Téngase en cuenta, que con la Directiva 69/335/CEE, en sus modificaciones a través de las Directivas 73/79/CEE y 73/80/CEE, que se fijó un tipo nominal para las operaciones societarias relativas a la constitución o las ampliaciones de capital, en el 1%, y un tipo nominal reducido para las operaciones de reestructuración entre el 0 y el 0,5%. Y con la Directiva 74/553/CEE se introduce una modificación a la hora de determinar la base imponible de este impuesto, ya que se empezará a considerar el valor real de las participaciones sociales [(770)].

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES A LA LUZ DE LA DIRECTIVA SOBRE LA CONCENTRACIÓN DE CAPITALES.

Sobre el objeto que tiene la Directiva sobre las concentraciones nos tendremos que remitir al artículo 1, donde se regula la imposición indirecta en materia de sociedades sobre aquellas operaciones de aportación de capital a sociedades de capital, operaciones de reestructuración que afecten a sociedades de capital y a la emisión de valores y obligaciones. Por tanto, el ámbito objetivo de aplicación será sobre aquellas operaciones que supongan la

[769] COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 4 de diciembre de 2006, COM (2006) 760 final, "*Propuesta de Directiva del Consejo, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales*".

[770] En estos momentos, son numerosos los Estados que han decidido suprimir esta figura impositiva, como el Reino Unido en 1988, Alemania y Francia en 1992, Dinamarca en 1993, Italia en 2000, Irlanda en 2005, Bélgica y Holanda en 2006 y España en 2011. Un aspecto importante, es que aquellos Estados miembros que han optado por suprimir este impuesto no podrán volver a aplicarlo, según el considerando 6 de la Directiva sobre la concentración de capitales «[u]na vez que un Estado miembro haya optado por eximir del impuesto sobre las aportaciones la totalidad o parte de las operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, no debe poder volver a imponer dicho gravamen». En este sentido, ya se manifestaba VILLARÍN LAGOS, M.: "La compatibilidad entre el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados y la Directiva 69/335/CEE (LA LEY 970/1969)", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 231, 2004, pág. 99 y ss.

constitución de una sociedad con arreglo a una normativa interna de algún Estado miembro, una aportación de capital a una sociedad, un traslado de sede, una reorganización empresarial dentro de un grupo transnacional de ámbito de la UE, modificación de la sociedad, liquidación de la sociedad o aquellas operaciones financieras que constituyan nuevos valores, préstamos y obligaciones con la sociedad. Mientras que el ámbito subjetivo de aplicación se deberá cumplir con condiciones contemplados en el art. 2: el primer condicionante, es que sociedad que quiera ser beneficiaria de dicha Directiva este constituida bajo una de las formas enumeradas que se contempla en el Anexo I dicha Directiva; el segundo condicionante, es que se podrán acoger a los beneficios de la Directiva toda sociedad, asociación o persona jurídica cuyas partes representativas del capital o del patrimonio social puedan ser negociadas en bolsa; como tercer condicionante, aquella sociedad, asociación o persona jurídica que persiga fines lucrativos, cuyos miembros tengan derecho a transmitir, sin previa autorización, sus partes en la sociedad a terceros y solo sean responsables de las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica por el importe de su participación; mientras que el último condicionante será que se asimilará las sociedades de capital cualesquiera otras sociedades, asociaciones o personas jurídicas que persigan fines lucrativos.

La Directiva sobre la concentración de capitales, introduce en sus artículo 3 y 4, las definiciones de lo que se entiende como aportaciones de capital y por operaciones de reestructuración. Respecto a las aportaciones de capital, a efectos de dicha Directiva, se trata de: a) de una constitución de sociedad de capital; b) la transformación en una sociedad de capital en una asociación o persona jurídica distinta a una sociedad de capital; c) el aumento del capital social en una sociedad de capital a través de la aportación de bienes de cualquier naturaleza; d) aportaciones de capital que tenga como contrapartida la entrega de derechos con la misma naturaleza que las participaciones de capital, para estos nuevos socios, tales como el derecho de voto, o de participación en beneficios o en el remanente en caso de liquidación; e) el traslado desde un Estado extracomunitario a un Estado miembro, de la sede de dirección efectiva de una sociedad de capital cuyo domicilio social se encuentre en ese Estado extracomunitario; f) el traslado desde un Estado miembro a Estado extracomunitario del domicilio social de una sociedad de capital que tenga su sede de dirección efectiva en ese Estado miembro; g) el aumento del capital social de una sociedad de capital mediante la capitalización de beneficios o de reservas; h) el incremento de capital por medio de prestaciones efectuadas por un socio, que no suponga un aumento del capital social, pero que dé lugar a una modificación de los derechos sociales o pueda aumentar el valor de las partes sociales; i) el préstamo que contrate una sociedad de capital, si el acreedor tuviere derecho a una cuota-parte de los beneficios de la

sociedad; y j) el préstamo que contrate una sociedad de capital con un socio, con el cónyuge o con un hijo de un socio, así como el contratado con un tercero, cuando esté garantizado por un socio, a condición de que el préstamo cumpla la misma función que un aumento del capital social.

Por otro lado, las operaciones de reestructuración se harán una definición en negativo, ya que no se considerarán aportaciones de capital y, por tanto, serán operaciones de reestructuración: a) la transmisión, por una o varias sociedades de capital, de la totalidad de su patrimonio, o de una o más ramas de su actividad, a una o más sociedades de capital en vías de constitución o ya existentes, siempre que la contrapartida de dicha transmisión consista, al menos parcialmente, en valores representativos del capital de la sociedad adquirente; b) la adquisición, por una sociedad de capital en vías de constitución o ya existente, de participaciones que representen la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad de capital, siempre que la contrapartida de las participaciones adquiridas consista, al menos parcialmente, en valores representativos del capital de la primera de dichas sociedades. En caso de que la mayoría de los derechos de voto se alcance mediante dos o más operaciones, solo se considerarán operaciones de reestructuración la operación por la que se alcance la mayoría de los derechos de voto y las operaciones subsiguientes; y c) la transferencia a una sociedad de capital de todo el patrimonio de otra sociedad de capital que pertenezca totalmente a la primera sociedad. Por esta definición, se contempla una estrecha relación con la Directiva fiscal de fusiones.

3. EL DERECHO DE LA UE EN LOS ORDENAMIENTOS TRIBUTARIOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS. ESPECIAL ANTENCIÓN AL CASO ESPAÑOL EN LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE LA CONCENTRACIÓN DE CAPITALES.

Señalábamos anteriormente en este trabajo que un aspecto que se debe resaltar sobre la idea de integración en la Unión Europea es la posible debilitación o fragmentación que supone sobre la soberanía la atribución del ejercicio de competencias originariamente estatales a las instituciones de dicho ente supranacional. Intentando recordar dicha situación, observándose la perspectiva tributara, la evolución de este concepto en su aplicación práctica al ámbito fiscal, estaríamos ante una situación, como señalan las palabras de *LÓPEZ ESPADAFOR*, que ya señalábamos *supra*, donde «la soberanía estatal sólo resultaría violada si una instancia externa al Estado hiciese efectiva de forma coactiva en el territorio de éste una medida de carácter

tributario» (771). Es decir, en nuestra opinión, el Derecho de la UE no generará una limitación sobre la soberanía de los Estados miembros, sino que se dictará disposiciones que obligarán a dichos Estados a colaborar en el ámbito tributario. O dicho de otro modo, desde la UE se ha procurado realizar una actividad de armonización fiscal, con el objetivo de que se aproximen las legislaciones tributarias de los Estados miembros, con el fin de que no se creen obstáculos al de las Libertades y principios del Derecho de la UE originario. Por tanto, se trata de alcanzar un mercado interior, donde los sistemas tributarios internos de los Estados miembros no lo impidan.

Debemos recordar el principio de unanimidad, que como señalábamos supra, en palabras de *LÓPEZ ESPADAFOR* se trata de un consentimiento realizado por los Gobiernos de los Estados miembros –expresado mediante un ministro que lo represente en el Consejo– y no por los Parlamentos, generando un fenómeno fiscal de ámbito internacional y que no se podrá considerar que se esté violando la soberanía de éstos, «máxime cuando se ha atribuido el ejercicio de tal competencia a las instituciones de aquélla. Y no se habría violado tal soberanía aunque la disposición se hubiese podido aprobar por mayoría, en vez de por unanimidad, siendo esta última la regla que rige realmente a tales efectos» (772).

En definitiva, vemos que la regla de la unanimidad se puede considerar como un reforzamiento de la soberanía estatal, ya que, en cierta manera, supone un freno a la integración europea real. Por todo lo anterior, nos cabe preguntarnos que si dicha situación pueda generar desigualdades, puesto que en las trasposiciones de las Directivas puede generarse nuevas circunstancias, es decir, la Directiva sobre concentración de capitales establece la posibilidad de que aquellos tributos que existiesen con anterioridad a la trasposición, podrían seguir vigentes en base a la soberanía estatal de cada Estado miembro, pero dicha Directiva ha sido consentida por el Gobierno de dicho Estado (773). En consecuencia, estaremos ante la posibilidad de que determinados Estados acepten la normativa de la UE pero, siempre y cuando, no se altere los ordenamientos internos, ya que esta normativa puede condicionar las políticas económicas internas de los Estados miembros. En definitiva, tiene poco sentido la existencia de un gravamen sobre las operaciones societarias, si desde la UE se ha procurado eliminarlo (774).

771 LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "La regla de la unanimidad en la producción…", *supra cit.*, pág 51.
772 LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "La regla de la unanimidad en la producción…", *supra cit.*, pág. 54.
773 Sobre diferencias fiscales desde la perspectiva europea e internacional en general, *vid*. LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Privilegios e inmunidades fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 15 y ss.
774 Sobre esta coherencia, podemos señalar la sentencia del TJCE de 7 de junio de 2007, Asunto C-187/05, *Comisión/Grecia*, apartados 60 al 64; donde la normativa griega contemplaba una serie de aportaciones de capital no dinerarias cuando se aportasen copropiedades de buques, consorcios navieros y compañías navieras, al no ajustarse a los art. 13 y 14 de la Directiva sobre concentraciones de capital, ya que dichas aportaciones no encajan con la definición de sociedades de capital que recoge la dicha Directiva, en referente a la dichas sociedades.

Analizando la trasposición a la normativa tributaria española, vemos que el efecto más llamativo, como señalaba *MARTÍN BARAHONA*, es que «el gravamen de las operaciones societarias o de concentración de capitales fue una crónica de una desaparición» [(775)]. Dicho de otro modo, con la aprobación del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre de 2010, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, que estableció que la práctica totalidad de las operaciones sujetas a la imposición indirecta sobre operaciones societarias o de concentración de capital quedaran exentas. Observándose un sentido común, entre lo aprobado por la Directiva de concentración de capitales y lo dispuesto en este Decreto-Ley, ya que supone adaptar la normativa interna conforme al Derecho de la UE ha evolucionado.

Un aspecto que nos llama la atención, es que el legislador español haya decidido actualizar la normativa española para que contemple lo dispuesto en la Directiva sobre concentración de capitales mediante un Decreto-Ley. Es decir, el legislador español no aprovechó la Ley 4/2008, de 23 de diciembre de 2008, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria, para introducir la eliminación de distintos hechos imponibles de las siguientes operaciones: a) en los traslados de sede de dirección efectiva o de domicilio fiscal de las sociedades desde un Estado miembro a otro; b) aquellas operaciones que se realicen por parte de un establecimiento permanente de una sociedad que resida en la UE; y c) exencionar las operaciones de reestructuración. Aunque se dejó varias operaciones sujetas al impuesto sobre las operaciones societarias, como anteriormente hemos expuesto. Volviendo a lo llamativo que remarcábamos *supra*, y dos años después de esta ley, parece que el legislador utiliza la fórmula del Decreto-Ley como medida de urgencia, con el objetivo de establecer beneficios fiscales y ayudas directas para determinadas operaciones. En este sentido, *LÓPEZ ESPADAFOR* remarca que es lógico que ante situaciones, por ejemplo, de catástrofes naturales se establezcan una serie de beneficios fiscales «en prácticamente todos los decretos-leyes promulgados con tal motivo», pero resalta el autor que es por su carácter excepcional y urgente [(776)]. Por tanto, no nos deja de llamar bastante la atención, de que el legislador español haya decido eliminar la imposición

[775] MARTÍN BARAHONA, F.: "Operaciones societarias: crónica de una desaparición anunciada del impuesto español sobre las aportaciones de capital", *Estudios Financieros, Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 335, 2011, pág. 117.

[776] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "Un importante campo de aplicación del Decreto-Ley en materia de ingresos y gastos públicos: Las catástrofes naturales", *Estudios Financieros, Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 398, 2016, págs. 92 y ss.

indirecta sobre las operaciones societarias mediante un decreto-ley, con el fin de adaptar la normativa española a las pretensiones de la Directiva.

Se puede pensar que dicha adaptación de la normativa española surge de la sentencia del caso *Comisión/España*; ya que esta sentencia la normativa española sufre un revés en tres aspectos [(777)]. El primero referente a que aquella sociedad que tiene la opción formal de acogerse al régimen fiscal especial sobre operaciones de fusiones y no lo hace, puede estar sujeto a la normativa de la imposición sobre operaciones societarias, aspecto que señaló el Tribunal contrario a la Directiva 69/335/CE. En segundo lugar, como se producía un traslado de sede efectiva a España, y en el país previo de residencia se había optado por renunciar a la percepción de un impuesto sobre las aportaciones, en base a la dicha Directiva, no quiere decir que el segundo Estado miembro pueda, automáticamente aplicar dicho impuesto. Y en tercer lugar, que antes de que se produjese dicho traslado, la entidad que cambia de residencia operase en España mediante un establecimiento permanente y procediese de un Estado donde se careciera de una imposición sobre las operaciones societarias de aportación de capital, tributaria en España; determinando el Tribunal que dicha sujeción, aunque se pudiese evitar al acogerse al régimen especial de fusiones del Impuesto sobre sociedades, no era conforme al Derecho de la UE, puesto que sería contrario a los artículos 13 y 14 de la Directiva sobre concentración de capitales.

4. ESPECIAL RELACIÓN CON LA DIRECTIVA FISCAL DE FUSIONES A LA LUZ DE LAS EXCEPCIONES AL GRAVAMEN DENTRO DEL MARCO DE LA NORMATIVA DE LA UE.

Un aspecto que hemos señalado en este trabajo, es el aspecto trasversal del Derecho tributario, enfatizándose en aquellos casos de ámbito europeo o internacional. Por ello, debemos poner de manifiesto aquellos fines de la Directiva fiscal de fusiones [(778)], ya que, como hemos puesto de manifiesto *supra*, el tráfico económico se ve limitado por las incidencias fiscales que se generan sobre las operaciones societarias y de reestructuración empresarial, y este aspecto es el que esa especial relación con la Directiva sobre concentración de capitales, y como ya

[777] Véase la sentencia del TJCE de 9 de julio de 2009, Asunto C-397/07, *Comisión/España*.
[778] Volvemos a recordar que se trata de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, que modifica a la Directiva 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 canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.

remarcamos *supra*, destacamos a *KERGALL*, que manifiesta que se debe hacer una conciliación entre la lucha contra la evasión fiscal y la neutralidad fiscal en las operaciones societarias y de reestructuración [(779)]. Aunque no solo existen incidencias en el ámbito fiscal, sino que desde la perspectiva mercantil –otro ejemplo de ese aspecto trasversal que anteriormente hemos remarcado–, y como señalaba *NAVARRO EGEA*, que los diversos problemas que limitan la consecución de las operaciones societarias, originan grandes distorsiones entre los regímenes legales societarios de los Estados miembros [(780)]. Es decir, como defendía CUESTA CABOT, el mercado común va a exigir, por su correcto funcionamiento, que todas las operaciones intracomunitarias de reestructuración o societarias se desarrollen de forma libre, sin ninguna distorsión, restricción o discriminación que se puedan derivar de alguna disposición fiscal –téngase en cuenta que se habla de la doble imposición– o de cualquier otra naturaleza, para cumplir con el principio de neutralidad [(781)]. En definitiva, con la Directiva fiscal de fusiones se pretende alcanzar, entre otros objetivos, una mayor planificación y racionalización económica y mercantil por parte de los grupos empresariales.

Por tanto, la problemática actual no se mostrará entre un conflicto de la norma tributaria española frente a lo dispuesto en el Derecho de la UE, sino en aquellos agentes económicos que quieran desarrollar su actividad empresarial, mediante la creación de nuevas personas jurídicas o con la adquisición de personas jurídicas ya existentes, en otras jurisdicciones donde no hay una exención en la imposición indirecta sobre las operaciones societarias o de reestructuración empresarial. Dicho de otro modo, veremos sociedades que puedan verse afectadas y/o limitadas por la imposición indirecta dentro del mercado interior de la UE. Piénsese en aquella operación donde una sociedad en un Estado miembro de la UE, que decide constituir una sociedad *holding* para la compra de otra sociedad, en un Estado donde existe la exención de tributación en aquellas operaciones de reestructuración. Pasado un tiempo, la primera sociedad decide absorber la sociedad *holding*, por cualquier motivo económico válido y las participaciones de la tercera sociedad pasan a ser de titularidad de la primera. En cuanto a la normativa del Estado donde son exentas aquellas primeras operaciones de reestructuración, entiende que hay una segunda trasmisión y que dicha exención, ya no es válida exigiendo la tributación de la operación societaria primera. En nuestra opinión, esta operación que puede encajar con el principio *arm´s length* y con una clara existencia de motivos económicos válidos, y por tanto, puede verse en una situación de doble imposición, por un lado dicha exigencia de la imposición

[779] KERGALL, Y.: *op. cit.*, pág. 102.
[780] NAVARRO EGEA, M.: *op. cit.*, 62.
[781] *Vid*. CUESTA CABOT, G.: *op. cit.*, pág. 56.

indirecta, pero ¿por qué no de la pérdida del diferimiento que supone acogerse al régimen fiscal común de las operaciones de fusión? En este sentido, se puede ver con la sentencia del Tribunal de Luxemburgo del caso *AIR BERLIN PLC*; donde dicho Tribunal entendió, en sus conclusiones, no se puede perder el régimen fiscal común, al oponerse a que tributen transmisiones de acciones, mediante una transmisión de la titularidad jurídica de todas las acciones de una sociedad sin que se modificara la propiedad efectiva de las mismas. Y respecto a la tributación indirecta sobre la concentración de capitales, también se opone a que tributen transmisiones de acciones, puesto que no ha existido un cambio en la titularidad efectiva de la sociedad [(782)].

Por otro lado, piénsese el mismo ejemplo, pero que en vez de adquirir una sociedad en otro Estado miembro, lo que se pretende es invertir en bienes raíces. En este sentido, la sentencia del TJUE, del caso *INMOGOLF SA*; determinó que aquellas operaciones que intenten articularse mediante una entidad, por estar exentas en el gravamen de la imposición indirecta en materia de sociedades, podrá ser exigido dicho gravamen, siempre y cuando, se intente limitar la elusión fiscal. Es decir, en aquellas operaciones en el marco de la transmisión de bienes inmuebles que sea articulada mediante la interposición de sociedades, con el fin de evitar figuras impositivas que graven la transmisión de tales bienes, se podrá exigir el gravamen de la imposición sobre la concentración de capitales, incluso en aquellos casos donde no haya una intención real de eludir el impuesto de aportaciones de capital [(783)].

[782] Hablamos de la sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2017, Asunto C-573/16, *AIR BERLIN PLC*.
[783] Véase la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2010, Asunto C-487/09, *INMOGOLF SA*.

CONCLUSIONES

Recapitulando, se puede decir que la jurisprudencia de TJUE ha generado una serie de derechos concretos de los contribuyentes, además de crear relativos deberes para los Estados miembros, fundamentados en los principios y Libertades de la UE. Lo que implica, que los sistemas fiscales nacionales, en materia de tributación de las sociedades, deban ser conformados de una manera determinada. Estos preceptos conciernen tanto la tributación de los flujos financieros entre sociedades establecidas en distintos Estados, la eliminación de la doble imposición, la financiación de las empresas, la circulación de participaciones, la circulación de gastos y pérdidas, el disfrute de ventajas que derivan de los CDI, etc. Se trata, como es evidente, de las principales cuestiones que se plantean en el ámbito de la armonización fiscal en materia de sociedades dentro de la UE. Por tanto, nos encontramos ante dos conceptos que tienen por finalidad preservar un cierto equilibrio entre las competencias europeas y la soberanía fiscal de los Estados miembros. Recordando para ello, la reiterada jurisprudencia del TJUE sobre una sumisión de los ordenamientos internos al Derecho de la UE, que genere una discriminación entre residentes europeos o un limitación al ejercicio de las Libertades de la Unión.

Como apuntamos *supra*, y de modo más aclarativo, debemos tener presente que la jurisprudencia del TJUE permite a los Estados miembros aprobar normas que restrinjan o hagan menos atractivo el ejercicio de las Libertades de la UE, siempre y cuando, se cumplan una serie de condiciones, que son: 1) que se apliquen de manera no discriminatoria, 2) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, 3) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y 4) que sean proporcionadas al objetivo buscado.

Ante el análisis de la proporcionalidad, recordamos que parte de esta vulneración de los principios fundamentales, por parte de los Estados, viene motivado por las actuaciones de los contribuyentes en mejorar, con mayor o menor rigor, su eficiencia en el coste fiscal. Sin embargo, haciendo un ejercicio de memoria, cabe destacar que el TJUE se ocupa en cierta medida en que los objetivos y los medios del ejercicio de la mejora de dicha eficiencia fiscal, mediante la denominada planificación, coincidan con el ejercicio de las Libertades de la Unión Europea o exijan gozar de su amparo.

Por lo que se puede decir que el alcance y los límites de la planificación fiscal internacional, en el marco europeo y en el de los Impuestos sobre Sociedades, son los mismos que los de las Libertades de la UE fundamentales que se contemplan en el TFUE. Es decir, que si se ejercen los derechos de libre circulación da manera legítima, entonces la planificación

fiscal que se realiza a través de ellos será probablemente lícita, pudiendo resultar por su parte correlativamente ilegítimas –según el Derecho de la UE– las medidas anti-abuso nacionales.

Por tanto, es necesario comentar que las estrategias de planificación fiscal internacional que pretendan eludir normas fiscales nacionales, pueden resultar incompatibles con el Derecho de la UE del Tratado, si hay alguna práctica abusiva. Es necesario poner en situación, y como hemos visto, que en casos lo que se llama abuso puede ser diferente en el ordenamiento tributario nacional y en el Derecho de la UE. Dicho de otro modo, desde la perspectiva del Derecho de la Unión habrá una planificación fiscal elusiva si hay abuso en el ejercicio de las Libertades de la UE, el cual se generaría mediante el esquema de planificación. La interpretación que realiza el TJUE no es directamente el abuso de las disposiciones fiscales, sino de que exista elusión y, para ello, debemos recordar que se origina en el ejercicio abusivo de dichas Libertades amparadas por el TFUE. En cambio, en la perspectiva del ordenamiento nacional, a menudo se pretende englobar en el concepto de elusión fiscal internacional, no sólo el abuso de las normas fiscales internas y de las formas jurídicas para construir montajes puramente artificiales, es decir, sin ninguna realidad económica, sino también, las conductas y/o interpretaciones que se pueden aprovechar de las diferencias y discordancias existentes entre los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros. Pero estas conductas se enmarcan dentro de la competencia fiscal entre los Estados miembros, y esta competencia no está prohibida en el actual Derecho de la UE, aunque sea deseable, desde nuestro punto de vista. Además, con respecto a esta cuestión, cabe distinguir entre la aplicación de las medidas anti-abuso nacionales en relación con Estados miembros del UE y su aplicación en relación con terceros países ajenos a la Unión. Esto, según hemos visto, plantea también el problema los distintos alcances y límites de las Libertades de la UE, en concreto, de la de establecimiento y de circulación de capitales.

En definitiva, hacemos un ejercicio de memoria al recordar aquí el concepto que elaboramos de la armonización fiscal, como ese proceso de aproximación o convergencia de los sistemas fiscales vigentes, siendo, en definitiva, un instrumento que permite alcanzar objetivos comunes en aquellos ordenamientos tributarios de Estados sociales y democráticos de Derecho. Sin embargo, el gran problema que se ha encontrado este proceso de armonización en la Unión Europea, es que las competencias en materia de fiscalidad sobre sociedades las ostentan los Estados miembros, y éstos utilizarán la tributación sobre aquellas para garantizar la atracción de nuevos contribuyentes que generen una actividad económica, y que, a través de otros impuestos, suplir la reducción de recaudación, que esta política fiscal supone. Aunque no se puede olvidar aquellas conductas de determinados contribuyentes, que utilizarán estas

políticas fiscales para beneficiarse de una reducción de su carga fiscal, mediante la articulación de operaciones artificiosas o sin sustancia económica.

Por ello, este aspecto interdisciplinar señalado en nuestro trabajo, que ha supuesto que analicemos la materia tributaria desde otros enfoques del Derecho, concretamente desde lo constitucional y lo mercantil. Recapitulando, desde esa perspectiva constitucional, hemos observado que los principios y Libertades de la UE comparten objetivos parecidos con los principios de justicia tributaria recogidos en las Constituciones de los Estados miembros, y eso supone un paso inicial para la consecución de una mayor integración de los mismos dentro de la Unión Europea. Esta afirmación anterior, nace de nuestro análisis que confronta el Derecho constitucional y el Derecho constitucional tributario con los principios y Libertades de la UE, es decir, se ha colisionado los principios básicos del Derecho constitucional con los valores fundamentales de la Unión para observar sí se debe ir hacia delante, en una integración, desde la perspectiva jurídica, o sí el estado actual de integración es el correcto, donde las competencias de los Estados miembros y de la Unión Europea están bien repartidas y existe un garante jurisdiccional que homogeniza las normativas de las primeras y expande la aplicación de la normativa de la segunda. Del mismo modo, se han comparado los principios justicia tributaria –principio de generalidad, de igualdad, de capacidad económica, de progresividad y de no confiscatoriedad– con los principios europeos de propiedad y de no discriminación, y las Libertades de la UE –la de establecimiento y de libre circulación de capitales–, observándose que desde la perspectiva de ese Derecho constitucional tributario existe los mismos objetivos jurídicos que se pretenden alcanzar con los principios de justicia tributaria y los principios y Libertades de la Unión Europea.

En consecuencia, aquellas preguntas que nos hacíamos en la introducción de este trabajo, que recordamos aquí, y que eran si estaríamos ante una necesidad de alcanzar una mayor armonización que dé lugar a una mayor integración o si sería suficiente, la armonización actual, para asegurar la viabilidad de la Unión. Incluso nos planteábamos si se necesitaría una mayor convergencia de las normativas de los Estados miembros o hemos llegado al estado adecuado de competencia fiscal. Son preguntas que escenificaban la complejidad de este trabajo, y que gracias a ese análisis transversal del Derecho, mediante una conceptualización constitucional, mercantil y tributaria, hemos llegado a la conclusión, que para alcanzar una mayor integración, es necesaria una mayor armonización, pero si bien es cierto que esa mayor armonización supondría la eliminación de normativas singulares en los Estados miembros, y eso, como hemos visto, supone una circunstancia, que con el paso del tiempo se alcanzará mediante un ejercicio indirecto de la globalización, pero que examinando las intenciones

políticas de los Estados miembros de la Unión, no se contempla tal armonización. Por tanto, se puede afirmar, quizás de manera conservadora, aunque nuestro deseo es que exista una completa armonización fiscal en materia de sociedades en la Unión Europea, que dicha armonización fiscal actual es suficiente para garantizar un correcto desarrollo del mercado interior, que como se ha remarcado durante todo nuestro trabajo, supone una piedra angular sobre la que se asienta el proyecto europeo. En definitiva, el TJUE seguirá garantizando que los principios y Libertades de la UE se empleen adecuadamente, que la competencia fiscal entre los Estados de la UE se desarrolle dentro del ámbito correcto de los valores europeos y que aquellas conductas de los contribuyentes que quieran abusar del Derecho de la UE o de las normativas internas de los Estados miembros, quede sin aplicación cuando se persiga una elusión o evasión fiscal. Es decir, creemos que la situación actual de armonización fiscal garantiza un correcto funcionamiento del mercado interior de la UE, que la competencia fiscal entre los Estados miembros está garantizada en el TFUE, siempre y cuando, se respeten los valores europeos, estando el ejercicio jurisdiccional del TJUE –para preservar los principios y Libertades de la UE– o administrativo –mediante la recuperación de las Ayudas de Estado– por parte de la Comisión Europea.

Todas las afirmaciones anteriores nacen del análisis realizado de la armonización fiscal actual, traducida en esas Directivas fiscales de fusiones, Matriz-filial y sobre la concentración de capitales, o de aquellas Directivas que inciden en materia tributaria como la Directiva del ahorro, la *ATAD I* y *ATAD II*, que garantizan, *grosso* modo, la contribución, en base a su capacidad económica, de los contribuyentes europeos a sus ordenamientos de la UE donde tienen su residencia. Pero esto no implica que no se pueda mejorar, obviamente que con las propuestas, también analizadas en este trabajo, de Directivas de las BICIS y la BICCIS se podría alcanzar esa completa armonización fiscal –o al menos estar cerca de ella– en materia de sociedades en la Unión Europea, aunque sea más un deseo que un hecho futurible. Aunque tenemos que remarcar la dificultad de aprobar una nueva normativa europea, debido al principio de unanimidad y su cierta colisión, dicho entre comillas y que *supra* remarcábamos, con los principios democráticos de los Estados sociales y democráticos de Derecho. Lo cierto es que se necesita avanzar en una armonización fiscal, quizás, hacia el exterior, como paso previo a una armonización fiscal hacia el interior, dicho de otro modo, defendemos que debe plantearse, desde la perspectiva europea, una seguridad jurídica en las inversiones de todos los contribuyentes europeos hacia jurisdicciones ajenas a la UE, sin olvidar los valores dentro de la propia Unión, es decir, garantizar una calidad de vida basada en el desarrollo económico sostenible y que respecte el medio ambiente. Explicando lo anterior, argumentamos que se

necesita una armonización fiscal extracomunitaria, que genere una homogeneización de conceptos y de determinación de operaciones desde los Estados miembros al resto de Estados no miembros, ya que supondría reducir, en gran medida, las herramientas de planificación fiscal agresiva, pero se consigue respetar las potestades tributarias de los Estados miembros. Dicho esto, puesto que el Derecho de la UE no podrá interpretarse como el único Derecho que debe existir, sino como aquel Derecho que garantice el libre ejercicio de las Libertades de la UE, pero respetando los ordenamientos internos de los Estados miembros, siempre y cuando, éstos no discriminen, limiten o no respeten a aquellas.

En ese ejercicio de respeto a los ordenamientos internos de los Estados miembros, se ha basado nuestro análisis trasversal para obtener una perspectiva mercantil en los conceptos necesarios para una correcta aplicación de las Directivas fiscales de fusiones, Matriz-filial y sobre la concentración de capitales. Es decir, hemos utilizado el Derecho mercantil para determinar los conceptos que son necesarios para que se lleven a cabo las operaciones societarias o de reestructuración, tanto a nivel nacional como europeo –podríamos también extrapolarlas a un nivel extracomunitario–, determinando el concepto de sociedad, de sucursal, de dividendos, intereses, cánones, fusiones, escisiones, etc., para entender que las situaciones tributarias generan demasiadas implicaciones en tantos aspectos de la actividad económica, que además de hacer más complejo nuestro trabajo, hemos tenido que analizar otras perspectivas que garanticen una conclusión amplia acerca de la armonización fiscal en materia de sociedades en la Unión Europea. Todo ello supone, que la situación actual o las situaciones anteriores no son ni mejores ni peores a las posibles situaciones futuras, pero una cosa que hemos puesto de manifiesto, es que el Derecho internacional tributario y el Derecho tributario internacional, apoyado por ese Derecho constitucional tributario que pueda garantizar la consecución de la definición que hacíamos *supra* de lo que entendemos como Derecho financiero y tributario como un Derecho transversal, que por analogía, utilizará aquellos principios del resto de ramas del Derecho, que permita la más justa distribución de la riqueza, entre todos los contribuyentes, sin llegar a confiscar su riqueza, aportando al sostenimiento del Estado social y democrático de Derecho, en igualdad de condiciones que sus semejantes y en base a su riqueza, sabiendo que si ésta crece, deberá de crecer su aportación a dicho sostenimiento, bien proporcionalmente o bien progresivamente. En conclusión, vemos que existe una armonización fiscal en la Unión Europea, incompleta, pero suficiente para garantizar que se sigan manteniendo los valores fundamentales del Derecho de la UE y las singularidades de los Derechos internos de los Estados miembros.

RELACION DE JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

STC 27/1981, de 20 de julio.

STC 37/1987, de 26 de marzo.

STC 209/1988, de 10 de noviembre.

STC 76/1990, de 26 de abril.

STC 150/1990, de 4 de octubre.

STC 197/1992, de 19 de noviembre.

STC 186/1993, de 7 de junio.

STC 214/1994, de 14 de julio.

STC 134/1996, de 22 de julio.

STC 182/1997, de 28 de octubre.

STC 14/1998, de 22 de enero.

STC 55/1998, de 16 de marzo.

STC 117/1998, de 2 de julio.

STC 46/1999, de 22 de marzo.

STC 233/1999, de 16 de diciembre.

STC 1/2001, de 15 de enero.

STC 47/2001, de 15 de febrero.

STC 10/2005, de 20 de enero.

STC 179/2006, de 13 de junio.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA Y EN SU MOMENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.

STJCE de 16 de diciembre de 1960, Asunto C-6/60, *Humblet*.

STJCE de 17 de julio de 1963, Asunto C-13/63, *Italia/Comisión*.

STJCE de 12 de julio de 1973, Asunto C-70/72, *Comisión/Alemania* "sentencia *Kohlegesetz*".

STJCE de 12 de febrero de 1974, Asunto C-152/73, *Sotgiu*.

STJCE de 28 de abril de 1977, Asunto C-71/78, *Thieffry*.

STJCE de 20 de febrero de 1979, Asunto C-120/78, *Rewe*.

STJCE de 13 de diciembre de 1979, Asunto C-44/79, *Hauer*.

STJCE de 18 de marzo de 1980, Asunto C-52/79, *Procureur du Roi*.

STJCE de 31 de enero de 1984, Asuntos acumulados C-286/82 y C-26/83, *Luisi* y *Carbone*.

STJCE de 28 de enero de 1986, Asunto C-270/83, *Comisión/Francia*.

STJCE de 11 de marzo de 1986, Asunto C-121/85, *Conegate Limited*.

STJCE de 11 de junio de 1987, Asunto C-14/86, *Pretore di Salò/X*.

STJCE de 8 de octubre de 1987, Asunto C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*.

STJCE de 26 de abril de 1988, Asunto C-352/85, *Bond van Advertaarders y otros*.

STJCE de 22 de septiembre de 1988, Asunto C-286/86, *Ministère public/Deserbais*.

STJCE de 27 de septiembre de 1988, Asunto C-81/87, *Daily Mail*.

STJCE de 30 de mayo de 1989, Asunto C-305/87, *Comisión/República Helénica*.

STJCE de 13 de julio de 1989, Asunto C-5/88, *Wachauf*.

STJCE de 5 de diciembre de 1989, Asunto C-3/88, *Comisión/Italia*.

STJCE de 21 de marzo de 1990, Asunto C-142/87, *Bélgica/Comisión*.

STJCE de 8 de mayo de 1990, Asunto C-175/88, *Biehl*.

STJCE de 23 de abril de 1991, Asunto C-41/90, *Hoefner/Elser/Macroton*.

STJCE de 10 de enero de 1992, Asunto C-177/90, *Kühn*.

STJCE de 28 de enero de 1992, Asunto C-204/90, *Bachmann*.

STJCE de 31 de marzo de 1993, Asunto C-19/92, *Kraus*.

STJCE de 13 de julio de 1993, Asunto C-330/91, *Commerzbank*.

STJCE de 12 de abril de 1994, Asunto C-1/93, *Halliburton Services*.

STJCE de 14 de febrero de 1995, Asunto C-279/93, *Schumacker*.

STJCE de 11 de agosto de 1995, Asunto C-80/94, *Wielockx*.

STJCE de 26 de octubre de 1995, Asunto C-151/94, *Comisión/Luxemburgo*.

STJCE de 30 de noviembre de 1995, Asunto C- 55/94, *Gebhard*.

STJCE de 13 de febrero de 1996, Asuntos acumulados C-197/94 a C-252/94, *Bautiaa y Societé française maritime*.

STJCE de 27 de junio de 1996, Asunto C-107/94, *Asscher*.

STJCE de 26 de septiembre de 1996, Asunto C-168/95, *Arcaro*.

STJCE de 15 de abril de 1997, Asunto C-22/94, *Irish Farmers Association y otros*.

STJCE de 15 de mayo de 1997, Asunto C-250/95, *Futura*.

STJCE de 17 de julio de 1997, Asunto C-28/95, *Leur-Bloem*.

STJCE de 17 de septiembre de 1997, Asunto C-54/96, *Dorsch Consult*.

STJCE de 26 de abril de 1998, Asunto C-52/79, *Bond van Advertaarders/Procureur du Roi*.

STJCE de 12 de mayo de 1998, Asunto C-336/96, *Gilly*.

STJCE de 16 de julio de 1998, Asunto C-264/96, *Imperial Chemical Industries*.

STJCE de 09 de marzo de 1999, Asunto C-212/97, *Centros*.

STJCE de 16 de marzo de 1999, Asunto C-222/97, *Trummer/Mayer*.

STJCE de 29 de abril de 1999, Asunto C-311/97, *Royal Bank of Scotland*.

STJCE de 08 de julio de 1999, Asunto C-254/97, *Baxter*.

STJCE de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-307/97, *Saint Gobain*.

STJCE de 26 de octubre de 1999, Asunto C-294/97, *Eurowings*.

STJCE de 18 de noviembre de 1999, Asunto C-200/98, *X AB e Y* AB.

STJCE de 21 de marzo de 2000, Asunto acumulados C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa*.

STJCE de 11 de abril de 2000, Asuntos acumulados C-51/96 y C-191/97, *Deliège*.

STJCE de 13 de abril de 2000, Asunto C-251/98, *Baars*.

STJCE de 16 de mayo de 2000, Asunto C-87/99, *Zurstrassen*.

STJCE de 6 de junio de 2000, Asunto C-35/98, *Verkooyen*.

STJCE de 8 de junio de 2000, Asunto C-375/98, *Epson Europe BV*.

STJCE de 14 de diciembre de 2000, Asunto C-141/99, *AMID*.

STJCE de 6 de marzo de 2001, Asunto C-274/99, *Connolly/Comisión*.

STJCE de 8 de marzo de 2001, Asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98, *Metallgesellschaft y otros*.

STJCE de 4 de octubre de 2001, Asunto C-294/99, *Athinaïki Zythopoiia AE*.

STJCE de 15 de enero de 2002, Asunto C-43/00, *Andersen og Jensen ApS/Skatteministeriet*.

STJCE de 22 de octubre de 2002, Asunto C-94/00, *Roquette Frères*.

STJCE de 12 de diciembre de 2002, Asunto C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*.

STJCE de 12 de junio de 2003, Asunto C-234-01, *Garritse*.

STJCE de 10 de julio de 2003, Asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00, *Booker Aquaculture y Hydro Seafood*.

STJCE de 18 de septiembre de 2003, Asunto C-168/01, *Bosal Holding BV*.

STJCE de 25 de septiembre de 2003, Asunto C-58/01, *Océ van der Grinten NV*.

STJCE de 30 de septiembre de 2003, Asunto C-167/01, *Inspire Art*.

STJCE de 11 de marzo de 2004, Asunto C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*.

STJCE de 29 de abril de 2004, Asunto C-372/97, *Italia/Comisión*.

STJCE de 7 de septiembre de 2004, Asunto C-319/02, *Manninen*.

STJCE de 10 de marzo de 2005, Asunto C-531/03, *Comisión/Alemania*.

STJCE de 3 de mayo de 2005, Asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, *Berlusconi y otros*.

STJCE de 16 de junio de 2005, Asunto C-456/03, *Comisión/Italia*.

STJCE de 5 de julio de 2005, Asunto C-376/03, *D*.

STJCE de 13 de diciembre de 2005, Asunto C-446/03, *Marks & Spencer*.

STJCE de 21 de febrero de 2006, Asunto C-255/02, *Halifax*.

STJCE de 23 de febrero de 2006, Asunto C-471/04, *Keller Holding*.

STJCE de 6 de abril de 2006, Asunto C-456/04, *Agip Petroli*.

STJCE de 7 de septiembre de 2006, Asunto C-470/04, *Van de Belastingdienst Oost/Kantoor Almelo*.

STJCE de 12 de septiembre de 2006, Asunto C-196/04, *Cadbury Schweppes/Cadbury Overseas*.

STJCE de 14 de noviembre de 2006, Asunto C-513/04, *Kerhaert-Morres*.

STJCE de 12 de diciembre de 2006, Asunto C-374/04, *Test Claimants in class IV*.

STJCE de 12 de diciembre de 2006, Asunto C- 446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

STJCE de 13 de enero de 2007, Asunto C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*.

STJCE de 29 de marzo de 2007, Asunto C-347/04, *Rewe*.

STJCE de 10 de mayo de 2007, Asunto C-492/04, *Lasertec*.

STJCE de 24 de mayo de 2007, Asunto C-157/05, *Holbock*.

STJCE de 7 de junio de 2007, Asunto C-187/05, *Comisión/Grecia*.

STJCE de 5 de julio de 2007, Asunto C-315/05, *Hans Markus Kofoed/Skatteministeriet*.

STJCE de 18 de julio de 2007, Asunto C-231/05, *Oy AA*.

STJCE de 11 de octubre de 2007, Asunto C-443/06, *Hollmann*.

STJCE de 11 de octubre de 2007, Asunto C-451/05, *Elisa*.

STJCE de 8 de noviembre de 2007, Asunto C-379/05, *Amurta*.

STJCE de 6 de diciembre de 2007, Asunto C-298/05, *Columbus Container Services*.

STJCE de 17 de diciembre de 2007, Asunto T-125/03, *Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión*.

STJCE de 17 de enero de 2008, Asunto C-105/07, *Lammers/Van Cleeff*.

STJCE de 23 de abril de 2008, Asunto C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*.

STJCE de 15 de mayo de 2008, Asunto C-414/06, *Lidl/Belgium*.

STJCE de 20 de mayo de 2008, Asunto C-194/06, *Orange European Smallcap Fund*.

STJCE de 11 de diciembre de 2008, Asunto C-285/07, *Finanzamt Stuttgart-Körperchafen/Bundesministerium der Finanzen*.

STJCE de 16 de diciembre de 2008, Asunto C-210/06, *Cartesio*.

STJCE de 22 de diciembre de 2008, Asunto C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*.

STJCE de 12 de febrero de 2009, Asunto C-67/08, *Block*.

STJCE de 18 de junio de 2009, Asunto C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*.

STJCE de 9 de julio de 2009, Asunto C-397/07, *Comisión/España*.

STJCE de 16 de julio de 2009, Asunto C-128/08, *Damseaux*.

STJCE de 17 de septiembre de 2009, Asunto C-182/08, *Glaxo Wellcome*.

STJCE de 27 de noviembre de 2009, Asunto C-418/07, *Papillon*.

STJUE de 21 de enero de 2010, Asunto C-311/08, *SGI*.

STJUE de 25 de febrero de 2010, Asunto C-337/08, *X-Holding BV*.

STJUE de 20 de mayo de 2010, el Asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg*.

STJUE de 22 de junio de 2010, Asuntos acumulados C-188/10 y C189/10, *Melki y Abdeli*.

STJUE de 6 de octubre de 2010, Asunto C-487/09, *INMOGOLF SA*.

STJUE de 10 de noviembre de 2011, Asunto C-126/10, *Foggia*.

STJUE de 8 de diciembre de 2011, Asunto C-157/10, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*.

STJUE de 6 de septiembre de 2012, Asunto C-18/11, *Philips Electronics*.

STJUE de 13 de noviembre de 2012, Asunto C-35/11, *Test claimants in the FII Group litigation*.

STJUE de 26 de febrero de 2013, Asunto C-399/11, *Melloni*.

STJUE de 28 de febrero de 2013, Asunto C-168/11, *Beker*.

STJUE de 21 de noviembre de 2013, Asunto C302/12, *X*.

STJUE de 27 de marzo de 2014, Asunto C-265/13, *Torralbo Marcos*.

STJUE de 12 junio de 2014, Asunto acumulados C-39/13 a C-41/13, *SCA Group Holding y otros*.

STJUE de 11 de septiembre de 2014, Asunto C-47/12, *Kronos International*.

STJUE de 11 de septiembre de 2014, Asunto C-489/13, *Verest y Gerards*.

STJUE de 9 de octubre de 2014, Asunto C-326/12, *Van Caster*.

STJUE de 21 de mayo de 2015, Asunto C-657/13, *Verder LabTec*.

STJUE de 26 de mayo de 2016, Asunto C-244/15, *Comisión/Grecia*.

STJUE de 26 de mayo de 2016, Asunto C-48/15, *NN*.

STJUE de 2 de junio de 2016, Asunto C-252/14, *Pensioenfonds Metaal en Techniek*.

STJUE de 30 de junio de 2016, Asunto C-176/15, *Riskin y Timmermans*.

STJUE de 13 de julio de 2016, Asunto C-181/15, *Brisal*.

STJUE de 22 de junio de 2017, Asunto C-20/16, *Bechtel*.

STJUE de 19 de octubre de 2017, Asunto C-573/16, *AIR BERLIN PLC*.

STJUE de 12 de junio de 2018, Asunto C-650/16, *Bevola y Jens W. Trock*.

OTRA JURISPRUDENCIA.

Tribunal Internacional de Justica de la Haya, Sentencia de 5 de febrero de 1970, el caso *Barcelona Traction*.

Tribunal Supremo:

STS 149/1973, de 27 de marzo.

STS 10524/1986, de 2 de junio.

STS 1621/2000, de 27 de enero.

STS 2779/2000, de 27 de enero.

STS 5608/2002, de 18 de junio.

STS 887/2003, de 12 de febrero.

Audiencia Nacional:

SAN 144/1997, de 18 de febrero.

SAN 550/1997, de 20 de mayo.

Tribunal Económico-Administrativo Central, Resolución 648/2018, de 8 de marzo.

BIBLIOGRAFIA

ADONNINO, P: "Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari fra Paesi membri secondo le norme della CEE e la giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità", *Revista di Diritto Finanziario e Scienza della Finanze*, núm. 1, 1993.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y CAMPINS VARGAS, A.: "El abuso de la mayoría en la política de dividendos", *Otrosí*, núm. 5, 2011.

ALONSO GARCÍA, Mª C.: *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Marcial-Pons, Madrid, 1999.

ALONSO GARCÍA, R.: *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Civitas, Madrid, 1997.

ALONSO GARCÍA, R.: *El juez español y el Derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.

ALONSO SOTO, R. J.: "La aplicación del derecho de la competencia a las fusiones y a otras modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: el control de las operaciones de concentración económica", en la obra de AA. VV. coordinada por ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. J.; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A.: Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2015.

ALMUDÍ CID, J.M. y SERRANO ANTÓN, F.: "La residencia fiscal de las personas físicas en los convenios de doble imposición y en la normativa española", *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 221 y 222.

AMOROS VIÑALS, A.: "La Planificación Fiscal Agresiva". *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF núm. 362, Madrid, 2013.

ANGULLÓ AGÜERO, A.: "Una reflexión en torno a la prohibición de confiscatoriedad del sistema tributario", *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 36, 1982.

APARICIO PÉREZ, A.: "La armonización fiscal y el Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, nº 174, julio, 1999.

ARZOZ SANTISTEBAN, X.: "Karlsruhe rechaza la Doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 2015, 2 BVR 2735/14)", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 58, 2016.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: "Integración europea y legitimidad de la jurisdicción constitucional", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 55, 2017.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: "Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm 104, 2015.

BAENA AGUILAR, A.: "El domicilio tributario en Derecho español", *Aranzadi*, Pamplona, 1995.

BAKER, P. y MITROYANNI, J.: "Relation Between CCCTB Rules and Tax Treaties", en la obra de AA.VV. dirigida por LANG, M.; PISTONE, P; SCHUF, J. y STARINGER, C.: *Common Consolidated Corporate Tax Base. Series on International Tax Law*, Linde, Viena, 2008.

BAL, A.: "Tax Rulings and State Aid Investigations: The Apple Case", *Bulletin for International Taxation*, octubre, 2016.

BARBERENA BELZUNCE, I.: *Sociedades cooperativas, anónimas laborales y agrarias en transformación. Régimen fiscal*, Aranzadi, Pamplona, 1992.

BARREIRO CARRIL, M. C.: "Los Impuestos directos y el Derecho de la Unión Europea. La armonización negativa realizada por el TJUE", *Estudios Jurídicos*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2012.

BAYONA DE PEROGORDO, J. J: "Impuesto Industrial. Licencia Fiscal. La aplicación de las normas tributarias en el espacio", *Crónica Tributaria*, núm. 1, 1972.

BERLIRI, A.: *Corso Istituzionale di Diritto Tributario*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1985.

BISCARETTI DI RUFFIA, P.: "Territorio dello Stato", en la *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLIV, 1992.

BIZ, C.: "Countering tax avoidance at the EU level after "LuxLeaks? A history of tax rulings, transparency and BEPS: Base erosion profis shifting or bending European prospective solutions", *Diritto e Practica Tributaria Internazionale*, núm. 4, 2015.

BLUMENSTEIN, E.: *Sistema di Diritto delle imposte*, Giuffrè, Milano, 1954.

BOOTELLO MACHÍN, V.; PALACIOS PÉREZ, J. y PASTORIZA VÁZQUEZ, S.: "Introducción a la planificación fiscal internacional", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2013.

BORIA, P.: *L'antisovrano, potere tributario e sovranità nell'ordinamento comunitario*, Giappichelli Editore, Torino, 2004.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: *La doble imposición: Problemas jurídico-internacionales*, Universidad de Barcelona, Secretariado de publicaciones, intercambio científico y extensión universitaria, Barcelona, 1971.

BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C.: "Los obligados tributarios en el marco de la Propuesta de Base Imponible Común Consolidada en el Impuesto sobre Sociedades", *Crónica Tributaria,* núm. 6, 2013.

BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C.: *La armonización de la base imponible común consolidada del Impuesto sobre Sociedades y su incidencia en el sistema tributario español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

BOYLE, M.: "Cross-border tax arbitrage-Policy choices and political motivations", *British tax review*, Londres, 2005.

BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil. Volumen I: Contratos mercantiles. Derecho de los títulos-valores. Derecho concursal,* 25º edición, Tecnos, Madrid, 2018.

BÜHLER, O: *Principios de Derecho Internacional Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1968.

CAAMAÑO ANIDO, M.A.; CALDERÓN CARRERO, J.M. "Globalización Económica y Poder Tributario: ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario?", *Civitas, Revista Española de Derecho Tributario*, Madrid, 2002.

CAAMAÑO ANIDO, M. A.: *Constitución Europea y Poder Tributario, Un nuevo reparto de la soberanía fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007.

CABANAS TREJO, R.: "Las fusiones y escisiones transfronterizas", en la obra de AA. VV. coordinada por ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. J.; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A.: *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2015.

CALDERÓN CARRERO, J. M: "Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad con los convenios de doble imposición y con el ordenamiento tributario", *Crónica Tributaria*, núm. 76, 1995.

CALDERÓN CARRERO, J. M.: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*, McGraw Hil, Madrid, 1997.

CALDERON CARRERO J. M. y MARTIN JIMENEZ, A. J.: "La armonización jurisprudencial de la imposición directa: las implicaciones fiscales del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad", en la obra colectiva dirigida por T. CORDON EZQUERRO, *Manual de Fiscalidad Internacional*, Institutito de Estudios Fiscales, Madrid, 2001.

CALDERÓN CARRERO, J. M.: "Review of Spain´s Thin Capitalization Provisions", *Tax Notes International*, 2002.

CALDERÓN CARRERO, J. M.: "La incidencia de la globalización en la configuración del ordenamiento tributario del siglo XXI", *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 20, Madrid, 2006.

CALDERÓN CARRERO, J. M.: "Reflexiones al hilo de la STJUE X Holding BV sobre el régimen de consolidación en el impuesto sobre sociedades, la «importación» de pérdidas extranjeras y el Derecho de la Unión Europea", *Crónica Tributaria*, núm. 138, 2011.

CALDERÓN CARRERO, J.M.: "Una vuelta de tuerca a la interpretación de la cláusula antiabuso de la "Directiva de Fusiones" ¿hacia motivos económicos válidos de alto voltaje?", *Revista de Estudios Financieros. Contabilidad y Tributación*, núm. 347, 2012.

CALDERON CARRERO, J. M.: "La estrategia europea de lucha contra el fraude y la evasión fiscal: el plan de acción de la comisión UE y sus principales implicaciones". *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 363. Madrid, 2013.

CALDERÓN CARRERO, J. M.: "Intercambio de información", en la obra de AA.VV. coordinada por CALDERÓN CARRERO, J. M; CARMONA FERNÁNDEZ, N.; MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. y TRAPÉ VILADOMAT, M.: *Convenios fiscales internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, Editorial CISS, Valencia, 2016.

CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: "La directiva relativa al sistema común de imposición aplicable en el caso de las sociedades matrices y filiales de diferentes estados miembros", en la obra colectiva AA.VV. coordinada por CALDERÓN CARRERO, J. M; CARMONA FERNÁNDEZ, N.; MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. y TRAPÉ VILADOMAT, M.: *Convenios fiscales internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea,* Editorial CISS, Valencia, 2016.

CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: "La Directiva de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros", en la obra colectiva AA.VV. coordinada por CALDERÓN CARRERO, J. M; CARMONA FERNÁNDEZ, N.; MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. y TRAPÉ VILADOMAT, M.: *Convenios fiscales internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea,* Editorial CISS, Valencia, 2016.

CALVO VÉRGEZ, J.: "El progresivo desarrollo de la Acción 7 (impedir la elusión artificiosa de la condición de establecimiento permanente) del Plan BEPS", *Crónica Tributaria*, núm 164, 2017.

CAMACHO DE LOS RÍOS, F.: *La cesión global de activo y pasivo como mecanismo de liquidación y como supuesto de modificación estructural*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2004.

CAMPINS VARGAS, A.: "Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios?, Diario La Ley, núm. 7824, Sección Doctrina, 23 de marzo de 2012.

CARBAJO VASCO, D.: "Algunas consideraciones sobre los acuerdos previos de valoración de precios de transferencia, APAS, en el ordenamiento tributario español", *Crónica Tributaria*, núm 140, 2011.

CARBÓ VALVERDE, S. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, F.: "Las fusiones y adquisiciones de entidades financieras en la Unión Europea: evidencia", *Cuadernos de Información Económica*, núm. 180, 2004.

CARMONA FERNÁNDEZ, N.: "La noción de establecimiento permanente en los tribunales: las estructuras operativas mediante filiales comisionistas", *Crónica Tributaria*, núm. 145, 2012.

CASADEDALL, J. J.: "El procedimiento interno de recuperación de ayudas de estado en materia tributaria", *Revista Quincenal Fiscal*, núm. 12, 2015.

CASADO OLLERO, G.: "El principio de capacidad y el control constitucional de la imposición indirecta (II)", *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 34, Madrid, 1982.

CASADO OLLERO, G.: "Fundamento jurídico y límites de la armonización fiscal en el Tratado C.E.E.", en la obra colectiva de AA.VV.: *Estudios sobre armonización fiscal y Derecho presupuestario europeo*, segunda edición, Ediciones TAT, Granada, 1987.

CASADO OLLERO, G.: "Los fines no fiscales de los tributos: art. 4º" en la obra de VVAA, *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma: libro homenaje al profesor Dr. Fernando Sainz de Bujanda*, Vol. 1, Madrid, 1991.

CASADO OLLERO, G.: "Los fines no fiscales de los tributos", *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, Vol. 41, núm. 213, Madrid, 1991.

CASAS AGUDO, D.: "Respeto a la soberanía fiscal de los Estados miembros en materia de imposición directa versus garantía de la libertad de establecimiento en el contexto de la compensación transfronteriza de pérdidas", *Quincena Fiscal*, núm. 22, 2009.

CASTRO ARANGO, J. M.: "Límites a la capitalización encubierta en España: Problemas comunitarios y convencionales de los nuevos artículos 20 y 14.1 H) de la TRLIS", *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 376, Madrid, 2014.

CAUWENBERGH. P. y LUCAS MAS, M. O.: "Germany: The new german transfer pricing Rules on cross-border recolation of functions: A preliminary analysis", *European Taxation*, IBFD, Vol. 48, núm. 10, octubre, 2008.

CAZORLA PRIETO, L. M.: *Poder tributario y Estado contemporáneo*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.

CAZORLA PRIETO, L. M.: *Derecho Financiero y Tributario (parte general)*, Aranzadi, Navarra, 2000.

CENCERRADO MILLÁN, E. y SOLER ROCH, M. T.: "Limit base erosion via interest deduction and others", *Intertax*, Vol. 43, núm 1, 2015.

CHEA, A.C.: "The Global Financial Meltdown of 2008, Sub-Saharan Africa, and the Way Forward for Sustainable Economic Growth and Development", *International Journal of Economics and Finance*, 2009.

CHICO DE LA CÁMARA, P.: "La residencia fiscal y la cláusula del beneficiario efectivo como medidas anti-abuso generales en el Convenio de la OCDE", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por SOLER ROCH, M. T. y SERRANO ANTÓN, F.: *Las medidas anti-abuso en la normativa española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional, y su compatibilidad con el Derecho Tributario*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2002.

CHICO DE LA CÁMARA, P.: "¿Crisis del criterio de la residencia habitual? Una propuesta de revisión para someter los tributos de naturaleza personal exclusivamente en el Estado de la fuente", *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 257-258, Madrid, 2004.

COCIVERA, B.: *Principi di Diritto Tributario*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1959.

COLLADO YURRITA, M.A. y PATÓN GARCÍA, G.: "Las Fuentes del Derecho Tributario Internacional", en la obra de CORDÓN EZQUERRO, T.: *Manual de Fiscalidad Internacional*, Vol. I, 3ª ed., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 25 de mayo de 1994, COM (94) 206 final, "*Mejora del entorno fiscal de las pequeñas y medianas empresas*"

COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 23 octubre del 2001, COM (2001) 582 final, "*Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala*".

COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 23 octubre del 2001, SEC (2001) 1681, titulado "*Fiscalidad de las empresas en el mercado interio*r", también conocida como *Informe Bolkestein*".

COMISIÓN EUROPEA, comunicación de 20 de agosto de 2003, COM (2003) 510 final, "*por el que se modifica el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes por lo que se refiere al acceso al Sistema de Información de Schengen de los servicios de los Estados miembros*".

COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 17 octubre del 2003, COM (2003) 613 final, "*por la que se modifica 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 canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros*".

COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 19 diciembre del 2003, COM (2003) 810 final, "*Imposición de dividendos percibidos por personas físicas en el mercado interior*".

COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 23 de diciembre de 2005, COM (2005) 702 final, "*Superación de los obstáculos con que se enfrentan las pequeñas y medianas empresas en el mercado interior en materia de impuesto de sociedades*".

COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 4 de diciembre de 2006, COM (2006) 760 final, "*Propuesta de Directiva del Consejo, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales*".

COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 10 octubre del 2007, COM (2007)785 final, "*Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa dentro de la UE y en relación con terceros países*".

COMISIÓN EUROPEA, consulta de 23 de marzo de 2010, IP/10/338, "*sobre el funcionamiento del Estatuto de la Sociedad Europea (SE)*".

COMISION EUROPEA, comunicación de 16 de marzo de 2011, COM (2011) 121 final, titulada *"Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS)"*.

COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 15 de diciembre del 2011, COM (2011) 864 final, "*Solventar los obstáculos transfronterizos de los impuestos sobre sucesiones en la UE*".

COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 17 de junio de 2015, COM (2015) 302 final, titulada "*un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*".

COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 25 de octubre de 2016, COM (2016) 685 final, "*Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades (BICIS)*".

COMISIÓN EUROPEA, comunicación del 25 de octubre de 2016, COM (2016) 683 final, "*Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS)*".

COBREROS MENDAZONA, E.: *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, 1994.

CORDEWENER, A., FARMER, P., GUTMANN, D., HEYDT, V., KEMMEREN, E., LANG, M., LE MENTEC, F., PISTONE, P., RAEDLER, A., RAVENTÓS CALVO, S., RICHELLE, I., ROEDLER, F. y STRICKLIN COUTINHO, K.: "Opinion Statement of the CFE on the case law of the European Court of Justice on transfer pricing related to loans (decision of 21 January 2010 in Case C-311/08, SGI)", *Confédération Fiscale Européenne*, Febrero 2012, en www.cfe-eutax.org).

CORDÓN EZQUERRO, T. y GUTIÉRREZ LOUSA, M.: "El tratamiento jurídico-tributario de la subcapitalización", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por RUBIO GUERRERO, J. J.: *Manual del Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003.

CORRIENTE CÓRDOBA, J. A.: "La fusión internacional de sociedades", *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 5, 1979.

CRUZ PADIAL, I.: "Globalización Económica: Sinónimo de desnaturalización tributaria", *Crónica Tributaria*, núm. 109, Madrid, 2003.

CUENCA GARCIA, E.: *Economía de la Unión Europea*, capitulo 8, PRENTICE-HALL, Madrid, 2007.

CUESTA CABOT, G.: "Las reorganizaciones internacionales de empresas", *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 338, 2011.

DATIS QUACEDO, A. M.A.: "La libre circulación de trabajadores", en la obra colectiva, *Estudios de Derecho Comunitario Europeo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1989.

DE ARESPACOCHAGA, J.: *Planificación fiscal internacional*, Marcial Pons, 2da edición, Madrid, 1998.

DE LUIS DÍAZ MONASTERIO GUREN, F.: "La Directiva de la C.E.E. sobre el régimen fiscal de las fusiones internacionales", *Carta Tributaria*, núm. 128, 1991.

DE JUAN PEÑALOSA, J. L.: "La doble imposición internacional. Convenios de doble imposición", en la obra de VVAA, DE LA VILLA, J.M. y CUBILLO, C., *Relaciones Fiscales Internacionales*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980.

DE PABLO VARONA, C.: *La tributación del socio en el IRPF*, Edersa, Madrid, 2002.

DELGADO PACHECO, A.: "El régimen de los cánones en la fiscalidad internacional: cuestiones especialmente debatidas en España", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2013.

DÍAZ MORENO, A.: "Las sociedades mercantiles", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A.: *Lecciones de derecho mercantil*, Tecnos, Vigésima edición, Madrid, 2017.

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 1988.

DORIS, K.: 04/2014 *Fichas técnicas sobre la Unión Europea* – 2015.

DOUVIER, P. J. y BOZORAA, D.: "Compatibility of CFC Rules with Tax Treaties: Lower Courts Reach Conflicting Conclusions", *European Taxation*, IBFD, Vol. 37, núm. 3, marzo, 1997.

DURÁN SINDREU-BUXADE, A.: "El artículo 110.2 de la Ley 43/1995: análisis y propuesta de reforma", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1-2, 202.

DURÁN-SINDREU BUXANDE, A.: *Los motivos económicos válidos como técnica contra la elusión fiscal: economía de opción, autonomía de la voluntad y causa en los negocios*, Aranzadi, Pamplona, 2007.

EINAUDI, L.: *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, Seconda Edizione, Giulio Einaudi Editore, Torino, 1967.

ESCRIBANO MARTÍNEZ, A.: "La fiscalidad de las fusiones empresariales fuera de España", *Hacienda Pública Española*, núm. 24-25, 1973.

FALCÓN Y TELLA, R.: *Introducción al Derecho Financiero y Tributario de las Comunidades Europeas*, Civitas, Madrid, 1988.

FALCÓN Y TELLA, R.: "La tasa suplementaria en el sector de la leche y de los productos lácteos: un impuesto confiscatorio y discriminatorio entre ganaderos", *Quincena Fiscal*, núm. 17, 1997.

FALCÓN Y TELLA, R.: "La nueva redacción de la cláusula anti-abuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS", *Quincena Fiscal*, núm. 2, 2001.

FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E.: *Derecho Fiscal Internacional*, II Edición, Marcial Pons, Madrid 2013.

FALCÓN Y TELLA, R.: "El intercambio automático de información sobre "tax rulings", las decisiones de la Comisión en la materia y el reciente impuesto británico sobre "beneficios desviados"", *Quincena Fiscal*, núm. 20, 2015.

FANTOZZI, A.: *Diritto Tributario*, UTET, Torino, 1991, pág. 209.

FELIU REY, M. I.: "Derecho de separación, flexibilización societaria y autonomía de la voluntad", *Derecho de los Negocios,* núm. 260, 2012.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y ARRANZ, A.: "Establecimiento permanente: un antes y un después de la STS 12 de Enero de 2012 (El caso Roche)", *Quincena fiscal*, núm. 20, 2012.

FERREIRO LAPATZA, J. J.: *Curso de Derecho Financiero Español,* 10ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1988, pág. 103.

FERREIRO LAPATZA, J. J.: "Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal" *Quincena Fiscal*, núm. 8, 2001.

FERREIRO LAPATZA, J. J.: *Derecho Financiero, Curso de Derecho Financiero Español,* Vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2004.

FONT GALÁN, J. I.: "Primas de asistencias a juntas generales de sociedades anónimas y dividendos encubiertos (a propósito de una experiencia en empresas bancarias)", en la obra colectiva de AA.VV.: *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, LA LEY, Tomo I, Madrid.

FRANCH FLUXA, J.: "La Armonización de la Residencia societaria en el ámbito de la fiscalidad empresarial comunitaria". *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm 340, Madrid, 2011.

GALLEGO CAMARENA, M. J.: "La armonización del impuesto sobre sociedades mediante la base imponible consolidada común: Análisis crítico y alternativas". *Instituto de Estudios Fiscales*, DOC núm. 14/2013, Madrid, 2013.

GARBARINO, C.: *La tassazione del reddito transnazionale*, CEDAM, Padova, 1990.

GARCÍA AÑOVEROS, J.: "Las reformas fiscales", *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm.100, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "La responsabilidad patrimonial de la Administración española por daños causados por infracción del Derecho comunitario", *Gaceta Jurídica de la CEE*, núm. 60, 1989.

GARCÍA DORADO, F.: *Prohibición constitucional de confiscatoriedad y deber de tributación*, Dykinson, Madrid, 2002.

GARCÍA GUIJO, L.: "El análisis de la selectividad en las ayudas de Estado de naturaleza fiscal tras la sentencia Gibraltar y sus implicaciones en la lucha contra la competencia fiscal perjudicial" *Crónica Tributaria,* núm. 151, 2014.

GARCÍA GUIJO, L.: "Las ayudas de Estado en la Unión: concepto, requisitos e implicaciones", *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 21, núm. 2, 2012.

GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.: "Subcapitalización en el IRPF: el nuevo tratamiento fiscal de los intereses derivados de los préstamos realizados por los socios a una entidad vinculada", *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad,* núm. 1, 2010.

GARCÍA PRATS, A.: "Las medidas anti-abuso y el Derecho comunitario" dentro del libro con VV.AA.: *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002.

GARCÍA NOVOA, C.: "Los instrumentos jurídicos para la armonización y uniformidad fiscal comunitaria y su incidencia en el ordenamiento interno español", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 115, 1994.

GARCÍA NOVOA, C.: *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

GARCÍA-OVIES SARANDESES, I y SESMA SÁNCHEZ, B.: *Fiscalidad de las rentas del capital mobiliario en España*, Lex Nova, Valladolid, 1996.

GARELLI, A.: *Il Diritto internazionale tributario. Parte generale. La scienza della finanza internazionale tributaria*, Roux Frassati e Cº, Torino, 1899.

GONZÁLEZ GARCÍA, E.: "Concepto actual de tributo: análisis de jurisprudencia", *Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria*, núm. 2, Aranzadi, 1996.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M. y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: *Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Dykinson, Madrid, 2013.

GONZÁLEZ POVEDA, V.: "Régimen fiscal de las Sociedades Matrices y Filiales en la CEE", *Noticas CEE*, núm. 96, 1993.

GOUTHIÈRE, B.: "French Anti-abuse International Tax Legislation: Recent Developments", *European Taxation*, IBFD, Vol. 46, núm. 11, noviembre, 2006.

GONZÁLEZ POVEDA, V.: *Tributación de no residentes*, La Ley, Madrid, 1989.

GRAS BALAGUER, C. y DE NAVASQÜES PÉREZ, B.: "Las operaciones vinculadas y los precios de transferencia", *Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales*, Colaboración 34/10. Vol. 11, 2010.

GREGGI, M.: "European taxation of dividends, interests and royalties: the impact on third countries investors", *Current issues of Business and Law*, Vol. 3, 2009.

GRIZIOTTI, B.: "Studi di Diritto Tributario", en la obra colectiva de AA.VV.: *Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali*, Vol. XII, R. Università di Pavia, 1928.

GUNN, A. y LUTS, J.: "Tax Rulings, APAs and State Aid: Legal Issues", *EC Tax Review*, núm. 2, 2015.

GUTIÉRREZ LOUSA, M. y RODRÍGUEZ ONDARZA, J. A.: "Las consecuencias fiscales de la globalización", *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 8, Madrid, 2007.

HERRERA MOLINA, P. M.: "Una decisión audaz del Tribunal Constitucional alemán: el conjunto de la carga tributaria del contribuyente no puede superar el 50 por 100 de sus ingresos", *Impuestos*, núm. 14, 1996.

HERRERA MOLINA, P. M.: "El principio de capacidad económica en Alemania y su relevancia para el Derecho español", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 150, 1997.

HERRERA MOLINA, P. M.: *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del derecho alemán*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

HERRERA MOLINA, P. M.: *Convenios de doble imposición y Derecho comunitario*, IEF, Madrid, 2009.

HERRENA MOLINA, P. M.: "Los convenios de doble imposición ante las libertades comunitarias (análisis de la jurisprudencia del TJUE)", en la obra colectiva de AA.VV.

coordinada por SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2013.

HINNY, P.: "New Tendencies in Tax Treatment of Cross-Border Interest of Corporations", en la obra de AA.VV.: *Cahiers de droit fiscal international*, Kluwer, Vol. 93b, The Hague, 2008.

HORTALÁ I VALLVÉ, J.: *Comentarios a la red española de convenios de doble imposición*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

ILLESCAS ORTIZ, R.: "¿Se han convertido las sociedades de capital en entidades de depósito remunerado?" *Derecho de los Negocios,* núm. 254, 2011.

ILLESCAS ORTIZ, R.: "El poder de mayoría en la sociedad anónima: apuntes recientes", *Derecho de los Negocios*, núm 260, 2012.

INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTA, en su consulta 1, de 21 de abril de 1995 (BOICAC 21/04/1995).

INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, Vienna, 2004. Double non-taxation, *Cahiers du droit fiscal international*, Vol. 89a, The Netherlands, 2004.

J., MONET, en las declaraciones ante el Comité de Liberación Nacional, 5 de agosto de 1943.

JIMÉNEZ BLANCO, J. I.: "El uso de los instrumentos financieros híbridos en la planificación fiscal internacional", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2013.

JIMÉNEZ MARTÍN, F.: "Aplicación triangular de los convenios para evitar la doble imposición en supuestos de repartos de dividendos por sociedades españolas en situación de doble residencia", *Impuestos*, Año núm. 19, núm. 2, 2003, pág. 152.

JIMENEZ-VALLADOLID DE L´HOTELLERIE-FALLOIS, D. J.: "Reorganizaciones empresariales y convenios de doble imposición". *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF núm. 355, Madrid, 2012.

JOERGES, C. y RÖDL, F.: "Informal politics, Formalised Law and the «Social Deficit» of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval", *European Law Journal*, Vol. 15, 2009.

JOINT COMMITTEE ON TAXATION**,** 108, U.S.A. Congress, Febrero 2003. "*Report on investigation of Enron Corporation and related entities regarding federal tax and compensation issues. Policy recommendations*".

JONUNG, L., LARCH, M., FISCHER, J.: "101 proposals to reform the stability and growth pact. Why so many? A survey", *Public Finance and Management*, 2008.

KOLASSA, D. "*Fichas técnicas sobre la Unión Europea"* - 04/2014, publicada en 2015.

KERGALL, Y.: "Transfert d´actifs vers et hors d´une jurisdiction fiscal", *Cahiers de Droit fiscal international*, IFA, 1987.

KLÄSER, J.: "The Swiss Tax Ruling Practice: Recent Domestic and Internacional Developments", *Bulletin for International Taxation*, Vol. 71, núm 1, 2017.

KRUSE, H. W.: *Derecho Tributario. Parte General*, Editorial de Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978.

LANG, M.: "Tax Rulings and State Aid Law", *British Tax Review*, núm. 3, 2015.

LINARES GIL, M. I.: "La devolución de las ayudas de estado en el marco del derecho comunitario europeo", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 196, Madrid, 2001.

LODIN, S. O., "What ought to be taxed and what can be taxed: a new International Dilemma", *Bulletin of International Bureau of Fiscal Documentation,* Vol. 54, May 2000.

LÓPEZ DE HARO ESTESO, R.; ORTEGA CALLE, M. y CABELLO GIL, R.: "Los precios de transferencia: normativa y tendencias", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2013.

LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: *Fiscalidad internacional y territorialismo del tributo*, McGraw Hill, Madrid, 1995.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Incidencia del Derecho internacional general en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "La regla de la unanimidad en la producción normativa comunitaria de carácter tributario", *Nueva Fiscalidad*, núm. 6, 2005.

LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: *Principios básicos de fiscalidad internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *La doble imposición. Problemática actual*. LA LEY, Edición núm. 1, Madrid, Enero 2012.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "La no confiscatoriedad en sede de armonización fiscal", *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Sección Unión Europea, Año núm. 29, núm. 10, 2013.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "Revisión de las relaciones entre el Derecho tributario y el Derecho internacional general", *Crónica Tributaria*, núm. 147, 2013.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "Las normas generales del Derecho Internacional ante el objetivo de combatir la evasión fiscal", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, núm. 2, 2016.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "La construcción del Derecho internacional tributario", *Crónica Tributaria*, núm. 160, 2016.

LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "La Structura del pressupposto d´imposta di fronte alle moderne realtà impositive", *Diritto e Practica Tributaria*, Vol. 8, núm. 5, 2016.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "Un importante campo de aplicación del Decreto-Ley en materia de ingresos y gastos públicos: Las catástrofes naturales", *Estudios Financieros, Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 398, 2016.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *Privilegios e inmunidades fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "Alcance del deber general de colaboración entre Estados en la lucha contra el fraude fiscal", *Revista española de Derecho financiero*, núm. 174, 2017.

LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "Lagunas en el Derecho Tributario de la Unión Europea", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, núm. 2, 2017.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "El papel de la residencia, no residencia, nacionalidad, extranjería en la configuración de las actuales figuras tributarias", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.9, núm. 1, 2017.

LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "Recorrido transnacional de la soberanía tributaria", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, núm. 1, 2018.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "Cómo concretar la prohibición de la confiscatoriedad haciendo el sistema tributario más progresivo", *Crónica Tributaria*, núm. 166, 2018.

LÓPEZ IRANZO, F.: "La neutralidad fiscal en la nueva ley de las fusiones y escisiones de empresas", *Impuestos*, núm. 2, 1992.

LÓPEZ IRANZO, F.: "Neutralidad fiscal y normativa contable de la fusión de sociedades (Ley Nº 29/1991 y Normas del ICAC) (I)". *Carta Tributaria*, núm. 205, 1994.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: "Comentarios a la Directiva del régimen fiscal de reorganizaciones empresariales", *Crónica Tributaria*, núm.116, 2005.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. "Armonización de la base imponible común y consolidada del Impuesto sobre Sociedades (I): Objeto, características, ámbito y principios de la propuesta de la comisión", *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm 345, 2011.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: "Acción 5. La competencia fiscal perjudicial en el proyecto BEPS", recogida en la obra de RAMOS PRIETO, J. (Coord.) *Erosión de la Base Imponible y Traslado de beneficios: Estudios sobre el Plan BEPS de la OCDE*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Madrid, 2016.

LUCAS DURÁN, M.: "Los dividendos e intereses en la fiscalidad internacional", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2013.

LUCEÑO OLIVA, J. L.: "Derecho de la minoría al dividendo: una solución y muchas dudas (Comentario de urgencia al nuevo artículo 348 *bis* de la LSC)". *Diario La Ley*, núm. 7709, 5 de octubre de 2011.

MAGRANER MORENO, F. J.: *La coordinación del impuesto sobre sociedades en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009.

MALVÁREZ PASCUAL, L. A.: "La configuración de los grupos de empresas en la Propuesta de Directiva BICCIS", *Instituto de Estudios Fiscales*, Documentos de trabajo, núm 12/2017, V Encuentro de Derecho Financiero y Tributario. "El futuro del Impuesto sobre Sociedades", 2017.

MANGAS MARTIN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 6ª ed., 2010.

MAROTO SÁEZ, A.: "Estudio de las operaciones realizadas entre Casa Central y establecimientos permanentes", *Crónica tributaria*, núm. 131, 2009.

MARTÍN BARAHONA, F.: "Operaciones societarias: crónica de una desaparición anunciada del impuesto español sobre las aportaciones de capital", *Estudios Financieros, Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 335, 2011.

MARTÍN DELGADO, J. M.: "Los principios de capacidad económica e igualdad en la Constitución Española de 1978", *Hacienda Pública Española*, nº 60, Madrid, 1979.

MARTÍN DELGADO, J. M.: "El control constitucional del principio de capacidad económica", *El Tribunal Constitucional*, Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.

MARTIN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LOPEZ, J.M. y CASADO OLLERO, G.: en la obra colectiva "*Curso de Derecho Financiero y Tributario*", Editorial Tecnos, Vigésima sexta edición, Madrid, 2015.

MARTÍN QUERALT, J. y MARTÍNEZ LAFUENTE, A.: "La política fiscal europea", en la obra colectiva de AA. VV.: *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1986.

MARTÍN LÓPEZ, J.: *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, Editorial Tirant Lo Blanc, Valencia, 2006.

MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. y CALDERÓN CARRERO, J. M.: "La exención a favor de los beneficios distribuidos por sociedades filiales españolas a sus matrices residentes en otro Estado miembro", en la obra colectiva AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Impuesto sobre la Renta de no Residentes*, Civitas, Madrid, 1999.

MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: "El concepto de ayuda de Estado y las normas tributarias: problemas de delimitación del ámbito de aplicación del art. 87.1 TCE", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 196, 2001.

MARTÍN JIMÉNEZ A. J. y CALDERÓN CARRERO, J. M.: "La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Impuesto sobre Sociedades", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por RUBIO GUERRERO, J. J.: *Manual del Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003.

MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: «Artículo 12. La tributación de los cánones o regalías», en la obra colectiva AA.VV. coordinada por CALDERÓN CARRERO, J. M. y RUÍZ GARCÍA, J. R.: *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España. Análisis a la luz del Modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y jurisprudencia española, A Coruña, Fundación Pedro Barrié de la Maza*, Instituto de Estudios Económicos de Galicia, 2004.

MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: "Operaciones Vinculadas y Derecho Comunitario: ¿Es necesaria una nueva reforma del artículo 16 del TRLIS?", en la obra colectiva dirigida por CORDÓN EZQUERRO, T. "*Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*", CEF, Madrid, 2010.

MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: "La prohibición de ayudas de estado y los impuestos directos: ¿evolución, revolución,… o, simplemente, intervención?", *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 155, Madrid, 2012.

MARTÍNEZ LAGO, M. A.: "Los fines no fiscales de la imposición y la prohibición de confiscatoriedad", *Gaceta Fiscal*, núm. 81, 1990.

MARTÍNEZ JIMÉNEZ, F. J.: "Las oportunidades del sistema tributario español a la luz de la directiva europea de fusiones", *Innovazione e Diritto, Rivista di Diritto Tributario e dell'Economia*, núm. 2, 2018.

MARTÍNEZ-MATOSAS RUIZ DE ALDA, E.; CALDERÓN CARRERO, J.M.: "Subsidiary Constituted PE, Supreme Court Rules", *Tax Notes International*, Vol.65, núm. 10, 2012.

MARZINOTTO, B., SAPIR A. y WOLFF G. B.: "What Kind of Fiscal Union?" *Policy Brief*, núm. 6, Bruegel, noviembre, 2011.

MASON, R.: "U. S. Tax Treaty Policy and the European Court of Justice", *Tax Law Review*, núm. 65. 2005.

MATÍA PORTILLA, F. J.: "Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 2016.

MERCADAL VIDAL, F.: "El proyecto de las modificaciones estructurales", en la obra de AA. VV. coordinada por ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. J.; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A.: *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2015.

MENÉNDEZ GARCÍA, G.: *Fiscalidad de la Escisión de Sociedades Anónimas*, Thompson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

MIGUEL CANUTO, E: "Capacidad económica y Tribunal Constitucional", en la obra colectiva AA.VV. coordinada por ADAME MARTÍNEZ, F. D., RAMOS PRIETO, J. y LASARTE ÁLVAREZ, F. J.: *Estudios sobre el sistema tributario actual y situación financiera del sector público*, Homenaje al Prof. J. Lasarte Álvarez, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014.

MILLS, K L.; NEWBERRY, W.; TRAUTMAN, B.: "Trends in book-tax income and balance sheet differences", *IRS Research Conference*, 2002.

MIRANDA PÉREZ, A.: "El principio constitucional de no confiscatoriedad en materia fiscal", *Jurisprudencia Tributaria*, núm 20, 1998.

MOLINA GÓMEZ-ARNAU, P.: "Apuntes sobre la Directiva del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al Régimen Fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (90/435/CEE)", *Noticias CEE*, núm, 84, 1992, pág. 81.

MONACO, R.: "Limiti della sovranità dello Stato e Organizzazioni internazionali", en la obra de AA.VV.: *Studi di Diritto Costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Giuffrè, Milano, 1952.

MORA AGUDO, L; NAVARRO HERAS, E.; PRADO ROMÁN, M.: "Base imponible común consolidada vs. Normativa fiscal española: una aproximación a su impacto fiscal". *Crónica Tributaria*, núm. 144/2012, Madrid, 2012.

MORENO GONZÁLEZ, S.: "La recuperación de las ayudas de Estado de carácter tributario. Panorama actual y propuestas de futuro", *Quincena Fiscal*, núm. 6, 2015.

MORENO GONZÁLEZ, S.: *Tax rulings: Intercambio de información y ayudas de Estado en el contexto post-BEPS*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MULLERAT PRAT, R. y BONET MASDEU, M.: "Aspectos relevantes de la planificación fiscal internacional de la inversión española en el extranjero", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2013.

NAZIR ALONSO, Y.: *Fiscalidad de las sociedades y fondos de inversión colectiva*, Lex Nova, Valladolid, 1999.

NASH, J.F.: "Equilibrium Points in n-Person Games," *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Vol. 36, 1950.

NAVARRO EGEA, M.: *Fiscalidad de la reestructuración empresarial. La fusión y la escisión*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

NAVIERA DE CASANOVA, G. J.: *El principio de no confiscatoriedad. Estudio en España y Argentina*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

NUÑEZ PÉREZ, G.: *Poder Tributario y no sujeción tributaria*, Universidad de La Laguna, Secretariado de Publicaciones, La Laguna, Tenerife, 1986.

NUÑEZ PÉREZ, G.: "La prohibición constitucional de tributos confiscatorios: dos supuestos", *Impuestos*, núm. 22, 1991.

OECD, informe de 1998, titulado "*Harmful Tax Competition: an Emerging Global Issue"*.

OCDE, informe de 1998, titulado "*Centre for Co-operation witft Non-Members, Value-Added Taxes in Central and Eastern European Countries" - A comparative Survey and Evaluation*.

OCDDE, informe de 2004, titulado "*Consolidated Application Note: Guidance in Applying the 1998 Report to Preferential Tax Regimes"*.

OCDE, informe de 2013, titulado "*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting"*.

OCDE y G20, informe de 2014, sobre el desarrollo de la Acción 5 titulado "*Countering Harmful Tax Practices More Effectively, taking inot account transparency and substance"*.

OCDE, informe de 2014 titulado "*Modelo de convenio para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal en los impuestos sobre la renta y el patrimonio*".

OCDE, informe de 2015, titulado "*Informes Finales, Acción 5*".

OCDE, informe de 2016, titulado "*Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias, Acción 14-Informe final 2015*".

OCDE, informe de 2017, titulado "*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprieses and Tax Administrations*".

OWENS, J.: "Emerging issues in tax Reform: the Perspective of an International Bureaucrat", *Tax Notes International*, 1997.

OWENS, J.: "Tax Transparency and BEPS", Journal of Tax Administration, Vol. 1, núm. 2, 2015.

PALAO DE TABOADA, C.: "La protección constitucional de la propiedad privada como límite al poder tributaria", en la obra colectiva de AA.VV.: *Hacienda y Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

PALAO TABOADA, C.: "Notas a la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial dela Ley General Tributaria (II)", *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 155, 1996.

PALAO TABOADA, C.: (2005). "La modificación de la directiva de fusiones". *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 268, 2005, pág. 21.

PALAO TABOADA, C.: "La subcapitalización", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2013.

PARLAMENTO EUROPEO, Resolución legislativa (P7_TA (2012)0135), sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS), de 19 de abril de 2012.

PAZ-ARES, C.: "Sobre la infracapitalización de las sociedades", en la obra colectiva de AA.VV.: *Anuario de Derecho civil*, Madrid, 1983.

PÉREZ BERNABEU, B.: *La recuperación de las ayudas de Estado. Principios y procedimiento*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2013.

PÉREZ BERNABEU, B.: "Los procedimientos de ejecución de decisiones de recuperación de ayudas de Estado que afecten al ámbito tributario", *Nueva fiscalidad*, núm. 1, 2018.

PÉREZ DE AYALA BECERRIL, J.L.: "Las cargas públicas: principios para su distribución", *Hacienda Pública Española*, núm. 59, 1979.

PÉREZ DE AYALA BECERRIL. J.L.: "*El objeto del impuesto: la doble imposición y el art. 6.2 de la L.O.F.C.A.*", en la Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública, núm. 240, 1996.

PÉREZ DE AYALA. J.L.: *Fundamentos de Derecho Tributario*, Dykinson, 5º edición, Madrid, 2017.

PÉREZ ROYO, F.: "La Directiva 2003/48/CE, sobre fiscalidad del ahorro y su transposición al ordenamiento español", *Quincena Fiscal*, núm. 21, 2004.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F J.: "Las fuentes del Derecho mercantil", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.: *Derecho Mercantil I: Material de estudio y cuaderno para el trabajo autónomo del alumno*, Fleming, Granada, 2017.

PETERS, A.: "Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales", en la obra colectiva AA.VV. coordinada por PETERS, A; AZNAR, M. y GUITIÉRREZ, E. I.: *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

PILTZ, D.: "International Aspects of Thin Capitalization", en la obra de AA.VV.: *Cahiers de droit fiscal international*, Kluwer, Vol. 81b, The Hague, 1996.

PINILLA NAVARRO, M.; GUINOT ALMELA, M. y LOMBA BLASCO, P.: "Fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias y canje de valores", *Adaptación del Sistema Tributario al Estado de Derecho*, Pamplona, Asociación Española de Asesores Fiscales, 1994.

PISTONE, P.: "Uguaglianza, discriminazione a rovescio e normativa antiabuso in ambito comunitario", *Diritto e Pratica Tributaria*, núm. 4/1998, III.

PISTONE, P.: "Ein EU-Modell als Lösung für die Koordinierung der Doppelbesteuerugsabkommen zwischen den EU-Mitgliedstaaten", en la obra de AA.VV. coordinado por CORDEWENER, S.; SCHINDLER, P. y CLEMENS, P.: *Meistbegünstigung in Steuerrecht der EU-Staaten*, Verlag C. H. Beck, Múnich, 2006.

PISTONE, P.: "L'elusione fiscale come abuso del diritto: certezza giuridica oltre le imprecisioni terminologiche della Corte di Giustizia Europea in materia di Iva", *Rivista di Diritto tributaro*, núm. 1, 2007.

PISTONE, P.: *Abuso del diritto ed elusione fiscale: l'impatto del diritto comunitario sull'ordinamento tributario italiano*, en Actos de la conferencia para los 80 años de "Diritto e Pratica Tributaria", Padova, 2007.

PISTONE, P.: "Outbound investment and Interest Deduction (Fat cap)", en la obra de AA.VV. coordinada por LANG, M.; PISTONE, P; SCHUF, J. y STARINGER, C.: *Common Consolidated Corporate Tax Base. Series on International Tax Law*, Linde, Viena, 2008.

PISTONE, P.: "Smart Tax Competition and Geographical Boundaries of Taxing Jurisdictions", *Intertax*, Vol. 40, núm. 2, 2012.

PISTONE, P.: "Coordinating the Action of Regional and Global Payers during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax", *World Tax Journal*, febrero, 2014.

PONT CLEMENTE, J. F.: *La economía de opción*, Marcial Pons, Madrid. 2006.

PORFIRIO CARPIO, L. J.: "Sociedades anónimas: ¿Derecho a las ganancias *contra* derecho al dividendo? ¿Derecho a las ganancias *versus* derecho al dividendo?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año 91, núm 748, 2015.

PÖTGENS, P. G. F. y JAKOBSEN, M.: "Netherlands: Tax-Neutral Division of Companies", *European Taxation,* Vol. 39, núm. 3, marzo, 1999.

RAMOS RAICH, J. R. y BONET MASDEU, M.: "Aspectos relevantes de la planificación fiscal internacional de la inversión extranjera en España", en la obra colectiva de AA.VV.

coordinada por SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2013.

RAVENTÓS CALVO, S.: "Papillon o retorno a Marks & Spencer", *RCyT*, CEF, núm. 310, 2009.

RAVENTÓS CALVO, S.: "La reestructuración empresarial como instrumento de planificación fiscal internacional", en la obra de AA. VV. coordinada por SERRANO ANTÓN, F.: *Fiscalidad Internacional*, Centros de Estudios Financieros, Madrid, 2013.

RIXEN, Th.: "Tax competition and inequality. The case for global tax governance", *Global Governance, A Review of Multilateralism and International Institutions*, Vol. 17, núm. 4, Leiden, 2011.

RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: *Introducción al estudio del Derecho Financiero*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1976.

RODRÍGUEZ LOSADA, S.: "La interpretación jurisprudencial del concepto de beneficiario efectivo en el ámbito internacional", *Crónica Tributaria*, núm. 149, 2013.

RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D.: "La batalla de los dividendos en las sociedades de capital (Primeras reflexiones a la luz del artículo 348 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital)", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 57, 2012.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. J.: "El empresario", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *Lecciones de Derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 2006.

ROMANO, C.: *Advance Tax Rulings and Principles of Law*, IBFD, Ámsterdam, 2002.

ROSEMBUJ, T.: *Minimización del impuesto y responsabilidad social corporativa*, Editorial el Fisco, Barcelona, 2009.

ROSEMBUJ, T.: *La Crisis financiera y el Arbitraje Fiscal Internacional. Los productos híbridos y las entidades híbridas*, Editorial el Fisco, edición núm. 1, Barcelona, Febrero, 2011.

ROSEMBUJ, T.: *Principios Globales de Fiscalidad Internacional*, Editorial El Fisco, Barcelona, 2012.

ROZAS VALDÉS, J. A.: "De la confiscación", en la obra colectiva AA.VV. coordinada por ADAME MARTÍNEZ, F. D., RAMOS PRIETO, J. y LASARTE ÁLVAREZ, F. J.: *Estudios sobre el sistema tributario actual y situación financiera del sector público*, Homenaje al Prof. J. Lasarte Álvarez, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014.

ROZAS VALDÉS, J. A.: *La armonización de los Impuestos sobre los beneficios societarios en la Comunidad Europea*, Papeles de Trabajo 20/89 del Instituto de Estudios Fiscales.

RUIZ GARCÍA, J. R. en el Prólogo a la obra de ÁLVAREZ BARBEITO, P., *Los rendimientos del Capital en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Cedecs, Barcelona, 1999.

RUSSO, P. en su obra "Brevi note in tema di disposizioni antielusive", *Rassegna Tributaria*, núm. 1, 1999.

SAMPAY, A. E.: *El Derecho Fiscal Internacional*, Ediciones Biblioteca Laboremus, La Plata-Buenos Aires, 1951.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A.: *La doble imposición internacional en la Unión Europea. Especial consideración del Impuesto de Sociedades*, La Ley, Madrid, 1995.

SÁNCHEZ RUS, H.: "La fusión transfronteriza de sociedades anónimas desde la perspectiva del derecho español", en la obra de AA.VV.: *Las operaciones societarias de modificación estructural: análisis de su tratamiento jurídico tributario y contable*, Tirant lo Blanch, 2001.

SÁNCHEZ SERRANO, L.: "Principios de Justicia Tributaria", en el Capítulo IV del *Manual General de Derecho Financiero*, Tomo Segundo, en la obra colectiva AA.VV.: *Derecho Tributario. Parte General*, Comares, Granada, 1996.

SANGHVI, S. y JAYESH, K.: "Royalties are taxable when credited, ruling authority says", *Tax Notes International*, Vol. 35, núm. 5, 2004.

SANZ GADEA, E.: "Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas", *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Fiscalidad*, núm. 107, 1992.

SANZ GADEA, E.: "La subcapitalización", *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm 206, 2000.

SANZ GADEA, E. “Aspectos internacionales de la política fiscal (II)”, *Impuestos*, núm. 14, 2001.

SANZ GADEA, E.: “La compensación de pérdidas de las filiales extranjeras: Marks & Spencer”, *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 276, 2006.

SANZ GADEA, E.: “Medidas antielusión fiscal”, *Documentos de Trabajo*, núm. 8, IEF, Madrid, 2009.

SANZ GADEA, E. “Propuesta de directiva del consejo, relativa a una base imponible común consolidada del impuesto sobre sociedades (sistema CCCTB) (I): El largo camino hacia una propuesta de directiva”. *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF núm. 345, Madrid, 2011.

SANZ, M. C.: “El control de las ayudas de estado en la CCEE”. *Revista Economía Industrial*, núm. 259, 1988.

SANZ SANZ, J. F. y EDO HERNÁNDEZ, V.: “Los costes de la imposición en el diseño impositivo”, en la obra de VV. AA. coordinada por URBANOS GARRIDO, R. M.: *Lecciones para después de una crisis: Estudios en homenaje al Profesor Albi*, Instituto de Estudios Fiscales, 2017.

SAINZ DE BUJANDA, F.: *Hacienda y Derecho*, Vol. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

SAINZ DE BUJANDA, F.: *Hacienda y Derecho*, Vol. III, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

SAINZ DE BUJANDA, F.: *Hacienda y Derecho*, Vol. IV, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1966.

SAINZ DE BUJANDA, F.: Prólogo al libro MARTÍNEZ MARTÍNEZ. D.: *El sistema financiero de las Comunidades Europeas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1974.

SAINZ DE BUJANDA, F., VICENTE-ARCHÉ, F., CORTÉS, M., PALAO, C., RODRÍGUEZ, A. y FERREIRO, J. J.: *Notas de Derecho Financiero*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1976.

SAINZ DE BUJANDA, F.: *Lecciones de Derecho Financiero*, 8ª edición, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1990.

SÁENZ DE OLAZAGOITIA DÍAZ DE CERIO, J.: "Efectos tributarios de las operaciones de reestructuración en los grupos de sociedades que tributan en régimen consolidado", *Justicia Tributaria*, núm. 22, marzo 1999.

SCHERER, T.: *Doppelbesteuerng und Europäisches Gemeinschafrecht*, Verlag C. H. Beck, Múnich, 1995.

SCHMIDT, V. A.: "Re-Envisiong the European Union: Identity, Democracy, Economy", *Journal of Common Market Studies*, núm. 47, 2009.

SCOCA, F. G.: "Stato ed altri enti impositori di fronte al dovere di prestazione tributaria", *Diritto e Practica Tributaria, Parte Prima*, 1968.

SERRAT ROMANI, M.: "La Doble Imposición desde el Principio de Proporcionalidad". *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación,* CEF núm. 349, 2012.

SIEIRO CONSTELA, M. A.: "La relación Matriz-Filial. El Régimen fiscal comunitario", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 6, 2002.

SOLER ROCH, M. T.: "Una reflexión sobre el principio de residencia como criterio de sujeción al poder tributario del Estado", en la obra de AA.VV., *Presente y futuro de la imposición directa en España*, Lex Nova, Valladolid, 1997.

SOLER ROCH, M.T.: "Las medidas fiscales selectivas en la jurisprudencia del TJCE sobre ayudas de Estado", *Quincena Fiscal*, núm. 14, 2006.

SOLER ROCH, M. T.: *Deber de contribuir y derecho de propiedad en el ámbito de protección de los derechos humanos, Lección inaugural, Curso Académico 2011-2012*, Universidad de Alicante, Alicante, 2011.

SOPENA GIL, J.: "La aplicación de las leyes fiscales españolas en la plataforma marítima continental o zona económica exclusiva", *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 41, 1984.

SOTO LÓPEZ, D.: "La cláusula antiabuso del régimen fiscal de reestructuraciones", *Crónica Tributaria*, núm. 157, 2015.

SOUSA SANTOS AGUIAR, N. T.: (2005). "La fiscalidad de los beneficios societarios y de los capitales en la Unión Europea. Principios fundamentales". *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 262, 2005.

STARINGER, C.: "Requirements for Forming a Group", en la obra de AA.VV. dirigida por LANG, M.; PISTONE, P; SCHUF, J. y STARINGER, C.: *Common Consolidated Corporate Tax Base. Series on International Tax Law*, Linde, Viena, 2008.

STIGLITZ, J. E.: "The General Theory of Tax Avoidance", *National Tax Journal*, Columbia University Academic Commons, 1985, Vol. 38.

TANZI, V.: "Globalization, Tax Competition and the Future of Tax Systems", *Documento de Trabajo WP/96/141*, Fondo Monetario Internacional, 1996.

TANZI, V.: "La globalización y las acciones de las termitas fiscales", *Finanzas y Desarrollo*, Fondo Monetario Internacional, 2001.

TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: "La tributación de los no residentes con establecimiento permanente", *Responsa iurisperitorum digesta*, Universidad de Salamanca, Vol. 4, 2000.

TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: "Las libertades comunitarias como límite al ejercicio del poder tributario de las regiones", *ECJ Leading cases*, UNED, 2014.

TEJERIZO LOPEZ, J. M.: "La Unión Fiscal en la UE (Una visión general)". *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 28, 2015.

TOVILLAS MORÁN, J. M.: *Estudio del Modelo de Convenio sobre la renta y patrimonio de la OCDE de 1992*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

TRUYOL Y SERRA, A.: *La integración Europea. Idea y realidad*, Tecnos, Madrid, 1972.

UCKMAR, V.: "Influencia del domicilio, de la residencia y de la nacionalidad en el Derecho tributario", *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, Vol. 24, 1956.

UCKMAR, V.: "*Consideraciones sobre globalización económica. Tendencias y desarrollo*", Doc. de trabajo, 32º Asamblea General del CIAT, Salvador de Bahía, Brasil, 1998.

UNITED NATIONS, informe de 2013, titulado "*Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo*".

UNITED NATIONS, informe de 2014, titulado "*Chapter VII Fiscal Space for Stability and Development: Contemporary Challenges. Trade and Development Report*".

VALENZUELA GARACH, F. J.: "La empresa: Elementos y negocios jurídicos sobre la empresa", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.: *Derecho Mercantil I: Material de estudio y cuaderno para el trabajo autónomo del alumno*, Fleming, Granada, 2017, pág. 69.

VAN DER HURK.: "Is the ability of the Member States to conclude tax treaties chained up?", *EC Tax Review*, núm. 1, 2004.

VANONI, E.: "Elementi di diritto tributario", en la obra colectiva coordinada por FORTE, F. y LONGOBARDI, C.: *Opere Giuridiche*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1962.

VEGA BORREGO, F. A.: "La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del Derecho comunitario", *Crónica Tributaria*, núm. 104, 2002.

VEGA BORREGO, F. A.: *Las medidas contra el "treaty shopping": las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003.

VEGO BORREGO, F. A.: "Medidas antiabuso y convenios de doble imposición", en la obra colectiva de AA.VV. coordinada por FERNÁNDEZ PRIETO, A. y RODRÍGUEZ ORDARZA, J. A.: *Fiscalidad y planificación fiscal internacional*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2003.

VIANA BARRAL, V. y VILLALÓN PÉREZ-ARTACHO, J.: "Hacía la armonización del Impuesto sobre Sociedades. Luces y sombras de la Propuesta de Directiva sobre la Base Imponible Consolidada Común del Impuesto sobre Sociedades", *Quincena Fiscal*, núm. 22, 2011.

VILÀ COSTA, B. y ARENAS GARCÍA, R.: "La transferencia internacional del domicilio social (en la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles)", en

la obra de AA. VV. coordinada por ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. J.; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A.: *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2015.

VILLAR EZCURRA, M.: "El tratamiento tributario de la subcapitalización en España frente a las exigencias de no discriminación del Derecho comunitario", *Carta Tributaria. Monografías*, núm. 300, 1998.

VILLARÍN LAGOS, M.: "La compatibilidad entre el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados y la Directiva 69/335/CEE (LA LEY 970/1969)", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 231, 2004.

VOGEL, K.: *On Double Taxation Conventions: a commentary to the OECD, UN and US Model Conventions for the Avoidance of Double taxation on Income and Capital. With particular reference to German treaty practice*, Third Edition, Kluwer Law International, London, 1997.

YEBRA MARTUL-ORTEGA, P.: *Poder Financiero*, Editorial de Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1977.

ZODROW, G.R. y MIESZKOWSKI, P.: "Pigou, Tiebout, property taxation, and the Underprovision of Local Public Goods", *Journal of Urban Economics*, Vol. 19, 1986.