

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera) de 14 de diciembre de 2006

■ **Asunto:** C-170/05

■ **Partes:** Denkavit Internationaal BV, Denkavit France SARL y Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie

■ **Síntesis:** Libertad de establecimiento – Impuesto sobre sociedades – Distribución de dividendos – Exención de los dividendos abonados a las sociedades residentes – Retención en la fuente practicada sobre los dividendos abonados a las sociedades no residentes – Convenio fiscal para evitar la doble imposición – Posibilidad de imputar el importe retenido al impuesto devengado en otro Estado miembro

I. Comentario

Con la excepción de la Directiva Matriz-Filial, 90/435 CEE, no existen normas comunitarias relativas a la imposición de los dividendos transfronterizos, por lo que los Estados miembros son libres para configurar el sistema de gravamen de los dividendos (de entrada y de salida). Sin embargo, el TJCE a través de su más reciente jurisprudencia ha ido estableciendo una serie de limitaciones que afectan de forma sustantiva a la competencia de los Estados para configurar el régimen fiscal aplicable a los dividendos comunitarios e incluso a los relativos a situaciones no comunitarias (países terceros) (véase infra lo expuesto en relación con las SSTJCE de 12 de diciembre de 2006 en los casos *Test Claimants FII* y *ACT Litigation Group*). Debe señalarse en todo caso que los hechos relativos a este asunto son anteriores a la entrada en vigor de la Directiva matriz-filial.

Estos límites comunitarios que ha ido fijando el TJCE a golpe de sentencia han experimentado una importante redefinición a través de las sentencias *Test Claimants in Class IV* y la Sentencia *Test Claimants in the FII Group Litigation*, así como la relativa al caso que ahora comentamos.

El caso *Denkavit II*, referido a la tributación de los dividendos de salida transfronterizos, también resulta interesante, toda vez que somete a un test de compatibilidad comunitaria a los principios del derecho tributario internacional, consignados en el MC OCDE. Recordemos que el consenso internacional en este ámbito asume que unos dividendos de fuente extranjera pueden ser sometidos a dos niveles de imposición, la primera en el Estado de la fuente, donde residen la sociedad que reparte dividendos, y un segundo nivel en el Estado de residencia de la sociedad receptora del dividendo. Este doble nivel impositivo se viene vertebrando bilateralmente mediante los Convenios de Doble imposición, que consagran un determinado reparto del poder tributario en relación con esta materia.

La presente sentencia del Tribunal de Justicia, siguiendo básicamente las conclusiones del abogado general Geelhoed, se desvía de los referidos principios de reparto internacional de la competencia tributaria cuando establece que existe discriminación, allí donde el dividendo percibido por un accionista no residente es gravado de forma más pesada que el accionista residente al que se le aplican las medidas para eliminar la doble imposición económica.

Una vez establecido que los accionistas residentes y los no residentes están situaciones comparables, si a los primeros se les deja exento, y a los segundos se les exige un impuesto sobre el dividendo percibido, estaremos ante una situación de discriminación. Razona el TJCE que tal sobrecarga fiscal que recae sobre el accionista no residente se agrava cuando su Estado de residencia no le permite la deducción del impuesto extranjero sobre el dividendo (por ejemplo, al establecer una exención). Y, en tal sentido, el Tribunal señala que la discriminación existe también porque el Estado de residencia no mitiga la doble imposición.

Podría parecer que sentencia *Denkavit II* es contradictoria con la sentencia *Test Claimant Class IV*, sin embargo diversos comentaristas - Vanistendael - consideran que dicha diferencia se debe a que el Tribunal ve el ACT como un sistema para mitigar la doble imposición económica, mientras que el *withholding tax* francés es sin duda un tributo que grava a los no residentes.

El Tribunal vincula la discriminación a dos elementos: (i) el gravamen en el país de la fuente, y (ii) la no mitigación de la doble imposición en el Estado de la fuente cuando el Estado de residencia no realiza dicha mitigación. El Tribunal de Justicia rechazó los argumentos esgrimidos por el gobierno de Francia en el sentido de que, de acuerdo con los principios consolidados de fiscalidad internacional, el Estado encargado de eliminar la doble imposición es el Estado de residencia y no el Estado de la fuente.

El Tribunal al admitir la tesis del Abogado General Geelhoed, que no distingue el reparto de poder tributario entre los Estados de la fuente y los Estados de residencia, obliga a los Estados de la fuente a no poder discriminar a los accionistas no residentes respecto a los residentes a la hora de exaccionar su sistema de gravamen o de retenciones impositivas en los dividendos de salida. Una vez más, el TJCE contribuye a crear una fiscalidad internacional comunitaria en posición asimétrica respecto de los principios OCDE y tradicionales de la imposición.

La sentencia *Denkavit II* nos deja bastantes dudas acerca de su aplicación, ya que si bien queda claro que en el actual estado del ordenamiento comunitario, no hay gravamen de retenciones de salida de dividendos por aplicación de la Directiva Matriz-Filial o de la libertad de establecimiento, cuando estemos ante participaciones sustanciales, el Tribunal no deja claro si tal principio se aplica a supuestos que caigan en el ámbito de aplicación de la libre circulación de capitales por estar ante participaciones no significativas. A nuestro juicio, existen argumentos que podrían oponerse en tal sentido, sin perjuicio de los matices que procedería introducir respecto de situaciones donde intervengan accionistas residentes de países terceros.

Trasladados estos principios al ordenamiento español acontecería que los dividendos de salida pagados a personas físicas no residentes tributan en las mismas condiciones que los

percibidos por personas físicas residentes. Sin embargo, no puede alcanzarse la misma conclusión en relación con los dividendos de salida percibidos por entidades no residentes por comparación con el trato fiscal aplicable a los dividendos obtenidos por entidades residentes. Y en este sentido, entendemos que la legislación española debería adaptarse a los principios comunitarios a efectos de evitar los problemas derivados de tal incumplimiento comunitario (devolución de ingresos indebidos/responsabilidad patrimonial).

2. Antecedentes

En la época en que se produjeron los hechos, Denkavit Internationaal poseía el 50 % del capital de Denkavit France y el 99,9 % del capital de Agro Finances, la cual poseía a su vez un 50 % del capital de Denkavit France.

En el transcurso de los años 1987 a 1989, Denkavit France y Agro Finances, que se fusionaron posteriormente, abonaron a Denkavit Internacional dividendos por un importe total de 14.500.000 FRF.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 119 bis, apartado 2, del CGI, en relación con el artículo 10, apartado 2, del Convenio franco-neerlandés, se retuvo, en la fuente un 5 % del importe de tales dividendos, es decir, 725.000 FRF.

A raíz de un recurso interpuesto ante el tribunal administratif de Nantes, Denkavit Internationaal obtuvo la devolución del importe del impuesto retenido en la fuente. No obstante, mediante sentencia de 13 de marzo de 2001, la cour administrative d'appel de Nantes anuló la sentencia del tribunal administratif de Nantes y declaró que Denkavit Internacional debía abonar la cantidad de 725.000 FRF.

Tanto Denkavit Internationaal como Denkavit France recurrieron en casación esta última sentencia ante el Conseil d'État. Ante este órgano jurisdiccional, ambas entidades alegaron, en particular, que la legislación fiscal francesa de que se trata es contraria al artículo 43 CE.

Al considerar que la retención en la fuente prevista en la legislación francesa de que se trata no afecta a la sociedad residente que distribuye dividendos, sino a la sociedad matriz no residente a quien se abonan tales dividendos, mientras que una sociedad matriz residente puede disfrutar, en el marco de la tributación de la renta de las sociedades, de una exención casi total de los dividendos abonados por sus filiales, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si, habida cuenta de dicha diferencia de trato fiscal, una sociedad matriz residente y una sociedad matriz no residente se hallan en una situación objetivamente comparable a la vista del mecanismo de retención de los dividendos en la fuente.

El órgano jurisdiccional remitente se plantea asimismo la incidencia del Convenio franco-neerlandés en orden a apreciar la compatibilidad de la retención en la fuente con la libertad de establecimiento.

Por una parte, puesto que, en virtud del artículo 24 del referido Convenio, una sociedad matriz que resida en los Países Bajos y que perciba dividendos de otra sociedad que resida en Francia podrá efectuar, en principio, una imputación del impuesto soportado en Francia a la

cuota del impuesto que debe abonar en los Países Bajos, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si la retención en la fuente, autorizada por el Convenio franco-neerlandés mediante la fijación de un tipo máximo y la imputación de dicha retención a la tributación del accionista neerlandés que obtiene tales dividendos, puede considerarse un simple modo de reparto de la tributación de los dividendos entre la República Francesa y el Reino de los Países Bajos, sin incidencia alguna sobre la carga tributaria global de la sociedad matriz neerlandesa, y por lo tanto, sobre la libertad de establecimiento de tal sociedad.

Por otra parte, dicho órgano jurisdiccional plantea la cuestión de la necesidad de tener en cuenta el hecho de que la sociedad residente en los Países Bajos sólo puede disfrutar de una imputación semejante si el impuesto devengado por ésta en los Países Bajos es superior a la reducción del impuesto que puede obtener en virtud del artículo 24 del Convenio franco-neerlandés.

Por entender que, en tales circunstancias, la solución del litigio principal requería una interpretación del Derecho comunitario, el Conseil d'État decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cuestión prejudicial.

3. Cuestiones planteadas

- 1) ¿Es contrario al principio de la libertad de establecimiento un régimen que grava los dividendos percibidos por una sociedad matriz, no residente en Francia, pero que exime de tal imposición a las sociedades matrices residentes en Francia?
- 2) Tal régimen de retención en la fuente ¿es en sí mismo contrario al principio de libertad de establecimiento, o, al apreciar la compatibilidad de dicho régimen con el principio de la libertad de establecimiento, procede tener en cuenta que un Convenio fiscal entre Francia y otro Estado miembro autoriza dicha retención en la fuente y prevé la posibilidad de imputarla en el impuesto debido en ese otro Estado?
- 3) En el caso de que se acoja la segunda parte de la alternativa expuesta en la segunda cuestión, ¿significa la existencia del Convenio anteriormente citado que el régimen controvertido debe considerarse como un mero mecanismo de reparto de la materia sometida a imposición entre los dos Estados interesados, sin incidencia sobre las empresas, o bien la circunstancia de que una sociedad matriz no residente en Francia no pueda realizar la imputación prevista por el Convenio supone que dicho régimen vulnera el principio de la libertad de establecimiento?

4. Fallo

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

- 1) Los artículos 43 CE y 48 CE se oponen a una legislación nacional que, en la medida en que grava los dividendos percibidos por una sociedad matriz no residente pero exime casi totalmente de tal imposición a las sociedades matrices residentes, constituye una restricción discriminatoria de la libertad de establecimiento.

- 2) Los artículos 43 CE y 48 CE se oponen a una legislación nacional en la que se prevea, tan sólo para las sociedades matrices no residentes, una tributación mediante retención en la fuente de los dividendos distribuidos por filiales residentes, aun cuando un Convenio fiscal entre el Estado miembro de que se trate y otro Estado miembro, que autorice dicha retención en la fuente, prevea la posibilidad de imputar al impuesto devengado en este otro Estado la carga soportada en cumplimiento de la referida legislación nacional, cuando una sociedad matriz se halle en la imposibilidad de proceder a la imputación prevista por el citado Convenio en este otro Estado miembro.

5) Fundamentos de la sentencia

Sobre la primera cuestión prejudicial

Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente que se dilucide si el artículo 43 CE se opone a que una legislación nacional sujete a tributación los dividendos abonados por filiales residentes a su sociedad matriz establecida en otro Estado miembro cuando las sociedades matrices residentes están casi totalmente exentas. Por consiguiente, debe entenderse que la primera cuestión se refiere asimismo al artículo 48 CE.

Señala el Tribunal que una diferencia de trato entre contribuyentes residentes y no residentes no puede calificarse por sí misma, de discriminación en el sentido del Tratado CE (véase, en este sentido, la sentencia *Wielockx*, apartado 19).

Sin embargo, una diferencia de trato entre estas dos categorías de contribuyentes debe calificarse de discriminación a efectos del Tratado cuando no exista diferencia alguna de situación objetiva que pueda fundamentar la citada diferencia de trato (véanse, en este sentido, las sentencias *Schumacker*, apartados 36 a 38, y *Royal Bank of Scotland*, apartado 27).

En el presente caso, de la legislación nacional que se cuestiona en el asunto principal se deduce, con independencia de la incidencia del Convenio franco-neerlandés, una diferencia de trato fiscal de los dividendos distribuidos por una filial residente a su sociedad matriz, según que ésta última sea residente o no residente. En efecto, la disposición fiscal controvertida en el litigio principal hace menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento por parte de las sociedades domiciliadas en otros Estados miembros, las cuales, en consecuencia, podrán renunciar a la adquisición, la creación o el mantenimiento de una filial en el Estado miembro que adopte dicha disposición.

Es cierto que, en lo que atañe a las medidas previstas por un Estado miembro a fin de evitar o atenuar la tributación en cadena o la doble imposición de los beneficios distribuidos por una sociedad residente, los accionistas beneficiarios residentes no se encuentran necesariamente en una situación comparable a la de los accionistas beneficiarios residentes en otro Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, C-374/04, Rec. p. I-0000, apartados 57 a 65).

Sin embargo, a partir del momento en que un Estado miembro, de una forma unilateral o por vía de acuerdos, sujeta al impuesto sobre la renta, no sólo a los accionistas residentes sino también a los accionistas no residentes, por los dividendos que perciben de una sociedad residente, la situación de los mencionados accionistas no residentes se asemeja a la de los accionistas residentes.

A este respecto, debe considerarse que la exención de los dividendos en beneficio de las sociedades matrices residentes pretende evitar una tributación en cadena de los beneficios de las filiales que se distribuyen en forma de dividendos a las sociedades matrices de estas últimas. Ahora bien, según ha señalado el Abogado General en el punto 22 de sus conclusiones, cuando la República Francesa decide preservar a sus residentes de una tributación semejante, debe extender esta ventaja a los no residentes, en la medida en que del ejercicio de su competencia en materia tributaria sobre estos últimos resulte una tributación análoga que grave a tales no residentes (véase, en este sentido, la sentencia *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, antes citada, apartado 70)

En este contexto, el mecanismo de retención en la fuente aplicable a los dividendos abonados por las filiales residentes únicamente a las sociedades matrices no residentes que no disponen en Francia de un establecimiento permanente no puede verse justificado por la necesidad de impedir que tales sociedades eludan toda tributación sobre los mencionados dividendos, tanto en Francia como en los Países Bajos, puesto que las sociedades matrices residentes tampoco están sujetas a una tributación posterior que grave tales dividendos.

Al negarse a conceder a las sociedades matrices no residentes el trato fiscal nacional, más ventajoso, dispensado a las sociedades matrices residentes, la legislación nacional que se cuestiona en el asunto principal constituye una medida discriminatoria incompatible con el Tratado, en la medida en que prevé una tributación de los dividendos abonados por las filiales residentes a las sociedades matrices neerlandesas más gravosa que la de los mismos dividendos pagados a las sociedades matrices francesas.

Sobre las cuestiones prejudiciales segunda y tercera

Mediante sus cuestiones segunda y tercera, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pide, en esencia, que se dilucide si puede ser diferente la respuesta a la primera cuestión cuando, en virtud del Convenio franco-neerlandés, la sociedad matriz residente en los Países Bajos pueda, en principio, imputar a su impuesto devengado en dicho Estado el impuesto abonado en Francia y, por lo tanto, la retención en la fuente resulte simplemente del reparto de las competencias en materia tributaria entre los Estados miembros interesados, lo cual no puede criticarse desde el punto de vista de los artículos 43 CE y 48 CE, aun cuando la sociedad matriz residente en los Países Bajos se halle en la imposibilidad de efectuar la imputación prevista en el citado Convenio.

En lo que atañe al ejercicio del poder tributario repartido de esta manera, los Estados miembros no pueden dejar de cumplir las normas comunitarias, habida cuenta del principio recordado en el apartado 19 de la presente sentencia. En particular, dicho reparto de

la competencia en materia tributaria no permite a los Estados miembros introducir una discriminación contraria a las normas comunitarias.

En lo que atañe al trato fiscal que resulta del Convenio franco-neerlandés, conviene recordar que una sociedad no residente, como Denkavit Internationaal, está autorizada, en principio, en virtud del citado Convenio, a imputar a su impuesto devengado en los Países Bajos la retención en la fuente del 5 % practicada sobre los dividendos de fuente francesa. No obstante, tal imputación no puede superar la cuota del impuesto neerlandés que se devenga normalmente sobre tales dividendos. Pues bien, consta que las sociedades matrices neerlandesas están exentas, por disponerlo así el Reino de los Países Bajos, del impuesto sobre los dividendos de fuente extranjera, y por ende, de fuente francesa, de forma que no se concede reducción alguna en concepto de la retención en la fuente francesa.

En consecuencia, es preciso declarar que la aplicación del Convenio franco-neerlandés y de la legislación neerlandesa pertinente no permite neutralizar los efectos de la restricción a la libertad de establecimiento puesta de manifiesto en el marco de la respuesta a la primera cuestión. Por lo que el Tribunal señala que la diferencia de trato fiscal resultante de la aplicación del Convenio y de la legislación constituye una discriminación incompatible con la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado.

... ○ ...