CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. ANTONIO LA PERGOLA

presentadas el 24 de junio de 1999 *

Índice

I. Objeto de las presentes cuestiones prejudiciales I-4074

II. Normas comunitarias pertinentes I-4075

III. Marco jurídico nacional I-4075

IV. Hechos y procedimiento principal I-4076

V. El fondo I-4077

A. La primera cuestión prejudicial I-4077

1) El ordenamiento jurídico comunitario y los impuestos directos I-4078

2) ¿Afecta el eventual obstáculo a los movimientos de capitales? I-4079

3) ¿Constituye la medida nacional un obstáculo a los movimientos de capitales? . I-4080

4) ¿Es distintamente aplicable la medida nacional? I-4085

5) ¿Está justificada la medida nacional? I-4086

6) Las razones imperiosas de interés general I-4087

7) El carácter apropiado y proporcionado de la medida nacional I-4091

8) La excepción establecida en el artículo 73 D, apartado 1, letra a) I-4092

B. La segunda cuestión prejudicial I-4095

C. Las cuestiones prejudiciales primera y segunda: una perspectiva completa I-4099

1) El Convenio Bélgica-Países Bajos para evitar la doble imposición I-4101

2) Los movimientos de capital I-4102

3) La libertad de establecimiento I-4105

D. La tercera cuestión prejudicial I-4105

VI. Conclusión I-4107

* Lengua original: italiano.

I. Objeto de las presentes cuestiones prejudiciales

1. En el presente procedimiento, se plantean al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la Directiva 88/361/CEE [1] y sobre los artículos 6 y 52 del Tratado CE (actualmente artículos 12 CE y 43 CE, respectivamente, tras su modificación por el Tratado de Amsterdam). En particular, el Hoge Raad der Nederlanden (en lo sucesivo, «Hoge Raad») solicita al Tribunal de Justicia que dilucide si una norma tributaria que supedita la exención (hasta un determinado importe) del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que grava los dividendos pagados a los titulares de acciones o participaciones de sociedades al requisito de que se trate de dividendos de sociedades establecidas en el mismo Estado miembro en que reside el contribuyente es compatible con las normas que garantizan la libre circulación de capitales, la no discriminación por razón de la nacionalidad y la libertad de establecimiento. Las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia por el Juez *a quo* son las siguientes:

«1) ¿Debe interpretarse el apartado 1 del artículo 1 de la Directiva 88/361/CEE, en relación con el punto 2 del Título I del Anexo I de esta Directiva, en el sentido de que, con arreglo al apartado 1 de su artículo 6, desde el 1 de julio de 1990 está prohibida una restricción dimanante de una disposición de la normativa de un Estado miembro en materia de Impuesto sobre la Renta que declara parcialmente exentos del Impuesto sobre la Renta de los accionistas los dividendos, pero que limita esta exención a los dividendos de acciones de sociedades establecidas en dicho Estado miembro?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿deben interpretarse los artículos 6 y/o 52 del Tratado CE en el sentido de que es incompatible con ellos una disposición restrictiva como la mencionada en la primera cuestión?

3) ¿Es distinta la respuesta a las anteriores cuestiones según que quien reclame la aplicación de la referida exención sea un accionista ordinario o un trabajador (de una sociedad filial) que sea titular de las acciones de que se trata en el marco de un plan de ahorro en favor de los asalariados de la empresa ("werknemersspaarplan")?»

1 — Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado CE (DO L 178, p. 5; en lo sucesivo, «Directiva»). Como consecuencia de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam el 1 de mayo de 1999, se derogó el artículo 67 y la totalidad del Capítulo 4 del Título III de la Tercera Parte del Tratado CE, relativo a los movimientos de capitales, que había sido modificado íntegramente a raíz de la incorporación de los artículos 73 A a 73 H por el Tratado de la Unión Europea, que entraron en vigor el 1 de enero de 1994 con arreglo a lo dispuesto en el artículo 73 A, fue objeto de una nueva numeración de sus artículos (actualmente, artículos 56 CE a 70 CE, habida cuenta de que los artículos 73 A, 73 E y 73 H han sido derogados).

II. Normas comunitarias pertinentes

2. El artículo 1, apartado 1, de la Directiva establece que: «Los Estados miembros suprimirán las restricciones a los movimientos de capitales que tienen lugar entre las personas residentes en los Estados miembros, sin perjuicio de las disposiciones que se indican más adelante. Para facilitar la aplicación de la presente Directiva, los movimientos de capitales se clasificarán con arreglo a la nomenclatura que se establece en el Anexo I».[2] El punto I, número 2, del Anexo I de la Directiva, titulado «Nomenclatura de los movimientos de capitales contemplados en el artículo 1 de la Directiva» (en lo sucesivo, «Nomenclatura»), incluye entre las «inversiones directas» la «participación en empresas nuevas o existentes para crear o mantener vínculos económicos duraderos». En virtud de su artículo 6, apartado 1, la Directiva entró en vigor el 1 de julio de 1990. Recuerdo, por último, que el artículo 6 del Tratado prohíbe, con carácter general, toda discriminación por razón de la nacionalidad, mientras que el artículo 52 del Tratado, en relación con el artículo 58 del Tratado CE (actualmente artículo 48 CE) garantiza a las sociedades la libertad de establecimiento, asegurando el beneficio del «trato nacional», es decir, la aplicación por parte del Estado miembro de acogida de la legislación aplicable a sus propios nacionales.

2 — Puesto que la Directiva fue adoptada «para la aplicación del artículo 67 del Tratado», recuerdo que, con arreglo al apartado 1 de dicha disposición (derogada por el Tratado de Amsterdam, véase la nota 1 *supra*): «Los Estados miembros suprimirán progresivamente entre sí, durante el período transitorio y en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado común, las restricciones a los movimientos de capitales pertenecientes a personas residentes en los Estados miembros, así como las discriminaciones de trato por razón de la nacionalidad o residencia de las partes o del lugar de colocación de los capitales.»

III. Marco jurídico nacional

3. Según se desprende de los autos, el artículo 47b[3] de la Wet op de inkomstenbelasting de 1964 (Ley del Impuesto sobre la Renta de 1964) establecía[4] la exención del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, hasta un determinado importe, de los dividendos percibidos en virtud de acciones o participaciones en el capital de sociedades. Con arreglo al apartado 1 de dicho artículo: «La exención de los dividendos se aplicará a los rendimientos derivados de las acciones o participaciones sociales computados como rendimientos a efectos de la determinación del rendimiento íntegro *sobre los que se haya practicado la retención del Impuesto sobre los Dividendos*».[5] El artículo 1, apartado 1, de la Wet op de dividendbelasting de 1965[6] (Ley del Impuesto sobre los Dividendos) establece que el impuesto se percibe, mediante una retención en la fuente, únicamente sobre los dividendos de sociedades establecidas en los Países Bajos. Por tanto, la exención establecida en el artículo 47b se aplica únicamente a los dividendos distribuidos por sociedades establecidas en los Países Bajos. De los autos del procedimiento no se desprende en modo alguno que, con oca-

3 — En lo sucesivo, «artículo 47b» o «disposición impugnada»; esta disposición fue introducida en virtud de la Wet van 24 juni 1981 tot invoering van een vooraad-aftrek en vermogensaftrek in de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting alsmede invoering van een beperkte rentevrijstelling en een beperkte dividendvrijstelling in de inkomstebelasting (Ley de 24 de junio de 1981 relativa al establecimiento de una deducción por existencias y de una deducción por patrimonio neto del Impuesto sobre la Renta y del Impuesto sobre Sociedades, así como de una exención parcial del Impuesto sobre la Renta de los intereses y una exención formal de los dividendos en el impuesto sobre la Renta; Staatsblad 387).

4 — En la versión vigente con anterioridad a 1997, es decir, en la época en que se produjeron los hechos objeto del procedimiento principal.

5 — El subrayado es mío.

6 — Staatsblad 621.

sión de la liquidación del Impuesto sobre la Renta, se proceda a deducir el importe ya percibido en concepto de Impuesto sobre los Dividendos. La disposición impugnada no establece ninguna distinción según que el titular de las acciones que han producido los dividendos sujetos al impuesto sea o no un trabajador de la sociedad emisora que las haya adquirido en el marco de un plan de ahorro en favor de los asalariados de la empresa.

4. De los trabajos preparatorios para la introducción del artículo 47b en el ordenamiento jurídico neerlandés se desprende que esta disposición formaba parte de un paquete de medidas «destinadas a mejorar los recursos propios de las empresas y a estimular el interés de los particulares por las acciones neerlandesas».[7] Sólo en la última fase de los trabajos preparatorios se planteó una segunda justificación; al examinar el proyecto de Ley en la Eerste Kamer der Staten-Generaal se tuvo en cuenta asimismo el efecto «atenuante» que la exención de dividendos tendría sobre lo que en definitiva constituye una «doble imposición». Como acabo de señalar, el régimen fiscal de los Países Bajos establece tanto una retención en la fuente sobre los dividendos como un Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas beneficiarias de dichos dividendos.[8]

IV. Hechos y procedimiento principal

5. En 1991, el Sr. Verkooijen residía en los Países Bajos y trabajaba en ese país como empleado de la sociedad neerlandesa Fina Nederland BV, indirectamente controlada por la sociedad anónima Petrofina NV, que tiene su domicilio social en Bélgica y cotiza en las bolsas de Bruselas y Amberes (en lo sucesivo, «Petrofina»). En el marco de un plan de ahorro en favor de los asalariados de la empresa al que podían acogerse los trabajadores del grupo de Petrofina, el Sr. Verkooijen adquirió acciones de esta última sociedad. En 1991, dichas acciones le produjeron dividendos por un importe aproximado de 2.337 NLG.[9] De los autos

7 — Documentos Parlamentarios II, 1980-1981, 16539, p. 10, párrafo primero. De los trabajos parlamentarios se desprende, en particular, que la Tweede Kamer der Staten-Generaal tuvo en cuenta el hecho de que «la exención de los dividendos hace más atractiva la inversión en acciones neerlandesas. Gracias sobre todo a esta disposición, se incrementarán las posibilidades de emisión [de acciones] de las empresas neerlandesas. Además, esta disposición evitará que los inversores se deshagan de las acciones o que dejen de invertir en acciones debido a la exención relativa a los dividendos».

8 — A este respecto, el staatssecretaris van Financiën de los Países Bajos tuvo la posibilidad de precisar que «la exención de los dividendos funciona en la práctica, especialmente para los pequeños inversores, como una medida que palía la doble imposición» (Documentos Parlamentarios I, 1981, 16539, número 3, p. 5, última frase).
La solución neerlandesa al problema de los efectos económicos de la doble imposición, consistente en establecer una exención parcial del Impuesto sobre la Renta, es tan sólo uno de los métodos utilizados en la práctica en los diferentes sistemas fiscales en relación con este mismo problema. Tales métodos pueden agruparse en dos grandes categorías, en función del impuesto (o, más bien, del «nivel» impositivo) en el que se aplica la «atenuación»: el Impuesto sobre Sociedades o la retención en la fuente que recae sobre los dividendos y el Impuesto sobre la Renta que recae sobre los accionistas beneficiarios de esos mismos dividendos. En el Reino Unido, por ejemplo, el contribuyente británico goza —siempre que cumpla determinados requisitos— de un crédito fiscal por los dividendos que perciba de una sociedad establecida en el mismo Estado miembro (véanse los asuntos prejudiciales Metallgesellschaft y otros, C-397/98, pendiente ante el Tribunal de Justicia, DO 1999, C 1, p. 7, y Hoechst y otros, C-410/98, pendiente también ante el Tribunal de Justicia, DO 1999, C 1, p. 11). Para un análisis sintético de las soluciones adoptadas para mitigar los efectos de la doble imposición y un examen de los problemas inherentes a la misma, véase S.-O. Lodin: «The imputation systems' and cross-border dividends - the need for new solutions», en *EC Tax Review*, 1998, p. 229, y K. Ståhl: «Dividend taxation in a free capital market», en *EC Tax Review*, 1997, p. 227.

9 — Equivalentes a aproximadamente 1.060 euros.

del procedimiento se desprende asimismo que dichos dividendos fueron objeto de una retención en la fuente en Bélgica, pero no fueron sometidos a gravamen en los Países Bajos, con la excepción del que, como veremos de inmediato, recayó sobre el propio Sr. Verkooijen. Este incluyó los dividendos de que se trata en su declaración de la renta correspondiente al ejercicio fiscal de 1991. Al liquidar el Impuesto sobre la Renta correspondiente al Sr. Verkooijen, las autoridades tributarias calcularon su base liquidable sin aplicar, en relación con los dividendos distribuidos por Petrofina, la exención establecida en el artículo 47b. En efecto, la Administración consideraba que el Sr. Verkooijen no podía beneficiarse de la exención, ya que la misma tan sólo está prevista para los dividendos de acciones o participaciones sociales sobre los cuales ya se haya practicado la retención del impuesto (neerlandés) sobre los dividendos. Esencialmente, la Administración tributaria, en lugar de determinar la base liquidable en 164.697 NLG, determinó su importe en 166.697 NLG. [10]

6. Tras haber presentado una reclamación contra dicha liquidación que no prosperó, el Sr. Verkooijen interpuso un recurso ante el Gerechtshof te s'-Gravenhage contra la decisión mediante la cual las autoridades tributarias confirmaron la liquidación. El Gerechtshof estimó el recurso mediante sentencia de 10 de abril de 1996, reduciendo la base liquidable correspondiente al Sr. Verkooijen en un importe equivalente a 2.000 NLG y declarando que la normativa fiscal neerlandesa obstaculizaba los movimientos de capitales y la libertad de establecimiento. Contra esta sentencia del Gerechtshof, el staatssecretaris van Financiën [11] interpuso un recurso de casación ante el Hoge Raad, el cual estimó que debía plantear al Tribunal de Justicia las ya referidas cuestiones prejudiciales. Paso a examinarlas sobre el fondo, tomando como referencia el marco jurídico nacional antes descrito. Recordaré cuando proceda las alegaciones formuladas en el presente procedimiento por la parte demandada y por los Gobiernos de los Estados miembros que presentaron observaciones.

V. El fondo

A. *La primera cuestión prejudicial*

7. Mediante la primera cuestión el Juez neerlandés pide al Tribunal de Justicia, fundamentalmente, que dilucide si es compatible con la Directiva una disposición nacional que exime parcialmente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas únicamente los dividendos de acciones o participaciones de sociedades residentes en el Estado miembro interesado.

10 — En el caso de las personas casadas, como el Sr. Verkooijen, la exención de que se trata se aplica a un importe de la renta imponible equivalente a 2.000 NLG (aproximadamente 910 euros). Originalmente, la exención por dividendos se aplicaba a un importe equivalente a 500 NLG (aproximadamente 227 euros); mediante la Ley de 6 de septiembre de 1985 (Staatsblad 504), dicho importe se incrementó a 1.000 NLG (aproximadamente 454 euros), o bien 2.000 NLG para los cónyuges que tributan conjuntamente.

11 — Secretario de Estado de Hacienda (en lo sucesivo, «Secretario de Estado»).

1) El ordenamiento jurídico comunitario y los impuestos directos

8. Discrepando de la postura mantenida por el Sr. Verkooijen, el Gobierno británico y la Comisión, el Gobierno italiano sostuvo, con carácter preliminar, que la medida examinada no limita la libre circulación de capitales, ya que la fiscalidad directa no está armonizada en el plano comunitario: por tanto, considera que cualquier Estado miembro puede determinar libremente, dentro de su territorio, las modalidades de tributación de los diferentes rendimientos. Se trata de una opinión que no creo que pueda compartir. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, no es menos cierto que estos últimos deben ejercerla respetando el Derecho comunitario». [12]

9. Coincidiendo en lo fundamental con la tesis sostenida por el Gobierno italiano, el Gobierno neerlandés alega el hecho de que en 1975 la Comisión presentó una Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la armonización de los sistemas de Impuestos sobre Sociedades y de los regímenes de retención en la fuente sobre los dividendos, [13] para más tarde retirarla en 1990. [14] Pues bien, la Comisión motivó la retirada de la Propuesta señalando que las normas propuestas habían quedado obsoletas, tanto desde el punto de vista de la concepción general en que estaban inspiradas [15] como desde el punto de vista de sus disposiciones concretas. [16] En contra de lo que manifiesta el Gobierno neerlandés, la propia existencia de dicha Propuesta y las preocupaciones que volvió a expresar la Comisión al retirarla en 1990 demuestran, a mi entender, la importancia para el ordenamiento jurídico comunitario de los efectos sobre los movimientos de capitales relacionados con la fiscalidad directa. No es casualidad que la Comisión reconociera, al retirar la Propuesta, la necesidad de que el Consejo adoptara sin tardanza dos Propuestas de Directiva (ya sometidas a su consideración) encaminadas a armonizar algunos aspectos de los regímenes impositivos nacionales. [17]

10. Por otra parte, según el Gobierno neerlandés, los Estados miembros están facultados para considerar que disposiciones como la impugnada son compatibles

12 — Sentencia de 29 de abril de 1999, Royal Bank of Scotland (C-311/97, Rec. p. I-2651), apartado 19; en el mismo sentido véanse las de 4 de octubre de 1991, Comisión/Reino Unido (C-246/89 Rec. p. I-4585), apartado 12; de 14 de febrero de 1995, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225), apartado 21; de 11 de agosto de 1995, Wielockx (C-80/94, Rec. p. I-2493), apartado 16; de 27 de junio de 1996, Asscher (C-107/94, Rec. p. I-3089), apartado 36; de 15 de mayo de 1997, Futura Participations y Singer (C-250/95, Rec. p. I-2471), apartado 19, y de 28 de abril de 1998, Safir (C-118/96, Rec. p. I-1897), apartado 21; véanse también las sentencias de 16 de julio de 1998, ICI (C-264/96, Rec. p. I-4695), apartado 19.

13 — DO C 253, p. 2 (en lo sucesivo, «Propuesta»).

14 — Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo, documento SEC(90) 601 final de 20 de abril/18 de mayo de 1990 (en lo sucesivo, «Comunicación»).

15 — Concretamente, una concepción centralizada de la armonización fiscal y de la Unión Económica y Monetaria, en lugar de un planteamiento que favorezca la coordinación y la aproximación de las políticas nacionales, teniendo asimismo en cuenta el principio de subsidiariedad (véase la Comunicación, p. 10).

16 — La Propuesta de 1975, que no había vuelto a ser debatida ni en el Consejo ni en el Parlamento Europeo, ya no respondía a las exigencias de la Comunidad de los años noventa *(ibidem)*.

17 — Actualmente, estas Propuestas se han convertido en las Directivas 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DO L 225, p. 1), y 90/435/CEE del Consejo, de la misma fecha, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DO L 225, p. 6); véase la Comunicación, p. 13.

con el artículo 1, apartado 1, de la Directiva. Esto se debe a que la Comisión no advirtió al propio Gobierno neerlandés, en el momento en que entró en vigor la Directiva, de que las medidas controvertidas podían ser contrarias al Derecho comunitario. Esto es tanto más significativo, añade el Gobierno neerlandés, en la medida en que los Países Bajos no son el único Estado miembro cuyo sistema tributario contempla un mecanismo de atenuación de la doble imposición limitado únicamente a las «relaciones internas», con el fin de favorecer las inversiones en títulos nacionales. [18] Con todo, tales observaciones de los Países Bajos carecen de toda pertinencia en el marco de un procedimiento remitido al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 177, párrafo primero, letra a) del Tratado CE [actualmente artículo 234 CE, párrafo primero, letra a)], cuyo único objeto consiste en la interpretación del Derecho comunitario. El pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el marco del artículo 234 CE se basa en una jurisdicción «objetiva» que le ha sido otorgada, para cuyo ejercicio no entra en consideración la situación subjetiva (por ejemplo, la buena fe) del sujeto obligado a aplicar la norma que debe interpretarse. A lo sumo, el elemento subjetivo puede resultar pertinente en los procedimientos de que conozca el Tribunal de Justicia en relación con la supuesta violación del Tratado y del Derecho derivado. [19]

2) ¿Afecta el eventual obstáculo a los movimientos de capitales?

11. Remitiéndose a la jurisprudencia en el asunto Bachmann, [20] los Gobiernos británico y francés sostuvieron que, en el presente caso, el artículo 67 (derogado mediante el Tratado de Amsterdam) carece de pertinencia, ya que, a su juicio, tiene un carácter subsidiario con respecto a las disposiciones adoptadas para garantizar otras libertades fundamentales. Ahora bien, lo que el Tribunal afirmó en la sentencia Bachmann es que «el artículo 67 no prohíbe las restricciones que *no son aplicables* a las transferencias de capitales, sino que resultan indirectamente de restricciones a *las demás* libertades fundamentales». [21] Dicho de otro modo, el artículo 67 tan sólo interviene cuando una transferencia dineraria no constituye un pago correspondiente a intercambios de mercancías o de servicios. [22] Los Gobiernos que presentaron observaciones en el presente procedimiento no indicaron, sin embargo, qué otras libertades fundamentales resultan más directamente obstaculizadas por la disposición controvertida. Al margen de ello, considero, razonando de acuerdo con la jurisprudencia que acabo de invocar, que está claro que los hechos de que se trata en el presente asunto constituyen un caso en el cual el artículo 67 no tiene un carácter residual. Es cierto que, al adquirir las acciones de Petrofina, [23] el Sr. Verkooijen no efectuó un pago en concepto de contrapartida por una prestación. Se trata de una verdadera operación financiera, que

18 — En este sentido, véase D. Servais: *Un espacio financiero europeo*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1995, 3ª edición, p. 57, punto 3.1.3.; véase asimismo Olodin, *op. cit.*, y Ståhl, *op. cit.*

19 — Véase la sentencia de 9 de julio de 1970, Comisión/Francia (26/69, Rec. p. 565), en la que el Tribunal estimó que no existía la infracción alegada por la Comisión en un recurso interpuesto con arreglo al artículo 169 del Tratado CE (actualmnte artículo 226 CE) en consideración del carácter excusable del error cometido por el Estado miembro interesado, en razón del «carácter equívoco» de la situación jurídica (apartado 32).

20 — Sentencia de 28 de enero de 1992, Bachmann (C-204/90, Rec. p. I-249).

21 — Apartado 34 de la sentencia (el subrayado es mío).

22 — Véase la sentencia de 23 de febrero de 1995, Bordessa y otros (asuntos acumulados C-358/93 y C-416/93, Rec. p. I-361), apartados 13 y 14. Véase asimismo la sentencia de 31 de enero de 1984, Luisi y Carbone (asuntos acumulados 286/82 y 26/83, Rec. p. 377), en la que el Tribunal declaró, interpretando el artículo 67, que «los movimientos de capitales son operaciones financieras que tienen por objeto sustancial la colocación o la inversión de la cantidad de que se trata, y no la remuneración de una prestación» (apartado 21). Sobre el concepto de la subsidiariedad del artículo 67, tal como ha sido aplicado en la jurisprudencia del Tribunal, véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Tesauro en el asunto Safir (puntos 9 a 18).

23 — Operación que constituye la *premisa* de la percepción de los dividendos objeto de litigio por parte del Sr. Verkooijen (sobre este particular, véase el punto 13 *infra*).

tiene por objeto la inversión de una determinada cantidad en acciones de una sociedad establecida en otro Estado miembro: en suma, un verdadero movimiento transfronterizo de capitales. En el asunto Veronica, [24] en el que la medida nacional controvertida restringía la *participación* de una entidad de radiotelevisión autorizada con arreglo a la normativa interna, en el capital de otra entidad de radiodifusión constituida o por constituir en otro Estado miembro, el Tribunal dio por supuesta la cuestión de que la adquisición de participaciones de ese tipo constituye un movimiento de capitales a efectos del artículo 67, y procedió sin más al examen sobre el fondo. Con ello, puso de manifiesto que no había ninguna duda sobre la pertinencia de dicha disposición del Tratado para el caso de que conocía. En todo caso, es el propio Juez remitente el que debe apreciar la pertinencia para el caso de autos de la cuestión prejudicial relativa a los movimientos de capitales. [25]

3) ¿Constituye la medida nacional un obstáculo a los movimientos de capitales?

12. Todos los Gobiernos que presentaron observaciones niegan la existencia de cualquier restricción contraria al artículo 1, apartado 1, de la Directiva. Y lo hacen, fundamentalmente, basándose en dos tipos de consideraciones:

a) la conexión entre la disposición impugnada (que tan sólo afecta a los dividendos) y la libre circulación de capitales es demasiado *débil e indirecta* como para que el artículo 47b pueda estar comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva;

b) ni la adquisición de acciones o participaciones de sociedades establecidas en un Estado miembro distinto de los Países Bajos ni la distribución de los dividendos a los que dan derecho las participaciones en sociedades extranjeras constituyen, en sí mismas, un *impedimento u obstáculo* en el presente caso.

13. Por lo que respecta a la cuestión señalada en la letra a), sí que existe una conexión entre la medida neerlandesa y la circulación de capitales, y no se trata de una conexión *indirecta* hasta el punto de excluir el presente caso del ámbito de aplicación de la Directiva. Es cierto que la percepción de dividendos no aparece directamente mencionada en la Nomenclatura como un «movimiento de capitales». [26] No obstante, el disfrute de un dividendo tiene

24 — Sentencia de 3 de febrero de 1993, Veronica (C-148/91, Rec. p. I-487).

25 — Véase la sentencia de 14 de febrero de 1980, Damiani (53/79, Rec. p. 273), apartado 5, en la que el Tribunal declaró que «no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la oportunidad de la petición de decisión prejudicial. En efecto, en el marco del reparto de las funciones jurisdiccionales entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia que se hace en el artículo 177 del Tratado, corresponde al órgano jurisdiccional nacional, que es el único que conoce directamente los hechos del asunto y las alegaciones formuladas por las partes, y el que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, con pleno conocimiento de causa, la pertinencia de las cuestiones de Derecho suscitadas por el litigio de que conoce y la necesidad de una decisión prejudicial para poder emitir su fallo». Véanse asimismo, entre otras muchas, las sentencias de 13 de marzo de 1979, Peureux (86/78, Rec. p. 897), apartado 6; de 27 de octubre de 1993, Enderby (C-127/92, Rec. p. I-5535), apartado 10; de 5 de octubre de 1995, Aprile (C-125/94, Rec. p. I-2919), apartado 16, y de 12 de diciembre de 1996, RTI y otros (asuntos acumulados C-320/94, C-328/94, C-329/94, C-337/94, C-338/94 y C-339/94, Rec. p. I-6471), apartados 20 y 21.

26 — No creo que de esta omisión puedan derivarse las conclusiones que pretenden los Gobiernos que presentaron observaciones. En efecto, la Nomenclatura tiene un carácter meramente indicativo y no exhaustivo: véase la sentencia de 16 de marzo de 1999, Trummer y Mayer (C-222/97, Rec. p. I-1661), apartado 21, así como el contenido de la introducción de la propia Nomenclatura («la presente Nomenclatura no introduce un límite para la noción de movimiento de capitales»).

como *premisa indispensable* la «participación en empresas» o la «adquisición de títulos», operaciones que, sin lugar a dudas, constituyen movimientos de capitales a efectos del artículo 67. [27] Y esto basta, a mi entender, para que la disposición impugnada se encuentre en el ámbito de aplicación de la Directiva. Por lo demás, los movimientos de capitales consistentes en la inversión en acciones o participaciones representativas del capital de sociedades están a menudo motivados por el deseo de obtener los dividendos a los que el interesado tiene derecho en virtud de dicha participación. El propio Tribunal de Justicia ha declarado recientemente que, para que un límite u obstáculo a una determinada operación esté sujeto al artículo 73 B del Tratado (actualmente artículo 56 CE), es suficiente que dicha operación esté «indisolublemente vinculada» a un movimiento de capitales, [28] o bien que constituya su premisa. [29] Además, hace tiempo que el Tribunal ha precisado que el concepto de restricciones a los movimientos de capitales debe interpretarse de manera amplia. [30] Por consiguiente, a efectos de la aplicación del artículo 67 no importa ni la naturaleza ni el objeto de la normativa nacional de que se trate. Importa, en cambio, su eventual repercusión en los movimientos de capitales. Semejante planteamiento me parece de todo punto conforme con el tenor del artículo 1, apartado 1, de la Directiva (norma vigente en la época de los hechos del procedimiento principal), así como del artículo 56 CE (norma actualmente vigente), el cual, prohibiendo sin matices toda restricción a la libre circulación de capitales, «consagra» el principio ya establecido en la

27 — La Nomenclatura contempla los supuestos de la «participación en empresas nuevas o existentes para crear o mantener vínculos económicos duraderos» (punto I, número 2, al que se alude en la primera cuestión prejudicial) y de la «adquisición, por parte de residentes, de títulos extranjeros negociados en bolsa» (punto III, letra A, número 2; Petrofina es una sociedad cotizada en las bolsas de Bruselas y de Amberes). Véanse, asimismo, los hechos examinados en el asunto Veronica, al que me he referido en el punto 11 *supra*.

28 — Véase la sentencia Trummer y Mayer, apartado 24.

29 — Véase el asunto Trummer y Mayer, punto 9 de mis conclusiones. Mientras que el objeto del asunto Trummer y Mayer era una norma nacional relativa al supuesto (la constitución de una hipoteca) de un movimiento de capitales (la liquidación de una inversión inmobiliaria), en el presente caso el artículo 47b afecta al producto de ese movimiento. Sea como fuere, en ambos casos la medida nacional de que se trata se refiere a una operación (la constitución de la hipoteca) o a un pago (los dividendos) *indisolublemente vinculados* a un movimiento de capitales.

30 — Ya en la sentencia de 24 de junio de 1986, Brugnoni y Ruffinengo (157/85, Rec. p. 2013), el Tribunal de Justicia estimó que obstáculos administrativos como el depósito en custodia obligatorio de los títulos extranjeros en un banco, aunque no imponían autorizaciones de cambio ni impedían la adquisición de títulos extranjeros, representaban en todo caso una traba para la «liberalización más amplia» de los movimientos de capitales (véase el apartado 22).
En la sentencia de 14 de noviembre de 1995, Svensson y Gustavsson (C-484/93, Rec. p. I-3955), el Tribunal de Justicia consideró incompatible con el artículo 67 una legislación nacional que exige, para que los beneficiarios de un préstamo que residen en el Estado miembro interesado puedan obtener la bonificación de interés concedida por el Estado mediante fondos públicos, que el banco que conceda el préstamo esté establecido en ese mismo Estado miembro (véase el apartado 10 de la sentencia), subrayando de este modo que, para que una norma nacional esté comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 67, no es necesario que tenga directamente por objeto un movimiento de capitales propiamente dicho (en nuestro caso, una inversión en acciones, y en el asunto Svensson y Gustavsson un préstamo bancario), sino que es suficiente con que la medida nacional afecte a un elemento que tenga una estrecha relación con un movimiento de este tipo (en nuestro caso, los dividendos, y en el asunto Svensson y Gustavsson el banco o, mejor dicho, la «nacionalidad» del banco que otorga el préstamo).

Directiva y, por así decirlo, lo «constitucionaliza». [31]

14. Por lo que respecta, por otro lado, a la supuesta inexistencia de *impedimentos u obstáculos* a los movimientos de capitales [véase la letra b) del punto 12 *supra*], recuerdo que, tal como se pone de manifiesto claramente en los correspondientes trabajos preparatorios, el artículo 47b pretendía introducir en el sistema tributario un trato «preferencial» para quienes se dirijan al mercado de acciones neerlandés, incentivándoles a colocar su capital en los Países Bajos. Habida cuenta de su contenido, no cabe duda de que la disposición impugnada estaba encaminada y era apropiada para producir el efecto deseado. No lo niega ni siquiera el propio Gobierno neerlandés. De ser así, se adoptó una norma que me inclinaría a calificar de orientación «proteccionista». Se dirá que el artículo 47b —en la medida en que afecta a los dividendos distribuidos por sociedades neerlandesas a contribuyentes residentes en los Países Bajos— no *impide directamente* ni las inversiones en acciones de sociedades establecidas en otro Estado miembro ni la distribución de los dividendos a que dichas acciones pueden dar derecho. No obstante, me resulta difícil excluir que una disposición de ese tipo pueda cuando menos *disuadir* o *hacer menos atractiva* para los ciudadanos residentes en los Países Bajos la colocación de sus capitales en el extranjero. En efecto, dependiendo del lugar donde se coloque el capital, la disposición controvertida puede constituir un factor de distorsión de la relación entre la tasa de rentabilidad económica de una inversión y la tasa de rentabilidad para el inversor después de impuestos. A diferencia de lo que consideran los Gobiernos que presentaron observaciones, este efecto distorsionador no debe considerarse un elemento tan secundario como para no poder influir en el análisis jurídico. [32] En efecto, tal como observaba hace algún tiempo la Comisión, [33] con la realización del mercado único se ha conseguido suprimir los obstáculos físicos y técnicos al ejercicio de las libertades fundamentales. En consecuencia, las diferencias entre los regímenes fiscales de los Estados miembros se han visto acentuadas y ejercen una notable influencia precisamente en las decisiones en materia de inversiones. Por otro lado, el tratamiento fiscal de los dividendos adquiere una creciente importancia respecto a las decisiones de inversión —no puedo dejar de señalarlo— como consecuencia de la realización de la Unión Económica y Monetaria

31 — En el texto, he expuesto los motivos, extraídos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por los cuales, a mi entender, la disposición impugnada produce un efecto suficientemente *directo* sobre los movimientos de capitales. Obsérvese que —recurriendo a las analogías entre las libertades fundamentales a que se refiere el punto 17 *infra*, que ciertamente no son las únicas que pueden señalarse (véase, por ejemplo, la nota 84 *infra*, final)— la aplicación a los movimientos de capitales de los principios enunciados en la sentencia de 11 de julio de 1974, Dassonville (8/74, Rec. p. 837), apartado 5, referida a la libre circulación de mercancías, nos lleva a considerar que incluso un obstáculo *indirecto* a los movimientos de capitales *considerados como tales* (véase, *a contrario*, la sentencia Bachmann, apartado 34, y el punto 11 *supra*) es incompatible con el artículo 1, apartado 1, de la Directiva (y, actualmente, con el artículo 56 CE). Por lo demás, el Tribunal ha declarado que el artículo 30 del Tratado CE (actualmente artículo 28 CE, tras su modificación) se opone a una medida nacional que reconoce un beneficio fiscal únicamente a los editores que imprimen sus libros en el Estado miembro interesado (sentencia de 7 de mayo de 1985, Comisión/Francia, 18/84, Rec. p. 1339). Véanse asimismo las conclusiones del Abogado General Sr. Cosmas presentadas el 21 de enero de 1999 en el asunto en el que recayó la sentencia de 22 de junio de 1999, ED (C-412/97, Rec. p. I-3845), en las cuales se admite con carácter general el caso de las restricciones «indirectas» a la libre circulación de mercancías y capitales (puntos 23 y 24).

32 — «El vínculo entre la libre circulación de capitales y la fiscalidad está claro. Los capitales se llevan y se traen en función de dos consideraciones: la tasa de rentabilidad y el tipo impositivo», P. Juillard: «Lecture critique des articles 73 B, 73 C et 73 D du Traité de la Communauté européenne», en A. Weber (ed.): *Währung und Wirtschaft, Festschrift für Prof. Dr. Hugo J. Hahn zum 70. Geburtstag*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, pp. 177 y ss., especialmente p. 184. Véanse, por otro lado, las conclusiones del Informe del Comité de expertos independientes sobre la tributación de las sociedades, dado a conocer por la Comisión el 18 de marzo de 1992, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1992 (en lo sucesivo, «Informe Ruding»), publicado asimismo en *European Taxation*, 1992, p. 105.

33 — Véase la Comunicación, p. 10.

(la etapa consecutiva a la de 1992 desde la perspectiva de un mercado interno plenamente integrado), desde el momento en que, a partir del 1 de enero de 1999, han desaparecido los riesgos de cambio entre once Estados miembros. Por tanto, el obstáculo constituido por las diferencias de tratamiento fiscal debe apreciarse desde esta perspectiva que vemos configurarse con toda claridad. Cada vez es mayor el número de grandes sociedades europeas cuyas acciones cotizan en bolsa, y dichas acciones pueden adquirirse incluso a través de Internet, independientemente de cuál sea el Estado miembro en el que estén establecidas las sociedades emisoras. En un contexto como éste, los obstáculos a la libre circulación se reducen enormemente y las diferencias fiscales basadas en la «nacionalidad» de los títulos, que forzosamente influyen en la elección de los inversores, deben ser controladas con todo rigor a la luz del Derecho comunitario.

15. A mi entender, y siempre sobre la base de los elementos de la normativa nacional tal como se desprenden de los autos del procedimiento, el artículo 47b presenta un segundo aspecto *pertinente* a efectos del artículo 67 y del artículo 1, apartado 1, de la Directiva. Lo cierto es que el límite «geográfico» de la exención tiene un efecto restrictivo y disuasorio *también* para las sociedades establecidas en otros Estados miembros, en la medida en que les obstaculiza la *captación de capitales:* las *disuade* de colocar sus acciones en los Países Bajos, ya que sus acciones o participaciones resultan menos atractivas para los inversores, habida cuenta de que cuando dichas sociedades procedan a la distribución de dividendos entre los accionistas que tributen en dicho país, el tratamiento fiscal dispensado a dichos dividendos será menos favorable que el aplicado a los dividendos distribuidos por sociedades establecidas en el Estado miembro interesado. [34]

16. Por tanto, habida cuenta de lo ya expuesto hasta aquí, considero que el artículo 47b constituye una restricción a efectos del artículo 1, apartado 1, de la Directiva, mediante la cual el legislador comunitario llevó a cabo la liberalización *completa* de los movimientos de capitales. [35] Por lo demás, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, puede advertirse una restricción o un obstáculo a una libertad fundamental en la medida adoptada a escala nacional que baste para «hacer menos actractivo» o «disuadir» a

34 — Según Servais, *op. cit.*, «los regímenes fiscales dirigidos a fomentar alguna forma de inversión [favoreciendo] la adquisición de títulos nacionales [...] son discriminatorios con respecto a los títulos extranjeros» (véase p. 57).
El Tribunal de Justicia ya ha conocido anteriormente de una restricción que tenía *efectos restrictivos a dos niveles:* véase la sentencia de 1 de diciembre de 1998, Ambry (C-410/96, Rec. p. I-7875), apartados 28 y 29, que tenía por objeto una medida nacional que obligaba, en caso de prestación de garantías financieras por una entidad de crédito o una empresa de seguros establecida en otro Estado miembro, a que el garante celebrara un acuerdo complementario con una entidad de crédito o una compañía de seguros establecida en el territorio nacional. En ese supuesto, observó el Tribunal de Justicia, existe un efecto restrictivo o disuasorio a) para las entidades financiaras establecidas en otros Estados miembros, en la medida en que les impide ofrecer directamente al ciudadano residente en el Estado miembro interesado las garantías exigidas *en las mismas condiciones* que un garante situado en el territorio nacional, y b) para los ciudadanos residentes en el Estado miembro interesado, ya que les disuade de dirigirse a una entidad financiera situada en otro Estado miembro, teniendo en cuenta que la obligación para esta última de celebrar un acuerdo de garantía con una entidad de crédito o una empresa de seguros establecida en el Estado miembro interesado puede generar costes suplementarios que normalmente serán repercutidos en el precio de constitución de la garantía a cargo del consumidor.

35 — Sentencia Bordessa y otros, apartado 17. Subrayo que, desde un punto de vista temporal, los hechos de autos, que tienen por objeto una declaración de impuestos correspondiente al ejercicio fiscal de 1991, son posteriores a la fecha de la *liberalización completa,* a saber, el 1 de julio de 1990, tal como establece el artículo 6, apartado 1, de la Directiva.

los interesados de ejercer cualquier derecho o facultad que constituya un componente de dicha libertad. [36]

17. Los Gobiernos nacionales que presentaron observaciones, y especialmente el Gobierno británico, sostuvieron asimismo la compatibilidad de la disposición impugnada con el artículo 1, apartado 1, de la Directiva, en virtud de una especie de regla *de minimis:* según alegan, la norma de que se trata produce un efecto demasiado débil sobre los movimientos de capitales. [37] Permítanseme algunas observaciones a este respecto. Evidentemente, la supuesta debilidad de los efectos de la disposición impugnada depende de cuál sea la inversión prevista y de los recursos del que la realiza. Para el pequeño ahorrador, que realiza inversiones de un importe necesariamente reducido, la posibilidad de beneficiarse o no de la exención establecida en el artículo 47b constituye, según parece, a diferencia de lo que considera el Reino Unido, un elemento importante a la hora de elegir el lugar en el que coloca sus capitales. [38] En todo caso, la tesis defendida por los Gobiernos que presentaron observaciones contradice la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la que también se ha declarado contraria a la Directiva para la aplicación del artículo 67 una medida nacional que establece una simple «traba» a los movimientos de capitales. [39] En mi opinión, esta jurisprudencia se sitúa en el mismo plano que la relativa a la libre circulación de mercancías, [40] en relación con la cual el Tribunal ha declarado, efectivamente, que «una medida nacional no escapa a la prohibición del artículo 30 por el mero hecho de que el obstáculo creado a la importación sea *débil*» [41] o «*de poca entidad*». [42] El Tribunal ha sentado una jurisprudencia análoga en relación con la libre circulación de personas [43] y la libre prestación de servicios: [44] «como ha declarado en varias ocasiones este Tribunal de Justicia, los artículos del Tratado CEE

36 — Véanse, por ejemplo, las sentencias Trummer y Mayer, apartado 26; Ambry, apartados 28 y 29; Safir, apartado 30; de 31 de marzo de 1993, Kraus (C-19/92, Rec. p. I-1663), apartado 32; de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165), apartado 37; Svensson y Gustavsson, apartado 10, y Bachmann, apartado 31.

37 — El Gobierno británico puso de relieve los siguientes aspectos: i) en ocasiones, una inversión en acciones extranjeras simplemente no constituirá ningún movimiento de capitales, en el supuesto de que las acciones hayan sido efectivamente objeto de compraventa entre dos residentes neerlandeses; ii) parece difícil que la imposibilidad de beneficiarse de la exención de que se trata incluya una decisión de invertir en títulos extranjeros, habida cuenta de su reducido importe, considerando el hecho de que a menudo un inversor ya poseerá títulos que le reporten al menos 2.000 NLG y que, por regla general, un inversor presta más atención a cuáles son las perspectivas de rentabilidad de la sociedad cuyas acciones pretende adquirir, y iii) la propia exención se aplica únicamente a las personas físicas, y no a las personas jurídicas, para las cuales, por tanto, es de todo punto indiferente el lugar de colocación de los capitales.

38 — Véase la declaración del staatssecretaris van Financiën a la que me he referido en la nota 8 *supra.*

39 — Sentencia Brugnoni y Ruffinengo, apartado 22.

40 — Este paralelismo resulta cuando menos apropiado —no consigo imaginar un buen motivo para apreciar las restricciones a una libertad fundamental de un modo diferente que las restricciones a otra (véase la sentencia Gebhard, apartado 37)— atendiendo al hecho de que tanto el artículo 30 del Tratado (véase la sentencia Dassonville, antes citada, apartado 5), como el artículo 1, apartado 1, de la Directiva (y, actualmente, el artículo 56 CE) establecen la prohibición de *toda restricción,* y no sólo la eliminación de las medidas nacionales que tengan carácter discriminatorio.

41 — Sentencia de 5 de junio de 1986, Comisión/Italia (103/84, Rec. p. 1759), apartado 18.

42 — Sentencia de 5 de abril de 1984, Van de Haar (asuntos acumulados 177/82 y 178/82, Rec. p. 1797), apartado 13.

43 — Véase, por ejemplo, la sentencia Kraus, apartado 32; véase asimismo, en materia de libertad de establecimiento, la sentencia de 28 de enero de 1987, Comisión/Francia, más conocida como «Avoir fiscal» (270/83, Rec. p. 273), apartado 21, en la que se afirma que el artículo 52 del Tratado prohíbe cualquier discriminación, «incluso de pequeño alcance», *al margen de la importancia de las desventajas que se deriven de ella.*

44 — «El artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación) no sólo exige eliminar toda discriminación contra quien presta servicios por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción [...]», sentencia de 25 de julio de 1991, Säger (C-76/90, Rec. p. I-4221), apartado 12; en el mismo sentido, véase la sentencia de 24 de marzo de 1994, Schindler (C-275/92, Rec. p. I-1039), apartado 43.

relativos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y *capitales* constituyen disposiciones fundamentales para la Comunidad, por lo cual está prohibido *cualquier obstáculo* a esta libertad, *aun de importancia menor*».[45]

4) ¿Es distintamente aplicable la medida nacional?

18. La atención de las partes que presentaron observaciones en el presente procedimiento se centró en la cuestión de si existe o no algún obstáculo a la libre circulación de capitales. Ahora bien, aquí se impone otra reflexión en relación con el problema de la compatibilidad del artículo 47b con las disposiciones comunitarias que tienen por objeto garantizar la libre circulación de capitales. Hago esta observación tomando en consideración el tenor literal del artículo 67, apartado 1 (plenamente desarrollado mediante el artículo 1, apartado 1, de la Directiva), que consagra la obligación de los Estados miembros de suprimir *todas* las «discriminaciones de trato por razón [...] del *lugar de colocación* de los capitales». Pues bien, con la Directiva el mercado único alcanzó la «madurez» también por lo que respecta a los movimientos de capitales. El propio concepto de una libre circulación plenamente garantizada implica necesariamente que el lugar de procedencia o de destino del capital —digamos que el lugar de su colocación— no puede ser *entendido* por el legislador nacional *como un factor de diferenciación lícito* para regular dicha materia. Más concretamente: a mi entender, una disposición de la legislación interna que se limitara a establecer una diferencia de trato con respecto a la circulación de capitales *exclusivamente en razón del lugar* en el que éstos se encuentren situados debería considerarse incompatible con el Tratado, sin necesidad de proceder a determinar el alcance de los límites establecidos por la normativa nacional a la libertad de que se trate.[46] Y ello en la medida en que toda discriminación engendra automáticamente un obstáculo, a no ser, por supuesto, que las normas adoptadas por el legislador nacional estén justificadas por algún motivo de intervención pertinente a efectos del ordenamiento jurídico comunitario.[47] En la sentencia Svensson y Gustavsson,[48] el Tribunal consideró discriminatoria (además de injustificada) una medida nacional en materia de bonificación de los intereses de los préstamos destinados a la construcción de una vivienda que establecía una distinción en función del Estado miembro en el que estuviera establecido el banco que otorgara el préstamo. Se trataba de un asunto relativo a la circulación de capitales y se asemeja claramente al que se examina en el caso objeto de examen. Poco importa que, en el asunto Svensson y Gustavsson, la medida nacional estableciera una diferencia

45 — Sentencia de 13 de diciembre de 1989, Corsica Ferries France (C-49/89, Rec. p. 4441), apartado 8; el subrayado es mío.

46 — Véase la sentencia Avoir fiscal, apartado 21.

47 — Entre quienes se han manifestado en el sentido de considerar intrínsecamente ilegal una «distinción» de trato basada *exclusivamente* en el lugar de colocación de los capitales, véanse A. P. Dourado: «Free movement of capital and capital income taxation within the European Union», en *EC Tax Review*, 1994, pp. 176 y ss., especialmente pp. 184 y 185; J.-H. Hauptmann: Comentario al artículo 73 B, en *Traité sur l'Union Européenne — Commentaire article par article*, bajo la dirección de V. Constantinesco, R. Kovar, D. Simon (dirs.), Economica, París, 1995, p. 176, punto 6; P. Juillard, «Comentario al artículo 67», en *Traité instituant la CEE — Commentaire article par article*, bajo la dirección de V. Constantinesco, J.-P. Jacquet, R. Kovar y D. Simon, Economica, París, 1992, p. 353, punto 5.b; S. Mohamed: *Community Rules on the Free Movement of Capital*, Universidad de Estocolmo, 1997, pp. 36 a 38; Ståhl, *op. cit.*, p. 232; W. Vermeend: «Tax policy in Europe», en *EC Tax Review*, 1998, pp. 151 y 152. Por otra parte, en el Informe Ruding, *op. cit.*, se pone de manifiesto que las discriminaciones basadas exclusivamente en el lugar de colocación del capital tienden a compartimentar los mercados de capitales de la Comunidad (véanse los capítulos 4 y 10, Sección III).

48 — Véase la nota 30 *supra*.

de trato según el Estado miembro *de donde* procediera el capital (obstáculo a la importación) y no del Estado miembro *al cual* se dirigiera el capital (obstáculo a la exportación), como sucede en el presente procedimiento. Sobre la base de estas consideraciones, me parece indudable que el artículo 47b constituye una medida distintamente aplicable en función del lugar de colocación del capital que produce los beneficios de que disfrutan los contribuyentes del Estado miembro interesado y que, por tanto, también por este motivo la disposición impugnada es contraria al artículo 1, apartado 1, de la Directiva. De ello se derivan importantes consecuencias con respecto a las justificaciones admisibles en el presente asunto: una razón imperiosa de interés general no prevista en el Tratado no puede alegarse para justificar una diferencia de trato en principio incompatible con el artículo 1, apartado 1, de la Directiva (y con el artículo 67, apartado 1). Según reiterada jurisprudencia, sólo las disposiciones que establecen excepciones expresas (como los artículos 36, 48, apartado 3, y 56, apartado 1 del Tratado CE (actualmente artículos 30 CE, 39 CE, apartado 3, 46 CE, apartado 1, respectivamente, tras su modificación) y artículo 66 del Tratado CE (actualmente artículo 55 CE), permiten que una discriminación de este tipo sea compatible con el Derecho comunitario. [49]

5) ¿Está justificada la medida nacional?

19. Se trata de determinar ahora, a la luz de las consideraciones anteriores, si el artículo 47b contradice los criterios enunciados en la jurisprudencia según los cuales, para no ser contrarias al ordenamiento jurídico comunitario, las medidas de este tipo deben estar justificadas, si son distintamente aplicables, por excepciones expresas, y, si son indistintamente aplicables, asimismo por razones imperiosas de interés general, además de ser apropiadas y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido por la autoridad que las adopta. [50]

20. En primer lugar, observo que ninguna de las disposiciones que establecen excepciones contenidas en la Directiva —las únicas vigentes en el momento de producirse los hechos de autos— [51] ha sido invocada por los Gobiernos que presentaron observaciones, y menos aun por el Gobierno neerlandés, para justificar la diferencia de trato que se deriva de la norma examinada. Por tanto, en rigor el obstáculo a los movimientos de capitales constituido por el artículo 47b debe considerarse sin más injustificado e injustificable. No obstante, los Gobiernos que presentaron observaciones consideran que a la medida impugnada debe aplicársele una excepción por dos tipos de consideraciones, unas basadas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de razones imperiosas de interés general y las otras

49 — Véase, como más reciente, la sentencia Royal Bank of Scotland, apartado 32; véanse, por otra parte, las sentencias Svensson y Gustavsson, apartado 15; Schindler (Sobre la sexta cuestión prejudicial); de 25 de julio de 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Rec. p. I-4007), apartado 11, y Comisión/Países Bajos, «Mediawet» (C-353/89, Rec. p. I-4069), apartado 15, y de 26 de abril de 1988, Bond van Adveerteerders (352/85, Rec. p. 2085), apartados 32 y 33. No obstante, véase la sentencia Bachmann, en la que el Tribunal de Justicia estimó que una medida nacional discriminatoria estaba justificada por una razón imperiosa de interés general no prevista en el Tratado.

50 — Estos principios, formulados inicialmente en relación con la libre circulación de mercancías, son aplicados actualmente por el Tribunal de Justicia a todas las libertades de circulación (véase, por ejemplo, la sentencia Gebhard, apartado 37).

51 — Entre ellas, se encuentra la que prevé el caso de las medidas de salvaguardia que, previa autorización de la Comisión, un Estado miembro puede adoptar en caso de movimientos de capitales a corto plazo excepcionalmente amplios que provoquen fuertes tensiones en los mercados de cambio y graves perturbaciones en la dirección de la política monetaria y de cambio de un Estado miembro interesado (véase el artículo 3, apartado 1), así como el supuesto de las medidas indispensables que los Estados miembros pueden adoptar para impedir las infracciones a sus leyes y reglamentos nacionales, en particular, en materia fiscal o de control prudencial de las entidades financieras (véase el artículo 4, apartado 1).

derivadas de una disposición específica que establece excepciones expresamente introducida en el Tratado CE mediante el Tratado UE, y que entró en vigor con posterioridad a los hechos del procedimiento principal: artículo 73 D, apartado 1, letra a) del Tratado CE [actualmente artículo 58 CE, apartado 1, letra a)].

6) Las razones imperiosas de interés general

21. Los Estados miembros que presentaron observaciones en el presente procedimiento identifican, en primer lugar, dos razones por las cuales la disposición impugnada debe considerarse objetivamente justificada: el deseo de fomentar la economía del país incentivando la inversión del ahorro en acciones o participaciones de sociedades establecidas en el Estado miembro interesado, y el de atenuar los efectos de la doble imposición de los dividendos de las *sociedades neerlandesas* derivada de la aplicación tanto del Impuesto sobre los Dividendos como del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que reciban dichos dividendos. La segunda justificación, según alegan, está íntimamente relacionada con el objetivo de garantizar la coherencia del régimen tributario neerlandés. Según afirman, la exención se limita a los dividendos «nacionales», debido a que sólo los dividendos de las sociedades establecidas en los Países Bajos están sujetos en dicho país al correspondiente impuesto. Si la exención se extendiera a los dividendos de sociedades establecidas en otro Estado miembro y, por tanto, no obligadas a practicar la retención sobre los dividendos por cuenta de la Administración tributaria neerlandesa, se pondría en peligro la coherencia del sistema tributario, y el Gobierno neerlandés se vería obligado a renunciar por completo a la imposición de una parte de los dividendos (los procedentes del extranjero) percibidos por un accionista domiciliado a efectos fiscales en el territorio nacional. De este modo, una aplicación «ampliada» de la exención supondría una renuncia completa a cualquier imposición sobre una parte de los rendimientos de las personas físicas, cuando, según sostienen los Gobiernos que presentaron observaciones, ninguna disposición comunitaria impone semejante resultado. En síntesis, se alega la *relación directa* existente entre la posibilidad de acogerse a la exención de los dividendos del Impuesto sobre la Renta que recae sobre las personas físicas y la sujeción de esos mismos dividendos al Impuesto sobre los Dividendos.

22. Este Tribunal ha descartado reiteradamente la posibilidad de que un objetivo de carácter económico, como sin lugar a dudas es el propósito de fomentar la economía del país, pueda constituir una razón imperiosa de interés general que justifique restricciones a una libertad fundamental garantizada por el Tratado. [52] Por otra parte, al no estar expresamente contemplada en una disposición que establezca excepciones, dicha razón no puede justificar una medida nacional distintamente aplicable. Por lo demás, tal como observó el Abogado General Sr. Elmer en el asunto Svensson y Gustavsson, «algunas disposiciones legislativas nacionales pueden parecer a primera vista justificadas estrictamente desde el punto de vista de la economía nacional, siendo al mismo tiempo contrarias a las normas comunitarias». [53] Por otro lado, una medida nacional que se inspire en dicho objetivo y tenga al mismo tiempo el efecto de obstaculizar la libre circulación

52 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 23 de febrero de 1988, Comisión/Francia (216/84, Rec. p. 793), apartado 12; de 5 de junio de 1997, SETTG (C-398/95, Rec. p. I-3091), apartado 23, y Collectieve Antennevoorziening Gouda, apartado 14.

53 — Véase el punto 28 de las conclusiones.

debe calificarse sin más como una medida proteccionista y, por ende, contraria a la exigencia fundamental de la realización de un mercado único. Pues bien, el Tribunal de Justicia no ha vacilado en declarar incompatibles con el Tratado las medidas de carácter proteccionista.[54] Por las razones que acabo de señalar, estoy convencido de que debe desestimarse, por inadmisible, la primera justificación aducida por los Gobiernos que presentaron observaciones en relación con el artículo 47b.

23. Paso, por tanto, a examinar la cuestión de si los Gobiernos nacionales invocaron fundadamente la exigencia de salvaguardar la coherencia del régimen tributario considerado. Por más que la disposición impugnada sea discriminatoria (véase el punto 18 *supra*), el examen sobre el fondo de dicho motivo de justificación resulta necesario teniendo en cuenta una cierta jurisprudencia del Tribunal de Justicia que admite, únicamente en relación con esta razón imperiosa de interés general concreta, que también medidas nacionales distintamente aplicables (en el presente caso, en función del lugar de colocación de los capitales) puedan ser objeto de una excepción por razones no contempladas en ninguna cláusula de excepción expresa. En dos sentencias de la misma fecha y que tenían por objeto la misma medida nacional, considerada incompatible con los artículos 48 y 59 del Tratado, el Tribunal de Justicia acogió por vez primera —en relación con una medida distintamente aplicable— la justificación, no prevista en ninguna disposición del Tratado, consistente en la necesidad de garantizar la coherencia del régimen tributario.[55] Esta jurisprudencia, que con su fundamentación elíptica se apartaba de la construcción jurisprudencial relativa a las cuatro libertades fundamentales, parece haberse visto confirmada en otras sentencias del Tribunal de Justicia en materia de libertades fundamentales. En las sentencias Svensson y Gustavsson[56] e ICI,[57] por ejemplo, el Tribunal examinó, declarándolas incompatibles con el Tratado, medidas nacionales (en el asunto ICI, de carácter tributario) distintamente aplicables[58] que utilizaban como criterio diferenciador el domicilio de la sociedad (o, mejor dicho, el Estado miembro en que ésta tenía su domicilio social) para reconocer o negar a los interesados determinadas ventajas.[59] Pues bien, ante medidas nacionales de este tipo, aun reiterando sin ambajes el principio general según el cual las razones imperiosas de interés general no previstas en el Tratado[60] no pueden

54 — Véanse todas las normativas mediante las que se *incentiva* a la población a adquirir productos fabricados en el Estado miembro interesado; véase, por ejemplo, la sentencia de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca (C-243/89, Rec. p. I-3353), apartado 23, en la que se declaró contraria a los artículos 30, 48 y 59 del Tratado (actualmente artículos 28 CE, 39 CE y 79 CE, respectivamente, tras su modificación) la aplicación de una «cláusula relativa al contenido danés» en el marco de la adjudicación de un contrato público de obras.
Piénsese, además, en las disposiciones fiscales que, por favorecer los productos nacionales en detrimento de los importados, han sido consideradas incompatibles con el artículo 95 del Tratado CE (actualmente artículo 90 CE, tras su modificación), por tener efectos proteccionistas (véanse, por ejemplo, las sentencias de 9 de mayo de 1985, Humblot, 112/84, Rec. p. 1367; de 5 de abril de 1990, Comisión/Grecia, C-132/88, Rec. p. I-1567, y de 30 de noviembre de 1995, Casarin, C-113/94, Rec. p. I-4203).

55 — Véanse las sentencias Bachmann, y de 28 de enero de 1992, Comisión/Bélgica (C-300/90, Rec. p. I-305).

56 — Citada en la nota 30 *supra*.

57 — Citada en la nota 12 *supra*.

58 — Con respecto a las afirmaciones expresas del Tribunal de Justicia, véanse, en la sentencia Svensson y Gustavsson, el apartado 12, referido al aspecto «servicios», y, en la sentencia ICI, el apartado 24. Observo que, en la sentencia Svensson y Gustavsson, el Tribunal de Justicia no se pronunció directamente, en relación con el aspecto «capitales», sobre el hecho de si la medida de que se trataba era distintamente aplicable o no; sin embargo, a este respecto me remito al punto 18 *supra*.

59 — En relación con los hechos objeto de la sentencia Svensson y Gustavsson, me remito a la nota 30 y el punto 25 *supra*. En la sentencia ICI, el criterio del domicilio social de las filiales controladas era utilizado por el legislador británico para aplicar un trato fiscal diferenciado a las sociedades pertenecientes a un consorcio establecidas en el Estado miembro interesado; en particular, dicha medida reservaba la concesión de la ventaja fiscal constituida por la desgravación de consorcio únicamente a las sociedades que controlaban única o principalmente filiales que tuvieran su domicilio social en el territorio nacional (véase el apartado 23 de la sentencia).

60 — Las únicas excepciones previstas por lo que respecta a la libertad de establecimiento (sentencia ICI) figuran en el artículo 56, apartado 1 del Tratado, mientras que las relativas a la libre circulación de servicios (sentencia Svensson y Gustavsson) se limitan a los supuestos a que se refiere el artículo 66 del Tratado, que se remite al artículo 56 CE.

invocarse para justificar una desigualdad de trato incompatible, en principio, con los artículos 52 y 59 del Tratado, [61] el Tribunal de Justicia, remitiéndose en cada caso a la jurisprudencia Bachmann y Comisión/Bélgica, examinó sobre el fondo, en lugar de declarar su inadmisibilidad, la justificación relativa a la exigencia de garantizar la coherencia de un determinado régimen tributario. [62] Al hacerlo, y siempre con una fundamentación bastante sucinta, dicho Tribunal parece haber confirmado que, entre las razones imperiosas de interés general que pueden justificar medidas nacionales que restrinjan las libertades fundamentales, había una, por así decirlo, más «imperiosa» que las otras, al poder invocarse válidamente aun en el caso de normas nacionales distintamente aplicables. [63]

24. En el presente caso, la exigencia de garantizar la coherencia del régimen tributario considerado es invocada por los Gobiernos británico y neerlandés, no tanto en relación con el ámbito de aplicación material «positivo» de la disposición impugnada (es decir, los casos en que se aplica) como en relación con el ámbito de aplicación material «negativo» de la misma (es decir, los casos en que *no* puede aplicarse). En otros términos, afirman que precisamente la necesidad de salvaguardar la coherencia fiscal es la razón que llevó al legislador neerlandés, tras haber establecido la exención controvertida en el presente caso, [64] a *no extenderla* a los dividendos distribuidos por una sociedad establecida en otro Estado miembro.

25. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la necesidad de garantizar la coherencia del régimen tributario sólo puede justificar una restricción a una libertad fundamental cuando exista una *relación directa* entre un beneficio fiscal (es decir, una renuncia impositiva por parte de la Administración) y una tributación. [65] Existe una relación de este tipo, por ejemplo, en el caso en que la posibilidad de deducir de la base liquidable las primas de seguro se supedite a la condición de que la compañía aseguradora esté *asimismo* establecida en el Estado miembro considerado, de modo que se garantice a ese Estado miembro la posibilidad de someter efectivamente al impuesto los capitales abonados cuando se produzca el riesgo asegurado o con ocasión del rescate de la póliza. [66] Semejante régimen tributario permite que una misma persona pueda diferir en el tiempo, pero no eludir, su propia tributación. En cambio, permitir la deducibilidad de las primas a quien las abona a

61 — Véanse las sentencias Svensson y Gustavsson, apartado 15, e ICI, apartado 28.

62 — Véanse las sentencias Svensson y Gustavsson, apartado 18, e ICI, apartado 29. Observo, por otro lado, que, en la sentencia ICI, el Tribunal de Justicia, mientras que por un lado reiteraba el principio general de la inadmisibilidad de razones imperiosas de interés general como justificación de medidas nacionales distintamente aplicables, por el otro, al examinar sobre el fondo el fundamento de la exigencia de garantizar la coherencia del régimen tributario, aplicó coherentemente, en cambio, dicho principio, declarando la inadmisibilidad de otra razón —alegada por el Estado miembro interesado— consistente en la necesidad de evitar la disminución de los ingresos fiscales (véase el apartado 28 de la sentencia).

63 — En el mismo sentido, véanse también las sentencias Asscher (libertad de establecimiento) y Schumacker (libre circulación de trabajadores), en las que el Tribunal de Justicia, tras haber declarado que la medida nacional de que se trataba era discriminatoria (apartados 48 y 49, y 27 a 38, respectivamente), examinó detenidamente, remitiéndose siempre a la sentencia Bachmann, el fundamento de la justificación basada en la exigencia de garantizar la coherencia del régimen tributario (apartados 58 a 60 y 39 a 42, respectivamente).

64 — Como no dejaron de observar la Comisión y el Sr. Verkooijen, con anterioridad a 1981, año en el que se adoptó el artículo 47b, el sistema tributario neerlandés se caracterizaba ya por una cierta coherencia, en la medida en que no se establecía ninguna excepción (ni atenuación) de los efectos económicos producidos por la doble imposición de los dividendos pagados a contribuyentes neerlandeses por sociedades establecidas en los Países Bajos.

65 — Véanse las sentencias ICI, apartado 29; Asscher, apartados 58 a 60; Svensson y Gustavsson, apartado 18; Bachmann, apartados 22 y 23, y Comisión/Bélgica, apartados 14 a 16.

66 — Véanse las sentencias Bachmann y Comisión/Bélgica.

una empresa establecida en otro Estado miembro implicaría una *sustracción de fondos* a la potestad fiscal del Estado miembro interesado si, en el momento de pagarse las indemnizaciones o las liquidaciones anticipadas, el beneficiario hubiera vuelto al Estado miembro de origen. Por tanto, el Tribunal de Justicia considera que, en un sistema así configurado, existe una relación entre el carácter deducible y la ulterior imposición, y que se trata de una relación *directa,* en el sentido de que tanto una como otra medida afectan a la misma persona en momentos diferentes de su vida. Por el contrario, no puede considerarse directa la relación existente entre, por un lado, la concesión de la bonificación de interés a los prestatarios y, por otro, su financiación a través del impuesto que grava los beneficios de las entidades financieras, [67] en la medida en «que no es en absoluto seguro que las entidades de crédito [...] deban tributar a consecuencia del régimen de bonificación de interés. En efecto, sólo habrá base impositiva si la explotación de la entidad de crédito de que se trate se traduce globalmente en un excedente, lo que no será necesariamente así si el resultado de la explotación puede verse afectado negativamente por otros factores, por ejemplo, pérdidas sobre los préstamos o pérdidas de cambio sobre valores en cartera». [68]

26. Al aplicar los principios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la extensión de la exención establecida en el artículo 47b a los dividendos del Sr. Verkooijen menoscabaría, a mi entender, la *relación* que existe entre la posible exención de los dividendos del Impuesto sobre la Renta y la sujeción de los mismos al Impuesto sobre los Dividendos. Efectivamente, los Países Bajos establecieron el beneficio fiscal impugnado exclusivamente sobre la base de que su régimen tributario gravaba en todo caso los rendimientos objeto de la exención. Esto es lo que sucede con los dividendos distribuidos por sociedades neerlandesas, en la medida en que sólo estos dividendos están sujetos al Impuesto sobre los Dividendos neerlandés, cuya percepción, lo repito, constituye la *premisa* de la exención. Aplicar la exención a los dividendos distribuidos por una sociedad establecida en otro Estado miembro afectaría negativamente a los ingresos derivados de la exacción fiscal examinada en el presente asunto: por un lado, el Estado miembro que adoptó la normativa examinada no podría percibir el Impuesto sobre los Dividendos y, por otro, se vería obligado a reconocer a favor de su contribuyente una exención (aunque sólo fuera parcial) del Impuesto sobre la Renta respecto de rendimientos que sólo están sujetos al mismo, el único que puede percibirse sobre un elemento de sus rendimientos, como son los dividendos de origen extranjero.

27. Por otro lado, considero que la relación existente entre la exención establecida en el artículo 47b y la percepción del Impuesto sobre los Dividendos es *directa.* En efecto, tal como se desprende de los trabajos preparatorios de la disposición impugnada, con la cual el legislador neerlandés pretendía mitigar los efectos de la doble imposición, [69] el Impuesto sobre los Dividendos y el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a que se hace referencia en la resolución de remisión recaen, desde un punto de vista económico, sobre el mismo contribuyente (el sujeto con derecho a los dividendos). Por el contrario, en la sentencia Svensson y Gustavsson, en la que el Tribunal consideró que no existía ningún

67 — Véase la sentencia Svensson y Gustavsson, apartado 18.

68 — Véase el punto 31 de las conclusiones del Abogado General Sr. Elmer en el asunto Svensson y Gustavsson.

69 — Véase el punto 4 *supra.*

riesgo de menoscabar la coherencia del régimen tributario de Luxemburgo, la bonificación y la imposición (entre los que se afirmaba que existía un vínculo) no se referían al mismo contribuyente, sino a sujetos pasivos diferentes: [70] los prestatarios y las entidades financieras. [71] No es eso todo. Mientras que en una situación como la que fue objeto de la sentencia Bachmann el lapso de tiempo transcurrido entre la deducción de las primas y la tributación de las prestaciones de previsión puede ser de varios años, en nuestro caso la percepción del Impuesto sobre los Dividendos y la aplicación de la exención tienen lugar, en cambio, de manera prácticamente simultánea, en el momento en que se abonan los impuestos relativos a un mismo ejercicio fiscal. [72]

70 — Véase el punto 30 de las conclusiones del Abogado General Sr. Elmer.

71 — Fundamentalmente en el mismo sentido, véase, más recientemente, el asunto ICI, apartado 29 de la sentencia y puntos 26 a 28 de las conclusiones del Abogado General Sr. Tesauro.

72 — Siempre en relación con la coherencia de su régimen tributario y, en particular, con la exigencia de no producir resultados no deseados por el legislador nacional, los Países Bajos observaron, asimismo, que una aplicación generalizada de la exención tendría el efecto de otorgar una ventaja, en relación con los accionistas de sociedades neerlandesas, a los accionistas de sociedades establecidas en aquellos Estados miembros en los cuales las disposiciones adoptadas para atenuar los efectos de la doble imposición sobre los dividendos se aplican en la fuente, es decir, en el Impuesto sobre los Dividendos. De este modo, según el Gobierno neerlandés, los accionistas que hubieran invertido en acciones de sociedades extranjeras gozarían de una atenuación de la doble imposición mayor que la permitida en el caso de los dividendos de sociedades neerlandesas, lo que a su juicio excedería del objetivo de la exención establecida, e implicaría, además, si he entendido bien, obstaculizar la consecución del otro objetivo subyacente en las medidas tributarias de que se trata, consistente en fomentar la economía nacional. No me convence este razonamiento del Gobierno neerlandés. En primer lugar, el Derecho comunitario no prohíbe a los Estados miembros tratar situaciones puramente internas de un modo menos favorable que las previstas en el Tratado. En segundo lugar, recuerdo que el Tribunal ya tuvo ocasión de desestimar la alegación según la cual determinadas desventajas (en nuestro caso, el hecho de no poder gozar de la exención) pueden estar justificadas en la medida en que se vean compensadas por las ventajas de que gocen los interesados en *otro* Estado miembro (en el supuesto planteado por el Gobierno neerlandés, una «atenuación» aplicada al Impuesto sobre los Dividendos, inexistente en el sistema tributario de los Países Bajos): véanse las sentencias de 13 de julio de 1993, Commerzbank (C-330/91, Rec. p. I-4017), apartados 18 y 19, y Avoir fiscal, apartado 21 (véase asimismo el punto 7 de las conclusiones del Abogado General Sr. Mancini).

7) El carácter apropiado y proporcionado de la medida nacional

28. Tal como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para que las medidas nacionales que obstaculicen o hagan menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado puedan considerarse efectivamente justificadas por razones imperiosas de interés general deben ser apropiadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. [73]

29. En cuanto al carácter apropiado de la disposición impugnada para conseguir al menos una atenuación parcial, en favor del accionista beneficiario, de los efectos de la doble imposición que recae en los Países Bajos sobre los dividendos, no creo que pueda existir ninguna duda, ni por lo demás las ha expresado ninguna de las partes que presentaron observaciones en el presente procedimiento. Por lo que respecta a la cuestión de si la disposición impugnada es proporcionada en relación con el objetivo perseguido por el legislador neerlandés, en el marco de la distribución de competencias que se establece en el artículo 177 del Tratado, corresponde al órgano jurisdiccional nacional decidir si, pese a estar en principio justificado, el obstáculo a una libertad fundamental constituido por una medida nacional puede evitarse o reducirse sin comprometer la consecución de los fines perseguidos por la propia medida. [74] A este respecto, considero que la única alternativa planteada

73 — Véanse, entre otras muchas, las sentencias Gebhard, apartado 37, y Kraus, apartado 32.

74 — Sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651), apartado 39.

durante el presente procedimiento —a la que se ha referido la Comisión en el acto de la vista, en razón de su carácter supuestamente menos restrictivo de los movimientos de capitales—, consistente en la aplicación de una exención o de un crédito fiscal a los dividendos que tengan su origen en otro Estado miembro, está en contradicción —por lo que respecta a los hechos objeto del presente asunto y teniendo en cuenta el marco jurídico nacional tal como se ha descrito en los puntos 3 y 4 *supra*— con la coherencia que se pretende mantener, en la medida en que, a falta de los correspondientes pactos convencionales con otros Estados,[75] está claro que afectaría a los ingresos fiscales de los Países Bajos sin ninguna contrapartida o mecanismo de corrección.

8) La excepción establecida en el artículo 73 D, apartado 1, letra a)

30. Además de las justificaciones basadas en razones imperiosas de interés general extraídas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, todos los Estados miembros que presentaron observaciones en el procedimiento consideran que debe quedar a salvo el artículo 47b al amparo de la excepción actualmente establecida en el artículo 73 D, apartado 1, letra a),[76] alegando que dicha disposición, aunque entró en vigor en 1994 (con posterioridad a los hechos de autos), reproduce en lo fundamental la normativa anteriormente vigente.[77]

31. Si bien es cierto que las disposiciones introducidas mediante el Tratado UE no son objeto de las presentes cuestiones prejudiciales, la pertinencia a efectos del presente caso de la tesis a que acabo de referirme es diáfana. Lo cierto es que su interés estriba en el hecho de que los Gobiernos que presentaron observaciones no alegan que la excepción sea «nueva» y tenga efectos retroactivos, sino que tan sólo constituye la «constitucionalización», mediante su incorporación al Tratado, de un principio anteriormente vigente y, por tanto, aplicable a los hechos del procedimiento principal. El propio Juez remitente analiza profusamente este particular en los fundamentos de Derecho de la resolución de remisión al Tribunal de Justicia. Así

75 — Sobre este tema, véanse los puntos 46 a 56 *infra* y, en particular, el punto 54 *infra*.

76 — El artículo 73 D del Tratado establece lo siguiente: «1. Lo dispuesto en el artículo 73 B se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a: 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; b) adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal y de supervisión prudencial de entidades financieras [...].
2. Las disposiciones del presente Capítulo no serán obstáculo para la aplicación de restricciones del derecho de establecimiento compatibles con el presente Tratado.
3. Las medidas y procedimientos a que se hace referencia en los apartados 1 y 2 no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el artículo 73 B».
El artículo 73 B, apartado 1 del Tratado dispone que: «en el marco de las disposiciones del presente Capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países».

77 — En relación con las vicisitudes que han conocido las disposiciones del Tratado relativas a los movimientos de capitales, véase la nota 1 *supra*; en particular, el artículo 73 D, apartado 1, letra a), establece una excepción (en lo sucesivo, «excepción») a la libertad de que se trata no prevista expresamente ni en las normas anteriormente vigentes del Tratado ni en la Directiva.

pues, la excepción se invoca, en definitiva, para sostener que las normas anteriormente vigentes ya contemplaban la facultad de los Estados miembros de aplicar disposiciones fiscales que distinguieran entre contribuyentes cuya situación difiriera con respecto al lugar de colocación de su capital. Además, me parece entender que los Gobiernos que presentaron observaciones invocan la especificidad de la normativa fiscal: a su juicio, dada la naturaleza de la materia en la que se ejerce, dicha facultad es prácticamente incondicional. En consecuencia, en su opinión la excepción no está sujeta tampoco a las limitaciones establecidas en el artículo 73 D, apartado 3, del Tratado, equivalente a la última frase del artículo 36 del Tratado. Esta pretensión se razona fundamentalmente sobre la base de una interpretación literal de la propia norma. [78] Por esta vía, la facultad de que se trata se configura como una facultad incondicional: no está sujeta al control jurisdiccional ni con respecto al fundamento de las razones imperiosas de interés general alegadas para justificar la diferencia de trato en función del lugar de colocación del capital ni con respecto al carácter proporcionado de la medida adoptada con respecto a los objetivos que pretende alcanzar.

32. Pues bien, puedo compartir la tesis que acabo de exponer, pero sólo en parte. Por un lado, estoy convencido de que la excepción no constituye un paso atrás con respecto al acervo comunitario. Se puede afirmar razonablemente que ya estaba permitida por el Tratado vigente con anterioridad al 1 de enero de 1994. [79] En efecto, es cierto que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, determinadas distinciones (basadas, por ejemplo, en la residencia de los contribuyentes) contenidas en *disposiciones fiscales* pueden ser mantenidas por los Estados miembros, siempre que estén basadas en *situaciones* materiales no equiparables objetivamente, [80] o bien, si son distintamente aplicables, estén justificadas por razones imperiosas de interés general. [81]

33. Por otro lado, yo excluiría que la diferencia de trato fiscal por razón del

78 — Los Gobiernos que presentaron observaciones subrayan, en particular, que el artículo 73 D, apartado 3, menciona exclusivamente las «medidas» y «procedimientos», con lo que únicamente se remite a la formulación literal del artículo 73 D, apartados 1, letra b) y 2, mientras que el artículo 73 D, apartado 1, letra a), se refiere a «disposiciones».

79 — Con la excepción de algunas voces aisladas, la doctrina coincide fundamentalmente en considerar que, en realidad, el artículo 73 D, apartado 1, letra a), no constituye un paso atrás, en aparente contradicción con el tenor del artículo 67, apartado 1 (que prohíbe las discriminaciones *por razón del lugar de colocación de los capitales)*, sino que debe entenderse en armonía con el sistema anteriormente vigente, tal como ha sido interpretado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [véanse, entre otros muchos, Dourado, *op. cit.*, pp. 180, 181 y 184; P. Farmer y R. Lyal: *EC Tax Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 334; J.-M. Hauptmann: «Comentario al artículo 73 D», en *Traité sur l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 184; Lodin, *op. cit.*, p. 231; Mohamed, *op. cit.*, pp. 134 y 135; M. Peters: «Capital movements and taxation in the EC», en *EC Tax Review*, 1998, pp. 1 y ss., especialmente pp. 10 y 11; Servais, *op. cit.*, p. 64, nota 58; R. Smits: «Freedom of payments and capital movements under EMU», en A. Weber (dir.), *Währung und Wirtschaft*, *op. cit.*, pp. 245 y ss., especialmente pp. 262 y 263; Ståhl, *op. cit.*, pp. 229 y 231; J.A. Usher: *The Law of Money and Financial Services in the European Community*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 32 y ss.; S. van Thiel: «The Prohibition of Income Tax Discrimination in the European Union: What Does It Mean?», en *European Taxation*, 1994, pp. 303 y ss., especialmente p. 309; P. Vigneron y P. Steinfeld: «La Communauté européenne et la libre circulation des capitaux: les nouvelles dispositions et leurs implications», en *C.D.E.*, 1996, pp. 401 y ss., especialmente pp. 411, 432 y 433].

80 — Sobre la importancia que el Tribunal atribuye al «elemento material» para verificar la equiparabilidad de dos situaciones distintas, sin detenerse, por tanto, en distinciones de carácter más «formal» (como el hecho de poseer o no la residencia) a menudo contenidas en las legislaciones de los Estados miembros, véase la sentencia Schumacker, apartado 34 (en la cual el término «situación», ya utilizado en los apartados 24 y 31, parece constituir la piedra angular de la fundamentación) y los puntos 35 a 38 de las conclusiones del Abogado General Sr. Léger (véanse también las conclusiones del mismo Abogado General presentadas en el asunto Wielockx) punto 21; el término «situación» figura también en el artículo 73 D, apartado 1, letra a) del Tratado. Véanse, asimismo, las sentencias Royal Bank of Scotland, apartados 27 a 31; Asscher, apartado 42; Wielockx, apartados 18 a 22, y Avoir fiscal, apartado 19.

81 — Véanse las sentencias Bachmann y Comisión/Bélgica.

lugar de colocación de los capitales —como la permitida por el Tratado, al contemplar la posibilidad de la excepción— deba considerarse justificada en cualquier caso. En primer lugar, la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia que acabo de evocar exige que cualquier distinción [82] efectuada por la normativa tributaria de un Estado miembro esté basada en elementos objetivos [83] o en todo caso justificada y, por tanto, que haya pasado por la criba del examen de su carácter proporcionado: de lo contrario, quedaría desprovista de sentido la afirmación, de la que según entiendo parten los Gobiernos que presentaron observaciones y que yo comparto, según la cual la excepción debe entenderse y aplicarse de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por tanto, las limitaciones establecidas en el artículo 73 D, apartado 3, del Tratado se aplican asimismo a la excepción contemplada en el apartado 1, letra a), de ese mismo artículo, que debe interpretarse como un todo, a diferencia de lo que sostienen los Gobiernos que presentaron observaciones. [84] En segundo lugar, considerar justificadas en sí mismas —con carácter de presunción absoluta— todas las situaciones previstas en la excepción conduciría a atribuir a ésta el alcance particular, no contemplado en el Tratado, de distinguir —no alcanzo a entender por qué motivo— los casos a que se refiere de los correspondientes a todas las demás excepciones —expresamente indicadas en el Tratado— que pueden justificar obstáculos a las libertades fundamentales.

34. Ahora bien, si aplicamos al caso de autos la excepción establecida en el artículo 73 D, apartado 1, letra a), del Tratado y adoptamos a este respecto los criterios de interpretación a los que se ha hecho antes alusión, el resultado será fundamentalmente el mismo que el que obtendríamos sobre la base de las disposiciones anteriormente vigentes. Considerado aisladamente, el artículo 47b establece un régimen diferenciado exclusivamente en razón del lugar en que esté invertido el capital del contribuyente neerlandés, y la disposición que lo establece no queda relevada de la prohibición del artículo 73 D del Tratado. Así pues, el hecho de que esta diferencia de régimen, contenida en una disposición fiscal, pueda estar justificada por una exigencia imperiosa de interés general reconocida por el Tribunal de Justicia significa tan sólo que la medida nacional de que se trata puede —siempre en principio, y a condición de que no sea arbitrariamente discriminatoria— estar comprendida dentro del ámbito de aplicación de la excepción. Además, la desigualdad de trato derivada de la normativa tributaria neerlandesa tan sólo podrá considerarse justificada y efectivamente amparada por la excepción si cumple *in concreto* el requisito de la proporcionalidad, de acuerdo con los cánones hermenéuticos tradicionalmente aplicados por el Tribunal de Justicia antes ya de la entrada en vigor de las nuevas disposiciones relativas a los movimientos de capitales. [85]

82 — Incluidas, por tanto, aquellas basadas en el lugar de colocación del capital.

83 — Véase la sentencia Schumacker, apartado 37.

84 — En este sentido se han manifestado todos los autores que consideran que la excepción no es «nueva», sino que constituye la expresión de principios enunciados por el Tribunal de Justicia (véase la nota 79 *supra*); véase asimismo S. Kollias: entrada «Capitaux», en *Répertoire de droit communautaire*, Dalloz, París, vol. I, apartado 92. Habida cuenta de la gran similitud de estructura que existe entre el artículo 36 y el artículo 73 D del Tratado, la referida reinterpretación me parece que está en consonancia con la jurisprudencia que ha establecido analogías con la normativa general en materia de garantías de las libertades fundamentales (véase la sentencia Gebhard, apartado 37).

85 — Véanse las sentencias Bachmann, apartado 27, y Comisión/Bélgica, apartado 20.

35. En conclusión, una medida que limite el reconocimiento de una exención del Impuesto sobre la Renta únicamente a los dividendos distribuidos por una sociedad establecida en el Estado miembro interesado constituye un obstáculo contrario al artículo 1, apartado 1, de la Directiva. No obstante, la negativa a aplicar dicha exención también a los dividendos distribuidos por una sociedad establecida en otro Estado miembro está en principio justificada por la necesidad de garantizar la coherencia del régimen tributario considerado. Mis conclusiones, basadas en las disposiciones de Derecho comunitario vigentes en el momento de producirse los hechos objeto del procedimiento principal, no se ven modificadas tampoco a la luz de la excepción prevista en el artículo 73 D, apartado 1, letra a). Al autorizar la excepción pertinente a efectos del presente procedimiento, el legislador comunitario no introdujo ningún principio nuevo en las disposiciones relativas a los movimientos de capitales; por el contrario, se limitó a recoger expresamente en el texto del Tratado una norma *preexistente* y, por tanto, que se inscribe en el sistema que ya he examinado en el marco del análisis de la disposición controvertida.

B. *La segunda cuestión prejudicial*

36. En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, el Hoge Raad desea saber si los artículos 6 y/o 52 del Tratado se oponen a una medida nacional como el artículo 47b.

37. Estoy de acuerdo con los Gobiernos que presentaron observaciones. El artículo 6 del Tratado, que establece el principio de la prohibición de las discriminaciones por razón de la nacionalidad, carece de pertinencia en el presente caso, por tratarse de una norma general destinada a aplicarse en las situaciones reguladas por el Derecho comunitario para las que el Tratado no haya previsto normas específicas contra la discriminación, [86] como es precisamente el artículo 52 del Tratado, en relación, por lo que respecta a las sociedades, con el artículo 58. Esta disposición reconoce la libertad de establecimiento a los nacionales de otro Estado miembro, permitiéndoles constituir y explotar empresas y sociedades en las mismas condiciones fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales.

38. Con carácter preliminar, los Gobiernos británico y neerlandés han sostenido que el artículo 52 del Tratado no es aplicable a los hechos objeto de examen en el presente asunto, por tratarse de una norma general que sólo debe aplicarse en defecto de las normas más específicas en materia de libre circulación de capitales. Como queda indicado, dichos Gobiernos defendieron la disposición impugnada sosteniendo su compatibilidad con las disposiciones comunitarias adoptadas para garantizar los movimientos de capitales. Según dichos Gobiernos, si he entendido bien, el artículo 52 del Tratado no se opone a la

86 — Véanse, entre otras muchas, las sentencias de 30 de mayo de 1989, Comisión/Grecia (305/87, Rec. p. 1461), apartados 12 y 13; de 12 de abril de 1994, Halliburton Services (C-1/93, Rec. p. I-1137), apartado 12; de 17 de mayo de 1994, Corsica Ferries (C-18/93, Rec. p. I-1783), apartado 19, y de 29 de febrero de 1996, Skanavi y Chryssanthakopoulos (C-193/94, Rec. p. I-929), apartados 20 y 21.

disposición impugnada, que, a su juicio, es compatible con el artículo 1, apartado 1, de la Directiva. Ahora bien, a mí me parece que, en el presente caso, dicha alegación carece de pertinencia. Si bien es cierto que el artículo 52, párrafo segundo, del Tratado, consagra el principio del trato nacional por lo que respecta al establecimiento de sociedades en otro Estado miembro, «sin perjuicio de las disposiciones del Capítulo relativo a los capitales», [87] no lo es menos que dicha disposición se limita a expresar la preocupación de los redactores del Tratado de que no hubiera superposiciones entre las disposiciones de protección del derecho de establecimiento y de la libre circulación de capitales, es decir, casos de aplicación simultánea de los dos grupos de disposiciones al mismo obstáculo. En cambio, no cabe excluir que una misma disposición de la legislación de un Estado miembro presente más de un aspecto diferente, todos ellos pertinentes a efectos del Tratado, como sucede en el caso de una medida nacional que obstaculice simultáneamente y en la misma medida más de una libertad fundamental. En el asunto Svensson y Gustavsson, el Tribunal declaró la misma medida incompatible por igual tanto con el artículo 59 como con el artículo 67 del Tratado. Más recientemente, el Abogado General Sr. Tesauro admitió, en principio, la posibilidad del «supuesto de aplicación de ambos grupos de normas [...] con respecto a medidas que obstaculicen simultáneamente, si bien en relación con aspectos distintos [dos libertades fundamentales diferentes]», incluida la de circulación de capitales. [88] A este respecto, observo, por último, que, en el asunto Veronica, en el que la medida nacional de que se trataba (véase el punto 11 *supra)* se declaró simultáneamente compatible con las disposiciones de protección de la libre circulación de servicios y de capitales, el Tribunal procedió a un examen paralelo de los hechos a la luz de dos grupos diferentes de normas, sin excluir en modo alguno la pertinencia del aspecto «servicios», por más que la medida nacional fuera compatible con el Tratado en relación con el aspecto «capitales».

39. Por lo que respecta al examen sobre el fondo del artículo 47b, debo observar de inmediato que el mismo es, también si se examina desde la perspectiva diferente de las disposiciones adoptadas para garantizar la libertad de establecimiento (de las sociedades), distintamente aplicable (como no dejó de señalar el Sr. Verkooijen), en la medida en que distingue entre los dividendos distribuidos por sociedades neerlandesas y los distribuidos por sociedades establecidas en otro Estado miembro. Esta observación bastaría —por sí sola—, en el caso de que la distinción establecida en la legislación tributaria neerlandesa no estuviera basada en situaciones objetivamente no equiparables o no estuviera justificada por una razón imperiosa de interés general pertinente (véase el punto 32 *supra,* final), para considerar que la disposición impugnada es incompatible con el artículo 52 del Tratado: «el artículo 52 prohíbe cualquier discriminación, incluso de pequeño alcance». [89]

40. Además, en relación con la cuestión de la existencia o no de un obstáculo a efectos del artículo 52 del Tratado, tras una pri-

87 — Y que, ahora, el artículo 73 D, apartado 2, se expresa de manera análoga en relación con los movimientos de capitales: «las disposiciones del presente Capítulo no serán obstáculo para la aplicación de restricciones del derecho de establecimiento compatibles con el presente Tratado».

88 — Véase el punto 17 de las conclusiones presentadas en el asunto Safir.

89 — Sentencia Avoir fiscal, apartado 21.

mera lectura podría parecer que la disposición impugnada afecta a las sociedades emisoras sólo «indirectamente»: el artículo 47b es ajeno al régimen fiscal de las sociedades en sentido estricto, en la medida en que recae sobre los beneficios percibidos por los accionistas personas físicas (la exención tan sólo se aplica en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, véase el punto 3 *supra)* una vez que el Impuesto sobre Sociedades ya ha gravado los beneficios obtenidos por la actividad de la empresa (y destinados a la distribución de dividendos). No obstante, como veremos más adelante, el régimen tributario establecido para los dividendos que tienen su origen en otro Estado miembro no puede dejar de *influir* —en relación con aspectos *distintos* de los examinados en la parte relativa a la primera cuestión prejudicial— [90] determinadas decisiones que deben adoptar las sociedades establecidas en el territorio comunitario (y, por tanto, también en los Países Bajos) en relación con su establecimiento principal o secundario.

41. En efecto, es posible identificar toda una serie de supuestos en los cuales la libertad de establecimiento se ve obstaculizada en alguna medida por una medida nacional como el artículo 47b:

a) Tal como señaló el Sr. Verkooijen, una sociedad que tenga su domicilio principal en otro Estado miembro y que pretenda establecerse con carácter secundario [91] en los Países Bajos se verá *disuadida* de hacerlo de alguna forma que no consista en la constitución de una sociedad en el supuesto de que pretenda recurrir al mercado de capitales de dicho Estado miembro, capitales evidentemente necesarios para la gestión de la empresa. [92] En definitiva, la disposición impugnada induce a preferir el establecimiento consistente en una filial, jurídicamente independiente de la sociedad matriz, que la controla, frente a la alternativa de una sucursal, concebida como una totalidad de hecho, o bien una simple prolongación de la empresa que permite llevar a cabo una cierta descentralización. [93] Ahora bien, en la sentencia Centros el Tribunal ha reiterado recientemente que la libertad de establecimiento comprende la facultad, para la sociedad que pretende establecerse con carácter secundario en otro Estado miembro, de ejercer su actividad de la forma que considere más oportuna: [94] cualquier obstáculo a dicho derecho de elección debe considerarse, por tanto, incompatible con el artículo 52 del Tratado.

90 — Véase el punto 16 *supra* y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia citada en la nota 36 *supra*.

91 — El artículo 52 del Tratado no garantiza únicamente la libertad de establecerse con carácter principal: a efectos del artículo 52, párrafo primero, y del artículo 58, apartado 1, del Tratado, el derecho de establecimiento comprende, para las sociedades constituidas con arreglo al Derecho de un Estado miembro y que tengan su domicilio social, su administración central o su centro de actividad principal en el territorio comunitario, el derecho de ejercer su actividad en otro Estado miembro mediante un establecimiento secundario. Sobre el fondo, véanse las sentencias de 7 de marzo de 1996, Comisión/Francia (C-334/94, Rec. p. I-1307), apartado 19, y de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, Rec. p. I-1459), apartado 21. En general, véanse asimismo las sentencias Gebhard, apartado 24; de 20 de mayo de 1992, Ramrath (C-106/91, Rec. p. I-3351), apartado 20, y de 15 de febrero de 1996, Kemmler (C-53/95, Rec. p. I-703), apartado 10.

92 — El derecho de establecimiento comprende la «gestión de empresas» (véanse el artículo 52, párrafo segundo del Tratado, y la sentencia Gebhard, apartado 23: «el derecho de establecimiento [...] comprende [...] el acceso, en el territorio de cualquier otro Estado miembro, a toda clase de actividades por cuenta propia y su *ejercicio*, así como la constitución y *gestión de empresas* [...]»; el subrayado es mío).

93 — Véase el punto 15 de mis conclusiones en el asunto Centros.

94 — Véanse los apartados 20 a 22 de la sentencia, con referencias a la jurisprudencia en el mismo sentido. Entre éstas, destaco el asunto Avoir fiscal, en el cual el Tribunal afirmó que «el artículo 52, párrafo primero, frase segunda, deja expresamente a los agentes económicos la posibilidad de escoger libremente la *forma jurídica* apropiada para el ejercicio de sus actividades en otro Estado miembro» (apartado 22; el subrayado es mío).

b) Una sociedad establecida en los Países Bajos cuyo accionariado esté integrado (no necesariamente en su totalidad) por personas físicas residentes a efectos fiscales en ese mismo Estado miembro y que pretenda establecerse con carácter principal en otro Estado miembro (trasladando al mismo su domicilio principal y adquiriendo de este modo la condición de sociedad del Estado miembro de acogida), [95] se verá *disuadida* de dar tal paso, puesto que sus accionistas neerlandeses perderían automáticamente el beneficio establecido en el artículo 47b, desde el momento en que los dividendos que recibieran ya no serían distribuidos por una sociedad «neerlandesa».

c) El artículo 47b resulta pertinente también, a mi entender, en el supuesto de operaciones de fusión que afecten a una sociedad establecida en los Países Bajos cuyo accionariado integra personas físicas residentes en dicho país. En efecto, al igual que en el caso contemplado en la letra b), dichos accionistas perderán el beneficio establecido en la disposición impugnada: i) en el caso de una fusión por absorción en el cual la sociedad absorbente no tenga su domicilio social en los Países Bajos, y ii) en el caso de una verdadera fusión cuando la nueva sociedad constituida, resultante de la operación, no establezca su domicilio social en los Países Bajos. [96] En efecto, en los casos i) y ii) los dividendos percibidos por contribuyentes neerlandeses como consecuencia de operaciones como las descritas ya no tendrán su origen en una sociedad establecida en los Países Bajos.

42. Los supuestos descritos a título ilustrativo se incardinan específicamente en el artículo 52 del Tratado. En efecto, en los casos contemplados en las letras a), b) y c), el ejercicio de la libertad de establecimiento que la disposición impugnada obstaculiza (o hace menos atractivo o afecta) se refiere a opciones de gestión de una empresa que revista la forma de sociedad (las modalidades de descentralización de las actividades, la localización del domicilio principal, y la fusión con otras empresas, respectivamente) que no tienen nada que ver (al menos directamente) con movimientos de capitales, a efectos del artículo 67 de la Directiva, como el efectuado por el Sr. Verkooijen cuando adquirió las acciones de Petrofina.

43. Por otro lado, en relación con la supuesta debilidad de los efectos que, según los Gobiernos que presentaron observaciones, produce el artículo 47b en relación con la libertad de establecimiento, recuerdo que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el artículo 52 del Tratado prohíbe «cualquier obstáculo a esta libertad, aun de importancia menor» (véase el punto 17 *supra*, final). [97]

44. Puesto que la disposición impugnada presenta elementos de incompatibilidad con el artículo 52 del Tratado, es preciso

95 — Véase, *a contrario*, la sentencia de 27 de septiembre de 1988, Daily Mail (81/87, Rec. p. 5483), apartados 24 y 25, en la que el Tribunal de Justicia declaró que «*no* se pueden interpretar los artículos 52 y 58 del Tratado como atributivos, en favor de las *sociedades constituidas de conformidad con una legislación nacional*, de un derecho a trasladar su sede de dirección y su administración central a otro Estado miembro y *a conservar al mismo tiempo* su condición de sociedades del Estado miembro con arreglo a cuya legislación fueron constituidas» (el subrayado es mío).

96 — Este tipo de operaciones implican el «desplazamiento» del domicilio social a otro Estado miembro [véase el supuesto contemplado en la letra b)], así como un cambio de estrategia en relación con la localización de la *gestión de la empresa*.

97 — Por otro lado, del Informe Ruding se desprende que, para el 48 % de las empresas comunitarias, los aspectos tributarios son casi siempre un aspecto fundamental que tienen en cuenta a la hora de decidir la localización de una planta de producción (véase el Capítulo 10, Sección II, en la parte relativa al impacto de las diferencias fiscales entre Estados miembros); el porcentaje es, en cambio, del 38 % en el caso de la apertura de un punto de venta, del 41 % en el caso de la localización de centros de investigación y desarrollo, del 57 % en el caso de un centro de coordinación y del 78 % en el de un centro financiero.

comprobar ahora si puede considerarse justificada, apropiada para alcanzar el objetivo perseguido por el legislador y proporcionada. Aunque existen diversas perspectivas desde las que puede considerarse que el artículo 47b es contrario a las disposiciones del Tratado adoptadas para proteger la libertad de establecimiento, considero que las reflexiones efectuadas ya al abordar la primera cuestión prejudicial (véanse los puntos 19 a 29 *supra)* —por lo que respecta tanto a la identificación y la existencia de una justificación como al carácter apropiado y proporcionado de la medida nacional de que se trata— son igualmente válidas a este respecto: la disposición impugnada es la misma (y forma parte del mismo régimen tributario), y el hecho de que también sea distintamente aplicable en lo que atañe al ejercicio de la libertad de establecimiento tiene las consecuencias ya expuestas (véase el punto 23 *supra)* al identificar las posibles causas de justificación de la misma.

45. En conclusión, considero que una medida nacional como la disposición impugnada presenta diversos elementos de incompatibilidad con el artículo 52 del Tratado, pero que, pese a ello, debe considerarse en principio justificada por la exigencia de garantizar la coherencia del régimen tributario del Estado miembro interesado.

C. *Las cuestiones prejudiciales primera y segunda: una perspectiva completa*

46. El examen de las dos primeras cuestiones prejudiciales efectuado hasta ahora se ha centrado en los datos que con mayor claridad se desprenden de los autos del procedimiento. A mi entender, procede referirse ahora a otros elementos que considero pertinentes para responder correctamente a dichas cuestiones: las estipulaciones contenidas en el Convenio fiscal bilateral para evitar la doble imposición celebrado entre Bélgica y los Países Bajos [98] (esto es, el primero de ellos el Estado miembro en el que tiene su domicilio social Petrofina y en el que se originan los dividendos objeto del procedimiento principal y, el segundo, el Estado miembro en el que reside el Sr. Verkooijen), y ello por las razones que paso a exponer. Es cierto que el hecho de que ni en la resolución de remisión ni en las observaciones presentadas en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia se hiciera prácticamente ninguna mención a dicho Convenio [99] podría llevar a considerar sin más que el Hoge Raad planteó incorrectamente la petición de decisión prejudicial: en efecto, la resolución de remisión, al abstenerse de considerar el Convenio (aunque sólo sea para excluir su pertinencia a efectos del presente asunto) no parece definir con suficiente precisión el ámbito jurídico en el que se inscriben las cuestiones planteadas. Por lo demás, tal y como observó correctamente el Abogado General Sr. Léger en el asunto Wielockx, [100] «los Convenios para evitar la doble imposición [...] forman parte integrante del Derecho tributario nacional», por lo que deben ser en todo caso debidamente tenidos en cuenta para una descripción completa del marco jurídico en el que se inscriben las situaciones jurídicas en materia de Derecho fiscal caracterizadas por presentar un elemento transfronterizo.

98 — Convenio firmado en Bruselas el 19 de octubre de 1970 (véase *Moniteur Belge-Belgisch Staatsblad* de 25 de septiembre de 1971, nº 187, p. 11096; en lo sucesivo, «Convenio»).

99 — No obstante, véase el apartado 14 de las observaciones del Gobierno neerlandés, en las que se hace mención a «convenios en materia de imposición».

100 — Punto 54 de las conclusiones.

47. No obstante, en cumplimiento de las obligaciones de cooperación judicial derivadas del artículo 177 del Tratado, a mi juicio, corresponde al Tribunal de Justicia tomar en consideración cualquier elemento pertinente de que tenga conocimiento con el fin de proporcionar una respuesta eficaz al Juez remitente. A este respecto, recuerdo que, en el pasado, el Tribunal de Justicia ha analizado en varias ocasiones (con mayor o menor profundidad) Convenios de este tipo, a pesar de que *no* eran objeto de las cuestiones prejudiciales que se le habían planteado. [101] Así pues, en el caso que nos ocupa es evidente la necesidad (o, cuando menos, la oportunidad), de no pasar por alto [102] las disposiciones de un Convenio bilateral, como el celebrado entre Bélgica y los Países Bajos, que el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de examinar en profundidad [103] y que contiene disposiciones convencionales que afectan específica y directamente al caso de que se trata. [104]

48. Siempre con carácter preliminar, observo, por último, que el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cuestiones prejudiciales formulando un fallo ambiguo, con objeto de tener en cuenta todas las alternativas posibles con respecto al marco jurídico de referencia. En la sentencia Naranjo Arjona y otros, [105] el Tribunal de Justicia interpretó

101 — Véanse las sentencias Wielockx, fallo y apartados 24 a 27, y Bachmann, apartado 26, precisamente en un caso en el que ni en las alegaciones formuladas por las partes que presentaron observaciones ante el Tribunal ni en las conclusiones del Abogado General Sr. Mischo se aludía a los Convenios internacionales (para una descripción de los hechos, véase el punto 25 *supra*).
Según V. Petrella *(Il principio di non discriminazione nell'imposizione del reddito transnazionale. Analisi del principio nel contesto giuridico comunitario,* tesis doctoral, Università degli Studi «Federico II», Nápoles, 1999, Capítulo IV, Sección 5), «[si se entiende la coherencia del régimen tributario] como el mantenimiento de los equilibrios macroeconómicos subyacentes a cualquier sistema impositivo [...] la sentencia [Bachmann] es criticable en la medida en que no procede al análisis del régimen convencional, en tanto en cuanto no señala que, gracias a la regulación establecida en el Tratado [para evitar la doble imposición], se alcanza un cierto equilibrio macroeconómico, aunque sólo sea en el plano bilateral. En efecto, el Convenio celebrado entre Bélgica y Alemania repartió el poder tributario de ambos Estados, confiriendo a Alemania una potestad exclusiva para la imposición de los capitales abonados en concepto de seguros a contribuyentes residentes en Alemania en el momento de su pago, prescindiendo del lugar en el que se hubieran abonado las primas e independientemente del régimen establecido para las mismas» (según la interpretación del apartado 26 de la sentencia efectuada por la autora, en la sentencia Bachmann, esencialmente, el Tribunal consideró irrelevantes las estipulaciones de los Tratados bilaterales que establecen el régimen aplicable a los contratos de seguro —como los que eran objeto de aquel asunto— que presentan un componente trasnacional, ya que, dado su carácter bilateral, no pueden regular de manera uniforme todas las transacciones efectuadas dentro de la Comunidad). En el mismo sentido, véase B. Knobbe-Keuk: «Restrictions on the Fundamental Freedoms Enshrined in the EC Treaty by Discriminatory Tax Provisions - Ban and Justification», en *EC Tax Review,* 1994, pp. 74 y ss., especialmente p. 80.
Posteriormente, en la sentencia Wielockx, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia experimentó una importante evolución por lo que respecta a la importancia que debe atribuirse a los Convenios fiscales bilaterales a efectos de una correcta solución de los problemas sometidos a su consideración: «en el asunto Wielockx, el Tribunal percibió la anomalía [de la postura mantenida en la sentencia Bachmann] y, *trastrocando* las conclusiones a las que había llegado en la sentencia Bachmann, sostuvo que la coherencia del sistema debe apreciarse en relación con el sistema impositivo de un Estado *en su conjunto,* incluida también la normativa convencional establecida en los Tratados bilaterales» (véase Petrella, *ibidem;* el subrayado es mío).
Véase asimismo la sentencia Royal Bank of Scotland (apartado 31), en la cual, pese a haber sido invocado por el Gobierno francés, el Convenio para evitar la doble imposición celebrado entre la República Helénica y el Reino Unido (los dos Estados miembros interesados en relación con los hechos del procedimiento principal) no había sido objeto ni de la cuestión prejudicial sometida al Tribunal de Justicia, ya que el Juez remitente albergaba dudas sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario *exclusivamente* en relación con el Derecho nacional interno (véase el apartado 17), ni de la descripción del marco jurídico efectuada en el informe para la vista elaborado por el Juez Ponente Sr. Wathelet.

102 — Al objeto, esta vez, no tanto de comprobar el fundamento de una justificación (la coherencia del régimen tributario) de una medida distintamente aplicable (véanse las sentencias Bachmann y Wielockx, en las cuales, como he señalado en el texto, el Tribunal de Justicia no siguió el mismo planteamiento) sino más bien de determinar, como veremos con mayor detalle más adelante (véanse los puntos 52 a 56 *infra*), si una norma nacional es o no distintamente aplicable, es decir, si constituye un obstáculo a una libertad fundamental.

103 — Véase el asunto Wielockx, apartados 24 y 25 de la sentencia y punto 54 y nota 41 de las conclusiones del Abogado General Sr. Léger.

104 — Véase la sentencia Avoir fiscal, apartado 26, en la que el Tribunal desestimó la alegación del Gobierno francés —el cual había invocado, para justificar la medida nacional de que se trataba, los Convenios para evitar la doble imposición—, motivando su decisión en el hecho de que dichos Convenios *no* contemplaban los supuestos examinados en aquel procedimiento.

105 — Sentencia de 9 de octubre de 1997, Naranjo Arjona y otros (asuntos acumulados C-31/96, C-32/96 y C-33/96, Rec. p. I-5501).

el Derecho comunitario refiriéndose fundamentalmente a las normas internas indicadas por el Juez remitente (apartados 15 a 24 y fallo de la sentencia), para a continuación ampliar su análisis con objeto de integrar en él un Convenio internacional (citado por la Comisión, pero no indicado en la resolución de remisión), para el supuesto de que este último resultara, *in concreto*, «efectivamente» pertinente (apartados 25 a 29 y fallo de la sentencia). En aquel asunto, el Tribunal de Justicia precisó que «corresponde por tanto al órgano jurisdiccional remitente apreciar si la aplicación del Convenio es efectivamente [pertinente]» (apartado 29), indicando a continuación, en el fallo de la sentencia, cuál era la respuesta a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional tanto en el caso de que únicamente fuera aplicable el Derecho interno del Estado miembro interesado como en el caso de que el órgano jurisdiccional nacional considerase más correcto pronunciarse basándose en el Convenio internacional. [106] Del mismo modo, por los motivos ya expuestos, los hechos objeto del procedimiento principal pendiente de resolución ante el Hoge Raad exigen, a mi entender, que no se omita la consideración, con carácter subsidiario, de un contexto normativo que incluya el Convenio, además de las normas de Derecho interno a que se hace referencia en la resolución de remisión.

1) El Convenio Bélgica-Países Bajos para evitar la doble imposición

49. Ahora paso a examinar, por lo tanto, precisamente, el Convenio, limitándome a su aplicación en el presente procedimiento. No obstante, las consideraciones que formularé podrían resultar pertinentes para otros casos, además del que dio origen a la presente cuestión prejudicial, ya que las normas convencionales acordadas entre Bélgica y los Países Bajos en materia de dividendos «transfronterizos» reproducen fielmente (prácticamente al igual que todos los Convenios análogos entre los Estados miembros de la Comunidad) [107] el modelo de Convenio para evitar la doble imposición predispuesto por la OCDE. [108] Por otro lado, las conclusiones a las que he llegado sobre la base únicamente de las disposiciones internas de los Países Bajos se mantienen incólumes en el caso, en modo alguno hipotético, [109] de que la legislación nacional no vaya acompañada de un Convenio fiscal para evitar la doble imposición que contenga disposiciones como las que paso a exponer.

50. El artículo 10, apartado 1, del Convenio enuncia el principio básico, según el cual el Estado contratante en que resida el accionista puede someter a imposición los dividendos que procedan del otro Estado contratante. [110] El artículo 10, apartado 2, del Convenio establece que también el Estado del que proceden los dividendos (es decir, en el cual está establecida la sociedad que los distribuye) puede someterlos a imposición (normalmente, mediante una retención en la fuente ulterior con respecto al impuesto que grava la renta

106 — El fallo de la sentencia Naranjo Arjona y otros refleja, en lo fundamental, mis conclusiones, en las que había indicado cuáles eran, a mi entender, las dos respuestas «alternativas» que debían darse a las cuestiones prejudiciales.

107 — Véase la sentencia de 12 de mayo de 1998, Gilly (C-336/96, Rec. p. I-2793), apartado 24.

108 — Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.

109 — Todavía en 1992, el Informe Ruding, *op. cit.*, identificó una serie de casos en que los Estados miembros no habían celebrado entre sí Convenios bilaterales para evitar la doble imposición (véanse Capítulos 3 y 10, Sección III, en la parte correspondiente a los Convenios fiscales).

110 — Con arreglo al artículo 10, apartado 1, del Convenio (cuyo contenido, al igual que sucede con el apartado 2, refleja el del artículo 10 del Convenio tipo de la OCDE): «los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en este último Estado».

de las sociedades), pero en un porcentaje sujeto a un límite máximo. [111] Por otro lado, mediante el artículo 24 del Convenio, [112] los Países Bajos se comprometen a reconocer un *crédito fiscal* para evitar la doble imposición de los dividendos que haya recibido uno de sus contribuyentes que sea accionista de sociedades establecidas en Bélgica, siempre y cuando y en la medida en que a dichos dividendos se les hubiera practicado ya en Bélgica la retención en la fuente prevista en el artículo 10, apartado 2, del Convenio. [113] En definitiva, el régimen convencional que se aplica al caso del contribuyente neerlandés que recibe dividendos distribuidos por una sociedad belga establece un mecanismo, bastante extendido en la práctica, no tanto para *atenuar* los efectos de la doble imposición como para *evitarlos*.

51. Por tanto, teniendo en cuenta el *conjunto* de las disposiciones pertinentes —nacionales y, como acabo de decir, convencionales—, en la medida en que contempla la eliminación o, en todo caso, la atenuación de los efectos de la doble imposición tanto en las situaciones puramente «internas» como en las situaciones «transfronterizas», el régimen tributario neerlandés se caracteriza por la coherencia en el trato que dispensa a situaciones diferentes. Observo, además, que mediante el crédito fiscal otorgado por los dividendos distribuidos por una sociedad belga, los Países Bajos consiguen un resultado que me parece más eficaz que el que se obtiene, en el caso de los dividendos distribuidos por sociedades neerlandesas, mediante el reconocimiento de la exención *parcial* prevista en el artículo 47b. En efecto, como acabo de señalar, en el caso de los dividendos «transfronterizos» más que de *atenuación* de la doble imposición debe hablarse de su *eliminación*.

2) Los movimientos de capital

52. Dicho esto, detengámonos ahora sobre los hechos objeto de la primera cuestión prejudicial. Consideremos el caso del contribuyente neerlandés que, como el Sr. Verkooijen, ha invertido en acciones de sociedades establecidas en Bélgica, con lo

111 — Con arreglo al artículo 10, apartado 2, del Convenio: «Sin embargo, estos dividendos pueden someterse a imposición en el Estado contratante en que resida la sociedad que pague los dividendos, y de acuerdo con la legislación de este Estado, pero el impuesto así exigido no puede exceder: 1) del 5 % del importe bruto de tales dividendos si el beneficiario de los dividendos es una sociedad anónima que posee directamente al menos un 25 % del capital social de la sociedad que paga los dividendos; 2) del 15 % del importe bruto de tales dividendos en los demás casos [...]». Por lo demás, con arreglo a la última parte de esta disposición, dichos límites máximos del impuesto *no* afectan a la imposición *de la sociedad* por los beneficios con cargo a los que se paguen los dividendos.
Aunque el Convenio establece la obligación recíproca para los Estados contratantes de aplicar —en el caso de los dividendos que reciba un sujeto residente en el otro Estado contratante— un impuesto sobre los dividendos que no exceda del 15 %, el Sr. Verkooijen afirma que los dividendos que percibió ya habían sido objeto en Bélgica de una retención en la fuente del 25 %.

112 — Que se corresponde con el artículo 23 del Convenio tipo de la OCDE.

113 — Con arreglo al artículo 24, apartado 1, del Convenio: «Por lo que respecta a los residentes de los Países Bajos, la doble imposición se evitará del siguiente modo: 1. Para someter a imposición a sus residentes, los Países Bajos podrán incluir en las bases imponibles sobre las que se calculan los impuestos las rentas o el patrimonio que, de acuerdo con las normas de este Convenio, pueden someterse a imposición en Bélgica; [...] 3. en relación con las rentas que pueden gravarse en Bélgica de acuerdo con *[el artículo] 10, apartado 2* [...] y que se incluyan en las bases imponibles a que se refiere el apartado 1 de este artículo, los Países Bajos aplicarán [...] una *deducción del impuesto* así calculado. El importe de esta deducción será la menor de las siguientes cantidades: a) un importe igual al impuesto belga; b) un importe igual a la parte del impuesto neerlandés que, respecto del impuesto calculado de conformidad con el apartado 1 de este artículo, esté en la misma proporción que las citadas partes de renta estén con la renta total que constituye la base imponible a que se refiere dicho apartado. [...]». Por lo que respecta a Bélgica, el artículo 24, apartado 2, establece —como regla general— la obligación de eximir las rentas de sus contribuyentes que ya han sido sometidas a imposición en los Países Bajos. Los dos métodos básicos para evitar la doble imposición indicados en el artículo 23 del Convenio tipo de la OCDE son la «exención» y el «crédito fiscal».
En los autos del presente procedimiento no existen elementos que permitan determinar si la Administración tributaria neerlandesa aplicó —con arreglo al artículo 24, apartado 1, del Convenio— a los dividendos pagados por Petrofina al Sr. Verkooijen el crédito fiscal correspondiente al Impuesto sobre los Dividendos ya percibido en Bélgica en forma de retención en la fuente o si el Sr. Verkooijen solicitó en algún momento disfrutar de dicho beneficio, destinado a evitar la doble imposición.

que disfruta del crédito fiscal previsto en el artículo 24, apartado 1, del Convenio. ¿Qué sucede cuando dicho contribuyente solicita asimismo la exención establecida en el artículo 47b? En realidad, aunque motive su solicitud en el principio de igualdad de trato de los capitales invertidos en lugares diferentes, no sólo pretende ser tratado de un modo más favorable que un residente a efectos fiscales en los Países Bajos que haya invertido en acciones neerlandesas, sino que, simple y llanamente, aunque en principio tenga derecho a beneficiarse del crédito fiscal previsto en el Convenio (que, por sí solo, *evita ya* los efectos de la doble imposición), lo que quiere en definitiva es *eludir* el Impuesto sobre la Renta, al menos por lo que respecta a una base liquidable de 2.000 NLG. Ahora bien, un resultado de esta índole, por un lado, no responde a los objetivos del Tratado (ni de la Directiva) y, por otro, afecta —injustificadamente— a la potestad fiscal del Estado miembro interesado. El objetivo de las disposiciones comunitarias relativas a los movimientos de capitales es eliminar todos los obstáculos, no crear incentivos para que se produzcan tales movimientos, estableciendo la obligación de los Estados miembros de no tratar las situaciones de carácter comunitario *de un modo menos favorable* que una situación puramente interna. Nos encontramos ante un Estado miembro que ya ha celebrado e incorporado a su ordenamiento jurídico un acuerdo convencional apropiado para evitar la doble imposición de los dividendos «transfronterizos», acuerdo que, desde luego, no pone obstáculos a la libre circulación de capitales a efectos del artículo 1, apartado 1, de la Directiva (o del artículo 73 B del Tratado). No veo por qué el Derecho comunitario habría de obligar a este mismo Estado miembro a aplicar a dichos dividendos, *además*, el mismo trato fiscal dispensado a los dividendos «nacionales». Semejante obligación supondría una verdadera renuncia a un ingreso fiscal, y dicha renuncia sería puramente unilateral, es decir, no estaría justificada por compromisos recíprocos asumidos por otro Estado. Así pues, anticipo ya aquí que, en mi opinión, la normativa interna no puede criticarse, ya que, *en su conjunto,* se caracteriza por una coherencia que no se limita al ámbito puramente interno. Este extremo es sumamente importante y requiere dos precisiones adicionales.

53. En primer lugar, con las observaciones precedentes no me estoy refiriendo a una coherencia que compense la *desventaja* derivada de la medida nacional (es decir, el hecho de no aplicar al contribuyente una determinada exención tributaria) mediante una *ventaja* de otra índole en un Estado miembro *distinto* del interesado: según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una coherencia entendida de este modo no constituiría una justificación válida de la exacción fiscal. [114] El caso que estamos examinando es diferente. Las inversiones transfronterizas y las inversiones nacionales están sujetas a diferentes disposiciones normativas del legislador nacional, unas de origen convencional y otras establecidas de manera autónoma por el ordenamiento jurídico interno. El presente caso se caracteriza por la relación de coherencia que existe entre las ventajas y las desventajas fiscales derivadas del ordenamiento jurídico, considerado en su conjunto, de un *mismo* Estado miembro: los Países Bajos no reconocen a los dividendos procedentes de Bélgica la exención establecida en el artículo 47b porque, en relación con tales dividendos, los propios Países Bajos conceden el beneficio del crédito fiscal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 24, apartado 1, del Convenio.

114 — Véase la nota 72 *supra, in fine.*

54. Observo, además, que el reconocimiento por parte de los Países Bajos de un crédito fiscal equivalente a la retención en la fuente practicada en Bélgica no afecta negativamente a la coherencia del régimen tributario considerado. En efecto, desde esta perspectiva la coherencia tributaria ya no se establece en la esfera del propio sistema impositivo, ni sobre la base de una relación directa entre la exención del Impuesto sobre la Renta y la imposición de los dividendos mediante el impuesto correspondiente, sino a través de un mecanismo de corrección macroeconómica de otra índole, y más concretamente internacional, resultado de la regulación bilateral de los intereses de los Estados contratantes tal como se configura en las normas convencionales: «la coherencia fiscal [...] se desplaza a otra esfera, la de la reciprocidad de las normas aplicables en los Estados contratantes». [115] Si bien es cierto que la obligación de aplicar el crédito fiscal por la retención en la fuente practicada por el otro Estado contratante limita los ingresos fiscales de los Países Bajos (artículo 24, apartado 1, del Convenio), no lo es menos que este Estado tiene derecho a aplicar una retención en la fuente sobre los dividendos distribuidos por una sociedad neerlandesa a un accionista residente en Bélgica (artículo 10, apartado 2, del Convenio).

55. Dicho esto, estamos en mejores condiciones para determinar —teniendo en cuenta todas las disposiciones pertinentes del ordenamiento jurídico considerado, así como las derivadas del citado Convenio bilateral— cómo puede calificarse la disposición controvertida en el procedimiento principal. He observado antes que el artículo 47b constituye un obstáculo a los movimientos de capitales contrario al artículo 1, apartado 1, de la Directiva. No obstante, dicha conclusión se basa exclusivamente en las normas de Derecho interno citadas por el Hoge Raad en la resolución de remisión prejudicial al Tribunal de Justicia y debatidas por las partes en el presente procedimiento. En cambio, si se toma en consideración la normativa convencional que parece referirse *específicamente* al caso en que se encuentra el Sr. Verkooijen, la norma nacional que reserva la exención establecida en el artículo 47b exclusivamente a los dividendos distribuidos por sociedades neerlandesas deja de ser, a la luz del Derecho comunitario, una medida que tenga por efecto disuadir al contribuyente neerlandés de colocar sus capitales en Bélgica. En efecto, para quien invierte en acciones o participaciones de sociedades establecidas en dicho país, el ordenamiento tributario de los Países Bajos, considerado en su conjunto, prevé una solución aun más eficaz que la introducida (diez años después de celebrado el Convenio) para el caso «interno»; por lo demás, el Derecho comunitario tampoco prohíbe tratar las situaciones puramente internas de un modo menos favorable. [116] En consecuencia, el contribuyente neerlandés que desee invertir sus capitales en acciones o participaciones de sociedades para obtener los dividendos correspondientes tiene la posibilidad de

115 — Sentencia Wielockx, apartado 24. El mismo carácter de reciprocidad de las obligaciones fue considerado indispensable en el Informe Ruding para poder imponer a los Estados miembros de la Comunidad la extensión a los dividendos «transfronterizos» de los beneficios que reconocen a los dividendos de origen «nacional».

116 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 26 de enero de 1993, Werner (C-112/91, Rec. p. I-429), en la que el Tribunal confirmó la compatibilidad con el Derecho comunitario de una normativa tributaria que trata a los nacionales de un modo menos favorable que a los no nacionales (discriminación en sentido inverso). Véase la sentencia Asscher, más reciente, en la que el Tribunal de Justicia reiteró la compatibilidad de las prácticas de discriminación en sentido inverso con el Derecho comunitario, precisando que, si bien no se discute que las disposiciones del Tratado que tienen por objeto garantizar la libertad de establecimiento no pueden aplicarse a situaciones puramente internas, no es menos cierto que un Estado miembro no puede interpretarlas de manera que niegue a sus nacionales los derechos consagrados en el mismo cuando éstos se encuentran en una *situación* equiparable a la de los demás nacionales comunitarios que gozan de tales derechos (véase el apartado 32).

optar entre una inversión en acciones de sociedades establecidas en Bélgica (en relación con la cual el Convenio le garantiza la denominada neutralidad fiscal, evitando por completo la doble imposición) y una inversión en acciones de sociedades establecidas en los Países Bajos (en cuyo caso se prevé una simple atenuación, de alcance limitado, de los efectos de la doble imposición). Así pues, en definitiva el régimen fiscal de los Países Bajos se caracteriza por una cierta neutralidad fiscal por lo que respecta a las inversiones en acciones de sociedades belgas y neerlandesas. La exposición del marco jurídico considerado en su conjunto permite asimismo, a mi entender, excluir la existencia del elemento de discriminación al que he aludido en el punto 18 *supra*. En efecto, la exclusión del beneficio previsto en el artículo 47b con respecto a los dividendos distribuidos por sociedades establecidas en otro Estado miembro se explica por el hecho de que para tales dividendos existe un régimen específico regulado por el Convenio: en consecuencia, las dos categorías de dividendos («nacionales» y «transfronterizos») no se encuentran en una situación equiparable; de modo que ambos beneficios, referidos a situaciones distintas, no pueden acumularse. [117]

117 — Corroboran las conclusiones a las que llego acerca de la calificación de la disposición impugnada las del Informe Ruding de 1992, citado en la nota 32 *supra*. En aquel Informe, se recomienda que los Estados miembros cuyo ordenamiento jurídico contempla alguna forma de beneficio fiscal por los dividendos distribuidos por sociedades establecidas en el Estado miembro interesado a contribuyentes que tengan su domicilio fiscal en él reconozcan, con carácter recíproco, un beneficio equivalente por los dividendos distribuidos por sociedades establecidas en otro Estado miembro (véase el Capítulo 10, Sección III, en la parte correspondiente a los regímenes fiscales de las sociedades). Según el Informe Ruding, a falta de una armonización comunitaria semejante solución tendría la ventaja de reducir al máximo cualquier posible distorsión. Ahora bien, en el marco de sus relaciones bilaterales con Bélgica, los Países Bajos reconocen a los dividendos «transfronterizos» un beneficio no ya equivalente, sino superior, al previsto para los dividendos «nacionales». Añado, además, que las disposiciones del Convenio se atienen plenamente a la sugerencia de la Comisión de una medida menos restrictiva de la libre circulación de capitales: el reconocimiento de un crédito fiscal por los dividendos que tengan su origen en otro Estado miembro (véase el punto 29 *supra*).

3) La libertad de establecimiento

56. En los puntos 36 a 45 *supra*, he expuesto los motivos por los cuales, a mi entender, la disposición controvertida debe considerarse compatible con el artículo 52 del Tratado a la luz únicamente de las disposiciones internas. Sin embargo, al igual que en lo tocante a los movimientos de capitales, el análisis desde una perspectiva que comprenda las disposiciones convencionales anteriormente descritas me llevan a modificar las referidas conclusiones en relación con la libertad de establecimiento. Como he señalado, la «coherencia» que caracteriza al régimen tributario neerlandés, considerado en su conjunto, permite reputarlo «neutro» por lo que respecta a la tributación de los dividendos que recae sobre las personas físicas que los perciben. En consecuencia, dicha coherencia o neutralidad permite excluir, también en relación con el ejercicio del derecho de establecimiento, la existencia tanto de elementos de discriminación como de obstáculos. Por lo demás, como se ha visto, se depara a los dividendos «transfronterizos» un trato efectivamente más favorable que a los «nacionales», lo que tiene como resultado *estimular* no sólo los movimientos de capitales entre Estados miembros, sino también el ejercicio del derecho de establecimiento, al menos en algunos casos [véase el punto 41 *supra*, letras b) y c)].

D. *La tercera cuestión prejudicial*

57. Mediante la tercera y última cuestión prejudicial, el HogeRaad pregunta si la

respuesta proporcionada a las dos primeras cuestiones puede variar en función del hecho de que el inversor sea un empleado de la sociedad filial de la sociedad emisora y haya adquirido las acciones que generaron los dividendos en el marco de un plan de ahorro en favor de los asalariados de la empresa.

58. Por regla general, todas las partes que han presentado observaciones en el presente procedimiento coinciden en dar una respuesta negativa a esta cuestión, considerando, en particular, el hecho de que el artículo 47b no establece normas diferenciadas en función del tipo de contribuyente que sea titular de las acciones. En efecto, en dicha disposición no se distingue entre el caso de un inversor ajeno a la empresa y el de un empleado que posea las acciones en el marco de un plan de ahorro en favor de los asalariados de la empresa. En referencia a la primera cuestión prejudicial, sobre la que ya me he pronunciado, comparto la postura de las partes: el Tratado y la Directiva garantizan la más amplia libertad posible para los movimientos de capitales, [118] sin más matices ni distinciones basadas en la naturaleza o las características del sujeto que decide realizar dicho movimiento. Por tanto, procede considerar que la libertad de que se trata está garantizada a *todas* las personas del *mismo* modo.

59. No obstante, el Sr. Verkooijen añade una serie de reflexiones de otro orden que se refieren más concretamente al objeto de la segunda cuestión prejudicial. En esencia, considera que el límite establecido en el artículo 47b a los casos en que se aplica la exención afecta negativamente a la movilidad profesional de los trabajadores, precisamente por haber excluido de la exención fiscal establecida los dividendos de acciones distribuidos por la sociedad extranjera para la que trabaja. Según afirma, el resultado es que con ello se dificulta que las sociedades extranjeras atraigan personal en los Países Bajos. En efecto, según el Sr. Verkooijen, las sociedades extranjeras se ven obligadas a establecer un plan de participación de los trabajadores o un plan de ahorro de empresa similar al que sólo está en condiciones de ofrecer una sociedad establecida en los Países Bajos, lo que a su entender contribuye a incrementar los costes que la sociedad extranjera debe afrontar para establecerse en este último país. Por mi parte, no tengo la menor intención de ignorar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que considera incompatible con el artículo 52 del Tratado cualquier obstáculo, por pequeño que sea, a la libertad de establecimiento. [119] No obstante, me parece que el vínculo existente entre la disposición impugnada y el ejercicio de la libertad de establecimiento en los Países Bajos por sociedades con planes de ahorro a favor de los asalariados de la empresa, como el de Petrofina, es demasiado débil e indirecto como para resultar por sí solo pertinente a efectos del artículo 52 del Tratado. No obstante, si resultase que el vínculo es suficiente como para constituir un obstáculo contrario a las disposiciones examinadas, ello no sería en todo caso suficiente para modificar las conclusiones a las que he llegado con respecto a la segunda

118 — Véanse las sentencias Bordessa, apartado 17, y Brugnoni y Ruffinengo, apartado 22 (si bien dichas sentencias se dictaron en unos momentos en que sólo se habían liberalizado algunos movimientos de capitales, las consideraciones del Tribunal de Justicia acerca de los mismos tienen ahora una validez general, desde el momento en que mediante la Directiva se ha alcanzado una plena liberalización).

119 — Véase la jurisprudencia citada en el punto 17 *supra*, especialmente en nota 43 *supra*.

cuestión prejudicial, especialmente en relación con la existencia de una justificación válida. Por otro lado, cualquier eventual obstáculo desaparecería en el caso de que el marco jurídico en su conjunto al que se haga referencia incluya asimismo disposiciones convencionales como las de los artículos 10 y 24 del Convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Bélgica y los Países Bajos.

VI. Conclusión

60. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por el Hoge Raad:

«1) El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado, y el artículo 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la legislación de un Estado miembro que supedita la exención del Impuesto sobre la Renta de los dividendos de acciones o participaciones en el capital de sociedades al requisito de que la sociedad que haya distribuido los dividendos esté establecida en ese mismo Estado, salvo que la legislación de que se trata sea necesaria para garantizar la coherencia del régimen tributario. En todo caso, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si dicha legislación va más allá de lo necesario para el mantenimiento de la coherencia del régimen tributario.

No obstante, cuando el Estado miembro interesado haya celebrado un Convenio fiscal para evitar la doble imposición que contenga estipulaciones como las de los artículos 10 y 24 del Convenio celebrado el 19 de octubre de 1990 entre Bélgica y los Países Bajos, el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 88/361 y el artículo 52 del Tratado deben interpretarse, únicamente

en relación con los movimientos de capitales y el ejercicio de la libertad de establecimiento entre los Estados miembros contratantes, en el sentido de que no se oponen a una legislación nacional como la considerada en el presente caso.

2) La respuesta dada a la primera cuestión no varía cuando quien tiene derecho a los dividendos es un empleado de una sociedad filial de la sociedad emisora que ha adquirido las acciones o participaciones en el capital de que se trate en el marco de un plan de ahorro a favor de los asalariados de la empresa, establecido por la sociedad matriz.»