

## CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. GEELHOED

presentadas el 23 de febrero de 2006<sup>1</sup>

### I. Introducción

1. La cuestión principal que se suscita en el presente asunto, una petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division, es la compatibilidad con los artículos 43 CE o 56 CE de la negativa del Reino Unido a conceder créditos fiscales a sociedades no residentes en el Reino Unido que perciben dividendos de sus filiales residentes en el Reino Unido, pese a que concede tales créditos a sociedades residentes y a sociedades residentes en otros Estados miembros con arreglo a convenios para evitar la doble imposición. Dicho de otro modo, ¿en qué circunstancias, en su caso, obligan los artículos 43 CE y 56 CE a los Estados miembros a conceder créditos fiscales a los beneficiarios de dividendos salientes?<sup>2</sup>
2. El marco legislativo de este asunto es el mismo que el Tribunal de Justicia hubo de examinar en un asunto anterior, Metallgesellschaft y otros; a saber, el régimen del Reino Unido del Advance Corporation Tax (pago a cuenta del impuesto sobre sociedades) vigente entre 1973 y 1999. Pese a que la cuestión principal en el presente asunto se suscitó también en dicho asunto, el Tribunal de Justicia declaró expresamente que no era necesario abordar esta cuestión a la vista de su respuesta dada a las otras cuestiones planteadas.<sup>3</sup>
3. La cuestión de si el Tratado exige a los Estados miembros en la situación del Reino Unido conceder créditos fiscales por los dividendos salientes es novedosa. Como tal, es la última en una línea –cuyo ejemplo más reciente es la relevante sentencia Marks & Spencer–<sup>4</sup> que obliga al Tribunal de Justicia a examinar los límites de la aplicación de las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación en el ámbito de la fiscalidad

1 — Lengua original: inglés.

2 — La situación inversa –la concesión de créditos fiscales a beneficiarios de dividendos entrantes, que constituyó el objeto de la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de septiembre de 2004, Manninen (C-319/02, Rec. p. I-7477) se plantea en el asunto paralelo C-446/04 Test Claimants in the FII Group Litigation (DO 2005 C 6, p. 26).

3 — Véase la sentencia de 8 de marzo de 2001 (C-397/98 y C-410/98, Rec. p. I-1727), apartado 97.

4 — Sentencia de 13 de diciembre de 2005 (C-446/03, Rec. p. I-10837).

directa de las sociedades, que sigue siendo de manera predominante competencia del Estado miembro. Se trata de un campo en el que el Tribunal de Justicia, ante marcos fácticos y jurídicos cada vez más complicados y alegaciones que tratan de verificar los límites del Tratado, ha desarrollado una jurisprudencia considerable y bastante compleja. Se trata también de un ámbito en el que la previsibilidad y la seguridad jurídica tienen una importancia fundamental, de modo que los Estados miembros puedan elaborar su presupuesto y diseñar sus regímenes del impuesto sobre sociedades sobre la base de previsiones de ingresos relativamente fiables. Como consecuencia, una respuesta realmente sólida y satisfactoria a la cuestión anterior exige examinar el marco de análisis fundamental de la aplicación de las normas en materia de circulación en la esfera de la fiscalidad directa.

## II. Marco jurídico y económico del asunto

### A. Resumen del contexto de la fiscalidad de los dividendos

4. Antes de indicar las disposiciones pertinentes del régimen fiscal del Reino Unido controvertidas, procede describir a grandes rasgos el marco más amplio de imposición de los beneficios de las sociedades distribuidos (dividendos) en la Unión Europea, que

constituye el telón de fondo legal y económico del asunto. En principio, pueden existir dos niveles de imposición al gravar la distribución de beneficios de las sociedades. El primero es al nivel de la empresa, en forma de impuesto de sociedades sobre los beneficios de la sociedad. La recaudación del impuesto de sociedades al nivel de la empresa es común a todos los Estados miembros. El segundo es al nivel de los accionistas, que puede adoptar la forma de impuesto sobre la renta por la percepción de los dividendos por el accionista (un método utilizado por la mayoría de los Estados miembros), o la retención en origen practicada por la sociedad en el momento de la distribución.<sup>5</sup>

5. La existencia de estos dos posibles niveles de imposición puede dar lugar, por una parte, a una doble imposición económica (imposición del mismo rendimiento dos veces, en manos de dos contribuyentes diferentes) y, por otra, a una doble imposición jurídica (imposición de los mismos rendimientos dos veces en manos del mismo contribuyente). Doble imposición económica cuando, por ejemplo, los mismos beneficios tributan primero en manos de la empresa como impuesto sobre sociedades y segundo en manos del accionista como impuesto sobre la renta. Doble imposición jurídica cuando, por ejemplo, a un accionista se le practica primero la retención en origen y posterior-

5 — Véase, sin embargo, el artículo 5, apartado 1, 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 (DO L 225, p. 6) (los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su sociedad matriz cuando ésta tenga una participación de un 25 % como mínimo en el capital de la filial quedarán exentos de la retención en origen).

mente se le exige el impuesto sobre la renta, recaudado por diferentes Estados, sobre los mismos beneficios.

6. El presente asunto versa sobre la legalidad con arreglo al Derecho comunitario de un sistema establecido por el Reino Unido que tiene como finalidad y efecto principal proporcionar a los accionistas una medida de desgravación por doble imposición económica.

7. Al decidir cómo conseguir tal objetivo, los Estados miembros disponen en esencia de cuatro sistemas, que pueden denominarse los sistemas «clásico», «cedular», «de exención» y «de imputación». Los Estados con un sistema clásico de tributación de dividendos han optado por no desgravar la doble imposición económica: los beneficios de las sociedades están sujetos al impuesto sobre sociedades y el beneficio distribuido tributa de nuevo al nivel del accionista como impuesto sobre la renta. En cambio, los sistemas cedular, de exención y de imputación persiguen desgravar de manera íntegra o parcial la doble imposición económica.<sup>6</sup> Los Estados con sistemas cedulares (de los que existen varias formas) optan por someter los beneficios de las empresas al impuesto sobre sociedades, si bien gravan los dividendos como una categoría independiente de renta. Aquéllos con sistemas de exención optan por eximir los ingresos por

dividendos del impuesto sobre la renta. Por último, con arreglo a los sistemas de imputación, el impuesto de sociedades al nivel de la sociedad se imputa total o parcialmente al impuesto sobre la renta adeudado por los dividendos a nivel del accionista, de modo que el impuesto de sociedades sirve de pago anticipado de «parte de» dicho impuesto sobre la renta. De este modo, los accionistas perciben un crédito de imputación por la totalidad o una parte del impuesto de sociedades imputable a los beneficios con cargo a los cuales se pagan los dividendos, crédito que puede compensarse con el impuesto sobre la renta adeudado por dichos dividendos.

8. En el momento pertinente para el presente asunto, el Reino Unido utilizaba un sistema de imputación de tributación de dividendos.

#### *B. Legislación aplicable del Reino Unido*

9. Desde 1965 (fecha en la que se creó en el Reino Unido el impuesto de sociedades) hasta 1973, el Reino Unido tenía un sistema clásico de tributación de dividendos que, como se ha descrito antes, no desgravaba la doble tributación económica. En 1973, el Reino Unido cambió a un sistema de imputación parcial de tributación de divi-

<sup>6</sup> — Una motivación principal de este objetivo es evitar la discriminación de la financiación de las sociedades mediante acciones en comparación con la financiación mediante deuda.

dendos, con el fin de eliminar la discriminación contra los beneficios distribuidos.<sup>7</sup> Como el Tribunal de Justicia señaló en la sentencia *Metallgesellschaft* y otros, antes citada, este sistema funcionaba en esencia del siguiente modo.

#### 1. Pago a cuenta del impuesto sobre sociedades: Deuda e imputación

10. Las sociedades residentes en el Reino Unido que efectuaban determinados reparos, como el pago de dividendos a sus accionistas, estaban obligadas a efectuar un pago a cuenta del impuesto sobre sociedades calculado sobre una cantidad igual al importe o al valor de los dividendos repartidos.<sup>8</sup> El total del importe de los beneficios repartidos y del pago a cuenta del impuesto sobre sociedades se denominaba «pago exento».<sup>9</sup>

11. El pago a cuenta del impuesto sobre sociedades podía compensarse con el impuesto general sobre sociedades («mainstream corporation tax»), que grava los

7 — Véase «Reform of Corporation Tax», documento oficial presentado al Parlamento del Reino Unido al producirse el cambio a un sistema de imputación parcial, apartados 1 y 5 (Cmnd. 4955).

8 — Artículo 14, apartado 1, de la *Income and Corporation Taxes Act 1988* (Ley de 1988 relativa a los impuestos sobre la renta y sobre sociedades; en lo sucesivo, «TA»), en su versión entonces vigente.

9 — Artículo 238, apartado 1, de la TA.

beneficios en el ejercicio económico correspondiente, con un determinado límite. El pago a cuenta del impuesto sobre sociedades no deducido, denominado «excedente» del pago a cuenta, podía trasladarse a un ejercicio anterior o posterior con objeto de deducirlo del impuesto general sobre sociedades de otros ejercicios económicos.<sup>10</sup> La sociedad podía asimismo transmitir («ceder») a sus filiales dicho pago a cuenta, que podía deducirse del impuesto sobre sociedades que debía pagar. El pago a cuenta del impuesto sobre sociedades daba lugar en determinadas circunstancias a un crédito fiscal a favor de las sociedades y los accionistas individuales que percibían los dividendos repartidos.

#### 2. Créditos fiscales: sociedades accionistas

12. En el caso de una sociedad accionista residente en el Reino Unido que percibiera un dividendo de su filial, aunque dicha sociedad estuviera en principio sujeta al impuesto sobre sociedades, éste no se devengaba por los dividendos percibidos de otra sociedad residente en el Reino Unido.<sup>11</sup> Además, la sociedad tenía derecho a un crédito fiscal igual al pago a cuenta del impuesto sobre sociedades pagado por la filial.<sup>12</sup> Conjuntamente, el dividendo y el crédito fiscal constituían lo que se denomi-

10 — Artículo 239 de la TA.

11 — Artículo 208 de la TA.

12 — Artículo 231, apartado 1, de la TA.

naba «rendimiento de capital exento». <sup>13</sup> Una sociedad residente en el Reino Unido estaba obligada a efectuar el pago a cuenta del impuesto sobre sociedades únicamente sobre el importe en que sus pagos exentos superaban sus rendimientos de capital exentos. Ello significaba que el pago a cuenta del impuesto sobre sociedades se efectuaba una sola vez sobre los dividendos distribuidos a través de los miembros residentes en el Reino Unido de grupos de sociedades. Tales grupos podían acogerse a acuerdos específicos con arreglo a los cuales la obligación de efectuar el pago a cuenta del impuesto sobre sociedades podía evitarse con respecto a determinados repartos de dividendos entre sociedades del grupo, cuando así lo decidieran las dos sociedades. <sup>14</sup> Dichos acuerdos constituyeron el objeto de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Metallgesellschaft y otros. <sup>15</sup>

13. Las sociedades accionistas no residentes en el Reino Unido no estaban sujetas al impuesto sobre sociedades en el Reino Unido, pero debían pagar, en principio, el impuesto sobre la renta del Reino Unido por los ingresos obtenidos en el Reino Unido. <sup>16</sup> Sin embargo, una sociedad no residente que percibía un dividendo de una sociedad con domicilio en el Reino Unido que no le daba derecho a un crédito fiscal no estaba sujeta de manera efectiva a ningún impuesto sobre la renta en el Reino Unido por dicho dividendo. <sup>17</sup> Dado que con arreglo a la

legislación del Reino Unido una sociedad no residente no tenía derecho a un crédito fiscal <sup>18</sup> (de no existir un convenio para evitar la doble imposición que dispusiera otra cosa), ello significaba que dicha sociedad no estaba sujeta al impuesto sobre la renta.

### 3. Créditos fiscales: personas físicas accionistas

14. Por lo que se refiere a los accionistas particulares, los accionistas particulares con domicilio en el Reino Unido y determinadas entidades, como los fondos de pensiones, tenían derecho, al percibir un dividendo de una sociedad con domicilio en el Reino Unido, a un crédito fiscal por un importe igual a la proporción del importe o valor del dividendo que se correspondía con el tipo del pago a cuenta del impuesto sobre sociedades. <sup>19</sup> Este crédito fiscal podía imputarse a la cantidad que debía pagarse en concepto de impuesto sobre la renta por el dividendo o pagarse en efectivo si el crédito superaba dicha cantidad. <sup>20</sup> Los accionistas individuales no domiciliados en el Reino Unido no debían pagar de hecho el impuesto sobre la renta en el Reino Unido. <sup>21</sup>

13 — Artículo 238, apartado 1, de la TA.

14 — Artículo 247 de la TA.

15 — Citada en la nota 3 *supra*.

16 — Artículo 20 de la TA.

17 — En virtud del artículo 233, apartado 1, de la TA, una sociedad no residente que recibía un dividendo de una sociedad con domicilio en el Reino Unido que no le daba derecho a un crédito fiscal no estaba sujeta al impuesto sobre la renta en el Reino Unido al tipo mínimo sobre el reparto, que era el único tipo al que se aplicaba el impuesto. A tenor del artículo 231, apartado 1, de la TA, una sociedad no residente no tenía derecho a un crédito fiscal, lo que significaba que, a menos que tuviera derecho a un crédito fiscal en virtud de un convenio para evitar la doble imposición, no estaba sujeta al impuesto sobre la renta en el Reino Unido al tipo mínimo (el único tipo al que se aplicaba dicho impuesto).

18 — Artículo 231, apartado 1, de la TA.

19 — Artículo 231, apartado 1, de la TA.

20 — Artículo 231, apartado 1, número 3, de la TA.

21 — Las personas físicas accionistas no domiciliadas en el Reino Unido no tenían derecho a créditos fiscales, excepto cuando se disponía lo contrario en el convenio para evitar la doble imposición con el país pertinente. Sin embargo, se consideraba que una persona física no residente que no tuviera derecho a un crédito fiscal había pagado el impuesto sobre la renta en el Reino Unido al «tipo mínimo» por el dividendo percibido (artículo 233, apartado 1, de la TA). Ello tenía el efecto de que, a menos que dicha persona tuviera derecho a un crédito fiscal con arreglo a un convenio para evitar la doble imposición, no debía efectuarse ningún pago neto del impuesto sobre la renta en el Reino Unido.

4. La situación con arreglo a los convenios para evitar la doble imposición

asimismo el impuesto sobre la renta del Reino Unido, si bien a un tipo reducido conforme a lo dispuesto en el convenio.

15. Determinados convenios para evitar la doble imposición celebrados entre el Reino Unido y otros países conferirían, en el momento pertinente, derecho a un crédito fiscal a las personas físicas y sociedades no residentes, cuyos términos variaban en función del convenio para evitar la doble imposición.

17. En cambio, por ejemplo, el convenio para evitar la doble imposición entre el Reino Unido y Francia confería derecho a un crédito fiscal sólo si el perceptor del dividendo era titular de menos del 10 % de los derechos de voto de la filial. Otros convenios para evitar la doble imposición, como los celebrados entre el Reino Unido y Alemania, no conferirían ningún derecho a crédito fiscal.

16. Un ejemplo es el convenio para evitar la doble imposición celebrado entre el Reino Unido y los Países Bajos que, en el caso de una sociedad accionista residente en los Países Bajos, confería derecho a un crédito fiscal parcial a favor del accionista que percibía dividendos de una filial del Reino Unido si dicho accionista, sólo o conjuntamente con una o más sociedades asociadas, controlaba directa o indirectamente el 10 % o más de los derechos de voto en la sociedad del Reino Unido.<sup>22</sup> En el caso de inversores «de cartera», tanto personas físicas como sociedades accionistas residentes en los Países Bajos, definidos por dicho convenio para evitar la doble imposición como aquellos cuya participación directa o indirecta es inferior al 10 %, dichos inversores tenían derecho a un crédito fiscal completo respecto del dividendo procedente del Reino Unido.<sup>23</sup> Dichos inversores debían pagar

18. Además, algunos convenios para evitar la doble imposición, como el celebrado entre el Reino Unido y los Países Bajos,<sup>24</sup> contenían una cláusula denominada «de limitación de la ventaja», que suprimía el derecho a un crédito fiscal (que de otro modo existiría) si un accionista no residente era él mismo propiedad de una sociedad residente en un país cuyo convenio para evitar la doble imposición con el Reino Unido no confería un crédito fiscal a las sociedades que perciben dividendos procedentes del Reino Unido. Así, por ejemplo, el artículo 10, apartado 3, letra d), inciso i), del convenio para evitar la doble imposición

22 — Artículo 10, apartado 3, letra c), del convenio para evitar la doble imposición entre el Reino Unido y los Países Bajos.

23 — Artículo 10, apartado 3, letra b), del convenio para evitar la doble imposición entre el Reino Unido y los Países Bajos.

24 — Artículo 10, apartado 3, letra d), del convenio para evitar la doble imposición entre el Reino Unido y los Países Bajos.

entre el Reino Unido y los Países Bajos, en su versión pertinente para el presente asunto, disponía que

«no se pagará ningún crédito fiscal si el titular efectivo de los dividendos es una sociedad distinta de una sociedad cuyas acciones estén admitidas a cotización en una bolsa de valores neerlandesa [...] a menos que la sociedad demuestre que no está controlada por una persona o por dos o más personas asociadas o vinculadas, de las que ninguna habría tenido derecho a un crédito fiscal si hubiera sido el titular efectivo de los dividendos».

#### 5. Las modificaciones de 1999

19. El régimen del pago a cuenta del impuesto sobre sociedades fue derogado en lo que respecta a los dividendos distribuidos desde el 6 de abril de 1999, por lo que las sociedades ya no estaban obligadas a efectuar el pago a cuenta ni a pagar el impuesto sobre sociedades por los dividendos percibidos después de dicha fecha.<sup>25</sup>

25 — Para las sociedades que contaban con un excedente del pago a cuenta del impuesto sobre sociedades trasladado al ejercicio siguiente, se establecía un régimen del «pago a cuenta del impuesto sobre sociedades ficticio», que permitía a las sociedades acceder a su excedente del pago a cuenta del impuesto sobre sociedades.

#### C. Derecho comunitario derivado aplicable

20. La principal norma de Derecho comunitario derivado aplicable en el presente asunto es la Directiva sobre sociedades matrices y filiales, que establece el marco de las normas fiscales que regulan las relaciones entre las sociedades matrices y las filiales de diferentes Estados miembros, con el fin de facilitar la agrupación de sociedades.<sup>26</sup> El artículo 5 de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales dispone que, cuando una sociedad matriz tenga una participación de un 25 % como mínimo en el capital de una filial, los beneficios distribuidos por dicha filial a su sociedad matriz quedarán exentos de la retención en origen. Sin embargo, el artículo 7 precisa que:

«1. La expresión “retención en origen” utilizada en la presente Directiva no comprenderá el pago anticipado o previo (descuento previo) del impuesto de sociedades al Estado miembro en el que esté situada la filial, efectuado en relación con la distribución de beneficios a la sociedad matriz.

2. La presente Directiva no afectará a la aplicación de las disposiciones nacionales o a las incluidas en convenios, cuyo objetivo sea suprimir o atenuar la doble imposición económica de los dividendos, en particular las disposiciones relativas al pago de créditos fiscales a los beneficiarios de dividendos.»

26 — Citada en la nota 5 *supra*.

### III. Antecedentes de hecho y cuestiones prejudiciales

21. La demanda colectiva sobre el pago a cuenta del impuesto sobre sociedades versa sobre reclamaciones de restitución o indemnización por daños y perjuicios interpuestas por diversas sociedades ante la High Court of Justice of England and Wales a resultas de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Metallgesellschaft* y otros, antes citado, en la que el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 43 CE se oponía a que la normativa fiscal de un Estado miembro (en dicho asunto, el Reino Unido) concediera a una filial residente en dicho Estado miembro la posibilidad de pagar dividendos sin tener que efectuar el pago a cuenta del impuesto sobre sociedades cuando su sociedad matriz residiera también en dicho Estado miembro («opción por la tributación en régimen de grupo»), pero no cuando su sociedad matriz tuviera su domicilio en otro Estado miembro.

22. La demanda colectiva sobre el pago a cuenta del impuesto sobre sociedades contiene cuatro tipos distintos de reclamaciones y se define en una resolución de demanda colectiva, que expone las diversas cuestiones comunes a las reclamaciones que procede dilucidar. El presente asunto versa sobre la categoría IV de la demanda colectiva sobre el pago a cuenta del impuesto sobre sociedades, de la que formaban parte en el momento de plantearse las cuestiones prejudiciales veintiocho grupos de sociedades. Bajo la supervisión de la High Court of Justice, las partes seleccionaron cinco asuntos «piloto» para su examen en esta categoría de demanda colectiva, cuatro de los cuales son pertinen-

tes para la presente resolución de remisión. Estos asuntos piloto tratan sobre: 1) los dividendos repartidos entre enero de 1974 y mayo de 1989 por *Pirelli UK PLC*, sociedad con domicilio en el Reino Unido, a *Pirelli & C SpA*, sociedad con domicilio en Italia. Durante este período, *Pirelli SpA* fue titular de al menos el 10 % de las acciones ordinarias emitidas de *Pirelli UK plc*; 2) los dividendos repartidos entre septiembre de 1979 y diciembre de 1998 por la sociedad *Essilor Limited*, con domicilio en el Reino Unido, a *Essilor International SA*, con domicilio en Francia. *Essilor Limited* era una filial al 100 % de *Essilor International SA* en el momento pertinente; 3) los dividendos repartidos entre 1993 y 1994 por *BMW (GB) Limited*, sociedad con domicilio en el Reino Unido, a *BMW Holding BV*, con domicilio en los Países Bajos. *BMW (GB) Limited* era en el momento pertinente una filial al 100 % de *BMW Holding BV*, que a su vez era una filial directa al 100 % de *BMW AG*, sociedad alemana. *BMW Holding BV* no tenía, en el momento pertinente, ninguna acción cotizada en la bolsa de valores neerlandesa, y 4) los dividendos distribuidos entre 1995 y 1998 por *Sony United Kingdom Limited*, con domicilio en el Reino Unido, a *Sony Europe Holdings BV*, con domicilio en los Países Bajos, de la que *Sony United Kingdom Limited* era una filial al 100 %. *Sony Europe Holdings BV* era en última instancia propiedad de una sociedad con domicilio en Japón.

23. Tras una vista celebrada el 9 de junio de 2004, y con el consentimiento de los demandantes y del *Inland Revenue*, la High Court of Justice of England and Wales (*Chancery Division*) decidió suspender el procedimiento y plantear, al amparo del

artículo 234 CE, las siguientes cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia:

«1. ¿Es contrario a los artículos 43 CE o 56 CE (o a los artículos que les antecedieron), en relación con los artículos 57 CE y 58 CE, que:

a) un Estado miembro A (como el Reino Unido)

i) adopte y mantenga en vigor una normativa que confiere un derecho a un crédito fiscal completo en relación con dividendos pagados por sociedades residentes en el Estado miembro A (en lo sucesivo, «dividendos de que se trata») a los accionistas que son personas físicas residentes en el Estado miembro A;

ii) aplique una disposición, contenida en convenios para evitar la doble imposición celebrados con otros Estados miembros y con países terceros, que confiere un derecho a un crédito fiscal completo (deducido el impuesto como se prevé en tales convenios) en relación con los dividendos de que se trata abonados a accionistas que son personas físicas residentes en esos otros Estados miembros y países terceros,

pero no conceda derecho alguno a un crédito fiscal (ya sea com-

pleto o parcial) en relación con los dividendos de que se trata cuando son pagados por una filial con domicilio en el Estado miembro A (como el Reino Unido) a una sociedad matriz residente en el Estado miembro B (como Alemania) ni con arreglo a las disposiciones nacionales ni con arreglo a las estipulaciones del convenio para evitar la doble imposición entre dichos Estados;

b) el Estado miembro A (como el Reino Unido) aplique una disposición contenida en el convenio para evitar la doble imposición aplicable que confiere un derecho a un crédito fiscal parcial en relación con los dividendos de que se trata abonados a una sociedad matriz con domicilio en el Estado miembro C (por ejemplo, los Países Bajos), pero no conceda tal derecho a una sociedad matriz residente en el Estado miembro B (por ejemplo, Alemania), si el convenio para evitar la doble imposición entre el Estado miembro A y el Estado miembro B no contiene una disposición que conceda un crédito fiscal parcial;

c) el Estado miembro A (como el Reino Unido) no confiera un derecho a un crédito fiscal parcial en relación con los dividendos de que se trata abonados a una sociedad

con domicilio en el Estado miembro C (como los Países Bajos) que es controlada por una sociedad residente en el Estado miembro B (como Alemania), si el Estado miembro A aplica disposiciones contenidas en convenios para evitar la doble imposición que confieren tal derecho:

Estado miembro C no esté controlada por una sociedad con domicilio en el Estado miembro B, sino por una sociedad residente en un país tercero?

2. En caso de respuesta afirmativa a todas o a cualquiera de las partes de la primera cuestión, letras a) a c), ¿qué principios establece el Derecho comunitario en relación con los derechos y recursos comunitarios disponibles en las circunstancias expuestas en estas cuestiones? En particular:
- i) a sociedades residentes en el Estado miembro C que están controladas por residentes del Estado miembro C;
  - ii) a sociedades residentes en el Estado miembro C que están controladas por residentes del Estado miembro D (como Italia), cuando se prevea una disposición que confiere un derecho a un crédito fiscal parcial en relación con los dividendos de que se trata en el convenio para evitar la doble imposición entre el Estado miembro A y el Estado miembro D;
  - iii) a sociedades residentes en el Estado miembro D, con independencia de quién controle tales sociedades?
- d) ¿Es pertinente para responder a la primera cuestión, letra c), el hecho de que la sociedad residente en el
- a) ¿Está el Estado miembro A obligado a pagar:
    - i) el crédito fiscal total o un importe equivalente,
    - ii) el crédito fiscal parcial o un importe equivalente, o
    - iii) el crédito fiscal total o parcial, o un importe equivalente:
      - previa deducción del impuesto extra sobre la renta pagadero o

que habría sido pagadero si el dividendo pagado al demandante de que se trate hubiera llevado aparejado un crédito fiscal;

— previa deducción de tal impuesto calculado sobre otra base distinta?

b) ¿A quién deberá efectuarse tal pago:

i) a la sociedad matriz de que se trate con domicilio en el Estado miembro B o en el Estado miembro C, o bien

ii) a la filial de que se trate residente en el Estado miembro A?

c) ¿Es el derecho a tal pago:

i) ¿un derecho al reembolso de importes indebidamente recaudados, de suerte que tal reembolso es una consecuencia —y un complemento— del derecho conferido por los artículos 43 CE y/o 56 CE, y/o

ii) un derecho a compensación o indemnización que debe cumplir los requisitos del reembolso establecidos en la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur y Factortame (C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029)*, y/o

iii) un derecho al reembolso de una ventaja indebidamente denegada, y, en tal caso:

— es tal derecho una consecuencia —y un complemento— del derecho conferido por los artículos 43 CE y/o 56 CE, o bien

— deben cumplirse los requisitos del reembolso establecidos en la sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, antes citada, o

— deben cumplirse otros requisitos?

d) ¿Es pertinente para responder a la segunda cuestión, letra c), determinar si, con arreglo al Derecho

interno del Estado miembro A, las demandas son interpuestas como demandas de restitución o bien son interpuestas o deben ser interpuestas como demandadas de indemnización por daños y perjuicios?

suficientemente caracterizada en el sentido de la sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortame, y en particular sobre si, habida cuenta del estado de la jurisprudencia en relación con la interpretación de las disposiciones comunitarias pertinentes, tal violación era excusable?»

e) ¿Es necesario para obtener el reembolso que la sociedad que ejercite la acción demuestre que ella misma o su matriz habrían reclamado un crédito fiscal (parcial o total, según proceda) si hubieran sabido que tenían derecho a hacerlo con arreglo al Derecho comunitario?

24. Conforme al artículo 104, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento, presentaron observaciones escritas los demandantes, el Gobierno del Reino Unido y el Inland Revenue, Irlanda y la Comisión, así como los Gobiernos finlandés, alemán, neerlandés e italiano. El 22 de noviembre de 2005, se celebró una vista, en la que presentaron observaciones los demandantes, el Gobierno del Reino Unido y el Inland Revenue, la Comisión, Irlanda, y los Gobiernos alemán, francés y neerlandés.

f) ¿Es pertinente para responder a la segunda cuestión, letra a), el hecho de que, de conformidad con la sentencia [Metallgesellschaft y otros, antes citada], la filial de que se trate, residente en el Estado miembro A, pueda haber percibido el reembolso o pueda tener, en principio, derecho al reembolso de los pagos a cuenta del impuesto sobre sociedades, o de un importe relacionado con ellos, por lo que respecta al dividendo pagado a la sociedad matriz de que se trate en el Estado miembro B o en el Estado miembro C?

#### IV. Análisis

g) ¿Qué orientaciones, en su caso, cree el Tribunal de Justicia apropiado formular en los presentes asuntos en relación con las circunstancias que el órgano jurisdiccional nacional deba tener en cuenta al pronunciarse sobre si existe una violación

##### A. Primera cuestión, letra a)

25. Mediante la primera cuestión, letra a), el órgano jurisdiccional nacional pregunta en

esencia si, cuando un país como el Reino Unido concede un crédito fiscal completo en relación con dividendos pagados por sociedades residentes en el Reino Unido a accionistas particulares que son personas físicas residentes en el Reino Unido y, cuando lo establecía un convenio para evitar la doble imposición (dividendos sometidos a tributación conforme a lo previsto en dicho convenio), a las personas físicas residentes de determinados países terceros u otros Estados miembros, los artículos 43 CE o 56 CE exigen al Reino Unido que conceda también un crédito fiscal completo o parcial a los dividendos salientes pagados por una filial residente en el Reino Unido a una sociedad matriz no residente en el Reino Unido.

#### 1. Aplicación del artículo 43 CE o del artículo 56 CE

26. Dado que el órgano jurisdiccional nacional ha mencionado tanto los artículos 43 CE como 56 CE en su primera cuestión, el primer aspecto que ha de abordarse es cuál de estos artículos es aplicable en el presente asunto. En principio, este punto es importante por dos motivos. En primer lugar, mientras que el artículo 43 CE se aplica sólo a las restricciones al ejercicio de la libertad de establecimiento entre Estados miembros, el artículo 56 CE prohíbe también las restricciones a la libre circulación de capitales entre Estados miembros y terceros países. En segundo lugar, el ámbito de aplicación temporal del artículo 56 CE es distinto del

del artículo 43 CE: en particular, el artículo 56 CE entró en vigor y pasó a tener efecto directo el 1 de enero de 1994, y está sujeto a una disposición de «standstill» (artículo 57 CE) en lo que respecta a terceros Estados (pese a que el principio de libre circulación de capitales ya había sido establecido por la Directiva 88/361 del Consejo).<sup>27</sup>

27. En mi opinión, la normativa controvertida del Reino Unido puede estar comprendida, en principio, en el ámbito tanto del artículo 43 CE como del artículo 56 CE, en función de la condición de titular que un demandante determinado posea en la sociedad residente en el Reino Unido de que se trate. El Tribunal de Justicia ha declarado sistemáticamente que una sociedad establecida en un Estado miembro que es titular de una participación en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro que le confiere «una influencia real en las decisiones de la sociedad» y le permite «determinar las actividades de ésta» ejerce su derecho de establecimiento.<sup>28</sup> Como consecuencia, en el supuesto de sociedades no residentes en el Reino Unido cuyas participaciones en sociedades del Reino Unido cumplan este criterio, lo que debe apreciarse, por tanto, es la compatibilidad de la legislación del Reino Unido con el artículo 43 CE.

28. Aun cuando la aplicación de este criterio corresponde a los órganos jurisdiccionales

27 — Directiva de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado (DO L 178, p. 5).

28 — Sentencia de 13 de abril de 2000, Baars (C-251/98, Rec. p. I-2787), apartado 22. Pese a que este asunto se refería a las acciones de un nacional de un Estado miembro, y no de una sociedad, el principio se aplica del mismo modo a las sociedades establecidas en dicho Estado miembro. Véase asimismo el artículo 58 CE, apartado 2, que dispone que la aplicación de las disposiciones en materia de libre circulación de capitales «no serán obstáculo para la aplicación de restricciones del derecho de establecimiento compatibles con el presente Tratado».

nacionales una vez analizadas las circunstancias de la sociedad demandante, de la resolución de remisión resulta evidente que algunos de los asuntos piloto están comprendidos en esta categoría.<sup>29</sup> Procede señalar que, pese a que el ejercicio de esta libertad por dichas sociedades implicará inevitablemente la circulación de capitales hacia el Reino Unido en la medida en que ello sea necesario para crear una filial, en mi opinión se trata de una consecuencia meramente indirecta del ejercicio de la libertad de establecimiento. A este respecto, he de remitirme a la observación del Abogado General Alber en el asunto Baars en el sentido de que «en caso de menoscabo directo de la libertad de establecimiento que sólo implica indirectamente una reducción de los flujos de capitales entre los Estados miembros a consecuencia del obstáculo al establecimiento, únicamente se aplican las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento».<sup>30</sup> Como consecuencia, el artículo 43 CE se aplica de manera prioritaria a dichas sociedades.

29. En el caso de sociedades no residentes en el Reino Unido que sean titulares de una participación en una sociedad residente en el Reino Unido que no les confiera una «influencia decisiva» en las actividades de ésta ni les permita determinar las actividades de dicha sociedad, debe apreciarse la compatibilidad de la legislación del Reino Unido con el artículo 56 CE. A este respecto, he de señalar que es evidente que la legislación del Reino Unido controvertida versa sobre lo

que puede denominarse «movimientos de capitales». Pese a que el Tratado no contiene ninguna definición de este concepto, el Tribunal de Justicia ha declarado que pese a que la percepción de dividendos puede no constituir en sí misma un movimiento de capitales, dicha percepción presupone la participación en empresas nuevas o existentes, lo que sí constituye un movimiento de capitales.<sup>31</sup>

30. Por consiguiente, en principio, debido a la naturaleza del presente asunto como demanda colectiva en la que las circunstancias concretas y el carácter de accionista de cada demandante no han sido evocados ante el Tribunal de Justicia, es necesario examinar la compatibilidad de la legislación controvertida del Reino Unido tanto con el artículo 43 CE como con el artículo 56 CE. No obstante, en el presente asunto la aplicación de ambos artículos lleva al mismo resultado y plantea cuestiones similares. Por tanto, pese a que sólo examinaré la aplicación del artículo 43 CE, el mismo razonamiento es válido para la aplicación del artículo 56 CE.

## 2. Compatibilidad con el artículo 43 CE

31. Como he señalado antes, este asunto plantea la cuestión novedosa de si, con arreglo al marco legislativo nacional expuesto, el artículo 43 CE obliga al Reino

29 — En particular, los asuntos de prueba 2 a 4. Sólo sobre la base de la resolución de remisión no queda claro si uno de los asuntos-piloto —el de Pirelli— cumple este criterio.

30 — Citado en la nota 28 *supra*, punto 26. Véanse asimismo mis conclusiones presentadas en el asunto Reisch y otros (sentencia de 5 de marzo de 2002, C-515/99 y C-527/99 a C-540/99, Rec. p. I-2157), punto 59.

31 — Sentencia de 6 de junio de 2000, Verkooijen (C-35/98, Rec. p. I-4071). Véase asimismo la sentencia Manninen, citada en la nota 2 *supra*, en la que esta cuestión no se abordó expresamente.

Unido a conceder créditos fiscales por los dividendos salientes. A mi juicio, debe responderse negativamente a esta cuestión. Una explicación clara y exhaustiva de por qué esto es así exige una vuelta a los principios que subyacen a la aplicación de las normas en materia de libre circulación en el ámbito de la tributación directa.

a) Aplicación del artículo 43 CE a las normas fiscales directas: Introducción

32. El punto de partida al analizar el ámbito de aplicación del artículo 43 CE en el presente asunto es recordar que la tributación directa es en principio un ámbito de la competencia de los Estados miembros. Como es bien sabido, la armonización en este ámbito es posible sólo a través de legislación basada en el artículo 94 CE, que ha de ser adoptada por unanimidad en el Consejo,<sup>32</sup> y hasta la fecha existe poca legislación comunitaria en este ámbito.<sup>33</sup>

32 — El artículo 95 CE, apartado 2, indica que el artículo 95 CE no se aplicará a las disposiciones fiscales. Este artículo dispone la aproximación de la legislación mediante el procedimiento de codecisión del artículo 251 CE, que requiere la aprobación por mayoría cualificada.

33 — La que existe no constituye ni trata de constituir la base de ningún sistema fiscal comunitario positivo coherente, sino que se limita a ámbitos reducidos de especial pertinencia para las situaciones transfronterizas. Naturalmente, esto contrasta radicalmente con la tributación indirecta, en la que la Comunidad ha construido un sistema de tributación común basado en el «imperativo permanente de armonización» del artículo 93 CE.

33. Ello no obstante, en la clásica formulación del Tribunal de Justicia, «si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben, sin embargo, ejercer dicha competencia respetando el Derecho comunitario».<sup>34</sup> Es evidente que ello incluye la obligación de cumplir el artículo 43 CE, que prohíbe las restricciones a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. A tenor del artículo 43 CE, párrafo segundo, la libertad de establecimiento comprende el derecho a la constitución y gestión de empresas en un Estado miembro en las condiciones fijadas por dicho Estado para sus propios nacionales. En virtud del artículo 48 CE, la libertad de establecimiento incluye el derecho de sociedades o empresas constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal en el interior de la Comunidad, de ejercer su actividad en el Estado miembro de que se trate por medio de filiales, sucursales o agencias.<sup>35</sup>

34. El Tribunal de Justicia ha declarado sistemáticamente que esta prohibición significa que las medidas fiscales nacionales que restringen u obstaculizan el ejercicio de la libertad de establecimiento vulneran el artículo 43 CE a menos que dicha restricción persiga un objetivo legítimo compatible con

34 — Véase, por ejemplo, la sentencia Marks & Spencer, citada en la nota 4 *supra*, apartado 29, y la jurisprudencia citada.

35 — Véase la sentencia Marks & Spencer, citada en la nota 4 *supra*, apartado 30, y la sentencia de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Rec. p. I-6161), apartado 34.

el Tratado y se justifique por razones imperiosas de interés general. Además, la aplicación de la restricción debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no debe ir más allá de lo necesario para alcanzarlo.<sup>36</sup>

35. El Tribunal de Justicia también ha utilizado con frecuencia el término de discriminación en el contexto del artículo 43 CE aplicado a medidas de fiscalidad directa. Ha declarado sistemáticamente que el artículo 43 CE prohíbe la discriminación, ya se trate de discriminación directa (es decir, medidas que establecen abiertamente discriminaciones por razón de la nacionalidad) y discriminación indirecta o «encubierta» (es decir, medidas que jurídicamente se aplican con un criterio de igualdad pero que de hecho producen un efecto discriminatorio).<sup>37</sup> A este respecto, ha definido el concepto de discriminación como la «aplicación de normas distintas a situaciones comparables o bien [...] la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes».<sup>38</sup>

36. Un análisis riguroso lleva a la conclusión de que, en el ámbito de la fiscalidad directa, no existe ninguna diferencia práctica entre estas dos formulaciones, es decir, «restric-

ción» y «discriminación». Sin embargo, lo que es esencial es distinguir entre los dos sentidos del término «restricción» al abordar las normas de fiscalidad directa.

37. El primero se refiere a las restricciones que se derivan inevitablemente de la coexistencia de regímenes fiscales nacionales. De conformidad con la competencia de los Estados miembros en dicho ámbito en el estado actual del Derecho comunitario, los impuestos directos en la UE están regulados por diferentes regímenes fiscales nacionales coexistentes. Ciertas desventajas para las sociedades que operan en situaciones transfronterizas se derivan de manera directa e inevitable de esta yuxtaposición de regímenes y, en particular, de: 1) la existencia de cargas administrativas obligatorias acumulativas para las sociedades que operan en situaciones transfronterizas; 2) la existencia de disparidades entre los regímenes fiscales nacionales; y 3) la necesidad de repartir la competencia tributaria, lo que implica la disociación de la base imponible. Abordaré con más detalle estas desventajas más adelante.

38. Es cierto que, en un sentido general, estas consecuencias pueden «restringir» la actividad transfronteriza. Sin embargo, utilizar el término «restricción» –pese a que se emplea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia– es, en este contexto, engañoso. En realidad, de lo que se trata en el presente asunto es de distorsiones de la actividad económica que se derivan del hecho de que diferentes regímenes jurídicos deben coexis-

36 — Véanse, por ejemplo, las sentencias Marks & Spencer, citada en la nota 4 *supra*, apartado 35; Baars, citada en la nota 28 *supra*; Saint-Gobain ZN, citada en la nota 35 *supra*; de 16 de julio de 1998, ICI (C-264/96, Rec. p. I-4695), y de 15 de mayo de 1997, Futura Participations et Singer (C-250/95, Rec. p. I-2471).

37 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 29 de abril de 1999, Royal Bank of Scotland (C-311/97, Rec. p. I-2651), y la jurisprudencia que en ella se cita.

38 — Véase la sentencia Royal Bank of Scotland, citada en la nota 37 *supra*, apartado 26, y la jurisprudencia que en ella se cita.

tir. En ciertos casos, dichas distorsiones causan desventajas a los operadores económicos; en otros, ventajas. Pese a que en el primer caso son «restrictivas», en el segundo estimulan la actividad de establecimiento transfronterizo. Pese a que, por lo general, se plantean al Tribunal de Justicia lo que cabría denominar «cuasirrestricciones» que se derivan de dichas distorsiones, no debe olvidarse que hay otra cara de la moneda, que consiste en las ventajas concretas que se derivan del establecimiento transfronterizo. En este supuesto, el sujeto pasivo afectado no invoca generalmente el Derecho comunitario.

40. En cambio, el segundo sentido de restricción se refiere a lo que puede denominarse restricciones «verdaderas»: es decir, restricciones que van más allá de las que se derivan inevitablemente de la coexistencia de los regímenes fiscales nacionales, que están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 43 CE. En efecto, el hecho de que, como explico más adelante, los criterios que determinan la competencia tributaria directa se basen en la residencia o el lugar de procedencia implica que en esencia todas las medidas fiscales directas nacionales «verdaderamente» restrictivas se considerarán, en la práctica también medidas directa o indirectamente discriminatorias.<sup>39</sup>

41. Examinaré ahora con más detalle la distinción entre medidas cuasirrestrictivas y discriminatorias [letras b) y c), *infra*, respectivamente].

39. Las causas y el carácter de estas cuasirrestricciones implican que sólo pueden eliminarse a través de la intervención del legislador comunitario, adoptando una solución coherente a escala de la UE, es decir un régimen fiscal aplicable en toda la UE. Por consiguiente, al no existir una solución fiscal válida en toda la UE, procede declarar que tales cuasirrestricciones no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 43 CE. He de añadir que la intervención judicial es, por su naturaleza, casuística y fragmentada. Como consecuencia, el Tribunal de Justicia debe ser prudente al dar una respuesta a las cuestiones que se le formulan y que suscitan cuestiones de carácter sistemático. El legislador está mejor situado para abordar tales cuestiones, en particular cuando éstas plantean aspectos que implican consideraciones de política económica y fiscal.

b) Consecuencias restrictivas inevitables de la coexistencia de los regímenes fiscales nacionales (cuasirrestricciones)

i) Mayores cargas derivadas del cumplimiento de formalidades administrativas

42. Una primera consecuencia de la yuxtaposición de los regímenes fiscales nacionales

39 — Véase además mi análisis de las situaciones examinadas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sección IV (A)(2) (c) *infra*.

independientes es que cada sistema tiene, desde un punto de vista meramente administrativo, su propia autoridad tributaria, su propio procedimiento de presentación de declaraciones tributarias y sus propios controles posteriores (cuando sean necesarios) de dichas declaraciones tributarias. Como consecuencia, los operadores económicos que ejercen actividades transfronterizas estarán sujetos desde el principio a mayores cargas administrativas que los operadores que desarrollan actividades únicamente en un Estado miembro.<sup>40</sup>

## ii) Existencia de disparidades

43. Una segunda consecuencia de la coexistencia de regímenes fiscales nacionales diferentes es la existencia de disparidades o variaciones entre dichos regímenes. Que dichas disparidades son inevitables es evidente cuando se considera que los regímenes fiscales nacionales están hechos a la medida de las circunstancias macroeconómicas específicas que existen en dicho Estado miembro en un momento determinado. En el estado actual de integración de las economías nacionales, dichas circunstancias varían de forma considerable entre Estados miembros. Por ejemplo, una serie de factores significativos de producción difieren en gran medida entre Estados miembros (por ejemplo, la estructura y las dimensiones de los mercados

laborales y de capitales de los Estados miembros). Los Estados miembros con un mercado laboral de mayores dimensiones que el de capitales pueden, por ejemplo, optar por aplicar una mayor carga fiscal al trabajo que a los capitales.

44. Del mismo modo, las opciones de política económica pueden diferir sustancialmente entre los Estados miembros. Estas opciones se reflejan, por ejemplo, en los tipos fiscales: los Estados miembros pueden decidir aplicar un impuesto relativamente más alto con el fin de prestar más y mejores servicios públicos, o porque deseen redistribuir más ingresos a los sectores sociales más desfavorecidos. Cada una de estas opciones es una decisión política que corresponde a la esencia de la potestad tributaria de los Estados miembros en materia de impuestos directos. A su vez, estas opciones pueden constituir un factor que contribuya a otras diferencias entre regímenes fiscales nacionales, como el enfoque de la exención de la doble tributación económica; por ejemplo, los Estados con tipos de gravamen relativamente más bajos pueden optar por un sistema clásico dirigido a evitar la doble imposición, mientras que los Estados con tipos de gravamen más elevados pueden preferir un sistema de imputación.

40 — Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, «Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales», que determina un amplio número de obstáculos fiscales a la actividad económica transfronteriza en el mercado interior y concluye que «la mayor parte de estos problemas se derivan del hecho de que las empresas de la UE tienen que respetar hasta [en aquel momento] quince normativas diferentes [...] La multiplicidad de leyes, acuerdos y prácticas fiscales implica importantes costes de cumplimiento y representa en sí misma una barrera para la actividad económica transfronteriza». [COM(2001) 582 final, p. 11].

45. Como consecuencia, a menos que se produzca una mayor integración de las economías nacionales en la UE, es lógico que la estructura y el contenido de los

regímenes fiscales directos de los Estados miembros, así como los tipos de gravamen, varíen en gran medida.

46. La existencia de estas disparidades produce distorsiones inevitables sobre la inversión, el empleo y, en el caso de las sociedades y de los trabajadores por cuenta propia, sobre las decisiones de establecimiento. Es evidente que las diferencias entre Estados miembros en cuanto a los niveles de fiscalidad efectiva de las operaciones económicas, las cargas fiscales administrativas y la estructura de los regímenes fiscales nacionales influyen en la localización de la actividad económica. Sin embargo, como el Tribunal de Justicia ha confirmado recientemente en la sentencia *Schempp*, y como puse de manifiesto en mis conclusiones presentadas en dicho asunto, las posibles distorsiones resultantes de meras disparidades entre regímenes fiscales no están comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación. En dicho asunto, que versaba sobre una reclamación con arreglo a las disposiciones del Tratado en materia de ciudadanía de la Unión, el Tribunal de Justicia recordó que «el Tribunal de Justicia ya declaró que el Tratado no garantiza a un ciudadano de la Unión que el traslado de sus actividades a un Estado miembro que no sea aquel en el que residía hasta entonces sea neutro en materia de tributación. Habida cuenta de las disparidades de las legislaciones de los Estados miembros en esta materia, tal traslado puede, según los casos, ser más o menos ventajoso o desventajoso para el ciudadano en el plano de la tributación indirecta». <sup>41</sup> Justamente el

mismo principio se aplica a las reclamaciones formuladas en virtud del artículo 43 CE. Así, los obstáculos a la libertad de establecimiento resultantes de disparidades o diferencias entre los regímenes fiscales de dos o más Estados miembros no están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 43 CE. Difieren en ello de los obstáculos que se derivan de la discriminación, que se producen como resultado de las normas de una única jurisdicción fiscal. <sup>42</sup>

47. Procede señalar que, pese a que las restricciones derivadas de las disparidades no están comprendidas en el ámbito de aplicación de las normas del Tratado en materia de libre circulación, ello no significa que, en principio, estén excluidas del ámbito de aplicación del Tratado. En cambio, la competencia de los Estados miembros en el ámbito de la fiscalidad directa está sujeta, en primer lugar, a las medidas de armonización adoptadas con arreglo al artículo 94 CE y, en segundo lugar, a las medidas adoptadas por la Comisión en virtud del artículo 96 CE o 97 CE para contrarrestar las distorsiones en las condiciones de competencia. <sup>43</sup>

41 — Sentencia de 12 de julio de 2005, *Schempp* (C-403/03, Rec. p. I-6421), apartado 45. Véase asimismo el punto 33 de mis conclusiones presentadas en dicho asunto y la sentencia de 15 de julio de 2004, *Lindfors* (C-365/02, Rec. p. I-7183), apartado 34.

42 — Puede apreciarse a este respecto una analogía con la seguridad social, un ámbito basado esencialmente en la coexistencia de sistemas nacionales diferenciados. Mientras que el Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98), modificado, ha establecido ciertos vínculos entre estos sistemas, en la situación actual del Derecho comunitario, las personas físicas no pueden desplazarse entre Estados miembros sin que haya repercusión en sus derechos sociales.

43 — En efecto, en sí misma, la existencia de disparidades puede tener un efecto positivo en las economías de los Estados miembros y favorecer al mercado interior. Excepción hecha de determinados supuestos extremos —por ejemplo, los supuestos de «competencia fiscal perjudicial»— existe un argumento poderoso en el sentido de que la competencia reglamentaria transparente en los regímenes fiscales, así como en otros ámbitos, constituye un incentivo para que los Estados miembros sean lo más eficientes posible en la administración y estructura de sus regímenes fiscales y en el uso de sus ingresos fiscales directos.

iii) Reparto de las competencias en materia tributaria (disociación de la base imponible de la fuente» (tributación de no residentes).<sup>44</sup>

48. Una tercera consecuencia restrictiva del carácter nacional de los regímenes fiscales directos es la necesidad de repartir las competencias tributarias en lo que respecta a los rendimientos de los operadores económicos transfronterizos (disociación de la base imponible). Al igual que sucede con las disparidades, estas restricciones deben distinguirse de la discriminación, ya que no se derivan de las normas de una sola competencia tributaria, sino de la coexistencia de dos competencias tributarias distintas (por ello, no puede imputarse a una competencia tributaria la desventaja fiscal). Sin embargo, a diferencia de las disparidades, tales restricciones continuarían existiendo aunque los regímenes fiscales nacionales fueran exactamente idénticos en su concepción y contenido.

49. La naturaleza de este tipo de restricción puede explicarse de forma muy sencilla. Es evidente que, para los operadores económicos transfronterizos, la coexistencia de regímenes fiscales nacionales supone necesariamente que se decida cómo interactúan estos regímenes. En particular, un Estado debe optar por un criterio que permita decidir qué parte de los rendimientos de un operador económico está sometida a su competencia tributaria. En la situación actual del Derecho fiscal internacional, uno de los métodos más importantes de reparto de las competencias tributarias se basa en la distinción entre tributación en el «Estado de residencia» (tributación de residentes) y en el «Estado

50. En el caso de la tributación en el Estado de residencia del contribuyente, dicho Estado tiene en principio competencia fiscal sobre todos sus rendimientos (tributación «por las rentas mundiales»). La lógica principal que subyace a este sistema es que el lugar en que el contribuyente utiliza la mayoría de los servicios (por ejemplo, servicios públicos, seguridad social, infraestructura, etc.) es su Estado de residencia. En cambio, en el caso de la tributación en el Estado de la fuente, el Estado del no residente tiene competencia tributaria sólo sobre dicha parte de los rendimientos del no residente que se han obtenido en el territorio del Estado de la fuente (tributación por «la territorialidad»). La razón principal en la que se basa este sistema es que el Estado de la fuente es el que proporciona la «ocasión económica» de obtener dichos rendimientos.

51. Como consecuencia de este modo de repartir las competencias tributarias, un operador económico que obtenga rendimientos de procedencia extranjera puede, cuando no existan reglas de prioridad entre los dos Estados, estar sujeto a una doble imposición jurídica. Con arreglo al Derecho fiscal internacional, la norma generalmente aceptada de prioridad tributaria es la del

44 — Véase el modelo OCDE de Convenio de doble imposición sobre la renta y el patrimonio, con comentarios a los artículos, OCDE, París, 1977, en su versión revisada.

«Derecho del país de la fuente»: ello significa que el Estado de la fuente está facultado con carácter preferente para gravar los rendimientos procedentes de éste. Por consiguiente, en la medida en que la doble imposición jurídica debe desgravarse, se trata en principio de una cuestión que corresponde al Estado de residencia, que puede elegir si desea establecer dicha desgravación y cómo hacerlo.<sup>45</sup> Por ejemplo, un Estado puede optar por atenuar la doble imposición jurídica de manera unilateral o a través de un convenio para evitar la doble imposición, utilizando una exención o un sistema de crédito fiscal.<sup>46</sup> En consecuencia, es evidente que la distinción entre residentes (Estado de residencia, tributación por las rentas mundiales) y los no residentes (Estado de la fuente, tributación por la territorialidad) es fundamental para el reparto actual de las competencias tributarias entre Estados, como refleja el Derecho fiscal internacional.

52. Con arreglo al Derecho comunitario, la facultad de elegir los criterios de reparto de las competencias tributarias corresponde exclusivamente a los Estados miembros (conforme al Derecho fiscal internacional). Actualmente, no existen criterios alternativos en el Derecho comunitario ni ninguna base para establecerlos. El Tribunal de Justicia así lo ha reconocido en varias ocasiones. Por ejemplo, en la sentencia Gilly,

después de señalar que el reparto de la competencia tributaria con arreglo a la nacionalidad no puede considerarse en sí mismo constitutivo de discriminación, el Tribunal de Justicia declaró que «al no existir medidas de unificación o de armonización a nivel comunitario, en particular al amparo del segundo guión del artículo [293] del Tratado, dichas diferencias derivan de la competencia atribuida a las partes contratantes para fijar los criterios de reparto entre ellas de su poder tributario, con el fin de suprimir las dobles imposiciones. Siempre en orden al reparto de la competencia fiscal, no deja de ser razonable que los Estados miembros se inspiren en la práctica internacional y en el modelo de convenio elaborado por la OCDE [...]»<sup>47</sup> Del mismo modo, el Tribunal de Justicia ha aceptado expresamente en numerosos casos la compatibilidad con el Derecho comunitario de la distinción básica entre competencia del Estado de residencia (por las rentas mundiales) y del Estado de la fuente (por la territorialidad).<sup>48</sup>

45 — Véase el modelo OCDE de Convenio de doble imposición, citado en la nota 44 *supra*.

46 — Por lo que se refiere al método de exención, el Estado de residencia del contribuyente exime los rendimientos de procedencia extranjera de sus residentes basándose en que dichos rendimientos han tributado ya en el Estado «de la fuente» (es decir, el Estado en el que se obtuvieron los ingresos). En cambio, en el caso de la concesión de un crédito fiscal para evitar la doble imposición, los contribuyentes que obtienen rendimientos de procedencia extranjera tributan, sin embargo, en su Estado de residencia por sus rendimientos mundiales, incluidos los rendimientos de procedencia extranjera, si bien pueden imputar el crédito fiscal por el impuesto pagado en el Estado de la fuente al impuesto del Estado de residencia correspondiente a sus rendimientos de procedencia extranjera.

47 — Sentencia de 12 de mayo de 1998 (C-336/96, Rec. p. I-2793), apartados 30 y 31. Véase asimismo el apartado 24: «Los Estados miembros, que tienen competencia para establecer los criterios de imposición de las rentas y del patrimonio con el fin de suprimir, llegado el caso mediante acuerdos, la doble imposición, han concluido numerosos convenios bilaterales inspirándose, en particular, en los modelos de convenio relativos a la renta y al patrimonio elaborados por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos [OCDE].»

48 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 12 de junio de 2003, Gerritse (C-234/01, Rec. p. I-5933), apartado 45, en la que el Tribunal de Justicia reconoció que «la residencia constituye el factor de conexión con el impuesto en el que se basa, por regla general, el Derecho internacional actual y, concretamente, el modelo de convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) [...], a efectos del reparto de la competencia fiscal entre los Estados, frente a situaciones que contienen elementos de extranjería». Véase asimismo las sentencias de 5 de julio de 2005, D. (C-376/03, Rec. p. I-5821), apartado 28; de 12 de diciembre de 2002, De Groot (C-385/00, Rec. p. I-11819), apartado 93; Saint-Gobain, citada en la nota 35 *supra*; Futura Participations et Singer, citada en la nota 36 *supra*, apartados 20 y 21, y de 14 de febrero de 1995, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225), apartado 57, en la que el Tribunal de Justicia declaró que «el hecho de que un Estado miembro no permita a un no residente acogerse a determinadas ventajas fiscales que concede a un residente no es, por regla general, discriminatorio, puesto que estas dos categorías de sujetos pasivos no se encuentran en una situación comparable.»

53. Ello no obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre residentes y no residentes no constituye siempre una base suficiente para tratar a los contribuyentes de manera diferente. En la sentencia *Marks & Spencer*, el Tribunal de Justicia resumió su posición sobre este extremo al señalar que: «[...] en Derecho tributario la residencia de los contribuyentes puede constituir un factor que justifique normas nacionales que supongan una diferencia de trato entre los contribuyentes residentes y los no residentes. No obstante, la residencia no constituye en todos los casos un factor que justifica tal distinción. En efecto, permitir al Estado miembro de establecimiento que aplique libremente un trato diferente por el mero hecho de que el domicilio de una sociedad esté situado en otro Estado miembro dejaría sin contenido al artículo 43 CE [...] Procede examinar en cada caso concreto si la aplicación de una ventaja fiscal que se reserva a los contribuyentes residentes responde a motivos objetivos pertinentes que puedan justificar la diferencia de trato [...]»<sup>49</sup>

54. El razonamiento del Tribunal de Justicia en dicho asunto muestra que cuando existen diferencias de trato, las examina detenidamente para comprobar si existen razones objetivas que justifiquen dicha diferencia de trato. Dicho de otro modo, se vulnera el artículo 43 CE cuando la diferencia de trato aplicada por el Estado miembro pertinente a sus contribuyentes no es una consecuencia directa y lógica del hecho de que, en el estado actual de desarrollo del Derecho

comunitario, los contribuyentes pueden estar sujetos a obligaciones fiscales diferentes en las situaciones transfronterizas y en las situaciones meramente internas. A este respecto, procede señalar que los operadores económicos que ejercen su derecho de libre circulación conocen, en principio, las disparidades entre las normas fiscales nacionales que les son aplicables, así como el reparto de competencia tributaria, en virtud de los convenios para evitar la doble imposición. A la luz de lo anterior, la cuestión que se plantea es a qué obligaciones están sujetos los Estados miembros en virtud del artículo 43 CE.

c) Restricciones comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 43 CE

55. Repito que cuando una restricción de la libertad de establecimiento se deriva del mero hecho de la coexistencia de administraciones fiscales nacionales, de disparidades entre los regímenes fiscales nacionales o del reparto de la competencia tributaria entre dos regímenes fiscales (una cuasirrestricción), aquella no debe estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 43 CE. En cambio, las «verdaderas» restricciones, es decir, las restricciones a la libre circulación o a la libertad de establecimiento que van más allá de las que se derivan inevitablemente de la existencia de regímenes fiscales nacionales, están comprendidas en el ámbito de aplicación de la prohibición del

49 — Sentencia citada en la nota 4 *supra*, apartados 37 y 38.

artículo 43 CE, a menos que estén justificadas. Con arreglo a la terminología que antes he empleado, para estar comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 43 CE, el trato fiscal desfavorable debe proceder de una discriminación derivada de las reglas establecidas por una administración fiscal, y no de la disparidad o del reparto de la competencia tributaria entre (dos o más) regímenes fiscales de Estados miembros.

artículo 43 CE impone a un Estado dos categorías diferentes de obligaciones en función del tipo de competencia en cuya virtud actúa en un caso determinado.

56. Como he recordado antes, el Tribunal de Justicia ha declarado que la discriminación consiste en la «aplicación de normas distintas a situaciones comparables o bien en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes».<sup>50</sup>

57. En mi opinión, como consecuencia del método de reparto de las competencias tributarias adoptado por los Estados miembros —la distinción entre competencia tributaria mundial (Estado de residencia) y territorialidad (Estado de la fuente)— se desprende que el concepto de discriminación se aplica de distinto modo a los Estados que actúan como Estado de residencia y a los que lo hacen como Estado de la fuente. Simplemente, dado que la naturaleza de la competencia tributaria que se ejerce en cada caso es fundamentalmente diferente, no cabe considerar que un operador económico sujeto a la competencia del Estado de residencia se encuentra por sí mismo en una situación comparable a un operador económico sujeto a la competencia del Estado de la fuente, y viceversa. Como consecuencia, el

i) Obligaciones del Estado de residencia derivadas del artículo 43 CE

58. La obligación principal impuesta a los Estados que ejercen su competencia de Estado de residencia es, en esencia, tratar los rendimientos de procedencia extranjera de sus residentes de modo coherente con la manera en que ha dividido su base imponible. Si ha dividido su base imponible de modo que ésta incluye dichos rendimientos de procedencia extranjera —considerándolos ingresos sujetos a gravamen— no debe discriminar entre rendimientos de procedencia extranjera y rendimientos nacionales. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ilustra este principio. Así, en lo que respecta a la tributación de los dividendos percibidos de sociedades por ejemplo, el Tribunal de Justicia ha declarado que:

— En la medida en que opte por desgravar la doble imposición económica sobre los dividendos de sus residentes, un Estado de residencia, con competencia tributaria sobre los rendimientos mundiales de sus residentes, debe establecer la misma desgravación para los dividendos de origen extranjero que para los dividendos nacionales, y debe, a tal

50 — Sentencia Royal Bank of Scotland, citada en la nota 37 *supra*, apartado 26, y la jurisprudencia citada.

efecto, tener en cuenta el impuesto de sociedades pagado en el extranjero.<sup>51</sup>

pago a cuenta del impuesto sobre sociedades.<sup>53</sup>

- Del mismo modo, cuando un Estado de residencia ofrece la posibilidad de compensar pérdidas nacionales con beneficios anteriores o futuros nacionales, esta posibilidad no puede denegarse por el mero hecho de que la sociedad perciba también rendimientos de procedencia extranjera.<sup>52</sup>
- Además, cuando un Estado pone a disposición de las filiales nacionales que distribuyen beneficios a sus sociedades matrices nacionales una desgravación en régimen de grupo de la obligación de pagar a cuenta el impuesto sobre sociedades, debe extender esta posibilidad a las filiales nacionales que distribuyen beneficios a sus sociedades matrices extranjeras, filiales que de otro modo estarían sujetas al

59. A la inversa, en la sentencia Marks & Spencer, el Tribunal de Justicia declaró que, en principio, en la medida en que un Estado miembro no ejerza su competencia tributaria sobre una filial no residente de una sociedad matriz residente, no tiene que conceder una desgravación por las pérdidas.<sup>54</sup> Dicho de otro modo, si un Estado de residencia ha dividido la base imponible de modo que no ejerce su competencia tributaria sobre una filial extranjera de una de sus sociedades residentes, resulta en principio coherente que dicho Estado se niegue a tener en cuenta deducciones relacionadas con dichos rendimientos de procedencia extranjera al liquidar el impuesto de su sociedad residente.

60. En lo que respecta al impuesto sobre la renta de las personas físicas, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha reconocido, en principio, la regla de Derecho fiscal internacional de que corresponde a los Estados de origen, de conformidad con su competencia tributaria a escala mundial, tener plenamente en cuenta las circunstancias personales de un trabajador o de un empresario,<sup>55</sup> a menos

51 — Véanse las sentencias Manninen, citada en la nota 2 *supra* (el crédito fiscal concedido para los dividendos nacionales debe también concederse para los dividendos de procedencia extranjera); Verkooijen, citada en la nota 31 *supra* (el Estado de residencia debe conceder la misma exención del impuesto sobre la renta individual sobre los dividendos de procedencia extranjera y sobre los dividendos nacionales), y de 15 de julio de 2004, Lenz (C-315/02, Rec. p. I-7063) (la posibilidad de optar por el tratamiento fiscal de los dividendos nacionales debe extenderse a los dividendos de procedencia extranjera). Véanse asimismo las sentencias de 4 de marzo de 2004, Comisión/Francia (deducción liberatoria) (C-334/02, Rec. p. I-2229) (el beneficio del tipo reducido final de la retención en origen estaba restringido a los rendimientos de las reclamaciones de deuda pagadas únicamente por los deudores residentes; debía concederse un beneficio similar a los beneficiarios de los pagos por parte de deudores extranjeros) y las conclusiones del Abogado General Tizzano de 10 de noviembre de 2005 presentadas en el asunto Meilicke, C-292/04, pendiente ante el Tribunal de Justicia.

52 — Sentencia de 14 de diciembre de 2000, AMID (C-141/99, Rec. p. I-11619); de 12 de septiembre de 2002, Mertens (C-431/01, Rec. p. I-7073) (sociedad nacional a la que se exigió compensar sus pérdidas nacionales con beneficios extranjeros); ICI, citada en la nota 36 *supra* (desgravación por pérdidas nacionales supeditada a la cuestión de si la sociedad nacional tenía filiales extranjeras).

53 — Sentencia Metallgesellschaft y otros, citada en la nota 3 *supra*.

54 — Sentencia citada en la nota 4 *supra*, apartado 46. El Tribunal de Justicia lo justificó, entre otras consideraciones, basándose en que las sociedades no pueden tener la facultad de elegir la competencia tributaria invocando las disposiciones de libre circulación, ya que ello pondría en peligro el reparto equilibrado de la potestad tributaria.

55 — Por ejemplo, cantidades exentas, posibilidad de las parejas casadas de optar por la tributación separada o deducción de las cantidades abonadas en concepto de alimentos.

que el Estado de la fuente las haya tenido en cuenta (por ejemplo, en virtud de las disposiciones de un convenio para evitar la doble imposición).<sup>56</sup> Además, los incentivos por inversión concedidos a residentes que invierten dentro del país deben concederse también por las inversiones transfronterizas.<sup>57</sup>

61. Por último, pese a que un Estado de residencia puede exigir válidamente a los contribuyentes que se proponen abandonar con carácter permanente su jurisdicción que regularicen su situación fiscal (tributación de salida, aplicada por ejemplo, sobre las plusvalías del capital mobiliario aún no realizadas), no puede imponer dichos impuestos de salida de un modo que resulte desproporcionado en relación con la necesidad de garantizar la coherencia fiscal o evitar los abusos.<sup>58</sup>

62. Por lo que se refiere a las obligaciones del Estado de residencia en el ámbito del impuesto de sociedades, me gustaría añadir una breve observación a la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto Bosal.<sup>59</sup> En ella el Tribunal de Justicia declaró contraria al artículo 43 CE una

norma neerlandesa en cuya virtud las sociedades matrices residentes en los Países Bajos sólo podían deducir los gastos relacionados con una filial si dicha filial podía tributar en los Países Bajos o si sus gastos servían indirectamente para obtener beneficios imposables en los Países Bajos. El Tribunal de Justicia siguió un razonamiento basado esencialmente en tres pasos para llegar a dicha conclusión. En primer lugar, después de concluir que la limitación neerlandesa sobre el carácter deducible de los gastos era en principio compatible con la Directiva sobre sociedades matrices y filiales,<sup>60</sup> el Tribunal de Justicia señaló que dicha limitación «podría disuadir» a una sociedad matriz (neerlandesa) de ejercer sus actividades a través de una filial establecida en otro Estado miembro, lo que constituía un obstáculo a la constitución de filiales en el sentido del artículo 43 CE. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia rechazó la posibilidad de que la norma pudiera justificarse por motivos de la denominada «cohesión fiscal» (es decir, la necesidad de mantener la coherencia del régimen fiscal neerlandés). Razonó que no existía ningún «vínculo directo» en dicho asunto entre la concesión de una ventaja fiscal —el derecho de una sociedad matriz a deducir los gastos de participación en el capital de sus filiales— y la sujeción al impuesto de su filial. A este respecto, el Tribunal de Justicia se pronunció en la sentencia Baars<sup>61</sup> en el sentido de que no cabía declarar la existencia de un vínculo directo al abordar diferentes impuestos o el tratamiento fiscal de distintos contribuyentes. En tercer lugar, el Tribunal de Justicia desestimó la alegación de que, debido al principio de territorialidad, las situaciones de una sociedad matriz neerlandesa con filiales sujetas a gravamen en los Países Bajos, y una sociedad matriz neerlandesa con filiales no

56 — Véanse, por ejemplo, las sentencias De Groot, citada en la nota 48 *supra*, apartados 99 y 100; de 14 de septiembre de 1999, Gschwind (C-391/97, Rec. p. I-5451), apartado 22, y de 27 de junio de 1996, Asscher (C-107/94, Rec. p. I-3089), apartado 44. La razón generalmente aceptada es que el Estado de residencia, que grava los ingresos mundiales, se encuentra en mejor situación para obtener información sobre estas circunstancias. Véase asimismo la denominada excepción de la sentencia Schumacker, antes citada, a este principio, que se analiza más adelante.

57 — Sentencias de 14 de noviembre de 1995, Svensson y Gustavsson (C-484/93, Rec. p. I-3955), y Verkooijen, citada en la nota 31 *supra*.

58 — Sentencia de 11 de marzo de 2004, De Lasteyrie de Saillant (C-9/02, Rec. p. I-2409).

59 — Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (C-168/01, Rec. p. I-9409).

60 — En virtud del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva.

61 — Citada en la nota 28 *supra*.

sujetas a gravamen en los Países Bajos no podían considerarse «comparables» a efectos del artículo 43 CE. A este respecto, el Tribunal de Justicia se limitó a citar la sentencia *Metallgesellschaft* y otros<sup>62</sup> y a señalar que la aplicación del principio de territorialidad en la sentencia *Futura Participations et Singer*<sup>63</sup> se refería a la tributación de una única sociedad (activa en otro Estado miembro a través de una sucursal), y que en el asunto *Metallgesellschaft* y otros, en cambio, se trataba de la tributación de una sociedad matriz y de una filial (es decir, dos personas jurídicas, sujetas al impuesto de manera independiente).

63. Con todos los respetos, en mi opinión dicha sentencia no dio un reconocimiento suficiente al reparto de las competencias tributarias entre Estados miembros en dicho asunto. En particular, me refiero a la afirmación del Tribunal de Justicia de que las situaciones sean comparables. A mi juicio es esencial, para analizar dicho asunto, que los Países Bajos eximieron de tributación todos los beneficios «entrantes» procedentes de filiales no nacionales. Es decir, el reparto de la competencia tributaria entre los Países Bajos y los Estados miembros de residencia de las filiales era tal que la competencia para gravar los beneficios de las filiales extranjeras correspondía exclusivamente a los últimos, es decir, al Estado de la fuente. Como consecuencia, me parece totalmente coherente con este reparto de la competencia que los Países Bajos imputen a los Estados miembros de las filiales dichos gastos pagados por la sociedad matriz neerlandesa, que eran atribuibles a los beneficios exentos de las filiales extranjeras. En otras palabras, parece evidente que la situación de una

sociedad matriz nacional con una filial cuyos beneficios tributan en dicho Estado miembro, por una parte, y la de una sociedad matriz con una filial cuyos beneficios no tributan (están exentos) en dicho Estado miembro, por otra, no son comparables. En síntesis, parece tratarse de un clásico ejemplo de una diferencia de trato que se deriva directamente de la disociación de la base imponible. A mi juicio, el resultado de la sentencia del Tribunal de Justicia fue que no se tuviera en cuenta la elección de los Estados miembros en materia de reparto de las competencias tributarias y de prioridad de imposición, elección que, como he indicado antes, corresponde exclusivamente a los Estados miembros.

64. Procede añadir que, en principio, la sentencia *Bosal*, antes citada, implica asimismo que los (mismos) gastos podían igualmente deducirse en el Estado miembro de la filial. Pese que cabe presumir que el Tribunal de Justicia no tenía la intención de permitir una «doble desgravación», su sentencia no indica cuál de los dos Estados —el de la sociedad matriz o el de la filial— debe tener prioridad de imposición en lo que respecta a esta deducción de gastos. En efecto, ésta era la cuestión prejudicial planteada por el Hoge Raad en dicho asunto, a la que el Tribunal de Justicia no respondió expresamente. Basta señalar, como he indicado antes, que el Derecho comunitario no

62 — Citada en la nota 3 *supra*.

63 — Citada en la nota 36 *supra*.

contiene ninguna base que permita atribuir dicha competencia y dicha prioridad.<sup>64</sup>

65. En relación con otro extremo, procede señalar que en la sentencia Marks & Spencer, antes citada, el Tribunal de Justicia añadió una salvedad —por lo que se refiere a la tributación de los rendimientos societarios— al principio de que los Estados de origen están obligados a tratar los ingresos de procedencia extranjera de sus residentes de manera coherente con el modo en que han dividido su base imponible. El Tribunal de Justicia declaró que, en circunstancias excepcionales, en las que no existe absolutamente ninguna posibilidad de que las filiales residentes en otro Estado miembro compensen sus pérdidas, un Estado miembro debe ampliar la desgravación de grupo nacional a dichas pérdidas, pese a que el Estado de residencia no ejerce por lo demás competencia tributaria alguna sobre dichas filiales.<sup>65</sup> Explicó esta salvedad basándose en que denegar la desgravación por pérdidas de grupo en tales circunstancias iría «más allá de lo necesario para alcanzar lo esencial» del objetivo de conseguir el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria.<sup>66</sup> Con

independencia de cuál sea la *ratio decidendi* de dicha salvedad, considero que debe aplicarse de manera sumamente restrictiva. Funciona de manera asimétrica al ofrecer, por una parte, una desgravación en supuestos en que la aplicación de las normas fiscales del Estado de fuente da lugar a pérdidas para las filiales mientras que, por otra, deja sin gravar en el Estado de residencia los beneficios extraordinarios obtenidos por las filiales que operan en un régimen fiscal más ventajoso. El resultado final puede ser que, en virtud de dicha salvedad, el Tribunal de Justicia haya introducido una disparidad adicional en la interrelación entre los regímenes fiscales nacionales, distorsionando con ello aún más el ejercicio de la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales dentro de la Comunidad. Por expresarlo de un modo diferente, no veo ningún motivo por el que deba concederse a las sociedades que decidan trasladar sus actividades a otro Estado miembro, con pleno conocimiento de la legislación fiscal local, una desgravación fiscal selectiva y distorsionadora en el Estado de residencia cuando sus actividades en el Estado de la fuente incurran en pérdidas que no puedan ser deducidas en este último Estado.

64 — He de añadir que me parece difícil entender la pertinencia de la sentencia Metallgesellschaft y otros (citada en la nota 3 *supra*) para la situación del asunto Bosal (citado en la nota 59 *supra*). En dicho asunto, el Tribunal de Justicia declaró en esencia que no podía denegarse a los grupos de sociedades con una sociedad matriz extranjera la posibilidad de acogerse a un sistema de tributación en régimen de grupo disponible a los grupos de sociedades con una sociedad matriz nacional, sistema con arreglo al cual las filiales británicas no tenían que efectuar el pago a cuenta del impuesto sobre sociedades que de otro modo habría resultado exigible sobre los dividendos que pagan a sus sociedades matrices. En dicho asunto, la competencia para gravar los beneficios de las filiales británicas correspondía en principio al Reino Unido y, por tanto, éste estaba obligado, al ejercer dicha competencia, a conceder las mismas ventajas a todas las filiales residentes en el Reino Unido, con independencia de dónde estuvieran domiciliadas sus sociedades matrices. En este sentido, dicho asunto podía considerarse como la situación inversa a la del asunto Bosal, en el que los Países Bajos, como Estado de residencia de la sociedad matriz, habían optado por no ejercer ninguna competencia tributaria sobre los beneficios de las filiales no residentes.

65 — Sentencia citada en la nota 4 *supra*, apartados 55 y 56.

66 — *Ibidem*.

## ii) Obligaciones del Estado de la fuente derivadas del artículo 43 CE

66. Dado que los Estados de la fuente tienen potestad tributaria únicamente sobre los rendimientos obtenidos por un no residente sometido a su competencia de Estado de la fuente, están sujetos a una obligación más

limitada con arreglo al artículo 43 CE. En esencia, ésta puede definirse como una obligación de tratar a todos los no residentes de un modo análogo a como se trata a los residentes (no discriminación), en la medida en que dichos no residentes estén sometidos a su competencia tributaria, es decir, conforme al diferente alcance de su competencia tributaria sobre residentes y no residentes.

67. En lo que respecta a la tributación de los rendimientos de las sociedades, esta obligación ha implicado en la práctica que:

- los beneficios fiscales concedidos a sociedades residentes –incluidos los concedidos con arreglo a convenios para evitar la doble imposición–<sup>67</sup> deben concederse del mismo modo a las sucursales (establecimientos permanentes) de sociedades no residentes si dichas sucursales están sujetas por otros motivos al impuesto de sociedades del mismo modo que a las sociedades residentes.<sup>68</sup> Así, por ejemplo, las sucursales de sociedades no residentes tienen derecho a la imputación del mismo crédito fiscal por los dividendos percibidos si tributan por dichos dividendos del mismo modo que las sociedades residentes.<sup>69</sup>
- Además, en la medida en que un Estado de residencia ejerce su competencia tributaria sobre una sucursal extranjera, no puede imponer un tipo del impuesto de sociedades más elevado a dicha sucursal que el que aplica a sus propias sociedades residentes.<sup>70</sup>
- Tampoco puede un Estado de la fuente someter únicamente los reembolsos externos de intereses de un préstamo concedido a una filial residente por un accionista no residente que ejerce el control sobre ella a requisitos mínimos de capitalización (reglas en materia de subcapitalización), y no someter a los reembolsos nacionales a dicho requisito, a menos que tal requisito esté justificado.<sup>71</sup>
- A la inversa, el Tribunal de Justicia ha declarado que el hecho de que, para el cálculo de la base imponible de los sujetos pasivos no residentes, un Estado de la fuente sólo tenga en cuenta los beneficios y las pérdidas procedentes de sus actividades en dicho Estado –y no, por ejemplo, las pérdidas producidas en su Estado de residencia– no está en absoluto prohibido por el Tratado.<sup>72</sup>

67 — Sentencia Saint-Gobain ZN, citada en la nota 35 *supra*.

68 — Sentencias de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia, denominada «Avoir Fiscal» (C-270/83, Rec. p. 273); de 13 de julio de 1993, Commerzbank (C-330/91, Rec. p. I-4017) (sucursal de una sociedad no residente con derecho a los mismos intereses sobre las cantidades devueltas en concepto de impuestos pagados en exceso), y Futura Participations et Singer, citada en la nota 36 *supra* (sucursal de una sociedad no residente con derecho a las mismas posibilidades de trasladar pérdidas a ejercicios posteriores).

69 — Sentencia Avoir Fiscal, citada en la nota 68 *supra*.

70 — Sentencia Royal Bank of Scotland, citada en la nota 37 *supra*.

71 — Sentencia de 12 de diciembre de 2002, Lankhorst-Hohorst (C-324/00, Rec. p. I-11779). Véase la petición de decisión prejudicial del asunto C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (DO 2005 C 57, p. 20), que se encuentra pendiente.

72 — Sentencia Futura Participations et Singer, citada en la nota 36 *supra*, apartado 21.

- Además, los Estados de la fuente no deben imponer requisitos administrativos o contables desproporcionadamente gravosos a las sociedades extranjeras que operen en su territorio (es decir, requisitos que vayan más allá de lo inherente al carácter nacional de las administraciones tributarias), ni siquiera cuando el cumplimiento de estos requisitos sea necesario para obtener una ventaja fiscal relacionada con los rendimientos en el Estado de la fuente.<sup>73</sup>

68. En lo que respecta al impuesto sobre la renta de las personas físicas, este principio implica que, por ejemplo, que

- los Estados de la fuente no pueden distinguir entre residentes y no residentes por lo que respecta a las deducciones relacionadas con los rendimientos del impuesto sobre la renta de las personas físicas —es decir, deducciones «relacionadas directamente»<sup>74</sup> con la actividad que generó los rendimientos imposables en el Estado de la fuente (por ejemplo, gastos profesionales).<sup>75</sup> A este respecto, lo decisivo es el efecto de las distintas

normas, y no su forma.<sup>76</sup> Ello incluye, como el Tribunal de Justicia ha declarado recientemente en la sentencia Bouanich, el efecto sobre la situación de que se trata de cualquier convenio para evitar la doble imposición.<sup>77</sup> En cambio, los Estados de la fuente pueden negarse, en principio, a conceder a los no residentes ventajas vinculadas a la persona concedidas a los residentes ya que, con arreglo al Derecho fiscal internacional, corresponde al Estado de residencia tener en cuenta las circunstancias personales en el impuesto sobre la renta de las personas físicas.<sup>78</sup>

- Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha establecido una excepción a este principio, a saber, que un Estado de la fuente puede verse obligado a «actuar» como Estado de residencia teniendo en cuenta circunstancias personales cuando más del 90 % de los rendimientos de la persona se obtengan y estén sujetos a gravamen en el Estado de la fuente.<sup>79</sup> El motivo de esta excepción es evitar una situación en la que, cuando un contribuyente obtiene rendimientos insuficientes en su Estado de residencia para que éste tome en consideración sus circunstancias personales, dichas circunstancias no se tengan en cuenta en ningún sitio. Con independencia de cuál sea el umbral porcentual adecuado para la aplicabilidad de la excepción, resulta a

73 — Sentencias de 28 de abril de 1998, Safir (C-118/96, Rec. p. I-1897), y Futura Participations et Singer, citada en la nota 36 *supra*.

74 — Sentencia Gerritse, citada en la nota 48 *supra*, apartado 27.

75 — Sentencias Gerritse y Schumacker, citadas en la nota 48 *supra*. Véanse asimismo las sentencias Asscher, citada en la nota 52 *supra* (inexistencia de una escala del impuesto superior para los no residentes) y de 11 de agosto de 1995, Wielockx (C-80/94, Rec. p. I-2493) (los Estados de la fuente deben conceder una deducción de las aportaciones para pensiones por los no residentes de los rendimientos obtenidos en su territorio del mismo modo que los residentes, a menos que se invoque la defensa de la coherencia fiscal).

76 — Sentencia Gerritse, citada en la nota 48 *supra*, apartado 54.

77 — Sentencia de 19 de enero de 2006 (C-265/04, Rec. p. I-923), apartados 51 a 55.

78 — Véase, por ejemplo, la sentencia D, citada en la nota 48 *supra*, apartado 38 (en lo que respecta al impuesto sobre el patrimonio).

79 — Sentencias Schumacker, y D, citadas en la nota 48 *supra*, apartado 30; sentencia de 1 de julio de 2004, Wallentin (C-169/03, Rec. p. I-6443); Wielockx, citada en la nota 75 *supra*, apartado 22, y Gschwind, citada en la nota 56 *supra*.

mi juicio decisivo el hecho de que las circunstancias personales del contribuyente no puedan tenerse en cuenta de otro modo.<sup>80</sup>

69. Otra aplicación de la obligación de no discriminación del Estado de la fuente es que, en la medida en que un Estado de la fuente opte por desgravar la doble imposición económica nacional para sus residentes (por ejemplo, en la tributación de los dividendos), debe ampliar dicha desgravación a los no residentes en la medida en que una doble imposición económica nacional similar resulte del ejercicio de su competencia tributaria sobre dichos no residentes (por ejemplo, cuando el Estado de la fuente somete los beneficios de las sociedades primero al impuesto de sociedades y posteriormente al impuesto sobre la renta con motivo de su reparto). Ello es consecuencia del principio de que las ventajas fiscales concedidas por el Estado de la fuente a los no residentes deben ser iguales a las concedidas a los residentes en la medida en que el Estado de la fuente ejerce de otro modo la misma competencia tributaria sobre ambos grupos.<sup>81</sup>

70. No obstante, a mi juicio, un Estado miembro puede garantizar el cumplimiento

80 — Véanse, por ejemplo, las sentencias Gschwind, citada en la nota 56 *supra*, apartado 29, y De Groot, citada en la nota 48 *supra*, apartado 101. La obligación excepcional para el Estado de la fuente de tener en cuenta las circunstancias personales se aplica asimismo en lo que respecta al impuesto sobre el patrimonio, como otro impuesto directo basado en la capacidad de pago del contribuyente: sentencia D, citada en la nota 48 *supra*, apartados 31 a 34. Véanse asimismo las conclusiones del Abogado General Léger de 1 de marzo de 2005 presentadas en el asunto Ritter-Coulais (sentencia de 21 de febrero de 2006, C-152/03, Rec. pp. I-1711 y ss., especialmente p. I-1713), que aboga por extender esta excepción, más allá de las ventajas «típicamente» vinculadas a la persona, al derecho a deducir las pérdidas de rentas inmobiliarias soportadas en el Estado de residencia.

81 — Véanse los asuntos citados en las notas 67 y 68 *supra*.

de sus obligaciones derivadas de las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación mediante las disposiciones de un convenio para evitar la doble imposición. De este modo, tomando el ejemplo de un Estado de la fuente que impone una doble imposición económica nacional a sus no residentes del mismo modo que a sus residentes, en mi opinión dicho Estado de la fuente está facultado para garantizar que sus no residentes obtengan la misma desgravación por doble imposición que sus residentes en virtud de un convenio para evitar la doble imposición. Sin embargo, en tal situación, el alcance de la desgravación por doble imposición concedida a los no residentes debe ser equivalente a la concedida a los residentes. A este respecto, estoy de acuerdo con el enfoque adoptado por el Tribunal de Justicia en su sentencia Bouanich al declarar que, en un asunto en el que un Estado ejercía la misma competencia tributaria sobre sus accionistas no residentes que sobre sus accionistas residentes, incumbía al órgano jurisdiccional nacional apreciar si, teniendo en cuenta el convenio para evitar la doble imposición aplicable, los residentes eran tratados de manera más favorable que los no residentes.<sup>82</sup>

71. En mi opinión, la apreciación del cumplimiento por los Estados miembros de las obligaciones del Tratado en materia de libre circulación debe tener en cuenta el efecto de los convenios para evitar la doble imposición por dos motivos. En primer lugar, como se ha indicado antes, los Estados miembros tienen libertad para repartir entre ellos no sólo las competencias tributarias, sino también la prioridad de imposición. Así, en el ejemplo

82 — Citada en la nota 77 *supra*, apartado 51.

antes indicado, el Estado de la fuente que impone una doble tributación económica sobre los dividendos puede garantizar, a través de convenios para evitar la doble imposición, que ésta será desgravada por el Estado de residencia. En segundo lugar, no tener en cuenta el efecto del convenio para evitar la doble imposición en un supuesto individual sería ignorar la realidad económica de la actividad de dicho sujeto pasivo y de los incentivos en un contexto transfronterizo. Dicho de otro modo, podría distorsionar el efecto real sobre dicho contribuyente de la combinación de las obligaciones del Estado de residencia y del Estado de la fuente. Procede señalar que, en tal situación, las obligaciones que el Tratado impone al Estado de la fuente incluyen la de garantizar que se ha conseguido dicho resultado. No cabría alegar, por ejemplo, que el Estado de residencia había incumplido sus obligaciones derivadas del convenio para evitar la doble imposición al no desgravar la doble tributación económica en cuestión.<sup>83</sup>

72. Desde un punto de vista más general, lo correcto, a mi juicio, es considerar la combinación de las obligaciones del Estado de residencia y del Estado de la fuente con arreglo a las disposiciones en materia de libre circulación como un conjunto o como la consecución de una forma de equilibrio. El examen de la situación de un operador económico individual en el marco de sólo uno de estos Estados —sin tener en cuenta las obligaciones del otro Estado derivadas del artículo 43 CE— puede dar una impresión equívoca y poco equilibrada, y puede no reflejar la realidad económica en la que actúa dicho operador.

83 — A este respecto, procede señalar que el Tribunal de la AELC adoptó un enfoque diferente en su sentencia Fokus Bank (asunto E-1/04 Fokus Bank/Estado de Noruega, sentencia de 23 de noviembre de 2004). Dicho asunto planteó, entre otras cuestiones, la compatibilidad con la libre circulación de capitales (artículo 40 del Acuerdo EEE, equivalente al artículo 56 CE) de las normas de Derecho noruego mediante las que Noruega sometió los beneficios de las sociedades primero al impuesto de sociedades y con motivo de su reparto 1) en el caso de los residentes, al impuesto sobre la renta. Sin embargo, se concedió un crédito fiscal de imputación completo a los accionistas residentes para desgravar la doble imposición económica de los dividendos; 2) en el caso de los no residentes, a una retención en origen del 15 %. Sin embargo, con arreglo al convenio para evitar la doble imposición pertinente en dicho asunto, ese 15 % se imputaba al impuesto recaudado en el Estado de residencia. Al declarar que esta norma vulneraba el principio de la libre circulación de capitales, el Tribunal de la AELC equiparó la tributación de los dividendos salientes (tributación en el Estado de la fuente) con la de los dividendos entrantes (tributación en el Estado de residencia), invocando las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos Lenz y Manninen, antes citados, (apartado 30), y razonó que un Estado de la fuente no podía, en principio, invocar las disposiciones de un convenio para evitar la doble imposición para subsanar la doble imposición económica provocada por dicho Estado de la fuente (apartado 37). Por los motivos antes expuestos, no estoy de acuerdo con este análisis.

73. Añadiré, por último, que, naturalmente, aunque una norma fiscal de un Estado miembro esté comprendida, en principio, en el ámbito de la prohibición del artículo 43 CE (es decir, equivalga a una discriminación o a una restricción «verdadera»), puede estar justificada, por ejemplo, por la necesidad de garantizar la coherencia de los regímenes fiscales nacionales<sup>84</sup> y la necesidad de impedir el abuso del Derecho.<sup>85</sup>

84 — Sentencia de 28 de enero de 1992, Bachmann (C-204/90, Rec. p. I-249).

85 — Véase, por ejemplo, la sentencia Lankhorst-Hohorst, citada en la nota 71 *supra*, y la sentencia ICI, citada en la nota 36 *supra*.

d) Aplicación de estos principios al presente asunto

74. Mediante la presente cuestión se pregunta si el hecho de que el Reino Unido no concediera ningún crédito fiscal por los dividendos «salientes» pagados por una filial residente en el Reino Unido a una sociedad matriz no residente en el Reino Unido restringe la libertad de esta última para establecer una filial en el Reino Unido, dado que el Reino Unido concedió un crédito fiscal completo en relación con los dividendos pagados por sociedades residentes en el Reino Unido a accionistas individuales residentes en el Reino Unido y, cuando lo dispone el convenio para evitar la doble imposición (sin perjuicio del impuesto previsto en dicho convenio para evitar la doble imposición), a terceros países y otros Estados miembros.

75. Para responder a esta cuestión, es necesario, en primer lugar, hacer una aclaración. La cuestión que debe dilucidarse en el presente caso no es si el Reino Unido debería haber concedido a las sociedades matrices no británicas de filiales británicas el mismo crédito fiscal que concedió a las sociedades matrices británicas de filiales británicas. Es decir, no se trata de la concesión a una sociedad accionista británica de un crédito fiscal igual al pago a cuenta del impuesto sobre sociedades pagado por su filial británica (es decir, el primer «nivel» de la desgravación por doble imposición económica en el régimen del Reino Unido). En

cambio, los demandantes alegan que las personas físicas accionistas de sociedades matrices no británicas deberían haber obtenido el mismo crédito fiscal que las personas físicas accionistas de las sociedades matrices británicas. Por tanto, la cuestión versa sobre la concesión a un accionista particular de una sociedad británica de un crédito fiscal por el impuesto de sociedades ya pagado por el dividendo, que podría deducirse del impuesto sobre la renta que debería pagar en el Reino Unido o que se le podría pagar en efectivo si el crédito superara dicha cantidad (es decir, el segundo «nivel» de la desgravación por doble imposición económica en el régimen del Reino Unido).

76. Dicho de otro modo, los demandantes alegan que las personas físicas accionistas de una sociedad matriz no residente en el Reino Unido –que no se beneficiaron de ningún crédito fiscal del Reino Unido (salvo al amparo de ciertos convenios para evitar la doble imposición)– deben tener derecho al mismo crédito fiscal por el impuesto de sociedades del Reino Unido pagado por los beneficios obtenidos por las filiales británicas, como accionistas individuales de una sociedad matriz residente en el Reino Unido que ha obtenido un crédito fiscal del Reino Unido que neutraliza efectivamente su obligación de pago del impuesto de la renta del Reino Unido. Como tal, dicha alegación se

basa en una comparación de las sociedades matrices residentes y no residentes en función del tratamiento fiscal en el Reino Unido de las personas físicas que son sus accionistas.

77. Los demandantes alegan que esta diferencia de trato de los accionistas particulares perjudica a las sociedades matrices no británicas con una filial británica en comparación con las sociedades matrices británicas con una filial británica. Alegan que, mientras que el sistema británico garantiza una menor carga fiscal total sobre los beneficios distribuidos a través de una sociedad matriz británica mediante la eliminación o reducción de la doble imposición económica, no ofrece dicha garantía a los beneficios (de procedencia británica) distribuidos a través de una sociedad matriz no británica. A su juicio, esto podría hacer que invertir en una sociedad matriz británica fuera más atractivo que hacerlo en una sociedad matriz no británica, al no existir la «mejora» del dividendo por la sociedad matriz para compensar una carga fiscal total más elevada en el último supuesto. Según alegan, este perjuicio para las sociedades matrices no británicas podría, a su vez, disuadir a una sociedad matriz no británica de establecer una filial en el Reino Unido.

78. Es cierto que, en función del régimen fiscal del país de residencia de la sociedad

matriz no residente,<sup>86</sup> cabe la posibilidad de que la carga fiscal total sobre los beneficios no distribuidos por una filial británica a través de una sociedad matriz no británica pudieran ser potencialmente mayores que la carga fiscal total sobre los beneficios distribuidos por una filial británica a través de una sociedad matriz británica.

79. Sin embargo, la cuestión pertinente para el presente análisis es si este perjuicio potencial para las sociedades matrices no británicas está provocado por las normas del Reino Unido que equivalen a una verdadera restricción de la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 43 CE.

80. A mi juicio, es evidente que no sucede así. Tal perjuicio, en los asuntos en los que se produjera, sería un ejemplo perfecto de lo que he denominado antes una cuasirrestricción, resultante de las disparidades y del reparto de las competencias tributarias entre los regímenes fiscales nacionales. No se derivaría de ninguna aplicación discriminatoria por el Reino Unido de sus propias normas fiscales a los sujetos pasivos sometidos a su competencia. Por una parte, en lo que respecta a los beneficios distribuidos por una filial británica a través de una sociedad

86 — Por ejemplo, si el Estado hubiera optado por no eximir (plenamente) la doble imposición económica de dividendos, la carga fiscal total sobre los beneficios distribuidos por una filial británica a su sociedad matriz no británica serían mayores que la carga sobre los beneficios distribuidos por una filial británica a una sociedad matriz británica.

matriz británica a accionistas particulares residentes en el Reino Unido, el Reino Unido ejerce la competencia tributaria del Estado de residencia (por las rentas mundiales) en cada una de estas tres fases. Al ejercer dicha competencia, el Reino Unido ha optado, como ya he descrito, por eximir la doble imposición económica sobre el reparto de los beneficios de filiales mediante a) la concesión de un crédito fiscal a la sociedad matriz británica para garantizar que el pago a cuenta del impuesto sobre sociedades se efectúa una sola vez sobre dichos beneficios y b) la concesión de un crédito fiscal al accionista residente en el Reino Unido que exime la totalidad o una parte de su obligación de pago del impuesto sobre la renta del Reino Unido. Por otra parte, por lo que se refiere a los beneficios distribuidos por una filial británica a través de una sociedad matriz no británica a un accionista particular, el Reino Unido ejerció, en principio, su competencia (territorial) de Estado de la fuente.

81. Esta diferencia en el carácter de la competencia tributaria se deriva del modo en que los Estados han optado por asignar (repartir) la potestad tributaria, en ejercicio de su competencia y de conformidad con el Derecho fiscal internacional.

82. En el segundo caso, el Reino Unido recaudó de hecho el impuesto sobre los beneficios procedentes del Reino Unido solamente una vez, en forma de pago a cuenta del impuesto sobre sociedades realizado por la filial británica con motivo del reparto de beneficios. El efecto del sistema británico era que los dividendos salientes no eran gravados, a menos que dieran lugar a un crédito fiscal británico, en un segundo nivel

de tributación en el Reino Unido en forma de impuesto sobre la renta.

83. Como consecuencia, en la medida en que estaban sometidos a la competencia tributaria del Reino Unido, los dividendos salientes se trataron exactamente del mismo modo que los dividendos nacionales. En primer lugar, el pago de los dividendos dio lugar a una obligación de pago a cuenta del impuesto sobre sociedades. En lo que respecta a los dividendos nacionales, el impuesto sobre la renta del Reino Unido se exigió, en principio, al accionista. El Reino Unido concedió un crédito fiscal que extinguió la totalidad o parte de la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre la renta. Sin embargo, por lo que se refiere a los dividendos salientes, a falta de un convenio para evitar la doble imposición que dispusiera otra cosa, no se recaudó ningún impuesto sobre la renta del Reino Unido. Por consiguiente, no existía ninguna deuda tributaria en concepto de impuesto sobre la renta del Reino Unido que pudiera extinguirse con un crédito fiscal.

84. En síntesis, el alcance de la competencia tributaria del Reino Unido sobre dichos dividendos implicaba la competencia para recaudar el pago a cuenta del impuesto sobre sociedades, competencia que ejerció de manera no discriminatoria y, por tanto, de conformidad con sus obligaciones derivadas del artículo 43 CE.

85. Es posible que dichos beneficios procedentes del Reino Unido pudieran verse nuevamente gravados en el Estado de

residencia de la sociedad matriz no residente en el Reino Unido (doble imposición económica) y en el Estado de residencia de la persona física accionista (triple imposición económica). Sin embargo, como he expuesto, según las reglas de prioridad fiscal admitidas en el Derecho fiscal internacional, en principio el Reino Unido goza de prioridad fiscal sobre los beneficios procedentes del Reino Unido.

86. En cambio, por ejemplo, el Estado de residencia de la sociedad matriz no residente en el Reino Unido está facultado para establecer una desgravación por doble imposición económica aplicable a dichos beneficios procedentes del Reino Unido si así lo desea. Al ejercer dicha competencia de Estado de residencia, dicho Estado, como he señalado, está sujeto a la obligación del artículo 43 CE de no discriminar entre dichos rendimientos de procedencia extranjera y los rendimientos nacionales. Asimismo, en lo que respecta al accionista particular, incumbe, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Manninen,<sup>87</sup> al Estado de residencia del accionista atenuar, si así lo decide, la doble (o triple) imposición económica de los dividendos percibidos. Como ya he indicado, al ejercer dicha competencia, dicho Estado está obligado en virtud del artículo 43 CE a no discriminar entre los rendimientos de procedencia extranjera y nacional. En la medida en que en el presente asunto los accionistas individuales de las sociedades matrices, no británicas residen en el Reino Unido, éste, de conformidad con la sentencia

Manninen, antes citada, está naturalmente sujeto a la obligación de no discriminación. No se ha discutido este extremo, ni es objeto de la presente petición de decisión prejudicial.

87. No obstante, en lo que respecta a los dividendos salientes regulados por un convenio para evitar la doble imposición, de la información aportada al Tribunal de Justicia en el presente asunto se desprende que en determinados casos el Reino Unido conservaba, en virtud de los convenios para evitar la doble imposición, el derecho a someter dichos dividendos al impuesto sobre la renta del Reino Unido (con determinados límites). Del mismo modo, en ciertos casos, el accionista individual beneficiario tenía derecho a un crédito fiscal íntegro o parcial. Según el Reino Unido, existe una relación directa entre el tipo de gravamen del impuesto sobre la renta del Reino Unido aplicado a dichos dividendos y el (alcance del) derecho al crédito fiscal.

88. A este respecto, he de reiterar que, como he explicado antes, la obligación del Reino Unido, que actúa como Estado de la fuente en lo que respecta a los dividendos salientes, consiste en la medida en que ejerce una competencia tributaria sobre los rendimientos de los no residentes, en tratarlos de un modo comparable a los rendimientos de los residentes. En otras palabras, en la medida en que el Reino Unido es competente para recaudar el impuesto sobre la renta del Reino Unido respecto de los dividendos distribuidos a los no residentes, debe garantizar que dichos no residentes reciban un trato equivalente —incluidas las ventajas fiscales— al que recibirían los residentes sujetos a la

87 — Citado en la nota 2 *supra*.

misma competencia en materia de impuesto sobre la renta del Reino Unido. Dicho de otro modo, el alcance de la obligación del Reino Unido debe respetar el reparto de la competencia y de la base imponible acordado en el convenio para evitar la doble imposición bilateral aplicable. Como el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Bouanich, incumbe al órgano jurisdiccional nacional decidir, en cada caso y dependiendo de los términos del convenio para evitar la doble imposición pertinente, si se ha cumplido dicha obligación.<sup>88</sup>

89. Procede añadir que si el Reino Unido puede demostrar que el propio convenio para evitar la doble imposición dispone que corresponde al Estado de residencia del accionista, sociedad o persona física, atenuar la doble imposición económica resultante de la exigencia del pago a cuenta del impuesto sobre sociedades y del impuesto sobre la renta del Reino Unido, ello es, a mi juicio, suficiente para cumplir sus obligaciones derivadas del artículo 43 CE. De nuevo, como he indicado, se trata de una consecuencia de la libertad de los Estados miembros para repartir las competencias tributarias y la prioridad entre ellos, y de la necesidad de tener en cuenta la realidad económica transfronteriza en la que opera el contribuyente. Como ya he indicado, la obligación que incumbe al Reino Unido en virtud del artículo 43 CE le obliga a garantizar que se consiga este resultado, y

no puede alegarse que el Estado de residencia haya incumplido sus obligaciones derivadas del convenio para evitar la doble imposición al no atenuar la doble imposición.

90. Como he indicado, este razonamiento se aplica del mismo modo y lleva a la misma conclusión, en lo que respecta al análisis de la compatibilidad con el artículo 56 CE de la normativa británica controvertida.

91. Por dichas razones, procede responder a la primera cuestión, letra a), que cuando, con arreglo a una legislación como la controvertida en el presente asunto, el Reino Unido concede un crédito fiscal íntegro correspondiente a dividendos pagados por sociedades domiciliadas en el Reino Unido a personas físicas accionistas residentes en el Reino Unido, ni el artículo 43 CE ni el artículo 56 CE le obligan a conceder un crédito fiscal íntegro o parcial por los dividendos salientes pagados por una filial domiciliada en el Reino Unido a una sociedad matriz no domiciliada en el Reino Unido cuando tales dividendos no están sujetos al impuesto sobre la renta en el Reino Unido. Sin embargo, en la medida en que, en virtud de un convenio para evitar la doble imposición, el Reino Unido ejerza su competencia para gravar con el impuesto sobre la renta del Reino Unido dividendos distribuidos a los no residentes, debe garantizar que dichos no residentes son objeto de un trato equivalente –incluidas las ventajas fiscales– al que recibirían los residentes

88 — Sentencia citada en la nota 77 *supra*, apartados 54 y 55.

sujetos a la misma competencia en materia del impuesto sobre la renta del Reino Unido.

nación más favorecida» a los residentes de otros Estados miembros.

*B. Primera cuestión, letra b)*

92. Mediante la primera cuestión, letra b), el órgano jurisdiccional nacional pregunta si es contrario a los artículos 43 CE o 56 CE que un Estado miembro como el Reino Unido aplique una disposición de un convenio para evitar la doble imposición que establece el derecho a un crédito fiscal parcial por los dividendos abonados a una sociedad matriz domiciliada en un Estado miembro determinado (como los Países Bajos), pero no conceda tal derecho a una sociedad matriz domiciliada en otro Estado miembro (como Alemania), si el convenio para evitar la doble imposición entre el Reino Unido y Alemania no prevé que conceda un crédito fiscal parcial.

93. Mediante esta cuestión se pretende determinar si las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación y, en particular, el principio de no discriminación obligan a los Estados miembros a extender las ventajas concedidas a los residentes de un Estado miembro en virtud de un convenio para evitar la doble imposición a los residentes de otros Estados miembros: es decir, si un Estado en la situación del Reino Unido está obligado a extender el trato «de

94. Este extremo ha sido abordado recientemente por el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en el asunto D.<sup>89</sup> Dicho asunto versaba sobre un residente alemán —el Sr. D—, cuyo patrimonio consistía en un 10 % en inmuebles situados en los Países Bajos. Los Países Bajos sometían ese 10 % al impuesto sobre el patrimonio, pero se negaban a conceder al Sr. D la desgravación a la que tenían derecho los residentes neerlandeses y, en virtud del convenio para evitar la doble imposición entre Bélgica y los Países Bajos, los residentes belgas. El Sr. D alegó que el hecho de que los Países Bajos trataran a los residentes belgas y alemanes de modo diferente a este respecto equivalía a una discriminación ilícita contraria al artículo 56 CE y que, por este motivo, los Países Bajos debían concederle una desgravación similar. El Tribunal de Justicia desestimó esta alegación y declaró que la situación de los no residentes amparados por un convenio para evitar la doble imposición y la de los no residentes no amparados por dicho convenio para evitar la doble imposición no es comparable. Por tanto, no cabe hablar de discriminación entre estos dos grupos de contribuyentes. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal de Justicia formuló tres observaciones principales. En primer lugar, el convenio para evitar la doble imposición entre Bélgica y los Países Bajos establecía un reparto de la competencia fiscal entre dichos dos Estados miembros.<sup>90</sup> En segundo lugar, era una «consecuencia inherente a los convenios bilaterales para evitar la doble imposición» que los «derechos y

89 — Citada en la nota 48 *supra*.

90 — Sentencia D, citada en la nota 48 *supra*, apartado 60.

obligaciones recíprocos» contenidos en dichos convenios para evitar la doble imposición se aplicaran sólo a las personas residentes en uno de los dos Estados miembros contratantes. En tercer lugar, una norma recíproca como, en aquel asunto, la disposición que concedía la aplicación de una cantidad exenta a efectos del impuesto sobre el patrimonio a los residentes belgas no podía considerarse una ventaja separable del resto del convenio para evitar la doble imposición entre Bélgica y los Países Bajos, sino que formaba «parte integrante de éste» y contribuía «a su equilibrio general».

95. Este razonamiento, con el que estoy de acuerdo, es igualmente aplicable a la situación planteada en la presente cuestión prejudicial. En el ejemplo expuesto por el órgano jurisdiccional nacional, no es correcto comparar la situación de una sociedad matriz neerlandesa que recibe un crédito fiscal parcial del Reino Unido con arreglo al convenio para evitar la doble imposición entre los Países Bajos y el Reino Unido con el de una sociedad matriz alemana que no recibe crédito fiscal ninguno. Ha de subrayarse, como hizo el Tribunal de Justicia en la sentencia D, que todo convenio para evitar la doble imposición establece un reparto concreto de las competencias tributarias y de la prioridad fiscal entre los Estados contratantes.<sup>91</sup> Este reparto representa un equilibrio global negociado en su conjunto y en un plano de igualdad sobre la base de las características particulares de los dos regímenes fiscales

nacionales y de las economías de que se trata, con arreglo a la competencia de los Estados miembros y conforme a lo expresamente previsto en el artículo 293 CE. Los diferentes equilibrios a los que se llega en dichas negociaciones bilaterales reflejan la diversidad de los regímenes fiscales nacionales y de las circunstancias económicas, incluso, como se ha indicado antes, dentro de la UE. De ello se desprende que no cabe considerar que los no residentes sujetos a diferentes equilibrios de competencia tributaria y normas de prioridad acordadas en diferentes convenios para evitar la doble imposición se encuentran en situaciones comparables. Como he expuesto antes, las diferencias de trato que se derivan meramente del reparto entre los Estados miembros de las competencias tributarias o de la elección de reglas de prioridad no están comprendidas en el ámbito de aplicación de los artículos 43 CE o 56 CE. En cambio, la obligación de un Estado de la fuente en lo que respecta a los no residentes consiste únicamente, en la medida en que ejerce su competencia tributaria, en tratarlos de manera comparable a los residentes.

96. Por esta razón, considero que procede responder a la primera cuestión, letra b), que los artículos 43 CE o 56 CE no se oponen a que un Estado miembro como el Reino Unido aplique una disposición de un convenio para evitar la doble imposición que confiere un derecho a un crédito fiscal parcial por los dividendos abonados a una sociedad matriz con domicilio en un Estado miembro determinado (como los Países Bajos), pero no concede tal derecho a una sociedad matriz domiciliada en otro Estado

91 — Véase, por analogía, la observación del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto Gilly, citado en la nota 47 *supra*: «La finalidad de un convenio bilateral de doble imposición reside en evitar que los rendimientos ya gravados por uno de los Estados lo sean de nuevo en el otro. No es, desde luego, garantizar que, se obtengan donde se obtengan los rendimientos y sea cual fuere su fuente, el gravamen que se aplique al sujeto pasivo en uno de los Estados no sea superior al que se le someta en el otro» (punto 66).

miembro (como Alemania), si el convenio para evitar la doble imposición entre el Reino Unido y Alemania no contiene una disposición que conceda un crédito fiscal parcial.

*C. Primera cuestión, letras c) y d)*

97. Mediante la primera cuestión, letra c), el órgano jurisdiccional nacional pregunta si es contrario a los artículos 43 CE o 56 CE que el Reino Unido, al aplicar sus convenios para evitar la doble imposición, no conceda un crédito fiscal parcial a las sociedades residentes en los Países Bajos que están controladas por una sociedad residente en Alemania, mientras que confiere derecho a un crédito fiscal parcial por los dividendos abonados i) a una sociedad domiciliada en los Países Bajos si está controlada por un residente neerlandés; ii) a una sociedad domiciliada en los Países Bajos si está controlada por un residente de un Estado miembro como Italia, cuando existe una disposición que confiere un crédito fiscal parcial en el convenio para evitar la doble imposición entre Italia y los Países Bajos, o iii) a sociedades domiciliadas en Italia, con independencia de quién las controle. Mediante la primera cuestión, letra d), el órgano jurisdiccional nacional pregunta si la respuesta a la primera cuestión, letra c), sería diferente si se refiriera a una sociedad domiciliada en los Países Bajos controlada no por un residente alemán, sino por un residente de un tercer país.

98. En esencia, el extremo que plantean estas cuestiones es la compatibilidad con el artículo 43 CE de las denominadas cláusulas «de limitación de las ventajas» en los convenios para evitar la doble imposición entre los Estados miembros, mediante las cuales el derecho a las ventajas fiscales de las sociedades residentes de los Estados contratantes está limitado en función del lugar de residencia de las personas que controlan dichas sociedades. Por ejemplo, en la presente situación, se deniega a las sociedades residentes en los Países Bajos la ventaja de un crédito fiscal parcial del Reino Unido si a su vez están controladas por un residente de un Estado miembro como Alemania, cuando el convenio para evitar la doble imposición entre Alemania y el Reino Unido no contiene ninguna disposición que confiera un crédito fiscal parcial del Reino Unido.

99. A mi juicio, la respuesta a estas cuestiones se desprende de un razonamiento análogo al que he expuesto en relación con la primera cuestión, letra b).

100. Como he explicado antes, no es posible comparar la situación de los no residentes a los que se aplica un convenio para evitar la doble imposición y la de quienes no están cubiertos por dicho convenio, ya que cada convenio para evitar la doble imposición representa un equilibrio particular de la competencia tributaria y de prioridad fiscal acordados entre los Estados contratantes. Una diferencia de trato entre dichos no residentes no equivale a discriminación, porque se encuentran en situaciones dife-

rentes. La cuestión que ha de dilucidarse en el presente asunto es si es lícito distinguir entre no residentes que residen en el mismo Estado miembro y están, por tanto, amparados por el mismo convenio para evitar la doble imposición, en función de si la sociedad no residente está controlada por un residente de un Estado miembro (o tercer país) cuyo convenio para evitar la doble imposición con el Reino Unido no contiene una disposición que confiera créditos fiscales parciales. ¿Son comparables estos no residentes a efectos del principio de no discriminación?

101. La respuesta a esta pregunta debe, a mi juicio, ser negativa. La distinción establecida en un convenio para evitar la doble imposición entre no residentes sobre la base del país de residencia (y, por tanto, el convenio para evitar la doble imposición aplicable) del accionista que ejerce su control forma parte del equilibrio de competencias tributarias y de prioridad fiscal alcanzado por los Estados miembros en ejercicio de su competencia, al que ya me he referido. Por tanto, las razones y justificaciones de la elección del equilibrio —que sólo puede apreciarse a la luz del equilibrio más amplio alcanzado en toda la red de convenios bilaterales para evitar la doble imposición que existe actualmente— no están comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación.

102. Por consiguiente, procede responder a la respuesta a la primera cuestión, letras c) y d), que los artículos 43 CE o 56 CE no se oponen a que el Reino Unido, al aplicar sus convenios para evitar la doble imposición, no conceda ningún crédito fiscal parcial a las

sociedades domiciliadas en los Países Bajos si están controladas por un residente alemán o de un tercer país, pero confiera un derecho a un crédito fiscal parcial en relación con los dividendos pertinentes abonados i) a una sociedad domiciliada en los Países Bajos si está controlada por otro residente neerlandés; ii) a una sociedad domiciliada en los Países Bajos si está controlada por un residente de un Estado miembro como Italia, cuando exista una disposición que confiere un crédito fiscal parcial en el convenio para evitar la doble imposición entre Italia y los Países Bajos, o iii) a sociedades residentes en Italia, con independencia de quien las controle.

#### D. Segunda cuestión prejudicial

103. Mediante esta cuestión se plantea el problema de los derechos y recursos disponibles en Derecho comunitario en caso de incumplimiento de los artículos 43 CE o 56 CE en las circunstancias expuestas en la primera cuestión prejudicial. Sin embargo, como se desprende de lo anterior, considero que las respuestas a la primera cuestión, letras a) a c), deben ser negativas de una manera tan evidente que no me parece útil ni necesario responder a esta cuestión. Sin embargo, he de señalar que se han planteado cuestiones similares acerca de los recursos en la petición de decisión prejudicial formulada en el asunto paralelo, *Test Claimants in the FII Litigation*,<sup>92</sup> en el que presento también hoy mis conclusiones.

92 — Citado en la nota 2 *supra*.

## V. Conclusión

104. Por estos motivos, considero que el Tribunal de Justicia debe responder del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por la High Court of Justice of England and Wales, (Chancery Division):

- 1) Cuando, con arreglo a una legislación como la controvertida en el presente asunto, el Reino Unido concede un crédito fiscal íntegro correspondiente a dividendos pagados por sociedades domiciliadas en el Reino Unido a personas físicas accionistas residentes en el Reino Unido, ni el artículo 43 CE ni el artículo 56 CE le obligan a conceder un crédito fiscal íntegro o parcial por los dividendos salientes pagados por una filial domiciliada en el Reino Unido a una sociedad matriz no domiciliada en el Reino Unido cuando tales dividendos no están sujetos al impuesto sobre la renta en el Reino Unido. Sin embargo, en la medida en que, en virtud de un convenio para evitar la doble imposición, el Reino Unido ejerza su competencia para gravar con el impuesto sobre la renta del Reino Unido dividendos distribuidos a los no residentes, debe garantizar que dichos no residentes son objeto de un trato equivalente –incluidas las ventajas fiscales– al que recibirían los residentes sujetos a la misma competencia en materia del impuesto sobre la renta del Reino Unido.
  
- 2) Los artículos 43 CE o 56 CE no se oponen a que un Estado miembro como el Reino Unido aplique una disposición de un convenio para evitar la doble imposición que confiere un derecho a un crédito fiscal parcial por los dividendos abonados a una sociedad matriz domiciliada en un Estado miembro determinado (como los Países Bajos), pero no concede tal derecho a una sociedad matriz residente en otro Estado miembro (como Alemania), si el convenio para evitar la doble imposición entre el Reino Unido y Alemania no contiene una disposición que conceda un crédito fiscal parcial.

- 3) Los artículos 43 CE o 56 CE no se oponen a que el Reino Unido, al aplicar sus convenios para evitar la doble imposición, no conceda ningún crédito fiscal parcial a las sociedades domiciliadas en los Países Bajos si están controladas por un residente alemán o de un tercer país, pero confiera un derecho a un crédito fiscal parcial en relación con los dividendos pertinentes abonados i) a una sociedad domiciliada en los Países Bajos si está controlada por otro residente neerlandés; ii) a una sociedad domiciliada en los Países Bajos si está controlada por un residente de un Estado miembro como Italia, cuando exista una disposición que confiere un crédito fiscal parcial en el convenio para evitar la doble imposición entre Italia y los Países Bajos, o iii) a sociedades residentes en Italia, con independencia de quien las controle.