

*“Condicionantes esenciales de la reforma del Sistema  
Tributario Español”*

APUNTES DE REFORMA TRIBUTARIA EN ATENCIÓN AL  
CONTEXTO EUROPEO

D.Juan López Rodríguez  
Inspector de Hacienda del Estado y doctor en Derecho



## SUMARIO

I.	EL CONTEXTO TRIBUTARIO DERIVADO DE LOS TRATADOS EUROPEOS	4
I.1	REFERENCIA AL MARCO EUROPEO	4
I.2	Referencia a la incidencia del marco europeo sobre el poder tributario nacional	9
II.	INCIDENCIA DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DEL MERCADO INTERIOR SOBRE LA REFORMA DE LA IMPOSICIÓN DIRECTA	11
II.1	Referencia a algunas consecuencias sobre los puntos de conexión tributaria	11
II.1.1	Sobre la residencia fiscal de personas físicas con la mayor parte de sus rentas en España	11
II.1.2	Sobre el gravamen de los establecimientos permanentes	12
II.2	Integración de las rentas en la base imponible	14
II.2.1	Transparencia fiscal internacional	14
II.2.2	Exit taxes o impuestos de salida	15
II.3	Eliminación de la doble imposición	16
II.4	Compensación de pérdidas transfronterizas y consolidación fiscal	17
II.5	Normas antibabuso. En particular, las normas de subcapitalización	18
II.6	Tributación de rentas de no residentes obtenidas sin establecimiento permanente	22
II.6.1	Gravamen especial sobre bienes inmuebles	18
II.6.2	Retención del 3% en la transmisión de bienes inmuebles	22
III.	CUESTIONES PENDIENTES EN LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE ARMONIZACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES	22
III.1	Directiva del régimen fiscal de reorganizaciones empresariales	22
III.2	Directiva del régimen fiscal de matrices y filiales	23
III.3	Directiva del régimen fiscal de pagos de intereses y cánones entre empresas asociadas	23
IV.	PERSPECTIVAS DE REFORMA EN LA IMPOSICIÓN INDIRECTA	24
IV.1	Sobre el Impuesto sobre el Valor Añadido	24
IV.2	Sobre los Impuestos Especiales	25
V.	CONSECUENCIAS PARA EL SISTEMA TRIBUTARIO DERIVADAS DE LA VIGENCIA DE LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA	26

## I. El contexto tributario derivado de los Tratados Europeos

### I.1 Referencia al marco europeo

La Unión Europea (UE) contiene en su estructura unos elementos fundamentales que configuran la economía de los Estados que la integran. En lo que ahora nos interesa, debemos hacer referencia a dos piezas claves de la arquitectura de la integración: el mercado interior y la zona monetaria única.

El artículo 3.1 del Tratado de la UE dispone que se establecerá un mercado interior. Se trata de un ámbito a la vez geográfico y económico en el que se pretende que los agentes económicos se muevan con libertad e igualdad: se reconocen unas libertades fundamentales de circulación y se erige como principio fundamental el de no discriminación, corolario internacional del más general valor jurídico de igualdad que inspira el constitucionalismo común europeo.

El primer gran logro del mercado en el proceso histórico de integración fue el establecimiento de la unión aduanera: constituye el cierre de la circunferencia que supone, hacia fuera, una aduana común que implica aranceles y políticas comerciales únicos en las relaciones comerciales con países terceros. Hacia dentro, según el artículo 30 del TFUE, se prohíben los derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente; además, se establece la prohibición de tributos nacionales que gravan los productos de los demás Estados miembros superiores a lo que gravan los bienes y servicios nacionales así como tampoco pueden establecer otros dirigidos a proteger la producción nacional (artículos 110 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – TFUE); necesariamente, también se dispone la prohibición de devoluciones tributarias a productos exportados a otros Estados miembros superiores al gravamen anteriormente soportado (artículo 111 del TFUE). Se trata de una competencia exclusiva de la Unión, sin perjuicio de que su gestión se base en la cooperación e integración de las administraciones aduaneras nacionales.

El juego libre en un mercado eficiente exige necesariamente la atribución a los agentes económicos de libertades para el desarrollo de sus actividades en condiciones de igualdad, así como dotar al mismo de unas reglas que garanticen una sana competencia y que excluyan una actividad del sector público, las ayudas de Estado, que distorsione su funcionamiento.

De esta manera, las libertades de establecimiento y de libre circulación de capitales, mercancía, servicios y trabajadores son fundamentales y constituyen un imperativo que ha afectado al ejercicio de la competencia tributaria, incluso cuando ésta permanecía como atribución soberana nacional. La jurisprudencia que resuelve sobre la conformidad al Derecho europeo de las normas tributarias nacionales siempre

arranca afirmado que *si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben, sin embargo, ejercer dicha competencia respetando el Derecho comunitario*<sup>1</sup>. Por tanto, los Estados miembros conservan básicamente la competencia en materia tributaria; sin embargo, cuando la ejercen deben respetar los principios y normas del Derecho europeo, jerárquicamente superiores, incluso cuando tengan un alcance general y no están dirigidos de forma concreta y específica a regular ámbitos tributarios.

Otra área de competencia exclusiva europea, básica para la configuración del mercado interior y de clara incidencia en la labor de construcción del ordenamiento tributario, son las normas que disciplinan las ayudas de Estado. De acuerdo con el artículo 107 del TFUE, se trata de las ayudas otorgados por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o productos. Estas son incompatibles con el mercado interior en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros.

No es el momento de disertar sobre el concepto, harto complejo, si bien puede ser interesante destacar algunos elementos que puedan ayudar a comprender la capacidad de esta disciplina para afectar el ejercicio del poder tributario y, por ende, sobre cualquier reforma que pueda producirse en este ámbito.

Cuando se dice que las ayudas son estatales o mediante fondos estatales, la referencia debe entenderse al sector público, lo que incluye a las entidades públicas empresariales, incluso empresas mixtas, así como a las concedidas por otros entes públicos territoriales como Comunidades Autónomas o Entidades Locales.

No es necesario que adopten la forma de ayudas directas o subvenciones, sino que el concepto abarca a las que se articulan a través del sistema tributario mediante reducciones o rebajas fiscales. Tales se concederían a través de exenciones, reducciones o deducciones en base imponible o cuota y podrían también consistir en el diferimiento del pago de deudas tributarias. Por otra parte, pueden derivar de lo dispuesto en una ley, en un reglamento o resultar de la práctica administrativa en la aplicación de las disposiciones legislativas.

Finalmente, las ayudas, para serlo, deben ser específicas, es decir, no disponibles para la generalidad de los contribuyentes sino para determinados grupos o para quienes desarrollan las actividades beneficiadas. Debe distinguirse estos casos de las situaciones en que una norma no es aplicable a todos los contribuyentes pero que

---

<sup>1</sup> Sentencias de 11 de agosto de 1995, Wielockx, C-80/94, apartado 16; de 16 de julio de 1998, ICI, C-264/96, apartado 19, y de 29 de abril de 1999, Royal Bank of Scotland, C-311/97, apartado 19.

responden a la naturaleza o economía del sistema. Es el caso de amortizaciones, aplicables en función de los activos necesarios según el tipo de explotación.

Esta disciplina atribuye una competencia muy marcada que determina el control de la legislación nacional por parte de las Instituciones europeas en un triple sentido: respecto de las ayudas preexistentes a la adquisición de la cualidad de Estado miembro de la UE, pueden ser objeto de revisión en cualquier momento, de donde puede derivar una decisión de supresión o modificación con el objeto de determinar su compatibilidad con el Estado miembro. Precisamente la necesidad de compatibilidad determina el proceso para su aplicación nacional: los Estados deben notificar a la Comisión Europea su intención de poner en marcha o modificar ayudas con carácter previo (artículo 108.3 del TFUE). Junto con estas normas de procedimiento encontramos la limitación material derivada del carácter general de la prohibición de ayudas de Estado: el legislador tributario no va a poder introducir determinados regímenes de incentivos o beneficios, cuando califiquen como ayuda de Estado, por ser incompatible con carácter general con las normas de Derecho originario. Esta limitación sobre la competencia tributaria nacional material tiene alcance también respecto de los ámbitos en los cuales tales normas especiales puedan considerarse que no son ayudas de Estado o, siéndolo, puedan tener la consideración de compatibles con la UE en la medida en que se amolden a los perfiles que la propia Comisión Europea determina en sus directrices.

El otro pilar estructural básico de la estructura económica europea es la unión económica y monetaria. El TUE proclama desde su inicio la resolución de lograr el refuerzo y la convergencia de las economías de sus Estados miembros y de crear una unión económica y monetaria que incluya una moneda estable única; el preámbulo del TFUE proclama la preocupación por reforzar la unidad de las economías europeas y asegurar su desarrollo armonioso. Todos los Estados miembros, con la excepción de Reino Unido, Dinamarca y Suecia, son aspirantes a participar en la zona monetaria única. El Título VIII del TFUE recoge las previsiones sobre política económica y monetaria. Su contenido gira en torno al objetivo de la disponibilidad de una moneda única en todo el territorio de la Unión. Con tal fin, se dispone un determinado nivel de coordinación y cooperación económica. La primera declaración de principios se encuentra en el capítulo I, Política Económica, artículo 121, donde se dispone que los Estados miembros considerarán sus políticas económicas como una cuestión de interés común y las coordinarán en el seno del Consejo. Se responde así al deseo político antes referido, que es el que lo dota de una legitimidad cuya efectiva concreción democrática obliga a una determinada distribución de papeles entre las

distintas Instituciones de la UE. Es el Consejo, cuerpo legislativo y directriz europeo, órgano protagonista de esta forma de coparticipación: le corresponde recomendar unas orientaciones generales a los Estados miembros, según propuesta de la Comisión (artículo 121.2). Al mismo tiempo se debe recordar que la creación de la moneda común y la progresiva integración de las economías y los mercados nacionales obligaban a tal proclamación. Pese a la tímida respuesta que pueda darse a posibles incumplimientos, el precepto no hace sino reflejar una realidad: la interdependencia de los poderes nacionales y los efectos que las medidas que pueda tomar cada uno de ellos en el resto obligan a esta forma de cooperación porque de la fuerza de los hechos resultaría otra interacción económica inevitable, alternativa y descontrolada.

La introducción de disposiciones europeas relativas a la política fiscal fue una de las premisas fundamentales impuestas en la concepción de la moneda única desde su inicio y responde a la necesidad de garantizar el carácter europeo de la política monetaria así como una verdadera independencia del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) y del Banco Central Europeo (BCE): no sería fácil determinar una política de tipos de interés y de cambio ante una indisciplina presupuestaria que condujera a cargas de deuda pública y déficits públicos que determinaran necesidades financieras de los Estados desproporcionadas; al objeto de evitar endeudamientos excesivamente gravosos, el SEBC se vería obligado a tomar decisiones de política monetaria no guiadas por el interés común de mantener la estabilidad de los precios, su función primordial.

Este contexto explica el sentido de las normas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC). Estas previsiones nada dicen del volumen del presupuesto y del gasto público, ni de su estructura o composición, tampoco sobre el proceso presupuestario. Se trata de obligar a una determinada correlación entre ingresos y gastos que eviten lo que se denominan déficits excesivos o una carga de deuda pública sobredimensionada. Como dice el artículo 126.2, se trata de supervisar la evolución de la situación presupuestaria y del nivel de endeudamiento público. El concepto de disciplina queda específicamente determinado sobre la base de un doble criterio: en función de la proporción entre el déficit público previsto o real y el PIB, que no deben pasar un valor de referencia (artículo 126.2 a), situado en el 3% (artículo 1 del Protocolo nº 12 del TFUE); y en función de la proporción entre la deuda pública y el PIB, que tampoco debe exceder otro valor referenciado (artículo 126.2 b), fijado en el 60% (artículo 1 del Protocolo nº 12). Estas reglas están dotadas de cierto margen de flexibilidad, lo que bien puede venir determinado por el proceso a seguir y el tiempo requerido para que la

acción gubernamental corrija las desviaciones, contexto que debe complementarse con la referencia a las consecuencias que se derivan del juego de los estabilizadores económicos automáticos de donde resultan reacciones anti-cíclicas en sentido contrario al objetivo del PEC; o bien puede resultar de la concesión de un cierto margen para la política económica. Una excesiva rigidez en la consideración de los valores de referencia tendría claras y fundamentales consecuencias respecto del ejercicio de las políticas fiscales. En principio y según estas tesis, el presupuesto es un instrumento básico para reactivar la economía y garantizar su marcha estable. Bajo la premisa del equilibrio presupuestario a largo plazo, el resultado debería derivar de la compensación de superávits en caso de calentamiento con déficits para atender a las depresiones o recesiones. De hecho, parecería que el volumen de uno u otro debiera estar ligado a la coyuntura y la intensidad de cada curva del ciclo.

En todo caso, sí que cabe afirmar que las normas sobre equilibrio presupuestario son mucho más taxativas que las relativas a la coordinación de las políticas económicas en cuanto a los objetivos a conseguir, los procedimientos de control y las sanciones coercitivas. Y que son tres áreas las reguladas, el control del déficit público, el volumen de deuda pública y las interdicciones de descubiertos o la concesión créditos entre instituciones públicas o en condiciones privilegiadas. Sí que se puede ya anticipar que estas normas no establecen condiciones sobre la política tributaria más allá de las obligaciones de armonización fiscal contenidas en las correspondientes directivas ni sobre los gastos que se puedan financiar con ellas; la ausencia de regulación en este aspecto alcanza al volumen de ingresos y gastos, por tanto, del presupuesto, cuestión política esencial que queda para la decisión de cada Estado miembros.

Incluso así, el grado de integración de las economías europeas, la necesidad de atender a los compromisos del PEC y las limitaciones en las herramientas económicas de que disponen los Estados miembros determinan condicionantes indirectos al ejercicio del poder tributario. El hecho de que los Estados no disponen de política monetaria y encuentran determinados límites en el uso del presupuesto determina, a nuestro juicio, una doble limitación a las políticas tributarias. En primer lugar, el principio de suficiencia adquiere una especial relevancia puesto que no es posible disponer de otros medios de financiación del sector público en los mismos términos como en el pasado: las autoridades nacionales no pueden ya decidir los tipos de interés ni determinar en la misma medida el volumen de la masa monetaria. Por tanto, los ingresos tributarios tienen que aportar en mayor medida y de forma más estable los recursos suficientes para financiar el gasto. Al mismo tiempo, las limitaciones para



recurrir a la política monetaria y a la fiscal implican que el sistema tributario tiene que incorporar como seña de identidad la necesidad de estructurarse de forma tal que contribuya al mejor desarrollo de la actividad económica, en una senda favorable al crecimiento y al desarrollo. Veremos más adelante como esta doble perspectiva está presente en las recomendaciones que el Consejo de la UE dirige a España en el desarrollo de su poder tributario.

## **I.2 Referencia a la incidencia del marco europeo sobre el poder tributario nacional**

El contexto descrito tiene, en líneas generales, las siguientes incidencias básicas y fundamentales sobre el poder tributario nacional:

1. Hay tributos que se determinan en la UE. Las exacciones propias de los derechos de aduana se determinan hoy a través de normativa europea adoptada por sus instituciones. Se trata de toda una cesión completa de poder tributario, que ya se ejercerá por parte de la Unión. El artículo 31 del TFUE atribuye al Consejo, sobre la base de una propuesta de la Comisión, la competencia exclusiva para fijar los derechos del arancel aduanero común. Se trata además de recursos propios de la UE.
2. Hay tributos cuya regulación está condicionada por el ordenamiento europeo. En este segundo estadio de integración tributaria, los tributos constituyen recursos propios de los Estados miembros, a quienes les corresponde su establecimiento. Sin embargo, su regulación está altamente condicionada por las directivas de armonización dictadas en la medida en que han resultado necesarias para el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. El poder tributario nacional debe cumplir con las obligaciones que le imponen estos instrumentos de Derecho derivado, que obligan a lograr los fines que imponen.
3. Finalmente, la configuración particular de los tributos que no han sido armonizados a través de directivas o que lo han sido parcialmente debe atender en todo caso a las obligaciones que derivan de la existencia de principios jurídicos superiores derivados del Derecho europeo. No se trata en realidad de una fórmula indirecta de armonización. Al contrario, el principio de no discriminación y las libertades fundamentales de circulación constituyen reglas vigentes que no necesitan de más refrendo. Deben constituir valores referenciales en el ejercicio del poder tributario nacional.

Estas implicaciones debieran tener un reflejo expreso, conciso y claro en nuestro ordenamiento tributario general. Consideramos que Ley General Tributaria debería así hacerse eco y recoger en sus previsiones los siguientes extremos:

1. Esta norma recoge los principios que informan el sistema tributario. El TUE y el TFUE recogen asimismo principios de orden económico que afectan y condicionan los tributos nacionales. Dicha Ley debería así recoger los principios europeos como principios del sistema tributario.
2. Este orden jurídico pone de manifiesto la necesidad de reconocer el poder tributario de la UE. Posiblemente resulte esclarecedor diferenciar los distintos niveles y fines que las Instituciones Europeas puedan perseguir con el mismo, pero debe tenerse en cuenta que su ejercicio o sus consecuencias inciden sobre el legislador tributario nacional.
3. Incorporar las previsiones sobre interpretación del sistema jurídico que derivan del Derecho europeo.
4. Las normas europeas afectan también al proceso legislativo nacional en materia tributaria. La validez plena de las normas españolas está en ocasiones condicionada por la debida satisfacción de las prescripciones europeas. No cabe establecer incentivos fiscales que puedan considerarse como ayudas de Estado sin la tramitación previa de la concesión de autorización o la declaración de compatibilidad dictada por la Comisión Europea. Asimismo, hay excepciones específicas nacionales previstas en las Directivas de armonización indirecta que exigen un pronunciamiento previo por parte del Consejo ECOFIN.
5. Los procedimientos tributarios nacionales deben articularse de forma que permitan hacer efectivas o dar cauce al cumplimiento de las obligaciones de los Tratados: entre los supuestos de nulidad de los actos tributarios debieran figurar los que deriven de la violación del Derecho europeo; los sistemas de revisión deberían contemplar los casos en que la infracción lo sea al orden europeo, reflexión extensible a los procedimiento de devolución de ingresos indebidos; se hace necesario profundizar el alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado, cuando cualquiera de sus Instituciones actúe alterando el orden europeo; finalmente, sin ánimo de agotar las posibles consecuencias, deberíamos mencionar la necesidad de regular los aspectos materiales y formales que se derivan de la disciplina de las ayudas de Estado y sus consecuencias, tales como las posibles devoluciones de ayudas que pudieran ser requeridas por las Instituciones europeas.
6. Parece también necesario articular los procedimientos tributarios con las previsiones procedimentales previstas en las directivas de armonización relacionadas con la gestión tributaria y, más específicamente, en relación con la

puesta en práctica de los procedimientos internacionales dirigidos al intercambio de información y a la asistencia en la recaudación.

## **II. Incidencia de las libertades fundamentales del mercado interior sobre la reforma de la imposición directa**

### **II.1 Referencia a algunas consecuencias sobre los puntos de conexión tributaria**

#### **II.1.1 Sobre la residencia fiscal de personas físicas con la mayor parte de sus rentas en España**

La tramitación del caso Schumaker dio lugar a la emisión de una Recomendación de la Comisión Europea, 94/79/CE. La situación que requería actuación era la propia de contribuyentes no residentes para los que renta obtenida en otro Estado miembro concreto derivada de su trabajo por cuenta ajena, pensiones, actividades empresariales, profesionales, agrícolas o forestales alcanzara el 75% de su renta total. En estos casos, la aplicación en el Estado de residencia de los métodos para eliminar doble imposición determinaría que el contribuyente no pudiera disfrutar de las deducciones personales y familiares que permitieran personalizar el gravamen. En consecuencia, parecía lógico que el Estado principal de imposición, el Estado fuente, asumiera la obligación de conceder tales deducciones.

A tal fin se dictó la recomendación referida, cuyo objeto venían a ser los trabajadores fronterizos que habitan en un Estado pero desarrollan la actividad fuente principal de su renta en otro. Estas situaciones permiten decir que la situación de estos contribuyentes era comparable a la de los contribuyentes residentes en el país donde ejercían su trabajo. En consecuencia, el principio de no discriminación y sus consecuencias para la libre circulación de trabajadores, de servicios y de capitales determinaban que fuera el Estado fuente quien debiera conceder las deducciones previstas para los propios residentes.

Esta opción fundamenta el vigente capítulo VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre no Residentes (TRLINR), que atribuyen a los contribuyentes por este último impuesto, y sin perder tal condición, la opción de contribuir por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF).

Esta solución plantea algunos problemas. Siendo contribuyentes que pueden optar por contribuir por el IRPF, no tienen la condición de residentes fiscales y no pueden aplicar la red de convenios de doble imposición española. No se trata sólo de que no resuelven determinados casos potenciales de doble tributación internacional por rentas que puedan obtener en un tercer país, sino que la propia Administración española no va a poder utilizar los mecanismos de cooperación administrativa internacional

existentes en los mismos que permitan una debida y adecuada gestión tributaria de tales sujetos pasivos.

Desde otra perspectiva, esta solución parecería limitar el ámbito de invocación del artículo 9.1 letra b) de la Ley del IRPF, según el cual, se es residente en territorio español y contribuyente por el impuesto cuando radique en España el núcleo principal o la base de los actividades o intereses económicos, de forma directa o indirecta. Parecería que quien obtiene en España la mayor parte de su renta, en un porcentaje como el indicado, tendría en este espacio geográfico unos intereses económicos tales como para ser considerado ligado al mismo de forma tan intensa como para tener la consideración de residente en el mismo.

En fin, debería pensarse en una redacción alternativa que permitiera llegar a otra solución basada en el replanteamiento de la residencia fiscal en tales casos. Es cierto que tal propuesta plantearía algunas dificultades, básicamente derivadas de la doble residencia fiscal con la consiguiente creación de oportunidades de elusión en la medida en que el interesado pudiera invocar simultáneamente las redes de convenios fiscales que le correspondieran sobre la base del doble punto de conexión. Requerirían tales casos una solución coordinada a nivel europeo o la mera celebración de acuerdos amistosos bilaterales dirigidos a determinar de forma conjunta por los dos Estados involucrados cuál es la residencia fiscal que correspondiera.

#### II.1.2 Sobre el gravamen de los establecimientos permanentes

El establecimiento permanente constituye una manifestación directa e inmediata de la libertad fundamental de establecimiento, básica en la configuración del mercado interior. Diversas sentencias del Tribunal de Luxemburgo han ido perfilando el alcance de este principio jurídico en el ámbito fiscal: en *avoir fiscal*<sup>2</sup> se encontró la existencia de un trato discriminatorio en el régimen fiscal aplicable a establecimientos permanentes de entidades no residentes por comparación a la imposición de sociedades residentes a la hora de aplicar métodos para eliminar la doble imposición interna de dividendos; en *Saint Gobain*<sup>3</sup> se encontró una discriminación similar que, en este caso, alcanzó a la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición previstos en el convenio fiscal entre el Estado fuente y un Estado tercero que, en principio, no le era aplicable por no tratarse de un residente en uno de los Estados signatarios de tal tratado; en *Royal Bank of Scotland*<sup>4</sup> así se constató ante la aplicación de un tipo de gravamen superior sobre las rentas obtenidas en el territorio

<sup>2</sup> Caso C-270/83, sentencia de 28 de enero de 1986.

<sup>3</sup> Caso C-207/97, sentencia de 21 de septiembre de 1999.

<sup>4</sup> Caso C-311/97, sentencia de 29 de abril de 1999.

del Estado fuente, considerándose que el establecimiento permanente, aun cuando queda sujeto por la renta territorial, estaba en una situación comparable a una sociedad nacional en cuanto a las normas de determinación de la base imponible.

En fin, existe toda una suerte de casos en que los establecimientos permanentes son reconocidos con una personalidad fiscal capaz de atraer las consecuencias de la no discriminación. Desde el punto de vista de la construcción del mercado interior, se nos antoja como figura central de imposición en condiciones tributarias asimilables a las de las entidades con personalidad jurídico-fiscal. Debe tenerse en cuenta que incluso se les ha reconocido el derecho a aplicar previsiones de convenios en cuyo ámbito subjetivo no se encontraban: de aquí surgen numerosas cuestiones cuya mejor respuesta está en reconocerles subjetividad fiscal. De hecho, la propuesta de base común consolidada del impuesto sobre sociedades atribuye a los establecimientos permanentes de sociedades de países terceros capacidad para formar parte de grupos en su condición de miembros. En cuanto a la fórmula de reparto, los establecimientos permanentes de cada sociedad se constituyen en centros de determinación de los factores de la fórmula y destinatarios de las rentas que así les resulten atribuibles.

En cuanto al Estado de residencia de las sociedades con inversiones en el exterior a través de estos centros de actividad, se plantea la mejor fórmula de tributación que, más allá de cumplir con las obligaciones jurídicas estrictas derivadas de la libertad de establecimiento, permita el mejor disfrute del espacio económico común creado en el ámbito europeo. Se nos antoja que un debido desenvolvimiento de estas formas de inversión exterior debería llevar aparejada la exención de rentas en el Estado de origen como mejor forma de permitir un juego sin sobrecostes fiscales que limiten la capacidad competitiva en destino. Tal exención debiera otorgarse sin condiciones adicionales siempre que se constate un establecimiento en el exterior con verdadera sustancia económica guiada por la finalidad de intervenir en el mercado y no se trate de un mero artificio dirigido a eludir el cumplimiento de las obligaciones tributarias. En todo caso, volveremos posteriormente con las consecuencias que para los métodos para eliminar la doble imposición internacional extrae la jurisprudencia europea de los principios del Tratado.

En cuanto a la imposición de establecimientos permanentes de entidades no residentes, de la doctrina del Tribunal europeo se pueden llegar a algunas consecuencias en cuanto a la revisión de la normativa tributaria española.

Así, el artículo 17 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) establece el gravamen de los activos afectos a tales establecimientos permanentes

cuando son transferidos al exterior. El Tribunal europeo<sup>5</sup> ya ha declarado que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TFUE, libertad de establecimiento, al adoptar el artículo 17, apartado 1, letras c) de dicha norma, y en cuya virtud, en los casos de transferencia, a otro Estado miembro, de activos de un establecimiento permanente situados en España, las plusvalías no realizadas se integran en la base imponible del ejercicio fiscal, mientras que tales plusvalías no tienen consecuencias fiscales inmediatas si esas operaciones tienen lugar dentro del territorio español. Más adelante repasaremos la doctrina sobre los impuestos de salida para ver en qué condiciones pueden exigirse esta forma e imposición.

También suscitan dudas, no contrastadas todavía en la jurisprudencia, otras cuatro normas relacionadas con el gravamen de no residentes con establecimientos permanentes.

En primer lugar, el artículo 17.2 del TRLINR impide la compensación de rentas entre establecimientos distintos, cuando el régimen de consolidación fiscal para entidades residentes sí que lo permite para el caso de grupos inversores nacionales. Relacionada con esta disposición, aparece la obligación, impuesta por el artículo 22.1, de llevar contabilidad separada respecto de cada uno de estos sujetos pasivos diferenciados.

También surgen dudas jurídicas sobre la legalidad comunitaria de la norma que impone el impuesto complementario en la repatriación de beneficios de los establecimientos permanentes, artículo 19.3 letra a), cuando la sociedad resida en un paraíso fiscal. Se trata de una norma que bien pudiera estar restringiendo la libertad de establecimiento. Si se pretendiera defender esta previsión sobre la base de su finalidad anti-abuso, veremos luego como no se ajusta a la doctrina del Tribunal en esta materia dado el carácter general de la medida y el hecho de que resulta aplicable con independencia de que en el caso concreto se concrete tal conducta evasora.

Finalmente, se reconoce el derecho de estos contribuyentes a practicar deducciones por doble internacional pero no la exención de dividendos cuya fuente se encuentre fuera de territorio español según lo previsto en el artículo 21 del TRLIS.

## **II.2 Integración de las rentas en la base imponible**

### **II.2.1 Transparencia fiscal internacional**

El régimen de transparencia fiscal internacional regulado en el artículo 107 del TRLIS excluye de su ámbito de aplicación a toda entidad residente en otro Estado miembro

---

<sup>5</sup> Caso C-64/11, sentencia de 25 de abril de 2012.

de la UE cuya constitución y operativa responda a motivos económicos válidos y realice actividades empresariales.

El TJ<sup>6</sup> evalúa estas prescripciones como norma anti-abuso, no como disposiciones dirigidas a integrar rentas que se consideran atribuibles a determinados sujetos pasivos residentes y esta es la doctrina aplicable. Así pues, como primera conclusión, se hace necesario respetar siempre el derecho de establecimiento, jerárquicamente superior por provenir de una disposición del Derecho europeo, la que atribuye la libertad de establecerse.

En principio, la norma española aparece ajustarse a las prescripciones europeas. Dejar fuera a quienes se constituyen para operar con motivos económicos reales viene a determinar la exigencia de un contenido sustancial que viene a reflejar de alguna forma lo que constituye el contenido propio del derecho de establecimiento. Esto es, una entidad está protegida por tal libertad de establecerse cuando lo hace para acceder y ejercer actividades no asalariadas así como la constitución y gestión de empresas o sociedades.

Podría suscitar alguna duda que la norma fiscal española se refiera al desarrollo de actividades empresariales, cuando el artículo 49 del TFUE parece utilizar una expresión más amplia, el ejercicio de actividades no asalariadas. En fin, de una parte resulta necesario interpretar la prescripción del TRLIS sobre esta base interpretativa que implique dar satisfacción al Derecho europeo superior; de otra, observar si la realidad va a plantear casos en los que surja la duda, que debería resolverse sobre la base de la interpretación que aquí se defiende.

De la misma manera, la interpretación del artículo 107 en lo que se refiere al alcance de la expresión motivos económicos válidos debe casar con la dicción de la curia europea, que habla en la referida sentencia de "montajes puramente artificiales destinados a eludir el impuesto nacional normalmente adeudado".

## II.2.2 Exit taxes o impuestos de salida

Existen ya varias sentencias del Tribunal de Justicia<sup>7</sup> que se pronuncian sobre la exigencia de impuestos cuando una persona, física o jurídica, traslada su residencia fiscal a otro Estado miembro o cuando se produce el traslado de activos de unos centros de actividad a otros situados bajo otras jurisdicciones fiscales, que se puede resumir en los siguientes puntos.

En primer lugar, sí se puede determinar la deuda tributaria, pero no exigir su ingreso inmediato. Ahora bien, si el seguimiento de los bienes necesario para determinar el

<sup>6</sup> Caso C-196/04, *Cadbury Schweppes*, sentencia de 12 de septiembre de 2006.

<sup>7</sup> Caso C-371/10, *National Grid Indus BV*, sentencia de 29 de noviembre de 2011.

momento de la exigibilidad del impuesto va a resultar más oneroso y desproporcionado, se debe ofrecer al contribuyente la opción por el pago inmediato de la deuda.

En cuanto a la base de cálculo del impuesto y la procedencia de que el Estado de origen compute las minusvalías que puedan producirse con posterioridad al momento del traslado, se venía manteniendo que el Estado de origen debía considerarlas. Sin embargo, en la sentencia referenciada al pie se mantuvo otra posición diferente, de tal forma que dicha jurisdicción no las tendría en cuenta; sería el Estado de destino quien las computara. Debe aclararse que esta nueva doctrina se dicta en un caso referido a bienes afectos a explotaciones económicas que originan rentas continuadas computables en esta última jurisdicción.

El hecho del diferimiento del pago determina el devengo de intereses de demora respecto de la deuda en el Estado de origen, cuando persigan mantener el valor de la deuda y no la penalización.

En cuanto a la exigencia de garantías dirigidas a asegurar el cobro de la deuda tributaria, procederían sólo cuando fuera indispensable para proteger el interés de la Hacienda Pública. Esta condición debería determinarse en los mismos términos que se fijan en relación con las deudas exigibles a contribuyentes residentes.

En cuanto a la imposición de obligaciones formales tales como declaraciones tributarias dirigidas a verificar la vida de los activos sobre los que se generan las deudas tributarias diferidas, parecen al Tribunal como necesarias para hacer seguimiento a los bienes y efectivo el tributo.

Estos son los parámetros a los que se debería ajustar el artículo 17 del TRLIS.

### **II.3 Eliminación de la doble imposición**

Eliminar doble imposición no es una obligación que derive del Tratado según el Tribunal<sup>8</sup>. El Tratado tampoco establece condiciones de las que derive la opción por un método u otro para eliminar la doble imposición, imputación o exención, siempre que no se discrimine.

¿Qué tiene más sentido? La imputación garantiza la neutralidad en la exportación de capitales, de forma que los propios residentes no encuentran en la imposición un incentivo para elegir entre la inversión doméstica o la exterior; siendo más precisos, tal neutralidad requiere que la tributación en destino no sea superior a la nacional. Por otra parte, la exención garantiza que los operadores tributen según el Estado fuente y todos los que operan en esto último estarían en las mismas condiciones. Sin embargo,

---

<sup>8</sup> Casos C-128/08, *Damseaux*, sentencia de 16 de Julio de 2009, y C-67/08, *Margarete Block*, sentencia de 12 de febrero de 2009.



discrimina a los operadores procedentes de un mismo Estado, que intentan explotar los diferenciales fiscales entre países y optarían, cuando la fiscalidad fuera decisiva, por aquellos de menor tributación efectiva. En realidad, el logro de ambas formas de neutralidad requeriría un grado de armonización en la UE que está fuera de toda opción real.

En todo caso, la jurisprudencia europea sí que ha llegado a algunas conclusiones que son referencia a la hora de articular cualquiera de estas dos opciones.

En primer lugar, como norma general no cabe discriminar<sup>9</sup>: los Estados Miembros pueden elegir entre distintos métodos para eliminar doble imposición; incluso pueden ser diferentes: exención para rentas de fuente interna e imputación para los de fuente internacional, siempre que estos últimos no reciban un trato desfavorable. Al mismo tiempo, cabe imputación ordinaria de tal forma que la deducción de los impuestos satisfechos en el exterior se limite al impuesto nacional exigible sobre la misma renta. La aplicación de esta doctrina al caso español ha dado lugar al dictamen motivado emitido en relación con la infracción 2010/4111: la eliminación de doble imposición internacional de dividendos en España es más rigurosa que para dividendos de fuente interna dadas las condiciones que exige el artículo 21 para aplicar la exención a los dividendos internacionales.

En segundo lugar se concluye<sup>10</sup>, que cabe simultanear exención e imputación con un *switch over clause*: esto es, puede ofrecerse la exención sujeta a determinadas condiciones que, de no cumplirse, conducirían necesariamente a utilizar el método de imputación. Entendemos que la aplicación de esta regla no debe conducir, en ningún caso, a violar la jurisprudencia anterior que exigía que no se ofreciese como resultado un método menos favorable a las rentas de fuente internacional

#### **II.4 Compensación de pérdidas transfronterizas y consolidación fiscal**

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es posible extraer las siguientes conclusiones en relación con el cómputo de las pérdidas obtenidas por establecimientos permanentes de entidades residentes en el exterior.

En primer lugar<sup>11</sup>, se recoge que en el caso de que se utilice la exención como método para eliminar la doble imposición, no es obligatorio computar las pérdidas, salvo que la sociedad residente pruebe que se han agotado todas las posibilidades de compensación en el Estado de establecimiento. Esto sucedería cuando hubiera

<sup>9</sup> Caso 446/04, *Test Claimant in the Franked Investment Income Group Litigation*, sentencia de 12 de diciembre de 2006.

<sup>10</sup> CasoS C-298/05, *Columbus Container*, sentencia de 6 de diciembre de 2007, y C-436/08 y 437/08, *Haribo*, sentencia de 10 de febrero de 2011.

<sup>11</sup> Caso C-414/06, *Lidl*, sentencia de 15 de mayo de 2008.

transcurrido el plazo de compensación a futuro o se produjera el cierre del mismo con la consiguiente extinción de la relación tributaria con el Estado fuente. Surgen diversas cuestiones, en particular respecto del plazo de compensación puesto que puede haber pasado un período de tiempo que también fuera fiscalmente relevante en el Estado fuente.

En un caso posterior<sup>12</sup>, en relación con los supuestos en que se aplique la exención pero se permita la compensación de pérdidas cuando estas se produzcan, se admite que el Estado de residencia proceda a recapturar beneficios hasta el importe de las pérdidas compensadas, lo que se considera compatible con la libertad de establecimiento.

Finalmente<sup>13</sup>, la jurisprudencia entiende obligado el cómputo de las pérdidas por diferencias de cambio en la repatriación de capital dotado a los establecimientos permanentes cuando se produce la desinversión, lo que entendemos que es aplicable al caso de cierre total o parcial de la actividad.

La sentencia del caso<sup>14</sup> *Marks and Spencer* resuelve, al menos intenta hacerlo, la cuestión de las pérdidas internacionales generadas por filiales no residentes de matrices residentes, entidades con su propia personalidad jurídica y tributaria. La cuestión está estrechamente ligada con el ámbito de aplicación del régimen de consolidación fiscal y el hecho de que suela estar limitado, como sucede en el TRLIS, a entidades residentes – con la excepción de los casos en que un establecimiento permanente de una entidad no residente pueda ser matriz cabecera del grupo – sin que puedan integrarse los resultados de entidades que no sean sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades. La solución es la misma que la indicada respecto del cómputo de pérdidas de establecimientos permanentes en el exterior cuyas rentas están exentas: su compensación no es obligatoria salvo que la sociedad residente pruebe que se han agotado todas las posibilidades de deducción en el Estado de residencia de la filial extranjera. En fin, es compatible con el Derecho europeo ceñir el perímetro del grupo consolidado a entidades residentes, si bien habría que prever el cómputo de las pérdidas de filiales no residentes en las excepcionales circunstancias en que la renta negativa no pueda compensarse en el exterior.

## **II.5 Normas antibabuso. En particular, las normas de subcapitalización**

La cuestión de la compatibilidad de las normas nacionales anti-abuso con el Derecho europeo surgió desde que se plantearon temas fiscales ante el Tribunal de Justicia y

---

<sup>12</sup> Caso C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz*, sentencia de 23 de octubre de 2008.

<sup>13</sup> Caso C-293/06 *Deutsche Shell*, sentencia de 28 de febrero de 2008

<sup>14</sup> Caso C-446/03, sentencia de 13 de diciembre de 2005.

ha dado lugar a varias resoluciones en las que se observa una evolución lineal dirigida a precisar tanto el alcance material como el proceso formal para su aplicación. En todo caso, subyace la idea de la supremacía del Derecho europeo que se traduce, en esta materia, en que el ejercicio legítimo con contenido real de los derechos derivados del Tratado no puede verse restringido por tales normas nacionales; esto es, no abusa del derecho nacional quien se ampara en derechos derivados del ordenamiento europeo. Inicialmente en *Leur Bloem*<sup>15</sup>, se defiende que las operaciones no conducidas por una razón económica ó comercial válida pueden dar lugar a la presunción de fraude. Se debe destacar que se contemplan transacciones no legítimas. Se precisa además que tal razón comercial debe ser algo más que el logro de una ventaja fiscal. En cuanto al proceso destinado a declarar la existencia de fraude y la negación de la aplicación del régimen fiscal, en esta ocasión derivado de normas de armonización del impuesto sobre sociedades que recae en operaciones de reorganización empresarial, se establecen las siguientes condiciones:

- Es necesario un examen global de cada operación en concreto con el objeto de constatar la existencia de tal operación sin contenido material y típica de fraude.
- No caben normas generales que califiquen como abuso determinadas operaciones de forma automática.
- Es necesaria una decisión que debe en todo caso quedar siempre sujeta a control judicial.

La jurisprudencia<sup>16</sup> más reciente consolida la apreciación de la inexistencia de razón comercial válida al referirse a la detección de montajes púramente artificiales que no reflejan la realidad económica y que persiguen principalmente la elusión fiscal.

Sobre la base de esta doctrina, la Comisión ha emitido una Recomendación sobre planificación fiscal agresiva, COM (2012) 8806 de 12 de diciembre de 2012. Esta se refiere a la necesidad de contrarrestar determinadas prácticas que quedan fuera del ámbito de aplicación de sus normas específicas contra la evasión fiscal. Con tal fin, insta a los Estados a que adopten una norma tributaria general de lucha contra el fraude, adaptada a situaciones nacionales y transfronterizas limitadas a la Unión, así como a situaciones que afecten a terceros países. En particular, propone el texto siguiente:

*«Es preciso ignorar todo mecanismo artificial o serie de mecanismos artificiales introducidos con el objetivo fundamental de evadir impuestos y que conducen a una*

---

<sup>15</sup> Caso C-28/95, sentencia de 17 de Julio de 1997.

<sup>16</sup> Caso C-105/07, *NV Lammers*, sentencia de 17 de enero de 2008.

*ventaja impositiva. Las autoridades nacionales deben tratar estos mecanismos a efectos fiscales en referencia a su realidad económica».*

La Recomendación desciende a los detalles y ofrece parámetros para precisar que se entiende por mecanismo, cuándo se puede considerar artificial y en qué condiciones se considera que su fin es evitar la imposición.

Así, entiende por mecanismo cualquier transacción, régimen, medida, operación, acuerdo, subvención, entendimiento, promesa, compromiso o acontecimiento. Un mecanismo puede constar de varias fases o partes. Tal mecanismo o una serie de mecanismos se consideran artificiales cuando no tienen carácter comercial. Para determinar si el mecanismo o la serie de mecanismos son artificiales, las autoridades nacionales pueden considerar si se refieren a una o varias de las situaciones siguientes: a) la caracterización jurídica de las diferentes fases de las que consta un mecanismo es incompatible con la naturaleza jurídica del mecanismo en su conjunto; b) el mecanismo o la serie de mecanismos se ejecutan de una manera que no sería la normal atendiendo a un comportamiento comercial razonable; c) el mecanismo o la serie de mecanismos incluyen elementos que tienen por efecto compensarse o anularse entre sí; d) las operaciones concluidas son de naturaleza circular; e) el mecanismo o la serie de mecanismos dan lugar a un importante beneficio fiscal, aunque esto no se refleja en los riesgos empresariales asumidos por el contribuyente ni en sus flujos de caja; y f) el beneficio esperado antes de impuestos es insignificante en comparación con el importe de la ventaja fiscal prevista.

Se considera en dicho texto que el objetivo de un mecanismo o serie de mecanismos es evitar la imposición cuando, independientemente de cualquier intención subjetiva del contribuyente, es incompatible con el objeto, el espíritu y la finalidad de las disposiciones fiscales que serían normalmente aplicables.

Finalmente, en cuanto a la constatación del objetivo fundamental de la operación, se entiende que una finalidad determinada se considerará esencial cuando, a la vista de las circunstancias del caso, cualquier otra finalidad que se atribuya o pueda atribuirse al mecanismo o a la serie de mecanismos parezca, a lo sumo, insignificante.

Mención especial merece la compatibilidad de las normas de subcapitalización, como normas específicas anti-abuso, con el derecho europeo y, más concretamente, con la libertad de establecimiento, al tratarse de operaciones de financiación realizadas básicamente entre entidades pertenecientes al mismo grupo ó entre las que existen vinculación.

El Artículo 20.4 del TRLIS excluye su aplicación bajo jurisdicción española en el caso de pagos de intereses realizados a entidades no-residentes vinculadas que lo sean en otro Estado miembro de la UE, salvo que resida en un paraíso fiscal.

La jurisprudencia<sup>17</sup> considera, en general, que este tipo de disposiciones restringen la libertad de establecimiento pero que pueden estar justificadas si son proporcionadas y adecuadas a su objetivo. De esta manera:

- No caben presunciones generales de abuso del derecho mediante de la aplicación de normas automáticas que impidan un análisis específico dirigido a determinar la conducta fraudulenta en cada transacción en particular.
- Serán aceptables cuando se dirijan a prevenir montajes puramente artificiales que no reflejen la realidad económica y que tengan como fin evitar el impuesto que normalmente se debería pagar.
- Serán válidas cuando sigan el principio arm's length, que es un elemento objetivo y verificable para detectar montajes artificiales. Esto es, deben tener por objeto operaciones que no reúnan condiciones normales de mercado y que, por tanto, no se producirían en tales términos entre operadores independientes.
- En cualquier caso, se debe otorgar al contribuyente la posibilidad de probar la existencia de una razón comercial válida que explique o justifique la operación, sin imponerle con ello obligaciones administrativas indebidas, esto es, desproporcionadamente gravosas.
- Por último, la recharacterización de intereses como dividendos debe limitarse a la parte de los mismos que exceda lo que dicta el principio arm's length.

La norma española plantea alguna dificultad al prever su aplicación automática en caso de perceptores ubicados en paraísos fiscales sin que sea posible la prueba de la legitimidad de la operación. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el alcance de las previsiones de la norma española es aplicar la norma de subcapitalización y que las mismas prevén la adaptación de sus consecuencias en función de las condiciones de mercado. Más problemas plantea que se excluya la posibilidad de acreditar ante la Administración un determinado coeficiente de financiación que hubiera podido concurrir en condiciones normales de mercado.

---

<sup>17</sup> Casco C- 524/04, *Test Claimants in Thin Cap Group Litigation*, sentencia de 13 de marzo de 2007.

## **II.6 Tributación de rentas de no residentes obtenidas sin establecimiento permanente**

### *II.6.1 Gravamen especial sobre bienes inmuebles*

La exacción especial sobre bienes inmuebles de no residentes ubicados en paraísos fiscales, incluidos los europeos, plantea dudas sobre su compatibilidad con la libre circulación de capitales, que ampararía la inversión en inmuebles situados España de sociedades procedentes de otros Estados miembros. La medida podría pretender estar justificada en la necesidad de evitar conductas abusivas. De nuevo se podría invocar la doctrina del Tribunal antes citada que se muestra contraria a normas generales y de carácter automático que impidan que se acredite el abuso fiscal en cada caso o, su reverso, el carácter legítimo de la operación.

La exención a favor de quienes desarrollen en España actividades económicas diferenciables de la simple tenencia o arrendamiento del inmueble no sana la tacha de ilegalidad. Debe tenerse en cuenta que esta previsión ampara a quien ejerce la libertad de establecimiento cuando observamos que el problema se plantearía respecto del ejercicio de libre movimiento de capitales, situación en la que no es preciso constatar un contenido concreto en relación con una actividad económica más allá de la pura adquisición del bien.

### **II.6.2 Retención del 3% en la transmisión de bienes inmuebles**

El artículo 25.2 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes obliga a practicar retención del 3% de la contraprestación o a efectuar un ingreso a cuenta en el caso de transmisión de inmuebles de no residentes sin establecimiento permanente en España. Esta norma, no extensible a las transmisiones efectuadas por residentes plantea asimismo problemas de compatibilidad con el Derecho europeo ya que afecta a la libre circulación de capitales al imponer una obligación tributaria exclusivamente a inversores no residentes quienes, cuando deshagan su posición, se verán obligados a soportar una carga de tesorería no exigible en otro caso.

## **III. Cuestiones pendientes en la transposición de las directivas de armonización del Impuesto sobre Sociedades**

### **III.1 Directiva del régimen fiscal de reorganizaciones empresariales**

Los problemas relacionados con la implementación de esta Directiva no se han puesto de manifiesto tanto en la transposición normativa como en la gestión ordinaria de su aplicación y como consecuencia del uso abusivo de la cláusula anti-abuso, utilizada en demasiadas ocasiones para denegar la aplicación del régimen fiscal previsto de

diferimiento en la imposición como consecuencia de no encontrar motivo económico válido. La cuestión es si cabe una redacción que ofrezca mayores niveles de seguridad jurídica que limiten la invocación excesiva de esta previsión, en forma de *safe harbour* o disposiciones que describan los supuestos fácticos ante los cuales no sea posible aludir a conductas fraudulentas causantes de la denegación del régimen.

### **III.2 Directiva del régimen fiscal de matrices y filiales**

En relación con esta directiva merece la destacar la jurisprudencia del caso *Cobelfret*<sup>18</sup>, según la cual cuando se opta por un método para eliminar la doble imposición no cabe combinarlo con otro: "*un Estado Miembro que ha optado por uno de los sistemas alternativos previstos no puede invocar ni los efectos ni las limitaciones que se habrían podido derivar de la aplicación del otro sistema.*"

En este sentido, convendría repasar si la exención de dividendos de fuente internacional prevista en el artículo 21 del TRLIS conduce a una situación en la que se deniega su aplicación si no se reúnen los requisitos para la misma, no exigidos por la Directiva por otra parte, tales como el tipo de actividades y la naturaleza de la renta correspondientes a la entidad filial no residente que distribuye el beneficio.

Cabría discutir si la norma que transpone la Directiva es ésta o se trata más bien del método de imputación previsto en el artículo 32 del mismo texto refundido. Sin embargo, en este análisis resulta relevante el juego del principio de no discriminación en este campo, interpretado en el dictamen motivado de la Comisión en el procedimiento de infracción 2010/4111, donde señala que la eliminación de doble imposición internacional de dividendos en España es más rigurosa que para dividendos de fuente internacional y considera la norma incompatible con el Derecho europeo. En fin, parece necesario un esfuerzo de adaptación y prever la exención de dividendos de fuente internacional según los términos de la Directiva.

### **III.3 Directiva del régimen fiscal de pagos de intereses y cánones entre empresas asociadas**

El régimen fiscal de no residentes por rentas en concepto de intereses y cánones no plantea problemas relacionados con la transposición de la Directiva aunque sí de oportunidad. Los servicios de la Comisión Europea preferirían que la exención alcanzara a todos los pagos con independencia de las relaciones entre pagador y receptor, frente a la situación actual en que la misma no es aplicable más que a empresas asociadas. Debe tenerse en cuenta que para determinado tipo de pagos, una retención sobre el importe bruto puede ser excesiva, sobre todo cuando los ritmos de amortización de determinados activos intangibles sean muy rápidos o cuando se

<sup>18</sup> Caso C-138/07, sentencia de 12 de febrero de 2009.

incurra en pérdidas durante los primeros ejercicios de su explotación y, aún así, haya que soportar el gravamen en origen.

La Comisión propuso en 2011 una modificación de la Directiva con un doble objetivos. En primer lugar se pretendía una ampliación del ámbito subjetivo de aplicación, mediante la extensión de la lista de los tipos de sociedades que se podían beneficiar de la misma, incluidas la Sociedad Europea y la Sociedad Cooperativa Europea; por otra parte, se pretendía rebajar las condiciones para determinar la asociación entre las entidades parte de la operación reduciendo el porcentaje de participación requerido del 25 al 10% y sumando el cómputo de las participaciones indirectas. El otro elemento de la reforma pretendía exigir que el pagador de la renta soportara un gravamen efectivo en su Estado de residencia sobre tales pagos si pretendía disfrutar de la exención de la retención en la fuente. Sin embargo, el debate de la propuesta se bloqueó en el Consejo ante la demanda de algunos Estados miembros de que la entidad perceptora del pago estuviera sujeta por el mismo a un tipo mínimo de gravamen; tal iniciativa fue considerada por otros Estados miembros como una armonización excesiva que iba a condicionar las potestades fiscales soberanas.

Por otra parte, se plantea la incidencia que pueda tener sobre este marco tributario la reducción al 40% de la renta de intangibles del artículo 23 TRLIS. ¿Exige el principio de no discriminación europeo que los perceptores no residentes en España de este tipo de pagos disfruten asimismo de una reducción de la renta percibida cuando va a quedar sujeta a gravamen? La respuesta no es sencilla, no es tan evidente. Residentes y no residentes no están por lo general en situaciones comparables y se acepta con carácter general que las normas relacionadas con la determinación de la base imponible así como el tipo de gravamen aplicables sean diferentes y específicos. Con todo, queda la sombra de la duda por la reducción que supone respecto del importe de la renta gravable.

#### **IV. Perspectivas de reforma en la imposición indirecta**

##### **IV.1 Sobre el Impuesto sobre el Valor Añadido**

Como impuesto armonizado, las posibles reformas esenciales de este impuesto están relacionadas con la evolución que pueda sufrir el mismo en sede europea.

El estado de situación plantea algunas dificultades. La Comunicación de la Comisión COM (2011) 851 de 6 de diciembre de 2011 sobre el futuro del IVA plantea que los problemas generales de este tributo están ligados a su fragmentación en 28 Estados miembros, de donde resulta gran complejidad para los operadores, importantes costes de cumplimiento así como inseguridad jurídica sobre el régimen aplicable, factores que



inciden con mayor peso sobre las PYMES. Esta Institución plantea como objetivos un impuesto más simple en cuanto a su legislación así como en los procedimientos necesarios para su exacción.

Como primera gran medida, se ha diseñado un esquema de ventanilla única para los operadores, en vigor desde 1 de enero de 2015, en relación con quienes prestan servicios de telecomunicación, radiodifusión y electrónicos, sobre la base del principio de su tributación en destino. Al mismo tiempo, se han iniciado procesos legislativos europeos dirigidos a lograr una mayor estandarización de las obligaciones formales exigidas por la gestión del impuesto. Como primer elemento de coordinación, se ha empezado a trabajar en una declaración común por el impuesto.

Con el fin de lograr un IVA más eficiente y neutral, la Comisión recomienda a los Estados miembros que procedan a ensanchar bases imponibles mediante la reducción de exenciones, en particular las aplicables respecto de actividades propias del sector público, entre las que se mencionan expresamente la enseñanza y la educación. Propuesta similar se plantea en relación con el servicio de transporte de viajeros. En la misma línea, se plantea la reducción en el recurso a tipos reducidos y superreducidos, en particular cuando se aplican a bienes cuyo consumo es aconsejable reducir de acuerdo con otras políticas como las ambientales o de salud.

La tercera preocupación que se expresa en el documento referido es la necesidad de introducir mayor resistencia del tributo al fraude, en particular el que se padece en relación con las operaciones intracomunitarias. A tal efecto, se invita a explorar sobre mecanismos de reacción inmediata, el desarrollo de controles multilaterales y la coordinación de equipos transfronterizos europeos de inspección.

#### **IV.2 Sobre los Impuestos Especiales**

Los impuestos especiales plantean problemas similares, derivados de su fragmentación entre Estados miembros, lo que se traduce en falta de neutralidad y fenómenos de competencia fiscal localizada. También son objeto de importante fraude en relación con las operaciones intracomunitarias.

Quizás la cuestión más perentoria sea la necesidad de modernizar la tributación de la energía con el objeto de que el impuesto tenga una verdadera estructura ambiental, capaz de repercutir los costes que genera en función del contenido energético de cada producto y de las correspondientes emisiones de CO<sup>2</sup>, si bien esta solución requiere del correspondiente proceso legislativo de armonización que, por el momento, no está produciendo los resultados esperados por la iniciativa de la Comisión Europea.

## V. Consecuencias para el sistema tributario derivadas de la vigencia de la unión económica y monetaria

El PEC y la pérdida de la política monetaria por los Estados imponen importantes condicionantes a las políticas económicas nacionales con capacidad para condicionar el desarrollo de la política tributaria. El rígido control del déficit público así como la imposibilidad de controlar la masa monetaria y los tipos de interés conducen a una mayor dificultad para disponer de ingresos públicos. El nivel de los recursos derivados de los tributos debe alcanzar de forma más ajustada los niveles de gasto ó estos últimos deben acompasarse al alcance de la recaudación puesto que no es posible sobrepasar ni mantener en el tiempo determinados niveles de déficit presupuestario. Al mismo tiempo, el BCE no va a jugar el papel de prestamista de última instancia del sector público cuando este plantee necesidades de financiación.

Las consecuencias de este contexto para el sistema tributario se pueden resumir en el reforzamiento del juego del principio de suficiencia: los tributos deben aportar de manera estable en el tiempo los recursos necesarios para atender a las necesidades de gasto contraídas así como las que se puedan prever en el futuro en función del desarrollo de las políticas públicas y de los compromisos que puedan surgir en el devenir de la economía.

Pero también los impuestos van a jugar un papel más activo para lograr otros objetivos de política económica en la medida en que los Estados han perdido herramientas útiles para tal fin: van a tener que responder a una estructura eficiente que contribuya o facilite el crecimiento económico.

Bajo esta perspectiva, es posible hacer una valoración general del comportamiento del sistema tributario español, del cual podemos destacar las siguientes características:

- El sistema tributario ofrece un bajo nivel de presión fiscal, tanto si lo comparamos con los datos que ofrecen el resto de Estados de la UE—. 31,4% del PIB (2011), con media UE-27 en el 38,8%; EU-17 en el 39,5% - como si lo contrastamos con la evolución del déficit público, endémico desde que se inició la democracia, que solo conoce tres ejercicios de superávit, en el período 2005-2007, como consecuencia de los ingresos extraordinarios generados por la burbuja inmobiliaria a través de los ingresos generados por la renta del sector de la construcción y la recaudación vinculada a las operaciones inmobiliarias. Al menos cabe afirmar que los gastos que genera nuestro sector público y las políticas públicas adoptadas no se financian suficientemente con los tributos de que nos hemos dotado.

- El sistema tributario parece bastante inestable y débil, como muestra la brusca caída de la recaudación fiscal que se ha producido con la crisis, desde el 37,1% del PIB en 2007 al 30,7% en 2009. La caída más fuerte de la UE en ese período
- Es constante la baja contribución de los impuestos indirectos: 10,2% PIB frente al 13,4% de EU-27 y 13% de la UE-17. Ahora bien, se trata de cifras correspondientes al ejercicio 2011 que no recogen todavía los efectos que pueda haber generado las últimas reformas del IVA que incrementaron el tipo general del impuesto hasta el 21% y reclasificaron determinados bienes y servicios con el objeto de excluirlos de la aplicación del tipo reducido.
- Es destacable la baja contribución de los impuestos medioambientales: 1,6% del PIB frente al 2,4% del PIB en EU-27 y el 2,3% del PIB en EU-17. Son también datos de 2011 y habrá que observar la capacidad derivada de las nuevas figuras tributarias introducidas para 2013, si bien afectan a sectores muy concretos de actividad.
- Las estadísticas muestran unos costes fiscales muy altos en la imposición directa, como consecuencia de todo tipo de desgravaciones y reducciones. De acuerdo con la Memoria de la Administración Tributaria para 2010, el tipo efectivo del Impuesto sobre Sociedades se situó en el 60% del tipo nominal.
- Los Impuestos sobre el Patrimonio y sobre Sucesiones y Donaciones, como consecuencia del ejercicio de las potestades tributarias autonómicas, muestran un cuadro de enorme heterogeneidad y baja capacidad recaudatoria, cuando se reputan como tributos más eficientes o con menores costes para el crecimiento económico que los impuestos que recaen sobre la renta.

Este contexto se manifiesta en la insuficiencia del sistema para generar recursos, en particular ante el incremento de los gastos que se derivan de un contexto de crisis económica. Se muestra además ineficiente por su excesiva carga sobre los factores productivos, aquellos que contribuyen al crecimiento económico, en relación con la carga que soporta el consumo, gravamen no tan nocivo para la buena marcha de la economía. Finalmente, no parece un modelo tributario neutral que no incida sobre las decisiones de los agentes económicos, quienes deberían actuar motivados por una eficiente asignación de sus recursos, lo que deriva de un alto nivel de incentivos y reducciones a favor de determinadas actividades, que se concretan en la imposición directa a través de las reducciones y deducciones fiscales, y en la imposición indirecta, mediante el uso abusivo de los tipos reducidos y superreducidos.

Así lo pone de manifiesto el documento de los Servicios de la Comisión Europea, SWD (2012) 310 final - Evaluación del programa nacional de reforma y del programa de

estabilidad de España para 2012. En el mismo se apuntan a determinadas insuficiencias que se podrían subsanar. En particular, serían:

- Revisar tipos reducidos y superreducidos del IVA
- En materia de imposición medioambiental, se recuerda que los Impuestos Especiales sobre gasolina y diésel están por debajo media europea así como que sería interesante revisar el trato preferencial del diésel frente a la gasolina.
- En cuanto al Impuesto municipal de circulación, no parece reflejar siempre el comportamiento medioambiental del vehículo.
- Se apunta a la necesidad de mejorar la política de precios del agua. De acuerdo con el Artículo 9.1 de la Directiva 2000/60 marco del agua, los Estados miembros deben tener en cuenta el principio de la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos.
- Eliminar reducciones, incentivos y beneficios del IRPF y del IS. Se hace mención expresa, en particular, a los planes de pensiones. De acuerdo con los datos que se extraen de la Memoria de la Administración Tributaria de 2010, se trata de un incentivo regresivo puesto que se disfruta principalmente por los tramos altos de rentas y se calcula en función del tipo marginal, lo que determina que a mayor renta, mayor porcentaje para el cálculo de la desgravación. Se apuntaría también que es necesario revisar una política que permite reducir ingresos públicos por la financiación privada de pensiones, cuando las de naturaleza pública están siendo reformadas con la idea de endurecer sus condiciones. También se cita la deducción por adquisición de vivienda, incluso cuando se ha impedido ya la entrada en el sistema de deducción en el caso de nuevas adquisiciones.
- En cuanto a la imposición patrimonial, se recuerda que es menos nociva para el crecimiento que otras formas de imposición, lo que se hace ante la idea de que este tipo de tributos puedan aportar más recursos al sistema tributario. En particular la imposición recurrente sobre inmuebles.

Este conjunto de reflexiones inspiraron el debate en el Consejo de la UE, quien acabó por recomendar al Reino de España en su reunión de 29 de mayo de 2013 – recogida en el documento COM (2013) 359 final, Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reforma de 2013 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2016 -:

*“Llevar a cabo una revisión sistemática del sistema tributario para marzo de 2014; considerar una mayor limitación del gasto fiscal relativo a la imposición directa, explorar el margen existente para una mayor limitación de la aplicación de los tipos de*

*IVA reducidos y adoptar medidas adicionales en lo que respecta a los impuestos medioambientales, sobre todo los impuestos sobre los carburantes; adoptar medidas adicionales para reducir el sesgo en favor del endeudamiento en el impuesto de sociedades; intensificar la lucha contra la economía informal y el trabajo no declarado.”*

En fin, no se puede terminar una reflexión sobre sistema fiscal sin hacer mención a los esfuerzos y posibilidades de la lucha contra el fraude. Si bien la Agencia Tributaria resulta eficiente en su trabajo, los trabajos de la OCDE muestran que nuestro país ofrece el peor coeficiente de funcionarios de administración tributaria por ciudadano (1.958 c/f) entre países UE que son miembros OCDE. Y la lucha contra el fraude fiscal, además de planificación y organización, es una cuestión de medios y de la cuantía de recursos dedicada a la misma.