Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MELCHIOR WATHELET
presentadas el 7 de agosto de 2018 [1]

Asunto C-575/17

Sofina SA,
Rebelco SA,
Sidro SA
contra
Ministre de l'Action et des Comptes publics

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État (Consejo de Estado, Francia)]

«Procedimiento prejudicial — Libre circulación de capitales — Retención en la fuente sobre el importe bruto de los dividendos de origen nacional abonados a sociedades no residentes — Distinta imposición de los dividendos abonados a las sociedades residentes basada en el resultado neto»

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación de los artículos 63 TFUE y 65 TFUE en relación con las disposiciones de la legislación francesa que prevén que se practique una retención en la fuente sobre el importe bruto de los dividendos abonados por una sociedad residente a las sociedades no residentes que registran pérdidas, mientras, con arreglo al régimen general, los dividendos abonados a una sociedad residente deficitaria solo tributarán en un momento posterior por su importe neto en caso de que dicha sociedad obtenga beneficios.

II. Marco jurídico

A. Derecho francés

2. En virtud del artículo 38 del code général des impôts (Código General de Impuestos; en lo sucesivo, «CGI»):

«[…] El beneficio imponible es el beneficio neto, determinado a partir del resultado del conjunto de las operaciones de cualquier naturaleza realizadas por las empresas, incluidas, en particular, las transmisiones de activos, ya sea en el curso ordinario de las operaciones o al final de su período de explotación.

[…]»

1 Lengua original: francés.

3. El artículo 39, apartado 1, del CGI añade:

«El beneficio neto se determina una vez deducidas todas las cargas […]».

4. El artículo 119 *bis*, apartado 2, del CGI establece que se aplicará a los productos a los que se refieren los artículos 108 a 117 *bis* del CGI, entre ellos, los dividendos, una retención en la fuente cuyo tipo se fija en el artículo 187, apartado 1, cuando los perciban personas que no tengan su domicilio fiscal o su sede en Francia.

5. En su versión aplicable a los hechos del presente asunto, el artículo 187, apartado 1, del CGI fija el tipo de la retención en la fuente en el 25 %.

6. En su versión aplicable hasta el 21 de septiembre de 2011, el artículo 209, apartado 1, del CGI precisaba:

«[…] En caso de que durante un ejercicio se incurra en pérdidas, dichas pérdidas se trasladarán al ejercicio siguiente y se deducirán del beneficio obtenido durante dicho ejercicio. Si el importe de este beneficio no es suficiente para aplicar íntegramente la deducción, el excedente se trasladará a ejercicios posteriores.»

7. Desde el 21 de septiembre de 2011, el artículo 209, apartado 1, del CGI tiene el siguiente tenor:

«[…] En caso de que durante un ejercicio se incurra en pérdidas, dichas pérdidas se trasladarán al ejercicio siguiente y se deducirán del beneficio obtenido durante dicho ejercicio hasta un máximo de 1 000 000 [de euros] incrementado en el 60 % del beneficio imponible de dicho ejercicio que exceda de ese importe. Si el importe de este beneficio no es suficiente para aplicar íntegramente la deducción, el excedente se trasladará, en las mismas condiciones, a ejercicios posteriores. Lo mismo se aplica a la parte de las pérdidas que no haya podido deducirse en virtud de lo dispuesto en la primera frase del presente párrafo.»

B. Convenio fiscal de 10 de marzo de 1964 celebrado entre Francia y Bélgica

8. El artículo 15 del Convenio fiscal celebrado el 10 de marzo de 1964 entre Francia y Bélgica, en su versión modificada (en lo sucesivo, «Convenio franco-belga») establece lo siguiente:

«1. Los dividendos que tengan su origen en un Estado contratante que sean abonados a un residente del otro Estado contratante estarán sujetos a imposición en ese otro Estado.

2. No obstante, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, dichos dividendos podrán someterse a imposición en el Estado contratante en el que la sociedad que los paga tenga su domicilio de conformidad con la legislación de ese Estado, si bien el impuesto exigido no podrá exceder:

a) del 10 % del importe bruto de los dividendos cuando el beneficiario sea una sociedad que sea titular en exclusiva de, al menos, el 10 % del capital de la sociedad que distribuye los dividendos desde el comienzo del último ejercicio económico de la misma cerrado antes de la distribución;

b) del 15 % del importe bruto de los dividendos en los demás casos.

Este apartado no se refiere a la tributación de la sociedad por los beneficios que den lugar al pago de los dividendos.

[…]»

III. Antecedentes de hecho

9. Entre 2008 y 2011, Sofina, Rebelco y Sidro, sociedades constituidas conforme al Derecho belga y domiciliadas en Bélgica, percibieron dividendos por sus participaciones en sociedades francesas en las que eran titulares de participaciones minoritarias que no les otorgaban el derecho a acogerse al régimen de sociedades matrices previsto en el CGI y la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes [2] (en lo sucesivo, «Directiva matrices-filiales»).

10. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 119 *bis* del CGI, en relación con el artículo 15, apartado 2, del Convenio franco-belga, a estos dividendos se les practicó una retención en la fuente al tipo reducido del 15 %.

11. Dado que las sociedades belgas afectadas cerraron los ejercicios de 2008 a 2011 con un resultado negativo, presentaron las correspondientes reclamaciones ante la Administración tributaria francesa en las que solicitaban la devolución de las retenciones practicadas. En la medida en que una sociedad con domicilio en Francia que arroja pérdidas solo está sujeta a tributación efectiva por los dividendos de origen francés cuando vuelve a obtener beneficios, las sociedades belgas afectadas consideran que se les dispensó un trato menos favorable que a sus homólogas francesas.

12. Al rechazarse estas reclamaciones, las sociedades belgas afectadas acudieron ante los órganos jurisdiccionales competentes que, tanto en primera instancia como en apelación, desestimaron sus solicitudes de devolución.

13. En consecuencia, interpusieron recurso de casación ante el Conseil d'État (Consejo de Estado, Francia).

14. Dicho órgano jurisdiccional constató, en primer lugar, que aplicar una retención en la fuente únicamente a las sociedades no residentes que arrojan pérdidas cuando estas perciben dividendos por sus participaciones en sociedades francesas puede generar para ellas una desventaja de tesorería en comparación con las sociedades residentes que arrojan pérdidas que perciben dividendos por sus participaciones en sociedades francesas. No obstante, el mencionado órgano jurisdiccional desea saber si esta circunstancia constituye, por sí misma, una diferencia de trato que caracteriza una restricción en el sentido del artículo 63 TFUE.

15. Suponiendo que la legislación controvertida sea constitutiva de dicha restricción, el Conseil d'État (Consejo de Estado) se pregunta, en segundo lugar, si dicha restricción podría estar justificada a la luz del objetivo de estas disposiciones, que no es otro que garantizar la recaudación eficaz de los impuestos.

16. En tercer lugar, el Conseil d'État (Consejo de Estado) señala que el distinto método de cálculo de la base imponible de los dividendos en función de que la sociedad que las percibe sea o no residente también podría constituir una restricción. En efecto, puesto que la retención en la fuente prevista en el artículo 119 *bis* del CGI se liquida sobre el importe bruto de los dividendos, los gastos vinculados a la propia percepción de los dividendos se deducen de la base imponible para el cálculo del impuesto que grava los dividendos abonados a una sociedad residente, mientras que esa deducción no es posible cuando los dividendos se abonan a una sociedad no residente.

2 DO 2011, L 345, p. 8.

17. En estas circunstancias, el Conseil d'État (Consejo de Estado) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Deben interpretarse los artículos […] 63 [TFUE] y 65 [TFUE], en el sentido de que la desventaja de tesorería resultante de la aplicación de una retención en la fuente a los dividendos abonados a las sociedades no residentes deficitarias, mientras que las sociedades residentes deficitarias únicamente tributan por el importe de los dividendos que perciben en el ejercicio en que sus resultados recuperan, en su caso, una situación de superávit, constituye, por sí misma, una diferencia de trato que caracteriza una restricción a la libre circulación de capitales?

2) ¿Puede considerarse justificada la posible restricción a la libre circulación de capitales mencionada en la cuestión prejudicial anterior, habida cuenta de las obligaciones derivadas de los artículos […] 63 [TFUE] y 65 [TFUE], por la necesidad de garantizar la recaudación eficaz de los impuestos, puesto que las sociedades no residentes no están sometidas al control de la Administración tributaria francesa, o por la necesidad de mantener el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros?

3) En el supuesto de que la aplicación de la retención en la fuente impugnada pueda, en principio, admitirse por lo que respecta a la libre circulación de capitales:

– ¿se oponen estas disposiciones a la percepción de una retención en la fuente sobre los dividendos abonados por una sociedad residente a una sociedad deficitaria no residente de otro Estado miembro cuando esta última pone fin a su actividad sin recuperar una situación de superávit, mientras que una sociedad residente que se encuentre en esta misma situación no está sujeta a tributación efectiva sobre estos dividendos?

– ¿deben interpretarse estas disposiciones en el sentido de que, de existir normas tributarias que concedan un trato diferente a los dividendos según se abonen a los residentes o a los no residentes, es preciso comparar la carga impositiva efectiva que recae en cada uno de ellos por dichos dividendos, por lo que una restricción de la libre circulación de capitales, que se desprende del hecho de que estas normas excluyen, tan solo para las sociedades no residentes, la deducción de los gastos directamente vinculados a la propia percepción de los dividendos, podría considerarse justificada por la diferencia de tipos entre la imposición según el régimen general que grava, con cargo a un ejercicio posterior, a los residentes y la retención en la fuente practicada sobre los dividendos abonados a los no residentes, cuando esta diferencia compensa, con respecto al importe de la cuota tributaria abonada, la diferencia de base imponible?»

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

18. La presente petición de decisión prejudicial se presentó en el Tribunal de Justicia el 28 de septiembre de 2017. Sofina, los Gobiernos francés, belga, alemán, holandés, sueco y del Reino Unido, así como la Comisión Europea, presentaron observaciones escritas.

19. Se celebró una vista el 25 de junio de 2018 en la que Sofina, los Gobiernos francés, alemán y sueco, así como la Comisión, formularon observaciones orales.

V. Análisis

A. Observaciones preliminares

20. Desde un primer momento, el órgano jurisdiccional remitente plantea sus cuestiones directamente desde la perspectiva de la libre circulación de capitales y de los artículos 63 TFUE y 65 TFUE, ya que las sociedades belgas Sofina, Rebelco y Sidro percibieron dividendos por participaciones minoritarias en sociedades francesas que no les conferían el poder de ejercer una influencia determinante sobre las mismas. Sin embargo, el razonamiento que se expondrá a continuación sería exactamente el mismo en caso de lo que estuviera en entredicho fuera la libertad de establecimiento, ya que todos los abonos de dividendos en cuestión se realizan entre sociedades establecidas en Estados miembros.

21. Las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente ponen de manifiesto dos diferencias que la legislación francesa establece en el trato fiscal dispensado a los dividendos, en función de que los abonen sociedades residentes a otras sociedades también residentes o, por el contrario, a sociedades no residentes:

– Los dividendos abonados a sociedades residentes deficitarias solo tributarán si estas acaban generando beneficios o recuperan una situación de superávit, mientras que la legislación francesa establece una retención en la fuente sobre los dividendos abonados por las sociedades residentes a las no residentes incluso cuando estas últimas arrojan pérdidas. Por tanto, cabe la posibilidad de que las primeras no estén nunca sujetas a imposición y, de llegar a estarlo, gozarán, en todo caso, del beneficio de una ventaja de tesorería, ya que la retención en la fuente sobre los dividendos abonados a sociedades no residentes se producirá necesariamente —ya sea en el curso del mismo ejercicio fiscal o no— antes que tributen los dividendos abonados a sociedades residentes. Esta primera diferencia de trato constituye el objeto de la primera y segunda cuestión prejudicial, así como de la primera parte de la tercera;

– la base para determinar el impuesto de los dividendos es diferente, ya que la retención en la fuente practicada sobre los dividendos abonados a sociedades no residentes se liquida sobre el importe bruto de los dividendos, mientras que los dividendos abonados a sociedades residentes tributan por su importe neto dado que los gastos vinculados a la percepción de dichos dividendos son deducibles, lo que no está previsto en relación con los dividendos abonados a sociedades no residentes. Esta diferencia de trato constituye el objeto de la segunda parte de la tercera cuestión prejudicial.

22. En consecuencia, analizaré en primer lugar las cuestiones prejudiciales primera y segunda, así como la primera parte de la tercera cuestión prejudicial y, a continuación, examinaré el resto de esta última cuestión.

B. Sobre las cuestiones prejudiciales primera y segunda y sobre la primera parte de la tercera cuestión prejudicial

1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la tributación de los denominados dividendos «salientes»

23. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abundan las sentencias que han abordado el problema de la diferente tributación de los dividendos en función de que la sociedad residente que los distribuye (por ejemplo, una filial) los abone a un accionista residente (por ejemplo, su matriz) o, por el contrario, a un accionista no residente. En este último caso, se habla de «dividendos salientes» (*outgoing dividends*).

24. Según el Tribunal de Justicia, «un trato desfavorable por un Estado miembro de los dividendos pagados a los [contribuyentes] no residentes, en comparación con el trato que se dispensa a los dividendos pagados a los [contribuyentes] residentes, puede disuadir a las sociedades establecidas en un Estado miembro distinto de ese primer Estado miembro de invertir en él y, por consiguiente, constituye una restricción a la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 63 TFUE». [3]

25. A partir del momento en que un Estado miembro, de modo unilateral o por vía de acuerdos, sujeta al impuesto sobre la renta no solo a los accionistas residentes, sino también a los no residentes, por los dividendos que perciben de una sociedad residente, la situación de dichos accionistas no residentes se asemeja a la de los residentes. [4]

26. En consecuencia, en tanto las respectivas situaciones de los accionistas son comparables, la legislación nacional «constituye una medida discriminatoria incompatible con el Tratado [FUE] en la medida en que prevé una tributación de los dividendos abonados por las filiales residentes a las sociedades matrices [no residentes] más gravosa que la de los mismos dividendos pagados a las sociedades matrices [residentes]». [5]

27. Lo mismo cabe afirmar, con mayor razón, cuando los dividendos que no salen del Estado miembro tributan después de los dividendos salientes o están totalmente exentos de tributación, mientras que los dividendos salientes sí son gravados. [6]

28. Frecuentemente, el Estado de residencia de la sociedad que distribuye los dividendos impone una retención en la fuente sobre los dividendos salientes. Sin embargo, dicha retención en la fuente, impuesta únicamente a los dividendos abonados a los accionistas no residentes, no constituye, como tal, una restricción de la libre circulación de capitales, ya que no se trata más que de una modalidad de recaudación del impuesto. [7] Lo relevante es la diferencia en el trato fiscal general que se dispensa a las dos categorías de dividendos.

29. En varios asuntos, el Tribunal de Justicia consideró que existía una restricción de la libre circulación de capitales pese a que el Estado miembro de la sociedad que distribuye los dividendos aplicaba una retención en la fuente tanto a los dividendos salientes como a los que permanecían en el país. Así sucedió en el asunto en que recayó la sentencia de 20 de octubre de 2011, Comisión/Alemania (C-284/09, EU:C:2011:670), en el que la retención en la fuente se aplicaba a todos los dividendos distribuidos por una sociedad establecida en Alemania, pero en el que solo las sociedades residentes se beneficiaban de un crédito fiscal, que incluso se rembolsaba cuando el impuesto definitivo sobre los rendimientos resultaba inferior a dicho crédito, mientras que para las sociedades no residentes la retención practicada en la fuente tenía carácter definitivo.

30. La misma circunstancia se daba también en el asunto que dio lugar al auto de 12 de julio de 2012, Tate & Lyle Investments (C-384/11, no publicado, EU:C:2012:463) en el que al residente beneficiario de los dividendos se le practicaba una retención en la fuente imputable y rembolsable, mientras que para el no residente la retención en la fuente era definitiva.

3 Sentencia de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 28 y jurisprudencia citada.

4 Véanse las sentencias de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773), apartado 68; de 14 de diciembre de 2006, Denkavit Internationaal y Denkavit France (C-170/05, EU:C:2006:783), apartado 35; de 8 de noviembre de 2007, Amurta (C-379/05, EU:C:2007:655), apartado 38; de 20 de mayo de 2008, Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2008:289), apartados 78 y 79, y de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286), apartado 44.

5 Sentencia de 14 de diciembre de 2006, Denkavit Internationaal y Denkavit France (C-170/05, EU:C:2006:783), apartado 39.

6 Véanse las sentencias de 8 de noviembre de 2007, Amurta (C-379/05, EU:C:2007:655), apartado 61, y de 18 de junio de 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377), apartado 76.

7 Véanse las sentencias de 22 de diciembre de 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762), apartados 38 a 50, y de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286), apartado 43.

31. Un caso similar constituía el objeto del asunto en que recayó la sentencia de 17 de septiembre de 2015, Miljoen y otros (C-10/14, C-14/14 y C-17/14, EU:C:2015:608), en el que los contribuyentes residentes se beneficiaban de un rembolso de la retención en la fuente o de un mecanismo de deducción, mientras que para los contribuyentes no residentes la retención constituía un impuesto definitivo.

32. En otras palabras, como el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286), «los artículos 63 TFUE y 65 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que prevé la imposición, mediante una retención en origen, de los dividendos de origen nacional cuando son percibidos por [contribuyentes] residentes en otro Estado, *mientras que esos dividendos están exentos para los* [*contribuyentes] residentes en el primer Estado*».[8]

2. Aplicación de esta jurisprudencia al litigio principal

a) Existencia de una restricción de la libre circulación de capitales

33. La normativa francesa controvertida en el asunto principal grava los dividendos abonados a sociedades no residentes deficitarias a través de una retención en la fuente, mientras que los dividendos abonados a sociedades residentes solo tributan eventual y, en todo caso, posteriormente, a través del impuesto de sociedades, en el ejercicio en el que vuelvan a obtener beneficios.

34. Aunque formalmente no existe una exención de los dividendos abonados a sociedades residentes deficitarias, estos, en caso de tributar, siempre lo harán con posterioridad; y quizás nunca, ya que la sociedad residente que percibe estos dividendos puede no llegar a recuperar una situación de superávit o, incluso, poner fin a su actividad.[9]

35. En consecuencia, en el presente asunto, la tributación de los dividendos abonados a las sociedades no residentes deficitarias es manifiestamente menos favorable, ya que la tributación de los dividendos abonados a las sociedades residentes puede no llegar a producirse nunca y, de hacerlo, será en todo caso con posterioridad, lo que ya de por sí supone una desventaja de tesorería para las sociedades deficitarias no residentes. El órgano jurisdiccional remitente mencionaba expresamente este último supuesto en su primera cuestión prejudicial.

36. Para concluir sobre este punto, considero que el sistema establecido por una normativa de un Estado miembro como la controvertida en el asunto principal constituye una restricción de la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 63 TFUE.

8 Apartado 55 de dicha sentencia, el subrayado es mío.

9 Es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado que, aunque los dividendos percibidos por la sociedad matriz no estén sometidos al impuesto en el ejercicio fiscal en el que dichos dividendos han sido distribuidos, «la reducción de las pérdidas de la sociedad matriz [en la cuantía de los dividendos percibidos] puede dar lugar a que esta vea gravados indirectamente dichos dividendos en ejercicios fiscales posteriores, cuando sus resultados sean positivos» (véase la sentencia de 12 de febrero de 2009, Cobelfret, C-138/07, EU:C:2009:82, apartado 40). Sin embargo, al admitir la posibilidad de tributación en un ejercicio fiscal posterior, el Tribunal de Justicia abordó un problema completamente diferente, a saber, el de la posibilidad de una doble imposición económica en el caso de los dividendos distribuidos por una sociedad no residente y percibidos por una sociedad residente que ya han tributado en el momento de su distribución (véase la sentencia de 10 de febrero de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel y Österreichische Salinen, C-436/08 y C-437/08, EU:C:2011:61, apartado 158). Tal posibilidad se consideró contraria a la Directiva matrices-filiales.

b) Comparabilidad de las situaciones y existencia de una razón imperiosa de interés general que pueda justificar la libre circulación de capitales

37. Conforme al artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), lo dispuesto en el artículo 63 TFUE 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.

38. Como ya he señalado en el punto 26 de las presentes conclusiones, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es clara: desde el momento en que un Estado miembro grava no solo a los accionistas residentes, sino también a los accionistas no residentes por los dividendos que reciben de una sociedad residente, la situación de los accionistas no residentes es comparable a la de los accionistas residentes.

39. La diferencia de trato establecida por la normativa francesa controvertida en el litigio principal «no puede [por tanto] justificarse por una diferencia de situación pertinente». [10]

c) Justificación

40. El Gobierno francés ha invocado dos causas de justificación ante el Tribunal de Justicia, a saber, la necesidad de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros y la necesidad de garantizar la recaudación eficaz de los impuestos.

41. Aunque puede admitirse la necesidad de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, en particular, cuando el objetivo del régimen de que se trate sea evitar comportamientos que puedan comprometer el derecho de un Estado miembro a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades desarrolladas en su territorio, [11] ha de señalarse, en primer lugar, que, en la medida en que la normativa francesa controvertida en el asunto principal conduce a una tributación de los dividendos salientes menos favorable que la de los dividendos abonados a los residentes (al menos, a una desventaja de tesorería), el Gobierno francés no ha explicado por qué esa tributación es necesaria para garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, dado que ese objetivo puede alcanzarse a través de medidas no discriminatorias como, por ejemplo, la práctica de una retención en la fuente tanto sobre los dividendos abonados a los residentes como a los no residentes.

42. Además, dado que la normativa francesa controvertida en el asunto principal puede conducir a la exención de los dividendos abonados a sociedades residentes, procede recordar que, en la medida en que un Estado miembro haya decidido no someter al impuesto a los residentes que perciben dividendos de origen nacional, no puede invocar la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros para justificar la sujeción al impuesto de los no residentes que perciben esos rendimientos. [12]

43. Por último, observo que la República francesa ha ejercido su potestad tributaria sobre los dividendos abonados a sociedades no residentes, que, por otra parte, no tenían ninguna posibilidad de acogerse a otro sistema tributario nacional que les hubiera otorgado un régimen fiscal más favorable sobre estos mismos dividendos.

10 Sentencia de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286), apartado 44.

11 Véase la sentencia de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286), apartado 47 y jurisprudencia citada.

12 Véase la sentencia de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286), apartado 48 y jurisprudencia citada.

44. La normativa francesa controvertida en el asunto principal tampoco puede estar justificada por la necesidad de garantizar la recaudación eficaz de los impuestos, ya que esta no puede justificar una imposición que, en esencia, solo grava a los no residentes. [13]

45. Por estos motivos, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales primera y segunda, así como a la primera parte de la tercera cuestión prejudicial, que los artículos 63 TFUE y 65 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que grava los dividendos abonados a una sociedad no residente deficitaria mediante una retención en la fuente, mientras que las sociedades residentes similares, en la medida en que sigan siendo deficitarias, no tributan por los dividendos de origen nacional que perciben.

C. Sobre la segunda parte de la tercera cuestión prejudicial

46. Mediante la segunda parte de la tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea que se determine si, teniendo en cuenta la carga impositiva efectiva sobre los dividendos abonados a los residentes y la de los abonados a los no residentes, una restricción de la libre circulación de capitales derivada de una normativa nacional que excluye únicamente para las sociedades no residentes que puedan deducirse los gastos vinculados directamente a la propia percepción de los dividendos puede estar justificada por la diferencia entre el tipo impositivo general (33,33 %) que se aplica a los residentes, en un ejercicio posterior, [14] y la retención en la fuente (15 %) practicada sobre los dividendos abonados a los no residentes, cuando esta diferencia compensa, con respecto al importe de la cuota tributaria abonada, la diferencia de base imponible.

1. Admisibilidad

47. Según jurisprudencia reiterada, las cuestiones prejudiciales planteadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro relativas al Derecho de la Unión disfrutan de una presunción de pertinencia, de modo que el Tribunal de Justicia solo puede negarse a pronunciarse sobre ellas cuando resulte evidente que la interpretación o la apreciación de validez de una norma de la Unión que se ha solicitado carece de relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o, asimismo, cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los datos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas. [15]

48. Según el Gobierno del Reino Unido, esta cuestión es hipotética, dado que las sociedades belgas de que se trata en el litigio principal no han identificado ningún gasto vinculado directamente a la percepción de los dividendos que no hayan podido deducir al calcular el importe de la retención en la fuente. Por lo tanto, en su opinión, la segunda parte de la tercera cuestión carece de pertinencia para resolver el litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente.

49. Durante la vista, Sofina sostuvo que Rebelco, Sidro y ella misma solicitaron efectivamente la deducción de la base imponible de los dividendos de todos los gastos vinculados a sus actividades de gestión de cartera, es decir, de todos los gastos necesarios para la adquisición, conservación y gestión de sus participaciones en las sociedades francesas, así como de todas las cargas que se derivan necesariamente de la tenencia de dichas participaciones.

50. Dado que se solicitó la deducción, considero que la segunda parte de la tercera cuestión prejudicial resulta pertinente.

13 Véase, por analogía, la sentencia de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286), apartado 49.

14 Conviene recordar que es posible que la tributación no llegue a producirse.

15 Véanse las sentencias de 26 de febrero de 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107), apartado 29 y jurisprudencia citada, y de 16 de junio de 2015, Gauweiler y otros (C-62/14, EU:C:2015:400), apartado 25.

51. En cambio, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si las sociedades residentes que perciben dividendos de origen nacional pueden deducir los gastos cuya deducción se solicitó [16] y si se trata de gastos *vinculados directamente* a la propia percepción de los rendimientos controvertidos en el litigio principal. [17]

2. Sobre el fondo

a) Existencia de una restricción de la libre circulación de capitales

52. Como señala la Comisión, el órgano jurisdiccional remitente parte correctamente de la premisa de que la negativa a permitir la deducción de los gastos directamente vinculados a la percepción de los dividendos salientes, que es posible en relación con los dividendos abonados a las sociedades residentes, constituye una restricción de la libre circulación de capitales. [18] En efecto, esa diferencia de trato puede disuadir a las sociedades establecidas en otros Estados miembros de realizar inversiones en sociedades francesas.

b) Justificación

1) Comparabilidad de las situaciones

53. Es importante señalar que «el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en lo que atañe a gastos profesionales vinculados directamente a la actividad que ha generado rendimientos imponibles en un Estado miembro, los residentes y los no residentes en este se encuentran en una situación comparable». [19]

54. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha estimado que si el método impositivo aplicado a los residentes permite deducir los gastos vinculados directamente a la percepción de los dividendos, «la toma en consideración de tales gastos debería permitirse también a los […] no residentes». [20]

55. En este contexto, tal restricción de la libre circulación de capitales «no se puede justificar por el hecho de que [los no residentes] estén sujet[o]s a un tipo impositivo inferior que el aplicado a [los residentes]». [21] Por lo tanto, no es necesario comparar la carga impositiva efectiva sobre los dividendos abonados a los residentes con la de los dividendos abonados a los no residentes, ya que incluso si el tipo del impuesto para los no residentes es inferior al que se aplica a los residentes, el importe de los gastos que los residentes tienen derecho a deducir es incierto y nada indica que sea igual a la diferencia que resulta de la distinta tributación de los residentes y de los no residentes.

16 Véanse las sentencias de 31 de marzo de 2011, Schröder (C-450/09, EU:C:2011:198), apartado 40; de 17 de septiembre de 2015, Miljoen y otros (C-10/14, C-14/14 y C-17/14, EU:C:2015:608), apartado 57, y de 13 de julio de 2016, Brisal y KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549), apartados 44 y 45.

17 Véanse las sentencias de 22 de noviembre de 2012, Comisión/Alemania (C-600/10, no publicada, EU:C:2012:737), apartado 20; de 17 de septiembre de 2015, Miljoen y otros (C-10/14, C-14/14 y C-17/14, EU:C:2015:608), apartados 58 y 59, y de 13 de julio de 2016, Brisal y KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549), apartado 46.

18 Véanse las sentencias de 31 de marzo de 2011, Schröder (C-450/09, EU:C:2011:198), apartado 40, y de 17 de septiembre de 2015, Miljoen y otros (C-10/14, C-14/14 y C-17/14, EU:C:2015:608), apartado 57.

19 Sentencia de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 64 y jurisprudencia citada.

20 Sentencia de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 65. Véanse, asimismo, en este sentido, las sentencias de 12 de junio de 2003, Gerritse (C-234/01, EU:C:2003:340), apartados 27 y 28; de 15 de febrero de 2007, Centro Equestre da Lezíria Grande (C-345/04, EU:C:2007:96), apartado 23; de 8 de noviembre de 2012, Comisión/Finlandia (C-342/10, EU:C:2012:688), apartado 37 (esta sentencia versa sobre dividendos), y de 13 de julio de 2016, Brisal y KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549), apartado 45.

21 Véase la sentencia de 13 de julio de 2016, Brisal y KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549), apartado 33.

2) Razones imperiosas de interés general

56. El Gobierno francés alega que la tributación del importe bruto de los dividendos abonados a una sociedad no residente sin posibilidad de deducir los gastos vinculados directamente a su percepción (a diferencia de lo que ocurre con los dividendos abonados a una sociedad residente, que tributan por su importe neto) solo se justifica por la necesidad de garantizar la recaudación eficaz de los impuestos. [22]

57. En primer lugar, conviene recordar que, si bien el Tribunal de Justicia ha declarado que tal objetivo constituye una razón imperiosa de interés general que puede justificar una restricción a la libre prestación de servicios establecida por la normativa fiscal de un Estado miembro, [23] también es necesario que la aplicación de dicha restricción sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no exceda de lo que es necesario para alcanzarlo. [24] Por supuesto, estos principios pueden trasladarse al presente asunto, que se refiere a la libre circulación de capitales.

58. En el presente asunto, basándose en los apartados 46 y 47 de la sentencia de 19 de noviembre de 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765), el Gobierno francés alega que la denegación de la deducción de los gastos debe aceptarse como un elemento inherente al régimen fiscal de retención en la fuente, puesto que este tiene por objeto tanto simplificar la gestión de la Administración tributaria del Estado miembro de origen como facilitar la situación del contribuyente no residente. De este modo, como señala el Gobierno francés, la Administración tributaria queda dispensada de la tarea de retener el impuesto del no residente y este último queda liberado de toda obligación de cooperación, en el sentido de que no está obligado a familiarizarse con el sistema fiscal francés para poder presentar una declaración fiscal ante la Administración tributaria francesa por los rendimientos que obtiene en Francia. Por último, según el Gobierno francés, la deducción de los gastos vinculados a la percepción de los dividendos contravendría el objetivo de simplificación que persigue el régimen fiscal de retención en la fuente, ya que esta se practica a la sociedad que distribuye los dividendos, la cual no puede conocer los gastos vinculados a su percepción en los que ha incurrido el no residente.

59. En mi opinión, este argumento no puede prosperar.

60. En primer lugar, aparte de que la sentencia de 19 de noviembre de 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765), se aparta de las sentencias de 18 de marzo de 2010, Gielen (C-440/08, EU:C:2010:148), y de 28 de febrero de 2013, Beker y Beker (C-168/11, EU:C:2013:117) —que rechazan aceptar como justificación de una discriminación que una normativa nacional ofrezca a los contribuyentes no residentes la posibilidad de acogerse, a petición propia, a un sistema tributario alternativo y compatible con el Derecho de la Unión—, el asunto que se resolvía en ella era una situación completamente distinta a la controvertida en este caso. [25]

61. El asunto en que recayó la sentencia de 19 de noviembre de 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765), versaba sobre una ley sueca que pretendía eliminar la restricción contra los sujetos pasivos no residentes constatada en la sentencia de 1 de julio de 2004, Wallentin (C-169/03, EU:C:2004:403), permitiéndoles optar entre el régimen de tributación ordinario establecido para los residentes y el régimen de retención en la fuente destinado a los no residentes.

22 Esta justificación es similar a la vinculada a la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales, una razón imperiosa de interés general que a menudo ha sido objeto de análisis por parte del Tribunal de Justicia en asuntos sobre la libre circulación de capitales. En lo que respecta a las transferencias de capitales entre Estados miembros, dicha justificación se rechazó sistemáticamente mientras resultó aplicable la Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos (DO 1977, L 336, p. 15; EE 09/01, p. 94) (véanse, en este sentido, las sentencias de 23 de enero de 2014, Comisión/Bélgica, C-296/12, EU:C:2014:24, apartados 42 a 45, y de 6 de junio de 2013, Comisión/Bélgica, C-383/10, EU:C:2013:364, apartados 50 a 60). Ocurre actualmente lo mismo con respecto a la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE (DO 2011, L 64, p. 1).

23 Véanse, en particular, las sentencias de 3 de octubre de 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, EU:C:2006:630), apartados 35 y 36, y de 13 de julio de 2016, Brisal y KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549), apartado 39.

24 Véase la sentencia de 18 de octubre de 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635), apartado 36 y jurisprudencia citada.

25 Véase la sentencia de 19 de noviembre de 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765), apartados 37 a 40.

62. Tras declarar que este último sistema era globalmente más favorable para los no residentes,[26] el Tribunal de Justicia declaró que «la denegación, en el marco de la tributación por los rendimientos, a los contribuyentes no residentes que obtienen la mayor parte de sus ingresos en el Estado fuente y que han optado por un régimen fiscal de retención en la fuente, de las deducciones personales que se conceden a los contribuyentes residentes en el marco del régimen general del impuesto no constituye una discriminación contraria al artículo 21 TFUE cuando los contribuyentes no residentes no están sujetos a una carga fiscal globalmente superior a la que recae sobre los contribuyentes residentes y sobre las personas que les son equiparables cuya situación sea comparable a la suya».[27]

63. En mi opinión, la jurisprudencia resultante de las sentencias de 18 de marzo de 2010, Gielen (C-440/08, EU:C:2010:148), y de 28 de febrero de 2013, Beker y Beker (C-168/11, EU:C:2013:117), debería mantenerse. Por otra parte, el razonamiento del Tribunal de Justicia en la sentencia de 19 de noviembre de 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765), me parece discutible en la medida en que la existencia o no de una discriminación no depende del resultado global para el contribuyente y que «la diferencia de trato entre estos dos grupos de contribuyentes puede calificarse de discriminación en el sentido del Tratado FUE si no existe ninguna diferencia de situación objetiva que pueda justificar una diferencia de trato a este respecto entre dichas categorías».[28]

64. Dicho esto, supongo que el Tribunal de Justicia adoptó esa postura en su sentencia de 19 de noviembre de 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765) probablemente con el fin de no permitir a los sujetos pasivos no residentes practicar el *cherry picking*, esto es, reivindicar en beneficio propio los elementos más favorables de dos regímenes tributarios distintos. Por tanto, el Tribunal de Justicia se basó en el hecho de que el régimen tributario aplicable a los no residentes era globalmente más favorable que el régimen reservado, en principio, a los residentes, porque el Derecho sueco permitía al contribuyente no residente optar íntegramente por el régimen de tributación aplicable a los residentes.[29]

65. Sin embargo, la normativa francesa controvertida en el litigio principal no ofrece ninguna alternativa a los no residentes. Por consiguiente, al solicitar la deducción de los gastos vinculados directamente a la percepción de los dividendos de la que disponen los residentes, los no residentes no practican el *cherry-picking*, sino que lo que buscan es obtener el mismo trato.

66. En segundo lugar, aunque el hecho de que los no residentes deduzcan los gastos vinculados directamente a la percepción de los dividendos constituye una carga administrativa para la Administración tributaria francesa, esto también resulta aplicable, *mutatis mutandi*, a los residentes.[30]

67. En tercer lugar, como recordó el Tribunal de Justicia en el apartado 43 de su sentencia de 13 de julio de 2016, Brisal y KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549), corresponde al contribuyente no residente que percibe los dividendos «decidir si estima oportuno asignar recursos a la confección y la traducción de documentos destinados a acreditar la realidad y el importe efectivo de los gastos profesionales cuya deducción solicita».

68. En cuarto y último lugar, aunque reconozco que no sería muy eficaz exigir a la sociedad que reparte los dividendos que deduzca los gastos vinculados directamente a su percepción en los que haya incurrido el contribuyente no residente, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el derecho a la deducción puede materializarse también con posterioridad a la práctica de la retención en la fuente mediante el rembolso de una parte proporcional del impuesto retenido en origen.[31]

26 Véase la sentencia de 19 de noviembre de 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765), apartado 43.

27 Sentencia de 19 de noviembre de 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765), apartado 49.

28 Véase la sentencia de 18 de marzo de 2010, Gielen (C-440/08, EU:C:2010:148), apartado 44 y jurisprudencia citada.

29 Véanse, en este sentido, los puntos 40 a 43 de mis conclusiones presentadas en el asunto Hünnebeck (C-479/14, EU:C:2016:100).

30 Véase, en este sentido, la sentencia de 13 de julio de 2016, Brisal y KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549), apartado 41.

31 Véase la sentencia de 13 de julio de 2016, Brisal y KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549), apartado 42.

69. Por estas razones, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la segunda parte de la tercera cuestión prejudicial que una restricción de la libre circulación de capitales derivada de una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que excluye tan solo para los no residentes la deducción de los gastos vinculados directamente a la percepción de los dividendos, no puede estar justificada ni por la diferencia entre el tipo impositivo general que se aplica a los residentes en un ejercicio posterior y la retención en la fuente practicada sobre los dividendos abonados a los no residentes ni por la necesidad de garantizar la recaudación eficaz de los impuestos.

VI. Conclusión

70. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Conseil d'État (Consejo de Estado, Francia):

«1) Los artículos 63 TFUE y 65 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que grava los dividendos abonados a una sociedad no residente deficitaria mediante una retención en la fuente, mientras que las sociedades residentes similares, en la medida en que sigan siendo deficitarias, no tributan por los dividendos de origen nacional que perciben.

2) Una restricción de la libre circulación de capitales derivada de una normativa nacional, que excluye tan solo para los no residentes la deducción de los gastos vinculados directamente a la percepción de los dividendos, no puede estar justificada ni por la diferencia entre el tipo impositivo del régimen general que se aplica a los residentes en un ejercicio posterior y la retención en la fuente practicada sobre los dividendos abonados a los no residentes ni por la necesidad de garantizar la recaudación eficaz de los impuestos.»