CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. PAOLO MENGOZZI
presentadas el 7 de junio de 2007 [1]

1. Con la presente petición de decisión prejudicial el Gerechtshof te Amsterdam (Tribunal de apelación de Amsterdam, Países Bajos) pide esencialmente al Tribunal de Justicia que precise si una normativa nacional como la neerlandesa, que exime de la retención en origen los dividendos pagados por sociedades establecidas en los Países Bajos a sociedades que se hallan establecidas en el territorio de dicho Estado o que disponen en él de un establecimiento permanente, mientras que aplica ese tipo de retención a los dividendos distribuidos a sociedades no residentes, infringe los artículos 56 CE y 58 CE.

I. Marco jurídico

A. *Derecho comunitario pertinente*

2. El artículo 56 CE establece lo siguiente:

«1. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre los Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países. [...]»

3. Sin embargo, el artículo 58 CE, en su parte pertinente, dispone que:

«1. Lo dispuesto en el artículo 56 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;

[...]

1 — Lengua original: italiano.

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 se define en el artículo 56.»

4. La Directiva 90/435/CEE exime de la retención en origen los dividendos pagados por una filial a la propia sociedad matriz establecida en otro Estado miembro, en el caso de que ésta posea una participación mínima del 25 % en el capital de la propia filial. [2]

B. *Derecho nacional*

5. El artículo 1, apartado 1, de la Wet op de dividendbelasting 1965 (Ley del impuesto sobre los dividendos de 1965; en lo sucesivo, «Wet DB») establece, en general, una retención del 25 % sobre los dividendos distribuidos por sociedades establecidas en los Países Bajos, cuyo capital se halle íntegra o parcialmente dividido en participaciones.

6. No obstante, el artículo 4 de la Wet DB, en su parte pertinente, dispone que:

«Podrá no practicarse retención alguna del impuesto sobre los rendimientos de participaciones sociales [...] en el caso de que sea de aplicación la exención de la participación definida en el artículo 13 de la Wet op de vennootschapsbelasting 1969 [Ley del impuesto sobre sociedades de 1969] a los beneficios que obtenga quien perciba rendimientos procedentes de acciones o participaciones sociales, bonos de disfrute o préstamos con interés y si tal participación está comprendida en el patrimonio de su empresa cuya gestión se lleva a cabo en los Países Bajos. La primera frase no se aplicará a los rendimientos con respecto a los cuales la persona con derecho a percibirlos no sea el beneficiario último.» [3]

7. Además, el artículo 4a de la Wet DB, insertado a raíz de la adopción de la Directiva 90/435, establece una exención del impuesto sobre los dividendos cuando éstos se distribuyan entre socios establecidos en la Unión Europea que participen en una proporción no inferior al 25 % en el capital de una sociedad neerlandesa.

8. Tal exención se amplía a los socios establecidos en la Unión Europea cuya participación no sea inferior al 10 %, si

2 — Artículo 5, apartado 1, de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, en la versión vigente en el momento en que se produjeron los hechos del asunto principal (DO L 225, p. 6). Tal disposición fue posteriormente modificada por la Directiva 2003/123/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, que modifica la Directiva 90/435 (DO L 7, p. 41).

3 — Traducción no oficial.

asimismo el Estado miembro en el que esté establecido el socio aplica dicha exención en relación con la misma participación porcentual en el capital social. [4]

9. El referido artículo 13 de la Wet op de vennootschapsbelasting de 1969 (en lo sucesivo, «Wet Vpb») establece que, en general, existe participación cuando el sujeto pasivo es titular, al menos, del 5 % del valor nominal del capital social, íntegra o parcialmente dividido en acciones o participaciones sociales. [5]

C. El convenio para evitar la doble imposición entre los Países Bajos y Portugal

10. El artículo 10 del Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio (en lo sucesivo, «CDI»), celebrado en Oporto entre Portugal y los Países Bajos el 20 de septiembre de 1999, establece que los dividendos pagados por una sociedad residente en uno de los Estados contratantes a un socio residente en el otro Estado deberán gravarse, en principio, en éste último.

11. En cualquier caso, tales dividendos pueden someterse a tributación en el Estado donde resida la sociedad distribuidora, en cuyo caso, sin embargo, la retención fiscal no podrá exceder del 10 % del importe bruto de los dividendos.

12. El artículo 24 del CDI establece que, para evitar la doble imposición, Portugal debe otorgar una deducción del impuesto recaudado en los Países Bajos sobre los dividendos de origen holandés distribuidos a los propios residentes, hasta el límite de la cuota del impuesto portugués que de otro modo gravaría tales dividendos.

II. Hechos, petición prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

13. En el momento de los hechos Amurta S. G.P.S., sociedad con domicilio social en Portugal (en lo sucesivo, «Amurta»), era titular del 14 % del capital de Retailbox BV (en lo sucesivo, «Retailbox»), sociedad neerlandesa cuyos otros socios eran Sonaetelecom BV, también neerlandesa, en cuanto al 66 %, Tafin S.G.P.S y Persin S.G.P.S., ambas con domicilio social en Portugal, en cuanto al 14 % y al 6 % respectivamente.

4 — De la resolución de remisión se desprende que no se aplica tal reducción a los socios que residen en Portugal.

5 — La participación se reduce a menos del 5 % en el caso de que la posesión de los títulos esté en consonancia con el ejercicio normal de la empresa gestionada por el sujeto pasivo, o su adquisición sirva a un interés general.

14. El 31 de diciembre de 2002 Retailbox pagó dividendos a sus socios sobre los que practicó una retención fiscal del 25 %, a excepción del dividendo pagado a Sonaetelecom BV, sobre el que no se practicó ninguna retención en origen, con arreglo a la exención establecida en el artículo 4 de la Wet DB.

15. El 30 de enero de 2003 Retailbox, actuando por cuenta de Amurta, presentó una reclamación ante el Inspecteur van de Belastingdienst Amsterdam (en lo sucesivo, «Inspecteur») contra la retención fiscal por el impuesto sobre los dividendos pagados a ésta. Mediante decisión del Inspecteur se desestimó dicha reclamación.

16. Amurta interpuso un recurso de apelación ante el Gereschtshof te Amsterdam con el fin de que se anulara dicha decisión y de obtener la restitución de la retención a cuenta del impuesto sobre los dividendos.

17. Dado que el órgano jurisdiccional remitente albergaba algunas dudas sobre la compatibilidad de la normativa neerlandesa sobre la materia con los artículos 56 CE y 58 CE, acordó suspender el curso del procedimiento de que conoce y someter al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Es incompatible la exención prevista en el artículo 4 de la Wet op de dividendbelasting [...] a la que se refieren los apartados [...] de la presente resolución, en relación con la exención prevista en el artículo 4a de la misma Ley, con las disposiciones relativas a la libre circulación de capitales (artículos 56 CE a 58 CE, anteriormente artículos 73B a 73D) del Tratado CE, considerando que tal exención se aplica únicamente a entregas de dividendos a favor de socios sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades en los Países Bajos o a socios extranjeros que tengan un establecimiento permanente en los Países Bajos al que pertenezcan tales participaciones, al cual se aplica la exención de la participación definida en el artículo 13 de la Wet op de vennootschapsbelasting 1969 [...]?

2) Para responder a la cuestión planteada en el punto (anterior), ¿es relevante el hecho de que el Estado de residencia del socio/sociedad extranjeros, al que no puede aplicarse la exención prevista en el artículo 4 de la Ley de 1965, reconozca a favor de tal socio o de dicha sociedad un crédito fiscal *(full credit)* por el impuesto sobre los dividendos pagado en los Países Bajos?»

18. Con arreglo al artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia han presentado observaciones escritas Amurta, la Comisión, el Órgano de Vigilancia de la AELC, los

Gobiernos neerlandés, del Reino Unido e Italia. Han estado representados en el acto de la vista Amurta, la Comisión, el Órgano de Vigilancia de la AELC, así como los Gobiernos neerlandés, alemán y del Reino Unido.

III. Análisis jurídico

19. Con carácter preliminar, debe observarse que la normativa objeto de examen se refiere a los impuestos directos. A este respecto, debe recordarse, que, según reiterada jurisprudencia, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, su ejercicio está limitado por el respeto a los principios de Derecho comunitario, entre los que se encuentran las libertades fundamentales sobre las que se basan el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. [6]

20. En el caso de autos, debe examinarse la normativa nacional objeto de estudio a la luz de las disposiciones del Tratado sobre libre circulación de capitales, por cuanto se trata de disposiciones relativas a la tributación de dividendos distribuidos a sociedades establecidas en un Estado miembro distinto de aquel en el que está domiciliada la sociedad distribuidora, es decir, como señala el Tribunal de Justicia, operaciones indisolublemente vinculadas a los movimientos de capitales. [7]

A. *Sobre la primera cuestión*

21. Con la primera cuestión el órgano jurisdiccional remitente pide, esencialmente, que se dilucide si la normativa objeto de examen, que sujeta a una retención fiscal en origen los dividendos distribuidos por una sociedad neerlandesa a sociedades que no tengan su domicilio social o un establecimiento permanente en los Países Bajos, pero no aquellos pagados a sociedades establecidas en el territorio de dicho Estado, va en contra de la libre circulación de capitales. [8]

22. Antes de pasar a examinar el fondo de la cuestión que debe resolverse, procede efectuar algunas consideraciones de carácter general sobre las modalidades de tributación de los beneficios distribuidos por las sociedades. [9]

6 — Véanse, *ex multis*, las sentencias de 6 de junio de 2000, Verkooijen (C-35/98, Rec. p. I-4071), apartado 32; de 7 de septiembre de 2004, Manninen (C-319/02, Rec. p. I-7477), apartado 19, y de 23 de febrero de 2006, Keller Holding (C-471/04, Rec. p. I-2107), apartado 28.

7 — Véase, en este sentido, la sentencia Verkooijen, antes citada, apartados 29 y 30.

8 — Como señala acertadamente el órgano jurisdiccional nacional, habida cuenta de la exigua participación (14 %) y a falta de otros elementos de los que pueda deducirse que Amurta tiene poder de decisión sobre las actividades de Retailbox, no puede considerarse que mediante dicha participación se ejercite la libertad de establecimiento.

9 — Sobre los planos de tributación de los dividendos en el mercado interior véase, en particular, las conclusiones del Abogado General Geelhoed, de 23 de febrero de 2006, presentadas en el asunto en el que recayó la sentencia de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, Rec. p. I-11673); de 6 de abril de 2006, presentadas en el asunto en el que recayó la sentencia de 14 de noviembre de 2006, Kerckhaert y Morres (C-513/04, Rec. p. I-10967), y de 27 de abril de 2006, presentadas en el asunto en el que recayó la sentencia de 14 de diciembre de 2006, Denkavit Internationaal y Denkavit France (C-170/05, Rec. p. I-11949).

23. Por regla general, los beneficios societarios distribuidos en forma de dividendos se gravan en dos planos. En primer lugar, en cuanto a los beneficios de la sociedad que los distribuye, en méritos del impuesto sobre sociedades y, posteriormente, en el contexto de las obligaciones tributarias del socio. El segundo plano de tributación puede revestir dos formas, la del impuesto sobre los rendimientos del socio que percibe los dividendos y/o la consistente en la retención en origen practicada por la sociedad que distribuye los dividendos por cuenta del socio en el momento de tal distribución.

24. La existencia de dos planos de tributación potenciales puede dar lugar, por un lado, a una doble imposición económica (doble tributación del mismo rendimiento a cargo de dos contribuyentes distintos), por otro, a una doble imposición jurídica (doble tributación del mismo ingreso de idéntico contribuyente en dos Estados distintos). Existe, por ejemplo, una doble imposición económica cuando se gravan los beneficios de la sociedad que distribuye los dividendos en el marco del impuesto sobre sociedades y, posteriormente, al socio sujeto al impuesto sobre la renta por los beneficios distribuidos en forma de dividendos. En cambio, tiene lugar la doble imposición jurídica cuando el socio está sujeto, en primer lugar, a retención fiscal en origen sobre los dividendos percibidos y posteriormente al impuesto sobre los rendimientos recaudado en otro Estado.

25. En relación con el caso de autos, debe señalarse que la finalidad de la normativa neerlandesa objeto de estudio es eliminar la doble imposición de los beneficios societarios distribuidos en forma de dividendos. En efecto, el artículo 4 de la Wet DB, en relación con el artículo 13 de la Wet Vpb exime de la retención fiscal en origen al 25 % los dividendos abonados por sociedades neerlandesas a los socios-sociedades cuya participación sea, al menos, equivalente al 5 % y que tengan su domicilio social, o un establecimiento permanente, en los Países Bajos. Respecto a las sociedades no establecidas en los Países Bajos, se prevé que la exención de la retención en origen sobre los dividendos percibidos de sociedades neerlandesas tenga lugar únicamente en caso de participación en el capital de éstas igual, al menos, al 25 % (artículo 4a de la Wet DB).

26. De ello se deduce que, en relación con la tributación de los dividendos, dicha normativa dispensa a las sociedades no establecidas en los Países Bajos que tengan una participación comprendida entre el 5 y el 25 % en una sociedad neerlandesa un trato menos ventajoso que el que se dispensa a sociedades neerlandesas que tengan el mismo tipo de participación, las cuales, al contrario de las sociedades no establecidas en los Países Bajos, disfrutan de una exención total de la retención en origen sobre los dividendos percibidos.

27. Por consiguiente, debe verificarse si tal diferencia de trato es contraria al

principio de la libre circulación de capitales. [10]

28. A este respecto, debe recordarse que el artículo 56 CE, apartado 1, prohíbe todas las restricciones de los movimientos de capitales entre Estados miembros –debiéndose entender por *restricción* todas las medidas que hagan más gravosa o menos atractiva la transferencia transfronteriza de capitales y que, por lo tanto, puedan disuadir al inversor– salvo que concurra alguno de los motivos justificativos previstos en el artículo 58 CE. [11]

29. Concretamente, el artículo 58 CE, apartado 1, letra a), autoriza a los Estados miembros a «aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital».

30. Sin embargo, el artículo 58, apartado 3, limita la excepción a la aplicación del artículo 56, apartado 1, establecida en el artículo 58, apartado 1, letra a), de forma que las medidas y las disposiciones a que se refiere el apartado 1, no pueden constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales.

31. Además, al afirmar que las excepciones a la libre circulación de capitales prevista en el artículo 73 D, apartado 3, del Tratado CE (actualmente artículo 58 CE, apartado 1), ya se había admitido en su propia jurisprudencia recaída antes de la entrada en vigor de dicha disposición, el Tribunal de Justicia ha reconocido que ésta constituye la regulación normativa de un principio fundamental establecido por la jurisprudencia, incluso antes de su introducción, también en relación con otras libertades fundamentales. Por lo tanto, debe interpretarse dicha norma también a la luz de la referida jurisprudencia. [12]

32. De ello se deduce que las restricciones a la libre circulación de capitales previstas en el artículo 58, apartado 1, letra a), además de estar limitadas por los principios que proclama el apartado 3 de dicha disposición, están sujetas a los límites elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

10 — Como veremos más detenidamente en el análisis que se hace a continuación, si bien es cierto que la Directiva 90/435 (conocida como Directiva matriz-filial), en la versión pertinente a efectos del presente asunto, prohíbe que se practique una retención fiscal en el origen sobre los dividendos abonados a una filial de la propia sociedad matriz establecida en otro Estado miembro sólo si existe una participación cualificada (igual, como mínimo, al 25 % del capital de la filial), de tal circunstancia no puede deducirse *a contrario*, como sugiere el órgano jurisdiccional remitente y sostiene el Gobierno neerlandés que en todos los demás casos se permite una retención, con la consecuencia de que la posible diferencia de trato en las relaciones entre sociedades matrices y filiales establecidas en Estados miembros distintos deba imputarse únicamente a que coexistan regímenes fiscales diferentes. Si bien es cierto que corresponde a los Estados miembros determinar si, en caso de participaciones no comprendidas en el ámbito de dicha Directiva, deben eliminar la doble imposición, y en qué medida ello debe realizarse, en el ejercicio de tal competencia esos Estados están, sin embargo, obligados a respetar los principios comunitarios, entre los que se incluyen las libertades fundamentales.

11 — Sentencia de 16 de marzo de 1999, Trummer y Mayer (C-222/97, Rec. p. I-1661), apartado 26.

12 — Véase la sentencia Verkooijen, antes citada, apartado 43.

33. Pues bien, en relación con normativas fiscales nacionales como la que es objeto de examen, la cual establece una distinción en la tributación de los dividendos sobre la base del domicilio del socio que los cobra, el Tribunal de Justicia ha afirmado que para que tales regímenes fiscales puedan considerarse compatibles con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales, es preciso que la diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o resulte justificada por razones imperiosas de interés general, siempre que no exceda de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido. [13]

1. Sobre la comparabilidad de situaciones

34. Como he señalado anteriormente, las disposiciones nacionales objeto de estudio dispensan un trato distinto a los dividendos distribuidos por sociedades neerlandesas según que se abonen a sociedades residentes o a sociedades no residentes en los Países Bajos. [14]

35. En materia de impuestos directos, el Tribunal de Justicia ha afirmado que una diferencia de trato sobre la base de la residencia no es, de por sí, discriminatoria, ya que, en principio, tal criterio es indicativo de un arraigo del contribuyente en el país de origen y, por lo tanto, puede justificar un trato fiscal diferenciado. [15]

36. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha puntualizado que, en el caso de una ventaja fiscal de la que se excluye a los no residentes, una diferencia de trato entre estos dos grupos de contribuyentes puede calificarse de discriminación en el sentido del Tratado cuando no existe ninguna diferencia de situación objetiva que pueda justificar una diferencia de trato en este punto entre ambas categorías de contribuyentes. [16]

37. Según el razonamiento del Tribunal de Justicia, podría existir discriminación entre residentes y no residentes si, pese a su residencia en Estados miembros diferentes, se comprobara que, respecto al contenido y al objeto de las disposiciones nacionales pertinentes, ambas categorías de contribuyentes se hallan en una situación análoga. [17]

13 — Véase la sentencia de 15 de julio de 2004, Lenz (C-315/02, Rec. p. I-7063), apartado 27 y jurisprudencia citada en dicho apartado.

14 — Sobre la base de la normativa neerlandesa objeto de examen, en realidad, las sociedades cuyo domicilio no se encuentre en los Países Bajos pueden gozar de las ventajas inherentes a la tributación de los dividendos de las que disfrutan las sociedades cuyo domicilio se halle en el territorio de dicho Estado únicamente cuando dispongan de un establecimiento permanente en los Países Bajos a cuyo patrimonio pertenezcan las participaciones de sociedades neerlandesas.

15 — Véanse las sentencias de 14 de febrero de 1995, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225), apartados 31 a 34; de 11 de agosto de 1995, Wielockx (C-80/94, Rec. p. I-2493), apartado 18; de 27 de junio de 1996, Asscher (C-107/94, Rec. p. I-3089, apartado 41), y de 29 de abril de 1999, Royal Bank of Scotland (C-311/97, Rec. p. I-2651), apartado 27.

16 — Véase las sentencias Schumacker, apartados 36 a 38; Asscher, apartado 42, y Royal Bank of Scotland, apartados 27 y ss., antes citadas.

17 — Sentencia de 14 de septiembre de 1999, Gschwind (C-391/97, Rec. p. I-5451), apartado 26.

38. Por consiguiente, debe determinarse si, *con respecto a la función de la normativa controvertida,* existe una diferencia de situación objetiva entre socios-sociedades residentes y no residentes en los Países Bajos que perciben en el territorio de dicho país dividendos distribuidos por una sociedad neerlandesa en la que tienen una participación.

39. Procede señalar que el objetivo de las disposiciones de que se trata es la eliminación de la doble imposición económica con respecto a los beneficios distribuidos por sociedades neerlandesas.

40. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha afirmado que, en relación con las medidas adoptadas por un Estado miembro con el fin de evitar o atenuar la imposición en cadena o la doble imposición de los beneficios distribuidos por una sociedad residente, los accionistas beneficiarios residentes no se encuentran necesariamente en una situación análoga a la de los accionistas beneficiarios que residen en otro Estado miembro. [18]

41. En realidad, como señala el Tribunal de Justicia, el Estado de residencia de una sociedad que distribuye beneficios actúa, por regla general, frente al socio no residente, como «Estado de la fuente», ejercitando una potestad tributaria limitada únicamente a los rendimientos del no residente obtenidos en su territorio. Exigir a tal Estado que garantice la eliminación de la doble imposición económica, o en cadena, que grava los beneficios entregados a un socio no residente equivaldría a obligar al mencionado Estado a renunciar a su derecho a gravar rentas generadas por actividades económicas ejercidas en su territorio. [19] En cambio, el Estado de residencia del socio es normalmente el que se halla en mejor situación para conceder a éste un beneficio fiscal que pueda atenuar o evitar la doble imposición económica o en cadena. De hecho, en el caso de un socio persona física el Estado de residencia es el que se halla en condiciones de valorar del mejor modo posible la capacidad contributiva de ese socio. [20] En lo que atañe a los dividendos recibidos por una sociedad, debe invocarse la Directiva 90/435, cuyo artículo 4, apartado 1, obliga al Estado miembro de la sociedad matriz que recibe beneficios distribuidos por una filial establecida en otro Estado miembro, y no a éste, a evitar la doble imposición, lo cual realiza autorizando al Estado de la sociedad matriz a que elija entre abstenerse de gravar tales beneficios o gravarlos autorizando, no obstante, a la sociedad matriz a deducir de la cuantía de su impuesto la fracción del impuesto de la filial correspondiente a tales beneficios y, en su caso, la cuantía de la retención en origen percibida por el Estado miembro de residencia de la filial. [21]

42. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha puntualizado que «a partir del momento en

18 — Véanse las sentencias Denkavit Internationaal y Denkavit France Denkavit, antes citada, apartado 34, y Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, antes citada, apartados 57 a 65.

19 — Sentencia Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, antes citada, apartado 59.

20 — Este último principio se estableció en la sentencia Schumacker, antes citada.

21 — Sentencia Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, antes citada, apartado 60.

que un Estado miembro, de modo unilateral o por vía convencional, sujeta al impuesto sobre la renta no sólo a los accionistas residentes, sino también a los no residentes, por los dividendos que perciben de una sociedad residente, la situación de dichos accionistas no residentes se aproxima a la de los residentes». [22]

43. En tal supuesto, en realidad, aunque lo hace en el ámbito de su propia competencia como «Estado de la fuente», el Estado en el que se encuentra el domicilio social de la sociedad que distribuye los beneficios ejercita una potestad tributaria en relación con los socios no residentes que no difiere de la ejercitada frente a los residentes, determinando en el ejercicio exclusivo de la propia competencia tributaria una imposición en cadena con respecto a ambas categorías de contribuyentes.

44. Ante situaciones análogas entre socios residentes y no residentes, el «Estado de la fuente» está obligado a extender a los no residentes beneficios fiscales equivalentes a los concedidos a los residentes si los primeros son objeto de una doble imposición, que deriva del ejercicio de su competencia fiscal, análoga a la que afecta a los segundos.

45. En consecuencia, cuando, como en el caso de autos, el «Estado de la fuente» decide eximir a sus propios residentes de la doble imposición interna, exonerándoles de la retención en origen sobre los dividendos recibidos de una sociedad neerlandesa, dicho Estado deberá extender tal exención a los no residentes en la medida en que también éstos resulten afectados por la misma doble imposición interna derivada del ejercicio de su competencia tributaria sobre los mismos.

46. Del análisis efectuado hasta este punto se deduce que las disposiciones normativas controvertidas, dado que niegan la exención de la retención en origen para los dividendos pagados a socios no residentes en los Países Bajos, mientras que establecen tal exención para los dividendos recibidos por socios residentes, constituye una discriminación arbitraria contraria a los artículos 56 CE y 58 CE. [23]

47. No obstante, los Gobiernos italiano y del Reino Unido consideran que la diferencia de trato dispensada por la normativa controvertida en detrimento de los no residentes es una mera consecuencia del reparto de la potestad tributaria entre los Países Bajos y Portugal.

22 — Ibídem, apartados 68 a 70.

23 — A una solución análoga llegó el Tribunal AELC en su sentencia de 23 de noviembre de 2004, Fokus Bank (asunto E-1/04, disponible en el sitio www.eftacourt.lu), en la que consideró contraria al artículo 40 del Acuerdo EEE, equivalente al artículo 56 CE (Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo; DO 1994 L 1, p. 3 a 36) unas normas noruegas que reconocían únicamente a los socios establecidos en Noruega un crédito fiscal para los dividendos percibidos en este país.

48. Al respecto, deben hacerse algunas precisiones.

49. A tenor del artículo 220, segundo guión, del Tratado CE (actualmente artículo 293 CE, segundo guión), «los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí a fin de asegurar en favor de sus nacionales la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad».

50. Hasta la fecha no se ha ejecutado dicha disposición de carácter programático. En su estado actual el Derecho comunitario no define ningún criterio general para el reparto de las competencias entre Estados miembros en lo que se refiere a la eliminación de la doble imposición dentro de la Comunidad. En realidad, a excepción de la Directiva 90/435, [24] del Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio de 1990, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas, [25] y de la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, [26] ninguno de los cuales es aplicable en el caso de autos, en el ámbito del Derecho comunitario no se ha adoptado ninguna medida de unificación o de armonización con el fin de eliminar la doble imposición, ni los Estados miembros han celebrado con tal finalidad ningún convenio multilateral en el sentido del artículo 220, segundo guión, del Tratado CE. [27]

51. De ello se desprende que, a falta de medidas de unificación o de armonización de Derecho comunitario, los Estados miembros siguen siendo competentes para determinar los criterios de tributación de la renta con el fin de eliminar la doble imposición, eventualmente mediante convenios. [28] En este contexto, el Tribunal de Justicia ha declarado, en un primer momento, que los Estados miembros podían establecer libremente, en el marco de convenios bilaterales, los criterios de sujeción a efectos del reparto de la competencia tributaria. [29] En posteriores sentencias, dicho Tribunal agregó que tal libertad reconocida a los Estados miembros se extendía a las medidas adoptadas unilateralmente. [30]

24 — Citada en la nota 2.

25 — DO L 225, p. 10.

26 — DO L 157, p. 38.

27 — Véanse, en particular, por lo que respecta a la libre circulación de capitales, la sentencia Kerckhaert y Morres, antes citada, apartado 22 y, por lo que respecta al artículo 52 del Tratado CE, la sentencia Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, antes citada, apartado 51.

28 — Sentencias de 12 de mayo de 1998, Gilly (C-336/96, Rec. p. I-2793), apartados 24 y 30, así como de 12 de diciembre de 2002, de Groot (C-385/00, Rec. p. I-11819), apartado 93, por lo que respecta al artículo 48 del Tratado CE (actualmente artículo 39 CE, tras su modificación). Sentencias de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Rec. p. I-6161), apartado 57, por lo que respecta a los artículos 52 y 58 del Tratado CE, y de 23 de febrero de 2006, Van Hilten-van der Heijden (C-513/03, Rec. p. I-1957), apartado 47, por lo que respecta a la libre circulación de capitales.

29 — Sentencias Gilly, antes citada, apartados 24 a 30; Saint-Gobain ZN, antes citada, apartado 57; de Groot, antes citada, apartado 93; de 3 de octubre de 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, Rec. p. I-9461), apartado 54; Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, antes citada, apartado 52.

30 — Por lo que respecta a la libre circulación de capitales, sentencias Van Hilten-van der Heijden, apartado 47, y, por lo que respecta a la libertad de establecimiento, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, apartado 52.

52. Sin embargo, en lo tocante al ejercicio de la potestad tributaria, los Estados miembros están obligados, en todo caso, a cumplir las normas comunitarias. [31]

53. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Estados miembros pueden, por lo tanto, decidir libremente si, y en qué medida, de forma unilateral o mediante acuerdos internacionales, suprimen o evitan la doble imposición, estando, no obstante, obligados a observar los principios comunitarios en el ejercicio de su potestad tributaria, incluso cuando ésta se deriva de un previo reparto bilateral o multilateral de la competencia tributaria entre los Estados miembros. [32]

54. En relación con el caso de autos, es evidente que la discriminación que resulta de la normativa neerlandesa sobre la tributación de los dividendos contra las sociedades no residentes no se deriva de las diferencias existentes entre los sistemas fiscales nacionales relevantes en el presente asunto, ni es el efecto del reparto de la competencia tributaria entre los Países Bajos y Portugal. Se trata, en cambio, como se ha señalado más arriba, de un trato discriminatorio imputable *únicamente* a la normativa neerlandesa de que se trata, la cual niega a los socios no residentes una ventaja fiscal de la que disfrutan, por el contrario, los residentes, sin que tal diferencia de trato esté justificada por elementos objetivos pertinentes, habida cuenta de la situación análoga determinada en la que se encuentran ambas categorías de contribuyentes respecto al objeto y a la función de las disposiciones de que se trata.

55. Observaremos, no obstante, al examinar la segunda cuestión, cómo un reparto adecuado de la competencia tributaria, mediante un convenio para eliminar la doble imposición, puede afectar a la neutralización de los efectos discriminatorios de una normativa nacional como la neerlandesa objeto de examen.

56. Con carácter subsidiario, los Gobiernos neerlandés e italiano sostienen que la normativa objeto de estudio se justifica por la necesidad de preservar la coherencia del régimen fiscal neerlandés. La exención de la retención en origen sobre los dividendos nacionales distribuidos por sociedades neerlandesas entre sociedades residentes en los Países Bajos constituye, a su juicio, en realidad, un complemento fundamental de la exención del impuesto sobre sociedades de la participación (*«participation exemption»*, artículo 13 de la Wet Vpb) de la que disfrutan de forma ilimitada las sociedades neerlandesas sujetas a tributación en los Países Bajos, las cuales en el marco de dicho impuesto no tributan por los beneficios derivados de participaciones sociales. Alegan que, en particular, tal exención representa el complemento necesario de la exclusión de los beneficios distribuidos de la base impo-

31 — Sentencias de Groot, apartado 94, antes citada, y FKP Scorpio Konzertproduktionen, apartado 55.

32 — Sentencia de Groot, antes citada, apartados 93 y 94.

nible en el impuesto sobre sociedades neerlandés e implica una mera simplificación administrativa, ya que evita que el importe retenido en origen en relación con el impuesto sobre los dividendos deba restituirse posteriormente en el marco del impuesto sobre sociedades a quienes cobran los dividendos que disfrutan de la denominada «*participation exemption*» en los Países Bajos. Deducen que, por lo tanto, tal simplificación administrativa no puede extenderse igualmente a los accionistas no residentes en los Países Bajos que no estén sujetos en el territorio de dicho Estado al impuesto sobre sociedades neerlandés.

57. No puede acogerse esta argumentación.

58. En relación con la salvaguardia de la coherencia del régimen fiscal nacional debe recordarse, en primer lugar, que se trata de un concepto consolidado en la jurisprudencia a partir de las sentencias Bachmann y Comisión/Bélgica, en las que el Tribunal de Justicia reconoció, en principio, que dicha exigencia constituye una razón imperativa de interés público suficiente para justificar una restricción a los principios fundamentales en materia de libertad de circulación. [33]

59. En los asuntos mencionados, el Tribunal de Justicia justificó invocando la coherencia del régimen fiscal una normativa nacional que supeditaba la posibilidad de deducir las cotizaciones del seguro de vejez y fallecimiento al requisito de que éstas se abonaran en el Estado que autorizaba tal deducción. Dicha limitación se justificó por la necesidad de compensar la pérdida de ingresos fiscales derivada de la deducción de las cotizaciones abonadas en el marco de los contratos de seguro con el gravamen de las cantidades percibidas en ejecución de dichos contratos, las cuales, sin embargo, no se habían podido gravar en el caso de compañías aseguradoras establecidas en el extranjero.

60. A partir de dichas sentencias, la salvaguardia de la coherencia del régimen fiscal es la causa de justificación más invocada por los Estados miembros en materia de impuestos directos. No obstante, el Tribunal de Justicia, ha restringido considerablemente el concepto de coherencia fiscal y mediante reiterada jurisprudencia ha admitido que tal exigencia justifica una medida restrictiva de las libertades fundamentales cuando concurren tres requisitos distintos: a) la existencia de un nexo directo entre la concesión de una ventaja fiscal y la correspondiente compensación mediante la percepción del impuesto, b) la realización de la deducción y de la percepción en el ámbito de la misma tributación y c) su aplicación al mismo contribuyente.

61. Una aplicación rigurosa de esta jurisprudencia implicaría negar *prima facie,* en el caso de autos, el beneficio de la justificación relativa a la coherencia del régimen fiscal, por cuanto la exención del impuesto sobre los dividendos y la exención de la participación del impuesto sobre sociedades, que los

33 — Sentencias de 28 de enero de 1992, Bachmann (C-204/90, Rec. p. I-249), apartados 21 a 28, y Comisión/Bélgica (C-300/90, Rec. p. I-305), apartados 14 a 21.

Gobiernos neerlandés e italiano consideran complementarias, y, por lo tanto, de obligada aplicación conjunta para garantizar la coherencia del régimen neerlandés, se refieren a dos impuestos distintos y no afectan formalmente al mismo contribuyente.

62. Sin embargo, en la sentencia Manninen, el Tribunal de Justicia parece haber atenuado la rigidez de la interpretación del concepto de coherencia del régimen fiscal basada en criterios de identidad de la tributación y de identidad del contribuyente, al haber admitido, siguiendo la propuesta formulada por la Abogado General Kokott en sus conclusiones presentadas en dicho asunto, que un Estado miembro pueda alegar la exigencia de preservar la coherencia del propio régimen tributario, si bien, en el caso de autos, no eran de aplicación los dos criterios antes mencionados. [34]

63. Remitiéndose a la referida jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el Gobierno neerlandés considera que en el caso de autos se está ante dos exenciones vinculadas, de las que una constituye el desarrollo de la otra y que, si bien formalmente se refieren a dos impuestos distintos (impuesto sobre los dividendos e impuesto sobre sociedades), desde el punto de vista material afectan a una única percepción fiscal, toda vez que la retención en origen sobre los dividendos pagados constituye, a su juicio, un mero pago a cuenta del impuesto que debe compensarse íntegramente con el impuesto sobre sociedades y que, en realidad, se aplica al mismo contribuyente (el socio que cobra los dividendos).

64. Aunque se admita que las dos exenciones de que se trata afectan esencialmente al mismo contribuyente y a la misma percepción fiscal, debe además determinarse la existencia de una necesidad efectiva de preservar la coherencia del régimen tributario neerlandés a la luz de las finalidades de la normativa controvertida.

65. Pues bien, como han sostenido los Gobiernos neerlandés e italiano, la exención de la retención en origen para los denominados dividendos nacionales parece necesaria para preservar la coherencia del régimen tributario neerlandés ya que, sin aquélla, se neutralizaría –aunque sólo fuera temporalmente– la correlativa exención de la participación del impuesto sobre sociedades, hasta el momento de la compensación del impuesto sobre los dividendos con el impuesto sobre sociedades. Resulta patente que el objetivo del sistema neerlandés, ilustrado en estos términos, es la consecución de una «mera simplificación administrativa» que, de por sí, en ningún caso podría justificar un trato discriminatorio contrario a las libertades fundamentales.

66. El Gobierno neerlandés no demuestra, empero, de qué manera quedaría compro-

34 — Apartados 45 y 46 de la sentencia, así como, en particular, los puntos 54 a 57 de las conclusiones.

metida la coherencia de su propio régimen tributario si la exención del impuesto sobre los dividendos se reconociera asimismo a favor de a los socios no residentes que, aunque no sujetos al impuesto sobre sociedades en los Países Bajos, se hallan, como se ha visto anteriormente, en una situación análoga a los residentes en lo tocante a la tributación de los dividendos y a las eventuales ventajas fiscales relacionadas con la supresión de la doble imposición. En cambio, es evidente que el objetivo de la normativa controvertida –es decir, evitar la doble imposición de los beneficios distribuidos en forma de dividendos– igualmente puede alcanzarse sin que sea necesario discriminar a los socios no residentes, reconociendo su exención de la retención en origen como ocurre en lo que a los socios residentes se refiere, sin que en modo alguno quede comprometida la coherencia del sistema tributario neerlandés.

67. De cuanto antecede se desprende que las alegaciones formuladas por los Gobiernos que han presentado observaciones no pueden justificar una restricción a los movimientos de capitales que deriva de la normativa fiscal objeto de examen.

68. En consecuencia, debe responderse a la primera cuestión en el sentido de que las disposiciones relativas a la libre circulación de capitales se oponen a una normativa nacional –tomada en consideración sin tener en cuenta los efectos de posibles convenios para evitar la doble imposición aplicables– que exime de la retención en origen los dividendos pagados por una sociedad neerlandesa a sociedades establecidas en los Países Bajos, mientras que sujeta a tal retención los dividendos pagados a sociedades que no tengan en el territorio de dicho Estado su domicilio social ni un establecimiento permanente.

B. *Sobre la segunda cuestión*

69. Mediante la segunda cuestión el juez remitente pide esencialmente que se dilucide si, al apreciar la compatibilidad de la normativa neerlandesa objeto de examen con los principios comunitarios en materia de libre circulación de capitales, tiene importancia la circunstancia de que una sociedad no establecida en los Países Bajos, o que no disponga de un establecimiento permanente en el territorio de dicho Estado, pueda deducir íntegramente en el propio país de residencia la retención en origen aplicada en los Países Bajos sobre los dividendos distribuidos por una sociedad neerlandesa.

70. Debe observarse, *in limine,* que el juez *a quo* no especifica sobre la base de qué disposiciones una sociedad como Amurta podría disfrutar en el propio Estado de residencia (Portugal) de un «*full credit*» (o crédito fiscal total) para compensar la retención en origen practicada en los Países Bajos.

71. En consecuencia, procederé en primer lugar a analizar qué relevancia puede tener en la apreciación de la normativa neerlan-

desa controvertida la circunstancia de que se conceda un «*full credit*» a un socio no residente sobre la base de la normativa nacional de su Estado de residencia y, posteriormente, examinaré la hipótesis de que un crédito fiscal similar se reconozca, en cambio, sobre la base del CDI suscrito por los Países Bajos y Portugal.

1. Relevancia de un «*full credit*» (crédito fiscal total) previsto en la normativa nacional del Estado de residencia del contribuyente interesado

72. A mi juicio, al mencionar la existencia de un posible «*full credit*» para compensar la retención en origen neerlandesa sobre los dividendos recibidos por Amurta, el juez *a quo* se refirió en general a la posibilidad que presumiblemente pudiera aprovechar a ésta sobre la base de la legislación portuguesa. En efecto, en el pasaje pertinente de la resolución de remisión, el juez nacional señala que, según se desprende de lo manifestado por Amurta en sus observaciones, existía en Portugal una disposición análoga a la disposición neerlandesa que establece la restitución de la retención sobre los dividendos cuando no se devengue sobre tales rendimientos el impuesto de sociedades (sistema de «*full credit*»). Dicho órgano jurisdiccional deduce de tal circunstancia que, en el caso de autos, la retención en origen neerlandesa se compensa probablemente en Portugal sobre la base del mencionado mecanismo de «*full credit*».

73. En el presente procedimiento Amurta ha negado, en cambio, la existencia de un «*full credit*» potencial, como aquel al que se refiere el órgano jurisdiccional remitente en su resolución, del que dicha sociedad pueda aprovecharse en Portugal para compensar la retención fiscal aplicada en los Países Bajos sobre los dividendos recibidos en este Estado. Según Amurta, también en Portugal existe un sistema de «*participation exemption*» análogo al neerlandés, en cuya virtud están exentos del impuesto sobre sociedades los rendimientos de la participación en sociedades. Observa que, en consecuencia, no puede realizarse ninguna compensación de la retención fiscal practicada sobre los dividendos en los Países Bajos con el impuesto sobre sociedades en Portugal, por cuanto en este último Estado no se adeuda ninguna cantidad por tal concepto.

74. De considerarse correcta la reconstrucción que hace Amurta, dado, por lo demás, el carácter fragmentario de la resolución de remisión, de la que no pueden deducirse otros elementos útiles sobre tal aspecto, la segunda cuestión planteada al Tribunal de Justicia tendría carácter meramente hipotético.

75. En tal caso, el Tribunal de Justicia no sería competente para responder a dicha cuestión, por cuanto, según reiterada jurisprudencia, «la justificación de la remisión prejudicial y, por consiguiente, de la competencia del Tribunal de Justicia, no es formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas [...] sino la necesidad inherente a la solución efectiva de un litigio». [35]

35 — Véase la sentencia Lenz, antes citada, apartado 52 y la jurisprudencia citada en dicho apartado.

76. En todo caso, en el supuesto de que, no obstante, el Tribunal de Justicia considerase oportuno de alguna manera pronunciarse sobre la segunda cuestión que le ha planteado el órgano jurisdiccional remitente, estimo que debería responderse en los siguientes términos.

77. Según mi parecer, no puede atribuirse relevancia alguna a una ventaja fiscal, independientemente de su magnitud y de su efectividad, que se base en la legislación nacional de un Estado miembro, para apreciar la compatibilidad de la normativa de otro Estado miembro con respecto a los principios de Derecho comunitarios.

78. A mi juicio, en realidad, no es posible considerar que, en un caso como el que es objeto de examen, las ventajas que se reconocen a un contribuyente sobre la base de la legislación de un Estado miembro puedan neutralizar los efectos discriminatorios determinados por una normativa nacional de otro Estado miembro contra tal contribuyente. Admitir lo contrario equivaldría esencialmente a permitir que un Estado miembro prescindiera de las obligaciones que debe cumplir en virtud del Derecho comunitario, haciendo depender su respeto de los posibles efectos de otra legislación nacional, que pueden modificarse en todo momento y de manera unilateral por el Estado al que corresponda la aludida legislación. En semejante supuesto no existiría seguridad jurídica alguna sobre el respeto por parte de un Estado miembro de la prohibición de discriminación arbitraria establecida en los artículos 56 CE y 58 CE. [36]

79. De todo lo expuesto se deriva que, a efectos de la apreciación de la compatibilidad de la normativa neerlandesa en materia de tributación de los dividendos, no puede tener relevancia alguna la circunstancia de que una sociedad como Amurta disponga en el propio Estado de residencia, en virtud de la legislación en él vigente, de un *«full credit»* eventualmente adecuado para compensar la retención del impuesto neerlandés practicada sobre los dividendos recibidos de dicha sociedad en los Países Bajos.

2. Relevancia de los convenios para evitar la doble imposición y efectos reales del CDI pertinente

80. Se llega, en cambio, a mi juicio, a una solución distinta de la señalada en el apartado anterior, en el caso de que se garantice la neutralización de los efectos

36 — Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha refutado sistemáticamente la alegación de que un tratamiento fiscal desfavorable contrario a una libertad fundamental pueda justificarse por la existencia de otras ventajas fiscales, siempre que tales ventajas existan. [Véase, en lo que respecta a los tratamientos fiscales nacionales examinados en relación con a) la libre circulación de los trabajadores, la sentencia de Groot, antes citada, apartado 97; b) la libertad de establecimiento, las sentencias, antes citadas, de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia (270/83, Rec. p. 273, apartado 21), Asscher, apartado 53, y Saint Gobain ZN, apartado 54, y c) la libre circulación de capitales, la sentencia Verkooijen, apartado 61].

discriminatorios de una normativa nacional con un reparto adecuado de la potestad tributaria entre Estados miembros con arreglo a un convenio internacional para evitar la doble imposición. Ello se deriva del hecho de que tomar en consideración los efectos concretos de un CDI sobre la situación de un contribuyente para determinar si en un caso específico existe una restricción a las libertades de circulación garantizada por el Tratado, no implica justificar la desventaja discriminatoria que sufre el contribuyente interesado por la aplicación de una normativa nacional, y por la posterior compensación de tal desventaja con una ventaja aleatoria que nada tiene que ver con la primera y que se basa en la normativa de otro Estado miembro que éste puede modificar en cualquier momento. Al contrario, dar relevancia a los efectos concretos de un CDI sobre la situación de un contribuyente permite, en primer lugar, tomar en consideración «la realidad económica de la actividad y los posibles incentivos [del] sujeto pasivo en un contexto transfronterizo» en el que desarrolla su actividad, [37] pero también, sobre todo, tener en cuenta cómo los Estados miembros han garantizado el respeto de las libertades fundamentales mediante el adecuado reparto de su potestad tributaria, asumiendo *obligaciones recíprocas basadas en un acto para ellos vinculante.* De ese modo, aun cuando se atribuye relevancia a la facultad de los Estados miembros de establecer libremente, a falta de armonización comunitaria, los criterios de reparto de sus competencias tributarias para eliminar las dobles imposiciones, no se produce ninguna situación de inseguridad jurídica acerca del cumplimiento de las obligaciones comunitarias que aquéllos deben cumplir.

81. Ello es posible si concurren dos requisitos fundamentales. En primer lugar, es necesario comprobar que en el caso de autos el trato global al que está sujeto un contribuyente sobre la base de las disposiciones pertinentes de un CDI sea en *concreto* acorde con los principios de Derecho comunitario en materia de libre circulación. En una situación como la que se examina, por ejemplo, el «Estado de la fuente» podría garantizar mediante un CDI que los contribuyentes residentes y no residentes que se encuentren en una situación análoga disfruten de las mismas ventajas en relación con la supresión de la doble imposición. En segundo lugar, el Estado cuya legislación resulta, de por sí, contraria a los principios de Derecho comunitario debe seguir obligado a garantizar la neutralización de tales efectos distorsionadores de su propia normativa, sin que ese Estado pueda invocar el incumplimiento de la otra parte contratante en cuanto a lo establecido en el CDI para eludir las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado. [38]

82. A una solución análoga, acerca de la relevancia que debe reconocerse a los CDI, ha llegado asimismo el Tribunal de Justicia, según el cual, para proporcionar una interpretación del Derecho comunitario que sea útil al juez nacional, es necesario tomar en

37 — Véanse los puntos 33 a 38 de las conclusiones de la Abogado General Geelhoed presentadas el 27 de abril de 2006 en el asunto en el que recayó la citada sentencia Denkavit Internationaal y Denkavit France, así como mis conclusiones presentadas el 29 de marzo de 2007 en el asunto Columbus Container Services, C-298/05, aún no publicadas en la Recopilación, punto 47.

38 — En tal sentido, véanse los apartados 39 a 43 de las conclusiones presentadas en el asunto Denkavit Internationaal y Denkavit France.

consideración las disposiciones de un CDI, cuando ese órgano jurisdiccional lo presente como parte del ámbito normativo aplicable al asunto principal. [39]

83. En relación con el caso de autos, como se ha observado anteriormente, el órgano jurisdiccional *a quo* pide al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la relevancia de un «*full credit*» del que, según parece, goza Amurta en Portugal, sin, no obstante, aclarar si dicha posibilidad dimana de la aplicación del pertinente CDI celebrado entre Portugal y los Países Bajos.

84. Los Gobiernos neerlandés, italiano y del Reino Unido consideran que el Tribunal de Justicia debe tomar en consideración tal CDI al apreciar la compatibilidad de la normativa neerlandesa controvertida con los principios sobre la libre circulación de capitales.

85. Por mi parte, como ya he señalado, no veo posible, sin embargo, concretar ningún elemento de la resolución de remisión que demuestre que el juez *a quo* pretendió referirse a las disposiciones pertinentes del CDI celebrado entre Portugal y los Países Bajos, mientras que, según parece, se refirió únicamente, con carácter general, a la normativa nacional portuguesa al indicar la existencia de un posible «*full credit*». [40]

86. En consecuencia, sólo examinaré con carácter subsidiario los efectos concretos del CDI pertinente para la apreciación de la compatibilidad de la normativa neerlandesa objeto de estudio, y, ello, para el caso de que el Tribunal de Justicia considere que el órgano jurisdiccional nacional se refirió a dicho CDI al hacer alusión a la existencia de un «*full credit*» y que, por lo tanto, éste forma parte del marco normativo sobre el que se debe pronunciar el Tribunal de Justicia.

87. Pues bien, para neutralizar concretamente los efectos de la normativa neerlandesa de que se trata, que, como se ha puesto de manifiesto más arriba, discrimina a los no residentes, el CDI pertinente debería establecer un reparto de la potestad tributaria entre las partes contratantes suficiente para anular específicamente el perjuicio que sufren los no residentes debido a la retención en origen que se les aplica en los Países Bajos. Ello sería posible únicamente eliminando totalmente en Portugal los efectos de tal retención, es decir, mediante la imputación íntegra de la retención en origen sobre los dividendos, realizada en los Países Bajos, al impuesto de sociedades que, de no ser así, se devengaría en Portugal sobre dichos

39 — Véanse las sentencias antes citadas Manninen, apartado 21, Bouanich (C-265/04, Rec. p. I-923, apartado 51), Test Claimants in Class IV of the Act group litigation, apartado 71, y Denkavit Internationaal y Denkavit France, apartado 45.

40 — Posición sostenida, por lo demás, por el Órgano de Vigilancia de la AELC.

dividendos. Se trataría técnicamente del denominado «*full credit*», o crédito fiscal íntegro, que el Estado de residencia del contribuyente interesado (Portugal) concedería para compensar la retención fiscal sobre los dividendos efectuada en el «Estado de la fuente» (Países Bajos). [41]

88. El artículo 24 del CDI referido establece, en cambio, un sistema de crédito ordinario, o parcial, es decir, que permite que el contribuyente deduzca la retención sobre los dividendos que se le aplica en los Países Bajos hasta el límite del importe que, de lo contrario, estaría obligado a pagar en Portugal, en concepto de impuesto sobre sociedades, sobre los beneficios recibidos en forma de dividendos procedentes del extranjero. [42] En tal caso, una sociedad portuguesa como Amurta continuaría soportando parcialmente los efectos de la retención fiscal neerlandesa, contrariamente a lo previsto, en virtud de la legislación neerlandesa, para una sociedad residente en los Países Bajos que se halle totalmente exenta de la doble imposición de los dividendos recibidos en los Países Bajos. Por lo tanto, los beneficios concedidos a las sociedades no domiciliadas en los Países Bajos no serían equivalentes a los reconocidos a las sociedades residentes en dicho Estado que se encuentran en una situación comparable con respecto a los efectos de la doble imposición de los ingresos generados por la participación en sociedades neerlandesas, con la consecuencia de que la normativa neerlandesa controvertida seguiría suponiendo una discriminación arbitraria prohibida por los artículos 56 CE y 58 CE.

89. Si, en definitiva, se determinara que el sistema vigente en Portugal es de «*participation exemption*», sobre cuya base se hallan exentos del impuesto sobre sociedades los ingresos de participaciones, aunque se admitiera que el CDI pertinente establece un crédito fiscal total, Amurta no podría concretamente gozar del mismo ya que, como se ha señalado, no se adeudaría en Portugal ningún impuesto sobre los ingresos de participaciones con el que poder compensar la retención neerlandesa sobre los dividendos abonados.

90. No obstante, como ha afirmado el Tribunal de Justicia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional interpretar el Derecho nacional pertinente y, por lo tanto, comprobar si, en el caso de autos, el tratamiento global de que es objeto una sociedad no residente debido al ejercicio conjunto de la potestad tributaria, en la forma en que se reparte convencionalmente entre el «Estado de la fuente» y el Estado de residencia, es menos favorable que el que se dispensa a las sociedades residentes. [43]

41 — Solución análoga en el caso Denkavit Internationaal y Denkavit France, apartados 54 a 56.

42 — Mediante el mecanismo del crédito fiscal parcial, podría admitirse una neutralización de los efectos de la retención en el origen neerlandesa exclusivamente en caso de que se aplicara el mismo tipo impositivo tanto en los Países Bajos como en Portugal, con la consecuencia de que el importe de la retención fiscal neerlandesa sería idéntico al del impuesto sobre sociedades portugués aplicable a los dividendos neerlandeses, por lo que podrían compensarse íntegramente con éste.

43 — En este sentido, sentencia Bouanich, apartado 51.

IV. Conclusión

91. A la luz de las anteriores consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Gerechtshof te Amsterdam en los siguientes términos:

«1) Los artículos 56 CE y 58 CE se oponen a una normativa nacional, como la que se estudia en el procedimiento principal –tomada en consideración sin tener en cuenta los efectos de posibles convenios para evitar la doble imposición aplicables–, que exime de la retención en origen los dividendos pagados por sociedades cuyo domicilio social se encuentra en los Países Bajos a sociedades que tienen su domicilio social en éste Estado, mientras que sujeta a tal retención los dividendos abonados a sociedades que no tengan en dicho Estado su domicilio social ni un establecimiento permanente.

2) Para responder a la primera cuestión, carece de toda relevancia el hecho de que una sociedad que no tenga su domicilio social ni un establecimiento permanente en los Países Bajos pueda aprovecharse en el propio Estado de residencia, sobre la base a la legislación de éste, de un crédito fiscal total *(«full credit»)* para compensar la retención fiscal neerlandesa sobre los dividendos, aunque exista tal posibilidad.»