

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. PAOLO MENGOZZI

presentadas el 22 de diciembre de 2010¹

I. Introducción

1. Mediante la presente remisión prejudicial, el Conseil d'État (Francia) interroga al Tribunal de Justicia sobre la interpretación de los artículos 43 CE y 56 CE en el marco de un litigio entre el ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique y la sociedad Accor en relación con la solicitud de esta última de que se le devuelva la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario que tuvo que pagar con ocasión de la redistribución de dividendos a sus accionistas correspondiente a los ejercicios 1999 a 2001.²

2. En efecto, de la resolución de remisión se desprende que Accor percibió a lo largo de los ejercicios 1998, 1999 y 2000 dividendos abonados por sus filiales establecidas en otros Estados miembros y que, con ocasión de la redistribución de tales dividendos a sus propios accionistas, dicha sociedad pagó, en aplicación del artículo 146, apartado 2, en relación con los artículos 158 *bis* y 223 *sexies* del Code General des Impôts (Código General Tributario; en lo sucesivo, «CGI»), en la versión aplicable a los hechos del litigio principal, una retención sobre los rendimientos del capital mobiliario que se elevaba, para

los ejercicios 1999, 2000 y 2001 respectivamente a 323.279.053 FRF (49.283.574 euros), 359.183.404 FRF (54.757.157 euros) y 341.261.380 FRF (52.024.962 euros).

3. El pago de estas cantidades en concepto de retención debe situarse en el contexto legislativo del «crédito fiscal», aplicable en el momento de los hechos del litigio principal, que fue derogado desde el 1 de enero de 2005 en virtud del artículo 93 de la Ley n° 2003-1311.³

4. Para evitar la doble imposición económica de los beneficios, gravados, en primer lugar en el momento de su obtención por la sociedad que los distribuye y luego, al distribuirse entre los beneficiarios, el artículo 158 *bis* del CGI, en la versión aplicable en el momento de los hechos del litigio principal, concedía a los beneficiarios de los dividendos distribuidos por *sociétés françaises* un «crédito fiscal» representado por un crédito abierto en la cuenta del Tesoro Público. Este crédito fiscal, o haber fiscal, era igual a la mitad de las cantidades efectivamente pagadas por la sociedad distribuidora a la sociedad matriz.

1 — Lengua original: francés.

2 — Al ser la petición de decisión prejudicial anterior a la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se hará referencia a las disposiciones del Tratado CE.

3 — JORF de 31 de diciembre de 2003, p. 22530.

5. Sin embargo, para evitar pérdidas fiscales, el mecanismo del crédito fiscal estaba asociado al de «retención sobre los rendimientos del capital mobiliario» cuando los beneficios subyacentes a la distribución no habían sido gravadas por el impuesto de sociedades al tipo normal.

6. En tales circunstancias, el artículo 223 *sexies* del CGI, en la versión aplicable en el momento de los hechos del litigio principal, establecía que la sociedad que procedía a la distribución del dividendo, debía pagar una retención igual al crédito de impuesto calculado del modo previsto en el artículo 158 *bis* del mismo Código. Esta retención se adeudaba por las distribuciones que dan derecho al crédito de impuesto cualesquiera que fueran sus beneficiarios.

7. En la medida en que, en virtud del artículo 216 del CGI, se eximía a la sociedad matriz con domicilio social en Francia del impuesto de sociedades por los dividendos distribuidos por una filial,⁴ cualquiera que fuera la procedencia de dichos dividendos, su redistribución por parte de sociedad matriz a sus propios accionistas suponía por tanto en principio, la exigibilidad de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario, con arreglo al artículo 223 *sexies* del CGI.

4 — Con excepción del abono de una parte proporcional de gastos y cargas, determinado de conformidad con el artículo 216 del CGI, que no es pertinente en el asunto principal, y que, durante el periodo a que se refiere el litigio principal, estaba fijado en el 2,5% del producto total de las participaciones, incluidos los créditos fiscales, hasta 2000 y en el 5%, desde 2001. La compatibilidad del abono de tal parte proporcional de gastos y cargas fue examinada por Tribunal de Justicia en el asunto que dio lugar a la sentencia de 3 de abril de 2008, Banque Fédérative du Crédit Mutuel (C-27/07, Rec. p. I-2067).

8. Sin embargo, mientras que el artículo 146, apartado 2, del CGI, en la redacci3n que estaba en vigor durante los ejercicios fiscales controvertidos, establecía que, en tal hip3tesis, la retenci3n sobre los rendimientos del capital mobiliario, se descontarí, en su caso, del importe de los créditos de impuesto vinculados a los productos de las participaciones contempladas en el artículo 145 del CGI, percibidos durante los ejercicios cerrados desde hace cinco años a lo sumo, como ya se ha indicado en el punto 4 de las presentes conclusiones, s3lo tenían derecho al beneficio del crédito fiscal las sociedades matrices que percibían dividendos distribuidos por sociedades francesas.

9. En otros términos, como resume el 3rgano jurisdiccional remitente, el artículo 146, apartado 2, del CGI permitía a una sociedad matriz establecida en Francia, cuando las redistribuciones a las que procedía de dividendos recibidos de filiales francesas daban lugar a la aplicaci3n de una retenci3n sobre los rendimientos del capital mobiliario, descontar el importe de esa retenci3n del importe del crédito de impuesto que le permite la distribuci3n de los dividendos recibidos de esas filiales. En cambio, a falta de un crédito fiscal en virtud de un dividendo pagado por una filial establecida en otro Estado miembro y que pudiera disminuir el importe exigible de la retenci3n, el pago de esa retenci3n por la redistribuci3n de dicho dividendo a sus accionistas por la citada sociedad matriz, al imputarse sobre la masa de las cantidades distribuibles, reducía en la misma medida el importe de la redistribuci3n de ese dividendo.

10. Considerando que tal diferencia de trato era incompatible con el Derecho comunitario, Accor formul3 demanda ante el tribunal

administratif de Versailles que fue estimada por sentencia de 21 de diciembre de 2006. El recurso de apelación del ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique contra dicha sentencia fue desestimado por sentencia de la cour administrative d'appel de Versailles de 20 de mayo de 2008.

conoce y plantear las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) a) ¿Deben interpretarse los artículos 56 [CE] y 43 [CE] en el sentido de que se oponen a un régimen fiscal, cuya finalidad es eliminar la doble imposición económica de los dividendos, que:

11. El Conseil d'État, que conoció de un recurso de casación del ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique estimó el motivo invocado por el recurrente basado en la falta de motivación de la sentencia de la cour administrative d'appel de Versailles, anulando, en consecuencia, dicha sentencia.

— permite a una sociedad matriz imputar a la retención, a la que está obligada al efectuar la redistribución a sus accionistas de los dividendos pagados por sus filiales, el crédito del impuesto vinculado a la distribución de esos dividendos si proceden de una filial establecida en Francia,

12. Al considerar, en tales condiciones que le correspondía resolver el asunto en cuanto al fondo, habida cuenta de las circunstancias del caso de autos, el Conseil d'État, tras desestimar el argumento de Accor relativo a la incompatibilidad de las disposiciones legislativas en cuestión con 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,⁵ consideró que existían ciertas dudas sobre la interpretación de otras disposiciones y principios del Derecho de la Unión. El Conseil d'État decidió, por consiguiente, suspender el procedimiento de que

— pero no confiere tal facultad si esos dividendos tienen su origen en una filial establecida en otro Estado miembro [...], dado que dicho régimen no confiere el derecho, en ese caso, a un crédito de impuesto vinculado a la distribución de esos dividendos por tal filial, por considerar que ese régimen vulneraría, en sí mismo, en relación con la citada sociedad matriz, los principios de libre circulación de capitales o de libertad de establecimiento?

5 — DO L 225, p. 6. Esta Directiva fue modificada por la Directiva 2003/123/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2003 (DO 2004 L 7, p. 41). Sin embargo, las modificaciones introducidas por esta última son posteriores a los hechos del litigio principal y por lo tanto no son pertinentes.

b) En caso de respuesta negativa [a la letra a)], ¿deben interpretarse esos

artículos en el sentido de que se oponen, sin embargo, a tal régimen en la medida en que debe tomarse en consideración asimismo la situación de los accionistas porque, habida cuenta del pago de la retención, el importe de los dividendos percibidos de sus filiales y redistribuidos por dicha sociedad matriz a sus accionistas es diferente en función de la localización de esas filiales, en Francia o en otro Estado miembro [...], de modo que dicho régimen tiene un efecto disuasorio en los accionistas a la hora de invertir en esa sociedad matriz y, por lo tanto, tiene por efecto afectar a la captación de capitales por la sociedad y puede disuadir a dicha sociedad de conceder capitales a las filiales establecidas en Estados miembros distintos de Francia o de crear en esos Estados tales filiales?

- 2) En caso de respuesta afirmativa [a las letras a) y b) de la primera cuestión] y si se interpretan los artículos 56 [CE] y 43 [CE] en el sentido de que se oponen al régimen fiscal de la retención descrito antes y, por lo tanto, la Administración está, en principio, obligada a restituir las cantidades percibidas con arreglo a dicho régimen en la medida en que lo han sido contraviniendo el Derecho comunitario, ¿se opone este Derecho, en el marco de un régimen que, en sí mismo, no se traduce en una posibilidad de que el sujeto

pasivo pueda repercutir un impuesto sobre un tercero:

- a) a que la Administración pueda oponerse al reembolso de las cantidades pagadas por la sociedad matriz porque dicha restitución supondría un enriquecimiento sin causa para ésta;
- b) y, en caso de respuesta negativa, a que pueda oponerse, para no ordenar la restitución a la sociedad de dicha cantidad, la circunstancia de que la cantidad pagada por la sociedad matriz no constituye para ésta una carga contable o fiscal sino que se imputa únicamente sobre la masa de las cantidades que pueden ser redistribuidas a sus accionistas?
- 3) Habida cuenta de la respuesta dada a las cuestiones [primera y segunda], ¿se oponen los principios comunitarios de equivalencia y de efectividad a que la restitución de las cantidades que pueden garantizar la aplicación de un mismo régimen fiscal a los dividendos que dan lugar a redistribución por la sociedad matriz, con independencia de que esos dividendos tengan su origen en cantidades distribuidas por sus filiales establecidas en Francia o en otro Estado miembro [...], se supedita al requisito, sin perjuicio, en su caso, de las estipulaciones del convenio bilateral aplicable entre [la República Francesa] y el Estado miembro en el que la filial esté establecida relativas al intercambio de información, de que el deudor

aporte los datos de los que sólo él puede disponer y que se refieren en particular, en relación con cada dividendo en litigio, al tipo de gravamen efectivamente aplicado y al importe efectivamente pagado en razón de los beneficios obtenidos por sus filiales establecidas en los Estados miembros [...] distintos de Francia, mientras que, para las filiales establecidas en Francia, no se exigen tales justificantes, que son conocidos por la Administración?»

15. Antes que nada, desde un punto de vista general, no debe minusvalorarse la importancia de los intereses financieros en juego en el litigio principal y en litigios similares pendientes ante los órganos jurisdiccionales administrativos franceses, valorados en unos tres mil millones de euros. Estos intereses no parecen ajenos a la decisión del Conseil d'État de plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial y determinaron, además, parcialmente, la solicitud de dicho órgano jurisdiccional de que se tramitara el presente asunto con arreglo al procedimiento acelerado previsto en el artículo 104 *bis*, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento, solicitud que fue desestimada por auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 2009.

II. Análisis

13. Mientras que la primera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente se refiere a la compatibilidad con la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales de un mecanismo fiscal como el que acaba de describirse, las cuestiones segunda y tercera versan, en esencia, sobre la posible aplicación de principios como el de prohibición del enriquecimiento sin causa (segunda cuestión) y los de equivalencia y efectividad (tercera cuestión) que podrían, en su caso, dificultar, total o parcialmente, la devolución de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario pagada por Accor.

14. Antes de examinar estas cuestiones, considero necesario formular dos observaciones.

16. En cuanto a este aspecto pecuniario, obsérvese también que ni el órgano jurisdiccional remitente ni el Gobierno francés han solicitado la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia que dicte el Tribunal de Justicia, tal vez tanto porque, según la jurisprudencia, las consecuencias financieras, sin riesgo de trastornos económicos graves, que podrían derivarse para un Estado miembro de una sentencia dictada con carácter prejudicial no justifican, por sí solas, tal limitación de los efectos de esa sentencia en el tiempo⁶ como porque el mismo objeto del conjunto de los litigios que penden ante los órganos jurisdiccionales administrativos franceses afecta a la resolución de situaciones pasadas, dado que, como ya he señalado,

⁶ — Véase la sentencia de 18 de enero de 2007, Brzeziński (C-313/05, Rec. p. I-513), apartados 58 a 60 y jurisprudencia citada.

el régimen controvertido fue derogado con efecto desde el 1 de enero de 2005.⁷

Justicia, en esencia, en la sentencia Cobelfret, la obligación que incumbe al Estado de establecimiento de la sociedad matriz se refiere, por lo tanto, a la distribución de beneficios a esta última por parte de su filial.⁸

17. Además, debe señalarse que las cuestiones formuladas por el Conseil d'État no se refieren a la interpretación de la Directiva 90/435, y particularmente a su artículo 4, a tenor del cual el Estado miembro de establecimiento de la sociedad matriz que tiene una participación mínima del 25% en el capital social de una filial establecida en otro Estado miembro debe atenuar la doble imposición económica de los beneficios distribuidos por dicha filial a dicha sociedad matriz. A tal objeto, el Estado miembro de establecimiento de la sociedad matriz o bien se abstendrá de gravar dichos beneficios, o bien los gravará autorizando a dicha sociedad a deducir de la cuota de su impuesto la fracción del impuesto de la filial correspondiente a dichos beneficios y, en su caso, la cuantía de la retención en origen percibida por el Estado miembro de residencia de la filial en aplicación de las excepciones establecidas en el artículo 5, dentro de los límites de la cuota del impuesto nacional correspondiente. Como recordó el Tribunal de

18. Tanto ante el Conseil d'État, como nuevamente en sus observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia, Accor ha mantenido la tesis de que la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario resulta contraria al artículo 4 de la Directiva 90/435. Esta tesis se basaba en esencia en el siguiente silogismo: la República Francesa, en virtud de los artículos 145 y 216 del CGI, ha optado por eximir del impuesto de sociedades los dividendos abonados a una sociedad matriz por una filial cualquiera que sea su procedencia.⁹ Sin embargo, en el momento de la redistribución a sus accionistas de dividendos procedentes de beneficios abonados por una filial establecida en un Estado miembro distinto de Francia, la sociedad matriz francesa estaba obligada a pagar la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario, que tenía como objetivo sustituir al impuesto de sociedades en la medida en que sólo se aplicaba a los beneficios distribuidos que no habían sido previamente gravados con el impuesto de sociedades al tipo íntegro. Por consiguiente, según Accor, la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario constituía una imposición sobre los dividendos percibidos de filiales no residentes en Francia contraria al artículo 4 de la Directiva 90/435.

7 — Otro motivo podría estribar en el hecho de que el Tribunal de Justicia ya ha precisado en varias de sus sentencias [véanse, en particular, las sentencias de 7 de septiembre de 2004, Manninen (C-319/02, Rec. p. I-7477); de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, Rec. p. I-11753), y de 6 de marzo de 2007, Meilicke y otros (C-292/04, Rec. p. I-1835)] las exigencias derivadas tanto de la libertad de establecimiento como de la libre circulación de capitales en lo que se refiere a la situación de personas, físicas o jurídicas, residentes en un Estado miembro, que perciben dividendos de sociedades no residentes y que Tribunal de Justicia no ha limitado en el tiempo el efecto de dichas: véase sobre esta cuestión, la sentencia Meilicke y otros, antes citada (apartados 36 a 40 y jurisprudencia citada). Sin embargo, el Gobierno francés hace valer que la corriente jurisprudencial antes citada no es necesariamente pertinente para contestar a la primera cuestión prejudicial.

8 — Sentencia de 12 de febrero de 2009 (C-138/07, Rec. p. I-731), apartados 29 a 31.

9 — Sin perjuicio de la parte proporcional de gastos y cargas mencionada anteriormente en la nota 4.

19. Le Conseil d'État ha refutado esta argumentación alegando que el hecho generador de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario controvertida no era el pago de dividendos a la sociedad matriz francesa por parte de las filiales establecidas en los demás Estados miembros, sino la redistribución por aquélla a sus propios accionistas de los dividendos percibidos de este modo. En otras palabras, la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario no tenía por objeto ni como efecto gravar los beneficios distribuidos y, por consiguiente, no sustituía al impuesto de sociedades, siendo únicamente exigible al redistribuirse los dividendos a los accionistas de la sociedad matriz.

20. Pese al intento realizado por Accor en sus observaciones escritas presentadas ante el Tribunal de Justicia de extender el alcance de las cuestiones planteadas por el Conseil d'État a la interpretación de la Directiva 90/435, comparto con dicho órgano jurisdiccional su desestimación del argumento esgrimido en el asunto principal por esta sociedad.

21. En efecto, como se ha dicho, la Directiva 90/435 sólo se refiere a las distribuciones de beneficios entre una filial y su sociedad matriz establecidas en dos Estados miembros diferentes. Por lo tanto, no prejuzga el régimen fiscal aplicable a la redistribución de rendimientos de la participación por la sociedad matriz a sus propios accionistas. En definitiva, la motivación del órgano jurisdiccional remitente coincide con el espíritu del razonamiento expuesto por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Test Claimants in the FII Group Litigation*, antes citada, en relación con la *advance corporate tax (ACT)* a cuyo pago estaba obligada una sociedad matriz

establecida en el Reino Unido con ocasión de la redistribución de dividendos a sus accionistas percibidos de filiales establecidas en otros Estados miembros¹⁰ y que se consideró no comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/435.

A. Sobre la primera cuestión

22. En su primera cuestión, dividida en dos partes, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, por una parte, si los artículos 43 CE y 56 CE se oponen al mecanismo por el cual solamente la sociedad matriz que redistribuya a sus propios accionistas los dividendos percibidos de filiales establecidas en Francia, con exclusión de filiales establecidas en otros Estados miembros, puede imputar el crédito fiscal vinculado a la distribución de estos dividendos a la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario, y, por otra parte, en caso de respuesta negativa, si estos mismos artículos se oponen, no obstante, a tal mecanismo en razón de su posible efecto disuasivo para los accionistas de la sociedad matriz beneficiarios de dividendos abonados por filiales establecidas en Estados miembros distintos de Francia.

23. Antes de examinar el carácter restrictivo de tal mecanismo, haré alguna puntualización sobre la libertad de circulación aplicable.

10 — Sentencia de 12 de diciembre de 2006, antes citada (apartado 110).

1. Sobre la libertad de circulación aplicable

24. Según la jurisprudencia, cuando un nacional de un Estado miembro tiene una participación en el capital de una sociedad establecida en Estado miembro que le permite ejercer una influencia cierta en las decisiones de esta sociedad y determinar sus actividades, son aplicables las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento y no las referidas a la libre circulación de capitales.¹¹

25. En el presente caso, el órgano jurisdiccional remitente no ha informado al Tribunal de Justicia de la dimensión de las participaciones de Accor en el capital de las filiales establecidas en Estados miembros, distintos de Francia, lo cual no permite excluir que se trate de participaciones que no le permitan ejercer una influencia cierta en las decisiones de estas sociedades.

26. En efecto, es necesario, en primer lugar, observar que el régimen controvertido era aplicable, a tenor del artículo 145 del CGI, a las sociedades cuyas participaciones superaban el umbral mínimo del 10% del capital social de la sociedad que distribuye los dividendos, en el período anterior al 31 de diciembre

de 2000, umbral que fue rebajado al 5% del capital social de la sociedad que distribuye el dividendo a partir del 1 de enero de 2001.¹² Por lo tanto, este régimen ya se aplicaba a participaciones de sociedades matrices en el capital de otras sociedades de un orden de magnitud que, *a priori*, excluía la posibilidad de ejercer una influencia cierta en las decisiones de las citadas sociedades.

27. En cuanto a situaciones fácticas que dan origen el asunto principal, esta deducción parece corroborada por los datos aportados por el Gobierno francés en sus observaciones escritas, según las cuales algunos dividendos percibidos por Accor fueron abonados por sociedades en las que ésta sólo tenía participaciones minoritarias que, aparentemente, no le permitían ejercer una influencia cierta en las decisiones de estas sociedades.

28. En cambio, tanto Accor como el Gobierno francés también ponen de manifiesto situaciones en las que dicha sociedad tenía una participación mayoritaria en el capital de filiales establecidas en diferentes Estados miembros que permiten suponer que Accor ejercía una influencia en las decisiones de estas filiales.

29. Aunque corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar la realidad del conjunto de estos datos a efectos de la

11 — Véanse, en particular, las sentencias de 13 de abril de 2000, Baars (C-251/98, Rec. p. I-2787), apartado 22; de 21 de noviembre de 2002, X e Y (C-436/00, Rec. p. I-10829), apartado 37, de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Rec. p. I-7995), apartado 31 y de 6 de diciembre de 2007, Columbus Container Services (C-298/05, Rec. p. I-10451), apartado 30.

12 — De acuerdo con la modificación del artículo 145 CGI introducida por el Decreto Legislativo n.º 2000-912 de 18 de septiembre de 2000 (JORF de 21 de septiembre de 2000, p. 14783).

solución del litigio principal,¹³ parece que tanto las disposiciones legislativas en juego como las situaciones de hecho de las que trae causa el asunto principal pueden estar comprendidas tanto en la libertad de establecimiento como en la libre circulación de capitales.¹⁴

30. Considero, sin embargo que, a la vista de los datos de que dispone Tribunal de Justicia, resulta más oportuno examinar el presente asunto teniendo en cuenta las disposiciones del Tratado que regulan la libre circulación de capitales, sin que, en ningún caso deba entenderse que el análisis de la cuestión prejudicial a la luz del artículo 43 CE pueda conducir a una solución diferente.

2. Sobre la existencia de una restricción a la libre circulación de capitales

31. Según la jurisprudencia, constituyen movimientos de capitales en el sentido del artículo 56 CE, apartado 1, en particular, las inversiones directas en forma de participación en una empresa mediante la posesión de acciones que confiera la posibilidad de participar de manera efectiva en su gestión y control (inversiones denominadas «directas») así como la adquisición de títulos en el

mercado de capitales efectuada con la única intención de realizar una inversión, pero sin intención de influir en la gestión y el control de la empresa (inversiones denominadas «de cartera»¹⁵).

32. El Tribunal de Justicia también estimó que las restricciones a la circulación de capitales entre los Estados miembros prohibidas por el artículo 56 CE, apartado 1, CE incluyen las medidas nacionales, incluidas las fiscales, que pueden disuadir a las personas residentes en un Estado miembro de invertir sus capitales en sociedades establecidas en otros Estados miembros.¹⁶

33. En el asunto principal, consta, como reconoce el propio Gobierno francés que, mientras que el crédito fiscal vinculado a los dividendos abonados por filiales francesas a su sociedad matriz establecida en Francia podía imputarse al importe de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario adeudado con ocasión de la redistribución por ésta de los dividendos en cuestión a sus propios accionistas, los dividendos abonados por filiales no residentes en Francia no daban derecho a su sociedad matriz francesa a un crédito fiscal similar. Por lo tanto, esta última sociedad estaba obligada a pagar la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario pero no obtenía el beneficio del crédito fiscal, contrariamente a lo que ocurría con una

13 — Recuérdese, como se ha puesto de relieve en el punto 11 de las presentes conclusiones, que el Conseil d'État debe pronunciarse sobre el fondo del asunto principal.

14 — A semejanza, por ejemplo, de la declaración realizada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Test Claimants in the FII Group Litigation*, antes citada (apartado 80).

15 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de marzo de 1999, *Trummer y Mayer* (C-222/97, Rec. p. I-1661), apartado 21; de 4 de junio de 2002, *Comisión/Francia* (C-483/99, Rec. p. I-4781), apartados 36 y 37; de 13 de mayo de 2003, *Comisión/Reino Unido* (C-98/01, Rec. p. I-4641), apartados 39 y 40; de 28 de septiembre de 2006, *Comisión/Países Bajos* (C-282/04 y C-283/04, Rec. p. I-9141), apartado 19 así como de 17 de septiembre de 2009, *Glaxo Wellcome* (C-182/08, Rec. p. I-8591), apartado 40.

16 — Véanse, en particular, las sentencias antes citadas *Manninen* (apartado 22) y *Meilicke* y otros (apartado 23).

sociedad matriz que percibiera dividendos de filiales francesas y los redistribuyera a sus propios accionistas.

de las filiales establecidas en los demás Estados miembros.¹⁹

34. Este mecanismo suponía, por tanto, como reconoce el Gobierno francés, una diferencia de trato entre los dividendos abonados a sociedades matrices francesas dependiendo de que procedieran de filiales establecidas en Francia o en otros Estados miembros.

35. Aunque no pone en duda que la situación de una sociedad matriz francesa que perciba dividendos de filiales francesas y la de la misma sociedad matriz que reciba dividendos de filiales establecidas en otros Estados miembros sean comparables,¹⁷ el Gobierno francés alega, de forma algo contradictoria, en un primer momento, que tal diferencia de trato no supone un efecto restrictivo en relación con los movimientos de capitales, a efectos del artículo 56 CE,¹⁸ reconociendo, en un segundo momento, una disuasión directa que únicamente se producía cuando la sociedad matriz francesa llevaba a cabo una política de redistribución de los dividendos percibidos

36. Con independencia de la contradicción interna que acaba de ponerse en evidencia en la argumentación expuesta por Gobierno francés, recuérdese que éste basa su tesis principal, a saber, la falta de efecto restrictivo de las disposiciones fiscales controvertidas, en los dos argumentos siguientes.

37. Por una parte, sostiene que la activación del crédito fiscal o el pago de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario emana de una decisión autónoma de los órganos competentes de la sociedad matriz que percibe los dividendos abonados por sus filiales francesas y no de la Ley. Refiriéndose, concretamente, a la sentencia Graf,²⁰ el Gobierno francés añade que el efecto negativo, en su caso, de las disposiciones controvertidas de la legislación nacional dependería, de este modo, de una decisión de los órganos competentes de la sociedad matriz tan hipotética que dichas disposiciones no podrían considerarse un obstáculo a la libre circulación de capitales.

38. Por otra parte, este gobierno sostiene que, en la medida en que la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario se imputaba a los resultados distribuibles de la sociedad matriz, no constituía una carga que gravaba los beneficios, sino una imputación

17 — Lo que se desprende, en efecto, de una jurisprudencia ya asentada: véase, en particular, la sentencia *Test Claimants in the FII Group Litigation*, antes citada (apartado 62).

18 — Véase, en particular, el punto 74 de las observaciones escritas del Gobierno francés.

19 — Véase el punto 82 de las mismas observaciones.

20 — Sentencia de 27 de enero de 2000 (C-190/98, Rec. p. I-493), apartados 24 y 25.

de los resultados distribuibles cuyo coste soportaban en su integridad los accionistas que se beneficiaban de un dividendo degradado. La sociedad matriz no quedaba pues afectada por el mecanismo. Es más, el Gobierno francés indica que, en la medida en que los accionistas no residentes podían obtener el reembolso de la retención si no se beneficiaban del crédito fiscal, de conformidad con los convenios fiscales celebrados por la República Francesa y/o con la doctrina administrativa francesa, la diferencia de trato habría afectado únicamente a los accionistas franceses de la sociedad matriz, lo cual constituiría una situación que, en razón de su carácter puramente interno, no está incluida en el campo de aplicación del artículo 56 CE.

39. Considero que no ha lugar a detenerse más de lo debido en la primera objeción, por lo demás algo confusa, del Gobierno francés. Por lo que comprendo, tal objeción consiste en decir que las sociedades matrices (o sus órganos) tendrían libertad para decidir proceder a una redistribución de los dividendos a sus accionistas haciendo activar o no el mecanismo de aplicación de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario y del crédito fiscal. El Gobierno francés parece considerar de este modo que si los órganos competentes de una sociedad matriz francesa que percibe dividendos de filiales establecidas en otros Estados miembros deciden redistribuir a los accionistas de la citada sociedad el importe íntegro de los dividendos abonados por la filial a su sociedad matriz, sin beneficiarse, por lo tanto, del crédito fiscal, no pueden

culparse sino a ellos mismos. Este argumento parece inspirarse de las conclusiones del *rapporteur public* (representante de la Administración) ante el *Conseil d'État*, adjuntas a las observaciones escritas del Gobierno francés y de *Accor*.²¹

40. Sin embargo, más allá de que la diferencia de trato señalada más arriba radica claramente en las propias disposiciones de la legislación francesa, la cuestión no está, como sugiere el Gobierno francés, en saber si una sociedad matriz o sus órganos competentes podían evitar pagar la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario no procediendo a la redistribución de los dividendos abonados a la sociedad matriz por sus filiales establecidas en los Estados miembros distintos de Francia, o disminuir el importe de los dividendos objeto de distribución a los accionistas de esta sociedad matriz con el fin, en definitiva, de eludir o de adaptarse al obstáculo constituido por el régimen fiscal controvertido.

41. Por el contrario, se trata de saber si una sociedad matriz en una situación como la de

21 — Según el *rapporteur public* (p. 14 de sus conclusiones) «[...] la sociedad [...] no puede culpar sino a ella misma si no ha disminuido el importe de las cantidades distribuidas. En otros términos, no es la Ley la que crea la carga cuya restitución se solicita, sino su política de distribución de los dividendos». Pero esta apreciación no se hizo en el contexto de la existencia de una restricción a los movimientos de capitales, sino en relación con la devolución de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario practicada por *Accor*.

Accor puede beneficiarse de la libre circulación de capitales reivindicando un trato equivalente al que la legislación nacional reserva a una sociedad matriz francesa que, habiendo percibido dividendos de filiales francesas, procede a la íntegra redistribución de los mismos a sus accionistas.

42. Por otra parte, me cuesta imaginar de qué manera, en una sociedad de capitales, una decisión de (re)distribución de dividendos en beneficio de accionistas de dicha sociedad pueda revestir, como pretende el Gobierno francés, un carácter hipotético o aleatorio, en el sentido de la sentencia Graf antes citada. Como ha indicado la sociedad Accor durante la vista, es difícil imaginar que haya accionistas dispuestos a invertir en una sociedad que proyecte redistribuir dividendos sólo de modo muy esporádico, y menos aun cuando se trata de una sociedad que cotiza en los mercados financieros y desarrolla una política de distribución que participa de su comunicación financiera.

43. En cuanto al segundo argumento expuesto por el Gobierno francés, tengo interés en que se vea que parece que es la causa del desdoblamiento de la primera cuestión prejudicial dirigida por el órgano jurisdiccional remitente, dependiendo de que resulten afectados la sociedad matriz (primera parte de esta cuestión) o los accionistas de esta sociedad (segunda parte alternativa de la cuestión).

44. Este desdoblamiento parece esencialmente motivado por consideraciones procesales de Derecho interno, en la medida en que el litigio principal tiene lugar entre las autoridades francesas y Accor y no entre éstas y los accionistas de la sociedad.

45. Sin embargo, dicho desdoblamiento no parece pertinente a efectos de la interpretación del artículo 56 CE, cuyo campo de aplicación abarca las medidas nacionales que disuaden de inversiones transfronterizas, sin que proceda preguntarse si esta disuasión afecta más a la sociedad en cuanto tal, a los órganos competentes de ésta o, más en general, a sus accionistas. En efecto, avalar la distinción que sugieren el órgano jurisdiccional remitente y el Gobierno francés equivaldría, en mi opinión, a supeditar la aplicación del artículo 56 CE al Derecho interno de los Estados miembros y a las normas de organización de las sociedades establecidas en sus respectivos territorios.

46. Por lo demás, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ilustra que una misma medida nacional puede a la vez producir el efecto de disuadir a los residentes (incluidos aquellos con forma social) de un Estado miembro de invertir sus capitales en otros Estados miembros y producir efectos restrictivos para los residentes de esos otros Estados miembros en cuanto que constituye un obstáculo a la captación de capitales en el primer Estado miembro.²² No veo pues ningún obstáculo, a efectos de la calificación de una medida nacional

22 — Véanse, en particular, las sentencias antes citadas Manninen (apartado 22) y Test Claimants in the FII Group Litigation (apartados 64 y 166).

con arreglo al artículo 56 CE, apartado 1, a que esta medida pueda también implicar un efecto disuasorio para la sociedad y/o sus accionistas. A fin de cuentas, la existencia de tal *disuasión* a los movimientos transfronterizos de capitales no está subordinada, por definición, tampoco en el ámbito fiscal, a la demostración aritmética de las consecuencias patrimoniales soportadas por los interesados.

47. En cualquier caso, considero que el Tribunal de Justicia podrá dispensarse de responder a la segunda parte de la cuestión prejudicial, a la vista del carácter disuasorio del mecanismo controvertido para la sociedad matriz Accor, extremo que, por cierto, como ya he señalado, el Gobierno francés reconoce en el punto 82 de sus observaciones escritas.

48. En efecto, al no poder sacar provecho de la neutralización de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario mediante el cobro del crédito fiscal, contrariamente a la situación de una sociedad matriz que ha distribuido íntegramente a sus propios accionistas los dividendos abonados por sus filiales francesas, una sociedad matriz en la situación de Accor debía, para poder proceder a la íntegra redistribución de los dividendos a sus accionistas, tirar de sus reservas de tesorería por el importe equivalente a la suma que había de pagarse en concepto de retención sobre los rendimientos del capital mobiliario. Las sociedades matrices francesas que hubieran invertido sus capitales en filiales francesas disfrutaban por lo tanto de una ventaja de tesorería en relación con las sociedades matrices que hubieran invertido sus capitales en

filiales que tengan su sede en otros Estados miembros.²³

49. Es más, —y en este punto hago mías las conclusiones del rapporteur public ante el Conseil d'État— la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario, que se aplicaba a la redistribución de los dividendos a los accionistas de la sociedad matriz y a la que esta última estaba obligada, tenía como efecto disminuir la masa de los dividendos distribuíbles, de modo que esta masa variaba en función de si la filial de la sociedad matriz estuviera establecida en Francia o en otro Estado miembro. Pues bien, cabe esperar que esta situación pudiera afectar al valor de los títulos de la sociedad matriz por cuanto que los dividendos distribuidos eran menores. La política de distribución de esta sociedad podía, por lo tanto, resultar menos atractiva para los accionistas actuales o potenciales, afectando de este modo el acceso de esta sociedad al mercado de capitales.

50. Por consiguiente, el régimen fiscal controvertido podía perfectamente disuadir a sociedades establecidas en Francia de realizar inversiones de cartera en sociedades domiciliadas en otros Estados miembros.

51. Así las cosas, considero que el mecanismo fiscal controvertido constituye una restricción en el sentido del artículo 56 CE, apartado 1.

23 — Véase, por analogía, la sentencia *Test Claimant in the FII Group Litigation*, antes citada (apartado 84 y jurisprudencia citada).

52. Dado que ni el órgano jurisdiccional remitente ni el Gobierno francés han hecho referencia a los motivos expuestos en el artículo 58 CE o a razones imperiosas de interés general susceptibles de justificar tal restricción, sugiero, que se responda a la primera cuestión prejudicial del siguiente modo: el artículo 56 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a un régimen fiscal en virtud del cual una sociedad matriz establecida en un Estado miembro que percibe dividendos pagado por una filial establecida en otro Estado miembro no puede imputar a la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario, a la que está obligada al efectuar la redistribución a sus propios accionistas de dichos dividendos, el crédito del impuesto vinculado a la distribución de esos dividendos, contrariamente a la situación comparable de una sociedad matriz establecida en el primer Estado miembro que percibe dividendos abonados por una filial también establecida en ese Estado miembro.

B. Sobre la segunda cuestión

53. Con su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente quiere saber, en esencia, si en la hipótesis de que la administración tributaria estuviera, en principio, obligada a devolver las cantidades pagadas por la sociedad matriz contraviniendo el Derecho de la Unión, dicha administración podría, no obstante, oponerse a hacerlo bien en razón de que dicha devolución supondría un enriquecimiento sin causa para esta sociedad, a pesar de que el régimen controvertido no se traduce en una posibilidad de que el sujeto pasivo pueda repercutir un impuesto sobre un

tercero, bien, en caso de respuesta negativa, por el motivo de que las cantidades pagadas no constituirían para la sociedad matriz una carga contable o fiscal sino que se imputarían a la masa de los dividendos distribuibles a sus accionistas.

54. A la vista de la respuesta propuesta para la primera cuestión, procede recordar que, según una constante jurisprudencia, los particulares tienen, en principio, derecho a obtener la devolución de los impuestos percibidos en un Estado miembro en contra de las normas del Derecho de la Unión. Este derecho es, en efecto, la consecuencia y el complemento de los derechos conferidos a los particulares por dichas disposiciones, tal y como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia. De ello se infiere que el Estado miembro de que se trata está, por tanto, obligado, en principio, a devolver los tributos recaudados contraviniendo el Derecho de la Unión.²⁴

55. Esta obligación de reembolso tiene, según esta jurisprudencia, una única excepción: cuando las autoridades nacionales hayan demostrado que el tributo ha sido soportado, en todo o en parte, por una persona distinta del sujeto pasivo y que su devolución produciría

24 — Véanse, en particular, las sentencias de 2 de octubre de 2003, *Weber's Wine World* y otros (C-147/01, Rec. p. I-11365), apartado 93, y jurisprudencia citada así como *Test Claimants in the FII Group Litigation*, antes citada (apartado 202).

a éste un enriquecimiento sin causa.²⁵ Tal situación puede darse, en particular, en materia de fiscalidad indirecta cuando un sujeto pasivo ha repercutido, en todo o en parte, el IVA indebidamente pagado sobre el consumidor final.

56. El Tribunal de Justicia también ha declarado que, incluso cuando se demuestra que la carga del tributo recaudado indebidamente ha sido repercutida total o parcialmente sobre terceros, la devolución de éste al operador económico no implica necesariamente un enriquecimiento sin causa.²⁶ En efecto, incluso en este supuesto el sujeto pasivo también podría haber sufrido un perjuicio por el pago del tributo con infracción del Derecho de la Unión, por ejemplo, debido a una disminución en el volumen de ventas o por no haberlo repercutido íntegramente en sus precios de venta del importe total del impuesto.²⁷

57. En cuanto a la demostración de un posible enriquecimiento sin causa del sujeto pasivo provocado por la repercusión del impuesto pagado sobre un tercero, el Tribunal

de Justicia ha considerado que el juez nacional debe apreciar libremente las pruebas²⁸ teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes,²⁹ debiendo entenderse que las normas procesales aplicables, en defecto de una normativa de la Unión, son las del orden jurídico interno de cada Estado miembro dentro del respeto de los principios de equivalencia y de efectividad.³⁰

58. Este último principio, como también ha señalado el Tribunal de Justicia, se opone a aquellas modalidades de prueba cuyo efecto sea hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil la devolución de los tributos recaudados vulnerando las disposiciones de este Derecho. Tal es el caso, concretamente, de las presunciones o de las reglas de prueba que imponen al contribuyente la carga de probar que los tributos indebidamente pagados no han sido repercutidos sobre otras personas, o de las limitaciones especiales sobre la forma de la prueba que se ha de aportar.³¹ De este modo, incluso en el caso de que se discuta la repercusión de tributos indirectos que legalmente deban repercutirse sobre un tercero, el Tribunal de Justicia ha rechazado la tesis según la cual existe una presunción de repercusión y corresponde al sujeto pasivo aportar la prueba en contrario.³²

25 — Véase, en este sentido, la sentencia *Weber's Wine World* y otros, antes citada (apartado 94). El recurso al concepto de enriquecimiento sin causa parece, en este contexto, acercarse más al de devolución de lo indebido que, en ciertos Estados miembros, puede considerarse como un caso específico de enriquecimiento sin causa.

26 — Sentencia *Weber's Wine World* y otros, antes citada (apartado 98 y jurisprudencia citada).

27 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de enero de 1997, *Comateb* y otros (C-192/95 a C-218/95, Rec. p. I-165), apartados 29, 31 y 32 y *Weber's Wine World* y otros, antes citada (apartado 99).

28 — Véase la sentencia *Weber's Wine World* y otros, antes citada (apartado 96).

29 — Véanse las sentencias de 10 de abril de 2008, *Marks & Spencer* (C-309/06, Rec. p. I-2283), apartado 41 y de 18 de junio de 2009, *Stadeco* (C-566/07, Rec. p. I-5295), apartado 49.

30 — Sentencia *Weber's Wine World* y otros, antes citada, (apartado 103).

31 — Véanse las sentencias de 9 de noviembre de 1983, *San Giorgio* (199/82, Rec. p. 3595), apartado 14; de 21 de septiembre de 2000, *Michailidis* (C-441/98 y C-442/98, Rec. p. I-7145), apartado 36.

32 — Sentencia antes citada *Comateb* y otros, antes citada (apartado 25).

59. Así las cosas —en esto coinciden las partes que han presentado observaciones escritas en el presente asunto—, corresponde a las autoridades fiscales que pretenden oponerse a la restitución de las retenciones indebidamente abonadas por un contribuyente contravinien- do el Derecho de la Unión, aportar la prueba de que tal restitución supondría para dicho sujeto pasivo un enriquecimiento sin causa,³³ y al juez nacional apreciar la justeza de dicha pretensión, más concretamente la existencia y la dimensión del enriquecimiento sin cau- sa, procediendo a un análisis económico que tenga en cuenta el conjunto de datos perti- nentes que le sean sometidos.³⁴

60. La jurisprudencia que se ha recordado permite, en mi opinión, responder parcial- mente a la segunda parte de la cuestión que aquí se examina. En efecto, al plantear esta parte de modo alternativo y subsidiario a la primera parte que se refiere a la excepción del enriquecimiento sin causa, parece que el órgano jurisdiccional remitente quiere redu- cir los límites a la restitución de tributos abo- nados en contra de lo dispuesto en el Dere- cho de la Unión. Ahora bien, como se acaba de decir, el Derecho de la Unión solo tolera una excepción a la restitución de tributos

abonados contravinien- do este Derecho, a sa- ber la del enriquecimiento sin causa.

61. Sin embargo, la segunda parte de la cues- tión podría interpretarse útilmente en el con- texto de la problemática relacionada con el enriquecimiento sin causa. En efecto, al seña- lar que las cantidades pagadas no constituyen, según su criterio, una carga contable ni fiscal para la sociedad matriz sino que se imputa- rían a la masa de los dividendos distribuibles a sus accionistas, el órgano jurisdiccional remitente pone de relieve, en definitiva, el he- cho de que no es la sociedad matriz la que soporta la carga real del pago de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario y que, por tanto, si se le restituyen a ella las cantidades correspondientes al pago de esta retención, se enriquecería indebidamente.

62. Por ello considero posible examinar conjuntamente las dos partes de la cuestión prejudicial.

63. Debe recordarse que en el asunto princi- pal, el órgano jurisdiccional remitente parte también de la premisa de que el régimen con- trovertido no se traduce en una posibilidad de que el sujeto pasivo pueda repercutir un im- puesto sobre un tercero y que, por tanto, no encaja en el supuesto «clásico» de enrique- cimiento sin causa tal y como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia anteriormente invocada. Esta premisa puede parecer sorprendente y justificar, a primera vista, que se niegue la existencia de un enri- quecimiento sin causa con arreglo a la juris- prudencia citada.

33 — El Gobierno francés precisa, por cierto, que esta atribución de la carga de la prueba a las autoridades fiscales también se desprende de la jurisprudencia del Conseil d'État y de la Cour de Cassation francesa en situaciones reguladas única- mente por el Derecho interno. Esta norma también debiera valer, de acuerdo con los principios de igualdad de trato y de equivalencia, en los litigios en los que la Administración fis- cal francesa se opone a la restitución de las retenciones abo- nadas en contra de lo dispuesto en el Derecho de la Unión.

34 — Véanse las sentencias antes citadas Weber's Wine World y otros (apartado 100) y Marks & Spencer (apartado 43).

64. Sin embargo, conviene evitar esta lectura algo simplista de la cuestión planteada. La premisa en la que se basa la cuestión parece explicarse por la calificación jurídica de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario que se realiza en Derecho administrativo francés. En efecto, el Conseil d'État considera que la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario no constituye una carga deducible del beneficio neto de la sociedad, por cuanto ha sido establecida para evitar que sociedades que distribuyen, en condiciones que dan derecho al crédito fiscal, beneficios que no han sido gravadas al tipo normal del impuesto de sociedades, se beneficien, por ello, de una ventaja fiscal indebida.³⁵ Luego, al imputarse únicamente a la masa de los ingresos distribuibles, la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario no afectaría a la sociedad matriz que distribuye los dividendos sino que se detraería del patrimonio de los accionistas. Desde este punto de vista, que es el defendido por el Gobierno francés, la cuestión de si la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario fue repercutida sobre un tercero, en aplicación del criterio adoptado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no tendría ninguna relevancia dado que el pago de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario afectaría directamente al patrimonio de los accionistas de la sociedad matriz.

65. Una vez situada en su contexto, la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente suscita las siguientes observaciones.

66. Desde un punto de vista general, no veo, en principio, obstáculo a que un Estado miembro pueda oponerse a la devolución de cantidades pagadas contraviniendo el Derecho de la Unión que, de ser restituidas, supondrían un enriquecimiento sin causa para un operador económico o un sujeto pasivo, incluso fuera de los supuestos que han sido sometidos a la consideración del Tribunal de Justicia (en lo esencial, restitución de los derechos a la importación o de impuestos indirectos). Tal sería, en mi opinión, el caso de que la persona afectada no hubiese soportado ella misma toda la carga económica de las cantidades que ha tenido que abonar. De acuerdo con la jurisprudencia, correspondería a los órganos jurisdiccionales nacionales comprobar si tal hipótesis se materializa a la vista de las circunstancias de cada caso.

67. Así, no creo que en el litigio principal pueda rechazarse de entrada, como intentan Accor y la Comisión Europea, la existencia misma de un posible enriquecimiento sin causa de la sociedad matriz en caso de restitución de las cantidades pagadas contraviniendo el artículo 56 CE, por la única razón de que, jurídicamente, ella es la obligada a realizar la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario. En efecto, como he puesto de relieve, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia prefiere un enfoque económico más que estrictamente jurídico del posible enriquecimiento sin causa que produciría el reembolso de cantidades indebidamente pagadas por un operador económico.

³⁵ — Sentencia del Conseil d'État de 30 de junio de 2004, Sté Freudenberg.

68. Sin embargo, el argumento de carácter general del Gobierno francés según el cual la restitución a la sociedad matriz de una cantidad equivalente al pago de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario enriquecería a dicha sociedad en perjuicio de sus accionistas no me parece convincente.

69. En efecto, la restitución de dicha cantidad mantenida dentro de la sociedad constituiría en realidad una ganancia diferida para los accionistas que puede incrementar el valor patrimonial de su participación en el capital de dicha sociedad y, en ningún caso, un empobrecimiento para dichos accionistas.

70. Por otra parte, es perfectamente plausible que, como señaló el rapporteur public ante el Conseil d'État y como sostiene Accor ante el Tribunal de Justicia, el pago de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario por la sociedad matriz no haya afectado, en definitiva, a distribución de los dividendos en beneficio de los accionistas, dado que dicha sociedad ha asumido íntegramente la carga del peso de esta retención tirando de las reservas, para no perturbar su política de distribución y no alterar la cotización de sus acciones en el mercado bursátil.

71. Sin embargo, como ha confirmado el Gobierno francés en la vista ante el Tribunal de Justicia, en una situación puramente interna, una sociedad matriz que por diferentes motivos había pagado incorrectamente, en un importe excesivo, una retención sobre los rendimientos del capital mobiliario, se beneficiaba ella misma de la devolución de lo recaudado

en exceso por las autoridades fiscales francesas, cuando ello no afectaba a la redistribución de los dividendos a sus accionistas. La aplicación del principio de equivalencia requeriría, entonces, en mi opinión, que se concediera a una sociedad matriz la restitución de un importe abonado indebidamente en concepto de retención sobre los rendimientos del capital mobiliario, aunque dicho importe no hubiera afectado a la masa de dividendos distribuibles a sus propios accionistas en razón, concretamente, de la voluntad de dichos accionistas de mantener una política de distribución atractiva de esta sociedad.

72. Sin embargo, en la situación que acaba de describirse, el reembolso de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario, en el marco de una acción de devolución de ingresos indebidos como la que Accor ha ejercitado ante los órganos jurisdiccionales administrativos franceses, parece contravenir la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

73. En efecto, procede subrayar que, en la sentencia *Test Claimants in the FII Group Litigation*, antes citada, el Tribunal de Justicia, sin basarse explícitamente en la teoría del enriquecimiento sin causa, excluyó que las pérdidas financieras sufridas por sociedades que se han visto obligadas a incrementar el importe de sus dividendos para compensar la pérdida, por parte de sus accionistas, de un crédito de impuesto, sobre la base del Derecho de la Unión, puedan restituirse a través de una acción de devolución.

74. De este modo, Tribunal de Justicia desestimó la pretensión formulada por las socie-

dades demandantes en el litigio principal frente a las autoridades fiscales británicas, según la cual tenían derecho a reclamar, a través una acción de devolución de ingresos indebidos, el perjuicio sufrido por dichas sociedades residentes por haberse visto obligadas a incrementar el importe de sus dividendos para compensar la pérdida por parte de sus accionistas del crédito de impuesto.

una infracción del Derecho de la Unión imputable al Estado miembro de que se trata,³⁷ esto es, un perjuicio que pueda comprobarse e indemnizarse en el marco de una acción de responsabilidad contra este último.

75. Según el Tribunal de Justicia, este perjuicio no podía compensarse basándose en el Derecho de la Unión, por medio de una acción en la que se reclamaba la devolución del impuesto indebidamente recaudado o de los importes pagados al Estado miembro en cuestión o retenidos por éste en relación directa con dicho impuesto. En efecto, «tales [...] aumentos del importe de los dividendos se basan en decisiones adoptadas por dichas sociedades y no constituyen, para ellas, una *consecuencia inevitable* de la negativa del Reino Unido a conceder a los referidos accionistas un trato equivalente al disfrutado por los accionistas beneficiarios de un reparto basado en dividendos de origen nacional».³⁶

76. Para garantizar el ejercicio de los derechos conferidos por el orden jurídico de la Unión, y teniendo presentes las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia, éste ha requerido, no obstante, al órgano jurisdiccional nacional para que determine si los aumentos del importe de los dividendos de que se trata constituían, para las sociedades afectadas, una pérdida económica sufrida por

77. Si esta solución tuviera que aplicarse al presente asunto, y en función de la política de redistribución de Accor mencionada en el punto 70 de las presentes conclusiones, dicha sociedad no podría reclamar ante el órgano jurisdiccional remitente, por medio de la acción de devolución de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario, las posibles pérdidas sufridas como consecuencia de la decisión de su junta de accionistas de redistribuir íntegramente los dividendos procedentes de las filiales de Accor no residentes en Francia y, por lo tanto, de no imputar la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario a los dividendos distribuidos a los accionistas. En efecto, estas pérdidas no serían la consecuencia inevitable de la negativa de la República Francesa a abonar el crédito fiscal en condiciones análogas a la situación de una sociedad matriz francesa que percibe dividendos de filiales francesas. En esas circunstancias, quedaría por reconocerle el derecho a interponer una acción de responsabilidad del Estado conforme al Derecho de la Unión, si se cumplen los requisitos exigidos para incurrir en tal responsabilidad y

36 — Sentencia *Test Claimants in the FII Group Litigation*, antes citada (apartado 207) (las cursivas son mías).

37 — *Ibídem* (apartado 208).

respetando los principios de equivalencia y de efectividad.

78. En cambio, considero que la aplicación del régimen fiscal controvertido tenía como consecuencia directa obligar a una sociedad matriz francesa, como Accor, imputar la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario a los dividendos redistribuidos a sus propios accionistas, lo cual conducía ineludiblemente a la disminución del importe de dichos dividendos.

79. En ese supuesto, los accionistas eran quienes sufrían principalmente la pérdida económica que consiste en abonar un dividendo disminuido. Sin embargo, la sociedad matriz también podía experimentar un perjuicio económico materializado en la disminución del valor de las acciones en su cotización debido a una política de distribución que puede considerarse menos atractiva por el mercado.

80. En tales, circunstancias, ¿debería la medida de restitución a la sociedad matriz de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario limitarse a sus propias pérdidas o incluir también las pérdidas que han afectado a los accionistas por causa de la redistribución de un dividendo disminuido?

81. Me inclino por la segunda alternativa.

82. Por una parte, como ya he mencionado, no considero que el principio de la restitución de tal importe a la sociedad matriz empobrezca en modo alguno a los accionistas de esta sociedad, dado que el valor que se acumula en la sociedad matriz aprovecha a dichos accionistas.

83. Por otra parte, limitar la restitución a las propias pérdidas de la sociedad matriz implicaría, desde un punto de vista procedimental, que los accionistas perjudicados podrían interponer una acción de devolución de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario ante los órganos jurisdiccionales franceses competentes. Ahora bien, como ha puesto de relieve el rapporteur public ante el Conseil d'État, sin que esta aseveración haya sido desmentida por el Gobierno francés, en virtud del Derecho interno francés, un accionista que se encuentre en esta situación no dispone de ninguna acción fiscal personal que le permita obtener que se le devuelva dicha retención, aunque podría, eso sí, a lo sumo, ejercitar una acción de responsabilidad contra el Estado.

84. Ciertamente, en lo esencial, el Gobierno francés mencionó en sus observaciones ante el Tribunal de Justicia que este principio estaba atemperado por la posibilidad ofrecida por los convenios para evitar la doble imposición concluidos por la República Francesa a los accionistas no residentes de una sociedad matriz francesa de beneficiarse de la devolución de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario cuando no se concede

ningún crédito fiscal al distribuirse los dividendos obtenidos por esta sociedad.³⁸

mobiliario, sin tener que devolverla al sujeto pasivo.

85. Si bien es cierto, como admite también la Comisión, que el ejercicio de tal facultad por parte de los posibles accionistas no residentes de una sociedad matriz como Accor debía tenerse en cuenta en el marco de la evaluación por el órgano jurisdiccional remitente del importe efectivo de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario que ha de devolverse a la sociedad matriz, éste no puede, sin embargo, justificar la negativa categórica a rembolsar lo que el Estado recaudó indebidamente y que, en la práctica, sólo puede devolverse a la sociedad matriz que ha pagado la retención establecida en contra de lo dispuesto en el Derecho de la Unión.

86. Considerar lo contrario llevaría a dos consecuencias que el Derecho de la Unión no puede, en mi opinión, tolerar. Por una parte, ésto haría que, en la práctica, fuera imposible ejercer una acción de devolución de una retención impuesta contraviniendo el Derecho de la Unión. Por otra parte, la tesis sostenida, en lo esencial, por el Gobierno francés supondría admitir el enriquecimiento sin causa del Estado, dado que éste ha recaudado el importe equivalente al pago indebido de la retención sobre los rendimientos del capital

87. En síntesis, considero que procede responder a la segunda cuestión que un Estado miembro puede oponerse a la devolución de una retención recaudada en contra de lo dispuesto en el Derecho de la Unión por cualquier carga económica que el sujeto pasivo no haya soportado personalmente, lo cual, en esa medida, llevaría a un enriquecimiento indebido de dicho sujeto pasivo. Tal enriquecimiento podría producirse si el Estado miembro tuviera que devolver los gastos soportados por el obligado al pago que no fueran consecuencia inevitable de la negativa de un Estado miembro a garantizar el cumplimiento de las disposiciones del Tratado CE. En el asunto principal, corresponde al órgano jurisdiccional remitente, a la vista del conjunto de datos de que dispone, comprobar, en función de la política de distribución de dividendos adoptada por una sociedad matriz, como la recurrida en el procedimiento principal, en beneficio de sus accionistas, si el pago de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario controvertido ha sido imputado, en todo o en parte, a los dividendos redistribuidos a dichos accionistas de modo que la sociedad matriz haya podido, en su caso, sufrir pérdidas que serían la consecuencia inevitable de la negativa del Estado miembro a conceder la igualdad de trato requerida. En este caso, el importe de la restitución de la retención controvertida a la sociedad matriz deberá establecerse en función de la carga económica que haya soportado de acuerdo con todos los elementos pertinentes de que dispone el órgano jurisdiccional remitente.

38 — Ésta es la cuestión que estaba en el origen del asunto que dio lugar a la sentencia de 14 noviembre 2006, Kerckhaert y Morres (C-513/04, Rec. p. I-10967). La supresión del crédito fiscal, desde el 1 de enero de 2005, y como consecuencia, de su reembolso a los accionistas no-residentes fue, por su parte, la base del asunto que dio lugar a la sentencia de 16 de julio de 2009, Damseaux (C-128/08, Rec. p. I-6823). Sin embargo, la cuestión planteada únicamente se refería a las obligaciones que incumben al Estado miembro de residencia de los accionistas (en ese caso, el Reino de Bélgica).

C. Sobre la tercera cuestión

88. Llego ahora a la tercera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, que ha ocasionado las discusiones más vivas entre las partes interesadas y cuya respuesta sólo será útil si el órgano jurisdiccional remitente, atendiendo a las indicaciones que le facilite el Tribunal de Justicia, excluye, aunque sólo sea parcialmente, el enriquecimiento sin causa de la sociedad matriz.

89. Con esta cuestión, el Conseil d'État desea saber si, habida cuenta de la respuesta dada a las dos primeras cuestiones, los principios de equivalencia y de efectividad se oponen a que la devolución de las cantidades indebidamente pagadas por la sociedad matriz se supedite, sin perjuicio en su caso de las estipulaciones convencionales en materia de intercambio de información, al requisito de que dicha sociedad aporte los datos que acrediten, en relación con cada dividendo abonado por sus filiales no establecidas en Francia, el tipo de gravamen efectivamente aplicado y el importe del impuesto efectivamente pagado en razón de los beneficios obtenidos por dichas filiales, mientras que, para las filiales establecidas en Francia, no se exigen tales justificantes, que son conocidos por la Administración.

90. Como ha alegado con razón la Comisión en sus observaciones escritas, esta cuestión

parece plantearse únicamente si el órgano jurisdiccional remitente, para restablecer la igualdad de trato, opta no por la devolución de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario —lo que en cierto modo equivaldría a liberar a la sociedad matriz de esta retención sin haberse beneficiado anteriormente del crédito fiscal—, sino por el reconocimiento del beneficio del crédito fiscal (después de que la sociedad matriz haya pagado la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario), tal y como se habría concedido en una situación puramente interna. En efecto, como indica la Comisión en sus observaciones escritas refiriéndose a los apartados 50 a 52 de la sentencia *Test Claimants in the FII Group Litigation*, antes citada, en este segundo supuesto, la sociedad matriz debería obtener un crédito fiscal que reflejara el tipo del impuesto de sociedades pagado por la filial en el Estado miembro donde está establecida.³⁹

39 — En el asunto que dio lugar a la sentencia *Test Claimants in the FII Group Litigation*, antes citada, se suscitó la cuestión de si el Derecho de la Unión se oponía a que un Estado miembro eximiera los dividendos abonados por una sociedad residente a otra sociedad matriz residente, evitando al tiempo, por medio de un sistema de imputación, la imposición en cadena de dichos dividendos, cuando eran abonados por una sociedad no residente a una sociedad matriz residente. El Tribunal de Justicia confirmó la compatibilidad de la aplicación de un sistema de imputación en esas circunstancias cuando, en primer lugar, los dividendos de origen extranjero no están sujetos, en el Estado miembro en cuestión, a un tipo impositivo superior al tipo aplicado a los dividendos de origen nacional y, en segundo lugar, la imposición en cadena de los dividendos de origen extranjero se imputa a la cuantía del impuesto pagada por la sociedad no residente que distribuye beneficios al importe por el que ha de tributar la sociedad beneficiaria residente hasta el límite de este último importe. Por lo tanto, como indica el Tribunal de Justicia en los apartados 51 y 52 de dicha sentencia, cuando los beneficios subyacentes a los dividendos de origen extranjero están sujetos en el Estado miembro de la sociedad que distribuye beneficios a un impuesto inferior al que aplica el Estado miembro de la sociedad beneficiaria, éste debe conceder un crédito fiscal completo correspondiente al impuesto pagado por la sociedad que distribuye beneficios en su Estado miembro de residencia. En cambio, cuando dichos beneficios están sujetos a un impuesto superior al que se aplica en el Estado miembro de la sociedad beneficiaria, éste sólo concede un crédito fiscal hasta el límite de la cuantía del impuesto sobre sociedades debida por la sociedad beneficiaria. Por lo tanto, este Estado no está obligado a rembolsar la parte que exceda de la diferencia entre ambas cuantías.

91. Aunque corresponde al órgano jurisdiccional remitente elegir los mecanismos que permitan restablecer la igualdad de trato entre la situación puramente interna y aquella en la que una sociedad matriz como Accor se ha encontrado, esta elección ha de hacerse y llevarse a cabo respetando los principios de equivalencia y de efectividad.

92. Sobre esta cuestión, Accor considera, por una parte, que las autoridades fiscales francesas no pueden supeditar la devolución de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario a que la sociedad matriz presente la prueba del tipo y del importe del impuesto efectivamente pagado por las filiales extranjeras sobre los beneficios subyacentes al pago de cada dividendo distribuido cuando este requisito no se exigía en situaciones puramente internas. Por otra parte, Accor sostiene que sería contrario al principio de efectividad exigirle que presente tal prueba no sólo respecto de todas sus filiales, como también de todas sus subfiliales establecidas en los demás Estados miembros, más aún cuando tal exigencia se formula más de diez años después de los hechos y, por lo tanto, más allá de la obligación legal de conservar los documentos administrativos en Francia. Por otra parte, Accor evoca la importancia de la Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua

de las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos.⁴⁰

93. Los gobiernos francés y del Reino Unido son de la opinión contraria. Recuerdan que la finalidad del régimen fiscal controvertido es atenuar la doble imposición económica y que, por ello, las autoridades fiscales francesas están legitimadas para pedir los justificantes y comprobar si las filiales extranjeras han pagado, efectivamente, en su Estado miembro de establecimiento, el impuesto sobre los beneficios subyacentes a la distribución de los dividendos a la sociedad matriz. Sobre este particular, el Gobierno francés insiste en el hecho de que el Derecho interno respeta los principios de equivalencia y de efectividad. Este gobierno recuerda, concretamente, que el tipo impositivo en una situación puramente interna era también el tipo efectivamente pagado por las filiales sobre los beneficios subyacentes a la distribución de los dividendos en beneficio de su sociedad matriz y que el Derecho interno sólo tiene en cuenta las distribuciones efectuadas por las filiales directas de las sociedades matrices francesas. Dado que las informaciones solicitadas sólo las conoce el propio contribuyente, no sería excesivo, en modo alguno, según los gobiernos francés y del Reino Unido, exigir que la sociedad matriz aporte los primeros elementos precisos en cuanto a la imposición y a la naturaleza de las distribuciones y de las filiales afectadas, pudiendo la administración fiscal, solicitar, posteriormente, en su caso, recurrir a la asistencia administrativa de las autoridades del Estado miembro de establecimiento de las filiales en el marco de las disposiciones de la Directiva 77/799 o de las de los convenios fiscales bilaterales. En cualquier caso, el Gobierno francés estima que si el Tribunal de Justicia considerara que la

40 — DO L 336, p. 15.

atribución de la carga de la prueba a la sociedad matriz supondría una infracción de los principios de equivalencia y/o de efectividad, esta infracción se justificaría por la necesidad de luchar contra la evasión fiscal.

demostración de cuyo pago se solicitaba a las sociedades matrices que percibían dividendos de dichas filiales, y mientras que Accor y la Comisión consideran que sólo se pedía la prueba de la aplicación del tipo normal, el Gobierno francés explicó largamente que se trataba del tipo efectivo aplicado.

94. La Comisión, por su parte, articula una argumentación intermedia. Considera, principalmente, que el Derecho de la Unión no se opone, en principio, a que, en el marco de la devolución de una retención como la del asunto principal, un Estado miembro exija tener en cuenta el impuesto pagado por la filial en el Estado miembro de su establecimiento. Sin embargo, en el caso de autos, estima que dado que el crédito fiscal se garantiza a las sociedades matrices con arreglo al tipo impositivo legal (normal), sin tener en cuenta el tipo efectivamente aplicado a los beneficios subyacentes a la distribución realizados por las filiales francesas ni la prueba del importe del impuesto efectivamente abonado por estas sociedades, el principio de equivalencia exigiría aplicar el mismo trato a una situación transfronteriza.

97. En segundo lugar, para dar respuesta a las críticas de Accor en relación con las excesivas exigencias de prueba de las autoridades francesas en relación con la imposición de las subfiliales de las sociedades del grupo Accor, el Gobierno francés subrayó en la vista que el Derecho interno sólo tenía en cuenta, en el marco del cálculo del crédito fiscal, los dividendos distribuidos por la filial directa de la sociedad matriz y no por las subfiliales de ésta. En aplicación del principio de equivalencia, ese gobierno considera que no podría admitirse otra cosa en una situación transfronteriza, a riesgo de introducir discriminaciones inversas.

95. Estas posturas enfrentadas responden, en parte, a interpretaciones diferentes del Derecho interno.

98. No corresponde al Tribunal de Justicia dirimir la cuestión de si el Derecho nacional exigía, en una situación puramente interna, la prueba del tipo normal o del tipo efectivamente pagado por las filiales sobre los beneficios subyacentes a la distribución de los dividendos a la sociedad matriz, ni tampoco determinar si este Derecho sólo consideraba, a estos efectos, las relaciones entre esta sociedad y su filial directa y no todas las subfiliales del grupo. Estos aspectos están incluidos, en efecto, en las comprobaciones a las que deberá proceder el órgano jurisdiccional remitente.

96. En efecto, las partes interesadas discuten, en primer lugar, sobre las exigencias del Derecho interno en relación con el tipo del impuesto de sociedades aplicable a los beneficios subyacentes de filiales francesas la

99. Por ello procede razonar sobre la base de hipótesis.

100. La primera hipótesis que ha de contemplarse es la que sostiene el Gobierno francés, a saber, que el Derecho interno supeditaba el abono del crédito fiscal, en una situación puramente interna, al pago del tipo efectivo del impuesto de sociedades sobre los beneficios subyacentes realizados por la filial directa de la sociedad matriz.

101. En este supuesto, la extensión a situaciones transfronterizas del trato aplicado a situaciones internas no contraviene, en modo alguno, el principio de equivalencia.

102. El Derecho de la Unión tampoco se opone a que la carga de presentar los justificantes pertinentes incumba ante todo a la sociedad matriz afectada. En efecto, las autoridades tributarias pueden legítimamente solicitar al contribuyente las pruebas que consideren necesarias para apreciar si se cumplen los requisitos para obtener una ventaja fiscal establecida por la legislación nacional.⁴¹

103. Contrariamente a lo que parece sostener *Accor*, si el recurso al mecanismo de asistencia mutua previsto en la Directiva 77/799

permite ciertamente a las autoridades fiscales dirigirse a las autoridades de otro Estado miembro para obtener toda información que resulte necesaria para la correcta liquidación del impuesto de un contribuyente,⁴² no puede, sin embargo, constituir un paso previo a la obligación que incumbe al contribuyente de aportar los elementos de prueba necesarios para la obtención de una ventaja fiscal, ni tampoco una obligación para dichas autoridades.⁴³

104. Además, el Gobierno francés reiteró en la vista ante el Tribunal de Justicia que los justificantes exigidos no deberían revestir ninguna forma particular. Que estos justificantes no se exijan en una situación puramente interna me parece inherente al hecho de que la administración tributaria conoce, evidentemente, el Derecho interno aplicable y ya dispone de los datos suficientes aportados al presentarse las declaraciones fiscales relativas a la liquidación de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario a cuya distribución estaba vinculado el crédito fiscal y a la liquidación de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario adeudada por una sociedad matriz de un grupo, cuya copia se ha adjuntado a las observaciones escritas del Gobierno francés. En estas circunstancias, no considero que exigir la presentación de este tipo de justificantes en relación con una sociedad matriz francesa que percibe los dividendos de filiales establecidas en otros Estados miembros pueda constituir una carga administrativa adicional en relación con informaciones requeridas en una situación puramente interna dado que, sin perjuicio de la comprobación que realice el órgano jurisdiccional remitente, en una situación de este último tipo, las sociedades matrices también

41 — Véase, en este sentido, la sentencia de 27 de enero de 2009, *Persche* (C-318/07, Rec. p. I-359), apartados 54 y 60, y jurisprudencia citada.

42 — *Ibidem* (apartado 61)

43 — *Ibidem* (apartados 62, 64 y 65).

estaban sujetas a formalidades administrativas, en particular, para permitir a las autoridades fiscales comprobar si se cumplían las condiciones de aplicación del régimen fiscal controvertido.

105. Hay dos puntos que merecen, sin embargo, ser tenidos en cuenta desde la perspectiva del respeto al principio de efectividad.

106. Antes que nada, no puede excluirse que, según la legislación de los Estados miembros de establecimiento de las filiales afectadas, sea en la práctica imposible o irrealizable demostrar el impuesto de sociedades efectivamente pagado por las filiales sobre los beneficios subyacentes a la distribución de los dividendos en beneficio de la sociedad matriz francesa, especialmente si dichos Estados miembros no prevenían, ellos mismos la doble imposición económica de los dividendos en su territorio en el momento de los hechos del litigio principal. En efecto, no era imposible que ciertos Estados miembros eximieran a las sociedades establecidas en su territorio de la obligación de distribuir en su contabilidad sus capitales propios, según el tipo aplicable a las diferentes fuentes de ingresos, y de registrar el impuesto de sociedades pagado sobre los beneficios subyacentes a la distribución de dividendos. En estas condiciones, sería contrario al principio de efectividad requerir la prueba del importe del impuesto de sociedades que refleje el tipo efectivo abonado por estas sociedades, filiales de una sociedad matriz francesa. Incumbe, claro está, al órgano jurisdiccional remitente, a la vista del conjunto de elementos que obran en autos,

comprobar si la sociedad matriz Accor se encuentra en tal situación.

107. También requiere cierta atención la objeción de Accor, en virtud de la cual no puede pedírsele que presente documentos cuya obligación legal de conservación en Francia expiró. En efecto, en la medida en que los años controvertidos se refieren a los ejercicios 1999, 2000 y 2001 y en que, de acuerdo con el CGI, la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario podía exigirse dentro de los cinco años posteriores al abono de los dividendos, no puede excluirse, como a fin de cuentas ha defendido Accor durante la vista, que la presentación de los justificantes reclamados pudiera referirse a ejercicios (hasta 1994, como máximo) respecto de los cuales las personas afectadas ya no tenían obligación de conservarlos.

108. A mi parecer, deben diferenciarse dos supuestos. En primer lugar aquel en el que las autoridades fiscales francesas solicitan la presentación de estos justificantes durante su periodo de conservación legal en Francia: en tal caso, corresponde a la sociedad matriz recopilar dichos documentos a todos los efectos, en particular, para impugnar la legalidad de tal solicitud en el marco de una acción judicial. Luego, en el supuesto contrario, aquel en el que las autoridades fiscales no hubieran solicitado dichos documentos durante el periodo de conservación legal, se deduce que éstos no estarían a disposición de la sociedad matriz. En el segundo supuesto, considero no obstante que contrariamente a lo expuesto por Accor, resulta pertinente el

plazo de conservación legal de documentos en los Estados miembros de establecimiento de las diferentes filiales afectadas más que el plazo aplicable en Francia. Si, en el momento en que el órgano jurisdiccional debe pronunciarse en el asunto principal, dicho plazo ha expirado, sería imposible para Accor aportar las pruebas exigidas. No podría negársele el beneficio del crédito fiscal para los dividendos en cuestión en tales circunstancias, so pena de infringir el principio de efectividad.

109. La segunda hipótesis, diametralmente opuesta y defendida, en lo esencial, por Accor, es aquella según la cual en una situación puramente interna sólo se habría tenido en cuenta el tipo *normal* aplicado a los beneficios subyacentes a la distribución de dividendos de las filiales y de las subfiliales de la sociedad matriz francesa.

110. En este contexto, se trata de saber si el hecho de que un Estado miembro exija de la sociedad matriz establecida en su territorio que demuestre el tipo y la cuota del impuesto de sociedades *efectivamente* pagados sobre los beneficios subyacentes a la distribución de dividendos por las filiales y las subfiliales extranjeras de esta sociedad contraviene los principios de equivalencia y de efectividad.

111. No me parecería especialmente difícil dar una respuesta afirmativa a esta pregunta si la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no exigiera, al menos a primera vista, tener en cuenta, para el cálculo de la imputación del crédito de impuesto vinculado al pago de dividendos llamados «entrantes», el impuesto de sociedades *efectivamente pagado* en el Estado miembro de su establecimiento por la sociedad que distribuye los dividendos.

112. De este modo, en el apartado 54 de la sentencia Manninen, antes citada, que recoge en el apartado 15 de la sentencia Meilicke y otros antes citada, el Tribunal de Justicia indicó que el cálculo de un crédito fiscal concedido a un accionista sujeto al pago de impuestos en Finlandia por obligación personal, que ha percibido dividendos de una sociedad establecida en Suecia, debe tener en cuenta el impuesto efectivamente pagado por la sociedad establecida en este otro Estado miembro, tal como se desprende de las normas generales aplicables al cálculo de la base imponible y del tipo del impuesto de sociedades en este último Estado miembro.

113. Asimismo, en el fallo de la sentencia Test Claimants in the FII Group Litigation, antes citada, el Tribunal de Justicia consideró que «los artículos 43 CE y 56 CE artículos 43 CE y 56 CE no se oponen a una legislación de un Estado miembro que declara exentos del impuesto sobre sociedades los dividendos que una sociedad residente percibe de otra sociedad residente, mientras que sujeta a dicho impuesto los dividendos que una sociedad residente percibe de una sociedad no residente de la que posee al menos el 10 % de los derechos de voto, concediendo, en este último caso, un crédito fiscal por el impuesto

efectivamente pagado por la sociedad que distribuye beneficios en su Estado miembro de residencia, siempre que el tipo impositivo sobre los dividendos de origen extranjero no sea superior al tipo impositivo aplicado a los dividendos de origen nacional y que el crédito fiscal sea al menos igual al importe pagado en el Estado miembro de la sociedad que distribuye beneficios hasta el límite de la cuantía impositiva aplicada en el Estado miembro de la sociedad beneficiaria». ⁴⁴

114. Sin embargo, considero que el obstáculo que muestra esta jurisprudencia es solo aparente.

115. En cuanto a la sentencia Manninen antes citada, de sus apartados 40 y 53 se desprende con claridad que el crédito fiscal concedido a los residentes finlandeses en situaciones puramente internas correspondía al impuesto de sociedades efectivamente satisfecho por la sociedad que distribuye los dividendos. ⁴⁵ El que el Tribunal de Justicia, en el apartado 54 de la misma sentencia, extienda el beneficio de este régimen a los residentes finlandeses que hayan percibido dividendos abonados por sociedades establecidas en otros Estados miembros no es más que la consecuencia de la aplicación del principio de no discriminación.

44 — Punto 1, párrafo segundo, del fallo de la sentencia (las cursivas son mías).

45 — En el apartado 53 de la sentencia, el Tribunal de Justicia indica: «[...] debe señalarse asimismo que, en Derecho finlandés, el crédito fiscal siempre corresponde al importe del impuesto efectivamente abonado en concepto de impuesto de sociedades por la sociedad que distribuye dividendos».

116. En cuanto a la sentencia *Test Claimants in the FII Group Litigation*, antes citada, si bien es cierto que el Tribunal de Justicia admitió que un Estado miembro podía en el marco de la prevención de la doble imposición económica, aplicar un sistema de exención de los dividendos abonados a situaciones puramente internas y un sistema de imputación en el marco de la distribución de dividendos «entrantes» en procedencia de sociedades no residentes, sin embargo, el Tribunal de Justicia sólo abordó de modo accesorio la relación entre la exención aplicable a los dividendos de origen nacional y la imposición de la sociedad matriz. Las partes actoras en el asunto principal de que se trataba habían sostenido que la exención de dividendos de origen nacional se aplicaba con independencia del impuesto (efectivamente) pagado por la sociedad distribuidora. Sin embargo, el Tribunal de Justicia encomendó al órgano jurisdiccional nacional el cometido de comprobar si el tipo impositivo era de verdad idéntico y si los distintos niveles impositivos sólo existían en determinados supuestos debido a una modificación de la base imponible a raíz de determinadas desgravaciones excepcionales. ⁴⁶

117. Por lo tanto, no puede inferirse de dichas sentencias que Tribunal de Justicia esté dispuesto a aceptar, como norma general, que un Estado miembro que previene la doble imposición económica de los dividendos en su territorio conceda un crédito fiscal a una sociedad matriz de dicho Estado miembro vinculado a la distribución de los dividendos de una filial establecida en ese mismo Estado miembro sobre la base de un tipo normal del impuesto de sociedades al que esta última está, en principio, sujeta, mientras que el

46 — Sentencia *Test Claimants in the FII Group Litigation*, antes citada (apartados 53 a 56).

beneficio de este mismo crédito fiscal a una sociedad matriz de este Estado miembro vinculado a la distribución de dividendos de filiales establecidas en otros Estados miembros está supeditado a la demostración del tipo y del importe efectivos del impuesto de sociedades satisfechos por estas últimas en esos otros Estados miembros.

118. Al contrario, tal diferencia de trato vulneraría, según mi criterio, los principios de no discriminación y de equivalencia.

119. Una vulneración como ésta no podría justificarse por la voluntad, expresada en términos generales, de prevenir la evasión fiscal, contrariamente a lo que pretende el Gobierno francés. En efecto, procede recordar, por una parte, que los Estados miembros no pueden ampararse en una presunción general de evasión fiscal para justificar una medida fiscal que vaya en detrimento de los objetivos del Tratado.⁴⁷ Considero, por otra parte, que tal diferencia de trato no parece en modo alguno presentarse como la medida menos contraria a los principios antes mencionados para alcanzar el objetivo de lucha contra la evasión fiscal. En efecto, en una situación tal como la que se examina en la presente hipótesis, un Estado miembro podría perfectamente exigir

al contribuyente que éste aporte la prueba del tipo normal del impuesto de sociedades aplicable a las filiales que distribuyen dividendos, al que dichas sociedades están sujetas en su Estado miembro de establecimiento así como la del abono del importe del impuesto correspondiente a dicho tipo, para evitar —como parece ser la principal preocupación del Gobierno francés— que un crédito fiscal no esté vinculado a la distribución de dividendos procedentes de dichas filiales a una sociedad matriz francesa, cuando dichas filiales, en razón de las distintas desgravaciones generales aplicables en su Estado miembro de establecimiento, han estado totalmente exentas del pago del impuesto de sociedades sobre los beneficios subyacentes a la distribución de dividendos.

120. Por lo que respecta a la obligación de aportar tal prueba en relación con toda la cadena de filiales y subfiliales de la sociedad matriz francesa, tal obligación no conculca los principios de no discriminación y de equivalencia, siempre que se requiera también en situaciones puramente internas al realizarse las declaraciones a las que están obligadas las sociedades matrices y sus filiales francesas. No es menos cierto que responder a tal exigencia puede resultar imposible en la práctica en situaciones transfronterizas, más aún cuando las distribuciones de que se trata se refieran a beneficios realizados en un periodo para el que expiró la obligación legal de conservación de documentos. Corresponderá al órgano jurisdiccional remitente, en el caso de que tal hipótesis resultara pertinente, llevar a cabo las comprobaciones necesarias.

⁴⁷ — Véase, en particular, la sentencia de 28 de octubre de 2010, *Établissements Rimbaud* (C-72/09, Rec. p. I-10659), apartado 34 y jurisprudencia citada.

121. Por estos motivos, propongo responder a la tercera cuestión de la siguiente forma: los principios de equivalencia y de efectividad no se oponen a la restitución de las cantidades que pueden garantizar la aplicación de un mismo régimen fiscal a los dividendos que dan lugar a redistribución por parte de la sociedad matriz establecida en un Estado miembro, con independencia de que esos dividendos tengan su origen en cantidades distribuidas por sus filiales establecidas en el mismo Estado miembro o en otro Estado miembro, se supedita, en principio, al requisito de que el deudor aporte los elementos de los que sólo él puede disponer y que se refieren en particular, en relación con cada dividendo en litigio, al tipo de gravamen efectivamente aplicado y al importe efectivamente pagado en razón de los beneficios obtenidos por sus filiales establecidas en los Estados miembros distintos del primer Estado

miembro, mientras que para las filiales establecidas en dicho Estado miembro, no se exigen tales justificantes, que son conocidos por la Administración, siempre que el tipo y el importe del impuesto efectivamente pagados se apliquen también a la distribución de dividendos en beneficio de la sociedad matriz recibidos de filiales establecidas en el mismo Estado miembro y que en la práctica no resulte imposible o excesivamente difícil aportar la prueba del pago del impuesto por parte de las filiales establecidas en los otros Estados miembros, teniendo en cuenta especialmente las disposiciones de la legislación de dichos Estados miembros en relación con la prevención de la doble imposición y al registro del impuesto de sociedades que deba pagarse, así como a la conservación de los documentos administrativos. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si se cumplen estos requisitos en el asunto principal.

III. Conclusión

122. A la luz de las consideraciones expuestas, propongo contestar a las cuestiones planteadas por el Conseil d'État del siguiente modo:

- «1) El artículo 56 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a un régimen fiscal en virtud del cual una sociedad matriz establecida en un Estado miembro que percibe dividendos pagado por una filial establecida en otro Estado miembro no puede imputar a la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario,

a la que está obligada al efectuar la redistribución a sus propios accionistas de dichos dividendos, el crédito del impuesto vinculado a la distribución de esos dividendos, contrariamente a la situación comparable de una sociedad matriz establecida en el primer Estado miembro que percibe dividendos abonados por una filial también establecida en ese Estado miembro.

- 2) Un Estado miembro puede oponerse a la restitución de una retención recaudada en contra de lo dispuesto en el Derecho de la Unión por cualquier carga económica que el sujeto pasivo no haya soportado personalmente, lo cual, en esa medida, llevaría a un enriquecimiento indebido de dicho sujeto pasivo. Tal enriquecimiento podría producirse si el Estado miembro tuviera que devolver los gastos soportados por el obligado al pago que no fueran consecuencia inevitable de la negativa de un Estado miembro a garantizar el cumplimiento de las disposiciones del Tratado. En el asunto principal, corresponde al órgano jurisdiccional remitente, a la vista del conjunto de datos de que dispone, comprobar, en función de la política de distribución de dividendos adoptada por una sociedad matriz, como la recurrida en el procedimiento principal, en beneficio de sus accionistas y, si el pago de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario controvertido ha sido imputado, en todo o en parte, a los dividendos redistribuidos a dichos accionistas de modo que la sociedad matriz haya podido, en su caso, sufrir pérdidas que serían la consecuencia inevitable de la negativa del Estado miembro a conceder la igualdad de trato requerida. En este caso, el importe de la restitución de la retención controvertida a la sociedad matriz deberá establecerse en función de la carga económica que haya soportado de acuerdo con todos los elementos pertinentes de que dispone el órgano jurisdiccional remitente.

- 3) Los principios de equivalencia y de efectividad no se oponen a la restitución de las cantidades que pueden garantizar la aplicación de un mismo régimen fiscal a los dividendos que dan lugar a redistribución por parte de la sociedad matriz establecida en un Estado miembro, con independencia de que esos dividendos tengan su origen en cantidades distribuidas por sus filiales establecidas en el mismo Estado miembro o en otro Estado miembro, se supedita, en principio, al requisito de que el deudor aporte los elementos de los que sólo él puede disponer

y que se refieren en particular, en relación con cada dividendo en litigio, al tipo de gravamen efectivamente aplicado y al importe efectivamente pagado en razón de los beneficios obtenidos por sus filiales establecidas en los Estados miembros distintos del primer Estado miembro, mientras que para las filiales establecidas en dicho Estado miembro, no se exigen tales justificantes, que son conocidos por la Administración, siempre que el tipo y el importe del impuesto efectivamente pagados se apliquen también a la distribución de dividendos en beneficio de la sociedad matriz recibidos de filiales establecidas en el mismo Estado miembro y que en la práctica no resulte imposible o excesivamente difícil aportar la prueba del pago del impuesto por parte de las filiales establecidas en los otros Estados miembros, teniendo en cuenta especialmente las disposiciones de la legislación de dichos Estados miembros en relación con la prevención de la doble imposición y al registro del impuesto de sociedades que debe pagarse, así como a la conservación de los documentos administrativos. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si se cumplen estas condiciones en el asunto principal.»