

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA de 19 de enero de 2006

■ **Asunto:** C-265/04

■ **Partes:** Margaretha Bouanich y Skatteverket

■ **Síntesis:** Fiscalidad directa – Libre circulación de capitales – Impuesto sobre los dividendos – Adquisición de acciones – Deducibilidad de los gastos de adquisición de las acciones – Trato distinto de los residentes y los no residentes – Convenio fiscal para evitar la doble imposición.

I. Comentario

De nuevo el Tribunal tienen ocasión para pronunciarse acerca de la compatibilidad con las libertades comunitarias de diversas medidas fiscales nacionales donde se trata de forma discriminatoria a los no residentes. Asimismo en este caso se le ofrece la posibilidad de analizar el efecto que tiene sobre la norma interna la aplicación a un caso concreto de un Convenio de Doble Imposición.

El caso *Bouanich*, constituye la primera aproximación del TJCE al tratamiento en el Estado de la fuente de rentas que este mismo Estado califica como “dividendos”. La legislación sueca distingue entre los accionistas residentes y no residentes en lo que respecta a la tributación de los pagos al accionista cuando se adquieren acciones el fin de amortizarlas: para los accionistas residentes, las enajenaciones a la sociedad emisora se tratan como

ganancias patrimoniales con derecho a deducir los gastos de adquisición de las acciones compradas, gravadas al 30 por 100; en el caso de los no residentes, la adquisición es tratada como una distribución de dividendos que no da derecho a la citada deducción de los gastos de adquisición, gravada también al tipo del 30 por 100 (aunque este tipo se reduce frecuentemente por aplicación de los CDIs). En el caso de los no residentes, la legislación sueca parece que seguía lo dispuesto en el párra. 31 de los Comentarios al art. 13 ModCDI, que permiten tratar como dividendos, en los casos de venta de acciones a la sociedad emisora, la diferencia entre el precio de venta y el valor nominal.

En el marco de una operación de reducción de capital, la sociedad sueca Ratos adquirió en diciembre de 1998 acciones propiedad de la Sra. Bouanich, residente en Francia, por un importe de 917.000 euros. En un primer momento, la Administración sueca exigió un importe del 15 por 100 de dicha cantidad (en aplicación del CDI Francia-Suecia), pero, en vía de recurso, accedió a calcular el impuesto debido por la Sra. Bouanich sobre la diferencia entre el importe obtenido en la enajenación y el valor nominal de las acciones (siguiendo la interpretación propuesta por los Comentarios al art. 13 ModCDI, párra. 31). La Sra. Bouanich, sin embargo, estimó que estaba siendo discriminada con respecto a los residentes en Suecia pues, a estos, se les permitía la deducción de los gastos de adquisición en relación con el cálculo de la ganancia patrimonial mientras que a ella, por el hecho de ser no residente, no se le permitía tal deducción. El tribunal sueco encargado de conocer el recurso preguntó al TJCE (1) si el tratamiento diferenciado del residente y el no residente en situaciones como la planteada por la Sra. Bouanich podía vulnerar las disposiciones en materia de libre circulación de capitales de los art. 56 y 58 TCE; (2) si, en el caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, sería diferente si el régimen tributario sueco resultara de la aplicación de un CDI, que fija un tipo impositivo inferior de tributación para los accionistas no residentes (con respecto al aplicable a los residentes) y que interpretado a la luz de los Comentarios al ModCDI sólo permite la deducción del valor nominal de las acciones.

El TJCE constató, en primer lugar, que una transmisión de acciones a la sociedad emisora constituye un movimiento de capitales en el sentido del art. 1 Directiva 88/361/CEE y, por consiguiente, se trata de una operación dentro del ámbito de aplicación de los art. 56 y 58 TCE. Igualmente, para el TJCE, la normativa sueca, al hacer más gravoso el tratamiento del accionista no residente, disuade a los inversores no residentes en Suecia de comprar acciones de sociedades de este país y limita las posibilidades de las sociedades suecas de captar capitales en otros Estados comunitarios. Por consiguiente, concluyó el TJCE, la denegación al no residente de la deducción de los gastos de adquisición constituye una restricción a los movimientos de capitales en el sentido del art. 56 TCE.

A continuación, el TJCE examinó si dicha restricción podía estar justificada desde la óptica del art. 58 TCE, que permite las distinciones fundadas en razones objetivas de quienes se encuentran en situaciones diferenciadas, pero no las discriminaciones arbitrarias (vid., por ejemplo, las STJCE *Manninen* o *Blanckaert*). Según el TJCE, los gastos de adquisición de unas acciones están relacionados directamente con el importe pagado por la compra de las acciones, de modo que los residentes y los no residentes están, a estos efectos, en una

situación comparable, sin que exista razón alguna que justifique la diferencia de trato de los contribuyentes residentes y no residentes en este punto. En consecuencia, afirmó el TJCE, una normativa como la sueca genera una discriminación arbitraria de los accionistas no residentes frente a los residentes.

Si la respuesta a la primera cuestión parecía clara, la segunda confrontaba al TJCE con una decisión ciertamente controvertida: la posibilidad real de que se declarara que un CDI entre dos Estados miembros, interpretado según la doctrina de los Comentarios al ModCDI, fuera declarado contrario al Derecho comunitario. De hecho, esta era la alegación de la Comisión, que consideró que un régimen como el sueco, aplicable en virtud de un CDI y de su interpretación de conformidad con el ModCDI, vulnera los art. 56 y 58 TCE. El TJCE reiteró su jurisprudencia en el sentido de que corresponde a los Estados miembros, en tanto no existan medidas comunitarias, establecer los criterios de imposición de las rentas y el patrimonio. En este contexto, los Estados miembros son libres, en el marco de los CDIs, para fijar los criterios de sujeción a efectos del reparto de la competencia fiscal (vid. *Gilly, SaintGobain y D.*), si bien este reparto de competencias impide introducir discriminaciones contrarias a las normas comunitarias. Sorprendentemente, sin embargo, el TJCE estableció que el término de comparación no era la base imponible correspondiente al residente y al no residente, sino el sistema total derivado de la legislación interna y el CDI. Realmente, la lectura de la sentencia puede resultar complicada si no se acude a la Opinión de la AG Kokott: la AG realizó una comparación de la tributación del residente y el no residente tomando como base el sistema derivado del CDI y el propio de la legislación interna para concluir que, en ciertos casos, el sistema del CDI, a pesar de aplicar tipos inferiores (15 por 100), puede conducir a tratamientos diferenciados (más gravosos) de los no residentes. En estos casos, según la AG, la primacía del Derecho comunitario exige que se abandone el sistema de tributación del CDI para aplicar al no residente las reglas suecas previstas para los contribuyentes residentes. Las afirmaciones del TJCE, son, sin embargo, un tanto crípticas y pueden no reflejar con claridad el hilo conductor del razonamiento del TJCE. Según el TJCE, la discriminación del no residente sólo se verifica si comparando su tributación derivada del CDI (cálculo de la base deduciendo sólo el valor nominal de las acciones y no los gastos de adquisición y aplicación de un tipo del 15 por 100) y la tributación que se derivaría de la aplicación de la legislación interna (cálculo de la base imponible restando el valor nominal de las acciones y los gastos de adquisición, pero aplicación de un tipo del 30 por 100), la deuda tributaria del no residente resultara ser más gravosa con la aplicación de las reglas del CDI. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional, precisó el TJCE, comprobar si la aplicación de las reglas del CDI produce efectivamente un resultado más gravoso para el contribuyente no residente que el derivado de la aplicación de las normas propias de la legislación interna. En estos casos, si la tributación del no residente es más onerosa, existirá una vulneración de los art. 56 y 58 Tratado CE.

La STJCE *Bouanich* pone de manifiesto incluso de forma más clara que *Saint-Gobain*, que un CDI, interpretado de conformidad con el ModCDI, como era el caso, puede generar vulneraciones de las libertades comunitarias (libre circulación de capitales, en este caso). El enfoque del TJCE, sin embargo, no nos convence demasiado: en lugar de declarar contra-

rio al Tratado CE el artículo del CDI que produce el efecto discriminatorio o restrictivo, considera que la disposición sólo debe ser apartada e inaplicada en aquellos casos donde exista una tributación desfavorable para el no residente. Allí donde el no residente resulte más favorablemente tratado, de acuerdo con el CDI, que el residente en Suecia, la disposición convencional no planteará ningún problema. La sentencia y sus conclusiones implican un cambio radical de jurisprudencia con un impacto importante, por varias razones: (1) hasta la fecha, cuando en ciertas situaciones y no en otras una norma nacional podía provocar restricciones o vulneraciones a las libertades del Tratado CE (vid., por ejemplo, *Biehl*), sistemáticamente, venía siendo considerada como contraria al Derecho comunitario; como hemos visto, en *Bouanich* el TJCE sólo considera el art. 10 CDI Francia-Suecia como contrario al Derecho comunitario en las situaciones en las que el tratamiento diferenciado del no residente es más gravoso con respecto al residente; (2) parece que existe un intento del TJCE de considerar la tributación del no residente en el seno del CDI como un todo (sin considerar por separado las reglas de cálculo de la base imponible, por un lado, y los tipos impositivos, por otro); en este sentido, *Bouanich* difiere sustancialmente de las conclusiones que el TJCE alcanzó en *Gerritse*, pero se muestra continuista con ésta al considerar comparable la situación de residentes y no residentes cuando no está implicada la toma en consideración de circunstancias personales y subjetivas; (3) es la primera vez que abiertamente, aunque sin decirlo expresamente, el TJCE considera que un artículo de un CDI, interpretado de conformidad con el ModCDI, puede vulnerar el Tratado CE (recuérdese que en *Saint-Gobain* el TJCE aclaró una cuestión que, desde la óptica de los Comentarios al ModCDI, no estaba cerrada completamente).

2. Antecedentes

En el marco de una operación de reducción de su capital social, Ratos adquirió, el 2 de diciembre de 1998, acciones de categoría B propiedad de la Sra. Bouanich, residente en Francia, por un importe aproximado de 8.640.000 SEK (917.000 euros). En el momento del pago, se exigió un impuesto del 15 % del total de dicha cantidad, a saber, un importe de cerca de 1.300.000 SEK (138.000 euros), con arreglo a la Ley de 1970 en relación con el Convenio franco_sueco.

La Sra. Bouanich solicitó a la administración tributaria competente la devolución, con carácter principal, de la totalidad del impuesto recaudado y, con carácter subsidiario, de la parte del impuesto satisfecho por el valor nominal de las acciones compradas.

El 28 de septiembre de 1999, la citada administración tributaria estimó su solicitud subsidiaria y le devolvió un importe de aproximadamente 167.000 SEK (18.000 euros).

La Sra. Bouanich recurrió contra esta decisión ante el Länsrätten i Dalarnas län, solicitando la devolución de la cuota restante del impuesto retenida en la fuente. Al ser desestimado su recurso por sentencia de 29 de marzo de 2001, la demandante en el litigio principal interpuso recurso de apelación ante el órgano jurisdiccional remitente.

3. Cuestiones planteadas

- 1) ¿Permiten los artículos 56 CE y 58 CE que un Estado miembro grave el pago percibido por la compra de acciones con el fin de amortizarlas, abonado por una sociedad de dicho Estado miembro, como si se tratara de dividendos, sin que exista un derecho a deducir los gastos de adquisición de las acciones amortizadas cuando dicho pago se abona a un accionista que no tiene su domicilio ni su residencia habitual en este Estado miembro, mientras que el pago percibido por la compra de acciones de la misma sociedad con el fin de amortizarlas que se abona a un accionista que tiene su domicilio o su residencia habitual en el referido Estado miembro es gravado como si fuera una ganancia patrimonial, con derecho a deducir los gastos de adquisición de las acciones amortizadas?
- 2) Si la primera cuestión recibe una respuesta negativa, cuando un convenio para evitar la doble imposición entre el Estado miembro donde tiene su domicilio la sociedad y el Estado miembro donde está domiciliado el accionista establece un tipo impositivo inferior al que se aplica a un accionista del primer Estado miembro y a un accionista del otro Estado miembro en caso de compra de acciones con el fin de amortizarlas, remitiéndose a los comentarios sobre el modelo de convenio fiscal de la OCDE, que permiten deducir el importe correspondiente al valor nominal de las acciones amortizadas, ¿permiten los artículos citados en la primera cuestión que en estas circunstancias un Estado miembro aplique una normativa como la que se ha descrito?
- 3) ¿Permiten los artículos 43 CE y 48 CE que un Estado miembro aplique una normativa como la que se ha descrito?

4. Fallo

El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

- 1) Los artículos 56 CE y 58 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prevé que, en caso de reducción del capital social, el importe de la adquisición de las acciones pagado a un accionista no residente se grava como una distribución de dividendos sin derecho a deducir los gastos de adquisición de las citadas acciones, mientras que el importe pagado a un accionista residente se grava como ganancia patrimonial del capital mobiliario con derecho a deducir los gastos de adquisición.
- 2) Los artículos 56 CE y 58 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que resulta de un convenio para evitar la doble imposición, como el convenio entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno del Reino de Suecia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, firmado el 27 de noviembre de 1990, que fija un límite máximo a la tributación de los dividendos para los accionistas no residentes inferior al aplicable a los accionistas residentes y, al interpretar dicho convenio

a la luz de los comentarios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos sobre su modelo de convenio aplicable, autoriza a deducir el valor nominal de dichas acciones del importe de la adquisición de las acciones, salvo en los casos en que, con arreglo a la citada normativa nacional, los accionistas no residentes no sean tratados de manera menos favorable que los accionistas residentes. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si sucede así en el caso concreto en el asunto principal.

5. Fundamentos de la Sentencia

Sobre la primera cuestión el Tribunal comienza su argumentación señalando, como viene siendo habitual en todos los temas relativos a la imposición directa, que la imposición directa es competencia exclusiva de los Estados miembros pero que debe ser ejercida respetando el derecho comunitario, para luego encuadrar el análisis dentro del ámbito de aplicación de las normas comunitarias relativas a la libertad de circulación (artículo 56 CE).

Analizando ya la Ley Sueca de 1970, que somete a los accionistas que han adquirido acciones de una sociedad sueca a normas diferentes según residan o no en Suecia, se determina que la misma atribuye una ventaja fiscal de reducción de la carga fiscal a los residentes en Suecia. Así, se autoriza al accionista residente en Suecia, en caso de compra de acciones por reducción del capital social, a deducir los gastos de adquisición de las citadas acciones, mientras que no se autoriza tal deducción al accionista no residente. Por tanto, el derecho a deducir constituye una ventaja fiscal reservada únicamente a los accionistas residentes.

Por lo tanto el Tribunal concluye que denegar, en caso de compra de acciones, la deducción de los gastos de adquisición de éstas a los accionistas no residentes constituye una restricción a los movimientos de capitales en el sentido del artículo 56 CE.

Dicha limitación ex art 58 CE, apartados 1 y 3 puede estar permitido, siempre que la misma no constituya ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libertad de circulación de capitales. Sin embargo, como afirma el Tribunal en el punto 38, para que la discriminación sea admisible es preciso que la diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o resulte justificada por razones imperiosas de interés general.

Los gastos de adquisición están relacionados directamente con el importe pagado por la compra de las acciones, de modo que los residentes y los no residentes están, a estos efectos, en una situación comparable. No hay una situación objetivamente distinta que pueda justificar una diferencia de trato sobre este extremo entre las dos categorías de contribuyentes, por lo que el Tribunal concluye que la Ley de 1970 constituye una discriminación arbitraria a los accionistas no residentes, ya que les impone mayores gravámenes que a los accionistas residentes en una situación objetivamente comparable.

Sobre la segunda cuestión, el Tribunal examina si hay que tener cuenta el convenio franco-sueco para apreciar la conformidad de una normativa fiscal con las normas comunitarias sobre libre circulación.

Si bien la eliminación de la doble imposición es un objetivo de la Comunidad, los Estados miembros son libres, en el marco de los convenios bilaterales para fijar los criterios de imposición de las rentas y del patrimonio dentro del reparto de la competencia fiscal, aunque este reparto no permite a los Estados miembros a introducir una discriminación contraria a las normas comunitarias. Por lo que si los CDI son aplicables al caso, el Tribunal debe tenerlo en cuenta para dar una interpretación del derecho comunitario eficaz para el juez nacional.

Por ello el Tribunal, al examinar la compatibilidad con el derecho comunitario la aplicación del derecho nacional debe tener en cuenta el convenio para evitar la doble imposición, como el convenio franco-sueco aplicable al caso. Y en este caso concluye que el derecho nacional podría establecer una diferencia de trato entre residentes y no residentes prohibida por el Tratado si sólo autoriza a deducir el valor nominal de dichas acciones del importe de la adquisición de las acciones. Correspondiendo al órgano jurisdiccional remitente determinar si sucede así en el caso concreto del asunto principal.

... ○ ...