

# La interpretación de las Instituciones Europeas\*

(Interpretation by European Institutions)

López Rodríguez, Juan

Comisión Europea

Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera

Wetstraat 200

B-1049 Bruselas

BIBLID [1138-8552 (2002), 18; 239-252]

---

*La principal característica del derecho fiscal comunitario actualmente vigente es que ha intentado eliminar los obstáculos fiscales existentes para la consecución de un mercado interior. Otro de los principios que fundamentan la normativa existente es la equiparación de tratamiento fiscal de todos los residentes en la Unión Europea. El paquete fiscal y principalmente la Directiva sobre el ahorro y el código de conducta son las iniciativas fiscales más importantes de estos momentos. En concreto, el código de conducta implica la asunción por parte de los Estados miembros de unos compromisos en cuanto a los criterios que debe respetar en el ejercicio de su política tributaria y sobre todo de unos compromisos de no adoptar medidas fiscales que pudieran considerarse perniciosas para la competencia.*

*Palabras Clave: Directiva. Armonización. Competencia fiscal. Código de conducta. Comisión.*

*Barne merkatua lortzeko aurkitzen diren oztopo fiskalak kentzea izan da gaur indarrean den komunitateko zuzenbide fiskalaren ezaugarri nagusia. Europako Batasuneko jende guztiaren tratamendu fiskala parekatzea da gaurko arauen oinarrian diren printzipioetariko bat. Pakete fiskala eta bereziki aurrezki eta jokabide kodeari buruzko Araubidea dira une hauetako ekimen fiskal garrantzitsuenak. Zehazki, Estatu hidaeek beren zerga politiken jardueran errespetatu beharreko irizpide batzuk hartzea dakar jokabide kodeak, eta batez ere, lehiakortasunerako kaltegarritzat har litezkeen neuri fiskalak ez hartzeko zenbait konpromiso.*

*Giltza-Hitzak: Araubidea. Harmonizazioa. Aginpide fiskala. Jokabide kodea. Batzordea.*

*La caractéristique principale du droit fiscal communautaire actuellement en vigueur est qu'il a essayé d'éliminer les obstacles fiscaux existants pour l'obtention d'un marché intérieur. Un autre des principes sur lequel se base la réglementation existante est la similitude de traitement fiscal de tous les résidents dans l'Union européenne. Le paquet fiscal et principalement la Directive sur l'épargne et le code de conduite sont les initiatives fiscales les plus importantes en ce moment. En bref, le code de conduite implique la prise en charge par les Etats membres de compromis concernant les critères qu'ils doivent respecter dans l'exercice de leur politique tributaire et qu'ils ne doivent surtout pas adopter de mesures fiscales qui puissent être considérées pernicieuses pour la concurrence.*

*Mots Clés: Directive. Harmonisation. Compétence fiscale. Code de conduite. Commission.*

---

\* Transcripción.

Mi intervención va a tener una relación concreta con el derecho fiscal comunitario en el ámbito de la fiscalidad directa, que la temática que presenta mayores incertidumbres, mayor capacidad de evolución, y la política respecto de la cual los Estados miembros hasta la fecha han mostrado mayores reticencias y mayor dificultad de abrirse en un proceso de armonización y de hacer evolucionar la fiscalidad.

Hay que tener en cuenta, además, que en el proceso de globalización económica, y más en un ámbito europeo donde han desaparecido las fronteras, aun cuando existan de alguna forma todavía fronteras fiscales en lo que es la fiscalidad directa, y aunque no pueda decirse que las fronteras hayan sido del todo eliminadas en el marco de la fiscalidad indirecta. Pero no cabe duda que hay un mercado único en marcha, cada vez más integrado, y como consecuencia, las incidencias de política tributaria en el ámbito de la fiscalidad directa se han hecho sentir; han determinado ciertas reacciones por parte de las instituciones comunitarias, y abren un interrogante sobre cuál pueda ser el futuro de las políticas fiscales en el marco de la Unión Europea.

Es posible constatar en la actualidad tendencias en los derechos fiscales nacionales, como consecuencia de ese proceso de apertura de fronteras (Alemania está discutiendo en este momento una importante reforma fiscal de su impuesto de sociedades, también Francia y Bélgica han hecho anuncios en esta línea así como el ministro español), se detectan claramente ciertas tendencias dirigidas todas ellas en un mismo sentido, con una misma finalidad.

En este contexto general, y ante la necesidad de construir el Mercado Común, mi análisis se va a centrar en tres grandes bloques de materias: el primero es ver cuál es la situación del derecho fiscal comunitario que ya se encuentra en vigor; en segundo lugar voy a hacer algunas reflexiones sobre aquellos trabajos que están recibiendo un mayor impulso en la actualidad, básicamente el paquete fiscal y al código de conducta. Por último, realizaré una reflexión sobre las perspectivas futuras de la política fiscal europea.

La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo se ha centrado frecuentemente en las situaciones entre residentes y no residentes fiscales, en la medida en que desde el punto de vista de hecho un no residente se encuentra en una situación fiscal similar al residente fiscal; y por último existe también, al amparo del derecho comunitario, un convenio internacional conocido como Convenio de arbitraje, que se denomina “convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas”. Lo primero que hay que decir es que es un convenio internacional no es una norma de derecho comunitario como tal; auspiciado en el seno de la Unión Europea y suscrito obligatoriamente por los miembros de la Unión Europea, no es estrictamente una norma propia de derecho tributario originario derivado. Este convenio viene a resolver problemas de tributación de grupos multinacionales, en particular quiere resolver los problemas derivados de los ajustes unilaterales. Es decir, como todos sabe-

mos, en el marco de las relaciones de las empresas multinacionales se utilizan de alguna forma los precios de transferencia, precios acordados como consecuencia de que hay una unidad económica con capacidad para imponer un precio determinado, con el objeto de atribuir los beneficios de la actividad a una de las entidades del grupo, bien por estrategia comercial empresarial, bien por estrategia fiscal; en la medida en que haya un Estado que pueda pensar que como consecuencia de esos precios de transferencia esté perdiendo beneficios que someter a gravamen, suele haber reacciones dirigidas a decidir que el precio que debe corresponder a la operación sea otro diferente de tal manera que el beneficio a determinar en su jurisdicción sea otro diferente al fijado por las partes. En la medida en que esos ajustes a los precios los realice uno solo de los Estados el problema surge de inmediato, y es que un mismo beneficio puede estar siendo atribuido a dos sujetos pasivos diferentes, en definitiva es un problema de doble imposición, yo le llamaría “de hecho” si bien no es una terminología muy adecuada, pero quiero llamar la atención sobre la situación que deriva no tanto de la concurrencia de dos jurisdicciones al gravar una misma situación, como del hecho de que se producen dos valoraciones diferentes de una misma operación.

Los convenios de doble imposición internacional establecían para resolver estos problemas un procedimiento amistoso, y el Convenio de arbitraje viene a establecer su propio procedimiento amistoso, que viene a ser muy equivalente al de los convenios de doble imposición pero añade sobre todo, y como elemento de interés, la posibilidad de constituir una comisión consultiva que viene a ejercer funciones de arbitraje en la medida en que esos procedimientos amistosos para eliminar doble imposición no terminen con un acuerdo entre los Estados partes. Hay que retener que los convenios de doble imposición a la hora de regular sus procedimientos amistosos no establecen en ningún caso la obligación de llegar a un acuerdo, con lo cual era bastante frecuente que las autoridades competentes no llegaran a ningún tipo de solución y el problema de doble imposición no llegara nunca a resolverse. De acuerdo con este Convenio de arbitraje, transcurridos dos años del inicio del procedimiento si no hay un acuerdo se constituye una comisión consultiva que tiene un plazo de seis meses para emitir un dictamen, tras el cual se abre otro periodo de seis meses durante el cual las autoridades competentes deben llegar a un acuerdo, bien basado en el dictamen de la comisión o bien pueden llegar a un acuerdo diferente, pero en cualquier caso debe llegarse a una conclusión final con el objeto de evitar los problemas de doble imposición.

El convenio plantea básicamente dos problemas: como computar los plazos para iniciar esa fase de arbitraje, puesto que la directiva habla de un plazo de dos años desde que se sometiera el asunto, y entonces qué fecha se determina como aquella en la que se entiende sometido el asunto al conocimiento de las autoridades competentes, puesto que la directiva no es muy precisa en esa cuestión; y el otro gran problema que suscita el Convenio de arbitraje es que su artículo 8 atribuye a los Estados miembros la posibilidad de excluir el arbitraje en aquellas situaciones que pudieran derivar en una sanción grave. El gran problema está en decidir cuándo se

está en una situación que pudiera derivar en una sanción grave, pero también el problema está en la idea de que la posible existencia de una conducta generadora de infracción o de conducta ilícita quizá no debiera excluir la necesidad de resolver un problema de doble imposición que efectivamente existe como tal.

Dicho esto en relación con el derecho comunitario en vigor, y los problemas que hay suscitados en la actualidad y cuáles son los problemas que se quieren afrontar en el futuro, voy a entrar ahora a hablar del paquete fiscal como el gran conjunto de medidas fiscales que están ahora mismo en el debate de las instituciones comunitarias y respecto de los cuales se espera una solución en los próximos años.

El paquete fiscal fue auspiciado por el Consejo de ministros económico y financiero del 1 de diciembre de 1997 con un determinado horizonte temporal que era el año 2000 y cuya primera valoración es que si bien no hay un fracaso absoluto, sí que hay que constatar que después de tres años de discusiones se han puesto de manifiesto bastantes reticencias, bastantes divergencias de opinión, bastantes diferencias de aproximación a los problemas, y nos encontramos con que en el año 2000 lo que tenemos es un acuerdo de principios que debe abocar a la adopción final de dos directivas y de la puesta en ejecución del código de conducta para 1 de enero del 2003. El paquete fiscal arranca con un compromiso de los Estados miembros ante una situación internacional que estaba creando todo tipo de distorsiones, de competencias dañinas entre los Estados miembros, que estaba distorsionando ya no sólo el desarrollo de las políticas tributarias nacionales sino que estaba además creando problemas relativos a la asignación adecuada de recursos económicos y problemas relativos incluso a la creación de empleo. Según menciona el propio acuerdo, la adopción del paquete fiscal “responde a la necesidad de desarrollar una actuación coordinada en el ámbito de la Unión Europea al objeto de combatir la competencia fiscal pernicioso, para lograr objetivos como la reducción de las distorsiones que todavía existen en el Mercado Único o evitar pérdidas demasiado importantes de ingresos fiscales y orientar las estructuras fiscales de modo que favorezcan el empleo”. Como consecuencia de este acuerdo se fijan tres grandes líneas de actuación: fiscalidad de la empresa, que se va a traducir en la adopción del famoso Código de conducta, fiscalidad de las rentas del ahorro, con la finalidad de garantizar una imposición mínima en el ámbito de la Unión Europea de este tipo de rentas, y con la finalidad de abordar los problemas derivados de las retenciones fiscales en los pagos internacionales en concepto de intereses y cánones.

En una primera valoración de este acuerdo llama la atención que bajo el manto de la necesidad de abordar los problemas de la competencia fiscal dañina o pernicioso, aparecen medidas por una parte dirigidas a la fiscalidad de la empresa y del ahorro, en las que se centran las dos vertientes del problema: primero, evitar aquellas distorsiones generadas por la competencia internacional a la hora de decidir donde invertir, donde desarrolla una actividad económica; y segundo, los problemas de las retenciones fiscales

en concepto de intereses y cánones, que va dirigida precisamente a eliminar la existencia de tales retenciones, y que no es quizá tanto un problema de competencia fiscal dañina como un problema de distorsión a la hora de la construcción del mercado único.

Con esto quiero llamar la atención sobre algo que quisiera comentar al presentar las conclusiones: la diferente actitud de las instituciones comunitarias a la hora de abordar los problemas de la fiscalidad en la Unión Europea. Bajo mi punto de vista, el Consejo tiene una determinada visión de lo que debe ser la Unión Europea y como deben de abordarse los problemas de la Unión Europea, en tanto que la Comisión y el Tribunal hacen hincapié en una orientación diferente. Más adelante, cuando hablemos del proyecto de directiva de intereses y cánones, llamaré la atención sobre los comentarios que se incluyen en su exposición de motivos.

Entrando a hablar con más detalle sobre el código de conducta, se trata de abordar las situaciones de lo que se llama competencia fiscal dañina, en la medida en que la existencia de competencia fiscal en sí misma no parece que sea algo que se quiera evitar, sino por el contrario parece ser que puede contribuir a una cierta disciplina de los Estados miembros en sus políticas presupuestarias, si bien una competencia fiscal excesiva puede generar una serie de distorsiones que se quieren evitar, distorsiones tanto a la hora de asignar recursos económicos como a la hora de construir un sistema fiscal más justo en cuanto a la tributación del ahorro y la tributación de la renta del trabajo.

El código de conducta se va a referir, por tanto, a todas aquellas medidas fiscales con capacidad para influir de manera significativa en las decisiones de inversión, en la decisión de donde situar una determinada actividad económica. El código tiene una cierta visión omnicomprensiva en el sentido de que quiere centrarse no sólo en la existencia de determinadas medidas legales sino quiere ir más allá y quiere analizar también la posible existencia de imposiciones de tipo administrativo, o prácticas administrativas que puedan estar generando distorsiones en las decisiones de inversión. El gran valor a considerar a la hora de valorar estas medidas va a ser la existencia de un nivel fiscal de tributación que sea inferior al que normalmente están sometidas las empresas. El problema está en definir qué se entiende por un nivel de fiscalidad habitual, y el código va a hacer la comparación con la situación dentro de un determinado sistema fiscal como tal: se compara una determinada medida tributaria en relación con el sistema tributario en el que se incardina, lo que pone claramente de manifiesto que no hay una aspiración a la construcción de una idea de política tributaria habitual en el mercado de la Unión Europea, sino que las comparaciones se hacen en términos de sistemas tributarios nacionales.

Fijada esta gran línea directriz, a la hora de valorar las medidas perniciosas el Código insiste en una serie de criterios, los cuales enumera en primer lugar con un carácter meramente ejemplificativo, porque habla de que sean estos criterios "entre otros", pero hay que decir que estos criterios se han

convertido en el proceso de análisis de las medidas fiscales en los criterios utilizados para valorar las medidas fiscales, por tanto si bien pudiera estimarse la existencia de otros parámetros, estos cinco criterios son los que el grupo del Código de conducta creado para el desarrollo de la tarea de análisis han utilizado a la hora de llegar a alguna conclusión sobre si una determinada medida fiscal era o no perniciosa.

Estos cinco criterios son: en primer lugar el hecho de que las ventajas fiscales hayan estado establecidas en relación con no residentes o bien el hecho de que se trata de medidas fiscales dirigidas a ser aplicadas respecto de operaciones realizadas con no residentes. El grupo a la hora de desarrollar sus trabajos ha seguido un criterio no excesivamente literalista sino que por el contrario ha querido centrarse en aquellas medidas que, aun cuando en su texto normativo no mencionara que fueran medidas exclusivamente aplicables a no residentes, sí que ha considerado el hecho de que fueran medidas fiscales básicamente aplicables por contribuyentes no residentes. El segundo de los criterios ha sido el que las ventajas fiscales otorgadas estuvieran totalmente aisladas de la economía nacional, lo que se ha valorado desde la perspectiva de que las bases imponibles nacionales no se vean afectadas en realidad como consecuencia de aplicar estas medidas sino que el impacto fiscal se produjese en otros Estados miembros, que veían cómo beneficios o rentas desaparecían de su ámbito de su jurisdicción y se trasladaban hacia otros Estados miembros. El tercero de los criterios es valorar en qué medida el beneficio fiscal se puede disfrutar sin la existencia de una actividad económica real, sin que hubiera una presencia económica substancial en un determinado territorio. En cuarto lugar uno de los criterios más utilizados y quizá más incisivos: el hecho de que no se estuvieran aplicando debidamente los principios internacionales reguladores de tributación de beneficios de grupos multinacionales, en definitiva hay una referencia a la utilización o no de los criterios que deben regir los precios de transferencia entre grupos multinacionales. Y el último de los criterios ha sido el valorar en qué medida las disposiciones tributarias de estos regímenes especiales disponían o no de transparencia en su aplicación, en el sentido de que las autoridades fiscales nacionales dispusieran de mayor o menor discrecionalidad a la hora de decidir cuándo una determinada medida tributaria era o no aplicable a un determinado sujeto pasivo.

El Código de conducta, aparte de fijar estas líneas de análisis, implica la asunción de una serie de compromisos por parte de los Estados miembros, como es lógico. El primero de estos compromisos consiste en que la futura política tributaria va a orientarse en torno a estos criterios del Código, con el objeto evidentemente de tenerlos en cuenta para no introducir medidas fiscales que pudieran responder a estos criterios, y que pudieran ser por tanto indicativos de competencia fiscal perniciosa. Se establece un compromiso de revisar y analizar las medidas fiscales existentes en la actualidad con el objeto bien de derogarlas o bien de adaptarlas para que pudieran revestirse de esta apariencia de virtuosidad como consecuencia de la aplicación de estos criterios adoptados por el Código. Y el último de los compromisos, quizá fundamental, es la necesidad de promover que estos criterios básicos

de política tributaria dirigidos a evitar una competencia fiscal perniciosa se extiendan por terceros países; hay una gran preocupación en el ámbito europeo, y sobre todo en los sectores económicos, de que el asumir una serie de rigideces a la hora de elaborar los sistemas fiscales, no implique la introducción de unas situaciones comparativamente menos ventajosas de las que puedan encontrarse fueran del ámbito de la Unión Europea. Hay que decir que asumir una disciplina en el marco de la Unión Europea no va a excluir el hecho de que sigan existiendo paraísos fiscales, ni el que existan otros países que sin ser paraísos fiscales ofrecen regímenes fiscales particularmente ventajosos, y esa es una situación que va a generar distorsiones, problemas de competencia más allá de las fronteras comunitarias. Por supuesto, se asume también el compromiso por parte de los Estados miembros de que aquellos territorios dependientes o asociados de Estados miembros respecto de los cuales no resulta de aplicación el Tratado observen en el desarrollo de sus políticas tributarias los compromisos asumidos por el Consejo europeo.

Una vez adoptado en diciembre del 97 el Código, se constituyó el grupo del Código de conducta que ha venido desarrollando sus trabajos básicamente dirigidos a analizar las medidas fiscales existentes con el objeto de valorarlas a la luz del Código y decidir en qué medida pueda ser necesaria su modificación. La primera tarea asumida por el grupo fue la elaboración de un listado de medidas fiscales, más de 200, agrupadas en principio en cinco grandes grupos: un grupo de medidas relativas a servicios intragrupo, un segundo grupo relativas a servicios off shore y servicios financieros, un tercer grupo constituido por regímenes fiscales sectoriales en que se prestaba especial atención a que fueran regímenes dirigidos a determinados sectores de la actividad económica, un cuarto grupo a la existencia de incentivos regionales, y un quinto grupo calificado como “de otras medidas”, un gran cajón de sastre, entre las que por citar un ejemplo y para ilustrar aparecía el estudio de los diversos incentivos fiscales de deducciones de la cuota, o de libertades de amortización, etc., que se pueden encontrar en cualquier legislación fiscal. A estas cinco grandes categorías se añade finalmente un nuevo grupo donde se incluyeron las medidas fiscales propias de territorios dependientes y asociados de los Estados miembros.

En una segunda fase de trabajo se solicitó de los Estados miembros que presentaran una serie de estudios sobre niveles de presión fiscal efectiva derivados de la aplicación de las diversas medidas incluidas en las listas. Los Estados miembros mostraron dos actitudes diferentes: hubo casos que no presentaron ningún tipo de informe, con lo cual directamente se entendió que no se respondía al criterio de mantener unos niveles mínimos de presión fiscal efectiva, y por lo tanto esas medidas debían de continuar en el proceso de análisis, y los Estados miembros respecto de otras medidas sí que sometieron a la consideración del grupo determinados informes o estudios relativos a niveles de presión fiscal efectiva, si bien hay que decir que la conclusión final del grupo fue considerar que todas las medidas fiscales inicialmente incluidas en la lista, todas ellas no cumplían con unos niveles mínimos de presión fiscal efectiva como para que dejara de seguirse el pro-

ceso de análisis respecto de las mismas. En una tercera fase se inició un estudio sobre las medidas fiscales aplicables en islas y regiones ultraperiféricas. Como todos ustedes saben, el Tratado de la Unión Europea tiene una determinada preocupación sobre la necesidad de que estos territorios e islas ultraperiféricas sean objeto de un tratamiento especial, en términos de política general, con el objeto de no entorpecer su desarrollo económico como consecuencia de que los costes del transporte, las dificultades de desarrollar economías de escala, etc., no condicionen las posibilidades de desarrollo futuro de estos territorios. En consecuencia, los trabajos del código se centraron en relación con estos regímenes en valorar si las medidas fiscales de que disfrutaban eran o no proporcionadas y eran o no adecuadas para contribuir al desarrollo económico de estos territorios. En una cuarta fase del proceso de trabajo se amplió el conjunto de medidas fiscales a estudiar, como consecuencia de que los diversos Estados miembros propusieron al grupo la adición a la lista originaria de otras medidas fiscales que habían detectado en otros Estados miembros y que bajo su punto de vista pudieran encontrarse dentro de lo que podía calificarse como competencia fiscal dañina. Y por último, la última fase de trabajo se centró en la elaboración de estudios de apoyo, básicamente dos: uno relativo a un análisis comparado de los regímenes de “holding”, en la medida en que se trata de regiones fiscales bastante extendidas en el ámbito de la Unión Europea. Se alegaron la existencia de razones de estrategia empresarial como razones válidas para mantener un régimen fiscal específico y diferente al régimen general, lo que obligó y condicionó al desarrollo de una serie de análisis o estudios comparativos, y que vinieron a ofrecer unos parámetros con el objeto de valorar de una manera más adecuada ese conjunto de medidas fiscales establecidas en favor de los regímenes de “holding”. La conclusión básica del estudio de los regímenes de “holding” viene a señalar que podría entenderse como aceptable la exención de tributación de los dividendos y de las plusvalías de cartera siempre que este régimen fiscal de exención viniera rodeado de una serie de medidas de garantía: básicamente el hecho de que el disfrute de estos beneficios fiscales estuviera condicionado a que el origen de las rentas con cargo a las cuales se satisfacen los dividendos estuvieran involucradas con el desarrollo de actividades empresariales y que esos regímenes de “holding” estuvieran también rodeados de una serie de medidas antiabuso que permitieran que el disfrute de la exención fiscal estuviera desligada del disfrute anterior de otros regímenes preferenciales, de otros regímenes que se consideran como dañinos. El segundo de los informes estuvo relacionado con el criterio de la transparencia, con el desarrollo de determinadas prácticas por parte de las administraciones fiscales. Y tuvo por objeto valorar, por decirlo así, el grado de discrecionalidad de que se disfruta en cada administración tributaria a la hora de aplicar los diversos regímenes fiscales preferenciales.

Como consecuencia de estos trabajos se elabora finalmente un listado de 66 medidas que se han considerado como perniciosas. Entre este conjunto de medidas, en relación con lo que interesa en estas jornadas, cabe llamar la atención que han sido considerados como perniciosos los regímenes de centros de coordinación que habían aprobado las Diputaciones for-



les tanto en el País Vasco como en Navarra. En la medida en que resulta de interés, quisiera hacer mención a cuales son los grandes problemas que se han encontrado en la aplicación de los regímenes de centro de coordinación.

El régimen fiscal de los centros de coordinación responde a una cierta realidad empresarial. Los centros de coordinación son centros de prestaciones de servicios que se prestan en el marco de grupos multinacionales y que tienen por objeto facilitar la vida de aquellas empresas del grupo más ligadas con la actividad económica propia objeto del grupo, y los centros de coordinación tienen por objeto prestar servicios de tipo financiero, de suministro de materias primas, y una variada tipología de actividades. El hecho es que por su propia dinámica son entidades cuyo objeto de actividad se centra en la prestación de servicios a las otras empresas del grupo y se trata además por sus propias características de una actividad respecto de la cual resulta difícil encontrar otras empresas al margen del grupo que estén desarrollando actividades similares. Pero a pesar de ello las grandes críticas se han centrado precisamente en la necesidad de adecuar estas normativas a los principios internacionalmente aceptados en la valoración de los precios de transferencia. Se dice que este tipo de regímenes excluyen de por sí la aplicación del método de valoración en principio preferente, que es acudir a la valoración de operaciones vinculadas en función del precio comparable; se dice también, además, que se establecen unas normas de determinación de la base imponible no individualizadas, se establecen por el contrario criterios generales para que todo el mundo determine su base imponible según criterios similares sin tener en cuenta la especificidad propia de cada grupo multinacional, y se señala también el hecho de que a la hora de construir esa base hay una serie de componentes que no se van a tener en cuenta, en particular es bastante común encontrar que, determinada la base imponible en función de un porcentaje sobre gastos, no se computan entre los gastos aquellos de carácter financiero.

La situación ahora mismo del grupo de Código de conducta está en evaluar los procesos de adaptación de estas medidas declaradas como perniciosas a los criterios del Código de conducta. Como señalamos anteriormente, el compromiso que deriva del Código está no sólo en no introducir medidas fiscales perniciosas sino también en adaptar aquellas que pudieran existir en la actualidad a los criterios del Código de conducta. Y como digo, la labor en los próximos años del Código se centrará en estudiar cuál va a ser el proceso a través del cual los diversos Estados miembros van a ir adaptando esas normativas a las exigencias derivadas de las líneas del Código de conducta.

Avanzando en las medidas adoptadas en el Código de conducta, la directiva del ahorro tiene como objeto abordar no el problema de la fiscalidad de las empresas sino el problema de la fiscalidad de las rentas del capital; es un problema centrado, en este caso, en la tributación de las propias personas físicas. El objeto declarado por la propia directiva es garantizar un mínimo de imposición de las personas físicas en cuanto a las rentas del ahorro, y el gran objetivo de la directiva es que se establezcan los procedimientos

necesarios para identificar en cada pago internacional de renta del capital quién es el beneficiario efectivo, quién es el receptor último de la renta. Al hilo de estos trabajos habría que poner de manifiesto que la principal dificultad, además de las de todos conocidas –la existencia de territorios donde no es posible disponer de información fiscal salvo en supuestos de delito fiscal, que digamos que es el gran escollo en el ámbito no sólo de la Unión Europea sino en el ámbito internacional–, el gran problema a la hora de discutir el contenido de la directiva ha radicado en la gran diversidad de obligaciones formales que se establecen entre los diversos Estados miembros: hay Estados miembros que disponen de amplias obligaciones de información, mientras que hay otros donde las obligaciones a cargo de las instituciones financieras de suministrar información son mucho más laxas. Sin querer decir con ello que exista secreto bancario, sino simplemente que las obligaciones de colaboración impuestos sobre terceros son menores, y existen bastantes reticencias a la hora de introducir mayores obligaciones.

En un primer momento la directiva propone un modelo conocido como “modelo de coexistencia” que va a consistir en que los Estados miembros podrían elegir entre suministrar información al Estado donde reside el beneficiario de la renta, o bien introducir una retención fiscal estableciendo un tipo mínimo para esa retención del 20 % con el objeto de que se garantizara, por tanto, un porcentaje mínimo de tributación de esas rentas. Se establece una definición de las rentas cubiertas por la directiva que son básicamente intereses de créditos de todo tipo, incluida la deuda pública, aquellos con primas de emisión o reembolso, se incluyen por supuesto rendimientos implícitos, y se van a incluir también las rentas derivadas de instituciones de inversión colectiva cuyo patrimonio esté básicamente invertido en títulos de renta fija; se establece cuál debe ser el ámbito de la información a suministrar referida al importe de los intereses, fecha de devengo, identificación del beneficiario y de su residencia fiscal, y se establece la obligación de que esa información se suministre en términos anuales al Estado de residencia del beneficiario efectivo. Se establece además la posibilidad de que el beneficiario efectivo suministre al Estado de la fuente, que va a practicar la retención, de un certificado que acredite que de motu propio el beneficiario efectivo ha suministrado ya la información a su Estado de residencia con lo cual va a poder evitar la práctica de esa certificación. Y el modelo se cierra con un compromiso para eliminar la doble imposición que va a consistir básicamente en que el Estado de residencia del beneficiario efectivo va a conceder un crédito fiscal para eliminar la doble imposición derivada de la retención con el límite del impuesto nacional, va a ser por tanto un crédito de impuesto de limitado, surgiendo como consecuencia la obligación por parte del Estado de devolver ese exceso de retención al beneficiario efectivo.

Tras tres años de discusiones y de debates, al fin el 26 y 27 de noviembre el Consejo de ministros de economía y finanzas, si bien no ha adoptado la propuesta de directiva que le ha sometido la Comisión, sí ha llegado a un acuerdo para ponerla en práctica y ha asumido una serie de compromisos que son básicamente los siguientes. En primer lugar, ese modelo de coexistencia que hemos señalado, que permite a los Estados miembros elegir

entre intercambio de información o retención, se ha transformado radicalmente. Digamos que la aspiración de la directiva es que tras un periodo transitorio de siete años se convierta en una directiva de intercambio de información en materia de rentas del capital, que durante ese periodo transitorio va a haber Estados miembros (Austria, Bélgica, Luxemburgo, probablemente también Grecia y Portugal), definidos ya en la directiva, que van a optar por el régimen de retención en el periodo transitorio; durante los tres primeros años del periodo transitorio van a establecer una retención del 15%, durante los cuatro años restantes van a poder optar por un tipo de retención del 20% y la retención a practicar se va a distribuir; es decir, en la medida que el resto de Estados miembros ha optado por un régimen de intercambio de información, y que el futuro de la directiva va a ser el intercambio de información, con la idea de ir eliminando las retenciones en la fuente puesto que la situación actual es que las legislaciones internas vienen eliminando la tributación de los intereses de los no residentes, como digo eso ha conducido a que se haya pactado que la retención practicada por el Estado de la fuente (Austria, Bélgica y Luxemburgo) se va a distribuir de tal manera que el 75% de la recaudación va a tener que revertir al Estado de residencia del beneficiario efectivo.

Se ha trabajado también mucho el concepto de intereses, ha habido bastantes discusiones sobre la inclusión de las obligaciones cupón cero, que evidentemente van a estar dentro de la directiva, se ha discutido mucho la inclusión en el concepto de intereses de los fondos de capitalización, y sobre cuándo se va a considerar que una institución de inversión colectiva es una institución inversora en renta fija (hay que tener en cuenta que las instituciones de inversión en función de los Estados miembros pueden diversificar sus inversiones en renta fija o variable, de manera que es necesario buscar un criterio a partir del cual se considere que una determinada institución de inversión está fundamentalmente invirtiendo en renta fija), y se ha discutido mucho la inclusión o no de los empréstitos negociables, y en particular de aquellos que van a estar emitidos a fecha 1 de enero de 2001 ó cuyo folleto de emisión haya sido visado por una autoridad competente antes de esa fecha.

El problema de los empréstitos negociables es un problema importante puesto que es un mercado bastante extendido en la Unión Europea, y básicamente dominado por determinados mercados financieros europeos. En relación con estos empréstitos negociables el acuerdo final es que, por supuesto, están dentro del ámbito de aplicación de la directiva pero que en virtud de una cláusula que se ha llamado, traducido, como “cláusula del abuelo”, si bien estos intereses de empréstitos negociables emitidos con anterioridad a 1 de enero del año 2001 van a estar cubiertos por la directiva, sin embargo durante todo el periodo transitorio no le va a resultar de aplicación. Por último, se ha llegado al acuerdo también de que la directiva del ahorro gire en torno al principio de lo que se conoce como “agente pagador”, de tal manera que las obligaciones de identificación de beneficiario efectivo y de practicar la retención van a recaer no sobre el deudor, no sobre quien satisface el interés, sino sobre aquella entidad e institución que ha

asumido bien por cuenta propia o bien por cuenta de un tercero la obligación de proceder al pago de los intereses. Esto va a implicar por tanto que es el agente pagador el que define el Estado miembro desde el que se practica la retención y que es, en tanto que se trate de operaciones anteriores a 1 de enero de 2001, el que va a definir el Estado miembro y la legislación del Estado miembro a aplicar a la hora de proceder a la identificación del beneficiario efectivo, puesto que para operaciones posteriores a 1 de enero de 2001 existe una norma que obliga a establecer un procedimiento mínimo común entre todos los Estados miembros con el objeto de proceder a identificar a ese beneficiario efectivo.

Por último en relación con el paquete fiscal, la directiva de intereses y cánones es quizá el instrumento jurídico propuesto por el Código que menos tiene que ver con la competencia fiscal dañina y más con la eliminación de las barreras existentes a la construcción del mercado único. El problema con los pagos transfronterizos de intereses y cánones está en que practicar la retención en la fuente resulta a veces muy difícil, eliminar la doble imposición, puesto que el Estado de origen tiene límites a la hora de aplicar el crédito de impuestos, pero sobre todo tiene el problema de que calcula el límite en función de la renta neta obtenida en tanto que la retención en origen suele practicarse sobre rendimientos brutos. Además se ha aludido a la existencia de problemas de liquidez como consecuencia de que transcurre un lapso de tiempo bastante largo desde que se practica la retención a la fecha en que se practica la deducción de la cuota. Por concluir el tema de la directiva de intereses y cánones señalar que es una directiva centrada en los pagos realizados entre empresas vinculadas, entre empresas de grupos multinacionales, es decir no se trata del pago de cualquier interés o canon sino que se trata del pago de intereses y cánones entre sociedades que se pueden considerar vinculadas, determinándose la vinculación en principio en la propuesta de directiva en participaciones directas o indirectas en torno al 25 %.

Las conclusiones del acuerdo del Consejo de Ministros de Economía y Finanzas en relación con esta directiva son bastante más esperanzadoras en el sentido de que hay bastante acuerdo entre Estados miembros para la adopción de esta directiva, y que los grandes problemas se han centrado básicamente en cuál deba ser el procedimiento para practicar la exención —se ha discutido mucho si establecer un procedimiento de exención directa o de reembolso, y finalmente la solución va a ser remitirse a lo que cada Estado miembro ya actualmente practica con el objeto de introducir nuevos procedimientos— y se ha discutido también mucho sobre los periodos transitorios establecidos en favor de Grecia y Portugal, y también el periodo transitorio que ha solicitado España en la aplicación de la directiva a los pagos en concepto de cánones, que se ha traducido en el reconocimiento de un periodo transitorio a contar de la fecha de hoy en un plazo de tiempo determinado siempre que la directiva sea aprobada antes de 1 de enero de 2003.

Por último, quiero cerrar mi intervención con la mención a cual pueda ser la situación de futuro en el desarrollo de la política tributaria a nivel europeo de las instituciones comunitarias. Quería haber abordado con mayor detalle

las cuestiones derivadas de las resoluciones del Tribunal de Luxemburgo en la medida que en el ámbito de la fiscalidad directa la labor del Tribunal está siendo bastante innovadora, está introduciendo bastante claridad sobre cuál debe ser el alcance del derecho comunitario en el ejercicio de las políticas tributarias de los Estados miembros, y ha venido perfilando la necesidad de que los Estados miembros, aun cuando mantienen sus competencias propias para legislar en materia fiscal, deben en todo caso observar el principio general de no discriminación y en concreto la libertad de circulación de personas, de bienes y servicios, el derecho de establecimiento y la libre circulación de capitales como principios rectores del mercado único. Ha habido un conjunto de sentencias a lo largo de estos años que han venido perfilando cuál debe ser el concepto de no discriminación, concepto mucho más amplio que el utilizado por los convenios de doble imposición, en la medida en que los convenios de doble imposición aceptan la diferencia de trato entre residentes y no residentes, en tanto que el principio de no discriminación comunitario obliga a un análisis de los hechos en cada caso con el objeto de determinar en qué medida está justificado un trato diferenciado a un no residente puesto que se encuentra en una situación diferente que el residente, y a la contra, en la medida que la situación de un no residente sea comparable a la de un residente fiscal se obliga a que se dé un trato equiparable; se ha estado analizando también los problemas derivados de la coherencia fiscal de los sistemas tributarios internos como medida que pueda justificar situaciones de discriminación con una cierta evolución en la doctrina del Tribunal, se ha aludido también a la necesidad de que los propios nacionales no se vean sometidos a trato discriminatorio como consecuencia de desarrollar operaciones con otros residentes en otros Estados comunitarios y, en fin, se han abierto una serie de cuestiones sobre en qué medida los Estados miembros están obligados o no a dar el mismo trato a cualquier nacional de cualquier otro Estado miembro. Este problema que parece un poco evidente ha surgido como consecuencia de la interpretación de los convenios de doble imposición: como todos sabemos las relaciones entre los Estados miembros en la actualidad se regulan por convenios bilaterales que son dispares unos de otros y que generan situaciones como que el Estado español dé un trato diferente a un residente en Portugal que a un residente en Suecia por el simple hecho de que el convenio bilateral es diferente, cuestión que ahora mismo está abierta.

Para terminar, simplemente comentar que los trabajos de la Comisión se han centrado en dar respuesta a un mandato recibido del Consejo de la Unión Europea para desarrollar un estudio global de tributación en impuesto sobre sociedades con objeto de abordar en un contexto más amplio los problemas de competencia fiscal que están distorsionando las decisiones de inversión. Ahora ya no estamos hablando de competencia fiscal perniciosa, estamos hablando en general de competencia fiscal con capacidad para distorsionar las decisiones de localización de la inversión, así como un estudio centrado en todos aquellos obstáculos que se encuentran para el normal funcionamiento del mercado único como consecuencia de la coexistencia de quince legislaciones diferentes, y de la existencia de fronteras fiscales desde el punto de vista de la fiscalidad directa.

Como consecuencia de todo lo anterior, me gustaría señalar que el derecho de la Unión Europea no es un derecho que persiga la construcción de un sistema fiscal, persigue la construcción de un mercado único, que el impulso que reciben las políticas tributarias desde el seno de las instituciones comunitarias, por tanto, no es un impulso uniforme sino que es un impulso disperso, pues se guía por un principio de subordinación y por la necesidad de hacer efectivos los principios y las libertades comunitarias, y se trata además de un derecho impulsado por instituciones que están conviviendo entre sí con visión muy diferente de las cosas: el Consejo, en el paquete fiscal por ejemplo, puso de manifiesto problemas que están afectando a los Estados miembros como tales, y la Comisión desarrolla una política más dirigida comúnmente a hacer frente a problemas más globales, más de contenido europeo y que son generados precisamente por la existencia de las legislaciones nacionales; por su parte, el Tribunal se centra más en la construcción de las libertades comunitarias y sus sentencias en materia fiscal no son sentencias dirigidas a proteger ningún principio de política tributaria sino a proteger los principios de construcción comunitaria. Esto, como digo, genera diversas aproximaciones a la situación de la política tributaria europea, diversas maneras de verla, diversas maneras de afrontarla y de darle soluciones y, en fin, genera un contexto que creo que tiene mucho que avanzar; tiene mucho que decir de futuro, y que los trabajos en función de la dificultades exige poner de acuerdo a mucha gente por lo que a veces no van tan deprisa como sería deseable.

Muchas gracias.