



- ◆ Trabajo realizado por la Biblioteca Digital de la Universidad CEU-San Pablo
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 de la M.T.R.L.P.I. (Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 7 julio del 2006)

## INTERPRETACION DE LA DIRECTIVA MATRIZ/FILIAL POR LA SENTENCIA DEL TJCE DE 17 DE OCTUBRE DE 1996

### *La exigencia de un período mínimo de participación de la matriz en la tributación de los beneficios distribuidos puesta en entredicho*

Por Marta Villar Ezcurra.  
Abogada. Universidad San Pablo CEU

*Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 17 de octubre de 1996, dictada en los asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94 en decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 3 y 5 de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990 (LCEur 1990, 921), relativa al régimen común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes<sup>1</sup>*

### 1. INTRODUCCION

La sentencia que se comenta es la primera del TJCE que interpreta la Directiva "matriz-filial"<sup>2</sup>. Viene a aclarar el alcance de la exención tributaria que la Directiva contempla para los beneficios que las filiales distribuyen a su casa matriz, estando ésta domiciliada en otro Estado miembro.

La mayor parte de los Estados miembros han ejercitado la facultad que el artículo 3.2° de la Directiva les concede para supeditar la concesión de esta ventaja fiscal a un período mínimo de participación que no puede rebasar los dos años, y al transponer la Directiva a sus normas internas han

exigido que resulte acreditada esa permanencia a la fecha del devengo de la retención sobre los rendimientos de capital mobiliario que se declara no aplicable.

El tribunal comunitario concluye al respecto, interpretando la Directiva en el sentido de prohibir a los Estados miembros que supediten la concesión de exención al requisito de que, **en el momento** de la distribución de los beneficios, la matriz haya poseído una participación mínima del 25% en el capital de la filial durante un período de tiempo no superior a dos años<sup>3</sup>.

Varias son las cuestiones que merecen ser resaltadas del texto de la sentencia:

- Se acude de nuevo al criterio de interpretación finalista para aplicarlo a los artículos 3 y 5 de la Directiva y para rechazar las alegaciones que amparaban otra interpretación sobre la base de las intenciones expresadas en el seno del Consejo de Ministros, que carecen de valor jurídico.

- Se declara el efecto directo del artículo 5 de la Directiva, que recoge el derecho a la exención del gravamen en la fuente sobre los beneficios distribuidos a la matriz. De ahí que los justiciables puedan invocar esta norma ante sus propios tribunales.

- Se estima que la adaptación incorrecta de la Directiva por parte de los Estados no se traduce en el derecho a obtener un resarcimiento -responsabilidad patrimonial del Estado- al no apreciarse una violación suficientemente caracterizada, que viene siendo un requisito inexcusable desde la jurisprudencia "Brasserie du Pêcheur" y "Factortame"<sup>4</sup>.

Pero también, o mejor, básicamente, la sentencia es importante por sus efectos prácticos. La legislación española de adaptación a la Directiva vulnera la interpretación del Tribunal, y requiere una rápida modificación para adecuarse a las exigencias derivadas de este pronunciamiento. Sin perjuicio de ello, surgirá el derecho a la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas como consecuencia de la aplicación de la norma nacional.

Se ha creído oportuno, en primer lugar, resumir el contenido de la sentencia, y el fallo del Tribunal, para destacar y profundizar a continuación sobre los aspectos que nos han parecido más relevantes y que pueden resultar de mayor utilidad por su trascendencia en el orden práctico.

Para facilitar el seguimiento de la cuestión, se reproduce el contenido de las disposiciones controvertidas, así como algunas precisiones de interés:

#### **DIRECTIVA matriz/filial:**

**Art. 1.2°:** "La presente Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos".

1 Sentencia que se publicará, a texto completo, en el próximo número de esta revista con la referencia 1996/184. Nos referiremos a la Directiva como Directiva "matriz-filial", o simplemente Directiva.

2 Así se recoge en el apartado 52 de la sentencia: "(...) al ser el presente asunto el primero que se refiere a la Directiva, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no facilitaba a la República Federal de Alemania indicación alguna sobre la interpretación que debía hacerse de la disposición controvertida".

3 Vid. fallo 1) de la sentencia.

4 Vid. sentencia del TJCE de 5 de marzo de 1996, dictada en los asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Brasserie du Pêcheur, S.A. y Factortame Ltd., en la que se decide sobre un supuesto de daño producido a particulares por el Estado legislador que incumple las disposiciones del Tratado. Esta sentencia supone un importante avance en la configuración del sistema de responsabilidad patrimonial común a los países miembros (Rec. 1996, I-pág.1029 y ss.).

**Art. 3.1º.a):** "A los efectos de la aplicación de la presente Directiva la calidad de sociedad matriz se reconocerá por lo menos a toda sociedad de un Estado miembro que cumpla con las condiciones enunciadas en el artículo 2 y que posea en el capital de una sociedad de otro Estado miembro, que cumpla las mismas condiciones, una participación mínima del 25%".

**Art. 3.2º:** "No obstante lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros tendrán la facultad:

- mediante acuerdos bilaterales, de sustituir el criterio de participación en el capital por el de posesión de derechos de voto,

- de no aplicar la presente Directiva a aquéllas de sus sociedades que no conserven durante un período ininterrumpido de por lo menos dos años una participación que dé derecho a la calidad de sociedad matriz, ni a las sociedades en las cuales una sociedad de otro Estado miembro no conserve, durante un período ininterrumpido de por lo menos dos años una participación semejante".

**Art. 5.1º:** "Los beneficios distribuidos por la sociedad filial a su sociedad matriz quedarán exentos de la retención en origen, al menos cuando la segunda tenga una participación de un 25% como mínimo en el capital de la filial".

El artículo 5 de la Directiva prevé un régimen transitorio para Grecia, Alemania y Portugal. Grecia, que no grava los beneficios distribuidos en el Impuesto sobre Sociedades, puede seguir percibiendo una retención en origen sobre los beneficios distribuidos a sociedades matrices de Estados miembros que no podrá ser superior al tipo fijado en los convenios de doble imposición. Alemania mantiene en el Impuesto sobre Sociedades un sistema de doble tipo y se permite que pueda seguir percibiendo hasta mediados de 1996, en concepto de impuesto compensatorio, una retención en origen del 5% sobre los beneficios distribuidos por sus sociedades filiales. Finalmente, Portugal puede conservar una retención en origen sobre los beneficios distribuidos por sus filiales a sociedades matrices de otros Estados miembros no superior al 15% durante los 5 primeros años y al 10% durante los tres últimos años, sin perjuicio de las disposiciones de los convenios de doble imposición entre Portugal y un Estado miembro.

## 2. CONTENIDO DE LA SENTENCIA: ANTECEDENTES, FALLO Y FUNDAMENTACION JURIDICA DEL TJCE

Procedemos a continuación a exponer sintéticamente la cuestión planteada, los hechos más relevantes, y la decisión del Tribunal, resumiendo sus argumentaciones en el apartado 3º al hilo de los comentarios que se realizan.

### 2.1. ANTECEDENTES

La sentencia trae su origen del planteamiento de tres cuestiones prejudiciales presentadas por el Finanzgericht Köln (Alemania) en el marco de tres recursos interpuestos por sociedades neerlandesas. Cada una de ellas posee una participación en el capital de una sociedad alemana, que se traduce al final del ejercicio en una distribución de dividendos desde la filial alemana a la matriz neerlandesa.

Los recursos versaban sobre la tributación en la fuente (Alemania) de los beneficios obtenidos por las sociedades matrices, de acuerdo con la ley alemana<sup>5</sup> según la cual: "la calidad de sociedad matriz, a efectos del apartado 1<sup>6</sup>, se reconocerá a toda sociedad que (...), en el momento del devengo del impuesto sobre los rendimientos de capital mobiliario, (...) pueda acreditar que posee una participación no inferior a un cuarto de capital nominal de la sociedad (...) (filial), como mínimo e ininterrumpidamente desde doce meses antes".

### 2.2. CUESTIONES PLANTEADAS

Mediante resoluciones de 19 de septiembre de 1994, el órgano jurisdiccional nacional formula sus cuestiones prejudiciales. En los tres asuntos se plantea la necesidad de interpretar el contenido de los artículos 3 y 5 de la Directiva "matriz-filial", en concreto, en lo que se refiere a:

- la definición de sociedad matriz,

- al requisito de permanencia de la vinculación empresarial durante un plazo no superior a dos años, que facultativamente pueden exigir los Estados miembros,

- al momento en que debe acreditarse la permanencia de la vinculación, para poder hacer efectivo el derecho a la exención de la retención que grava los dividendos.

Las cuestiones que se formulan desde el órgano jurisdiccional nacional se concretan en tres:

1) Cómo debe interpretarse la Directiva, y en particular el apartado 2º del artículo 3.

La duda interpretativa radica en admitir o no que los Estados miembros estén facultados para excluir de los beneficios fiscales establecidos en el artículo 5 a una sociedad matriz en otro Estado miembro, cuando la sociedad matriz:

- aún no haya poseído, en el momento del abono de la distribución de dividendos de que se trate, una participación directa de, al menos, una cuarta parte del capital nominal de la filial nacional durante un período ininterrumpido de doce meses, pero,

- se haya obligado frente a la autoridad competente del Estado miembro de la sociedad filial a conservar su participación en ésta durante un período ininterrumpido de por lo menos dos años contados a partir de su adquisición.

2) Si el artículo 5 de la Directiva puede invocarse directamente frente al Estado como fundamento de su derecho a la exención o reducción de la retención en la fuente y, en caso afirmativo, si corresponde la tutela de dicho derecho a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la sociedad filial.

3) Si la adaptación incorrecta del Derecho interno a la Directiva, por darse respuesta negativa a la primera cuestión, posibilita una acción de resarcimiento por la pérdida de intereses al aplazarse la distribución de beneficios de la sociedad filial.

### 2.3. FALLO DEL TRIBUNAL

Literalmente, se expresa en el sentido siguiente:

5 Artículo 44 d) de la Einkommensteuergesetz (Ley del Impuesto sobre la Renta - "EStG").

6 En el que se prevé la reducción de la retención en la fuente del 5%, conforme a las previsiones del artículo 5.1º y 3º de la Directiva.

"1) Un Estado miembro **no puede supeditar** la concesión de la **ventaja fiscal** prevista en el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, **al requisito** de que, en el **momento** de la distribución de los beneficios, la sociedad matriz haya poseído una participación mínima del 25% en el capital de la filial durante un período por lo menos igual al que dicho Estado miembro haya fijado en virtud del apartado 2 del artículo 3 de la Directiva. **Corresponde** a los Estados miembros establecer las normas destinadas a hacer que se respete este período mínimo, de conformidad con los procedimientos previstos en su Derecho interno. En cualquier caso, **la Directiva no obliga a los Estados miembros a conceder la ventaja de manera inmediata cuando la sociedad matriz se comprometa unilateralmente a respetar el período mínimo de participación.**

2) En caso de que un Estado miembro haya hecho uso de la facultad prevista en el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva, las sociedades matrices podrán invocar directamente ante los tribunales nacionales los derechos que confieren los apartados 1 y 3 del artículo 5 de esta misma Directiva, en la medida en que tales sociedades respeten el plazo de participación establecido por el Estado miembro.

3) El Derecho comunitario no impone a un Estado miembro que, al adaptar su Derecho interno a la Directiva, haya previsto que el período mínimo de participación fijado con arreglo al apartado 2 del artículo 3, deba haber transcurrido en el momento de la distribución de los beneficios que son objeto de la ventaja fiscal establecida en el artículo 5, la obligación de indemnizar a la sociedad matriz por los daños que ésta haya sufrido como consecuencia del error así cometido".

### 3. COMENTARIO

#### 3.1. SOBRE LA PRIMERA CUESTION: CRITERIOS DE INTERPRETACION DE LAS NORMAS COMUNITARIAS

A propósito de la primera cuestión, la Comisión y la sociedad Denkavit -parte en el proceso principal- entienden<sup>7</sup> que el período mínimo de permanencia **no debe haber transcurrido** en el momento de la concesión de la ventaja fiscal, sino que ésta debe concederse a partir de la adquisición de la participación.

Los argumentos que alegan se resumen en dos:

- La finalidad de la Directiva, que es la de fomentar las participaciones transfronterizas y no la de disuadir la constitución de tales participaciones obstaculizando su acceso a las ventajas fiscales.

- Que la observancia del plazo puede controlarse *a posteriori*.

Frente a ello el Bundesamt y los Gobiernos alemán, belga, helénico, italiano y neerlandés, oponen que **los Estados miembros son libres** en la apreciación de esta cuestión, pues:

- la Directiva no facilita ninguna indicación sobre este punto,

- el control ulterior generaría importantes abusos,

- la interpretación de la controvertida disposición alemana es la única que permite a la Administración combatir los abusos<sup>8</sup> y encuentra apoyo en el apartado 2 del artículo 1, que prevé que la Directiva "no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos"<sup>9</sup>.

El Tribunal decide que los Estados miembros **no pueden supeditar la concesión de la ventaja fiscal al requisito de que, en el momento de la distribución de los beneficios, la sociedad matriz haya poseído una participación en la filial durante un período mínimo, siempre que posteriormente se cumpla dicho plazo**<sup>10</sup>, aunque la Directiva no obliga a conceder la ventaja inmediatamente si la sociedad matriz se compromete unilateralmente a respetar el período mínimo de participación<sup>11</sup>.

La argumentación que permite al Tribunal tal decisión gira en torno a la necesidad de atender a la **finalidad** de la Directiva como criterio interpretativo determinante, no sin antes referirse a las interpretaciones literal, deducida de los considerandos o exposiciones de motivos y de las manifestaciones de los Estados miembros en el seno del Consejo.

Siguiendo el orden de la fundamentación jurídica adoptado en la sentencia se parte, en una interpretación **literal**, de la constatación de identidad de versiones lingüísticas salvo en el caso danés que utiliza el verbo "conserven" en pasado, pero llegando a la misma conclusión<sup>12</sup>. A continuación, se atiende a la interpretación **finalista**<sup>13</sup> y **consistiendo el objetivo de la Directiva en suavizar el régimen fiscal de las cooperaciones transfronterizas se opta por una interpretación restrictiva** de los términos del precepto que faculta a los Estados miembros a excepcionar la concesión de la exención respecto a la tributación de dividendos. Finalmente, se rechaza la interpretación "ex antecedente" (intenciones manifestadas por los Estados en el seno del Consejo) como válida por falta de valor jurídico, así como la **contextual** por la que abogaban el Gobierno alemán y el Bundesamt<sup>14</sup>.

Con frecuencia -podría decirse "típicamente"-, el TJCE se ha servido del método finalista para confirmar la interpretación derivada del análisis del texto, como ocurre en este caso. Lo mismo ha sucedido cuando ha tenido que decidir entre distintas versiones lingüísticas antagónicas, y la interpretación literal le llevaba a un resultado absurdo; en aquellos supuestos en que de manera general no podía alcanzar conclusiones seguras desde la decisión entre una interpretación

7 Cfr. apartados 19 y 20 de la sentencia.

8 Cfr. apartado 21 de la sentencia.

9 Vid. apartado 30 de la sentencia.

10 Vid. apartado 32 de la sentencia.

11 Cfr. apartado 36 de la sentencia.

12 Apartado 25 de la sentencia.

13 Apartados 26 y 27 de la sentencia.

14 Apartado 30 de la sentencia.

restrictiva o extensiva, o para decidir si procede aplicar el criterio de la analogía o una interpretación *sensu contrario*.

En primer lugar, para buscar esa **finalidad** se ha partido de los considerandos de la Directiva (considerando tercero), donde se afirma que su objeto consiste en eliminar, mediante el establecimiento de un régimen común, la penalización de la cooperación entre sociedades de Estados miembros diferentes con relación a la cooperación entre sociedades de un mismo Estado miembro, para **facilitar** así la **cooperación transfronteriza**. La exención del gravamen en la fuente en el Estado de la filial al realizar la distribución de beneficios prevista en el apartado 1º del artículo 5 de la Directiva se prevé **para evitar la doble imposición**<sup>15</sup>.

A continuación, se acude a la interpretación literal del segundo guión del apartado 2 del artículo 3 de la Directiva<sup>16</sup> y al análisis de los términos -en particular "conserven"- en todas las versiones lingüísticas, deduciendo que, para beneficiarse de la ventaja fiscal, la sociedad matriz deberá poseer una participación en la filial durante un período determinado, **sin que sea necesario que dicho período ya haya finalizado en el momento de la concesión de la ventaja fiscal**.

A este respecto, hay que indicar que si la comparación de las versiones lingüísticas hubiera revelado una diferencia de sentido y el problema no pudiera haberse resuelto conforme a los criterios normales de interpretación, se debería de adoptar el sentido que mejor concilie esos textos, conforme a los criterios hermenéuticos aplicables en estos supuestos, frecuentes en el ámbito de interpretación de los Tratados<sup>17</sup>. El fin y el objeto de la norma deben ayudar a concretar el sentido que resulta confuso. La solución tradicional ha consistido en dar preferencia al texto que impusiera menores obligaciones jurídicas para las partes<sup>18</sup>, aunque en el orden comunitario se ha hecho prevalecer la consecución de los objetivos que la norma a interpretar se propone<sup>19</sup>.

Precisamente, una de las peculiaridades que caracteriza la interpretación del Derecho comunitario frente a lo que

ocurre en el ámbito de aplicación de los Tratados en el Derecho internacional público, radica en el recurso frecuente por parte del TJCE al denominado "efecto útil" de la norma (*ut res magis valeat quam pereat*)<sup>20</sup>, como un "medio para vigilar por la integridad del patrimonio jurídico que los Estados miembros han confiado a la Comunidad"<sup>21</sup> en detrimento del respeto a la interpretación auténtica<sup>22</sup>, que constituye la regla para el intérprete de los Tratados Internacionales ordinarios, siendo la excepción la interpretación jurisdiccional.

Por otro lado, el hecho de la Directiva haya empleado expresiones vagas en las disposiciones que en la sentencia se interpretan, constituye una técnica de redacción normativa típicamente comunitaria que significa "una invitación dada por el legislador comunitario mismo a un desarrollo del Derecho por el juez"<sup>23</sup>.

Los gobiernos que intervinieron en el proceso argumentaron que **en el seno del Consejo se acordó utilizar términos relativamente vagos**<sup>24</sup>, precisamente para permitir interpretaciones diferentes en función de las necesidades de los ordenamientos jurídicos internos, tratando de defender la improcedencia de interpretar restrictivamente la facultad que la Directiva reconoce a los Estados miembros.

El efecto útil y la interpretación teleológica o finalista vienen siendo métodos de interpretación propios del TJCE, y juegan un papel importante, dada la insuficiencia de una interpretación literal<sup>25</sup>. En definitiva, la solución por la que se ha optado en este caso resulta coherente con el carácter dinámico del Derecho comunitario.

Finalmente, el Tribunal rechaza la interpretación contextual abogada por el Bundesamt y el Gobierno alemán, afirmando que la finalidad del artículo 3.2º de la Directiva es combatir los abusos resultantes de la adquisición de participaciones en el capital de sociedades con el único fin de beneficiarse de las ventajas previstas y que no esté destinada a conservar las participaciones durante un tiempo y que no es necesario acudir al artículo 1.2º para interpretar el sentido

15 Cfr. apartado 22 de la sentencia.

16 Según el cual únicamente podrá privarse de la exención de la retención a las sociedades matrices cuando "... no conserven durante un período ininterrumpido de por lo menos dos años, una participación semejante".

17 Vid. artículo 33 del Convenio de Viena de 1969.

18 Asunto Mavrommatis, Corte Permanente de Justicia Internacional, serie A, n° 2, pág.19.

19 Sobre esta cuestión, entre otros, vid. asunto Stauder, C-29/69, sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1969 (Rec.I-pág.419 y ss.); Regina/Bouchereau, C-30/77, sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1981 (Rec.pág.1999 y ss); o Huding en Pietars/Ministre de l'agriculture et de la pêche, C-136/80, sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1981. En ellos, ante versiones lingüísticas contradictorias, el TJCE decide interpretar en función de la economía general y de la finalidad de la norma de la que la disposición en concreto **constituye** tan sólo una parte.

20 Por ejemplo, vid. sentencia del TJCE de 30 de mayo de 1989, dictada en el asunto C-242/87, Erasmus (Rec.pág.1425 y ss.). Esta regla no es propia del Derecho comunitario sino una regla de interpretación de los Tratados que opera frente a quien invoque una interpretación restrictiva.

21 Cfr. sentencia del TJCE de 30 de mayo de 1989, dictada en el asunto C-242/87, citada en nota anterior.

22 La del órgano que ha dictado la regla. Sobre este tema puede consultarse si se desea una mayor información lo que exponen ACOSTA ESTEVEZ, J. y ESPALIAT LARSON, A., en: *La interpretación en el Derecho Internacional Público y Derecho Comunitario Europeo*, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1990, pág.33 y ss.

23 Así lo estima REUTER, P., en: *Le recours de la Cour des Communautés européennes à des principes généraux de droit*, Mélanges Rolin, Paris, 1964, pág.57.

24 Según recoge el apartado 28 de la sentencia. La vaguedad o ambigüedad de los términos de las disposiciones comunitarias constituyen ya una característica del lenguaje comunitario. Preocupa en términos de calidad de técnica legislativa, y se aboga por eliminarla desde distintas instituciones. Como ejemplo, puede citarse la Resolución del Consejo de 8 de junio de 1993 n° 93/C-166/01 (DOCE C-166/01, de 17 de junio de 1993), que en su primera directriz exige que las formulaciones de los actos emanados del Consejo sean claras, sencillas, concisas y **sin ambigüedades**. Sin duda, en este supuesto prevalecieron las razones políticas frente a las exigencias de técnica legislativa. Quizás, como señalaba REUTER, se trataba de dejar en manos del Tribunal la interpretación final para el caso concreto que ahora se plantea.

25 En este sentido, vid. J. MEGRET.; *Le droit de la Communauté Économique Européenne*, Vol.10, tome 1, Université Libre de Bruxelles, 1983, págs.8-18.

del artículo 3.2°. Según se desprende del punto 34 de las conclusiones del Sr. abogado general, algunos Estados miembros han adoptado mecanismos que articulan procedimientos apropiados para hacer cumplir lo prescrito por el artículo 3.2°, sin tener que recurrir a la concesión automática de la ventaja fiscal con una eventual recaudación *a posteriori* si no se observa el requisito mínimo de participación<sup>26</sup>.

En definitiva, de la búsqueda de la intención del legislador desde la **finalidad** de la norma y no desde otras consideraciones, el Tribunal entiende que la facultad de exigir una permanencia mínima que se reconoce a los Estados miembros ha de ser objeto de una **interpretación estricta**, rechazando los argumentos de los gobiernos fundados en intenciones expresadas en el seno del Consejo, carentes de valor jurídico al no resultar finalmente plasmadas en las disposiciones legales<sup>27</sup>.

### 3.2. SOBRE LA SEGUNDA CUESTION: CONSECUENCIAS DE LA DECLARACION DEL EFECTO DIRECTO DEL ARTICULO 5 DE LA DIRECTIVA

Después de indicar el Tribunal sobre la base de la jurisprudencia Faccini Dori<sup>28</sup> que se pueden determinar derechos mínimos sobre la bases de las disposiciones de principio contenidas en el artículo 5 de la Directiva, en el apartado 40 de la sentencia concreta esos derechos al declarar que "en caso de que un Estado miembro haya hecho uso de la facultad prevista en el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva, **las sociedades matrices podrán invocar directamente** ante los tribunales nacionales **los derechos que confieren los apartados 1 y 3 del artículo 5** de esta misma Directiva, **en la medida en que tales sociedades respeten el plazo de participación establecido por el Estado miembro de que se trate**".

Así pues, **para el futuro**, en la medida en que la sociedad matriz respete el período de permanencia exigido por la legislación del país de procedencia de los beneficios, podrá hacer valer ante los tribunales internos el derecho a la exención de la retención en la fuente. En otras palabras, **podrán transferirse los beneficios libres de gravamen** con anterioridad a que se cumpla el período de permanencia, siempre que esta circunstancia **se acredite** con posterioridad.

Aunque la Directiva no obliga a los Estados miembros a conceder la ventaja de manera inmediata cuando la sociedad se **compromete** unilateralmente a respetar el período mínimo de participación, éste es el único modo de hacer valer los derechos que reconoce el artículo 5 de la Directiva. Otra interpretación conduciría a vaciar de contenido el fallo del TJCE, reconociendo el efecto directo de esta disposición.

Respecto a **situaciones ya producidas con anterioridad** a esta sentencia interpretativa, y desde el **marco jurídico espa-**

**ñol**, si se hubiera ya ingresado el impuesto correspondiente, general (25%) o reducido por aplicación de los convenios para evitar la doble imposición, podrá solicitarse la devolución del importe por el procedimiento especial de devolución de ingresos indebidos a que se refieren el artículo 155 de la Ley General Tributaria y el Real Decreto 1163/1990, de 21 de septiembre, siempre y cuando *a posteriori* se pueda justificar el cumplimiento del período de permanencia.

Formarán parte de las cantidades a devolver el ingreso de la retención indebidamente practicada y el interés legal -vigente al día de realización del ingreso- aplicado a las cantidades por el tiempo transcurrido desde la fecha de su ingreso en el Tesoro hasta la de la propuesta de pago.

Como la retención en la fuente al abonarse los beneficios a la matriz se practica mediante autoliquidación del sujeto pasivo, que puede presentarse ante la Administración tributaria por medio de la representación de la filial pagadora -responsable-, la solicitud de devolución del ingreso indebido deberá instarse después de presentada la correspondiente autoliquidación y antes de que la Administración haya practicado la oportuna liquidación definitiva, o en su defecto, antes de haber prescrito el derecho de la Administración para determinar el importe de la deuda mediante la oportuna liquidación y el derecho a obtener la devolución del ingreso indebido (5 años).

Si se da la circunstancia de que la Administración ha girado una liquidación provisional, todavía podrá instarse la devolución del ingreso indebido si se contenía en ella rectificación por motivo distinto del que ahora origina la solicitud.

### 3.3. SOBRE LA TERCERA CUESTION: FALTA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR COMETER UNA VIOLACION SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA

A la pregunta de si la adaptación incorrecta del Derecho interno a la Directiva por el Estado miembro de que se trate genera un derecho de resarcimiento en favor de las sociedades matrices por las pérdidas de intereses que les ha ocasionado el hecho de haberse aplazado la distribución de beneficios de la filial hasta la expiración del período mínimo de participación a que se refiere el artículo 3.2° de la Directiva, el Tribunal contesta en sentido negativo.

Después de referirse a la jurisprudencia comunitaria sobre responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones de Derecho comunitario que les son imputables<sup>29</sup>, estima que en el caso contemplado no existe una violación suficientemente caracterizada, que se deduce del grado de claridad y precisión de la norma vulnerada<sup>30</sup>, lo que le permite decidir si el Estado miembro ha

26 Apartado 35 de la sentencia.

27 De ahí que tales **intenciones** no generen expectativas de confianza legítima que resultaran amparables por el principio de seguridad jurídica. El hecho de que las intenciones expresadas por los Estados en el seno del Consejo se hayan alegado por la Comisión para amparar su criterio interpretativo no deja de ser interesante en la medida en que plantea la necesidad de reordenar las fuentes del Derecho comunitario, dada la proliferación de actos de naturaleza atípica. Puede encontrarse un mayor desarrollo de esta cuestión en las consideraciones que formulo en: *Las disposiciones aclaratorias en la práctica jurídica. Análisis crítico de su aplicación en el Derecho público español y comunitario*, Cedecs, Barcelona, 1996, págs. 215 y ss.

28 Sentencia del TJCE de 14 de julio de 1994, dictada en el asunto C-91/92 (Rec.I- pág.3325, apartado 17).

29 Vid. asuntos Brasserie du Pêcheur y Factortame, ya referidos; y Dillenkofer y otros, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94, sobre los que se dictó sentencia el 8 de octubre de 1996, en particular el apartado 20.

30 Vid. apartado 50 de la sentencia y precedentes jurisprudenciales que se citan.

vulnerado o no de manera manifiesta y grave los límites impuestos a sus competencias.

Falla así en este supuesto uno de los tres requisitos<sup>31</sup> que el TJCE exige para reconocer la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado, que le obliga a concluir que, con arreglo a la Directiva, el Derecho comunitario **no impone** a un Estado miembro la obligación de indemnizar a la sociedad matriz por los daños que haya cometido.

Este pronunciamiento ha de interpretarse en su justa medida y requiere que recordemos el valor y los efectos de las sentencias interpretativas del TJCE.

No se trata de un problema de "cosa juzgada" que impida a otros afectados beneficiarse de los efectos de la sentencia, sino de "cosa interpretada" por vía jurisdiccional de manera objetiva y abstracta<sup>32</sup>, que tiene efectos *erga omnes*. El objeto del artículo 177 TCE es contribuir a la aplicación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros<sup>33</sup>.

Si la sentencia no limita expresamente el carácter retroactivo de la interpretación, como por ejemplo ocurrió en el asunto Defrenne II<sup>34</sup>, no debería llegarse a esta conclusión. Corresponde a los Derechos nacionales evitar los inconvenientes que puedan derivarse de la retroactividad de las sentencias interpretativas fijando los correspondientes plazos de prescripción. El TJCE viene siendo respetuoso con las autoridades nacionales a las que compete dar respuesta a este problema de Derecho intertemporal<sup>35</sup>.

En definitiva, el fallo del TJCE es acorde a sus límites competenciales y no hace sino remitirse a los Derechos internos respecto a la posibilidad de los justiciables de solicitar la reparación de sus Administraciones internas.

Como ya se ha expuesto en el apartado anterior, la declaración del efecto directo del artículo 5 de la Directiva genera, de acuerdo al ordenamiento jurídico español, el derecho a obtener la devolución del impuesto indebidamente ingresado con los intereses legales correspondientes. Teniendo en cuenta la naturaleza resarcitoria de los intereses legales, puede considerarse un cauce adecuado para obtener la reparación del daño sufrido.

### 3.4. NECESIDAD DE ADAPTAR LA LEGISLACION ESPAÑOLA AL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL

Entendemos que puede resultar de utilidad hacer un breve recorrido por las distintas etapas de tratamiento normati-

vo español de la exención de la retención que grava los beneficios distribuidos desde la filial española a la matriz extranjera, comunitaria o no, antes de estudiar y enjuiciar el contenido de la regulación actual.

La Ley 29/1991, de 16 de diciembre (RCL 1991, 2941), de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas<sup>36</sup>, incorporó al Derecho interno la Directiva "matriz-filial", en el Título II (artículos 17 a 24).

En el régimen establecido se trataba de evitar en lo posible la doble imposición internacional sobre los beneficios distribuidos por una filial a su matriz, mediante la aplicación por esta última del método de imputación parcial. Como principio general se establece la exención de la retención en el origen sobre los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su matriz (artículo 20) y la no sujeción a retención a cuenta en el Impuesto sobre Sociedades de los percibidos por la sociedad matriz (artículo 18). Para la concesión de la exención se exige que la participación en el capital de la filial por parte de la matriz sea del 25% y se mantenga de forma ininterrumpida durante los dos años **anteriores al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya** (artículo 17.2°).

Mientras que en su redacción originaria se disponía la aplicación de las ventajas fiscales a las sociedades matrices y filiales intracomunitarias pero de diferentes Estados, para los ejercicios que se iniciaron a partir del 1 de enero de 1995 se aplicaba el mismo régimen a los beneficios percibidos por matrices españolas cualquiera que fuera el país de residencia de la filial, perteneciente o no a la Unión Europea.

A partir del 1 de enero de 1996 la Ley del Impuesto sobre Sociedades<sup>37</sup> grava de la misma manera los dividendos percibidos de sociedades no residentes<sup>38</sup>, con independencia del país de procedencia. Los títulos I y II de la Ley 29/1991 quedan derogados por la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades<sup>39</sup>.

En consecuencia, el régimen fiscal que a continuación se detalla se aplica a los beneficios distribuidos por las sociedades filiales residentes en España a sus sociedades matrices residentes en otros Estados miembros. A estos efectos, se considera **matriz** la sociedad que posee una participación directa de, al menos, el 25%.

El artículo 46.1°.f) LIS contempla entre los supuestos de exención los beneficios<sup>40</sup> distribuidos por las sociedades filiales residentes en España a sus sociedades matrices resi-

31 Los otros dos son los siguientes: que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares y que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas.

32 J. BOULOUIS: *A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes*, Mélanges Marcel Waline, 1974, pág.157.

33 STJCE de 1 de diciembre de 1965, dictada en el asunto C-16/65, Schwarze, Rec.I- págs. 1081-1095.

34 Asunto 43/75, sentencia del TJCE de 8 de abril de 1976, (Rec.I-págs.455, 481 y 482). Las circunstancias eran un tanto especiales. Recordemos que se trataba de retrotraer las consecuencias de la declaración del efecto directo del artículo 119 TCE relativo a la igualdad de retribuciones entre hombres y mujeres y que el Tribunal consideró las graves dificultades económicas que para los Gobiernos se hubieran generado de posibilitarse la retroacción de efectos.

35 En este sentido se pronuncia J. MEGRET: *op.cit.*, págs.250 y 251.

36 Publicada en el BOE n° 301, de 17 de diciembre de 1991, págs. 40533 y ss.

37 La Ley del Impuesto sobre Sociedades es de 27 de diciembre de 1995 (BOE de 28 de diciembre) y entró en vigor el 1 de enero de 1996.

38 Hay que indicar que la residencia se determina en función de las normas internas, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en los convenios para evitar la doble imposición.

39 Vid. Disposición Derogatoria Unica, apartado 1°, punto 27°.

40 Sobre la interpretación del término "beneficios", puede consultarse el estudio que hace LETE ACHIRICA,C., en: "Régimen fiscal de las distribuciones de beneficios entre sociedades filiales y sociedades matrices", *Impuestos* n° 23/1996, págs.12 y ss.

dentes en otros Estados miembros de la Unión Europea, si cumulativamente se producen las siguientes circunstancias:

– Que tales sociedades estén sujetas y no exentas a alguno de los tributos que gravan los beneficios de las entidades jurídicas en los Estados miembros de la Unión Europea.

– Que la distribución de beneficios no sea consecuencia de la liquidación de la sociedad filial.

– Que ambas sociedades, la filial que distribuye el beneficio y la matriz que lo percibe, revistan alguna de las formas previstas en el anexo de la Directiva de 23 de julio de 1990.

En cuanto al **requisito de permanencia**, la disposición anteriormente mencionada señala que: **"la mencionada participación deberá haberse mantenido de forma ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya", mientras que con anterioridad al 1 de enero de 1996, la permanencia debía ser de dos años.**

Por consiguiente, tanto la regulación anterior como la actualmente en vigor **es contraria a la Directiva "matriz/filial"**, de acuerdo con la interpretación del TJCE en la sentencia que se comenta. **El requisito de la permanencia no puede interpretarse como una fórmula para evitar abusos.** Sí que lo son las exigencias del artículo 46 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades que impone la no aplicación de la exención cuando la sociedad matriz o la filial tengan su residencia tributaria en un territorio considerado como paraíso fiscal o cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se ostente, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas no residentes en Estados miembros de la Unión Europea, salvo que se den alguna de las circunstancias siguientes:

– que la actividad de la matriz tenga por objeto la dirección y gestión de la filial mediante la adecuada organización de los medios materiales y personales,

– que pruebe su constitución por motivos económicos válidos y no para disfrutar del régimen especial.

Tampoco debe olvidarse la garantía que para la Administración tributaria representa la responsabilidad solidaria del

pagador de los rendimientos a la matriz que recoge el artículo 41 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que puede exigirse sin previo acto de derivación de responsabilidad, excepcionando esta regla procedimental impuesta de forma general por el artículo 37.4 de la Ley General Tributaria.

#### 4. CONCLUSIONES

Se recogen los aspectos más relevantes que merecen ser destacados de esta sentencia.

1º.– Es la primera vez que el TJCE interpreta la Directiva "matriz/filial".

2º.– Se limita el margen de apreciación de los Estados miembros para el mantenimiento de la participación en el capital de la filial por la matriz durante un período de tiempo. Se declara no conforme a la Directiva la exigencia de acreditar la permanencia en el momento de distribuir los beneficios.

3º.– Se reconoce el derecho a invocar directamente la exención de gravamen sobre los beneficios destinados a la matriz, pero no el derecho a exigir responsabilidad al Estado por violación del Derecho comunitario.

4º.– El Derecho positivo español de transposición de la Directiva, al igual que el de otros Estados miembros, incumple la Directiva, de acuerdo con la interpretación del TJCE.

5º.– A partir de ahora, las sociedades matrices residentes en la Unión Europea que obtengan beneficios de sus filiales en España estarán exentas de pagar retenciones en España si cumplen el período de permanencia de un año y pueden acreditarlo con posterioridad a que se produzca el reparto de beneficios.

6º.– Pese a que la Directiva no impone a los Estados miembros la obligación de indemnizar a las sociedades matrices por los daños que hayan sufrido por la incorrecta adaptación de la Directiva al Derecho nacional, se puede obtener la devolución de los ingresos indebidamente practicados si así lo autorizan los Derechos internos, lo que ocurre en el Derecho español.