

La neutralidad fiscal en la financiación de las Sociedades en el Derecho de la Unión Europea

Edoardo Traversa e Diego Modonesi¹

1. Introducción. El régimen fiscal de la financiación de las Sociedades considerado entre las medidas nacionales antielusión y la doble imposición internacional

La financiación societaria puede obtenerse principalmente a través de la aportación de capital riesgo o a través de deudas contraídas con terceros, por ejemplo instituciones de crédito o sociedades controladoras o vinculadas. La regulación fiscal prevista por los ordenamientos nacionales y aplicable a la imposición de dividendos y a la remuneración de los intereses es, por lo general, diferente y comporta la necesidad de comprobar si se da o en qué medida es auspiable una garantía adecuada por parte del ordenamiento jurídico europeo de estas dos formas de financiación.

La existencia de regímenes impositivos diversos tanto para los intereses como para los dividendos en cada Estado Miembro puede tener un efecto doble. De un lado, una desigualdad en el tratamiento fiscal de los intereses respecto a los dividendos para las Sociedades es un estímulo al recurso al crédito por exclusivos motivos fiscales (subcapitalización). Este fenómeno se acompaña generalmente de la introducción de medidas antielusivas por parte de los legisladores nacionales. Por otro lado, un posible tratamiento diferenciado en el ámbito tributario puede amplificarse a nivel internacional –o, más limitadamente, europeo– por la falta de coordinación entre los ordenamientos internos. De ahí podría derivarse, en consecuencia,

¹ Edoardo Traversa es Profesor de Derecho Tributario en la Universidad Católica de Lovaina La Nueva y Abogado en Liedekerke, Bruselas. Diego Modonesi es doctorando en Derecho Tributario Europeo en la Universidad de Bolonia – *Alma Mater Studiorum* y en la Universidad Católica de Lovaina La Nueva. Actualmente, trabaja para la Comisión Europea. Traducido al español por Ángel Fornieles Gil, profesor ayudante de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Almería (España).

situaciones de doble imposición (o, más raramente, de doble ausencia de imposición).

Aparece, por tanto, la necesidad de verificar si y en qué límites la introducción de tales medidas antielusivas –en primer lugar- y los fenómenos de doble imposición –en segundo lugar- son admisibles y /o tolerables por el ordenamiento jurídico europeo, en base a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la materia.

Al mismo tiempo, este análisis dará la posibilidad de comprobar si el enfoque de los Jueces de Luxemburgo permite también distinguir una preferencia a nivel europeo por alguna de las dos formas de financiación societaria (capital propio o de riesgo), que indirectamente condicione las elecciones de los legisladores tributarios de los Estados Miembros.

Tal análisis tomará en consideración el impacto del limitado, pero no inexistente, desarrollo de la competencia de la Unión Europea en el ámbito de los impuestos directos² en base a la actividad interpretativa de la jurisprudencia europea.

2. Regímenes nacionales de (in)deducibilidad de los dividendos e intereses. Comparación

Como es sabido, se observan notables disparidades de tratamiento en el régimen aplicable a estas dos categorías de rendimiento. Los intereses, definibles *prima facie* como remuneraciones del capital a débito, se consideran normalmente, tanto a nivel interno como a nivel internacional, una carga deducible en el cálculo de la base imponible del impuesto sobre la renta que corresponda al Estado de residencia de la sociedad beneficiaria del préstamo. El hecho de que el deudor esté exento de tributación por la cuantía pagada como intereses y pueda además deducirlos de su base

² La materia de los impuestos directos es competencia de los Estados miembros, quienes deben en todo caso ejercitar esta competencia en el respeto del Derecho europeo. Véase, por ejemplo, la sentencia TJUE de 11 de agosto de 1995, causa C-80/94, Wielockx, Rep. pág. I-2493, punto 16; sentencia TJUE de 6 de junio de 2000, causa C-35/98, Verkooijen, Rep. pág. I-4071, punto 32; sentencia TJUE de 4 de marzo de 2004, causa C-334/02, Comisión/Francia, Rep. pág. I-2229, punto 21; sentencia TJUE de 15 de julio de 2004, causa C-315/02, Lenz, Rep. pág. I-7063, punto 19, así como sentencia TJUE de 7 de septiembre de 2004, causa C-319/02, Manninen, Rep. pág. I-7477, punto 19, y más en general, J. Malherbe, Ph. Malherbe, I. Richelle and E. Traversa, *Direct taxation in the case-law of the European Court of Justice*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 322.

imponible se compensa-contrarresta en el ordinamiento interno por la circunstancia de ser el acreedor quien soporta los efectos de la tributación. Puede, de todos modos, que se prevean restricciones y limitaciones a la deducibilidad de los intereses por la normativa nacional, en particular -pero no sólo-, para responder a fenómenos de evasión fiscal internacional relativos al pago de intereses a deudores residentes en países de baja fiscalidad³. En el ámbito europeo, aparece el problema de verificar la compatibilidad de tales normas con el Tratado comunitario y con las directivas aplicables en el ámbito tributario.

Los dividendos, en cambio, entendidos como el resultado económico positivo dimanante de la financiación a través del capital propio (o de riesgo) se someten a tributación según principios diversos. Al igual que los intereses, los beneficios de una sociedad como consecuencia de la gestión del capital de riesgo se sujetan, por lo general, a tributación en el Estado de residencia de la sociedad que ha realizado la inversión⁴. A diferencia de los intereses, los dividendos no pueden ser en ningún caso deducidos de la base imponible y resultan, por tanto, objeto, salvo medidas de corrección, de doble imposición económica, tanto en el ámbito interno como en el internacional. Puede darse, de hecho, la concesión de un crédito de impuesto –relativo a la retención en la fuente y/o a deudas tributarias soportadas por la sociedad, o de una exención en base a la directiva Matriz-Filial (para las situaciones intraeuropeas) o, más raramente, en base a disposiciones de Derecho interno.

Tales diferencias de trato resultan menos perceptibles si los rendimientos se perciben por sujetos no residentes y los ordenamientos fiscales nacionales prevén una retención en la fuente sobre los dividendos o los intereses percibidos, a un tipo variable según el tipo de rendimiento y según los ordenamientos. Tales retenciones tienen, como efecto, la creación sistemática de situaciones de doble imposición jurídica, a las que se suman frecuentes fenómenos de doble imposición económica, tanto para los

³ Véase Anouc van den Berg van Saparoea, *Optimizing the interest deduction rules – A never-ending story*, *European Taxation*, enero 2009 pág. 3, y Christian Dorenkamp, *Le sfide del finanziamento a mezzo indebitamento e a mezzo capitale di rischio – e come la Germania è andata sopra le righe*, *Studi Tributari europei*, n. 1/2010.

⁴ Para un punto de vista económico sobre esta temática, *"An economist's view on source versus residence taxation – The Lisbon objectives and taxation in the European Union"*, *Bulletin for International Taxation*, 2006, ottobre 2006, pág. 395.

dividendos como, en los casos en que la retención no sea deducible, para los intereses. Esta última retención, de todas formas, puede reducirse como consecuencia de la aplicación de las Directivas comunitarias⁵, de Convenios internacionales o de disposiciones de Derecho interno.

Además del mecanismo generalizado a nivel europeo, consistente en la eliminación de la doble imposición económica sólo para los dividendos intragrupo; existen ordenamientos, como el belga, en los cuales se ha querido poner remedio de tipo estructural a la diferencia de trato fiscal de las diversas formas de inversión. El llamado régimen de los intereses nocionales⁶ permite deducir una cantidad correspondiente a las remuneraciones que derivan de los componentes de riesgo, conectadas a la financiación de capital de una sociedad. En otras palabras, las sociedades belgas o las sociedades extranjeras con establecimiento permanente en Bélgica⁷ pueden beneficiarse de las deducciones de los intereses "nocionales" de la base imponible de los impuestos sobre la renta de las sociedades⁸. De ahí se deriva un beneficio fiscal cuyo efecto es la reducción del inconveniente que constituye la ausencia de deducibilidad de los dividendos y, en consecuencia, una preferencia a la capitalización a través del endeudamiento.

Los intereses nocionales no pueden entenderse *a priori* como ayudas de Estado prohibidas por el Derecho europeo, en cuanto que se dirigen a todas las sociedades contribuyentes en Bélgica y no sólo a una determinada categoría de empresa (como sucedía en la normativa anterior de centros de coordinación, a la que sustituyen los intereses nocionales). No obstante esto, si, por una parte, los intereses nocionales no pueden ser calificados jurídicamente de ayudas de Estado; por otra parte, tal sistema favorece de hecho a las empresas fuertemente capitalizadas y, en particular, a las

⁵ Véase la Directiva del Consejo de 23 de julio de 1990, 90/435/CEE, en su versión modificada por la Directiva 2003/123/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes y la Directiva 2003/49/CE, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros.

⁶ NID (Notional Interest Deduction) es el término adoptado comúnmente para el conjunto de disposiciones que el Código de impuesto sobre la renta belga trata como "Déduction pour capital à risque".

⁷ Véase B. Peeters, N. Demeyere, American Bar Association Foreign Lawyers Forum – Belgium Annual Report 2007, 2008, p. 2.

⁸ A tal fin, A. Haelterman, H. Verstraete, The "Notional Interest Deduction", en Bulletin for International Taxation, Agosto/Septiembre 2008, p. 363.

sociedades de financiación que gestionan los préstamos intragrupo en el seno de grupos multinacionales⁹.

3. Calificación de dividendos y de intereses en Derecho europeo: la influencia del Derecho internacional

En Derecho europeo, la definición de dividendos y de intereses necesita diversas precisiones¹⁰. En ausencia de igualdad de tratamiento entre las diversas formas de financiación, resulta en efecto esencial distinguir entre dividendos, intereses y otras formas de rendimiento. Aparece, por tanto, el problema, de comprobar si existen vínculos comunitarios que obliguen a los Estados Miembros a calificar uniformemente las categorías de remuneraciones y de financiaciones. En presencia de una imposición neutral, de hecho, sería irrelevante, a fines fiscales, que la empresa se financiase a través de capital riesgo o de deuda¹¹.

En materia de intereses, las principales referencias normativas en el Derecho europeo se localizan en las definiciones contenidas en el artículo 2 de la Directiva 2003/49/CE¹² - que se propone aclarar las nociones de intereses y cánones¹³- y en aquella del artículo 4 -que prevé cuatro hipótesis de exclusión de la Directiva sobre intereses y cánones. La definición de la Directiva retrotrae a aquella prevista por el artículo 11 del Modelo de Convenio OCDE 2003¹⁴. En este campo, se puede notar, de hecho, la tendencia del Derecho europeo a referirse a conceptos y definiciones incluidas en el Modelo de Convenio¹⁵.

⁹ Para un análisis crítico del régimen de los intereses nacionales en Bélgica, véase, E. Traversa e A. Lecocq, « Les intérêts notionnels en droit belge », *Revue de Droit fiscal (Francia)*, n°9, 2009, p. 9-16.

¹⁰ Para esta parte, véase John F. Avery Jones et al., *The definition of dividends and interest in the OECD Model: something lost in translation?*, in *World Tax Journal* n. 5, October 2009.

¹¹ Helminen, *The Dividend Concept*, in *International Tax Law: dividend payments between corporate entities*, 1999, p. 12.

¹² Directiva 2003/49/CE, relativa a un régimen fiscal aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros.

¹³ Se trata de los "rendimientos de los créditos de cualquier clase, estén o no garantizados por una hipoteca o una cláusula de participación en los beneficios del deudor (...)"

¹⁴ OCDE, *Modelo de Convenio Fiscal sobre rendimientos y capitales*, versión 2010.

¹⁵ Marcello Distaso y Raffele Russo, *The EC interest and royalties directive – A comment*, in *European Taxation*, Abril 2004.

La definición de intereses parece particularmente amplia, en cuanto que incluye también los rendimientos que deriven de instrumentos financieros híbridos, que dan derecho a participar en los beneficios producidos por el deudor. En base a la combinación de lo dispuesto en el artículo 2 y en el artículo 4 de la Directiva, los Estados miembros pueden aún negar la aplicación de la Directiva en ciertos casos específicos. El artículo 4, de hecho, se refiere a las distintas situaciones que permiten potencialmente la restricción de la definición de intereses. Esta disposición permite a los Estados Miembros afrontar eventuales abusos de la Directiva, en el caso en que, por ejemplo, los intereses sobre rendimientos efectivamente pagados sean realizados para eludir la distribución de beneficios.

En materia de dividendos, las razones de la ausencia en el ámbito de la Directiva Matriz-Filial¹⁶ de una caracterización específica de la noción de distribución de rendimientos que no se preste a confundir el concepto de dividendo con el de interés podría explicarse por una caracterización puntual de la noción de distribución de beneficios sobre la base de las definiciones preexistentes en el Derecho tributario internacional. El legislador europeo, de hecho, parece haber tomado como punto de referencia la definición de dividendos e intereses elaborada en sede del Convenio OCDE¹⁷, artículos 10 y 11.

El artículo 11 del Convenio OCDE define los intereses de manera totalmente autónoma, a diferencia de lo que sucede en el párrafo 3 en materia de dividendos. El origen de la definición se remonta históricamente al grupo de trabajo 11 de la OCDE en 1959. Originariamente la definición de dividendos incluía las obligaciones con participaciones en beneficios, más tarde utilizada en la definición de intereses. En el curso de las diversas versiones OCDE las definiciones de dividendos e intereses contenían una lista de requisitos que podían ser utilizadas como referencias por parte de la legislación nacional. Si bien la ley nacional es la encargada de definir de manera definitiva si un pago puede ser considerado como interés o dividendo, aparece en todo caso el problema de si una definición nacional

¹⁶ Directiva del Consejo, de 23 de julio de 1990, 90/435/CEE, versión modificada por la Directiva 2003/123/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las Sociedades matriz filiales de los diversos Estados miembros.

¹⁷ OCDE, Modelo de Convenio Fiscal sobre rendimientos y capitales, versión de 2010.

de intereses pueda incluir una o más categorías consideradas como "dividendos" por el modelo OCDE.

Se nota, por tanto, la presencia de una potencial sobreposición de los dos conceptos que, pese a ello, resulta ser unívoca. La definición de dividendos puede, de hecho, incluir aspectos previstos en la definición de intereses, pero no al revés.

El Modelo de Convenio OCDE¹⁸ no ofrece soluciones para esta sobreposición. Surge de todos modos la necesidad de efectuar un triple orden de observación. En primer lugar, como se ha hecho notar, la referencia a la participación en los beneficios del deudor, para los cuales el artículo 11 del Modelo de Convenio se había previsto originariamente en materia de dividendos. En segundo lugar, se registra la existencia de una exclusión del débito expresada por el segundo punto del artículo 10. En tercer lugar, el punto 3 del artículo 10 excluye la deuda "normal". La lectura conjunta de tales aspectos sugiere que el artículo 11 en materia de intereses pudiera originariamente venir entendido en el sentido de presentar prioridad respecto al artículo 10 en materia de dividendos. En otros términos, la reconducción de un determinado pago al concepto de interés comportaba que no pudiera ser automáticamente considerado como dividendo en el sentido del artículo 10.

El interés que se configura como fruto de un préstamo estructurado y que comprenda una parte imputable a los beneficios puede ser, de todos modos, considerado como interés. Si se trata de una cuota del beneficio (sujeta a los riesgos de la actividad empresarial) como puede suceder, por ejemplo, en el caso de una asociación en participación, no se puede configurar como préstamo. En este caso, parecería tratarse de una hipótesis de coparticipación de beneficios más que de subcapitalización. Ello no obstante, el *Thin Capitalization Report*¹⁹ considera esta hipótesis como un caso de capitalización sutil. Se argumenta que el artículo 10 no trata solamente de dividendos, sino también de intereses sobre préstamos toda vez que el acreedor efectivamente participa del riesgo de la empresa.

¹⁸ OCDE, Modelo de Convenio Fiscal sobre rendimientos y capitales, versión de 2010.

¹⁹ Véase el documento "*Thin Capitalization*", adoptado por el Consejo OCDE el 26 de noviembre de 1986.

Tal sobreposición puede excluirse sólo por una legislación nacional o europea *ad hoc* que prevea explícitamente que los pagos percibidos a título de intereses excluyan automáticamente todos los importes reconducibles a la definición de dividendos (subcapitalización). Si *de jure condendo* se puede desear que tal definición sea recibida en sede del Modelo de Convenio OCDE²⁰ y en el Derecho europeo, en el estado actual hay alguna confusión respecto a ciertos límites. Además, los Estados miembros conservan el poder de protegerse por la interpretación no vinculante desarrollada en sede OCDE o UE, lo que tiene como consecuencia que el propio flujo de capitales sea calificado como intereses en un Estado y como dividendos en el otro, creando situaciones de doble (no) imposición.

4. Límites europeos a las medidas nacionales antiabuso contra los fenómenos de subcapitalización²¹ y de deducción de los intereses excesivos: la jurisprudencia tradicional del Tribunal de Justicia

La cuestión de la calificación del rendimiento surge en un contexto en el cual las sociedades son sustancialmente libres de escoger el modo en que financiarse. En tales circunstancias, las sociedades participadas tienden a preferir la transferencia de beneficios a los propios accionistas bajo la forma de interés frente a la de dividendos. De ahí podría concluirse que, en presencia de grupos de sociedades y de relaciones matriz-filial, las sociedades matrices, en vez de financiarse por capitales propios, se financian por capitales procedentes de endeudamiento. Los ordenamientos jurídicos nacionales se han sometido, por ello, al problema de si es y cómo sancionable u obstaculizable dicha situación de endeudamiento excesivo, llamada subcapitalización. Esta última se verifica, por tanto, toda vez que el capital de riesgo de una sociedad sea notablemente inferior a aquél de la financiación. Más allá de la ventaja fiscal que tal situación procura, en una situación de subcapitalización, desde el punto de vista del Derecho civil y

²⁰ OCDE, Modelo de Convenio Fiscal sobre rendimientos y capitales, versión 2010.

²¹ Para un comentario con particular referencia a las diversas experiencias nacionales, véase AA.VV., *What's going on in...*, en *European Taxation*, Abril 2002, con referencia a la experiencia holandesa, Pim Smit y Erik Smith, *Netherlands, European Taxation*, Septiembre-Octubre de 2005, p. 417.

mercantil, las cantidades financiadas de las sociedades matrices no son ejecutables por los acreedores de la sociedad.

Como quiera que tales situaciones permiten, de hecho, ocultar una aportación de capital riesgo, podría ser considerada abusiva por parte de los administradores tributarios nacionales. En tal caso, el pago de los intereses podría considerarse jurídicamente como una distribución de dividendos oculta. Desde el punto de vista fiscal, además, los intereses pagados en presencia de tales operaciones de financiación podrían ser considerados excesivos en cuanto que realizados por sujetos no independientes. Su deducibilidad podría, por tanto, ser negada por las administraciones tributarias nacionales, al menos en la medida en la cual excedan las cuantías generalmente previstas para los intereses habituales a operaciones similares efectuadas por los sujetos fuera del ámbito de las relaciones entre sociedades controladas o conectadas entre ellas.

El Tribunal de Justicia, en su jurisprudencia, ha aclarado los límites y las modalidades a las cuáles se someten las normas antielusivas nacionales en general y, en particular, las normas que pretenden limitar la deducibilidad de los intereses pagados a sociedades no residentes. En general, una disposición tributaria de tipo antielusivo debe, en todo caso, respetar los límites previstos por el Tratado y no obstaculizar el ejercicio de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de capitales²². El Tribunal de Justicia se ha ocupado *ex professo* de estos temas en el conocido caso *Lankhorst-Hohorst GmbH*²³. Los intereses pagados por una sociedad residente controlada a título de remuneración de capitales externos provenientes de una sociedad matriz no residente venían automáticamente sometidos a imposición por la administración tributaria nacional (alemana) como dividendos disimulados. Toda vez que, sin embargo, se hubiese tratado de una sociedad controlada residente cuya sociedad matriz, beneficiaria del crédito de impuesto, fuera también residente, los intereses

²² En ese sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de Diciembre de 2002, causa C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH*, punto 32. En materia de la doctrina sobre el abuso del derecho, véase Olivier Rousselle y Howard M. Liebman, *The doctrine of the abuse of Community law: the sword of Damocles hanging over the head of EC corporate tax law*, in *European Taxation*, Diciembre 2006, p. 559.

²³ Tribunal de Justicia, sentencia del 12 de diciembre de 2002, C-324/00, cit.

pagados se hubieran tratado como gastos del ejercicio y no como dividendos disimulados²⁴.

El Tribunal de Justicia ha considerado que, en tales situaciones, podría configurarse un trato diferenciado en función de la sede de la sociedad matriz. La calificación de un pago de intereses como distribución de beneficios disimulados, en el caso de una controlada residente que se ha beneficiado de un préstamo por parte de una sociedad matriz no residente, deriva directa y únicamente de la aplicación de la norma antiabusiva nacional. Tal disparidad de trato entre controladas residentes en función de la sede de la sociedad matriz se ha reconocido como restricción a la libertad de establecimiento, prohibida por la legislación comunitaria. La norma tributaria en cuestión hacía, de hecho, menos ventajoso el ejercicio de la libertad de establecimiento por parte de las sociedades que tuvieran sede en otros Estado miembros, quienes habría podido en consecuencia renunciar a la adquisición, a la creación o al mantenimiento de una controlada en el primer Estado miembro. Como respuesta a esta jurisprudencia, requirente de un trato igual en lo que se refiere a préstamos efectuados en el seno de sociedades residentes en la Comunidad, varios Estados miembros han revisado la propia normativa en materia de subcapitalización²⁵.

El Tribunal puso después otros límites a la prohibición impuesta por algunos Estados miembros de deducir los intereses en situaciones transfronterizas, siempre para combatir fenómenos de subcapitalización y *profit shifting*. Por ejemplo, en la sentencia *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*²⁶, el Tribunal afrontó el caso en el que un ordenamiento jurídico nacional (el del Reino Unido) imponía una restricción a la posibilidad de una sociedad mutuaría residente en un Estado miembro de deducir fiscalmente los intereses sobre préstamos concedidos por una sociedad controlante. Tal restricción podía darse en modo directo o indirecto y realizarse en las relaciones con la sociedad residente en otro Estado miembro. Toda vez que,

²⁴ También los intereses pagados por una sociedad controlada residente a la sociedad matriz igualmente residente, como remuneración de los capitales externos recibidos por esta última, eran tratadas por la administración tributaria nacional como dividendos disimulados en el caso en que la sociedad matriz hubiera emitido una carta de patrocinio.

²⁵ Para una propuesta dirigida a resolver los problemas relativos a la subcapitalización, véase Michael J. Graetz, *A multilateral solution for the income tax treatment of interest expenses*, in *Bulletin for international taxation*, Noviembre 2008, pag. 486.

²⁶ Tribunal de Justicia, auto de 23 de abril de 2008, procedimiento C-201/05.

sin embargo, la sociedad controlante hubiese tenido sede en el Estado de la sociedad mutuataria, esta última no habría sufrido restricciones. La cuestión jurídica sometida a la Corte se ha resuelto afirmando que la libertad de establecimiento puede ser prejuzgada por la disparidad de trato entre las sociedades mutuatarie residentes según el lugar de la sede de la sociedad vinculada mutuante. El Tribunal de Justicia estableció que, para considerar una normativa como restrictiva de la libertad de establecimiento, basta con que sea apta para limitar el ejercicio de la libertad en un Estado Miembro para sociedades que tengan sede en otro Estado miembro. Al contrario, no se necesita demostrar que la normativa haya tenido realmente el efecto de inducir a alguna de tales sociedades a renunciar a la adquisición, a la creación o al mantenimiento de una controlada en el primer Estado miembro. Por otra parte, el Tribunal ha confirmado que, a fin de justificar la limitación de una norma antiabuso (que limite una de las libertades previstas por el Tratado), no puede ser suficiente la mera circunstancia de que una sociedad residente obtenga un préstamo por una sociedad vinculada que tenga sede en otro Estado miembro²⁷. Al contrario, una restricción a la libertad de establecimiento debe quedar determinada por la creación de construcciones puramente artificiosas privadas de efectividad económica y dirigidas a eludir la tributación normal sobre los beneficios generados por la actividad desarrollada en el territorio nacional²⁸.

Otro ejemplo de la eficacia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es la sentencia *Lammers & Van Cleeff BV*²⁹. El Tribunal de Justicia ha afrontado el caso en el que la sociedad controlada había satisfecho los intereses a la sociedad controlante por crédito concedido anteriormente. La administración tributaria (belga) había considerado parcialmente los intereses como dividendos y los había sujetado como tales a impuesto. Sobre la base de la normativa tributaria nacional entonces vigente, tales intereses no podían ser recalificados como dividendos, y por tanto, no eran gravables, si se

²⁷ En ese sentido, Tribunal de Justicia, sentencia de 26 de septiembre de 2000, causa C-478/98, Comisión/Bélgica, Rep. pag. I-7587, punto 45; X e Y, cit., punto 62; Tribunal de Justicia, sentencia de 4 de marzo de 2004, causa C-334/02, Comisión/Francia, Rep. pag. I-2229, punto 27, así como Tribunal de Justicia, causa C-196/04 Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, cit., punto 50.

²⁸ Tribunal de Justicia, sentencia Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, cit., punto 55.

²⁹ Tribunal de Justicia, sentencia de 17 de enero de 2008 en el procedimiento C-105/07, causa entre Lammers & Van Cleeff NV y el Estado belga.

pagaban por un administrador/sociedad belga, mientras que, en las mismas circunstancias, si eran satisfechos por una administración/sociedad extranjera, los mismos intereses, considerados excesivos, eran recalificados como dividendos y sometidos a tributación.

Tal normativa causaba una disparidad de trato entre sociedades residentes en función del lugar de establecimiento de la sociedad que, teniendo la cualidad de administrador, hubiese acordado el préstamo. Se configuraba, por lo tanto, una restricción a la libertad de establecimiento en cuanto que se desalentaba el ejercicio de tal libertad por parte de las sociedades establecidas en otros Estados Miembros. Estas últimas habrían podido, de hecho, renunciar a la gestión de una sociedad en el Estado miembro en la cual estuviera vigente una norma semejante, así como renunciar a la adquisición, a la creación o al mantenimiento de una controlada en tal Estado Miembro³⁰. El Tribunal de Justicia ha mantenido que la mera circunstancia de que una sociedad residente obtenga un préstamo de una sociedad vinculada con sede en otro Estado miembro no puede fundar una presunción general de prácticas abusivas, ni justificar una medida que perjudique el ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado³¹. En consecuencia, incluso si la aplicación de un límite similar está enfocada a la lucha contra las prácticas abusivas, no debe sobrepasar, en cada caso, lo que resulte necesario para alcanzar tal objetivo.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia es fundamental en cuanto que ha encuadrado (sin vanificarla) la libertad de los Estados miembros para introducir medidas anti-abuso. Por un lado, el Tribunal ha puesto límites jurídicos absolutos a medidas configurables como un reconocimiento automático o una presunción absoluta de situación de abuso, como por ejemplo mecanismos de subcapitalización o de capitalización disimulada³². En este contexto, la mera circunstancia de que una sociedad residente cree un establecimiento secundario, por ejemplo, una controlada, en otro Estado

³⁰ Véase, en ese sentido, Tribunal de Justicia, sentencia de 12 de diciembre de 2002, causa C-324/00 Lankhorst-Hohorst, punto 32; así como Tribunal de Justicia, 13 de marzo de 2007, causa C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punto 61; y Tribunal de Justicia, sentencia de 18 de julio de 2007, causa C-231/05, Oy AA, Rep. pag. I-6373, punto 39.

³¹ Tribunal de Justicia, sentencia Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, citada, punto 73 y jurisprudencia allí citada.

³² Así, Tribunal de Justicia, sentencia de 12 de diciembre de 2002, causa C-324/00, Lankhorst-Hohorst GmbH.

miembro no determina automáticamente una presunción general de fraude fiscal, ni justifica de por sí una medida que perjudique al ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado³³.

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha aclarado que las prácticas antiabusivas deben estar siempre y en todo caso basadas sobre razones bien fundadas jurídicamente. En particular, la reducción de ingresos fiscales no constituye un motivo imperativo de interés general que pueda justificar una disposición como línea general frente a la libertad fundamental³⁴. Del mismo modo, un eventual beneficio fiscal consecuencia de una tributación poco elevada a la que venga sujeta una controlada establecida en un Estado miembro, distinto de aquel en el cual se constituyó la sociedad matriz no permite por sí sola a este último reservar (en cambio) a la sociedad madre un trato fiscal menos favorable³⁵.

5. Los desarrollos recientes de la jurisprudencia europea: de la práctica abusiva al reparto equilibrado del poder impositivo entre los Estados Miembros

Las normas antiabusivas no se meten, sin embargo, automáticamente en contraste con la libertad de establecimiento³⁶. Por un lado, el Tribunal ha considerado compatible con el Tratado aquellos institutos jurídicos nacionales que restrinjan la libertad de establecimiento sólo si atienden específicamente a las construcciones de puro artificio dirigidas a eludir la

³³ En ese sentido, Tribunal de Justicia, sentencia ICI, cit., punto 26; Tribunal de Justicia, sentencia de 26 de septiembre de 2000, causa C-478/98, Comisión/Bélgica, Rep. pag. I-7587, punto 45; Tribunal de Justicia, X e Y, cit., punto 62, así como, Tribunal de Justicia, sentencia de 4 de marzo de 2004, causa C-334/02, Comisión/Francia, Rep. pag. I-2229, punto 27.

³⁴ Véanse Tribunal de Justicia, sentencia de 16 de julio de 1998, causa C-264/96, ICI, Racc. pag. I-4695, punto 28; Corte Giust., sentenza 6 giugno 2000, causa C-35/98 Verkooijen, cit., punto 59; Corte Giust., sentenza 8 marzo 2001, causa C-397/98 Metallgesellschaft e a., cit., punto 59, y 21 de septiembre de 1999, causa C-307/97, Saint-Gobain ZN, Rep. pag. I-6161, punto 51.

³⁵ En ese sentido, Tribunal de Justicia, sentencia de 28 de enero de 1986, causa C-270/83, Comisión/Francia, Rep. pag. 273, punto 21; véase también, por analogía, Tribunal de Justicia, sentencia de 26 de octubre de 1999, causa C-294/97, Eurowings Luftverkehr, Rep. pag. I-7447, punto 44, así como Tribunal de Justicia, sentencia de 26 de junio de 2003, causa C-422/01, Skandia y Ramstedt, Rep. pag. I-6817, punto 52.

³⁶ Para un examen en esta materia, por ejemplo, Jonathan S. Schwarz, "Abuse and Eu tax law", Bulletin for international taxation, Julio 2008, pag. 289.

legislación del Estado miembro interesado³⁷. Esta última libertad presupone, de hecho, un asentamiento efectivo de la sociedad interesada en el Estado miembro huésped y el ejercicio de una actividad económica real³⁸. Las construcciones puramente artificiosas pueden, por tanto, justificar disposiciones jurídicas tributarias antiabusivas toda vez que estén privadas de efectividad económica y dirigidas a eludir la tributación normal sobre los rendimientos generados por la actividad desarrollada sobre el territorio nacional³⁹.

Por otro lado, se registra el nacimiento y el desarrollo de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia con la que se ha afirmado la admisibilidad en Derecho europeo de disposiciones nacionales dirigidas a prevenir la evasión fiscal, incluso cuando tales disposiciones se aplicaran a situaciones no calificables como prácticas abusivas. El Tribunal ha admitido que la libertad de circulación no pueda tener como efecto dejar a las empresas la libre elección del Estado en el que realizar la tributación de los rendimientos. Por ejemplo, el Tribunal ha considerado que la presencia de tipos de gravamen diferentes en los Estados miembros aplicables a las distintas sociedades del mismo grupo resultan en todo caso idóneos para justificar cláusulas antiabuso⁴⁰. Tales situaciones pueden, según el Tribunal, hacer presumir que la financiación de una controlada se haya realizado únicamente con el fin de organizar una transferencia de rendimientos para, después, beneficiarse de un tipo de gravamen inferior. Por ello, este fin se ha reconocido meritorio de tutela por parte de la jurisprudencia comunitaria. Al mismo tiempo, ello no excluye que las normas adoptadas por un Estado miembro, para regular específicamente las situaciones de grupos transfronterizos, puedan, en algunos casos, suponer una restricción a la libertad de establecimiento de las sociedades interesadas.

³⁷ Tribunal de Justicia, sentencia de 13 de marzo de 2007, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, citada, punto 72 y jurisprudencia allí citada.

³⁸ En ese sentido, Tribunal de Justicia, sentencia de 12 de septiembre de 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes plc*, sent. ICI, cit., punto 26; Tribunal de Justicia, sentencia de 12 de diciembre de 2002, causa C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, Rep. pag. I-11779, punto 37; Tribunal de Justicia, sentencia de 11 marzo de 2004, causa C-9/02 *De Lasteyrie du Saillant*, cit., punto 50, así como Tribunal de Justicia, sentencia de 10 de abril de 2008, causa C-309/96 *Marks & Spencer*, cit., punto 57.

³⁹ En ese sentido, Tribunal de Justicia, auto de 23 abril de 2008, procedimiento C-201/05, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, véase el párrafo siguiente.

⁴⁰ Tribunal de Justicia, sentencia de 18 de julio de 2007, causa C-231/05, *Oy AA*, punto 50.

En la sentencia *Oy AA*⁴¹, el Tribunal de Justicia, por ejemplo, consideró admisible la sanción de las prácticas que consistan en organizar transferencias de pérdidas, en el seno de un grupo de sociedades. Si una transferencia de financiación intragrupo transfronterizo fuese deducible de los rendimientos gravables de su causante se permitiría a los grupos de sociedad optar libremente si someter a gravamen los rendimientos de la consociada en tal Estado Miembro o en el de la Sociedad madre. El reparto del poder tributario entre los Estados miembros resultaría en ese caso comprometido. Según la opción llevada a cabo por los grupos de sociedad, de hecho, el Estado miembro de la consociada quedaría obligado a renunciar a su derecho a hacer tributar, como Estado de residencia de dicha consociada, los rendimientos de esta última en beneficio, eventualmente, del Estado miembro de la sede de la sociedad madre⁴². El Tribunal de Justicia ha afrontado la cuestión de la admisibilidad del diferente trato fiscal en dos hipótesis distintas. En la primera, la transferencia realizada por una asociada a favor de una sociedad matriz cuya sede estaba en un Estado miembro (Finlandia) era considerada como una transferencia de financiación intragrupo en el sentido de tal ley, deducible de los rendimientos gravables por la asociada. En la segunda, en caso de transferencia efectuada por una asociada a favor de una sociedad matriz cuya sede no se encontraba en el Estado miembro (Finlandia) no podría ser considerado como tal y no podía, por tanto ser deducible de los rendimientos gravables de la asociada. Las asociadas de la sociedad matriz extranjera, en otras palabras, eran objeto de un tratamiento fiscal menos ventajoso que aquel del que disfrutaban las asociadas de la sociedad madre finlandesa. El Tribunal de Justicia ha confirmado la compatibilidad de la normativa nacional con los principios del Tratado sobre la base de dos aspectos: el poder impositivo de los Estados y la prevención de la evasión fiscal. Por lo que se refiere a este último punto, la posibilidad de transferir los rendimientos imposables de una sociedad hacia una sociedad madre cuya sede se encuentra en otro Estado miembro implica el riesgo de que, a través de construcciones de puro artificio, sean organizadas transferencias de rendimiento en el seno de un

⁴¹ Tribunal de Justicia, sentencia de 18 de julio de 2007, causa C-231/05, *Oy AA*, Rep. pag. I-6373.

⁴² Véase también Tribunal de Justicia, sentencia de 13 de marzo de 2007, causa C-524/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, cit., punto 59.

grupo de sociedades. Tal transferencia tendría como destino las sociedades cuya sede se encuentra en los Estados miembros que aplican tipos de gravamen más bajos o en los Estados miembros en cuyos rendimientos no serían gravados de hecho⁴³.

A la luz de la consideración conjunta de la exigencia de salvaguardar el reparto equilibrado del poder tributario de los Estados miembros y de prevenir la evasión fiscal, el Tribunal de Justicia ha reconocido en consecuencia que la normativa nacional perseguía objetivos legítimos y compatibles con el Tratado, en cuanto que resultan reconducibles a razones imperativas de interés general. Tal orientación se ha confirmado en varias sentencias, entre las cuales, en el 2010, las sentencias *X Holding*⁴⁴ y *Société de gestion industrielle*⁴⁵.

De ello se deriva que el Derecho europeo no reconoce una tutela de aquellas operaciones dirigidas, por ejemplo, a transferir rendimientos –por ejemplo bajo la forma de intereses- hacia otras sociedades establecidas en los Estados miembros que apliquen tipos de gravamen menores. En una hipótesis de ese género, se ha reconocido la legitimidad del ejercicio de la potestad tributaria de los Estados miembros. El reparto equilibrado del poder tributario entre los Estados miembros⁴⁶ se tutela, así, incluso más allá de situaciones de evidente abuso del derecho.

Esa nueva orientación jurisprudencial –criticable en cuanto que constituye un paso atrás en la tutela del contribuyente respecto a la jurisprudencia precedente- tiende a hacer menos interesante la financiación a través del endeudamiento. Por un lado, se reconoce a los Estados miembros la posibilidad de negar al contribuyente la aplicación del régimen fiscal normalmente previsto por los intereses, esto es la deducibilidad en el país de la fuente. Por otro lado, se impone un trato fiscal similar a aquel previsto por los rendimientos distribuidos; esto es, una tributación plena.

⁴³ En el caso estudiado, esa posibilidad se reforzaba por el hecho de que la normativa nacional (finlandesa) de las transferencias financieras intragrupo no exigía que el beneficiario de la transferencia hubiese tenido pérdidas.

⁴⁴ Tribunal de Justicia, sentencia de 25 de febrero de 2010, C-337/08, *X Holding*, par. 40 e 41.

⁴⁵ Tribunal de Justicia, sentencia de 21 de enero de 2010 C-311/08, *Société de gestion industrielle*, par. 67-69.

⁴⁶ V. Tribunal de Justicia, sentencia de 10 de abril de 2008, C-309/06, *Marks & Spencer*, cit., punto 46.

6. Doble imposición internacional, mercado interno y neutralidad

Más allá de las medidas destinadas a la lucha contra la evasión, los regímenes fiscales de financiación de las sociedades europeas están fuertemente influenciados por la existencia (o por la remoción) de situaciones de doble imposición.

En materia de intereses y de dividendos, las potestades impositivas de los Estados son generalmente concurrentes. Se puede, por tanto, dar una hipótesis de doble imposición internacional toda vez que las normas internas de dos Estados distintos resulten conjuntamente aplicables al mismo hecho imponible. Situaciones de doble imposición se pueden comprobar en presencia de una potestad concurrente del Estado de residencia y del Estado de la fuente, de dos Estados de la fuente o de dos Estados de residencia⁴⁷.

Toda vez que aparecen defectos de coordinación entre la potestad impositiva de los Estados, se da con mayor facilidad una carrera por la tendencia a individualizar unilateralmente el hecho imponible. Toda vez que, sin embargo, aparezcan hipótesis de competencia de potestad impositiva convencional, el riesgo de situaciones de doble imposición se atenúa. Los Tratados internacionales, de hecho, con la creación de un sistema de normas dirigidas a repartir la potestad impositiva de los Estados contrayentes, no están en todo caso capacitados para eliminar completamente el riesgo de doble imposición. En base a los Tratados internacionales, además, los conflictos de aplicación se ven, en general, notablemente reducidos a vía interpretativa.

La tributación de los dividendos se caracteriza principalmente porque, como norma general, los beneficios de la sociedad se han sometido antes a tributación. El problema de si la segunda tributación sufrida por el accionista debe evitarse o no se conecta estrechamente con la forma de tributación societaria prevista en la normativa. En ese contexto, la integración de la tributación del rendimiento societario y del accionista se ve sometida a una constante tributación a nivel internacional y europeo. Haciendo particular referencia a la normativa comunitaria, se han propuesto diversas soluciones

⁴⁷ Carlo Garbarino, *Manuale di tassazione internazionale*, 2005, Milano.

(a veces adoptadas) en el Derecho derivado, tales como el sistema de plena imputación, el de créditos de impuesto o las exenciones de los dividendos⁴⁸. Los sistemas tributarios normalmente no toman en consideración si los beneficios de los que derivan los dividendos distribuidos han sido ya gravados también en manos de la sociedad en sede de declaración de los rendimientos antes de la distribución. De ahí se deriva que la financiación a través de capital propio resulte menos ventajosa por razón de esa doble imposición económica. Para eliminar tal problema, los Estados Miembros pueden, en cambio, prever un mecanismo de crédito de impuesto o de exención para los dividendos.

La existencia de una doble imposición internacional de dividendos e intereses choca con el criterio de neutralidad fiscal y con el objetivo de plena realización del mercado interior. En el ámbito del examen de una financiación de empresa con el recurso al capital de riesgo o al endeudamiento, el criterio de neutralidad debe entenderse en un contexto en el que la normativa tributaria no debería favorecer a una de estas formas de financiación a costa de la otra. De ahí se derivaría, como corolario, que una política fiscal nacional que al contrario opte por incentivar a una de estas dos formas de financiación debería automáticamente someterse a revisión con el criterio de neutralidad⁴⁹.

Incluso si la neutralidad en el ámbito tributario europeo es un concepto plurisemántico, se puede en todo caso reconectar, al menos parcialmente, a la temática de la doble imposición. Ejemplos del criterio de neutralidad fiscal dejan rastros en varias directivas comunitarias. En materia de impuestos indirectos, la neutralidad de la carga impositiva en el IVA, realizada a través del mecanismo de la deducción de impuesto, se encuentra presente en la propia definición del impuesto sobre el valor añadido (IVA). De hecho, esta última tiene la capacidad de garantizar la perfecta neutralidad de la imposición fiscal de la actividad económica

⁴⁸ Para una reflexión sobre la materia, con particular referencia a la coherencia de los sistemas fiscales, véase Joachim Englisch, *Fiscal Cohesion in the taxation of cross-border dividends*, en *European taxation – July 2004* p. 323.

⁴⁹ El régimen belga que, en cierto modo, favorece la financiación a través del capital de riesgo a través del sistema de intereses “nacionales” entró en vigor sólo después de que la Comisión Europea considerara que el régimen de los centros de coordinación previsto en Bélgica no era conforme a las disposiciones del Tratado sobre la Comunidad Europea en materia de Ayudas de Estado.

sometida a tal tipo de tributación⁵⁰. Esa neutralidad se verifica también en el comercio entre Estados miembros, a través de una normativa armonizada tanto de las categorías de los hechos imponibles como de los criterios de localización de las mismas, lo que implica la eliminación casi total de toda situación de doble imposición⁵¹. En materia de impuestos directos, el criterio de neutralidad fiscal puede ser encontrado en la Directiva 90/434/1990⁵². Esta última prevé que las operaciones de fusión, escisión, cesión de activos e intercambios de acciones no deben obstaculizarse por restricciones, desventajas y distorsiones consecuencia de las disposiciones fiscales de los Estados Miembros. De hecho, la tributación no puede constituir un impedimento a la adopción de decisiones relativas a la reestructuración o a la reorganización empresarial⁵³.

Indirectamente, la idea de que la persecución de un objetivo de neutralidad, a través de la eliminación o al menos la atenuación a nivel europeo de los fenómenos de doble imposición, pueda favorecer concretamente la libertad de circulación de capitales en el ámbito europeo se reencuentra además en las directivas comunitarias en materia de fiscalidad directa progresivamente recibidas por los Estados miembros.

En particular, se pueden citar la Directiva del Consejo de 23 de julio de 1990, 90/435/CEE, objeto de modificaciones por obra de la Directiva 2003/123/CEE⁵⁴, relativa al régimen fiscal común aplicable a las Sociedades matriz filiales de los distintos Estados miembros y la Directiva 2003/49/CEE⁵⁵, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de

⁵⁰ En este sentido, por ejemplo, Tribunal de Justicia, sentencia de 15 de enero de 1998, C-37/95, Ghent Coal Terminal, par. 15.

⁵¹ Véase E.Traversa y Ch. A. Helleputte, *Double (non-)taxation in VAT and direct taxes: how to achieve convergence within a summa divisio? A European Perspective*, in M. Lang, P. Melz and E. Kristofferson, *Value Added Tax and Direct Taxation – Similarities and Differences*, IBFD, 2009, p. 339-368

⁵² Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 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.

⁵³ Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro.

⁵⁴ Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, en versión modificada por la Directiva 2003/123/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

⁵⁵ Directiva 2003/49/CE, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros.

intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros.

También ha de mencionarse la Directiva 2003/48/CE⁵⁶, de 3 de junio de 2003, que ha introducido un régimen de tributación uniforme aplicable a los rendimientos del ahorro pagados bajo forma de intereses, con particular relevancia en este contexto. Si bien se ha dejado intacto el poder de los Estados miembros de hacer tributar los intereses en la fuente, el intercambio de información entre el Estado de la fuente y el Estado de la residencia deberían, lógicamente, acompañarse de la abolición de la tributación en la fuente de los intereses y, por tanto, la eliminación de la doble imposición jurídica. Hasta ahora, de todas formas, no se han dado posiciones a nivel europeo en tal sentido⁵⁷.

7. La doble imposición, el derogado artículo 293 CE y la orientación del Tribunal de Justicia

En el estado actual, la neutralidad entendida en un sentido lato (y, en consecuencia, la prohibición de doble imposición) no se ha reconocido, más allá de la aplicación particular ya citada, si no como un verdadero y propio principio general del Derecho europeo.

a) Doble imposición y derogación del artículo 293 CE

La necesidad de regular las relaciones entre los Estados miembros estipulando Convenios que prevengan la doble imposición se encontraba indicada por el art. 220 del Tratado CEE⁵⁸, a fin de “eliminar o atenuar los

⁵⁶ Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.

⁵⁷ La importancia de este tema está relacionada además con la presencia de un intercambio de información entre los Estados miembros como instrumento que refuerce el respeto de la normativa en materia tributaria, necesariamente ligada a la tributación en el Estado de residencia, como parece sugerir la Directiva. La tributación a través del Estado de residencia debe ser, sin embargo, tratada como un tema distinto de la cuestión concerniente a la tributación de los intereses, también en relación con las dudas en materia de la eficacia real de los mecanismos previstos con referencia al intercambio de informaciones respecto a la tributación en la fuente. Véase Frans Vanistendael, *The European Interest Savings Directive – An appraisal and proposals for reform*, in *Bulletin International Taxation*, April 2009, p. 152.

⁵⁸ El artículo 293 del Tratado CE, ya derogado por el Tratado de Lisboa, señalaba:

efectos negativos para el funcionamiento del Mercado interior que derivan de la coexistencia de los sistemas fiscales nacionales". El artículo 220 CEE, convertido después en 293 CE, se limitaba aún a invitar a los Estados miembros a ejecutar acciones concretas dirigidas a circunscribir o eliminar las situaciones de doble imposición. Por ello, parte de la doctrina había interpretado esta disposición como una norma que concebía la eliminación de la doble imposición como una medida no estrictamente necesaria. Esta interpretación se reforzaba por el hecho de que el artículo 293 del Tratado no era aplicable directamente por sí y no contemplaba obligaciones o competencias exclusivas para las instituciones comunitarias. A consecuencia de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la obligación general de los Estados Miembros de abolir la doble imposición internacional en el área no armonizada de la imposición directa ha sido notablemente modificada. La obligación anteriormente prevista en el artículo 293, por otra parte, se puede considerar todavía existente sobre la base del principio de lealtad (artículo 10 del Tratado⁵⁹) y de los objetivos del Mercado interior. Tras la derogación del artículo 293, aún, la obligación de los Estados miembros en relación a la eliminación de la doble imposición no queda libre de potenciales equívocos⁶⁰ y puede, por ello, presentar problemas aplicativos⁶¹.

Para comprender la actual extensión de tal obligación es necesario verificar a que conclusiones había llegado la interpretación jurisprudencial del Tribunal de Justicia antes de la reciente intervención normativa.

En la jurisprudencia inicial en materia de imposición directa, el Tribunal de Justicia entendió las libertades del Tratado principalmente como normas que prohibían la discriminación en relación con ciudadanos de otros Estados Miembros⁶². La jurisprudencia comunitaria ha modificado sucesivamente su

"Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales: [...]

- la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad".

⁵⁹ Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada.

⁶⁰ En ese sentido, sin embargo, J. Sullivan, *The non-exercise of taxing powers by Member States and its compatibility with EC law*, in *European Taxation*, 4 (2009), p. 193.

⁶¹ Véase Martti Nieminen, *Abolition of double taxation in the Treaty of Lisbon*, *Bulletin for international taxation*, June 2010, p. 330; Luca Cerioni, *Double taxation and the internal market: reflections on the ECJ's decisions in Block and Damseaux and the potential implications*, *Bulletin for international taxation*, Noviembre 2009, p. 543

⁶² Se trata, por ejemplo, de Tribunal de Justicia, sentencia de 26 de enero de 1993, causa C-112/91, Werner. A un ciudadano alemán residente en Holanda se negaban deducciones reservadas a los ciudadanos alemanes.

posición. En algunas decisiones, se ha afirmado que las previsiones del Tratado prohíben no sólo las discriminaciones de los ciudadanos no residentes, sino también todas las otras restricciones, en relación tanto con residentes como de no residentes, que tenían implicaciones en relación con la libertad de circulación de mercancías en la Comunidad⁶³. Si bien, sobre la base de esta última orientación, no son admisibles discriminaciones para los no residentes en materia de exención o crédito de impuesto, se debe considerar aún que los sistemas tributarios nacionales no están armonizados en materia de imposición directa⁶⁴. El Tribunal de Justicia ha podido, en esa línea, afirmar que las libertades garantizadas por el Tratado no se hallan en grado de prevenir la doble imposición internacional⁶⁵, dado que las disposiciones comunitarias no establecen criterios generales para el reparto de competencias entre los Estados miembros con referencia a la eliminación de la doble imposición en el seno de la Comunidad^{66/67}.

A pesar de que la eliminación de la doble imposición entre los Estados Miembros fuese uno de los objetivos del Tratado de Roma⁶⁸, el Tribunal de Justicia ha reconocido que, a falta de disposiciones comunitarias de unificación o de armonización (en particular, en el sentido del derogado artículo 293, según redacción del Tratado CE) los Estados miembros mantienen la competencia para definir mediante Convenios internacionales o unilateralmente los criterios para repartir su poder impositivo, en particular a fin de eliminar la doble imposición⁶⁹.

⁶³ Véase por ejemplo Tribunal de Justicia, sentencia de 27 de junio de 1996, , causa C-107/94, Asscher; Tribunal de Justicia, sentencia de 15 de mayo de 1997, causa C-250/95, Futura; Tribunal de Justicia, sentencia de 12 de mayo de 1998, causa C-336/96, Gilly; Tribunal de Justicia, sentencia de 28 de abril de 1998, causa C-118/96, Jessica Safir; y Tribunal de Justicia, sentencia de 14 de diciembre de 2000, causa C-141/99, Amid.

⁶⁴ Véase, a propósito, entre las contribuciones más recientes sobre el tema, Malcolm Grammie, *Non discrimination and the taxation of cross border dividends*, in *World tax journal*, Junio 2010, pag. 162.

⁶⁵ Véase Tribunal de Justicia, sentencia de 12 de mayo de 1998, C-336/96, Gilly; Tribunal de Justicia, sentencia de 14 de noviembre de 2006, Kerckhaert Morres, C-513/04, Tribunal de Justicia, sentencia de 16 de julio de 2009, C-128/08, Jacques Damseaux v. État Belge. En este sentido, B. TERRA, P. WATTEL, *European Tax Law*, Kluwer, 2008, p. 174.

⁶⁶ En materia de la relación entre las disposiciones comunitarias y el modelo OCDE, entre las contribuciones más recientes, Ruth Mason, *Tax discrimination and capital neutrality*, in *World tax journal*, Junio 2010, pag. 126.

⁶⁷ Sobre la relación entre la doble imposición y la no discriminación, con referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, Sjoerd Douma, *The three ds of direct tax jurisdiction: disparity, discrimination and double taxation*, *European Taxation*, Noviembre 2006, pag. 522.

⁶⁸ Lehner, *The influence of EU law on tax treaties from a German prospective*, 54 *Bulletin for international fiscal documentation* 8/9 (2000), 461.

⁶⁹ Entre la notable jurisprudencia en la materia, véase Tribunal de Justicia, sentencia de 12 de mayo de 1998 C-336/96, Gilly, Rep. pag. I-2793, puntos 24 e 30; Tribunal de Justicia,

b) Doble imposición de dividendos y Convenios bilaterales

Con la sentencia *Kerckhaert-Morres*⁷⁰, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado a fin de aclarar si el principio general de libre circulación de capitales puede compararse con la legislación de un Estado miembro en materia de la tributación sobre la renta y sobre los rendimientos. La regulación nacional preveía la tributación del perceptor por los dividendos distribuidos por sociedades establecidas en el mismo Estado o de empresas establecidas en otro Estado Miembro en base a un tipo único. La normativa nacional (belga), sin embargo, no admitía en relación con los dividendos distribuidos por la sociedad extranjera la deducción del impuesto a la fuente aplicada en el Estado miembro⁷¹. Las rentas que deriven de la inversión directa efectuada por personas físicas en una sociedad residente en otro Estado miembro sufren una tributación mayor (en el caso concreto, 15 por ciento en Francia y 25 por ciento en Bélgica, aplicada al rendimiento neto) respecto de los rendimientos derivantes de la participación en una sociedad belga.

Prima facie, la legislación fiscal belga no generaba ninguna discriminación para los contribuyentes allí residentes que percibieran dividendos distribuidos por una sociedad establecida en Bélgica y aquellos que cobraen talones por sociedades establecidas en otro Estado miembro: para ambos casos, de hecho, la ley belga prevé la aplicación de un tipo de gravamen idéntico al 25% a título de impuesto sobre la renta. De frente, sin embargo, a la ausencia de disposiciones que permitan un tratamiento diverso para situaciones no coincidentes – en espera de la sujeción de los dividendos

sentencia de 21 de septiembre de 1999, causa C-307/97, Saint-Gobain ZN, Rep. pag. I-6161, punto 57; Tribunal de Justicia, sentencia de 5 de julio de 2005, causa C-376/03, D., Rep. pag. I-5821, punto 52; Tribunal de Justicia, sentencia de 19 de enero de 2006, causa C-265/04, Bouanich, Rep. pag. I-923, punto 49; Tribunal de Justicia, sentencia de 7 de septiembre de 2006, causa C-470/04, N, Rep. pag. I-7409, punto 44; Tribunal de Justicia, sentencia de 12 de diciembre de 2006, causa C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Rep. pag. I-11673, punto 52, así como Tribunal de Justicia, sentencia de 14 de diciembre de 2006, causa C-170/05, Denkvit Internationaal y Denkvit France, Rep. pag. I-11949, punto 43.

⁷⁰ Tribunal de Justicia, sentencia de 14 de noviembre de 2006, causa C-513/04, Kerckhaert-Morres.

⁷¹ Para un examen de la regulación nacional belga, Enrico Schoonvliet, *Unilateral and Treaty measures in Belgium for the avoidance of double taxation*, en Bulletin for international taxation, Agosto/Septiembre 2008, pag. 430.

extranjeros a retención de la fuente del 15 por ciento (en el estado de residencia de la sociedad comunitaria), no previsto para los dividendos distribuidos por sociedades residentes en Bélgica –era inevitable que se crease un efecto de doble imposición.

El Tribunal de Justicia ha considerado que las consecuencias desfavorables generadas por el sistema tributario belga derivaban del ejercicio paralelo por parte de dos Estados Miembros de su competencia fiscal y no de la violación por parte de uno de ellos de una libertad económica proyectada por el Tratado. Los jueces de Luxemburgo han precisado, por tanto, que corresponde sólo a los Estados Miembros adoptar las medidas necesarias para prevenir situaciones como la tratada, utilizando los criterios de reparto seguidos en la práctica fiscal internacional.

La derogación del artículo 293 del Tratado no ha hecho venir a menos el acervo comunitario preexistente, conformado por la distinta jurisprudencia, entre la cual, en particular, la sentencia *Kerckhaert-Morres*⁷². Al contrario, esta decisión, requiriendo a los Estados Miembros que ejecuten las medidas necesarias para limitar la doble imposición a través de Tratados *ad hoc* en materia tributaria, respecto a un no discriminatorio ejercicio de tributación, obliga a los Estados Miembros, hasta incluso más, a la misma aplicación de la disposición contenida en el antiguamente vigente artículo 293. De este modo, de hecho, en vez de dar una indicación general *rebus sic stantibus* se indica expresamente cuando sea necesario un Tratado y debe tenerse una regla esencial. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sido confirmada con la sentencia *Damseaux*⁷³. El Tribunal resalta que no se puede mantener que corresponda necesariamente al Estado miembro de residencia prevenir la doble imposición entre el Estado miembro de la fuente de los dividendos y el Estado miembro del Estado del accionista. En ese caso, de hecho, se conferiría automáticamente una prioridad a la imposición de los rendimientos al Estado miembro de la fuente. Por un lado, se podría también afirmar que tal reparto de competencias sería conforme a la práctica jurídica internacional y, sobre todo, al modelo elaborado en base al

⁷² Tribunal de Justicia, sentencia de 14 de noviembre de 2006, causa C-513/04, *Kerckhaert-Morres*.

⁷³ Tribunal de Justicia, sentencia de 16 de julio de 2009, en el procedimiento C-128/08, teniendo por objeto la petición de cuestión prejudicial propuesta al Tribunal, en el sentido del art. 234 CE, por el Tribunal de primera instancia de Lieja (Bélgica) en la causa Jacques Damseaux contra el Estado belga.

Convenio OCDE⁷⁴. Al mismo tiempo, sin embargo, el Tribunal de Justicia ha sostenido que la interpretación del Derecho comunitario no deja aún espacio, en el estado actual, a criterios generales para el reparto de competencias entre los Estados miembros en lo que se refiere a la eliminación de la doble imposición en el interior de la Comunidad. Se llegó así a la conclusión de que si de un lado un Estado miembro no puede invocar un Convenio bilateral para escapar de las obligaciones asumidas en virtud del Tratado⁷⁵, la circunstancia de que o el Estado miembro de la fuente de los dividendos o el Estado miembro de residencia del accionista puedan hacer tributar tales dividendos no implica que el Estado miembro de residencia esté obligado, por mor del Derecho comunitario, a prevenir las consecuencias desfavorables que podrían derivar del ejercicio de la competencia así repartida entre los dos Estados miembros.

c) Doble imposición y retención en la fuente: intereses y dividendos en comparación

En materia de intereses, quizá el caso reciente más significativo⁷⁶ es el de la *Truck Center*⁷⁷, con el que el Tribunal de Justicia resolvió una situación análoga en distintos aspectos a la tratada en el caso *Kerckhaert-Morres*⁷⁸, a pesar de que en este caso el objeto del pago fueran intereses y no dividendos⁷⁹. Se trataba de comprobar la compatibilidad con el Tratado CE de la normativa de un Estado Miembro (otra vez más Bélgica) que preveía una retención en la fuente del impuesto sobre los intereses pagados por una sociedad residente en ese Estado a una sociedad beneficiaria residente en

⁷⁴ OCDE, Modelo de Convenio Fiscal sobre rendimientos y capitales, versión 2010.

⁷⁵ V. Tribunal de Justicia, sentencia de 14 de diciembre de 2006, causa C-170/05, *Denkavit International y Denkavit France*, Racc. pag. I-11949, punto 53, así como Tribunal de Justicia, sentencia *Amurta*, cit., punto 55.

⁷⁶ Entre la numerosa doctrina sobre la jurisprudencia anterior, se debe resaltar Antonello Lupo, *Reliefs from economic double taxation on EU dividends: impact of the Baars and Verkooijen Cases*, en *European taxation*, Julio 2000, pag. 270 y Jonathan S. Schwarz, *Current issues under European Community law on cross-border dividends*, en *International bureau of fiscal documentation*, Febrero 2001, pag. 46.

⁷⁷ Tribunal de Justicia, sentencia de 22 de diciembre de 2009, C-282/07, *Truck Center*.

⁷⁸ Tribunal de Justicia, sentencia de 14 de noviembre de 2006, causa C-513/04, *Kerckhaert-Morres*.

⁷⁹ Véase Marc Dassel, *Belgian withholding taxes on outbound dividends and interest: the challenge of Community law*, *Bulletin for international taxation*, August/September 2008, p. 337.

otro Estado Miembro, pero, al mismo tiempo, exoneraba de esa retención a los intereses pagados a una sociedad beneficiaria residente en el primer Estado miembro.

El Tribunal de Justicia ha considerado que la libertad de establecimiento no obstaculizaba tal disparidad, dado que las diferencias de trato previstas por la normativa tributaria belga no eran comparables. No parecía, de hecho, jurídicamente configurable una situación objetivamente análoga en el trato previsto de la normativa nacional concerniente a las sociedades beneficiarias de los rendimientos de capital, consistente en la aplicación de técnicas impositivas diversas, según que tales sociedades estuvieran establecidas en Bélgica o en otro Estado Miembro.

Según el Tribunal, se dan, de hecho, situaciones distintas y no comparables según que el Estado Miembro esté en la situación de Estado de residencia de las sociedades interesadas o sea el Estado de la fuente de los intereses. De ahí se deriva la necesidad de diferenciar el caso en el que la sociedad que distribuya intereses a la sociedad beneficiaria de tales intereses resida en el mismo Estado Miembro o en el que la sociedad residente en un determinado Estado Miembro pague intereses a una sociedad no residente.

De forma especular, surgen supuestos de hecho gravables diferenciables toda vez que el pago de intereses se efectúe por parte de una sociedad residente a otra sociedad residente, o cada vez que el pago se efectúe por parte de una sociedad residente frente a una sociedad no residente.

De la posibilidad de un tratamiento diferente derivan una serie de conclusiones. En primer lugar, incluso si la retención de impuesto mobiliario no se recauda sobre los intereses pagados por una sociedad residente a otra sociedad residente, normalmente (como se daba en el caso concreto) estos intereses se sujetan posteriormente al impuesto sobre sociedades del mismo Estado.

En segundo lugar, las sociedades beneficiarias residentes quedan sometidas directamente al control de la administración tributaria nacional. Esta última puede garantizar la recuperación del impuesto por vía ejecutiva. Viceversa, esto no sucede en el caso de la sociedad beneficiaria no residente, ya que para esta última, la recuperación del impuesto necesita de la asistencia de la administración tributaria de su Estado de residencia.

En tercer lugar, la diferencia de trato resultante de la normativa tributaria no procura necesariamente una ventaja a las sociedades beneficiarias residentes en cuanto que son obligadas a realizar pagos a cuenta del impuesto sobre sociedades. El tipo de gravamen de la retención del impuesto mobiliario recaudado sobre los intereses pagados a una sociedad no residente, además, es netamente inferior al del impuesto sobre sociedades, percibido sobre los rendimientos de la sociedad residente beneficiaria de intereses.

Cuando se ha referido a situaciones análogas de aplicación de retención en la fuente, pero sobre dividendos, el Tribunal de Justicia ha llegado, en cambio, a conclusiones opuestas. El reciente caso *Comisión contra la República Italiana*⁸⁰, que confirma la jurisprudencia anterior (casos *Denkavit Internationaal*⁸¹, *Amurta*⁸², y *Aberdeen Property Investement*⁸³) constituye un buen ejemplo. Los jueces de Luxemburgo, decidiendo sobre el trato menos favorable con el que la normativa italiana sujeta los dividendos distribuidos a sociedades establecidas en otros Estados miembros, ha afirmado que esta constituye una restricción a la libertad de circulación de capitales incompatible con el principio de libre circulación de capitales.

En ese caso, la legislación italiana eximía de impuestos, hasta el 95%, los dividendos distribuidos a sociedades residentes, y sujetaba el restante 5% al tipo de gravamen normal del impuesto sobre la renta de las sociedades, del 33%. Los dividendos distribuidos a sociedades establecidas en otros Estados miembros se sujetaban a un retención en la fuente del 27%. Por otra parte, bajo petición se podía obtener una devolución hasta un máximo de cuatro novenos de ese impuesto. También podía aplicarse una retención a la fuente a tipo reducido a raíz de lo previsto por los distintos convenios para evitar la doble imposición, toda vez que se satisficieran los requisitos correspondientes de participación y duración de la participación. Este tipo de gravamen, sin embargo, era superior al del impuesto sobre los dividendos distribuidos a las sociedades residentes. La normativa italiana

⁸⁰ Tribunal de Justicia, sentencia de 19 de noviembre de 2009, causa C-540/07, Comisión se la Comunidad Europea contra la República Italiana.

⁸¹ Tribunal de Justicia, sentencia de 14 de diciembre de 2006, causa C-170/05, Denkavit Internationaal BV, Denkavit France SARL contra Ministro de Economía, Finanzas e Industria.

⁸² Tribunal de Justicia, sentencia de 8 de noviembre de 2007, causa C-379/05 Amurta SGPS contra Inspector van de Belastingdienst/Amsterdam.

⁸³ Tribunal de Justicia, sentencia de 18 de junio de 2009, causa C-303/07, Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy

sujetaba, por tanto, los dividendos distribuidos a sociedades establecidas en otros Estados Miembros a un tipo de gravamen superior al aplicado a los dividendos distribuidos a las sociedades residentes. Esta diferencia de trato podía disuadir a las sociedades establecidas en otros Estados miembros de efectuar inversiones en Italia y constituía, por tanto, una restricción a la libre circulación de capitales prohibida, como norma general, por el art. 56, n.1, CE⁸⁴.

El Tribunal ha examinado si la sociedad beneficiaria de dividendos residentes en Italia y las establecidas en otro Estado miembro se encontraban o no en situaciones análogas. Se ha resaltado que el ejercicio estatal de la propia competencia tributaria genera, como tal, independientemente de toda tributación en otro Estado miembro, un riesgo de tributación en cadena o de doble imposición económica. A fin de que las sociedades beneficiarias no residentes no se encuentren de frente a una limitación de la libre circulación de capitales prohibida por el Tratado el Estado de residencia de la sociedad que distribuye debe vigilar a fin de que, en relación al procedimiento previsto por su Derecho nacional al fin de prevenir o atenuar la imposición en cadena o la doble imposición económica, las sociedades accionistas no residentes se sujeten a un trato equivalente a aquel del que se benefician las sociedades accionistas residentes⁸⁵.

Por tanto, el Tribunal ha resaltado que el legislador italiano eligió ejercitar su competencia fiscal sobre los dividendos distribuidos a sociedades establecidas en otros Estados miembros. Los no residentes beneficiarios de esos dividendos se encontraban, en consecuencia, en una situación análoga a aquella de los residentes en lo que se refería al riesgo de doble imposición económica de los dividendos distribuidos por las sociedades residentes, para las que los beneficiarios no residentes no pueden ser tratados distintamente de como son tratados los beneficiarios residentes. Por esta razón, no se

⁸⁴ De acuerdo con el art. 58, n. 1, CE, «lo dispuesto en el artículo 56 se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a (...) aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital (...)». La excepción ahí prevista se limita, a su vez, por el art. 58, n. 3, CE, que establece que las disposiciones nacionales a las que se refiere el art. 58, n. 1, «no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el artículo 56».

⁸⁵ Véanse las citadas sentencias *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, punto 70, y *Amurta*, punto 39

consideró que la normativa italiana fuese conforme al principio de libre circulación de capitales.

Comparando este razonamiento con el seguido por el Tribunal en la sentencia *Truck Center* en materia de intereses, es necesario interrogarse por el motivo por el cual el Tribunal realiza una diferencia de trato como esa entre los dividendos y los intereses en situaciones casi idénticas. De hecho, parece inoportuno recurrir, en algunos casos, al argumento de la coherencia del legislador nacional en la elección de atenuar o eliminar la doble imposición en materia de dividendos y, al mismo tiempo, justificar en otros casos una doble imposición de los intereses, y de los propios dividendos en otros contextos (como ha sucedido en el caso de las precitadas sentencias *Kerckhaert-Morres* y *Damseaux*⁸⁶).

8. Conclusiones

Se ha podido ver como el Tribunal de Justicia se ha interesado por los conceptos de intereses y dividendos con referencia principalmente a los obstáculos que limitan la libertad prevista por el Tratado en relación a las previsiones nacionales en materia antiabuso y a las situaciones de doble imposición internacional. No se puede afirmar que la jurisprudencia comunitaria tenga una preferencia, aunque fuese indirecta, por una de esas formas de financiación. Evidentemente, los límites de la competencia de la Unión en el ámbito de la imposición directa y, consecuentemente, la ausencia de una política legislativa europea efectiva en las directivas comunitarias ponen límites al estado actual impracticables también frente a la actividad interpretativa de origen jurisprudencial. En ejemplo de estos límites puede resaltarse el hecho de que el Tribunal, tanto en materia de intereses como de dividendos, se refiera sistemáticamente a la libertad de los Estados miembros de elegir libremente los criterios de reparto de su potestad impositiva, lo que hace imposible, por ejemplo, el reconocimiento a nivel de principio general de la incompatibilidad con el derecho de la Unión

⁸⁶ Tribunal de Justicia, sentencia de 14 de noviembre de 2006, causa C-513/04, *Kerckhaert-Morres*; Tribunal de Justicia, sentencia de 16 de julio de 2009, causa C-128/08, *Jacques Damseaux v. État Belge*.

Europea de fenómenos de doble imposición no contemplados específicamente en las directivas de armonización.

Del análisis del Derecho europeo emerge además la dificultad de reconstruir una noción comunitaria de intereses y dividendos, lo que constituye un obstáculo añadido a la realización del mercado interior.

Por un lado, de la falta de una armonización real a nivel del Convenio OCDE y, consecuentemente, en el ámbito europeo de los conceptos de intereses y dividendos se podría derivar el riesgo de doble imposición o ausencia de imposición. Por otra parte, el examen efectuado ha permitido aclarar que el campo en el que esta sobreimposición puede aparecer con mayor probabilidad es el de la subcapitalización. También en este ámbito ha intervenido más veces la jurisprudencia comunitaria. Como se ha podido notar, sin embargo, la jurisprudencia se limita principalmente a examinar las justificaciones nacionales a los obstáculos que limitan las libertades previstas por el Tratado en un contexto de cláusulas antiabusivas, retomando en consecuencia la calificación utilizada en Derecho interno. Además, la normativa comunitaria no afronta directamente el problema de la subcapitalización, en virtud de la definición de intereses utilizada en sede comunitaria. De ahí se deriva que, sobre la base del Derecho europeo, como norma general, no parece sancionable una legislación nacional, como la belga que no considere forma alguna de intereses como dividendos, sino que simplemente no permita la deducción de tales intereses.

Además de ese aspecto, la legislación europea no toma ninguna posición relativa a los Estados miembros, como el Belga, que prevean en su ordinamiento formas de intereses nacionales. En Bélgica, ese sistema ha permitido limitar de hecho el recurso a normas en materia de subcapitalización. Como se ha aclarado, los intereses nacionales permiten, de hecho, una deducción del rendimiento gravable de las sociedades en conformidad a la suma de capital de riesgo. Se trata, por tanto, de un sistema que favorece el recurso a esa tipología de financiación, disminuyendo el clásico incentivo de recurrir al endeudamiento para aprovechar la deducibilidad de los intereses.

La ausencia de de tipologías comunes en materia de dividendos e intereses en el Derecho de la Unión Europea comporta un riesgo más que latente de competencia entre sistemas fiscales. La tendencia actual presente en los

ordenamientos jurídicos nacionales es, por lo general, la de buscar reducir los propios tipos de gravamen a fin de mejorar la competitividad fiscal propia. Tales reducciones se financian normalmente a través de la ampliación de la base imponible, lo que se puede lograr a través de la extensión de normativas antiabuso o de previsiones que limiten la deducibilidad de algunas cargas, como, por ejemplo, los intereses. Los ordenamientos que prevén intereses nacionales persiguen, en cambio, un objetivo similar, pero con una lógica diversa, cuya ventaja parece evidente, en cuanto que permite beneficiarse de un flujo de capitales y, más allá, tener un impuesto sobre los rendimientos derivantes de la diferencia positiva entre los intereses nacionales y el rendimiento de los intereses pagados por la sociedad. La coexistencia en el interior de la Unión Europea de esas opciones de política tributaria hace aún más fuerte la competencia fiscal entre los Estados miembros en un contexto ya propicio ligado a la crisis económica. En particular, la existencia de formas de financiación híbridas permite a los contribuyentes beneficiarse de la ausencia de armonización, estructurando su actividad de tal modo que aprovechen la disparidad de las calificaciones aplicables por los distintos Estados miembros.

De jure condendo parece, por tanto, evidente la necesidad de superar las diferencias actuales previstas en los ordenamientos nacionales en materia de intereses y dividendos y de perseguir una armonización mayor a nivel europeo tanto sobre el régimen fiscal como sobre la definición de esos conceptos, se haga a través de directivas o a través de iniciativas interpretativas más decididas por parte del Tribunal de Justicia. La necesidad de una integración entre los sistemas fiscales nacionales, a la luz de un principio real de neutralidad fiscal pacíficamente reconocido, parece sembrar ya la única vía a seguir para poder evitar una competencia fiscal entre los Estados Miembros que pudiera perjudicar a nivel global la competitividad del sistema económico europeo.