

**LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO SECUNDARIO  
Y EL «AVOIR FISCAL» (ACTIVO FISCAL)  
EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES:  
NOTAS A LA SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1986**

**(Comisión v. Francia, causa 270/83)**

**Por Ramón FALCON Y TELLA (\*)**

**S U M A R I O**

I. Planteamiento.—II. La armonización de la imposición directa.—III. El artículo 52 del Tratado y las medidas para evitar la doble imposición interna.—IV. Alcance de la doctrina sentada en la Sentencia de 28 de enero de 1986.

**I. PLANTEAMIENTO**

En el Tratado de Roma no existe ninguna referencia expresa a la imposición directa. Sin embargo, aunque ningún precepto resulte específicamente aplicable en este ámbito, si existen normas que pueden dar lugar a la intervención de la Comunidad en la materia.

Obviamente, la imposición directa puede distorsionar las condiciones de libre concurrencia en el seno del mercado común, obstaculizando, por ejemplo, la libre circulación de capitales, o condicionando la libertad de establecimiento, esto es, influyendo en las decisiones sobre lugar y tipo de inversión o favoreciendo una determinada forma jurídica de ejercer la actividad empresarial. Precisamente al papel que el principio de libertad de establecimiento —en concreto la libertad de establecimiento secundario— desempeña en relación con el Impuesto sobre Sociedades se refiere la Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 1986 (Asunto 270/83; Comisión contra República francesa).

El supuesto de hecho planteado se concreta en el alcance del beneficio de «avoir fiscal» (activo fiscal) en la legislación francesa. El Código General de

---

(\*) Universidad Complutense.

Impuestos prevé un Impuesto sobre Sociedades del 50 % de los beneficios de éstas. Las Sociedades, en principio, son sujetos pasivos de este impuesto independientemente del lugar de su sede social, aunque únicamente se tienen en cuenta los beneficios realizados por las empresas explotadas en Francia, así como los de aquellas cuyo gravamen queda atribuido a este país en virtud de un convenio de doble imposición.

Para evitar la doble imposición interna de los dividendos —gravados primero en cabeza de la sociedad que los distribuye, y luego a nivel de los accionistas que los perciben— la legislación francesa prevé desde 1965 un crédito de impuesto denominado «avoir fiscal» (activo fiscal), en favor de los preceptores de los dividendos. En virtud del artículo 158 bis del Código General de Impuestos «las personas que perciben dividendos distribuidos por sociedades francesas disponen a este título de un ingreso constituido: por las sumas que reciben de la sociedad; por un avoir fiscal representado por un crédito frente al Tesoro. Este crédito de impuesto es igual a la mitad de las sumas efectivamente satisfechas por la sociedad. Sólo puede utilizarse en la medida en que el ingreso quede comprendido en la base del impuesto sobre la renta del beneficiario. Se percibe en pago de este impuesto. Se restituye a las personas físicas en la medida en que su cuantía exceda de la del impuesto al que están sujetas».

Sin embargo, este beneficio se reserva a las personas que tienen su domicilio efectivo o su sede social en Francia (artículo 150 ter) a menos que exista un convenio de doble imposición que establezca su extensión a las empresas extranjeras (artículo 242 quater).

De estas normas resulta que los beneficiarios del «avoir fiscal» (activo fiscal) son las sociedades con sede en Francia, incluidas las filiales constituidas por sociedades extranjeras. Sin embargo, dicho beneficio no se concede a las agencias y sucursales de estas últimas en territorio francés. Una circular de 30 de julio de 1976 precisaba, por otra parte, que los dividendos distribuidos por las sociedades francesas a las sociedades extranjeras con establecimiento permanente en Francia no se beneficiaban del «avoir fiscal», ni aunque dichos dividendos formasen parte de sus ingresos a efectos de gravamen.

Por último, la Ley financiera para 1978 (Ley 77/1467 de 30 de diciembre) preveía que las sociedades de seguros, de reaseguro, de capitalización y de ahorro podrían deducir del impuesto a que estaban sujetas la totalidad del crédito de impuesto, incluido el avoir fiscal correspondiente a los dividendos de sus acciones. Dicho beneficio, sin embargo, no se reconocía a las sucursales y agencias de sociedades de seguros con sede en el extranjero.

La Comisión entendió que esta diferencia de trato constituía una discriminación contraria al artículo 52 del Tratado, ya que la concesión o no del beneficio del «avoir fiscal» se hacía depender de la forma jurídica que una empresa diera a sus estructuras auxiliares: creación de una filial (con personalidad jurídica) o de una sucursal, agencia o establecimiento (sin personalidad).

El Tribunal de Luxemburgo, en la citada sentencia, declara que «al no conceder a las sucursales y agencias en Francia de sociedades de seguros con sede social en otro Estado miembro, en las mismas condiciones que a las sociedades

de seguros con sede en Francia, el beneficio del avolr fiscal en relación con los dividendos de sociedades francesas que dichas sucursales y agencias perciben, la República francesa ha incumplido las obligaciones derivadas del artículo 52 del Tratado».

## II. LA ARMONIZACION DE LA IMPOSICION DIRECTA

El problema planteado en esta sentencia llama una vez más la atención sobre la necesidad de extender la armonización fiscal a la imposición directa. En efecto, aunque el Tratado no impone expresamente la armonización fiscal de la imposición directa, sin embargo, ésta ha sido objeto de numerosos estudios e Informes y ha estado incluida en la mayoría de los programas de actuación de la Comunidad. Así, por ejemplo, en el «Informe de la Comisión sobre las perspectivas de convergencia de los regímenes fiscales en la CEE» de marzo de 1980 (Informe Burke) se señalaba, como uno de los objetivos de la armonización fiscal, la armonización del impuesto sobre sociedades, aproximando los tipos dentro de ciertos límites e introduciendo un crédito de impuesto.

Incluso la armonización fiscal en el ámbito del Impuesto sobre sociedades ha sido objeto de algunas proposiciones de directiva, aunque únicamente ha sido aprobada una directiva en esta materia, que se limita a la regulación de la asistencia mutua entre los Estados miembros para evitar y reprimir el fraude fiscal (Directiva del Consejo 77/799 de 19 de diciembre de 1977, sobre asistencia mutua de las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos, cuyo ámbito de aplicación fue ampliado, posteriormente, a la imposición indirecta, por la Directiva del Consejo de 6 de diciembre de 1979).

En concreto, en relación con el sistema de crédito de impuesto, que está en el fondo del problema planteado en la sentencia que comentamos, han existido algunos intentos de armonización. Así, en contra de la opinión de Van den Tempel, que se pronunció en favor del sistema clásico en un estudio realizado por encargo de la Comisión, en 1975 la Comisión presentó al Consejo una proposición de Directiva relativa a la armonización de los sistemas del Impuesto sobre los beneficios de las sociedades y del régimen de retención en la fuente. Aunque la Directiva no llegó a ver la luz, en este ámbito se ha producido un acercamiento espontáneo de las legislaciones europeas. En 1975, en efecto, este sistema de crédito de impuesto únicamente estaba vigente en Alemania y Francia, y hoy, en cambio, lo está en la práctica totalidad de los países comunitarios (aunque en Francia no se extendía a las sucursales y agencias de sociedades extranjeras), con la única excepción de Luxemburgo y los Países Bajos, a pesar de que la Directiva no haya sido definitivamente aprobada por el Consejo.

En todo caso, la inexistencia de armonización fiscal no es obstáculo para la aplicación de los principios contenidos en el Tratado, entre ellos la libertad de establecimiento. En este sentido se pronunció el Tribunal de Justicia en su

sentencia de 9 de diciembre de 1981 (Asunto 193/80; comisión contra Italia; Recueil 1981, pág. 3019). En aquella ocasión el Tribunal afirmaba, en relación con los artículos 30 y 100 del Tratado, que «el principio fundamental de unidad de mercado y su corolario, la libre circulación de mercancías, no podrían quedar subordinados, en cualquier circunstancia, a la previa condición del acercamiento de las legislaciones nacionales, pues tal sujeción obligatoria vaciaría este principio de contenido». La misma doctrina se traslada, en la sentencia de 28 de enero de 1986, a la libertad de establecimiento, al afirmar que «hay en primer lugar que afirmar que la ausencia de una armonización de las disposiciones legislativas de los Estados miembros en materia de impuestos sobre sociedades no puede justificar la diferencia de tratamiento en cuestión. Si bien es verdad que en ausencia de tal armonización la situación fiscal de una sociedad depende del derecho nacional que le resulte aplicable, sin embargo, el artículo 52 del Tratado prohíbe a todo Estado miembro fijar en su legislación condiciones diferentes, para el ejercicio de sus actividades por las personas que hacen uso de la libertad de establecerse en el mismo, y para sus propios nacionales».

### III. EL ARTICULO 52 DEL TRATADO Y LAS MEDIDAS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICION INTERNA

La argumentación fundamental del recurso se articula en la violación del artículo 52 del Tratado, ya que las disposiciones francesas relativas al «avoir fiscal» (activo fiscal), por un lado, constituyen una discriminación en relación con las sociedades extranjeras, y, por otro, suponen una restricción a la libertad de establecimiento secundario. En efecto, por el mismo dividendo de 100 francos —observa la Comisión— una sociedad con sede social en Francia pagaría 25 francos en concepto de impuesto sobre Sociedades ( $150 \times 50\% - 50$ ) mientras que la agencia o sucursal sin personalidad de una sociedad constituida en otro Estado miembro se vería obligada a ingresar 50 francos ( $100 \times 50\%$ ).

El Tribunal parte de la interpretación del artículo 52 del Tratado en el sentido de que asegura el mismo tratamiento a los nacionales de cualquier Estado miembro que se establezcan, aunque sea a título secundario, en otro Estado distinto para ejercer en él una actividad no asalariada, y prohíbe cualquier discriminación en base a la nacionalidad. Desde esta perspectiva, el Tribunal rechaza los argumentos utilizados por el Gobierno francés, para intentar justificar la diferencia de tratamiento de las agencias y sucursales de sociedades de seguro extranjeras.

— En primer lugar, el Gobierno francés afirmaba que las diferencias de tratamiento a efectos del Impuesto sobre Sociedades radicarían en la distinción entre «residentes» y «no residentes», distinción conocida en todos los ordenamientos jurídicos y admitida en el plano internacional, por lo que esta diferencia sería también aplicable en el ámbito del artículo 52 del Tratado. En este punto, el Tribunal afirma, acertadamente, que si un Estado miembro pudiese aplicar libremente un tratamiento diferente en función de la sede social vacia-

ría de contenido el artículo 52. En efecto, como señalaba la Comisión, la sede social se utiliza para determinar la sujeción al ordenamiento interno de forma paralela a la nacionalidad respecto a las personas físicas. De ello se deduce que establecer un tratamiento diferente en función de la sede social —Francia u otro Estado miembro— supone una discriminación en función de la nacionalidad, aunque no sea explícita; y evidentemente el carácter indirecto o implícito de una discriminación no basta para excluir su incompatibilidad con el Tratado, como señaló el Tribunal en su sentencia de 12 de febrero de 1974 (Asunto 152/73; Sotgiu; Recueil 1974, pág. 153). Incluso si se admitiese que la distinción entre residentes y no residentes pudiera estar justificada en el ámbito fiscal a determinados efectos, sin embargo, en el supuesto concreto planteado, las disposiciones tributarias francesas establecen las mismas normas sobre la determinación de la base imponible en relación con las sociedades con sede social en Francia y las sucursales y agencias de sociedades con sede en el extranjero. En ambos casos se gravan los beneficios obtenidos en Francia con exclusión de los beneficios obtenidos en el extranjero. Por tanto, si el ordenamiento francés da un tratamiento similar, a efectos de determinación de la base imponible, a las sociedades con sede en Francia y a las sucursales y agencias de sociedades extranjeras, «no puede tratarlas diferentemente, en el marco del mismo impuesto, en lo que se refiere a la concesión de un beneficio relacionado con el mismo, como el «avoir fiscal» (activo fiscal). Al tratar de forma idéntica a ambos tipos de establecimiento a efectos del gravamen de los beneficios por ellos obtenidos, el legislador francés, en efecto, ha admitido que no existe entre ambos, desde el punto de vista de las modalidades y condiciones de este impuesto, ninguna diferencia objetiva que pueda justificar un trato diferente».

— Asimismo se rechaza el argumento del gobierno francés en el sentido de que las posibles desventajas derivadas de la exclusión del avoir fiscal serían compensadas con otros beneficios que el ordenamiento francés concede a las agencias y sucursales de sociedades con sede en el extranjero. El Tribunal entiende que, aunque dichas ventajas existieran, no podrían justificar una violación del artículo 52, según el cual hay que conceder el mismo tratamiento a los establecimientos de sociedades extranjeras y a los propios nacionales, lo que incluye la prohibición de discriminar en relación con la concesión del beneficio del avoir fiscal.

— Tampoco resulta justificada la discriminación en cuestión por el hecho de que la incidencia que esta discriminación de tratamiento supone sea de un mínimo alcance. Aún aceptando que las sucursales y agencias de sociedades de seguros con sede en el extranjero, de hecho, funcionen con unas tarifas similares, el artículo 52 prohíbe cualquier discriminación por pequeño que sea su alcance.

— El hecho de que las sociedades de seguros con sede social en otro Estado miembro puedan disfrutar del beneficio que supone el avoir fiscal estableciendo una filial con personalidad jurídica, en lugar de una agencia o sucursal carente de personalidad, tampoco permite considerar el régimen tributario en cuestión compatible con el Tratado, pues entiende el Tribunal que el artículo 52,

al dejar en libertad a los operadores económicos para elegir libremente la forma jurídica apropiada para el ejercicio de sus actividades en otro Estado miembro, concede una libertad de elección que no puede limitarse por disposiciones fiscales discriminatorias. Además, cabría añadir que la creación de una filial con personalidad jurídica normalmente resulta más onerosa que la apertura de un establecimiento permanente.

— Finalmente se rechazan en la sentencia que comentamos una serie de argumentos que intentan justificar la particularidad del tratamiento de los dividendos percibidos por las sucursales y agencias de sociedades con sede en el extranjero en base a la diferencia de regímenes fiscales entre los distintos Estados miembros, es decir, en base a la ausencia de una armonización fiscal. Al no existir normas comunitarias directamente aplicables, la tributación de las sociedades dependería del derecho nacional, y en concreto, la normativa francesa se justificaría en la necesidad de evitar el fraude, quedando la solución al problema de la discriminación, entre los establecimientos secundarios dotados de personalidad jurídica y los carentes de ella, remitido a posibles tratados de doble imposición con otros Estados miembros.

El Tribunal rechaza que el riesgo de evasión fiscal pueda invocarse en este contexto, por un lado, porque el artículo 52 del Tratado no permite excepciones al principio fundamental de libertad de establecimiento ni siquiera en base a esta finalidad antielusiva, y, por otra parte, porque la concesión del beneficio del *avoir fiscal* a las sucursales y agencias de sociedades extranjeras no supondría necesariamente la elusión del impuesto. En efecto, para que fuera posible la elusión del tributo sería preciso que la exención se extendiese a la transferencia de los beneficios obtenidos por la sucursal a la sede central, lo que en modo alguno ha exigido la Comisión. Si ello fuera así las sociedades con sede en el extranjero que tuviesen en su cartera acciones francesas se verían impulsadas a incluir dichas acciones en el activo de sus sucursales o agencias para obtener así el beneficio fiscal mencionado. Pero aunque esto ocurriese soportarían luego un mayor gravamen al transferir estos dividendos a la sede central.

Tampoco resulta aceptable la remisión a los convenios de doble imposición para justificar la diferencia de tratamiento discutida. Dichos convenios, además de no referirse expresamente al problema planteado en la sentencia que comentamos, no podrían en ningún caso condicionar las obligaciones derivadas del artículo 52 del Tratado. En particular, este precepto no permite someter el derecho a establecerse bajo cualquier forma jurídica en otro Estado miembro a ninguna condición de reciprocidad.

#### **IV. ALCANCE DE LA DOCTRINA SENTADA EN LA SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1986**

La doctrina sentada en la sentencia de 28 de enero de 1986, al afirmar que la libertad de establecimiento secundario exige otorgar el mismo tratamiento, en la imposición directa, a las sucursales y agencias carentes de personalidad

jurídica de sociedades con sede en el extranjero, a las filiales, dotadas de personalidad, y a los nacionales del Estado miembro, se circunscribe al estricto ámbito en que fue planteado el recurso, el de las sociedades de seguros. El propio Tribunal lamenta que el recurso se haya limitado a las sociedades de seguros y afirma que, aunque ello no afecta a la admisibilidad del recurso, sin embargo, impide que éste pueda extenderse con carácter general a cualquier diferencia de tratamiento entre las sociedades con personalidad jurídica independiente, por un lado, y las sucursales y agencias desprovistas de personalidad, por otro. Además, tampoco se refiere la doctrina establecida en la sentencia a las eventuales diferencias de tributación entre las sucursales y agencias, por una parte, y las filiales de sociedades con sede en otro Estado miembro por otra, en el caso de que dichas sucursales, agencias, o filiales, transfieran a sus matrices los beneficios obtenidos en sus actividades.

Por ello, los efectos de esta sentencia, en relación con el ordenamiento tributario español, son muy limitados. En efecto, el Impuesto sobre Sociedades español, regulado por la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, es ya fruto de ese proceso de aproximación espontánea de las legislaciones a que antes nos referíamos. Sin embargo, es previsible que en el futuro resulte necesario introducir algunas modificaciones para corregir algunas de las diferencias existentes actualmente, como, por ejemplo, en relación con el sistema que establece el artículo 24.1 de la Ley para evitar la doble imposición interna y el sistema de crédito de impuesto o avoir fiscal existente en la mayoría de los países comunitarios, o en relación con el régimen fiscal especial de los rendimientos obtenidos en España por sociedades extranjeras que operan sin establecimiento permanente.

