

TRIBUTACIÓN	FISCALIDAD DE LOS DIVIDENDOS TRANSFRONTERIZOS EN LA UNIÓN EUROPEA: SOBRE LA ADECUACIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA AL DERECHO COMUNITARIO	Núm. 64/2005
--------------------	---	-------------------------



GLORIA MARÍN BENÍTEZ

Abogada. Departamento Tributario de Uría Menéndez

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el 2.º **Premio Estudios Financieros 2005** en la Modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don José Juan FERREIRO LAPATZA, don Luis Manuel ALONSO GONZÁLEZ, doña María Dolores ARIAS ABELLÁN, don Valentín PICH ROSELL, don Iu PIJOAN I FONT y doña Susana SARTORIO ALBALAT.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de la autora.

Extracto:

De entre los distintos aspectos que componen el sistema fiscal de los Estados miembros de la Unión Europea, en este trabajo vamos a centrarnos en el régimen tributario aplicable a los dividendos transfronterizos.

El tratamiento tributario que los distintos Estados miembros otorgan a los dividendos entrantes (procedentes de sociedades residentes en otros Estados) o salientes (distribuidos a inversores residentes en otros Estados), por comparación al otorgado al dividendo nacional, puede ser causa de distorsión de las inversiones y actividades internacionales, obstaculizando el establecimiento del mercado interior común que el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea incluye entre sus objetivos.

Aunque la Directiva 90/435/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a sociedades y matrices de Estados miembros diferentes, supuso una aproximación de las legislaciones de los distintos Estados miembros en materia de tributación de dividendos transfronterizos percibidos por sociedades con una participación significativa en sociedades de otro Estado miembro, es en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas donde se encuentran los principios que deben regir el tratamiento tributario de los dividendos transfronterizos en la Unión Europea.

Por ello, este trabajo, tras revisar las causas por las que la tributación de los dividendos transfronterizos puede interferir en la construcción del mercado interior, analizará el marco normativo establecido desde el Derecho comunitario para su imposición –con especial atención a los criterios que se desprenden de la jurisprudencia comunitaria– y evaluará, finalmente, la adecuación de la normativa española a dicho marco.

Sumario:

1. Introducción.
2. La tributación de los dividendos transfronterizos y su interferencia en el establecimiento del mercado común.
 - 2.1. La doble imposición sobre los dividendos transfronterizos.

- 2.2. La integración entre el impuesto sobre el beneficio y el impuesto sobre la renta del inversor final.
 - 2.3. Métodos para corregir la doble imposición sobre los dividendos de fuente extranjera en los sistemas tributarios.
3. Marco comunitario para la tributación de dividendos transfronterizos.
 - 3.1. Introducción.
 - 3.2. El marco resultante de la aproximación legislativa de los Estados miembros: la Directiva Matriz-Filial.
 - 3.3. El marco resultante de la proyección de los principios comunitarios sobre la normativa fiscal de los Estados miembros en materia de dividendos transfronterizos.
 - 3.3.1. Los principios comunitarios de no discriminación y libre circulación de capitales en el TCCE.
 - 3.3.2. La proyección de los principios comunitarios sobre la normativa fiscal de los Estados miembros según la jurisprudencia del TJCE.
 - 3.3.2.1. Comparabilidad.
 - 3.3.2.2. Diferencia de trato que constituya restricción.
 - 3.3.2.3. Inexistencia de justificación para dicha diferencia de trato fiscal.
 4. Tributación de los dividendos transfronterizos en España.
 - 4.1. Cuando el inversor es persona física.
 - 4.1.1. Tratamiento en IRPF de los dividendos nacionales.
 - 4.1.2. Tratamiento en IRPF de los dividendos de fuente comunitaria.
 - 4.1.3. Tratamiento en IRnR de los dividendos de fuente española satisfechos a inversores finales comunitarios.
 - 4.2. Cuando el inversor es una sociedad.
 - 4.2.1. Tratamiento en IS de los dividendos nacionales.

4.2.2. Tratamiento en IS de los dividendos de fuente comunitaria.

4.2.2.1. Métodos para eliminar la doble imposición sobre dividendos de fuente extranjera en el IS español.

4.2.2.2. Adecuación al Derecho comunitario de los métodos establecidos en el IS español para eliminar la doble imposición sobre los dividendos de fuente extranjera.

4.2.3. Tratamiento en IRnR para dividendos de fuente española satisfechos a sociedades comunitarias.

5. Recapitulación y conclusiones.

Bibliografía.

NOTA: La autora quisiera agradecer a Rafael GARCÍA LLANEZA, socio del Departamento Tributario de Uría Menéndez, y a Ana RODRÍGUEZ ENCINAS, abogada de su Departamento de Derecho Europeo y de la Competencia, sus valiosos comentarios y sugerencias, así como toda la ayuda prestada en la preparación de este trabajo.

1. INTRODUCCIÓN

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea («TCCE») incluye entre sus objetivos el establecimiento de un mercado interior común en el que no existan obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales ¹ como forma de promover, entre otros logros, «*un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas*», «*un crecimiento sostenible y no inflacionista*» y «*una elevación del nivel y de la calidad de vida en los Estados miembros*» ².

No obstante, a medida que aumenta la integración de los mercados y la movilidad del capital, crece también la posibilidad de que el diferente diseño de los sistemas impositivos interfiera en las decisiones de inversión de los agentes económicos, lo que puede perjudicar la competitividad y obstaculizar la consecución de los objetivos recogidos en el TCCE cuando la decisión entre invertir en el propio país de residencia o hacerlo en el exterior no responde a una mayor eficacia y eficiencia en la asignación de los recursos sino a razones puramente impositivas ³.

Por ello, la forma en que las divergencias entre los sistemas fiscales de los diferentes Estados miembros obstaculizan el establecimiento del mercado común y la capacidad de paliar dichas divergencias –habida cuenta de que los Estados miembros no han hecho cesión de su soberanía en materia de imposición directa– han sido preocupaciones antiguas y constantes de las instituciones comunitarias.

Entre los distintos aspectos que componen el sistema fiscal de los Estados miembros de la Unión Europea, en este trabajo vamos a centrarnos en el régimen tributario aplicable a los dividendos transfronterizos, revisando las causas por las que su tributación puede interferir en la construcción del mercado interior, analizando el marco normativo establecido desde el Derecho comunitario para su imposición, y evaluando, finalmente, la adecuación de la normativa española a estos preceptos.

¹ Artículo 3.1 c) del TCCE (versión consolidada, DOCE C de 10 de noviembre de 1997).

² Artículo 2 del TCCE.

³ Un análisis de las consecuencias de la movilidad del capital en el diseño de la política impositiva lo encontramos en Santiago ÁLVAREZ GARCÍA, M.ª Luisa FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS y Ana Isabel GONZÁLEZ GONZÁLEZ: «La fiscalidad del ahorro en la Unión Europea: entre la armonización fiscal y la competencia de los sistemas tributarios nacionales», *Instituto de Estudios Fiscales*, Documentos n.º 15/2003.

Debe tenerse en cuenta que los mismos principios aplicables en el ámbito de la Unión Europea se extienden al Espacio Económico Europeo, de conformidad con el artículo 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

2. LA TRIBUTACIÓN DE LOS DIVIDENDOS TRANSFRONTERIZOS Y SU INTERFERENCIA EN EL ESTABLECIMIENTO DEL MERCADO COMÚN

La tributación de los dividendos y su influencia en el establecimiento de un mercado único europeo han sido objeto de atención por las instituciones comunitarias desde hace años.

Así, se ha considerado que el tratamiento tributario de los dividendos puede ser una fuente de discriminación contra las inversiones transfronterizas (Informe Ruding, 1992) y un elemento de distorsión de las inversiones y actividades internacionales (Informe Bolkestein, 2001), con la consecuente fragmentación de los mercados de capitales en la Unión Europea.

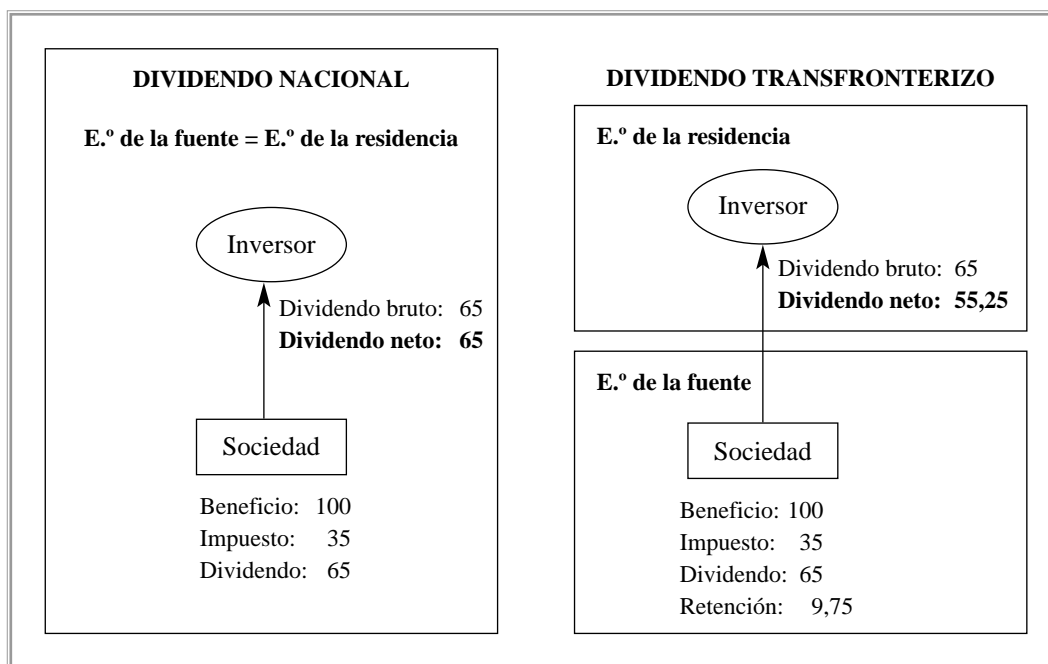
En general, las perturbaciones que en el mercado único ocasiona una distinta fiscalidad de los dividendos provienen de la influencia que tanto la doble imposición que soportan estas rentas, como los distintos métodos establecidos para su corrección, tienen en las decisiones de inversión transfronteriza de los agentes económicos.

2.1. La doble imposición sobre los dividendos transfronterizos.

En la tributación de los dividendos existe por definición una *doble imposición económica*, resultado de la yuxtaposición de los distintos niveles de imposición sobre estas rentas: el impuesto que recae sobre el beneficio de la sociedad, por un lado, y el impuesto sobre la renta que recae sobre el accionista, por otro.

Cuando se trata de dividendos transfronterizos, a esta doble imposición económica se le añade una *doble imposición jurídica internacional*, resultado de la yuxtaposición de distintas competencias tributarias en aplicación de dos principios distintos: por un lado, el *principio de territorialidad*, según el cual el Estado del que proceden las rentas o Estado de la fuente (*i.e.*, el Estado de residencia de la sociedad que distribuye los dividendos) tiene potestad para someterlas a imposición; por otro lado, el *principio de residencia*, según el cual el Estado donde el perceptor de las rentas mantiene vínculos más estrechos o Estado de residencia puede, en aplicación del *principio de gravamen por la renta mundial de los residentes*, someter a tributación todas las rentas obtenidas por dicho perceptor, cualesquiera que sea su origen, nacional o extranjero.

Gráficamente, en España, aplicando la normativa vigente en territorio común del Impuesto sobre Sociedades («IS») y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes («IRNR»), la diferencia entre un dividendo y otro sería la siguiente:



Por lo tanto, si la posibilidad de que un mismo hecho imponible sea gravado dos veces constituye uno de los más serios obstáculos a la internacionalización de las actividades económicas, y esta internacionalización es imprescindible en la consecución de un mercado único europeo, la doble imposición que soportan los dividendos transfronterizos constituye una seria interferencia para la consecución de los objetivos pretendidos por el TCCE.

2.2. La integración entre el impuesto sobre el beneficio y el impuesto sobre la renta del inversor final.

Para evitar o paliar la doble imposición económica sobre los dividendos, los sistemas tributarios establecen distintos sistemas de integración entre el impuesto personal sobre la renta del accionista y el impuesto sobre los beneficios obtenidos por la sociedad ⁴.

⁴ Una referencia detallada a los diferentes sistemas de integración entre el IS y el impuesto sobre la renta del inversor con un análisis de sus efectos se encuentra en DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, Álvaro: «La eliminación de la doble imposición económica de dividendos en la Unión Europea», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, n.º 206, mayo 2000, págs. 52 a 68. También resulta ilustrativa la síntesis realizada por ALMUDÍ CID, José Manuel y SERRANO ANTÓN, Fernando: «Doble imposición económica internacional y derecho comunitario: repercusión de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el ordenamiento español (I)», *Quincena Fiscal (Revista de Actualidad Fiscal)*, Aranzadi, n.º 18 de octubre de 2002, págs. 16 y ss.

En el seno de la Unión Europea, los métodos de integración elegidos por los Estados miembros varían entre ⁵:

- sistemas clásicos o de doble imposición integral, que no establecen ningún tipo de integración, con lo que el dividendo vuelve a quedar gravado, sin ningún paliativo, a nivel del accionista, produciéndose una doble imposición económica completa ⁶;
- sistemas cedulares, que establecen un tipo de tributación reducido para los dividendos, sea éste único (sistema de tipo cedular único) o distinto para cada tipo marginal del Impuesto sobre la Renta (sistema de tipo cedular múltiple) ⁷;
- sistemas de imputación, en los que el IS se considera un pago adelantado del Impuesto sobre la Renta en lo que respecta al dividendo del accionista, de forma que en el accionista el dividendo se convierte en dividendo bruto (añadiendo el IS pagado por la empresa), concediéndose un crédito por la totalidad o parte de dicho impuesto ⁸; y,
- sistemas de exención, en los que los dividendos quedan exentos en sede del accionista ⁹.

Estos sistemas se suelen establecer para la tributación de los dividendos nacionales. Para la tributación de los dividendos transfronterizos, los Estados miembros no suelen aplicar estos sistemas de integración, aunque sí prevén normalmente (sea por normativa interna o convencional) métodos que corrigen la doble imposición internacional.

2.3. Métodos para corregir la doble imposición sobre los dividendos de fuente extranjera en los sistemas tributarios.

Los métodos para eliminar o mitigar la doble imposición internacional se subdividen en dos grandes familias: los de deducción (o imputación o crédito de impuesto) y los de exención.

⁵ Fuente: «Imposición de dividendos percibidos por personas físicas en el mercado interior», Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, Bruselas 19-12-2003, COM (2003) 810 final, apartado 2.4.

⁶ Es el seguido por Irlanda: como Irlanda tiene un IS del 12,5% (fuente: The International Comparative Legal Guide to: Corporate Tax 2005; publicado por Global Legal Group, Ltd.), la doble imposición que ocasiona este sistema no es, con todo, muy elevada.

⁷ Bélgica, Dinamarca, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Italia, Portugal, Suecia y, entre los nuevos Estados adheridos, Chipre, República Checa, Hungría, Lituania, Polonia, Eslovaquia y Eslovenia tienen un sistema cedular.

⁸ Es el sistema seguido en Francia hasta diciembre de 2004, España –para personas físicas– y Malta. En España, no obstante, se imputa al accionista una estimación y no el IS realmente soportado.

⁹ Es el sistema seguido en Grecia desde 1995 y también en Estonia y Letonia.

Los sistemas de deducción, imputación o de crédito de impuesto se fundamentan en la idea de que del impuesto, que en el Estado de residencia del inversor grava la renta procedente del extranjero ¹⁰, debe deducirse el importe de lo ya pagado en el Estado origen de esa renta. Dicha deducción suele tener como límite (en el conocido como sistema de imputación ordinario) el importe del impuesto que en el Estado de residencia del receptor correspondería a la renta obtenida en el extranjero. De otro modo, la Hacienda del Estado de residencia del inversor estaría financiando el impuesto cobrado por la Hacienda del Estado destinatario de la inversión y origen de la renta ¹¹.

En los sistemas de exención, el Estado de residencia no tiene en cuenta las rentas de fuente extranjera que cumplan una serie de requisitos al cuantificar la base imponible del impuesto personal del inversor, lo que supone una excepción al principio de gravamen por la renta mundial de los residentes. Especialmente, si se aplica el denominado sistema de exención íntegra en el que el Estado de residencia prescinde absolutamente de gravar las rentas procedentes del país de la fuente. Por el contrario, en el sistema de exención con progresividad, el Estado de la residencia renuncia al gravamen de las rentas originadas en el extranjero, excluyéndolas de la base del impuesto, pero las tiene en cuenta a efectos de determinar el tipo de gravamen al que deben quedar sometidas las restantes rentas obtenidas por el contribuyente ¹².

Desde el punto de vista del contribuyente, los sistemas de deducción aseguran que la renta de fuente extranjera queda sometida a una tributación efectiva equivalente, como mínimo, a la que hubiera soportado en el Estado de residencia, ya que si la tributación efectiva en el Estado de la fuente es menor, la diferencia se pagará en el Estado de residencia.

Por el contrario, los sistemas de exención aseguran que la renta de fuente extranjera tributa exclusivamente en el Estado de la fuente, lo que puede resultar en una tributación igual, menor o superior que la que hubiera sido aplicable de haber sido obtenida en el Estado de residencia.

Por esta razón se afirma que los métodos de exención consiguen la denominada *neutralidad en la importación de capitales*: en el Estado receptor de la inversión extranjera, todas las inversiones realizadas en su territorio conservan el mismo grado de tributación efectiva con independencia de su origen, lo que favorece la inversión extranjera. Por el contrario, el sistema de imputación consigue la denominada *neutralidad en la exportación de capitales* por cuanto que todos los residentes de un Estado soportan una misma tributación efectiva sobre las rentas obtenidas, cualesquiera que sea su origen (nacional o extranjero), lo que anula el interés de invertir en países distintos al de residencia del inversor sólo por razones impositivas.

¹⁰ Por aplicación del principio de tributación por renta mundial.

¹¹ Excede del propósito de este trabajo examinar las cuestiones que plantea este método (base para calcular el tipo de retención, cómputo del límite, posibilidad de deducción de impuestos no pagados). Para un análisis de estas cuestiones véanse: COLMENAR VALDÉS, Salvador: «Las deducciones por doble imposición: doble imposición internacional (II)», *Impuestos (Compendio)*, 1996, tomo 2, Ed. La Ley-Actualidad; y CALDERÓN CARRERO, José Manuel: «Estudio de las nuevas medidas para la eliminación de la doble imposición intersocietaria internacional y el tratamiento de las holdings españolas»; *Impuestos (Compendio)*, 1997, tomo 2, Ed. La Ley-Actualidad.

¹² Para examinar las cuestiones que plantea el método de exención (por ejemplo, el régimen que deban seguir las pérdidas incurridas en el país de la fuente), véanse los trabajos de COLMENAR VALDÉS y CALDERÓN CARRERO citados.

3. MARCO COMUNITARIO PARA LA TRIBUTACIÓN DE DIVIDENDOS TRANSFRONTERIZOS

3.1. Introducción.

Evidentemente, la forma más eficiente de erradicar la doble imposición sobre los dividendos transfronterizos en la Unión Europea sería evitar que dicha doble imposición llegara a producirse, eliminando los supuestos que la hacen surgir¹³. No obstante, ello exigiría la armonización de las disposiciones legislativas de los Estados en materia de imposición del beneficio empresarial, y sabido es que las competencias sobre imposición directa no han sido objeto de negociación ni de cesión expresa por los Estados miembros de la Unión Europea.

En efecto, mientras el TCCE prevé la armonización de la legislación de los Estados miembros en materia de imposición indirecta (art. 93 del TCCE), para la imposición directa sólo obliga a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan incidencia directa en el establecimiento o funcionamiento del mercado común; aproximación que será impulsada mediante directivas adoptadas por el Consejo (por unanimidad con carácter general –ex art. 94 del TCCE¹⁴– o por mayoría cualificada en supuestos de especial gravedad –ex art. 96¹⁵–).

No existe, pues, una armonización de las disposiciones relativas a imposición directa en la Unión Europea, aunque sí está prevista en esta materia una vía de *aproximación* legislativa, que no de armonización. Esta vía ha dado algunos frutos, entre los que destacan el paquete de medidas aprobadas en 1990 para favorecer el establecimiento de grupos empresariales de carácter interestatal en la Unión Europea¹⁶ y las medidas aprobadas en junio de 2003 tendentes a evitar tanto la doble imposición como la desimposición de los rendimientos del ahorro¹⁷.

¹³ PÉREZ BERNABEU, Begoña: «Posibles soluciones a la problemática de la doble imposición económica internacional de dividendos de fuente extranjera en el ámbito comunitario»; *Quincena Fiscal (Revista de Actualidad Fiscal)*, n.º 14 de 15 de julio de 2003, Ed. Aranzadi, pág. 35.

¹⁴ Según el cual «el Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común».

¹⁵ Según el cual «[e]n caso de que la Comisión compruebe que una divergencia entre las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros falsea las condiciones de competencia en el mercado común y provoca, por tal motivo, una distorsión que deba eliminarse, procederá a celebrar consultas con los Estados miembros interesados. Si tales consultas no permitieren llegar a un acuerdo para suprimir dicha distorsión, el Consejo, a propuesta de la Comisión, adoptará, por mayoría cualificada, las directivas necesarias a este fin. La Comisión y el Consejo podrán adoptar cualesquiera otras medidas apropiadas previstas en el presente Tratado».

¹⁶ Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros; Directiva 90/435/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes; Convenio 90/436/CEE, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de las empresas asociadas.

¹⁷ Directiva 2003/48/CEE del Consejo, de 3 de junio, de fiscalidad de los rendimientos del ahorro y Directiva 2003/49/CEE del Consejo, de 3 de junio, sobre pago de intereses y cánones entre empresas asociadas.

Un primer marco comunitario para la tributación de los dividendos transfronterizos es, pues, el resultado de la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en esta materia y que ha quedado plasmado en la Directiva 90/435/CEE, del Consejo de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes («**Directiva Matriz-Filial**»), recientemente modificada por la Directiva 2003/123/CE, del Consejo, de 22 de diciembre de 2003.

Se trata de un marco normativo que, como veremos, se encuentra definido y limitado en su ámbito de aplicación tanto subjetivo como objetivo.

Otro marco, más amplio e indefinido, viene constituido por la proyección de los principios comunitarios de no discriminación y libre circulación, tal y como vienen siendo interpretados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas («**TJCE**»), sobre la legislación de los Estados miembros en materia de tributación de dividendos transfronterizos, habida cuenta de que la percepción de éstos constituye una manifestación de la libre circulación de capitales¹⁸ y, en algunos casos, de la libertad de establecimiento¹⁹.

En este sentido, aunque los Estados miembros se han reservado su soberanía en materia de imposición directa, su ejercicio ha de ser respetuoso con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad²⁰ y con el reconocimiento de las cuatro libertades básicas (libertad de circulación de mercancías²¹, personas²², servicios²³ y capitales²⁴), que son interpretados por el TJCE como condicionantes de la competencia estatal. Así, el TJCE se ha embarcado en un análisis de las normas dictadas por los Estados miembros a la luz del principio de no discriminación y de las liber-

¹⁸ En la Sentencia del TJCE («**STJCE**») de 6-6-2000, *Staatssecretaris van Financiën c. B.G.M. Verkooijen*, asunto C-35/98, Rec. 2000, p. I-4071 (Sentencia «**Verkooijen**»), el TJCE señala que el concepto de libre circulación de capitales puede inferirse de la relación (no exhaustiva) contenida en el Anexo de la Directiva 88/361/CEE, de 24 de junio, sobre liberalización de los movimientos de capitales. Entre las operaciones detalladas, el Anexo no menciona explícitamente la percepción de dividendos transfronterizos, pero sí la «participación en empresas nuevas o existentes» (Título I, punto 2 del Anexo de la Directiva) o la «adquisición, por parte de residentes, de títulos extranjeros negociados en bolsa» si se trata de acciones cotizadas en mercados organizados (Título III, letra A, punto 2 del Anexo), presupuestos ambos necesarios para la obtención de dividendos. De ahí que el TJCE haya entendido que la obtención o pago de dividendos transfronterizos constituye una manifestación de la libre circulación de capitales.

¹⁹ La libertad de establecimiento abarca según el artículo 43 del TCCE «*el acceso a las actividades asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades (...)*». Es cierto que la constitución de una sociedad no es equivalente a la adquisición de una participación en su capital, pero el TJCE (STJCE de 13-4-2000, *C. Baars contra Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*, asunto C-251/98, Rec. 2000, p. I-2787 (Sentencia «**Baars**»)) ha entendido que la libertad de establecimiento incluye también los supuestos de adquisición de participaciones en el capital de una sociedad (presupuesto indispensable para la obtención de dividendos transfronterizos) cuando dicha adquisición permita a un ciudadano o sociedad comunitaria ejercer «*una influencia real en las decisiones de la sociedad y le permita determinar las actividades de ésta*».

²⁰ Artículo 12 del TCCE, según el cual «*En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad*».

²¹ Artículos 23 y siguientes del TCCE.

²² Artículos 39 y siguientes del TCCE.

²³ Artículos 49 y siguientes del TCCE.

²⁴ Artículos 56 y siguientes del TCCE.

tades fundamentales para concluir en su adecuación o no al Derecho comunitario. Las consecuencias de este análisis y de la proyección que el TJCE hace de principios comunitarios sobre el derecho interno de los Estados miembros constituyen el segundo marco comunitario para la tributación de los dividendos transfronterizos en la Unión Europea.

3.2. El marco resultante de la aproximación legislativa de los Estados miembros: la Directiva Matriz-Filial.

La Directiva Matriz-Filial reconoce la necesidad de establecer unas normas fiscales que no entorpezcan ni dificulten la cooperación entre sociedades de distintos Estados miembros. Así su Preámbulo señala que: «[L]as actuales disposiciones fiscales por las que se rigen las relaciones entre sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes varían sensiblemente de un Estado miembro a otro y son, por lo general, menos favorables que las que aplican a las relaciones entre sociedades matrices y filiales de un mismo Estado miembro» (... con lo que) «la cooperación entre sociedades de Estados miembros diferentes queda por ello penalizada con relación a la cooperación entre sociedades de un mismo Estado miembro».

Para garantizar la neutralidad fiscal en las relaciones entre sociedades de distintos Estados, la Directiva Matriz-Filial propone eliminar la doble imposición económica que sufren los beneficios distribuidos por filiales de grupos intracomunitarios a través de las dos siguientes medidas:

- En primer lugar, y en cuanto a la tributación de los dividendos entrantes, la Directiva (art. 4.1) obliga a los Estados miembros a que adopten el método de exención o de imputación para eliminar la doble imposición sobre los dividendos que, obtenidos por sus sociedades residentes, procedan de filiales residentes en otros Estados miembros. No obstante, el artículo 4.2 de la Directiva permite a los Estados miembros que consideren no deducibles los gastos que se refieren a la participación o las minusvalías derivadas de la distribución de los beneficios de la sociedad filial.
- En segundo lugar, para la tributación de los dividendos salientes, la Directiva obliga a los Estados miembros (con ciertas excepciones) a eximir de retención en origen los beneficios que una sociedad filial distribuye a su sociedad matriz.

En la redacción original de la Directiva Matriz-Filial, estas medidas afectaban a las sociedades residentes en alguno de los Estados miembros, sujetas y no exentas al impuesto sobre el beneficio aplicable en dicho Estado ²⁵, y que revistieran una de las formas establecidas en el Anexo ²⁶. Además, el umbral de participación en el capital necesario para la consideración de sociedad matriz se cifraba en el 25%.

²⁵ En España, al IS.

²⁶ En España, las sociedades anónimas, las limitadas y las comanditarias por acciones, así como las entidades de derecho público que operen en régimen de derecho privado.

La Directiva 2003/123/CE amplía el ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva Matriz-Filial, incluyendo en el Anexo una serie de formas sociales que, a pesar de ser consideradas sujetos pasivos del IS en los respectivos Estados miembros, no estaban incluidas en la lista original ²⁷. Además, la Directiva 2003/123/CE reduce progresivamente el umbral de participación necesario para la consideración de sociedad matriz del 25% al 10% ²⁸. También incluye dentro de su ámbito de aplicación a los establecimientos permanentes de sociedades matrices situados en un Estado miembro y regula el supuesto de las sociedades transparentes.

Por lo tanto, en lo que respecta a los dividendos percibidos por sociedades, nos encontramos con que las normas para evitar la doble imposición económica sobre los dividendos transfronterizos en el seno de la Unión Europea se encuentran en una gran parte cubiertas por las Directivas comunitarias.

3.3. El marco resultante de la proyección de los principios comunitarios sobre la normativa fiscal de los Estados miembros en materia de dividendos transfronterizos.

3.3.1. Los principios comunitarios de no discriminación y libre circulación de capitales en el TCCE.

Un marco mucho más amplio e indefinido que el constituido por la Directiva Matriz-Filial es el que resulta de la proyección de los principios comunitarios de no discriminación y de libre circulación de capitales sobre la normativa de los Estados miembros en materia de dividendos transfronterizos.

El principio general de no discriminación por razón de nacionalidad está recogido en el artículo 12 del TCCE según el cual «*en el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad*». No obstante, este precepto sólo es de aplicación directa a aquellas situaciones que no se encuentren amparadas por otra disposición específica de Derecho comunitario que pueda invocarse en el caso concreto planteado ²⁹. Como las disposiciones del TCCE que reconocen las libertades fundamentales de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales constituyen manifestaciones concretas del principio de no discriminación en sus respectivos ámbitos de aplicación

²⁷ En España, se incluyen en el ámbito de aplicación de la Directiva todas las sociedades sujetas al IS que hayan sido constituidas con arreglo a Derecho español. Es el caso, por ejemplo, de la sociedad comanditaria simple y la sociedad colectiva.

²⁸ La participación exigida será del 20% desde el 1 de enero de 2005; 15%, desde el 1 de enero de 2007 y 10%, desde el 1 de enero de 2009.

²⁹ STJCE de 30-5-1989, *Comisión c. República helénica*, asunto 305/87, Rec. 1989, p. 1461; STJCE de 29-4-1999, *Royal Bank of Scotland plc c. Elliniko Dimosio (Estado helénico)*, asunto C-319/97, Rec. 1999, p. I-2651 (Sentencia «**Royal Bank**»).

–ya que proscriben de modo expreso toda discriminación que obstaculice el ejercicio de dichas libertades a los operadores de otros Estados miembros³⁰–, el artículo 12 del TCCE no se aplicará en el ámbito de las libertades básicas.

Por tanto, puesto que la percepción de dividendos transfronterizos constituye una manifestación de la libre circulación de capitales³¹, su tributación debe ser respetuosa con los artículos 56 y siguientes del TCCE, que regulan la libre circulación de capitales en la Unión Europea, no pudiéndose invocar la aplicación directa del artículo 12 del TCCE.

El artículo 56 del TCCE establece la obligación incondicional para los Estados miembros de eliminar todas las restricciones a los movimientos de capitales (apartado 1) y de pagos (apartado 2).

Este mandato encuentra su contrapeso en el artículo 58.1 del TCCE cuando dispone que la obligación de eliminar las restricciones a los movimientos de capitales establecida en el artículo 56 se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a «*aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital*» o a «*adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal (...) o tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública*».

Esto es, el artículo 58.1 del TCCE reserva una parcela de soberanía fiscal a los Estados miembros en materia de libre circulación de capitales, si bien es cierto que dicha soberanía se encuentra condicionada, a su vez, por la necesidad de que las medidas adoptadas no constituyan «*ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos*», según dispone el artículo 58.3 del TCCE.

3.3.2. *La proyección de los principios comunitarios sobre la normativa fiscal de los Estados miembros según la jurisprudencia del TJCE.*

Partiendo de la regulación contenida en los artículos 56 y siguientes del TCCE, para determinar si una medida o disposición adoptada por un Estado miembro constituye un medio de discriminación arbitraria o una restricción encubierta a la libre circulación de capitales, el TJCE viene realizando un análisis que se compone de tres fases³²: (i) constatación de la existencia de una situación de comparabilidad objetiva entre los sujetos que hacen ejercicio de una libertad fundamental y los

³⁰ Adolfo J. MARTÍN JIMÉNEZ y José Manuel CALDERÓN CARRERO: *Imposición directa y no discriminación comunitaria*, Edersa, Madrid, 2000, pág. 25.

³¹ En algunos casos, de la libertad de establecimiento.

³² SANZ GADEA, Eduardo: «Aspectos internacionales de política fiscal (I)». *Revista Impuestos*, julio 2001, pág. 180; GONZÁLEZ GARCÍA, Gabriela: «Una aproximación al contenido de los conceptos de discriminación y restricción en el Derecho Comunitario», Documento n.º 8/2004; *Instituto de Estudios Fiscales*, pág. 32.

sujetos que no lo hacen; (ii) comprobación de la existencia de una diferencia de trato fiscal que sitúa en peor situación al sujeto que ejerce una libertad fundamental respecto del que no la ejerce; y (iii) determinación de la inexistencia de justificación para dicha diferencia de trato fiscal.

A continuación desarrollamos la interpretación que la jurisprudencia del TJCE ha venido realizando de estas tres fases, aplicándola a la tributación de los dividendos transfronterizos.

3.3.2.1. Comparabilidad.

La primera fase del análisis de si una norma estatal es respetuosa o no con el principio de libre circulación de capitales consiste en determinar si los sujetos que hacen ejercicio de una libertad fundamental se encuentran en una situación objetivamente comparable a la de los sujetos que no hacen ejercicio de dicha libertad.

- ***Los términos de la comparación***

Hasta la fecha, los términos de la comparación analizados por el TJCE han sido siempre la situación de un sujeto que ejercita la libre circulación de capitales, por un lado, y la de un sujeto que no la ejercita, por otro.

Las discriminaciones que puedan existir entre dos sujetos que no ejercitan la libre circulación de capitales (por ejemplo, dos sociedades residentes en un Estado X que con unas mismas inversiones reciben un distinto tratamiento fiscal) caen fuera del ámbito de aplicación del TCCE.

Por otro lado, y hasta la fecha, el TJCE no se ha pronunciado sobre si la comparación se puede establecer entre dos sujetos que ejercitan ambos la libre circulación de capitales, diferenciándose su situación por el distinto origen o destino de la inversión realizada. Sería el caso, por ejemplo, del distinto tratamiento otorgado por un mismo Estado miembro a una misma inversión efectuada por inversores comunitarios residentes en Estados diferentes; o del distinto tratamiento otorgado por un Estado a sus residentes en función del distinto destino comunitario de sus inversiones.

Como dicha diferencia de trato provendrá, normalmente, de normas convencionales de carácter bilateral (por ejemplo, convenios para evitar la doble imposición), los efectos prácticos de que el TJCE admita la posibilidad de establecer la comparación entre dos sujetos que ejercitan ambos la libre circulación de capitales, serían equivalentes a admitir que los residentes comunitarios pueden invocar la *cláusula de la nación más favorecida* para determinar el tratamiento tributario de sus inversiones respecto de un determinado Estado.

En la doctrina, la aplicación de esta cláusula no ha estado exenta de polémica. Así, frente a algunos autores que afirman que el artículo 12 del TCCE prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad y no sólo las que se producen por comparación con el tratamiento otorgado al pro-

pio nacional ³³, otros entienden que si la diferencia de trato proviene de disposiciones convencionales, aplicar la cláusula de la nación más favorecida iría en contra del principio de reciprocidad en la negociación de los convenios, principio que ha sido admitido por el propio TJCE ³⁴.

En *Metalgesellschaft* ³⁵, el TJCE ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la cláusula de la nación más favorecida en el ámbito comunitario, pero no lo hizo. Sí lo ha hecho, aunque indirectamente, en el *caso D* ³⁶. Se planteaba en este caso si los artículos 56 y 58 del TCCE se oponen a que, en virtud de un convenio para evitar la doble imposición, un Estado miembro reconozca únicamente a los residentes en el otro Estado parte del convenio la aplicación de la cantidad exenta que concede a sus propios residentes, sin extenderla a los residentes de los demás Estados miembros ³⁷.

El TJCE se pronuncia en sentido negativo por entender que el residente en un Estado miembro X que ha firmado un convenio bilateral de doble imposición no se encuentra en una situación comparable –a efectos de la aplicación de dicho convenio– con los no residentes en dicho Estado miembro X. Y ello porque el hecho de que los derechos y obligaciones recíprocamente reconocidos en los convenios de doble imposición sólo se apliquen a las personas residentes en uno de los dos Estados miembros contratantes es una consecuencia inherente a los convenios bilaterales para evitar la doble imposición. El TJCE reconoce que las ventajas previstas en un convenio pueden extenderse a un residente en un Estado miembro que no sea parte de este convenio cuando el sujeto pasivo no residente se encuentra en una situación equivalente a la del sujeto pasivo residente (cual es el caso de los establecimientos permanentes de sociedades no residentes que tienen derecho, en aplicación del principio del trato nacional, al mismo trato concedido a las sociedades residentes). Pero no puede extenderse sin más a cualquier otro no residente que no tenga un vínculo subjetivo para invocar la aplicación del Convenio ³⁸.

³³ Véase en este sentido a WEBER, Dennis: «The D Case: Most-Favoured-Nation Treatment and Compensation of Legal Costs before the European Court of Justice», *European Taxation*, February/March 2004. También se muestra a favor de la aplicación de la cláusula LUCAS DURÁN, Manuel: *Fiscalidad Internacional de rentas financieras*; Edersa, Madrid, 2001, págs. 51 y ss.

³⁴ VOGEL, Klaus: «Problems of a Most-Favoured-Nation Clause in Intra-EU Treaty Law», *EC Tax Review*, 1995/4, págs. 264-265.

³⁵ STJCE de 8-3-2001, *Metallgesellschaft Ltd. y otros c. Commissioners of Inland Revenue y HM Attorney General*, asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98, Rec. 2001, p. I-1727 (Sentencia «*Metallgesellschaft*»).

³⁶ STJCE de 05-07-2005, *D. c. Inspecteur van de Belastingdienst / Particulieren / Ondernemingen buitenland te Heerlen*, asunto C-376/2003 (Sentencia «*D.*»)

³⁷ Se cuestionaba en este caso si era conforme al Derecho comunitario que un individuo afincado en Bélgica y con bienes inmuebles en los Países Bajos recibiera en este segundo Estado un tratamiento más beneficioso en el Impuesto sobre el Patrimonio que un vecino alemán (Sr. D), con un patrimonio inmobiliario en los Países Bajos del mismo valor que el residente belga, por razón de que el convenio de doble imposición entre Países Bajos y Bélgica reconociera al residente belga una exención parcial del patrimonio radicado en los Países Bajos, y este derecho no le fuera reconocido al Sr. D en virtud del convenio de doble imposición entre Países Bajos y Alemania.

³⁸ Por el contrario, las conclusiones del Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, defendían que el Sr. D (residente alemán) tendría derecho al mismo tratamiento que los residentes en Bélgica por considerar que el distinto tratamiento otorgado a residentes de uno y otro Estado en virtud de diferentes normas convencionales constituía una restricción a la libre circulación de capitales.

El Abogado General apoyaba su argumentación en los casos *Saint Gobain* y *Gottardo*, a los que consideraba precedentes en esta cuestión (apartados 91 y 92 de sus conclusiones). En *Gottardo*, la Sra. Gottardo, italiana de origen, pero de nacionalidad francesa por razón de su matrimonio, quería que, para la fijación de su pensión de jubilación en el país

En cualquier caso, pensamos que la posible invocación de la *cláusula de la nación más favorecida* en la materia que nos ocupa (tributación de dividendos transfronterizos en la Unión Europea) debería tener una eficacia muy limitada en la práctica por las siguientes razones:

- (i) Porque su eficacia debería desplegarse sólo en supuestos en los que el tratamiento de los dividendos nacionales es peor que el otorgado a los dividendos comunitarios (salientes o entrantes) dado que, como veremos, el caso contrario se encontraría ya amparado por la doctrina del TJCE que prohíbe un tratamiento distinto a los dividendos nacionales del otorgado a los dividendos comunitarios, cuando este diferente trato fiscal tiene como resultado que los dividendos comunitarios soportan una presión fiscal superior a la de los dividendos nacionales ³⁹.
- (ii) Porque el principio de reciprocidad en la negociación de los tratados como limitativo de la eficacia de esta cláusula es plenamente aplicable a los dos aspectos que sobre los dividendos transfronterizos suelen regular los convenios de doble imposición (*i.e.*, retención en la fuente y métodos para eliminar la doble imposición) puesto que se trata en ambos casos de distribuir la potestad tributaria entre los Estados contratantes ⁴⁰.

Por consiguiente, descartada la posibilidad de establecer la comparación entre dos sujetos que ejerciten ambos la libre circulación de capitales, para analizar si la regulación establecida por un Estado en materia de dividendos transfronterizos se adecua o no al artículo 56 del TCCE, podrían establecerse las dos siguientes comparaciones:

- a) Residente que recibe dividendos distribuidos por una sociedad también residente (de fuente nacional) frente al residente que recibe dividendos distribuidos por una sociedad residente en otro Estado de la Unión Europea (de fuente comunitaria o entrantes).
- b) Residente que recibe dividendos de fuente nacional frente al no residente que recibe dividendos distribuidos por una sociedad residente (dividendos salientes).

donde nació, se tuvieran en cuenta no sólo los períodos cotizados en esos dos Estados (Italia y Francia), sino también los abonados en Suiza, con arreglo a un convenio italo-suizo de seguridad social que, para cuantificar el retiro, reconoce a los italianos el tiempo trabajado en Suiza. En *Saint-Gobain*, una sociedad residente en Francia y con sucursal en Alemania, pretendía disfrutar de los beneficios concedidos a las compañías alemanas por los convenios de doble imposición firmados con Suiza y Estados Unidos. No obstante, tanto en *Gottardo* como en *Saint-Gobain*, existía una justificación (distinta a la de la cláusula de la nación más favorecida) para que el sujeto comunitario invocara la aplicación del convenio. En *Gottardo*, el convenio italo-suizo era directamente aplicable puesto que la Sra. Gottardo era de nacionalidad italiana de origen. En *Saint-Gobain*, la aplicación se sustentaba en la similitud de la posición de la sucursal alemana con la de las sociedades domiciliadas en dicho país.

³⁹ En nuestra opinión, la restricción a la libre circulación de capitales tiene su origen en el distinto tratamiento otorgado al no residente que ejercita una libertad de circulación respecto del nacional que no la ejerce. Que este distinto tratamiento se elimine para algunos no residentes sólo hace más injustificable su mantenimiento en otros casos. Pero entendemos que el origen de la restricción se encuentra en el distinto tratamiento al no residente por comparación con el nacional.

⁴⁰ El TJCE ha señalado que los Estados miembros son libres, en el marco de los convenios de doble imposición, para fijar los criterios de sujeción a efectos del reparto de la competencia fiscal y que una diferencia de trato entre nacionales de los dos Estados contratantes derivada del citado reparto no puede constituir una discriminación contraria al TCCE (STJCE de 14-09-1999, *Gilly c. Gschwind*, asunto C-391/97, Rec. p. I-5451, apartado 32, Sentencia «*Gilly*»; Sentencia *D. cit.*).

- *Los criterios de comparabilidad*

Una vez delimitados los términos de la comparación, nos detendremos en los criterios que en la jurisprudencia del TJCE permiten concluir cuándo dos circunstancias son comparables.

En la comparación entre el residente que recibe dividendos nacionales y el residente que recibe dividendos entrantes de fuente comunitaria, los criterios de comparabilidad vienen establecidos en la propia legislación del Estado de residencia: en ambos casos existe sujeción a tributación por obligación personal de contribuir (principio de tributación por la renta mundial de los residentes) y la misma consideración de renta sujeta a gravamen suelen tener los dividendos nacionales que los dividendos de fuente extranjera ⁴¹.

Más complicado resulta dilucidar cuáles son los criterios de comparabilidad entre el residente que recibe dividendos nacionales y el no residente que recibe dividendos distribuidos por una sociedad residente (dividendos salientes). Sobre todo partiendo de la afirmación realizada por el TJCE en *Schumacker* ⁴² o *D. cit.* en el sentido de que «*en materia de impuestos directos la situación de los residentes y de los no residentes no son comparables, por lo general*». Así, el TJCE considera que entre la situación del residente y la del no residente existen importantes diferencias objetivas: la diferente proporción que, sobre el total de sus rentas, representan las obtenidas en el país que aplica la norma tributaria (la mayor parte o la totalidad, para los residentes, o bien sólo una parte de las rentas, para los no residentes) y la mayor facilidad, en el caso de los residentes, para adecuar el gravamen a las exigencias del principio de capacidad de pago por la mayor facilidad de obtención de la información necesaria para apreciar la capacidad contributiva del sujeto pasivo.

No obstante, la comparabilidad entre residentes y no residentes se ha admitido por el TJCE en algunas circunstancias: cuando existe igualdad en la determinación de la base imponible (como la que existe, por ejemplo, entre sociedades residentes y no residentes con establecimiento permanente) ⁴³, o cuando la totalidad o casi totalidad de las rentas son obtenidas y gravadas en el mismo Estado ⁴⁴.

Analizando los pronunciamientos judiciales en el ámbito de la libre circulación de capitales, nos encontramos con que se ha admitido la comparación entre la inversión realizada por un residente en sociedad residente con la del residente que invierte en sociedad comunitaria (así por ejemplo, en

⁴¹ ENGLISH, Joachim: «Fiscal Cohesion in the Taxation of Cross-Border Dividends (Part One)»; *European Taxation*, July 2004, pág. 325.

⁴² STJCE de 14-2-1995, *Finanzamt Koeln-Altstadt c. Roland Schumacker*, asunto C-279/93, Rec. 1995, p. I-225 (Sentencia «*Schumacker*»).

⁴³ STJCE *Royal Bank*.

⁴⁴ STJCE *Schumacker*; STJCE *D.*; STJCE de 11-8-1995, *G. H. E. J. c. Inspecteur der Directe Belastingen*, asunto C-80/94, Rec. 1995, p. I-2493 (Sentencia «*Wielockx*»). También en la STJCE 12-06-2003, *Gerritse*, Asunto C-234/01 (Asunto «*Gerritse*»).

Verkooijen cit. o en *Manninem* ⁴⁵), así como entre las inversiones que residente y no residente realizan en una sociedad residente (así, por ejemplo, en *Lankhorst* ⁴⁶ o en *Fokus* ⁴⁷).

Es difícil, no obstante, aislar los criterios que permiten al TJCE (o al Tribunal de la EFTA) concluir en la comparabilidad de estas situaciones. Quizá porque se ha evolucionado desde un enfoque basado en la posible transgresión del principio de no discriminación a un enfoque basado en la existencia de restricciones a una libertad de circulación fundamental, en el que la comparabilidad (que es requisito *sine qua non* para declarar la existencia de discriminación) puede soslayarse: en un análisis enfocado en la restricción no es necesario partir de la existencia de una situación comparable, sino de los efectos obstaculizadores o disuasorios de la norma cuestionada en el ejercicio de una libertad comunitaria ⁴⁸.

En cualquier caso, los argumentos que tradicionalmente se utilizan para negar la comparabilidad residente-no residente (que el residente se encuentra sujeto a tributación por renta mundial mientras que el no residente sólo se encuentra sujeto a tributación por las rentas procedentes de un Estado) son difícilmente trasladables a la tributación de rentas financieras (cánones, intereses y, por lo que ahora nos interesa, dividendos) para las que no es necesario atender a la situación global del sujeto pasivo sino sólo a cómo resulta tratado por la obtención de un determinado tipo de renta ⁴⁹: la renta procedente de un instrumento financiero es, en el Estado destinatario de la inversión, un indicio de capacidad de pago y, dejando al margen las deducciones y bonificaciones de carácter personal, puede ser determinada de forma similar para residentes y no residentes.

Esto es, ante un gravamen que recae sobre determinados rendimientos de los sujetos pasivos (por ejemplo, y por lo que ahora nos ocupa, los dividendos) no se puede considerar que constituya una diferencia esencial el hecho de que el residente esté sujeto a obligación personal y el no residente a obligación real de contribuir: las diferencias deben encontrarse en la situación de cada sujeto frente al gravamen que recae sobre el rendimiento de que se trate sin que sea necesario atender a la situación global de cada perceptor ⁵⁰.

Ésta es la tesis que en la doctrina defiende LUCAS DURÁN cuando afirma que la distinta residencia de dos sujetos comunitarios «no permitiría, para el caso de las rentas pasivas, deducir que se trata de situaciones no comparables. (...) [L]as cuestiones de residencia pueden ser importantes (...) para la práctica de deducciones personales que atienden a la capacidad económica del sujeto pasivo (...). Sin embargo (en el caso de obtención de rentas pasivas) ... el contribuyente por obliga-

⁴⁵ STJCE 7-9-2004, C-319/02 (todavía no recopilada) (Sentencia «*Manninem*»).

⁴⁶ STJCE de 12-12-2002, *Lankhorst-Hohorst GmbH c. Finanzamt Steinfurt*, asunto C-324/00, Rec. 2002, p. I-11779 (Sentencia «*Lankhorst*»).

⁴⁷ Sentencia del Tribunal de la Asociación de Libre Comercio Europea –*European Free Trade Association, EFTA*– de 23-11-2004, *Skattedirektoratet c. Fokus Bank ASA*, asunto E-1/04 (Sentencia «*Fokus*»).

⁴⁸ Así lo entiende GONZÁLEZ GARCÍA, Gabriela: «Una aproximación (...)», *op. cit.*, págs. 53 y 32.

⁴⁹ Conclusiones del Abogado General Mischo presentadas el 2 de marzo de 1999, *Saint Gobain*, Asunto C-307/97.

⁵⁰ Conclusiones del Abogado General Mischo presentadas el 2 de marzo de 1999, *Saint Gobain*, Asunto C-307/97, párrafos 48-51. Sentencia *Fokus*, párrafos 29, 30.

ción real se encuentra en una situación de sujeción respecto de la Administración tributaria que le hace formal y materialmente comparable frente al resto de contribuyentes obligados ante la misma Hacienda Pública por obligación personal»⁵¹.

3.3.2.2. Diferencia de trato que constituya restricción.

La mayor parte de la doctrina⁵² entiende por restricción todo lo que dificulte o haga menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales, se trate de legislación, reglamentación o práctica administrativa. Del mismo modo, la noción de restricción en la jurisprudencia comunitaria se ha definido como un obstáculo de naturaleza legal o administrativa que impone condiciones de forma o de fondo que dificultan los movimientos de capital⁵³. Ya en 1985 el TJCE consideraba una «*moles-tia*» para la liberalización de los movimientos de capitales la existencia de cualquier tipo de trabas administrativas⁵⁴.

Para determinar si existe o no restricción, el TJCE analiza el efecto disuasorio o obstaculizador de una medida o disposición sobre la decisión de invertir. Así, si la medida o disposición puede disuadir a residentes de un Estado miembro de invertir su capital en empresas establecidas en otros Estados miembros⁵⁵ o si la disposición o medida analizada puede constituir un obstáculo para que empresas establecidas en otros Estados miembros obtengan capital en ese Estado⁵⁶, el TJCE concluye que la disposición o medida analizada constituye una restricción de los movimientos de capitales.

En el ámbito tributario encaja en este concepto de restricción la imposibilidad de acceder a una normativa interna de un Estado miembro que no coloque en una situación de desventaja al sujeto que ejerce alguna de las libertades comunitarias. Esto es, en materia de tributación de dividendos constituye una restricción a la libre circulación de capitales establecer un tratamiento diferenciado para los dividendos entrantes o salientes, en la medida en que éstos se encuentren peor tratados que el dividendo nacional⁵⁷.

⁵¹ LUCAS DURÁN, Manuel: *Fiscalidad Internacional (...)*, op. cit. pág. 38. En el mismo sentido ENGLISH, Joachim, op. cit. pág. 326.

⁵² Véase, por todos, ALFONSO M. GARCÍA-MONCÓ: *Libre circulación de capitales en la Unión Europea: problemas tributarios*, Civitas, 1999, Madrid, págs. 52 y ss.

⁵³ STJCE de 8-6-1999, *C.P.M. Meeusen c. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, asunto C-337/97, Rec. 1999, p. I-3289.

⁵⁴ STJCE de 24-5-1986, *Luigi Brugnoni y Roberto Ruffinengo c. Cassa di Risparmio di Genova e Imperia*, asunto 157/85, Rec. 1986, p. 2013.

⁵⁵ En la Sentencia de 14-11-1995, *Peter Svensson y Lena Gustavsson c. Ministre du Logement et de l'urbanisme*, asunto C-484/93, Rec. 1995, p. I-3955 (Sentencia «*Svensson*»), se considera contraria al TCCE la condición de que, para conseguir un beneficio fiscal por adquisición de vivienda mediante préstamo, sea necesario acudir a una entidad financiera del lugar donde se solicita el referido beneficio fiscal.

⁵⁶ Sentencia *Verkooijen*.

⁵⁷ Por el contrario, el trato diferenciado consistente que coloca a los dividendos nacionales en peor situación que los dividendos salientes o entrantes (discriminación inversa) no caería dentro del ámbito de la libre circulación de capitales protegida por el TCCE.

1. Diferencias de trato respecto de los dividendos entrantes constitutivas de restricción.

Entre las diferencias de trato que podrían encajar en este concepto nos encontramos con las siguientes:

- a) *Admitir la deducibilidad de los gastos relativos a la participación cuando se trata de inversiones procedentes de sociedades residentes y negarla cuando se trata de inversiones en sociedades no residentes.*

En *Bosal*⁵⁸, el TJCE consideró que dicho trato diferenciado constituía una restricción a la libertad de establecimiento.

- b) *Aplicar un sistema de integración entre el impuesto sobre el beneficio de la sociedad y el impuesto personal del accionista para paliar o corregir la doble económica sobre los dividendos nacionales, negando su extensión a los dividendos entrantes de fuente comunitaria.*

Así lo ha entendido el TJCE en *Verkooijen* cit. (donde se analizaba la norma holandesa –hoy modificada– que establecía un sistema de exención o cédular para los dividendos nacionales mientras que los dividendos de fuente comunitaria tributaban a tarifa progresiva), en *Manninen* cit. (donde se analizaba el régimen de integración finlandés que combinaba el método de imputación y un método cédular sólo para los dividendos nacionales), o en *Lenz*⁵⁹ (donde concluye que es contraria al Derecho comunitario la normativa austriaca –ya derogada– cuando permite elegir entre un impuesto liberatorio a un tipo el 25% y el Impuesto sobre la Renta con aplicación de un tipo reducido a la mitad, cuando se trata de titulares de rendimientos de capital de origen austriaco, mientras que los rendimientos de capital procedentes de otros Estados miembros quedan sujetos al tipo ordinario sin reducción).

- c) *Exigir unos requisitos más estrictos para paliar o corregir la doble económica sobre los dividendos entrantes de origen comunitario que los establecidos para la tributación de los dividendos nacionales.*

Aplicando los criterios que viene utilizando hasta la fecha el TJCE, entendemos que constituye restricción ampliar los supuestos o flexibilizar los requisitos para eliminar la doble imposición económica sobre los dividendos nacionales respecto de los requisitos o términos establecidos en la Directiva Matriz-Filial (participación del 25% –20% desde 1 de enero de 2005–; año de tenencia), manteniendo estos últimos para la corrección de la doble imposición económica sobre los dividendos entrantes⁶⁰.

⁵⁸ STJCE de 18-09-2003, *Bosal Holding B.V.*, asunto C-168/01 (Sentencia «*Bosal*»).

⁵⁹ STJCE de 15-07-2004, *Anneliese Lenz c. Finanzlandesdirektion für Tirol*, asunto C-315/02 (todavía no recopilada), (Sentencia «*Lenz*»).

⁶⁰ Así lo entiende, entre la doctrina, Dietmar AIGNER: «The Bosal Holding BV Case: Parent-Subsidiary Directive and Freedom of Establishment», *Intertax*, marzo de 2004, v. 32, n.º 3, págs. 148-150.

d) *¿Establecer métodos diferentes en la corrección de la doble imposición económica de los dividendos nacionales y entrantes?*

Por el contrario, pensamos que el establecimiento de métodos diferentes en la corrección de la doble imposición económica de los dividendos nacionales y entrantes no constituye restricción a la libre circulación de capitales contraria al TCCE. Y ello porque, pese a la polémica que en la doctrina se ha planteado desde hace tiempo sobre cuál de los dos métodos resulta más conforme a los principios comunitarios ⁶¹, tanto el método de imputación como el método de exención tienen cabida en el marco comunitario para la imposición de los dividendos transfronterizos ⁶². En este sentido, con independencia del método elegido, los dividendos entrantes se encontrarán en peor posición que los dividendos nacionales cuando el impuesto subyacente en el Estado de la fuente sea superior al impuesto subyacente en el Estado de residencia del inversor. Por el contrario, cuando el impuesto subyacente en el Estado de la fuente sea inferior al aplicable en el Estado de residencia, el método de exención permitirá que los dividendos entrantes reciban un trato más beneficioso que los dividendos nacionales, pero el método de imputación lo único que hará será equiparar la carga tributaria soportada por los dividendos entrantes con la soportada por los dividendos nacionales. No situándose en peor situación a los dividendos entrantes respecto de los nacionales, no pensamos que la preferencia de un método sobre otro pueda considerarse constitutiva de restricción.

2. Diferencias de trato constitutivas de restricción respecto de los dividendos salientes distribuidos a no residentes comunitarios.

La forma y términos en que los dividendos pagados a no residentes quedan sujetos a tributación por obligación real de contribuir en el Estado de la fuente puede constituir una restricción a la libre circulación de capitales prohibida por el TCCE.

⁶¹ Parte de la doctrina considera que el método de exención, al asegurar un trato fiscal homogéneo para un mismo tipo de renta con independencia de la residencia del receptor, resulta más adecuado al principio comunitario de no discriminación, que debe dar prioridad al principio de neutralidad en la importación de capitales frente a la neutralidad en la exportación de capitales. Así, por ejemplo, entre la doctrina española, GARCÍA PRATS, F.A.: *Imposición directa, no discriminación y derecho comunitario*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, págs. 236 a 239. Igual valoración merecería, para otros autores, un método de imputación con reconocimiento del impuesto subyacente acompañado por una cláusula de *tax sparing* (ALMUDÍ CID, José Manuel y SERRANO ANTÓN, Fernando: «Doble imposición económica internacional y derecho comunitario: repercusión de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el ordenamiento español (II)», *Quincena Fiscal (Revista de Actualidad Fiscal)*, Aranzadi; n.º 19 de noviembre de 2002, pág. 14). No obstante, el método de exención comporta el riesgo de una mayor competencia fiscal entre los Estados, riesgo que se evitaría con el método de deducción. Esto es, aunque el método de exención favorece la movilidad de capitales más que el método de imputación, este último evita que estos movimientos de capitales se produzcan por razones puramente impositivas lo que parece coherente en un entorno como el comunitario en el que se pretende que las decisiones de los agentes económicos no se vean condicionadas por cuestiones impositivas, sino que se fundamenten en la mayor eficiencia y rentabilidad de unas alternativas sobre otras.

⁶² Ambos son expresamente admitidos por la Directiva Matriz-Filial y el TJCE (*Gilly*) no ha mostrado preferencia por uno sobre otro.

No obstante, el TJCE no se ha pronunciado hasta la fecha sobre cuáles son los factores del trato diferenciado que determinan la existencia de una restricción. En la doctrina podemos distinguir las siguientes posturas:

- a) *La de quienes consideran que el tratamiento diferenciado consiste en someter a los dividendos salientes a un impuesto por obligación real de contribuir.*

Algunos autores consideran que la sujeción por obligación real de contribuir sobre rentas financieras (por lo que ahora nos interesa, dividendos) obtenidas por no residentes comunitarios constituye, en sí misma, una discriminación prohibida por el TCCE puesto que se trata de un tributo que habrán de pagar los no residentes sin que dicha exacción exista, paralelamente, para los residentes ⁶³.

Este tributo tiene evidentes efectos perniciosos sobre la movilidad del capital: el impuesto por obligación real de contribuir exigido sobre los dividendos salientes –aun devengándose a un tipo proporcional y reducido–, unido al impuesto subyacente sobre el beneficio de la sociedad que distribuye el dividendo, ocasiona que la carga fiscal global soportada en el Estado de la fuente sea tan elevada que, cualesquiera que sea el sistema empleado por el Estado de residencia para eliminar la doble imposición económica y jurídica sobre los dividendos entrantes, dicha doble imposición no pueda normalmente ser corregida en su totalidad.

Sin duda, esta doble imposición tiene efectos disuasorios sobre la decisión de invertir en sociedades residentes por parte de inversores comunitarios.

- b) *La de quienes consideran que el trato diferenciado consiste en que los dividendos salientes soporten una presión fiscal superior a la de los dividendos nacionales.*

Ésta es la conclusión de la Comisión en su Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre la «*Imposición de dividendos percibidos por personas físicas en el mercado interior*», Bruselas 19-12-2003, COM (2003) 810 final, que analiza los efectos de la Sentencia *Verkooijen* cit. sobre los sistemas impositivos de los Estados miembros respecto de la tributación de dividendos percibidos por personas físicas. Para determinar esta mayor o menor onerosidad deberá compararse, para los dividendos nacionales, el efecto total del impuesto sobre la renta del accionista, y, para los dividendos salientes, el porcentaje de retención aplicado. Esta tesis respeta, por un lado, la potestad del Estado de la fuente de someter a gravamen los dividendos obtenidos en su territorio pero, por otro, establece límites a dicha potestad que se encuentran en el tratamiento que el Estado de la fuente otorga a sus dividendos nacionales.

- c) Una variante de la posición anterior es *la de quienes consideran que la restricción se encuentra en la negación al no residente de la posibilidad de aplicar los sistemas de integración entre el impuesto sobre el beneficio y el impuesto personal del accionista que en el Estado de la fuente se reconocen al residente para corregir la doble imposición económica sobre los dividendos nacionales.*

⁶³ Manuel LUCAS DURÁN: *Fiscalidad internacional (...)*, op. cit., págs. 46 y ss.

El razonamiento subyacente en esta tesis es el siguiente: los sistemas de integración entre el impuesto sobre el beneficio y el impuesto personal del accionista establecidos en un determinado Estado tienen como objetivo compensar, o al menos mitigar, la doble imposición económica sobre los beneficios distribuidos. Puesto que los dividendos pagados al residente soportan la misma doble imposición económica que los pagados al no residente, el único sistema fiscal realmente coherente sería otorgar a los dividendos salientes el mismo crédito fiscal que el otorgado a los dividendos nacionales. Ésta es la tesis que, en la doctrina, mantiene ENGLISH⁶⁴ y que ha seguido el Tribunal de la EFTA en *Fokus*.

En contra de esta posición puede argüirse que la denegación del crédito fiscal a los dividendos salientes se encuentra compensada con la aplicación a dichos dividendos de un tipo reducido y proporcional de gravamen, por comparación con la tarifa progresiva y elevada que (salvo en regímenes tributarios duales como en el de los países escandinavos) se aplica al dividendo nacional.

Por otro lado, el mayor obstáculo para la aplicación de esta tesis reside en la dificultad de compatibilizarla con la seguida por el TJCE en *Verkooijen*, *Manin* o *Lenz*: si se obliga tanto al Estado de la fuente como al Estado de residencia a corregir la doble imposición sobre el dividendo, dependiendo de los sistemas de integración establecidos en cada Estado podrían producirse supuestos de desimposición (por ejemplo, si ambos Estados –el de la fuente y el de la residencia– establecen un sistema de imputación), o supuestos en los que no se corrija la doble imposición (por ejemplo, si ambos Estados han establecido un sistema cedular de tipo único).

3.3.2.3. Inexistencia de justificación para dicha diferencia de trato fiscal.

Los tratos diferenciados que hemos apuntado en el apartado anterior podrían encontrarse dentro de la parcela de soberanía fiscal que los Estados miembros se reservan en el artículo 58.1 del TCCE. Este precepto autoriza a los Estados miembros a «aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital». No obstante, dado que el artículo 58.1 del TCCE representa una excepción al principio fundamental de libre circulación, su interpretación debe ser restrictiva⁶⁵ y, por ello, en la jurisprudencia del TJCE la posibilidad que se concede a los Estados miembros de diferenciar entre situaciones que son objetivamente comparables sólo es compatible con el Derecho comunitario cuando el trato diferenciado se justifica por razones imperativas de interés general y resulta necesario y proporcional al objetivo perseguido⁶⁶.

⁶⁴ Joachim ENGLISH: «Fiscal Cohesion in the Taxation of Cross-Border Dividends (Part Two)», *European Taxation*, August 2004, pág. 362.

⁶⁵ Asunto C-54/99 *Eglise de Scientologie* [2000] Rec. I-1335; Opinión del Abogado General Tizzano en el Asunto C-516/99 *Schmid* [2002] Rec. I-4573.

⁶⁶ En teoría pueden existir mayores justificaciones para admitir la compatibilidad con el Derecho comunitario de las normas restrictivas que las que pueden llegar a justificar la existencia de normas discriminatorias. Así, las normas discriminatorias sólo pueden justificarse en alguna de las razones establecidas en el TCCE, mientras que las normas restric-

Razones al mantenimiento por los Estados de normas que colocan a los dividendos entrantes o salientes en peor situación que a los dividendos nacionales hay muchas. Algunas de ellas, como el riesgo de evasión fiscal, la pérdida de recaudación tributaria o la compatibilidad con los convenios de doble imposición, han sido rechazadas tajantemente por el TJCE por considerar que no tienen entidad suficiente para ser consideradas razones imperativas de interés general. Otras, como la coherencia fiscal, o la compatibilidad de la normativa cuestionada con la armonización limitada existente en la materia o con los principios internacionales de distribución internacional de la potestad tributaria, sí han sido merecedores de mayor atención por el TJCE.

- En la jurisprudencia del TJCE, la invocación del **riesgo de evasión fiscal** se condiciona a que la normativa cuestionada tenga por objeto específico la lucha contra el fraude fiscal, lo que no ocurre con las disposiciones sobre tributación de dividendos transfronterizos. Además, aun cuando se considerara que el establecimiento de una tributación más onerosa para los dividendos entrantes o salientes pretende evitar la evasión fiscal, podría discutirse la necesidad y proporcionalidad de la vía elegida para conseguir el objetivo pretendido, cuando existe una normativa anti-fraude *ad hoc*⁶⁷ o cuando pueden establecerse presunciones *iuris tantum* o requisitos específicos de prueba para tener derecho al mismo tratamiento que los dividendos nacionales⁶⁸. Y, en cualquier caso, podría discutirse la legitimidad de invocar esta razón cuando se trata de dividendos salientes, que ya han soportado una imposición (la que recae sobre el beneficio de la sociedad que distribuye el dividendo) en el Estado correspondiente.
- Evitar la **pérdida de recaudación tributaria** no es una finalidad que pueda justificar la adopción de medidas contrarias a una libertad fundamental. Antes bien, se trata de una potencial consecuencia del compromiso de los Estados de crear un mercado interior sin fronteras en la Unión Europea: los Estados han aceptado la creación de un mercado interior sin obstáculos y deben soportar los costes fiscales que acarrea la supresión de las barreras fiscales. Por ello, esta justificación ha sido continuamente rechazada por el TJCE⁶⁹.
- La **compatibilidad con los convenios internacionales** tampoco justifica medidas contrarias a las libertades fundamentales: los convenios forman parte del ordenamiento interno y éste está sujeto a los condicionantes y requisitos de las disposiciones directamente aplicables del TCCE, entre las que se encuentran las relativas a la libre circulación de capitales.

tivas pueden justificarse en cualquier razón imperiosa de interés general, cuando persiguen un objetivo de interés general distinto a la pura restricción, y son adecuadas y proporcionales para la consecución de dicho objetivo. *Vid.*, en relación con la libertad de establecimiento, el asunto *Gebhard* (STJCE de 30-11-1995, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'ordine deli Avocati e Procuatori di Milano*, asunto C-55/1994, Rec. 1995, p. I-4165, Sentencia «*Gebhard*») y *Klaus* cit.

⁶⁷ Así, por ejemplo, las medidas establecidas en la Directiva del Consejo 77/799/CEE de 19 de diciembre de 1977, sobre asistencia mutua por las autoridades competentes de los Estados miembros en materia de tributación directa.

⁶⁸ En *Lankhorst*, los Estados miembros argüían que admitir la deducibilidad de los intereses pagados a sociedades vinculadas no residentes, aun cuando el importe obtenido en préstamo sea muy superior al que la sociedad prestataria puede obtener de terceros independientes, abriría la posibilidad de deslocalizar el beneficio obtenido por la prestataria (los intereses son deducibles de dicho beneficio) que serían ubicados en territorios con nula tributación. No obstante, el TJCE consideró que el distinto tratamiento de los intereses en función de la residencia del prestamista constituía una discriminación contraria al TCCE. Muy crítico con esta resolución se ha mostrado AIRS, *Graham: Tax and the Fundamental Freedoms: recent case law of the ECJ*; The International Comparative Legal Guide to Corporate Tax 2005, págs. 1-5.

⁶⁹ *Lankhorst*, apartado 36; *Verkooijen*, apartado 59.

- **La coherencia fiscal**

La coherencia del sistema tributario fue admitida por el TJCE para justificar un trato diferenciado en un caso en el que existía una relación directa entre la concesión de una ventaja fiscal y la compensación de dicha ventaja con una exacción fiscal, ambas relacionadas con el mismo impuesto ⁷⁰.

No obstante, las limitaciones que se atribuyeron entonces al concepto (relación directa entre ventaja y carga fiscal; mismo tributo; mismo contribuyente) han hecho que su eficacia se vea muy restringida, habiéndose rechazado expresamente en *Verkooijen*, *Manninem* o *Lenz* como justificación de la ausencia de aplicación a los dividendos entrantes de fuente comunitaria de los métodos de integración entre el impuesto sobre el beneficio empresarial y el impuesto sobre la renta personal del accionista establecidos para los dividendos nacionales.

En la doctrina, se ha criticado la limitación del concepto «coherencia fiscal» en la jurisprudencia del TJCE. Así, se ha entendido que la coherencia fiscal puede claramente predicarse en materia de tributación de dividendos porque todo método de integración entre el impuesto sobre la renta del inversor final y el impuesto sobre el beneficio de la sociedad que distribuye un dividendo se basa en la existencia de dos normas, directamente relacionadas: si una de las dos normas debe ser eliminada por causa de su incompatibilidad con el Derecho comunitario, la coherencia del régimen tributario quiebra ⁷¹. De ahí que, en sentido amplio, la «coherencia fiscal» debería incluir la posibilidad de compensar una carga fiscal soportada por un contribuyente (el impuesto subyacente sobre el beneficio de la sociedad) mediante la concesión a otro contribuyente de una ventaja fiscal (crédito fiscal concedido al accionista para paliar la doble imposición económica sobre el dividendo), si existe un vínculo directo que pueda discernirse desde un punto de vista económico en el sentido de que los dos impuestos se refieren a un único objeto gravable (la renta obtenida por la sociedad que distribuye el dividendo).

Esto es especialmente claro en el sistema de imputación donde puede sostenerse que existe una relación directa entre la imposición del beneficio de la sociedad y el crédito fiscal concedido al accionista, garantizándose un tratamiento fiscal coherente del beneficio empresarial: no se trataría de dos impuestos separados sino de un sistema integrado donde la renta recibe un tratamiento unitario que afecta a dos personas.

No obstante, en las ya citadas Sentencias *Verkooijen*, *Manninem* y *Lenz*, el TJCE afirmó que no existe un vínculo directo entre la imposición de los accionistas y la de la sociedad que distribuye el dividendo, sino que se trata de dos impuestos separados que recaen sobre contribuyentes distintos.

⁷⁰ STJCE de 28-01-1992, *Hans-Martin Bachmann c. Estado belga*, asunto C-204/1990, Rec. 1992, p. I-249 (Sentencia «*Bachmann*»). Se compara en esta STJCE la situación de un residente belga que contrata un seguro con una compañía domiciliada o establecida en Bélgica con la de otro residente belga que contrata un seguro con una compañía establecida en otro Estado y que no ejerce actividades en Bélgica mediante establecimiento secundario. En el primer caso, el contratante podía deducirse las primas del seguro, mientras que al segundo se le deniega.

⁷¹ SANZ GADEA, Eduardo: «Aspectos internacionales... (I)», *op. cit.* págs. 172 y 173.

Algún autor se ha mostrado crítico no sólo con el razonamiento del TJCE, sino también con sus conclusiones ⁷². Otros sí comparten la conclusión alcanzada por el TJCE (*i.e.*, que los sistemas para eliminar la doble imposición económica sobre dividendos nacionales percibidos por personas físicas deben extenderse a los dividendos entrantes de fuente comunitaria) aunque consideran que el TJCE debería haberse limitado a analizar si la eliminación de la doble imposición económica sobre el dividendo nacional y su mantenimiento sobre dividendos de fuente extranjera es compatible con el mercado único y con la libre circulación de capitales, dejando al margen, por su indefinición, el concepto de coherencia fiscal ⁷³.

En cualquier caso, cabe plantearse si para mantener la coherencia del sistema tributario resulta necesario y proporcional establecer un sistema de integración entre el impuesto sobre el beneficio y el impuesto sobre la renta del accionista del que queden excluidos los dividendos entrantes de fuente comunitaria. A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa: pueden establecerse sistemas que sin menoscabar la coherencia del sistema tributario no discriminen al dividendo entrante respecto del nacional ⁷⁴.

• La existencia de una armonización limitada

El hecho de que la Directiva Matriz-Filial establezca un marco de armonización para los dividendos entrantes o salientes se ha invocado como justificación de una normativa estatal que, aun cuando coloque en peor situación a los dividendos comunitarios respecto de los dividendos nacionales, se adecua a lo establecido por la Directiva Matriz-Filial. Sería el caso de establecer unos requisitos más amplios para la eliminación de la doble imposición económica sobre los dividendos nacionales, manteniendo el 25% (20% desde 1 de enero de 2005) y el año de participación para la eliminación de la doble imposición económica sobre los dividendos entrantes o para la exención de la retención en la fuente sobre los dividendos salientes.

En nuestra opinión, el marco establecido por la Directiva Matriz-Filial no puede invocarse como justificación de diferencias de trato contrarias a la libre circulación de capitales o al principio de no discriminación. En primer lugar, porque el objetivo de la Directiva Matriz-Filial (*i.e.*, uni-

⁷² ENGLISH, J.: «Fiscal Cohesion (...) Part Two», *op. cit.* págs. 356-358. El autor afirma que la coherencia fiscal justifica que los sistemas de integración entre impuesto sobre beneficio/impuesto personal del accionista establecidos para los dividendos nacionales no se extiendan a los dividendos entrantes (con lo que los Estados miembros estarían legitimados para mantener dicha diferencia de trato). Por el contrario, en el caso de los dividendos salientes, el autor considera que la coherencia fiscal no justifica la ausencia de aplicación de los sistemas de integración establecidos para los dividendos nacionales (con lo que entiende que es contrario al TCCE mantener dicha diferencia de trato para los dividendos salientes).

⁷³ SANZ GADEA considera que por su indefinición resulta muy difícil «hacer ningún pronóstico sólido de adecuación de las normativas nacionales al Derecho comunitario» sobre el concepto de «coherencia fiscal» [«Aspectos internacionales... (I)», *op. cit.* págs. 172 y 173].

⁷⁴ Así lo entiende también la Comisión en su Comunicación sobre «Imposición de dividendos percibidos por personas físicas en el mercado interior» donde considera que un sistema cedular aplicable a dividendos entrantes y nacionales cumpliría dichos requisitos.

ficar el trato de grupos de empresas nacionales con el de grupos de empresas intracomunitarios para promover la neutralidad de las decisiones empresariales) podría verse burlado si los Estados miembros colocan a los residentes comunitarios en peor situación que a sus residentes por la vía de mejorar o ampliar para estos últimos las disposiciones o los supuestos previstos en la Directiva Matriz-Filial.

En segundo lugar porque la Directiva únicamente pretende establecer un ámbito de armonización mínimo: los Estados miembros pueden, legítimamente, restringir las medidas tendentes a la eliminación de la doble imposición económica sobre los dividendos al ámbito previsto por la Directiva o pueden, también legítimamente, ampliar este ámbito a supuestos no previstos en la propia Directiva. Lo que los Estados miembros no pueden es establecer una mejora en el tratamiento de los dividendos nacionales sin extenderla a los dividendos comunitarios entrantes o salientes que caen dentro del ámbito de la Directiva. Tal trato diferenciado no puede verse amparado por la Directiva si el propio TCCE lo prohíbe al constituir una restricción a la libre circulación de capitales.

El TJCE ha manifestado reiteradamente que el orden comunitario y los derechos que derivan del mismo deben ser respetados y garantizados incluso frente a competencias ajenas a la Comunidad, de forma que «*la ausencia de armonización en la imposición directa no implica que las libertades reconocidas puedan quedar condicionadas a la armonización*»⁷⁵. Pues bien, si el TJCE ha entendido que la ausencia de armonización o de aproximación normativa no puede justificar la existencia de medidas discriminatorias, entendemos que la adopción de medidas discriminatorias tampoco podría justificarse por encontrarse presuntamente amparadas en una armonización (la aproximación normativa resultado de la Directiva Matriz-Filial) que, en cualquier caso, no es completa.

Así, en *Bosal* cit. el TJCE sentenció que la Directiva Matriz-Filial interpretada a la luz del artículo 43 del TCCE prohíbe una norma estatal que, al determinar la base imponible de la sociedad matriz establecida en un Estado miembro, no permite la deducción de los costes incurridos en relación con la participación en una filial establecida en otro Estado miembro salvo cuando dicha filial obtiene beneficios tributables en el Estado miembro de residencia de la matriz. El TJCE considera que el hecho de que el artículo 4.2 de la Directiva permita a los Estados miembros que establezcan la no deducibilidad de los gastos que se refieren a la participación no es óbice para que se considere que dicha falta de deducibilidad es contraria a los principios comunitarios cuando se coloca a los no residentes en peor situación que a los residentes.

⁷⁵ STJCE de 28-1-1986, *Comisión c. República francés*, asunto 270/83, Rec. 1986, p. 273 (Sentencia «*Avoir fiscal*»). En el mismo sentido, el TJCE ha precisado, en relación con un ámbito de competencia en materia fiscal reservado a los Estados que: «*el derecho comunitario impone límites al ejercicio de esta competencia por parte de los Estados miembros, en la medida en que las disposiciones nacionales adoptadas a este respecto no pueden constituir un obstáculo al ejercicio efectivo de las libertades fundamentales garantizadas por los artículos 48 y 52 del Tratado*», STJCE de 31-3-1993, *Dieter Kraus c. Land Baden-Wuerttemberg*, asunto C-19/92, Rec. 1993, p. I-166 (Sentencia «*Kraus*»). Vid. en el mismo sentido, STJCE *Schumacker*; STJCE *Wielockx*; STJCE de 27-6-1996, *P. H. Asscher c. Staatssecretaris van Financiën*, asunto C-107/94, Rec. 1996, p. I-3089 (Sentencia «*Asscher*»).

- **Los principios internacionales en la distribución de la potestad tributaria**

La retención sobre los dividendos salientes tiene su razón de ser en principios consolidados de tributación internacional, en virtud de los cuales la potestad tributaria queda distribuida entre el Estado de origen de las rentas (Estado de la fuente), por aplicación del principio de territorialidad, y el Estado de residencia del perceptor (Estado de destino o de residencia), por aplicación del principio de tributación por renta mundial de los residentes. Los principios de Derecho tributario internacional permiten la imposición de las rentas de fuente extranjera cuando existe una conexión suficiente (residencia habitual, vivienda permanente, nacionalidad...) entre el pagador y el Estado que grava las rentas. Y también permiten la imposición de las rentas que son obtenidas en un territorio, de acuerdo con el principio de territorialidad ⁷⁶.

En la tributación de dividendos comunitarios, la aplicación de estos principios tendría las siguientes consecuencias:

- en aplicación del principio de territorialidad, el Estado de la fuente puede imponer una retención sobre los dividendos aunque, por aplicación de los principios comunitarios de no discriminación, dicha retención no debería superar la imposición que soportan los accionistas residentes del Estado de la fuente ⁷⁷;
- en aplicación del principio de tributación por renta mundial de los residentes, el Estado de residencia del perceptor tendría derecho a gravar toda la renta, si bien, por aplicación de los principios comunitarios de no discriminación (según han sido interpretados por el TJCE) debería dar derecho al residente al mismo sistema de integración previsto para los dividendos nacionales ⁷⁸.

La Comisión ⁷⁹ entiende que, en los casos en los que la retención en la fuente hace que la imposición que soportan los dividendos sea excesiva, corresponde al Estado de la residencia hacer concesiones a favor del principio de territorialidad, corrigiendo la doble imposición jurídica internacional sobre los dividendos.

⁷⁶ No existe acuerdo sobre el principio que debe primar, si bien los países latinoamericanos se han inclinado hacia la territorialidad, mientras que la posición de los países desarrollados ha sido, en general, favorable al criterio de nacionalidad o residencia. En la práctica, el reparto de la potestad tributaria suele realizarse mediante acuerdos bilaterales entre los Estados en la forma de convenios para evitar la doble imposición. Así, el modelo de convenio de la OCDE establece como principio de sujeción general el de la residencia, si bien es cierto que para determinadas rentas establece la competencia exclusiva del Estado de la fuente, y para otras la tributación compartida entre los dos Estados, reconociendo un derecho de imposición limitada al Estado de la fuente y estableciendo la obligación de eliminar la doble imposición en el Estado de residencia.

⁷⁷ Los convenios suelen reconocer al Estado de la fuente un derecho de imposición limitada.

⁷⁸ En los convenios suele establecerse la obligación de eliminar la doble imposición jurídica sobre los dividendos. En cuanto a la doble imposición económica, en algunos convenios se establecen medidas para su corrección. El problema surge cuando se utiliza el sistema de imputación ordinaria y el impuesto soportado por los dividendos en el Estado de la fuente (añadiendo la retención sobre los dividendos al impuesto sobre el beneficio subyacente) es superior al impuesto que hubieran soportado en el Estado de residencia de haber sido obtenidos en el mismo.

⁷⁹ Comunicación sobre «Imposición de dividendos percibidos por personas físicas en el mercado interior».

Algunos autores, no obstante, consideran que es el Estado de la fuente el que debe hacer concesiones en favor del Estado de residencia, por considerar que el trato diferenciado constitutivo de restricción se encuentra en la exigencia de retención en la fuente sobre los dividendos salientes sin que pueda justificarse invocando el principio de territorialidad que en modo alguno constituye una razón imperativa de interés general necesaria y proporcional que justifique la retención.

Esta tesis puede defenderse con los siguientes argumentos:

1. Que el criterio de territorialidad en la distribución de la potestad tributaria, si bien es respetuoso con el principio de capacidad de pago, no encuentra apoyo en el principio de beneficio⁸⁰ cuando se trata de gravar rentas pasivas, como es el caso.
2. Que el Estado de la fuente ya ha hecho ejercicio de su potestad tributaria basada en el criterio de territorialidad al sujetar la renta empresarial de la que procede el dividendo.
3. Que el principio de territorialidad no constituye una razón de interés general necesaria puesto que ya se ha limitado su eficacia en otras parcelas del derecho tributario comunitario. Así, por ejemplo, se exime de retención en la fuente a los dividendos salientes en el marco de la Directiva Matriz-Filial o a los intereses pagados a residentes europeos en la normativa española.
4. Que la retención en la fuente introduce distorsiones en el funcionamiento del mercado interior sin que la intención de mantener una recaudación en el Estado de la fuente o el argumento de que los convenios internacionales permiten su exacción constituyan razones imperativas de interés general necesarias y proporcionales para su justificación.

4. TRIBUTACIÓN DE LOS DIVIDENDOS TRANSFRONTERIZOS EN ESPAÑA

Determinado el marco comunitario para la tributación de los dividendos transfronterizos, se trata de dilucidar la adecuación de la normativa española que regula la tributación de los dividendos comunitarios (entrantes o salientes) percibidos por inversores, personas físicas o sociedades, a dicho marco.

⁸⁰ Aun normalmente relegado al ámbito de las tasas y precios públicos, el principio de beneficio (según el cual el tributo constituye la contraprestación de una serie de servicios públicos ofrecidos por el Estado) debe también informar los sistemas tributarios.

4.1. Cuando el inversor es persona física.

4.1.1. Tratamiento en IRPF de los dividendos nacionales.

Para la integración entre el IS y el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas («**IRPF**») y la eliminación de la doble imposición económica sobre los dividendos nacionales percibidos por el inversor final, la normativa española establece un sistema de imputación estimativa: el dividendo es calificado como rendimiento de capital mobiliario derivado de la participación en los fondos propios de entidades ⁸¹ y debe multiplicarse por un coeficiente del 1,4 (si el beneficio obtenido por la sociedad quedó sujeto a tributación por el IS al tipo general del 35% ⁸²) para su integración en la parte general de la base imponible. Por otro lado, el inversor tiene derecho a una deducción en cuota igual al 40% ⁸³ del dividendo bruto percibido. Las cantidades no deducidas por insuficiencia de cuota pueden deducirse en los cuatro años siguientes ⁸⁴.

Por tanto, asumiendo que la sociedad ha tributado al 35%, la doble imposición económica sobre el dividendo distribuido se elimina completamente cuando el tipo medio en el IRPF es del 28,57%. Para tipos medios inferiores al 28,57%, el dividendo no queda sujeto a imposición en sede del socio, sino que dará derecho a un crédito fiscal (con un máximo del 19% para un tipo medio igual al marginal mínimo –15%– de las tarifas del IRPF). Por el contrario, para tipos medios superiores al 28,57%, el dividendo queda sujeto a tributación en el IRPF a un tipo efectivo máximo igual al 23% para un tipo medio igual al marginal máximo –45%– de las tarifas del IRPF.

La tributación del dividendo en IRPF es, por tanto, la siguiente:

TRIBUTACIÓN DEL DIVIDENDO	Tipo medio del IRPF aplicable en el socio					
	15%	24%	28,57%	37%	39,29%	45%
Beneficio	100	100	100	100	100	100
IS (35%)	(35)	(35)	(35)	(35)	(35)	(35)
Dividendo	65	65	65	65	65	65
Base imponible IRPF	91	91	91	91	91	91
Cuota íntegra	(13,65)	(21,84)	(26)	(33,67)	(35,75)	(40,95)
DDI	26	26	26	26	26	26
Cuota líquida	12,35	4,16	0	(7,67)	(9,75)	(14,95)
<i>Tipo efectivo sobre el beneficio (IS + IRPF)</i>	<i>22,65%</i>	<i>30,84%</i>	<i>35%</i>	<i>42,67%</i>	<i>44,75%</i>	<i>49,95%</i>
<i>Tipo efectivo sobre el dividendo (IRPF)</i>	<i>(19%)</i>	<i>(6,4%)</i>	<i>–</i>	<i>11,80%</i>	<i>15%</i>	<i>23%</i>

⁸¹ Artículo 23 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo (en adelante, «**TRLIRPF**»).

⁸² 1,25 ó 1 si la sociedad tributa, respectivamente, al tipo especial del 25% o a un tipo impositivo inferior.

⁸³ 25% o 0% si el dividendo se multiplicó por el coeficiente de 1,25 o 1,00 a efectos de su integración en base imponible.

⁸⁴ Artículo 81.3 del TRLIRPF.

La retención del 15% del importe bruto del dividendo que debe ser practicada por la sociedad española cuando los dividendos son obtenidos por contribuyentes del IRPF⁸⁵ no influye en el análisis anterior puesto que la retención puede ser deducida, sin límite, por el socio persona física al presentar su declaración del IRPF.

4.1.2. Tratamiento en IRPF de los dividendos de fuente comunitaria.

Los dividendos de fuente extranjera (incluidos los comunitarios) obtenidos por contribuyentes del IRPF son calificados como rendimientos de capital mobiliario procedentes de la participación en fondos propios de entidades y se integran en la parte general de la base imponible, tributando a la escala general de gravamen.

Para eliminar la doble imposición jurídica que pueden haber soportado estos dividendos, el artículo 82.1 del TRLIRPF permite al contribuyente deducir de la cuota líquida la menor de las dos cantidades siguientes:

- «a) El importe efectivo de lo satisfecho en el extranjero por razón de un impuesto de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto o al Impuesto sobre la Renta de no Residentes sobre dichos rendimientos o ganancias patrimoniales.*
- b) El resultado de aplicar el tipo medio efectivo de gravamen a la parte de base líquida gravada en el extranjero.»*

Esto es, para los dividendos de fuente extranjera la norma española elimina la doble imposición jurídica internacional, pero no permite la aplicación del método de imputación estimativa del impuesto subyacente establecido para la corrección de la doble imposición económica sobre los dividendos de fuente interna. El resultado es que sobre los dividendos de fuente extranjera (y en particular, sobre los dividendos comunitarios) la norma española no corrige la doble imposición económica internacional.

Es cierto que esta doble imposición económica internacional puede encontrarse corregida en algunos casos por la vía convencional⁸⁶. Pero cuando el Convenio no corrige la doble imposición económica⁸⁷, o cuando sólo la corrige para personas jurídicas⁸⁸, los dividendos de fuente extranjera se encuentran peor tratados que los dividendos nacionales por la norma española.

⁸⁵ Artículo 103.4 del TRLIRPF.

⁸⁶ Podría ser el caso de los dividendos pagados por sociedades residentes en Dinamarca, Estonia o Eslovenia dado que sus respectivos convenios de doble imposición establecen que cuando un residente de España obtiene rentas sometidas a imposición en dichos países podrá, sin perjuicio de las limitaciones impuestas por la legislación de España y de acuerdo con dicha legislación, deducir el IS efectivamente pagado por la sociedad que reparte los dividendos, correspondiente a los beneficios con cargo a los cuales dichos dividendos se pagan.

⁸⁷ Caso de Alemania, Chequia, Eslovaquia, Finlandia, Hungría o Luxemburgo.

⁸⁸ Caso de Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Irlanda, Letonia o Lituania.

Desde *Verkooijen*, la doctrina española (PÉREZ BERNABEU ⁸⁹, SANZ GADEA ⁹⁰, ALMUDÍ CID y SERRANO ANTÓN ⁹¹, STELLA RAVENTÓS ⁹², MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO ⁹³, entre otros) ha sido unánime al considerar esta situación contraria a los principios comunitarios por considerar que constituye una restricción a la libre circulación de capitales prohibida por el artículo 56 del TCCE.

La Comisión creada para la última reforma de la Ley del IRPF (la operada por la Ley 42/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes), ya se hacía eco de esta falta de adecuación de la normativa española al Derecho comunitario, aunque no lo consideraba una cuestión prioritaria por entender que la movilidad de los capitales en nuestro país (sobre todo los de personas físicas) no es elevada en exceso ⁹⁴.

No obstante, esta falta de adecuación a los principios comunitarios no es sólo un problema de la legislación española, como ha puesto de manifiesto la Comisión de las Comunidades Europeas en su Comunicación al Consejo, al Parlamento y al Comité Económico y Social Europeo de diciembre de 2003 ⁹⁵. En este documento, la Comisión concluye que «*los Estados miembros no pueden aplicar a los dividendos entrantes impuestos más onerosos que a los dividendos nacionales*» y que «*es posible establecer métodos de desgravación compatibles con el Tratado*», invitando a los Estados miembros a «*unirse a sus trabajos para tratar de solucionar rápida y efectivamente los problemas examinados*» y advirtiendo de que, en caso de no poder encontrarse soluciones, la Comisión «*en cumplimiento de su responsabilidad de guardiana del Tratado, tomará las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento efectivo del Tratado, incluida la posibilidad de plantear el asunto ante el TJCE sobre la base del artículo 226 del TCCE*».

Según el análisis realizado por la Comisión, la solución pragmática más adecuada a los principios comunitarios para los sistemas tributarios que aplican el método de imputación (como el español) consistiría en aplicar el mismo crédito imputable a los dividendos entrantes que a los dividendos nacionales ⁹⁶. Reconoce la Comisión que este sistema no garantizaría plenamente la neutralidad en la exportación de capitales (puesto que el tipo de sociedades extranjero no es igual al IS español, con lo que el tipo efectivo en los dividendos entrantes podría ser distinto al tipo soportado por los

⁸⁹ PÉREZ BERNABEU, Begoña: «Posibles soluciones (...)», *op. cit.*, pág. 33.

⁹⁰ SANZ GADEA, Eduardo: «Aspectos internacionales (...) (I)», *op. cit.*, pág. 194.

⁹¹ ALMUDÍ CID, José Manuel y SERRANO ANTÓN, Fernando: «Doble imposición económica internacional y derecho comunitario (...) (II)», *op. cit.*, pág. 15.

⁹² STELLA RAVENTÓS: «Fundamental Freedoms for Citizens, Fundamental Restrictions on National Tax Law?. National survey. Spain», *European Taxation*, enero/febrero 2000.

⁹³ CALDERÓN CARRERO, José Manuel y MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo: *Imposición directa y no discriminación comunitaria*, Edersa, Madrid, 2000, pág. 214.

⁹⁴ Informe para la Reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, publicado en Madrid el 3 de abril de 2002.

⁹⁵ «*Imposición de dividendos percibidos por personas físicas en el mercado interior*», Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, Bruselas, 19-12-2003, COM (2003) 810 final.

⁹⁶ COM (2003) 810 final, apartado 4, pág. 21.

dividendos nacionales), pero entiende que la reducción de la neutralidad transfronteriza sería el precio a pagar por la soberanía de los Estados miembros para fijar sus propios Impuestos sobre Sociedades ⁹⁷, valoración que compartimos plenamente.

La aplicación de las recomendaciones de la Comisión al caso español, con un sistema de imputación estimativa (no se imputa el impuesto efectivamente soportado sino una estimación del mismo en función del tipo nominal de gravamen de la sociedad) exigiría, en nuestra opinión, que el crédito reconocido a los dividendos de fuente extranjera dependiera del tipo nominal de gravamen aplicado por la sociedad extranjera, al igual que sucede para los dividendos internos.

4.1.3. Tratamiento en IRnR de los dividendos de fuente española satisfechos a inversores finales comunitarios.

Los dividendos pagados por sociedades españolas a personas físicas residentes de otros Estados miembros de la Unión Europea se consideran rentas obtenidas en territorio español y quedan sujetos a tributación por el IRnR al tipo del 15%.

Como hemos visto, el IRnR sobre rentas financieras (intereses, cánones y, por lo que ahora nos interesa, dividendos) constituye, en sí mismo, un tributo que deben pagar los no residentes sin que dicha exacción exista, paralelamente, para los residentes españoles. Produce este tributo, además, efectos perniciosos en la movilidad del capital al ocasionar una doble imposición jurídica que, unida a la doble imposición económica del dividendo saliente, será muy difícil de corregir en el Estado de residencia del perceptor ⁹⁸.

En efecto, aunque los dividendos españoles van a quedar sometidos al IRPF, esta sujeción, como hemos visto, se realiza integrando el IS español con el IRPF de forma que los dividendos nacionales quedan sujetos a un tipo de tributación efectiva que varía en función de la capacidad económica del contribuyente. Por el contrario, los dividendos salientes siempre van a soportar una tributación del 15% ⁹⁹, que añadida al IS subyacente sobre el beneficio de la sociedad, ocasiona que la renta obtenida por el no residente comunitario quede sujeta en España a una tributación efectiva del 44,75%, cercana al tipo marginal máximo del IRPF. Lo elevado de esta tributación implica que, con independencia del sistema de integración elegido en el Estado de residencia del inversor final comunitario para eliminar la doble imposición económica sobre los dividendos de fuente extranjera (sistema de imputación o de exención), la doble imposición española sobre los dividendos de salida puede no ser eliminada en su totalidad.

Por lo tanto, podría plantearse si la propia exigencia del IRnR sobre dividendos salientes pagados a residentes comunitarios constituye en sí misma una restricción a la libre circulación de capitales prohibida por el TCCE. Hemos apuntado ya que el reconocimiento de la potestad tribu-

⁹⁷ COM (2003) 810 final, apartado 4, pág. 21.

⁹⁸ Manuel LUCAS DURÁN: *Fiscalidad internacional (...), op. cit.*, págs. 46 y ss.

⁹⁹ Salvo que resulte aplicable un tipo inferior en aplicación de un convenio de doble imposición, como sería el caso del firmado con Grecia que establece con carácter general un tipo de retención del 10%.

taria al Estado de la fuente para establecer dicho gravamen (en los convenios de doble imposición o el art. 58.1 del TCCE) no justifica restricciones a la libre circulación de capitales, con lo que una primera posición nos llevaría a concluir que sí es constitutivo de restricción.

En otra posición más matizada, y siguiendo el razonamiento de la Comisión ¹⁰⁰, la existencia de restricción debería quedar limitada a los casos en que se produce una imposición de los dividendos salientes más onerosa que la de los dividendos nacionales, entendiendo que la base de la comparación para determinar esta mayor o menor onerosidad debe tomar, para los dividendos nacionales, el efecto combinado del porcentaje de retención y del impuesto sobre la renta nacional y, para los dividendos salientes, el porcentaje de retención aplicado.

En esta posición, teniendo en cuenta que el tipo de tributación efectiva de los dividendos nacionales en el IRPF es superior al 15% cuando el tipo marginal es superior al 39,29% ¹⁰¹, para contribuyentes que en España hubieran quedado sujetos a un tipo marginal inferior al 39,29%, la tributación española sobre los dividendos salientes podría considerarse contraria al TCCE.

4.2. Cuando el inversor es una sociedad.

4.2.1. Tratamiento en IS de los dividendos nacionales.

El dividendo distribuido por sociedades españolas a socios personas jurídicas residentes en España debe integrarse en la base imponible del IS, tributando, con carácter general, al tipo del 35% y quedando, en principio, sujeto a retención en la fuente.

Ahora bien, para corregir la doble imposición económica, cuando los dividendos proceden de una participación igual o superior al 5% que se ha mantenido de forma ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el dividendo (o en su defecto, que se mantiene durante el tiempo necesario para completar dicho plazo), el socio perceptor tiene derecho a una deducción del 100% de la cuota íntegra derivada de dichas rentas ¹⁰². Siendo de aplicación esta deducción plena, no se practica retención alguna sobre los dividendos ¹⁰³. En el supuesto de que no se cumplan los requisitos señalados, la deducción será del 50% de la cuota derivada de los dividendos distribuidos ¹⁰⁴, que quedarán sujetos a retención al 15%.

En cualquier caso, cuando la cuota íntegra del IS generada por los socios personas jurídicas no sea suficiente para aprovechar la deducción por doble imposición de dividendos, las cantidades no deducidas pueden aplicarse en los siete años inmediatos y sucesivos ¹⁰⁵.

¹⁰⁰ (COM) 2003, 810 final, apartado 3.3.1.

¹⁰¹ Véase cuadro en el apartado 4.1.1.

¹⁰² Artículo 30.2 del TRLIS.

¹⁰³ Artículo 57 p) del Reglamento del IS.

¹⁰⁴ Artículo 30.1 del TRLIS.

¹⁰⁵ Artículo 30.6 del TRLIS.

La tributación del dividendo nacional en el IS es, por tanto, la siguiente:

TRIBUTACIÓN DEL DIVIDENDO	Participación del socio en la filial	
	< 5% o < 1 año	5%; > 1 año
Dividendo	100	100
Cuota íntegra IS (35%)	(35)	(35)
DDI	17,5	35
Cuota líquida	(17,5)	0
<i>Tipo efectivo dividendo</i>	<i>17,5%</i>	<i>0%</i>
<i>Tributación total beneficio</i>	<i>46,37%</i>	<i>35%</i>

4.2.2. Tratamiento en IS de los dividendos de fuente comunitaria.

4.2.2.1. Métodos para eliminar la doble imposición sobre dividendos de fuente extranjera en el IS español.

Para eliminar la doble imposición jurídica sobre los dividendos de fuente extranjera obtenidos por contribuyentes del IS, la normativa española utiliza el llamado sistema de imputación ordinaria. Para eliminar la doble imposición económica, la normativa española utiliza el sistema de crédito por impuesto subyacente así como un sistema de exención respecto de dividendos y plusvalías derivadas de participaciones en sociedades extranjeras que reúnan determinados requisitos.

- ***Sistema de imputación para eliminar la doble imposición jurídica***

El artículo 31 del TRLIS establece el método de imputación ordinaria que, en ausencia de convenio para evitar la doble imposición, corrige en el ámbito del IS la doble imposición jurídica sobre rentas de fuente extranjera y que concede al sujeto pasivo el derecho a deducir de la cuota del IS el impuesto efectivamente satisfecho en el extranjero, con el límite de la cuota íntegra que en España correspondería pagar por los rendimientos procedentes del exterior.

- ***Sistema de crédito por impuesto subyacente para eliminar la doble imposición económica***

Para corregir la doble imposición económica sobre los dividendos procedentes de filiales no residentes, el artículo 32 del TRLIS otorga un crédito equivalente al impuesto sobre el beneficio soportado por la filial extranjera siempre que la cuantía de dicho impuesto subyacente se incluya en la base imponible del sujeto pasivo.

Para la aplicación de este método:

- (i) La participación en el capital de la sociedad que distribuye el dividendo ha de ser, al menos, del 5%, debiendo sumarse a la participación directa todas las participaciones que, de modo indirecto y a través de otras sociedades interpuestas, pudiera tener la matriz española en dicha sociedad filial.
- (ii) El porcentaje mínimo de participación ha de haberse mantenido, de forma ininterrumpida, durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, mantenerse durante el tiempo que sea necesario para completar el período de un año.

En la aplicación de este crédito por impuesto subyacente el legislador español permite la deducción a un segundo y a un tercer nivel, incluyendo entre los impuestos subyacentes deducibles los impuestos sobre beneficios satisfechos tanto por las sociedades participadas directamente por la sociedad que distribuye el dividendo (segundo nivel), como por las sociedades que, a su vez, estén participadas directamente por aquéllas (tercer nivel).

La deducción del impuesto subyacente del artículo 32 del TRLIS, unida a la deducción del impuesto en la fuente soportado por los dividendos del artículo 31 del TRLIS, no podrá exceder del IS, calculado antes de la deducción, imputable a las rentas sometidas a imposición. Por otro lado, la aplicación de estos dos preceptos, tras la reforma del artículo 19.4 a) del TRLIRnR [antiguo art. 18.4 a) de la Ley 41/1998] y siguiendo la doctrina del TJCE en el caso *Saint-Gobain*, se encuentra extendida a los establecimientos permanentes de contribuyentes del IRnR.

- ***Método especial de exención***

El artículo 21 del TRLIS establece la exención sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de acciones o participaciones en entidades no residentes cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- (i) Que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad no residente sea, al menos, del 5%. Esta participación deberá haberse mantenido ininterrumpidamente durante el año anterior al día en el que sea exigible el dividendo ¹⁰⁶. En su defecto, este plazo podrá completarse con posterioridad. Para el cómputo del plazo se tomará en consideración el período en que la participación haya sido poseída por otras entidades del grupo.
- (ii) Que la entidad participada haya estado gravada, en el ejercicio de obtención de los beneficios repartidos, por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga al IS ¹⁰⁷. Se considera cumplido este requisito cuando la filial sea residente en un país con el que España

¹⁰⁶ O se transmita la participación.

¹⁰⁷ Gravamen que, en el caso de rentas derivadas de la transmisión de la participación en una filial extranjera, deberá haberse producido en todos y cada uno de los ejercicios de tenencia de la participación transmitida.

tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, con cláusula de intercambio de información. Por el contrario, se considera incumplido cuando la filial es residente en un paraíso fiscal.

- (iii) Que los beneficios que se reparten procedan de la realización de actividades empresariales en el extranjero ¹⁰⁸. Se entenderá cumplido este requisito cuando al menos el 85% de los ingresos obtenidos en el ejercicio por la filial extranjera correspondan a: (a) rentas distintas de aquellas que sean susceptibles de ser incluidas en la base imponible por aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional o (b) dividendos o participaciones en beneficios, así como las rentas derivadas de la transmisión de participaciones en otras entidades no residentes participadas por la filial extranjera, cuando se cumplan los requisitos de porcentaje de participación por el sujeto pasivo, tributación y procedencia de la realización de actividades empresariales en el extranjero en los términos hasta ahora comentados.

4.2.2.2. Adecuación al Derecho comunitario de los métodos establecidos en el IS español para eliminar la doble imposición sobre los dividendos de fuente extranjera.

Para valorar si esta normativa es o no contraria a los principios comunitarios, debemos distinguir dos situaciones:

- **Participación inferior al 5% o no mantenida durante un año**

Cuando la participación es inferior al 5% o no se mantiene durante un período de un año, los dividendos nacionales quedan sujetos a tributación a un tipo efectivo del 17,5% (tienen derecho a una deducción igual al 50% de la cuota íntegra correspondiente a dichos dividendos como hemos apuntado en el apartado 4.2.1 anterior), mientras que los dividendos de fuente extranjera quedarán sujetos a un tipo efectivo no inferior al 35% (tienen derecho al método de imputación ordinaria sin crédito por impuesto subyacente ¹⁰⁹, pero no a los métodos establecidos en el IS para la corrección de la doble imposición económica –ni al método de imputación por crédito de impuesto subyacente, ni al método de exención–).

Parece pues que la situación es contraria a los principios comunitarios y ello aunque la normativa española sea en este punto perfectamente compatible con los mandatos contenidos en la Directiva Matriz-Filial, que limita su ámbito de aplicación subjetivo a supuestos en los que entre la matriz y la filial exista una participación superior al 25% (20% desde 1 de enero de 2005). La razón de esta disconformidad se encuentra en que el diferente tratamiento de la inversión en sociedades comunitarias podría considerarse una restricción de salida a la libre circulación de capitales de inversores españoles personas jurídicas, restricción que no se encuentra justificada en razones de interés general.

¹⁰⁸ Tratándose de rentas derivadas de la transmisión de la participación en una filial extranjera, este requisito deberá cumplirse en todos y cada uno de los ejercicios de tenencia de la participación transmitida.

¹⁰⁹ Artículo 31 del TRLIS.

- **Participación igual o superior al 5%, mantenida durante un año**

Cuando la participación es igual o superior al 5% y se ha mantenido durante el plazo de un año, el dividendo nacional tiene derecho a un crédito de impuesto equivalente a la cuota íntegra que corresponda al dividendo, lo que en la práctica equivale a su exención, soportando nula tributación efectiva. Esto quiere decir que el beneficio total obtenido por la sociedad participada queda sujeto a un 35% de tributación efectiva teniendo en cuenta el efecto conjunto en la sociedad y en el socio.

Tratándose de dividendos comunitarios, si se aplica el sistema de imputación con crédito por impuesto subyacente, el beneficio obtenido por la sociedad participada queda sujeto a una tributación efectiva, teniendo en cuenta el efecto conjunto socio/sociedad, no inferior al 35%. La normativa española es, en estos casos, respetuosa con el principio de neutralidad en la exportación de capitales. Como los requisitos para la aplicación de estos créditos son iguales a los establecidos para los dividendos nacionales (porcentaje de participación en el capital superior al 5% y mantenimiento de la inversión durante un año), pensamos que en este punto la normativa española no sólo ha obedecido el mandato contenido en el artículo 4.1 de la Directiva Matriz-Filial (ampliando su ámbito subjetivo de aplicación por reducción del umbral de participación requerido para tener la consideración de matriz), sino que resulta compatible con los principios comunitarios de no discriminación y de libre circulación de capitales puesto que el sistema de imputación con crédito por impuesto subyacente no coloca *per se* a los dividendos comunitarios en peor situación que los dividendos nacionales.

Si el dividendo comunitario cumple además los requisitos adicionales establecidos en el artículo 21 del TRLIS (sujeción a un impuesto análogo al IS; obtención de rentas empresariales en el extranjero) tendrá derecho a un sistema de exención, con lo que el beneficio obtenido por la sociedad extranjera participada quedará sujeto al tipo efectivo aplicable en el extranjero (que puede llegar a ser muy inferior al 35% del IS ¹¹⁰). La normativa española es, en estos casos, respetuosa con el principio de neutralidad en la importación de capitales.

Pensamos que la exigencia, en la aplicación del método de exención, de requisitos adicionales a los establecidos para la concesión del crédito del 100% a los dividendos nacionales (que los dividendos procedan de rentas empresariales de fuente extranjera, o que la filial esté sujeta a un impuesto análogo al IS) no puede considerarse una vulneración a los principios comunitarios habida cuenta de que, con los mismos requisitos establecidos para los dividendos españoles, ya se otorga el crédito por impuesto subyacente y no es obligatorio en el Derecho comunitario establecer un sistema de exención ¹¹¹.

¹¹⁰ Sobre todo desde que el TRLIS presume *iuris et de iure* que la filial que distribuye el dividendo ha quedado sujeta a un impuesto análogo al IS cuando es residente en un país con convenio de doble imposición que contenga una cláusula de intercambio de información.

¹¹¹ Parecen mantener un criterio distinto A. MARTÍN y J.M. CALDERÓN CARRERO en *Imposición directa (...)*, *op. cit.*, pág. 213.

4.2.3. Tratamiento en IRnR para dividendos de fuente española satisfechos a sociedades comunitarias.

Los dividendos pagados por sociedades españolas a sociedades residentes de otros Estados miembros de la Unión Europea se consideran rentas obtenidas en territorio español y quedan sujetos a tributación por el IRnR al tipo del 15% ¹¹².

No obstante, el artículo 14.1 h) del TRLIRnR, que implementa en el ordenamiento español el mandato contenido en la Directiva Matriz-Filial, establece una exención para los dividendos distribuidos a sociedades residentes en un Estado miembro de la Unión Europea con una participación igual o superior al 25% ¹¹³.

Se pueden distinguir, pues, tres situaciones:

- (i) Cuando los dividendos proceden de una participación igual o superior al 25% ¹¹⁴, quedan exentos de tributación por el IRnR. La renta obtenida por la matriz comunitaria no soporta más tributación en España que la que corresponde al IS sobre el beneficio de la filial española, al igual que ocurriría si la renta hubiera sido obtenida por una matriz española. Se trata, pues, de una situación plenamente adecuada al Derecho comunitario.
- (ii) Cuando los dividendos proceden de una participación inferior al 25% ¹¹⁵ pero igual o superior al 5%, los dividendos nacionales no quedarían sujetos a tributación adicional por el IS del socio y no soportarían retención adicional a cuenta de dicho impuesto, mientras que los dividendos salientes soportan una retención del 15% (que puede, no obstante, quedar reducida por convenio ¹¹⁶), con lo que el impuesto español total soportado por la renta obtenida por el inversor comunitario puede llegar al 44,75%. Entendemos que esta situación es contraria a los principios comunitarios y ello aunque sea respetuosa con el mandato contenido por la Directiva Matriz-Filial ¹¹⁷.

¹¹² Porcentaje que puede quedar reducido por aplicación de un convenio.

¹¹³ Porcentaje que, en aplicación de la Directiva 123/2003, deberá ser disminuido progresivamente hasta el 10%. A la fecha de terminación de este artículo se encuentra en tramitación parlamentaria la transposición de la Directiva 123/2003 que reducirá el porcentaje al 20% con efectos desde 1 de enero de 2005.

¹¹⁴ Vid. nota al pie 113 anterior.

¹¹⁵ Vid. nota al pie 113 anterior.

¹¹⁶ Es el caso del CDI firmado con Francia que establece una retención del 0% para participaciones superiores al 10%.

¹¹⁷ La doctrina se ha pronunciado acerca del carácter restrictivo que podrían tener situaciones en cierta medida similares al caso español. Así D. AIGNER, ha señalado expresamente que: «*la aplicación del nuevo privilegio de afiliación internacional austriaco exige (...) una participación mínima del 10% en una filial extranjera por un período de al menos un año, mientras que la exención de participación nacional no establece requisitos mínimos de participación ni de período de tenencia. Por este motivo, la legislación austriaca podría obstaculizar el ejercicio de la libertad de establecimiento [y de libre circulación de capitales], en la medida en que hace menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento mediante la adquisición de filiales en el extranjero, lo que puede tener como efecto que las sociedades austriacas matrices de grupos empresariales se vean desincentivadas para realizar tal adquisición, todo ello en favor de la adquisición de participaciones en Austria.*» (D. AIGNER: «The Bosal Holding ...», *op. cit.*, pág. 151).

- (iii) Cuando los dividendos proceden de una participación inferior al 5%. En este caso los dividendos nacionales quedarían sujetos a una imposición efectiva en el socio inversor del 17,5%, siendo la tributación efectiva de la renta de la que el dividendo procede del 46,37%. Los dividendos salientes quedarían, en este caso, sujetos a una imposición efectiva que puede llegar hasta el 44,75% (añadiendo la retención del 15% al IS subyacente sobre el beneficio de la sociedad) con lo que, por comparación, los dividendos salientes no se encuentran peor tratados que los dividendos de fuente nacional. No obstante, podría pensarse que el IRnR constituye, en sí mismo, una restricción a la libre circulación de capitales por cuanto que, como ya apuntamos para los dividendos de salida pagados a inversores finales comunitarios, se trata de un tributo que sólo soportan los no residentes que en ejercicio de la libre circulación de capitales deciden invertir en España y que ocasiona una doble imposición que, en muchos casos, no va a poder ser corregida en el Estado de residencia del inversor.

5. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

1. En el ámbito de la libre circulación de capitales, y a efectos de determinar la adecuación de la normativa de un Estado miembro al Derecho comunitario, las inversiones nacionales son comparables con las inversiones de residentes en el exterior, así como con las inversiones de no residentes en el interior.
2. Constituye restricción a la libre circulación de capitales todo trato diferenciado de los dividendos entrantes o salientes respecto al proporcionado a los dividendos nacionales cuando dicho trato ocasiona que los dividendos entrantes o salientes soportan una mayor tributación que los dividendos nacionales en un Estado determinado.
3. No se puede considerar que la coherencia del sistema fiscal, los principios internacionales en la distribución de la potestad tributaria o la existencia de una armonización limitada en materia de distribución de dividendos constituyan justificaciones proporcionales y necesarias de un tratamiento fiscal diferenciado.

El TJCE se muestra cada vez más reacio a admitir potenciales razones imperiosas de interés general para justificar las restricciones al ejercicio de libertades fundamentales. Esta inadmisión generalizada de justificaciones a normas restrictivas de una libertad fundamental, unida a la flexibilización del requisito de la comparabilidad, ha tenido como resultado que el TJCE disponga de un margen muy amplio para declarar la incompatibilidad con el Derecho comunitario de las normas de un Estado miembro que traten de forma peor a las rentas obtenidas en dicho Estado por inversores no residentes (por comparación con el otorgado a las mismas rentas de ser obtenidas por inversores residentes) o a las rentas que, obtenidas por residentes, procedan de inversiones en otros Estados miembros (por comparación con el otorgado a las rentas obtenidas en el propio Estado).

Aplicando lo anterior a la normativa española sobre dividendos transfronterizos, nos encontramos con que:

1. En materia de dividendos percibidos por el inversor final (persona física),
 - 1.a) el tratamiento que la normativa española otorga a los dividendos entrantes es contrario a los principios comunitarios de no discriminación y de libre circulación de capitales, según han sido interpretados por el TJCE en *Verkooijen*, *Manninem* o *Lenz*;
 - 1.b) podría cuestionarse la adecuación al Derecho comunitario del tratamiento que la norma española otorga a los dividendos salientes, especialmente para perceptores con rentas medias y bajas que hubieran quedado sujetos a tributación en España a un tipo marginal inferior al 39,29%.

2. En materia de dividendos percibidos por sociedades,
 - 2.a) la normativa española no es compatible con los principios comunitarios de no discriminación y de libre circulación de capitales en su tratamiento de los dividendos entrantes cuando la participación en el capital de la sociedad comunitaria que distribuye el dividendo es inferior al 5%;
 - 2.b) podría cuestionarse la adecuación a los principios comunitarios de no discriminación y de libre circulación de capitales del tratamiento que la normativa española otorga a los dividendos salientes cuando la participación es inferior al porcentaje de filiación establecido en la Directiva Matriz-Filial y, especialmente, cuando la participación es superior al 5%.

BIBLIOGRAFÍA

Además de la bibliografía referenciada expresamente en notas a pie de página, la autora ha consultado:

- CALDERÓN CARRERO, José Manuel [1997]: *La Doble Imposición Internacional en los Convenios de Doble Imposición y en la Unión Europea*, Ed. Aranzadi, Pamplona.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, José Luis [2000]: «Comentarios a la resolución de Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Verkooijen», *Crónica Tributaria*, n.º 96.
- SANZ GADEA, Eduardo: «Aspectos internacionales de política fiscal (II) y (III)», *Impuestos*, agosto y septiembre de 2001.
- «Estado actual y perspectivas de la tributación de los beneficios de las empresas en el marco de las iniciativas de la Comisión de la Unión Europea», *Instituto de Estudios Fiscales*, Documentos n.º 27/2003.
- VANISTENDAEL, Frans: «Tax revolution in Europe: the Impact of Non-Discrimination», *European Taxation*, January/February 2000.