

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) DE 12 DE DICIEMBRE DE 2006

■ **Asunto:** C-446/04

■ **Partes:** Test Claimants in the FII Group Litigation y Commissioners of Inland Revenue

■ **Síntesis:** Libertad de establecimiento – Libre circulación de capitales – Directiva 90/435/CEE – Impuesto sobre sociedades – Reparto de dividendos – Medidas para evitar o atenuar la doble imposición en cadena – Exención – Dividendos percibidos de sociedades residentes en otro Estado miembro o en un país tercero – Crédito fiscal – Pago a cuenta del impuesto sobre sociedades – Igualdad de trato – Acción de restitución o acción de indemnización

I. Comentario

En este caso se analizan cuestiones muy relevantes para la configuración de los sistemas impositivos de los Estados miembros, ya que en el se enjuicia si la disparidad de sistemas para evitar la doble imposición empleados por el Reino Unido en operaciones que ocupan exclusivamente a sociedades residentes en relación con los relativos a operaciones entre residentes y no residentes en relación con el reparto de dividendos es conforme o no al derecho comunitario.

Si el Tribunal de Justicia hubiera seguido las tesis expresadas por el Abogado General Geelhoed en sus conclusiones nos volveríamos a encontrar con la aplicación estricta del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, lo cual hubiera hecho temblar los cimientos de determinados principios de fiscalidad internacional. Efectivamente, si el Tribunal siguiera las Conclusiones del Abogado General Geelhoed se hubiera mostrado una preferencia evidente por el sistema de exención para eliminar la doble imposición en operaciones internacionales entre Estados miembros que hubiera obligado a una reforma tributaria -a favor de aplicar el régimen de exención- en la mayoría de los Estados Miembros.

No se debe perder de vista que lo que se ponía en duda ante el Tribunal era el empleo de sistemas de eliminación de la doble imposición diferentes pero con efectos idénticos, ya que para dividendos de entidades residentes se empleaba el sistema de exención, mientras que para dividendos distribuidos por entidades no residentes se empleaba el sistema de imputación.

El Tribunal mantiene que el ordenamiento comunitario permite aplicar cualquier sistema de eliminación de la doble imposición, incluso de forma diferente para los residentes y para los no residentes, siempre que la carga fiscal aplicable sobre los dividendos de origen extranjero no sea superior a la que recae sobre 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. La verificación de tal eventual diferencia de carga fiscal le corresponde al juez nacional.

El Tribunal omite entrar a resolver todas las cuestiones que se pueden presentar en este contexto. Así, resulta evidente que la aplicación del método de exención tiene diferencias sustanciales en relación con el método de imputación, por que si bien en casos concretos el tipo marginal aplicable será idéntico si se aplica uno u otro régimen, en otros no será así, sobre todo si en el ejercicio en que se recibe el dividendo no existe suficiente cuota para aplicarse estas deducciones por doble imposición y estas se acaban perdiendo, por lo que el tipo marginal medio en diversos ejercicios será mayor para los que perciben dividendos de no residentes respecto a quienes perciben dividendos de residentes. El TJCE parece proclive a admitir determinados efectos restrictivos que se derivan de la aplicación del método de imputación en comparación con el de exención, como las mayores dificultades administrativas y la propia anulación de la "menor tributación" en el Estado de la fuente.

Por el contrario, el TJCE se refiere con cierta claridad a los casos en los que se aplica la libertad de circulación de capitales, en los que la sociedad residente tiene una participación no significativa en una no residente, señalando que es contrario a la libertad de circulación de capitales que el ordenamiento permita aplicar medios para evitar la doble imposición para dividendos abonados por entidades residentes, negando dicha aplicación para entidades no residentes. Ahora bien, la aplicación de las medidas para eliminar la doble imposición económica sobre los dividendos procedentes de terceros países en

“igualdad” de consideraciones que sobre los dividendos nacionales depende en buena medida de la configuración de la norma nacional; muy en particular, de si no establece un requisito de participación sustancial en la entidad participada, pues de otro modo resultaría de aplicación la libertad de establecimiento que, según el TJCE, excluye la aplicación de la libre circulación de capitales y, por tanto, la protección comunitaria de tal situación (sobre las restricciones a la aplicación de la libre circulación de capitales a terceros países en materia de dividendos, véase la STJCE de 24 de mayo de 2007, C-157/05, *Holböck*, y auto TJCE de 10 de mayo de 2007, C-102/05, *Skatteverket y A y B*).

Estas conclusiones son relevantes para el caso de España, ya que en el Impuesto sobre Sociedades se producen diferencias entre el régimen fiscal aplicable a los dividendos de fuente interna y a los de fuente extranjera, que resultan dudosamente compatibles con la libre circulación de capitales.

La doble imposición económica internacional sólo se corrige en aquellas situaciones en las que la participación en la entidad no residente resulte superior a un cinco por ciento, mientras que en el ámbito interno se permite esta corrección tanto si la participación es superior al 5 por 100 como si es inferior; si bien en este último caso la deducción es sólo parcial (del 50 por 100). Esta situación puede incitar a los socios residentes, con una participación inferior al 5 por 100, a invertir sus capitales de forma preferente en sociedades residentes en España, sin que exista justificación suficiente para ello desde una perspectiva comunitaria.

Además debemos recordar que el artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades exige requisitos específicos a los dividendos de fuente extranjera para que se aplique la exención, que no exige para el caso de aplicar la deducción por doble imposición total en el caso de dividendos de fuente interna, como es el caso de la exigencia de que la sociedad no residente realice una actividad económica determinada (sobre la diferencia de trato entre renta activa y pasiva en el marco de cláusulas antiabuso internacionales véase también la sentencia TJCE en el caso *Rewe-Zentral 2006*).

Por lo que a la luz de la presente sentencia, el legislador español debería modificar la actual configuración del mecanismo de corrección de la doble imposición intersocietaria, incorporando la posibilidad de paliar dicha situación cuando la participación de los socios residentes en nuestro país en entidades establecidas en otros Estados comunitarios sea inferior al referido cinco por ciento, y retirando determinados requisitos a la exención para dividendos de fuente extranjera. La situación de los dividendos procedentes de terceros países, posiblemente, merezca un trato singularizado.

En el examen de las cuestiones relativas al ACT, a los pagos a cuenta y al régimen FID, las conclusiones a las que llega el Tribunal son fieles a la jurisprudencia anterior del Tribunal en relación con las libertades de circulación y establecimiento, señalando que son contrarias al Tratado aquellas medidas fiscales que consagren diferencias de trato entre residentes y no residentes.

Nos parecen relevantes las consideraciones que realiza en relación con la Directiva 90/435, ya que se alega que las medidas fiscales del Reino Unido son contrarias a lo esta-

blecido en esta Directiva, tanto en el sentido de que el ACT se trata de una retención en origen prohibida, como que este impuesto va en contra de lo que señala el artículo 4 de la Directiva.

El Tribunal señala que el ACT no se trata de una retención en origen, ya que el ACT se paga cuando la entidad residente que percibe dividendos de origen extranjero reparte dividendos a sus socios, por lo que el Tribunal considera que el ACT no es una retención de salida, sino una medida para evitar la doble imposición. Lo que nos permite inferir que la interpretación que realiza el Tribunal de Justicia es restrictiva en relación a que es una «retención en origen», ya que si bien el ACT no tiene la misma naturaleza jurídica que las retenciones en origen a las que hace referencia el artículo 6 de la Directiva, tiene unos efectos económicos similares a una de ellas.

2. Antecedentes

El litigio principal se inscribe en la categoría de «group litigation [demanda colectiva]» relativa al rendimiento de capital exento («Franked Investment Income Group Litigation»), constituida por varios recursos interpuestos ante la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, por sociedades que residen en el Reino Unido y que tienen participaciones en sociedades residentes en otro Estado miembro o en un país tercero.

Los asuntos elegidos por el órgano jurisdiccional remitente como asuntos «piloto» a efectos de la presente petición de decisión prejudicial, se refieren a unas reclamaciones interpuestas por unas sociedades que residen en el Reino Unido y que forman parte del grupo British American Tobacco (BAT; en lo sucesivo, «demandantes en el litigio principal»). A la cabeza del grupo se encontraba una sociedad matriz que poseía, directa o indirectamente, el 100 % del capital de otras sociedades, que a su vez poseían el 100 % del capital de sociedades establecidas en diferentes Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, así como en países terceros.

Estos asuntos se refieren, en primer lugar, a unos dividendos repartidos por dichas sociedades no residentes en favor de las demandantes en el litigio principal desde el ejercicio económico que finalizó el 30 de septiembre de 1973 y, según la resolución de remisión, al menos hasta la fecha de ésta; en segundo lugar, a unos dividendos repartidos por la sociedad matriz del grupo BAT a sus accionistas a partir del mismo ejercicio económico hasta el 31 de marzo de 1999; en tercer lugar, a unos pagos de ACT realizados por las demandantes en el litigio principal desde el referido ejercicio hasta el 14 de abril de 1999 y, en cuarto lugar, a unos dividendos calificados de FID repartidos entre el 30 de septiembre de 1994 y el 30 de septiembre de 1997.

Las demandantes en el litigio principal solicitan la restitución y/o la compensación de pérdidas resultantes de haberles aplicado la normativa vigente en el Reino Unido, por lo que se refiere, en particular:

- al impuesto sobre sociedades pagado por los dividendos de origen extranjero percibidos y las desgravaciones y créditos fiscales aplicados a dichos tributos que, a falta de tal impuesto, podían haberse utilizado o transferido para deducirse de otros tributos;
- al ACT pagado por las cantidades distribuidas a sus accionistas a partir de dividendos de origen extranjero, siempre que hubiera un exceso;
- en este último supuesto, a la imposibilidad de disfrutar de las cantidades de que se trata entre la fecha de pago del ACT y el momento en que el ACT se imputa al impuesto sobre sociedades, y
- por lo que respecta a repartos de dividendos calificados de FID, a la imposibilidad de disfrutar de las cantidades pagadas como ACT entre la fecha del pago del ACT y el momento de su reembolso, así como los importes adicionales que las demandantes en el litigio principal habían debido abonar a sus accionistas para compensar la falta de crédito fiscal para éstos.

En estas circunstancias, la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cuestión prejudicial.

3. Cuestiones planteadas

- 1) ¿Es contrario a los artículos 43 CE o 56 CE que un Estado miembro mantenga vigentes y aplique medidas que declaran exentos del impuesto sobre sociedades los dividendos percibidos por una sociedad residente en dicho Estado miembro (en lo sucesivo, «sociedad residente») de otras sociedades residentes y que gravan con dicho impuesto los dividendos obtenidos de sociedades residentes en otros Estados miembros (en lo sucesivo, «sociedades no residentes»), tras conceder una desgravación por doble imposición por las retenciones en origen que deben practicarse por los dividendos y, en determinadas condiciones, por el impuesto subyacente pagado por las sociedades no residentes sobre sus beneficios en su país de residencia?
- 2) Si el régimen vigente en un Estado miembro impone en determinadas circunstancias pagos a cuenta del impuesto sobre sociedades [...] sobre el pago de dividendos por una sociedad residente a sus accionistas y concede un crédito fiscal en favor de los accionistas residentes en dicho Estado miembro en relación con dichos dividendos, ¿es contrario a los artículos 43 CE o 56 CE, o a los artículos 4, apartado 1, o 6 de la Directiva [90/435] que este Estado miembro mantenga vigentes y aplique medidas que establezcan que la sociedad residente abone dividendos a sus accionistas sin estar obligada a pagar el pago a cuenta del impuesto sobre sociedades cuando haya percibido dividendos de sociedades residentes en dicho Estado miembro (directa o indirectamente a través de otras sociedades residentes en dicho Estado miembro) y no establezcan que la sociedad residente debe abonar dividendos a sus accionistas sin estar obligada al pago a cuenta del impuesto sobre sociedades cuando haya percibido dividendos de sociedades no residentes?

- 3) ¿Es contrario a las disposiciones de Derecho comunitario mencionadas en la segunda cuestión prejudicial que el Estado miembro mantenga vigentes y aplique medidas que establecen que la obligación de pago a cuenta del impuesto sobre sociedades debe imputarse a la obligación de la sociedad que distribuye los dividendos, y la de otras sociedades del grupo residente en dicho Estado miembro, de pago del impuesto sobre sociedades en dicho Estado miembro por sus beneficios:
- a) pero que no establezcan ninguna forma de imputación de la cantidad que debe pagarse en concepto de pago a cuenta del impuesto sobre sociedades u otra solución equivalente (como la devolución del pago a cuenta del impuesto sobre sociedades) en relación con los beneficios obtenidos, ya sea en dicho Estado o en otros Estados miembros, por las sociedades del grupo que no sean residentes en dicho Estado miembro, y/o
 - b) que establezcan que toda desgravación por doble imposición a la que pueda acogerse una sociedad residente en dicho Estado miembro reduce la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre sociedades a la que puede imputarse la cantidad que debe pagarse en concepto de pago a cuenta del impuesto sobre sociedades?
- 4) Si el Estado miembro ha adoptado medidas que, en determinadas circunstancias, establecen que las sociedades residentes, cuando así lo decidan, podrán recuperar el pago a cuenta del impuesto sobre sociedades abonado por los dividendos repartidos a sus accionistas cuando dichos dividendos sean percibidos por sociedades residentes procedentes de sociedades no residentes (incluidas, a dichos efectos, las sociedades residentes en terceros países), ¿es contrario a los artículos 43 CE o 56 CE, o a los artículos 4, apartado 1, o 6 de la Directiva [90/435], que dichas medidas:
- a) obliguen a las sociedades residentes a abonar el pago a cuenta del impuesto sobre sociedades y a reclamarlo posteriormente, y
 - b) no prevean la concesión a los accionistas de las sociedades residentes de un crédito fiscal que obtendrían por un dividendo procedente de una sociedad residente, que no hubiera percibido, a su vez, dividendos de sociedades no residentes?
- 5) Si, con anterioridad al 31 de diciembre de 1993, un Estado miembro ha adoptado las medidas que se describen en las cuestiones prejudiciales primera y segunda, y después de dicha fecha ha adoptado el resto de las medidas que se describen en la cuarta cuestión prejudicial, y si dichas medidas constituyen una restricción prohibida por el artículo 56 CE, ¿debe considerarse que dicha restricción constituye una nueva restricción que no existía ya el 31 de diciembre de 1993?
- 6) Si cualquiera de las medidas que se exponen en las cuestiones prejudiciales primera a quinta vulnerase alguna de las disposiciones comunitarias en ellas mencionadas, en caso de que la sociedad residente u otras sociedades del mismo grupo formulen las siguientes reclamaciones relacionadas con los incumplimientos correspondientes:

- a) una solicitud de devolución del impuesto sobre sociedades indebidamente recaudado en las circunstancias a que se hace referencia en la primera cuestión prejudicial;
- b) una reclamación de recuperación (o indemnización de los daños y perjuicios por la pérdida) de las desgravaciones practicadas con cargo al impuesto sobre sociedades ilegalmente recaudado en las circunstancias a que se hace referencia en la primera cuestión prejudicial;
- c) una solicitud de devolución del pago a cuenta del impuesto sobre sociedades (o reclamación de indemnización por éste) que no haya podido imputarse a la deuda tributaria de la sociedad en concepto de impuesto sobre sociedades o desgravarse de otro modo, y que no habría sido pagado (o habría sido desgravado) de no ser por el incumplimiento;
- d) cuando el pago a cuenta del impuesto sobre sociedades haya sido imputado al impuesto sobre sociedades, una reclamación por pérdida de liquidez entre la fecha de pago del pago a cuenta del impuesto sobre sociedades y dicha imputación;
- e) una solicitud de devolución del impuesto sobre sociedades pagado por la sociedad o por otra sociedad del grupo cuando cualquiera de dichas sociedades haya contraído una obligación de pago del impuesto sobre sociedades renunciando a otras desgravaciones para permitir la imputación de la cantidad que debe pagarse en concepto de pago a cuenta del impuesto sobre sociedades a la deuda tributaria contraída en concepto de impuesto sobre sociedades (los límites a la imputación del pago a cuenta del impuesto sobre sociedades dan lugar a la obligación de pago de una cuota residual del impuesto sobre sociedades);
- f) una reclamación por la pérdida de liquidez ocasionada por el hecho de que el impuesto sobre sociedades haya sido pagado antes de la fecha en que hubiera debido pagarse o por la pérdida subsiguiente de las desgravaciones en las circunstancias [expuestas anteriormente en la letra e)];
- g) una reclamación por la sociedad residente del abono del exceso de pago a cuenta del impuesto sobre sociedades (o la indemnización por este concepto) al que la sociedad haya renunciado en favor de otra sociedad del grupo y que no dio lugar a desgravación en el momento en que esa otra sociedad fue vendida, se escindió o fue declarada en liquidación;
- h) cuando el pago a cuenta del impuesto sobre sociedades haya sido pagado y posteriormente reclamado con arreglo a las disposiciones que se indican en la cuarta cuestión prejudicial, una reclamación por la pérdida de liquidez entre la fecha de pago del pago a cuenta del impuesto sobre sociedades y la fecha en que fue reclamado;
- i) una reclamación de indemnización cuando la sociedad residente haya optado por reclamar la devolución del pago a cuenta del impuesto sobre sociedades con arreglo a las disposiciones que se indican en la cuarta cuestión prejudicial y haya compensado a sus accionistas, por la imposibilidad de obtener un crédito fiscal, aumentando la cuantía del dividendo,

¿debe considerarse que cada una de dichas reclamaciones es:

- una solicitud de devolución de cantidades indebidamente recaudadas que es consecuencia, y complemento, del incumplimiento de las disposiciones comunitarias anteriormente indicadas, o bien
 - una reclamación de compensación o indemnización de daños y perjuicios en la que deben concurrir los requisitos establecidos en la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur y Factortame* (C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029), o bien
 - una reclamación del pago de una cantidad equivalente a la ventaja indebidamente denegada?
- 7) En el caso de que la respuesta a cualquier parte de la sexta cuestión prejudicial sea que la reclamación es una reclamación del pago de una cantidad equivalente a una ventaja indebidamente denegada:
- a) ¿es dicha reclamación consecuencia, y complemento, del derecho conferido por las disposiciones comunitarias indicadas, o
 - b) es preciso que concurren los requisitos para el reembolso establecidos en la sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, antes citada, o
 - c) deben concurrir otros requisitos?
- 8) ¿Afecta de algún modo a las cuestiones prejudiciales sexta o séptima el hecho de que, como cuestión de Derecho interno, las reclamaciones a que se hace referencia en la sexta cuestión prejudicial se interpongan como solicitudes de devolución o se interpongan o deban interponerse como reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios?
- 9) ¿Qué orientación, en su caso, considera conveniente ofrecer el Tribunal de Justicia en el presente asunto sobre las circunstancias que el órgano jurisdiccional nacional debería tener en cuenta a la hora de determinar si se ha producido una violación suficientemente caracterizada en el sentido de la sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, antes citada, en particular en lo que respecta a si, en el estado actual de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la interpretación de las disposiciones comunitarias pertinentes, el incumplimiento es de carácter excusable o si, en un asunto determinado, existe una relación de causalidad suficiente que constituya una “relación de causalidad directa” en el sentido de dicha sentencia?»

4. Fallo

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

- 1) Los artículos 43 CE y 56 CE han de interpretarse en el sentido de que, cuando un Estado miembro dispone de un sistema para evitar o atenuar la doble imposición en cadena o la doble imposición económica en el supuesto de dividendos que los resi-

dentes perciben de sociedades residentes, debe conceder un trato equivalente a los dividendos que los residentes perciben de sociedades no residentes.

Los 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.

El artículo 56 CE se opone 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 menos del 10 % de los derechos de voto, sin concederle un crédito fiscal por el impuesto efectivamente pagado por la sociedad que distribuye beneficios en su Estado de residencia.

- 2) Los artículos 43 CE y 56 CE se oponen a una legislación de un Estado miembro que permite que una sociedad residente que percibe dividendos de otra sociedad residente deduzca el importe del impuesto sobre sociedades pagado a cuenta por ésta del importe que la primera sociedad ha de pagar a cuenta por dicho impuesto, mientras que, en el caso de una sociedad residente que percibe dividendos de una sociedad no residente, no está permitida tal deducción por lo que respecta al impuesto correspondiente a los beneficios distribuidos pagado por esta última sociedad en su Estado de residencia.
- 3) Los artículos 43 CE y 56 CE no se oponen a una legislación de un Estado miembro que establece que toda desgravación por el impuesto pagado en el extranjero de la que disfruta una sociedad residente que haya percibido dividendos de origen extranjero reduce el importe del impuesto sobre sociedades al que puede imputar el pago a cuenta del impuesto sobre sociedades.

El artículo 43 CE se opone a una legislación de un Estado miembro que permite que una sociedad residente transfiera a filiales residentes el importe del pago a cuenta del impuesto sobre sociedades que no puede imputarse al impuesto sobre sociedades pagadero por aquélla por el ejercicio contable correspondiente o por ejercicios contables anteriores o posteriores, para que éstas puedan imputarlo al impuesto sobre sociedades que han de pagar, pero no permite que una sociedad residente transfiera dicho importe a filiales no residentes en el supuesto en que éstas deban pagar en dicho Estado miembro por los beneficios allí obtenidos.

- 4) Los artículos 43 CE y 56 CE se oponen a una legislación de un Estado miembro que, al tiempo que deja exentas del pago a cuenta del impuesto sobre sociedades a las sociedades residentes que reparten a sus accionistas dividendos procedentes de dividendos de origen nacional que ellas percibieron, concede a las sociedades residentes que reparten a sus accionistas dividendos procedentes de dividendos de origen extranjero que ellas percibieron la facultad de optar por un régimen que les permite recuperar el impuesto sobre sociedades pagado a cuenta, pero, por un lado, obliga a dichas sociedades a abonar el referido impuesto a cuenta y a reclamarlo posteriormente y, por otro lado, no prevé un crédito fiscal para sus accionistas, que sí lo habrían obtenido en el supuesto de que una sociedad residente hubiera repartido dividendos de origen nacional.
- 5) El artículo 57 CE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que, cuando un Estado miembro adoptó, antes del 31 de diciembre de 1993, una legislación que contiene restricciones a los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos prohibidas por el artículo 56 CE y, después de esa fecha, adopta medidas que, constituyendo también una restricción a dichos movimientos, son esencialmente idénticas a la legislación anterior o se limitan a reducir o suprimir un obstáculo al ejercicio de los derechos y las libertades comunitarias que figure en la legislación anterior, el artículo 56 CE no se opone a la aplicación a terceros países de estas últimas medidas cuando se aplican a movimientos de capitales que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales. A este respecto, no cabe considerar inversiones directas las participaciones en una sociedad que no se adquieren para crear o mantener vínculos económicos duraderos y directos entre el accionista y dicha sociedad y no permiten que el accionista participe de manera efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad.
- 6) A falta de normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, incluida la calificación de las demandas presentadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales por quienes hayan sido perjudicados. No obstante, dichos órganos están obligados a garantizar que los justiciables disponen de un cauce procesal efectivo que les permita obtener la devolución del impuesto indebidamente recaudado y de las cantidades pagadas a dicho Estado miembro o retenidas por éste en relación directa con tal impuesto. Por lo que respecta a otros perjuicios sufridos por una persona por una infracción del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro, éste está obligado a reparar los daños causados a los particulares en las condiciones recogidas en el apartado 51 de la sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, (C-46/93 y C-48/93), sin que esto excluya que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos.

5. Fundamentos de la sentencia

Sobre la primera cuestión

Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal, en esencia, si los artículos 43 CE y 56 CE se oponen a una legislación de un Estado miembro que declara exentos del impuesto sobre sociedades los dividendos que una sociedad residente percibe de una sociedad residente también en dicho Estado (en lo sucesivo, «dividendos de origen nacional»), mientras que sujeta a dicho impuesto los dividendos que una sociedad residente percibe de una sociedad que no reside en ese mismo Estado (en lo sucesivo, «dividendos de origen extranjero») concediendo, en este último caso, una desgravación impositiva por las retenciones en origen practicadas en el Estado de residencia de la sociedad que distribuye beneficios, así como, cuando la sociedad residente beneficiaria de los dividendos posee, directa o indirectamente, un 10 % o más de los derechos de voto de la sociedad que distribuye beneficios, una desgravación en relación con el impuesto sobre sociedades pagado por esta última sociedad por los beneficios subyacentes a los dividendos repartidos.

El Tribunal señala que esta medida puede estar comprendida tanto en el ámbito de aplicación del artículo 43 CE relativo a la libertad de establecimiento como del artículo 56 CE relativo a la libre circulación de capitales.

Sobre la libertad de establecimiento

En primer lugar, es preciso señalar que un Estado miembro que desee evitar o atenuar la doble imposición en cadena de los beneficios distribuidos dispone de varios sistemas. No obstante, en la elaboración de su sistema tributario, y en particular cuando crean un mecanismo dirigido a evitar o atenuar la doble imposición en cadena o la doble imposición económica, los Estados miembros han de respetar las exigencias que se derivan del Derecho comunitario, en concreto, las impuestas por las disposiciones del Tratado relativas a las libertades de circulación.

De la jurisprudencia comunitaria se desprende que, cualquiera que sea el mecanismo adoptado para evitar o atenuar la doble imposición en cadena o la doble imposición económica, las libertades de circulación garantizadas por el Tratado se oponen a que un Estado miembro trate de manera menos ventajosa los dividendos de origen extranjero que los dividendos de origen nacional, a menos que esta diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o resulte justificada por razones imperiosas de interés general.

En cuanto a la cuestión de si un Estado miembro puede someter los dividendos de origen nacional a un sistema de exención mientras aplica un sistema de imputación a los dividendos de origen extranjero, es necesario puntualizar que corresponde a los Estados miembros organizar, respetando el Derecho comunitario, su sistema de tributación de los beneficios distribuidos y, en particular, determinar la base imponible y el tipo impositivo que

se aplicarán, siempre que estén sujetos a imposición en dichos Estados miembros, en sede de la sociedad que distribuye beneficios y/o del accionista beneficiario.

Por lo tanto, afirma el Tribunal, el Derecho comunitario no prohíbe, en principio, que un Estado miembro evite la doble imposición en cadena de los dividendos percibidos por una sociedad residente mediante la aplicación de normas que los declaren exentos de tributación cuando los reparte una sociedad residente, mientras evita mediante un sistema de imputación la doble imposición en cadena de dichos dividendos cuando los reparte una sociedad no residente.

Para que, en tal situación, la aplicación de un sistema de imputación sea compatible con el Derecho comunitario, es necesario, en primer lugar, que los dividendos de origen extranjero no estén sujetos, en dicho Estado miembro, a un tipo impositivo superior al tipo aplicado a los dividendos de origen nacional.

En segundo lugar, dicho Estado miembro debe evitar la doble imposición en cadena de los dividendos de origen extranjero imputando 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.

En cambio, cuando dichos beneficios están sujetos en el Estado miembro de la sociedad que distribuye beneficios a un impuesto superior al que aplica el Estado miembro de la sociedad beneficiaria, éste sólo está obligado a conceder un crédito fiscal hasta el límite de la cuantía del impuesto sobre sociedades debida por la sociedad beneficiaria. No tiene que reembolsar la diferencia, es decir, el importe pagado en el Estado miembro de la sociedad que distribuye beneficios que exceda de la cuantía impositiva debida en el Estado miembro de la sociedad beneficiaria.

En este contexto, el mero hecho de que, comparado a un sistema de exención, un sistema de imputación supone unas cargas administrativas adicionales para los contribuyentes, ya que debe acreditarse la cuantía del impuesto efectivamente pagado en el Estado de residencia de la sociedad que distribuye beneficios, no puede considerarse una diferencia de trato contraria a la libertad de establecimiento, toda vez que las cargas administrativas específicas impuestas a las sociedades residentes que perciben dividendos de origen extranjero son inherentes al funcionamiento de un sistema de crédito fiscal.

Sobre la libre circulación de capitales

Por lo que respecta a sociedades residentes que hayan percibido dividendos de sociedades de las que poseen menos del 10 % de los derechos de voto, es decir sin participación significativa, de la legislación nacional controvertida en el litigio principal se desprende que los dividendos de origen nacional están exentos del impuesto sobre sociedades, mientras que los dividendos de origen extranjero están sujetos a dicho impuesto y sólo dan derecho a una desgravación por la eventual retención en origen practicada sobre estos mismos dividendos en el Estado de residencia de la sociedad que distribuye beneficios.

De lo anterior se desprende que la diferencia de trato realizada, por una legislación como la controvertida en el litigio principal, en relación con los dividendos que sociedades residentes perciben de sociedades no residentes de las que poseen menos del 10 % de los derechos de voto, constituye una restricción a la libre circulación de capitales, prohibida, en principio, por el artículo 56 CE.

Por lo tanto, el Tribunal procede a responder a la primera cuestión que los artículos 43 CE y 56 CE han de interpretarse en el sentido de que, cuando un Estado miembro dispone de un sistema para evitar o atenuar la doble imposición en cadena o la doble imposición económica en el supuesto de dividendos que los residentes perciben de sociedades residentes, debe conceder un trato equivalente a los dividendos que los residentes perciben de sociedades no residentes.

Sobre la segunda cuestión

El Tribunal señala que la libertad de establecimiento se opone a una medida nacional que permite que una sociedad residente que ha percibido dividendos de otra sociedad residente deduzca la cuantía de ACT pagado por ésta del importe que la primera ha de pagar en concepto de ACT, mientras que, en el caso de una sociedad residente que ha percibido dividendos de una sociedad no residente, no se permite tal deducción por lo que respecta al impuesto sobre sociedades al que está sujeta esta última en su Estado de residencia. Por lo que el Tribunal concluye que el artículo 56 CE ha de interpretarse en el sentido de que se opone también a tal medida.

Analizada esta cuestión desde el prisma de la Directiva 90/435, que prohíbe la existencia de retención en origen que se considera todo tributo sobre las rentas que una sociedad matriz percibe de una filial establecida en otro Estado miembro y cuyo hecho imponible es el pago de dividendos o de cualquier otro rendimiento de los títulos, cuando la base imponible de dicho tributo es el rendimiento de éstos y el sujeto pasivo es su titular.

Y dado que en el caso de la ACT es la sociedad residente la obligada a pagar el ACT cuando reparte dividendos a sus propios accionistas, por lo que el hecho imponible del ACT que debe pagar una sociedad que percibe dividendos de origen extranjero no es la percepción de dichos dividendos, sino el reparto de dividendos a sus propios accionistas.

De lo anterior se desprende que el ACT que debe pagar una sociedad que percibe dividendos de origen extranjero por un reparto ulterior de dividendos no está comprendido en la prohibición de retención en origen recogida en el artículo 6 de la Directiva 90/435.

Sobre la tercera cuestión

Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 43 CE y 56 CE y/o los artículos 4, apartado 1, y 6 de la Directiva 90/435 han de interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación como la controvertida en el litigio principal:

- que establece que toda desgravación de la que disfruta una sociedad residente que haya percibido dividendos de origen extranjero por el impuesto pagado en el extranjero reduce el importe del impuesto sobre sociedades al que puede imputar el ACT debido, y
- que no permite que una sociedad residente transfiera el importe del ACT pagado que no puede imputarse al impuesto sobre sociedades pagadero por el ejercicio contable correspondiente o por ejercicios contables anteriores o posteriores a filiales no residentes, para que éstas puedan imputarlo al impuesto sobre sociedades que han de pagar.

Esta cuestión alude a determinados problemas a los que está expuesta una sociedad residente que tenga filiales no residentes y/o que perciba dividendos de origen extranjero en cuanto a la imputación, a la cuantía debida por el impuesto sobre sociedades, del ACT que dicha sociedad residente debe pagar cuando reparte dividendos a sus propios accionistas.

La posibilidad prevista en la legislación nacional controvertida de que un grupo de sociedades puede transferir una cuantía impositiva determinada que una sociedad del grupo no puede imputar al impuesto sobre sociedades que ha de pagar en el Reino Unido a otra sociedad de dicho grupo, para que ésta pueda imputarla al impuesto sobre sociedades que ha de pagar en ese mismo Estado miembro, constituye una ventaja fiscal para las sociedades interesadas. El hecho de excluir de tal ventaja a las sociedades no residentes de dicho grupo puede suponer para las sociedades residentes del grupo un obstáculo al ejercicio de su libertad de establecimiento, al disuadirlas de crear filiales en otros Estados miembros (véase, en este sentido, por lo que respecta a una consolidación fiscal de las pérdidas sufridas por filiales no residentes, la sentencia *Marks & Spencer*, apartados 32 y 33).

De todo lo anterior se desprende que el artículo 43 CE se opone a una medida nacional que no permite que una sociedad residente transfiera a sus filiales no residentes el exceso de ACT, aun cuando éstas han de pagar el impuesto sobre sociedades en el Estado miembro de que se trate.

Sobre la cuarta cuestión

Mediante su cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 43 CE y 56 CE, así como los artículos 4, apartado 1, y 6 de la Directiva 90/435 se oponen a una legislación nacional como la controvertida en el litigio principal que, al tiempo que concede a las sociedades residentes que perciben dividendos de origen extranjero la facultad de optar por un régimen que les permite recuperar el ACT abonado por un reparto ulterior a sus propios accionistas, por un lado, obliga a dichas sociedades a abonar el ACT y a reclamarlo posteriormente y, por otro lado, no prevé un crédito fiscal para sus accionistas, que sí lo habrían obtenido si las sociedades residentes hubieran repartido dividendos de origen nacional.

Según el Tribunal de Justicia, es necesario señalar que el tratamiento fiscal de las sociedades residentes que perciben dividendos de origen extranjero y optan por el régimen FID resulta, en dos aspectos, menos ventajoso que el aplicado a las sociedades residentes que perciben dividendos de origen nacional.

En primer lugar, por lo que respecta a la posibilidad de recuperar el exceso de ACT, de la resolución de remisión se desprende que, mientras que el ACT debe pagarse dentro de los catorce días posteriores al trimestre en el que la sociedad de que se trate reparte dividendos a sus accionistas, sólo cabe la devolución del exceso de ACT desde el momento en que resulta exigible el impuesto sobre sociedades, o sea, nueve meses después de finalizar el ejercicio contable. Por lo tanto, en función del momento en que la sociedad reparta dividendos, ésta deberá esperar entre ocho meses y medio y diecisiete meses y medio para obtener la devolución del ACT pagado.

Por consiguiente, como alegan las demandantes en el litigio principal, las sociedades residentes que optan por tal régimen por percibir dividendos de origen extranjero se exponen a una desventaja de tesorería que no existe en el caso de sociedades residentes que perciben dividendos de origen nacional. En este último supuesto, dado que la sociedad residente distribuidora ya ha pagado el ACT por los beneficios distribuidos, se concede un crédito fiscal a la sociedad residente beneficiaria de esta distribución, lo que le permite distribuir un importe igual de dividendos a sus propios accionistas sin estar obligada a pagar el ACT.

En segundo lugar, el accionista beneficiario de un reparto de dividendos por una sociedad residente sobre la base de dividendos de origen extranjero calificados de FID no tiene derecho a un crédito fiscal, sino que se considera que ha percibido una renta que se gravó al tipo de gravamen más bajo del ejercicio fiscal de que se trata. Sin crédito fiscal, tal accionista no tiene derecho a devolución alguna cuando no ha de pagar el impuesto sobre la renta o cuando el impuesto sobre la renta debido es inferior a la tributación del dividendo al tipo de gravamen más bajo.

Tal diferencia de trato, que hace menos atractiva una toma de participación en una sociedad no residente que en una sociedad residente, constituye, sin una justificación objetiva, una vulneración de la libertad de establecimiento.

Además el Tribunal de Justicia rechaza la alegación de que las diferencias de trato a las que está expuesto el reparto de dividendos de origen extranjero en el marco del régimen FID no constituyen una restricción a la libertad de establecimiento en la medida en que este régimen sólo tiene carácter opcional.

Sobre la quinta cuestión

Mediante su quinta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si, habida cuenta de que las medidas nacionales de que se trata en las cuestiones primera y segunda se adoptaron antes del 31 de diciembre de 1993, las medidas mencionadas en la cuarta cuestión, que se adoptaron después de esa fecha pero que modifican las referidas medidas nacionales, siempre que constituyan también restricciones a los movimientos de capitales prohibidas en principio por el artículo 56 CE, están autorizadas como restricciones existentes el 31 de diciembre de 1993 a efectos del artículo 57 CE, apartado 1.

De lo anterior resulta que una restricción a los movimientos de capitales, como es un tratamiento fiscal menos favorable de los dividendos de origen extranjero, está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 57 CE, apartado 1, en la medida en que se refiera a participaciones tomadas para crear o mantener vínculos económicos duraderos y directos entre el accionista y la sociedad de que se trata y que permita que el accionista participe de manera efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad.

Por lo que en primer lugar, hay que aclarar el concepto de «restricciones que existan» el 31 de diciembre de 1993, a efectos del artículo 57 CE, apartado 1. Como sugirieron las demandantes en el litigio principal, el Gobierno del Reino Unido y la Comisión, es preciso hacer referencia a la sentencia de 1 de junio de 1999, *Konle* (C-302/97, Rec. p. I-3099), en la que el Tribunal de Justicia tuvo que dar una interpretación del concepto de «legislación vigente» contenido en una disposición transitoria del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Austria, la República de Finlandia y el Reino de Suecia y a las adaptaciones a los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea (DO 1994, C 241, p. 21, y DO 1995, L 1, p. 1), que permite a la República de Austria mantener temporalmente su legislación vigente sobre residencias secundarias.

Si bien corresponde, en principio, al órgano jurisdiccional nacional determinar el contenido de la legislación vigente en una fecha determinada en un acto comunitario, el Tribunal de Justicia puntualizó, en dicha sentencia, que le corresponde a él suministrar los elementos de interpretación del concepto comunitario que sirve de referencia para la aplicación de una cláusula de excepción comunitaria a una legislación nacional «vigente» en una fecha determinada (véase, en este sentido, la sentencia *Konle*, antes citada, apartado 27).

Como manifestó el Tribunal de Justicia en esa misma sentencia, cualquier medida nacional aprobada con posterioridad a una fecha así determinada no queda automáticamente excluida, por ese único motivo, de la cláusula de excepción recogida en el acto comunitario de que se trate. En efecto, una disposición que es esencialmente idéntica a la legislación anterior o que se limita a reducir o suprimir un obstáculo al ejercicio de los derechos y las libertades comunitarias que figure en la legislación anterior, está cubierta por la excepción. En cambio, una legislación que se basa en una lógica diferente de la del Derecho anterior y establece procedimientos nuevos no puede asimilarse a la legislación existente en la fecha determinada en el acto comunitario de que se trate (véase la sentencia *Konle*, antes citada, apartados 52 y 53).

En segundo lugar, por lo que respecta a la relación entre el régimen FID y la legislación nacional vigente sobre tributación de dividendos de origen extranjero, tal y como la evoca el órgano jurisdiccional remitente, resulta que dicho régimen tiene por objeto limitar los efectos restrictivos que se derivan de la legislación vigente en relación con sociedades residentes que perciben dividendos de origen extranjero, en particular, al ofrecer a dichas sociedades la posibilidad de obtener la devolución del exceso del ACT pagadero en caso de reparto de dividendos a sus propios accionistas.

El Tribunal de Justicia considera que el régimen FID no puede ser calificado de restricción existente por el mero hecho de que, debido a su carácter facultativo, las sociedades de que se trate tengan siempre la posibilidad de que se les aplique el sistema adoptado con anterioridad, con los efectos restrictivos que de ello se derivan. Como se ha señalado en el apartado 162 de la presente sentencia, un régimen restrictivo de las libertades de circulación sigue siendo también incompatible con el Derecho comunitario, aun cuando su aplicación sea facultativa.

Sobre las cuestiones sexta a novena

Mediante sus cuestiones sexta a novena, que el Tribunal examina conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si, en el supuesto de que las medidas nacionales mencionadas en las cuestiones precedentes sean incompatibles con el Derecho comunitario, reclamaciones como las interpuestas por las demandantes en el litigio principal para subsanar tal incompatibilidad deben ser calificadas de acciones de restitución de cantidades indebidamente recaudadas o de ventajas indebidamente denegadas o, en cambio, de acciones de indemnización por el daño causado. En este último caso, se pregunta si es preciso que concurren los requisitos establecidos en la sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, antes citada, y si es necesario, a este respecto, tener en cuenta la forma en que deben interponerse tales reclamaciones con arreglo al Derecho nacional.

El Tribunal destaca que no le corresponde calificar jurídicamente los recursos interpuestos por las demandantes en el litigio principal ante el órgano jurisdiccional remitente. En el caso de autos, incumbe a éstas precisar la naturaleza y el fundamento de su acción (acción de restitución o acción de indemnización), bajo la supervisión del órgano jurisdiccional remitente (véase la sentencia *Metallgesellschaft y otros*).

El Tribunal examina si la violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada, lo que conferirá el derecho a la devolución y por lo tanto si corresponde o no responsabilidad de los Estados miembros, que si bien corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales su apreciación, el Tribunal establece los principios materiales de la misma.

Para determinar si existe una violación suficientemente caracterizada, se debe tener en cuenta que esta ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido (sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, antes citada, apartado 57).

En el presente caso, en materia de tributación de dividendos que sociedades residentes perciben de sociedades no residentes, es sólo en las sentencias *Verkooijen*, *Lenz* y *Manninen*, donde el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de aclarar las exigencias que se derivan de dichas libertades de circulación, concretamente, por lo que respecta a la libre circulación de capitales.

En efecto, fuera de los supuestos comprendidos en la Directiva 90/435, el Derecho comunitario no precisaba expresamente la obligación de un Estado miembro de garantizar que, en relación con los mecanismos para evitar o atenuar la doble imposición en cadena o la doble imposición económica, los dividendos repartidos a residentes por sociedades residentes y los repartidos por sociedades no residentes reciban un trato equivalente. De ello se desprende que, hasta las sentencias *Verkooijen*, *Lenz* y *Manninen*, el problema planteado por la presente petición de decisión prejudicial no había sido aún tratado como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por lo que solo las violaciones a partir de dicha fecha alcanzarán la suficiencia para permitir la devolución de lo ingresado.

... ○ ...