

**STJCE 4.3.2004, *Comisión contra Francia*, As. C-334/02: las dificultades de control no justifican un trato más severo para inversiones financieras en otros Estados miembros
(Rigidez del Tribunal y beligerancia de la Comisión)**

Pedro Manuel Herrera Molina
Profesor Titular UCM

I. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

Es contrario a la libre prestación de servicios (art. 49CE) y a la libre circulación de capitales (art. 56CE) una normativa, como la francesa, que establece un porcentaje de deducción liberatoria sobre los rendimientos derivados de ciertas inversiones financieras y contratos de seguro cuando el deudor de los rendimientos no esté domiciliado ni establecido en Francia. El que la diferencia de trato sea pequeña, la existencia de ciertas ventajas, no exactamente correlativas para las inversiones en el extranjero o las dificultades de control fiscal no pueden justificar la discriminación.

II. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

STJCE de 11.08.1995, *Wielockx*, As. C-80/1994 ; STJCE de 28.01.1992, *Bachmann*, As. C-204/1999; STJCE 15.5.1997, *Futura Participations* y *Singer*, As. C-250/1995; STJCE de 8.7.1999, *Baxter* y otros, As. C-254/97; SJCE de 6.6.2000, *Verkooijen*, As. C-35/1998; STJCE de 26.9.2000, Comisión/Bélgica, C-478/1998; STJCE de 28.10.1999, *Vestergaard*, As. C-55/1998; STJCE de 27.06.1996, *Asscher*, As. C-107/94; STJCE de 12.6.2003, *Gerritse*, As. C-234/01; STJCE de 14.11.1995, *Svensson y Gustavsson*, As. C-484/1993; STJCE de 21.10.2002, *X e Y*, As. C-436/2000; STJCE 11.03.2002, *De Lasteyrie du Saillant*, As. C-9/2002; STJCE de 3.10.2003, *Danner*, As. C-136/2000 ; con posterioridad, cfr. la STJCE de 15.7.2004, As. C-242/2003 *Weidert-Paulus* ; STJCE de 15.7.2004, *Lenz*, As. C-315-02 ; STJCE de 9.12.2004, Comisión contra Reino de España, As. C-219/03.

III. SUPUESTO DE HECHO

La normativa francesa establecía que los contribuyentes sometidos al Impuesto sobre la Renta podían *optar* por la aplicación de una retención liberatoria (entre el 7,5 y el 60 por 100, según el tipo de producto) a los rendimientos procedentes de ciertas inversiones financieras (intereses, rentas y productos de toda naturaleza de fondos del Estado, obligaciones, títulos participativos, bonos y otros títulos de crédito, depósitos, fianzas y cuentas corrientes), siempre que el deudor de los rendimientos estuviera domiciliado o establecido en Francia.

Según las autoridades francesas, el tipo impositivo medio de los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta era del 9% y, por consiguiente, a la mayoría de ellos se les aplicaba un tipo impositivo inferior o igual al 15%. El tipo marginal medio estaba fijado aproximadamente en el 25%.

IV. TIPO DE PROCEDIMIENTO

Se trata de un recurso interpuesto directamente por la Comisión frente al Gobierno francés tras haber desarrollado ésta un procedimiento por incumplimiento frente al Gobierno Francés.

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El trato más favorable de las operaciones realizadas con entidades no domiciliadas o no establecidas en Francia (en cuanto afecta a sociedades de otros Estados miembros) es contrario a la libre prestación de servicios y a la libre circulación de capitales. “La normativa de que se trata tiene (...) un efecto restrictivo para las sociedades establecidas en otros Estados miembros, en cuanto que constituye para ellas un obstáculo a la captación de capitales en Francia, en la medida en que los rendimientos de los contratos suscritos con tales sociedades reciben un trato fiscal menos favorable que los dividendos distribuidos por una sociedad establecida en Francia, por lo que sus contratos resultan menos atractivos para los inversores residentes en Francia que los de sociedades que tengan su domicilio en dicho Estado miembro” (ap. 24). “En estas circunstancias, debe observarse que la normativa de que se trata constituye una restricción tanto a la libre prestación de servicios reconocida en el artículo 49 CE como a la libre circulación de capitales, consagrada en el artículo 56 CE” (ap. 25).

Dicha diferencia no se justifica por el hecho de que muchos contribuyentes tributen a un tipo medio inferior a la retención liberatoria (de modo que para ellos no resulte atractivo el ejercicio de la opción), ni por la circunstancia de que la retención liberatoria suponga un pago anticipado a la Hacienda Pública con el consiguiente coste financiero. En palabras del Tribunal: “En el presente caso, consta que la deducción liberatoria de que se trata supone, en determinadas situaciones, una ventaja fiscal no desdeñable con relación al impuesto normal sobre la renta. Tal ventaja no se ve afectada por el hecho de que, en otras situaciones, la ventaja para el contribuyente sea relativamente escasa o se vea compensada por el hecho de que la deducción se practique en la fuente, cuando el gravamen normal sólo se produce en una fecha posterior. Por otra parte, la deducción obligatoria únicamente se aplica si ha optado por ella el propio contribuyente, opción de la que hará uso por lo general cuando le sea favorable” (ap. 22).

Tampoco se justifica por la dificultad práctica de controlar los pagos realizados por entidades no establecidas en Francia. “El Tribunal de Justicia ha declarado en repetidas ocasiones que la lucha contra el fraude fiscal y la eficacia de los controles fiscales pueden invocarse para justificar restricciones al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado (véanse las sentencias de 8 de julio de 1999, *Baxter* y otros, C-254/97, Rec. p.I-4809, apartado 18, y Comisión/Bélgica, antes citada, apartado 39). Sin embargo, *una presunción general de evasión o de fraude fiscales no puede bastar para justificar una medida fiscal que vaya en detrimento de los objetivos del Tratado* (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, apartado 45)” (ap. 27).

El Tribunal insiste en que las consideraciones de practicabilidad administrativa no son suficientes para justificar la diferencia de trato: “en el presente caso, la retención en la fuente, realizada directamente por los deudores que residen en Francia, constituye ciertamente una operación cómoda para la Administración tributaria. En efecto, en el

supuesto de los deudores que residan en otros Estados miembros, puede resultar más difícil comprobar si concurren todos los requisitos exigidos para la aplicación de un porcentaje determinado de deducción. Sin embargo, se trata de meras dificultades de administración que, como señala el Abogado General en los puntos 29 y 30 de sus conclusiones, no son suficientes para justificar un obstáculo a la libre prestación de servicios y a la libre circulación de capitales como el que se deriva de la normativa de que se trata” (ap. 29).

La sentencia utiliza en contra del Gobierno francés sus propias alegaciones: “por lo que atañe a las posibles soluciones menos drásticas, el propio Gobierno francés ha reconocido que «podrían evitarse» las dificultades prácticas previendo, por ejemplo, a efectos de la aplicación de la deducción liberatoria, una declaración voluntaria anual de los rendimientos financieros obtenidos de sociedades establecidas en otros Estados miembros, en el marco de la declaración del impuesto sobre la renta. Una solución de esta índole se ajustaría perfectamente a las necesidades de control y no perjudicaría al equilibrio del sistema tributario, por las razones aludidas en el punto 31 de las conclusiones del Abogado General” (ap. 30).

En efecto, el Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer señala que “los inconvenientes que para la gestión tributaria derivarían de la sustitución de un método *simple, fundado en un control global previo, que no comporta ningún riesgo de fraude, por otro posterior y asistemático* no son suficientes para justificar un obstáculo a las libertades de prestación de servicios y de circulación de capitales como el que representa la normativa francesa cuestionada. Una vez comprobado que el objetivo perseguido puede ser satisfecho con otros instrumentos, el principio de proporcionalidad impide que meras dificultades de administración se erijan en razones absolutas para legitimar un trato discriminatorio que, por ser contrario a las mencionadas libertades, necesita importantes argumentos para ser lícito” (Conclusiones presentadas el 16.10.2003, ap. 30).

Según el Tribunal, las dificultades para contrastar tales declaraciones podrían superarse a través “de la Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos (DO L336, p.15; EE 09/01, p.94), la cual puede ser invocada por un Estado miembro con el fin de controlar si se han efectuado pagos en otro Estado miembro, o bien de conseguir cualquier otra información útil cuando la introducción correcta del impuesto sobre la renta deba tener en cuenta dichos pagos e informaciones (véanse las sentencias *Bachmann*, antes citada, apartado 18, y de 28 de octubre de 1999, *Vestergaard*, C-55/98, Rec. p.I-7641, apartados 26 y 28). Los Estados miembros pueden utilizar dichos mecanismos cuando lo consideren oportuno” (ap. 31).

Además, se recuerda que “en su sentencia de 28 de enero de 1992 Comisión/Bélgica (C-300/90, Rec. p.I-305, apartado 13), el Tribunal de Justicia ya desestimó la alegación del Gobierno francés de que esta Directiva no puede producir efectos en aquellos Estados miembros en los que exista secreto bancario. Por consiguiente, la imposibilidad de solicitar una colaboración de esta índole no puede justificar la no aplicación de una ventaja fiscal a los rendimientos obtenidos en tales Estados” (ap. 32). En definitiva, si en un caso concreto no puede obtenerse la

información y el contribuyente se niega a aportar las pruebas correspondientes podría negársele la deducción *en ese caso concreto*.

En palabras del Abogado General Ruiz-Jarabo, “la (...) pega (*sic*) de que la asistencia mutua es ineficaz respecto de los Estados miembros que practican el secreto bancario, es irrelevante a los fines pretendidos por el Estado miembro demandado por dos razones. En primer lugar, porque la existencia de informaciones no comunicables ya está prevista en las normas comunitarias y, pese a esta circunstancia, el Tribunal de Justicia ha reconocido su capacidad como instrumento al servicio de un eficaz control fiscal [argumento que nos parece una petición de principio]. En segundo término, porque la circunstancia de que, en algunas situaciones, las informaciones no puedan ser contrastadas no justifica el que, con carácter absoluto y universal, los sujetos pasivos que perciben rentas financieras de entidades establecidas en otros Estados miembros queden al margen del sistema opcional diseñado por el legislador francés. Es, como ya he apuntado, una consecuencia desproporcionada en relación con el objetivo de la norma, sobre todo si se tiene en cuenta que nada impide a las autoridades tributarias galas exigir al contribuyente que escoge el descuento liberatorio las pruebas que permitan apreciar si concurren los requisitos para su aplicación” (ap. 36)

El Abogado General también rechaza otro argumento utilizado por el Gobierno francés para sostener que la Directiva de Intercambio de información resulta insuficiente: “el de que, en los rendimientos derivados de seguros de vida, para determinar si es aplicable el descuento a tanto alzado y, en su caso, el porcentaje, deben ser tomadas en consideración, además de la base imponible, las condiciones de suscripción del contrato, que no siempre están a disposición de las autoridades de todos los Estados miembros. Este alegato es una reiteración, para esta clase singular de productos financieros, del expuesto con carácter general líneas más arriba. Las eventuales dificultades para recabar los datos necesarios o las posibles carencias en la colaboración entre los Estados miembros no pueden legitimar medidas restrictivas de las libertades fundamentales, proclamadas con carácter absoluto e ineluctable. No me resisto a recordar aquí las certeras palabras del abogado general Sr. Jacobs en las conclusiones que presentó en el asunto Danner, en las que apeló a la imprescindible colaboración entre el Estado miembro de tributación y las entidades aseguradoras radicadas en el extranjero, de las que es de esperar un comportamiento leal, pues «son compañías con cierto prestigio y continuidad estrechamente supervisadas por su Estado de establecimiento». Una presunción o un riesgo de fraude no puede avalar una medida consistente en la prohibición de ejercer una libertad fundamental garantizada por el Tratado” (ap. 37).

VI. COMENTARIO CRÍTICO

La doctrina del Tribunal no es novedosa, pero debe criticarse por su rigidez: los mecanismos de control sugeridos por el Tribunal no son practicables, de modo que, en la práctica, se va a producir un trato de favor para quienes invierten en Estados miembros que admiten el secreto bancario. Pensamos que esta situación no queda resuelta por 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. Por un lado, su eficacia se condiciona a que “la Confederación Suiza, el Principado de Liechtenstein, la República de San Marino, el Principado de Mónaco y el Principado de Andorra apliquen a partir de la misma fecha medidas equivalentes a las contenidas en la presente

Directiva, de conformidad con acuerdos celebrados por dichos países con la Comunidad Europea, previas decisiones del Consejo adoptadas por unanimidad” y aunque se está avanzando en esta línea todavía no han sido ratificados todos esos acuerdos. Por otro lado, la directiva no afecta a los contratos de seguro ni a los pagos realizados a personas jurídicas.

¿No podría argumentarse que la existencia de secreto bancario o de un trato fiscal especialmente favorable en ciertos Estados miembros –Malta y Chipre se califican por la normativa española como paraísos fiscales- está restringiendo la libre circulación de capitales hacia otros Estados en que no existen tales privilegios? En principio parece que debería contestarse negativamente, puesto que -desde el punto de vista del Estado que otorga la “ventaja”- no existe diferencia entre residentes y no residentes (no existe una discriminación). Sin embargo, resulta un tanto hipócrita cerrar los ojos a este fenómeno, que distorsiona el mercado de capitales, al tiempo que se reacciona de modo inflexible contra medidas nacionales encaminadas a establecer controles fiscales de modo practicable o a eliminar tan solo la doble imposición económica que causa el propio Estado y no la generada por otro Estado miembro (caso de nuestra deducción por doble imposición de dividendos).

La normativa Francesa resultaba especialmente criticable, pues el mecanismo opcional de retención definitiva en la fuente no parece adecuarse a las exigencias del principio de capacidad económica y además, discriminaba los intereses de fuente extranjera sin matizar en función del Estado de la fuente (atendiendo, por ejemplo, a su carácter de Estado miembro, a la existencia de retenciones o de secreto bancario).

Sin embargo, la línea por la que sigue avanzando el Tribunal no parece adecuada *si no se acompaña de medidas eficaces para garantizar el pleno intercambio de información en el ámbito comunitario y armonizar los sistemas fiscales de los Estados Miembros*. Es cierto que las ventajas fiscales ofrecidas por Luxemburgo, Malta, Chipre, Irlanda o Estonia no parecen “discriminatorias” pero generan obstáculos a que el capital se desplace fuera de esos Estados (o, si se quiere, incentivos a que el capital fluya hacia ellos). Por otra parte, resulta paradójico que un régimen fiscal que se calificaría como ayuda de estado si se aplicara tan sólo en una región de un Estado miembro (por su carácter sectorial) se admita pacíficamente si es aplicada en *todo* el ámbito de un pequeño Estado miembro.

La discriminación no existe si se contempla tan solo la situación desde el seno del Estado miembro que concede la “ventaja” pero sí tomando en consideración la perspectiva de la Unión Europea en su conjunto. Precisamente esto es lo que sucedió en el caso *Futura* (C-250/95 Sentencia de 15.05.1997) en el cual se consideró que la normativa luxemburguesa era contraria a la libertad de establecimiento a pesar de que equiparaba el tratamiento de los establecimientos permanentes al de las sociedades residentes. Según algunos autores, el Tribunal condenó una restricción a las libertades (la exigencia de una contabilidad independiente respecto de la de la sede en Francia) aun cuando no fuera discriminatoria; según otros –suscribimos esta opinión- existía una “discriminación” si se tenía en cuenta la situación en su conjunto. Pues bien, si tomamos en cuenta desde una perspectiva europea las ventajas fiscales otorgadas por ciertos Estados miembros, podríamos señalar la existencia de *una discriminación contraria a la eficaz realización del mercado interior* (contraria, por tanto, a la misma esencia de las libertades comunitarias). Desde luego se trata de una opinión polémica

que estaría lejos de acogerse aún por el Tribunal, pero pensamos que –en último término- se trata de una consecuencia lógica de sus radicales planteamientos.

Teóricamente el Tribunal admite restricciones a las libertades comunitarias en aras del control fiscal y la lucha contra el fraude siempre que sean proporcionadas. El problema radica en que el Tribunal entiende la “proporcionalidad” en un sentido distinto del que le atribuyen los Tribunales Constitucionales europeos. Al igual que ellos afirma que una medida es desproporcionada cuando puede alcanzarse el fin legítimo (control fiscal) a través de otros medios menos restrictivos de las libertades que el utilizado en el caso concreto. Ahora bien, cuando los tribunales constitucionales llevan a cabo este análisis no comparan “en abstracto” la medida (real) restrictiva y la (hipotética) no restrictiva, puesto que sobre el papel siempre será posible encontrar una medida menos restrictiva. Los tribunales Constitucionales nacionales toman en consideración la “practicabilidad” de la medida alternativa en un doble sentido: que sea eficaz y que no suponga un coste desproporcionado. Si no se cumplen estos requisitos la medida “alternativa” no puede tenerse en cuenta.

Por ejemplo –aunque resulte discutible- el Tribunal Constitucional español justificó la diferencia de trato entre los gastos deducibles de los rendimientos del trabajo y de las actividades económicas (una restricción del derecho a la igualdad) en que sería impracticable un control eficaz de tales gastos y en que la desigualdad no existiría en la mayoría de los casos, por soportar el empresario la mayoría de los gastos relacionados con el desempeño del trabajo por sus empleados. En cambio, el Tribunal de Luxemburgo hubiera dicho que la discriminación resulta intolerable por pequeña que fuera y que podía haberse exigido a los contribuyentes que declarasen sus gastos previamente sometiéndose después a un control fragmentario y a posteriori. El que tal sistema sea mucho más caro y menos eficaz no justifica ninguna restricción de las libertades comunitarias.

El Abogado General apunta que la mejor solución para el legislador francés estaría en exigir al perceptor de intereses extranjeros una declaración de las retenciones sufridas. A ello se sumarían controles fragmentarios a posteriori a través de los mecanismos de intercambio de información. Quizá el Tribunal tampoco hubiera admitido un mecanismo en el que se exigiera al contribuyente una prueba fehaciente de que se ha producido la retención (por ejemplo, un certificado de las autoridades fiscales del Estado de la fuente) pues probablemente una prueba tan exigente supondría otra restricción desproporcionada de las libertades comunitarias: siempre sería menos restrictivo el mecanismo de declaración por el contribuyente y control a posteriori.

En la sentencia Manninen (objeto de otro comentario en esta obra) la Abogado general Juliane Kokott parece vacilar sobre el rigor con que debe exigirse la “necesidad” de la medida (el que no existan otras medidas alternativas menos restrictivas). Respecto de la deducción por doble imposición de dividendos de una sociedad residente en otro Estado miembro señala que: “debe darse al perceptor de dividendos sujeto a impuestos en Finlandia, por lo menos, la posibilidad de probar, por ejemplo mediante la presentación de los correspondientes certificados de la sociedad, que se ha pagado efectivamente el impuesto de sociedades. Sin embargo, *no deben imponerse exigencias muy estrictas a esta prueba que impidan o hagan excesivamente difícil en la práctica* el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario” (ap. 73). Pensamos que se trata de una línea argumental interesante que

debería explorarse. No puede exigirse una prueba tan estricta que haga “excesivamente difícil en la práctica” el ejercicio de la libertad, ni unas exigencias a los Estados miembros que hagan “excesivamente difícil en la práctica” un eficaz control fiscal necesario para la propia construcción del mercado interior.

Se necesita una balanza muy sutil para realizar esta ponderación –más sutil que una formal defensa a ultranza de las libertades comunitarias-. Tal vez la situación no se mantenga cuando la futura Constitución europea consagre el genérico principio de igualdad ante la ley y pierdan peso relativo la no discriminación por razón de nacionalidad ligada al ejercicio de las libertades económicas.

Mientras no se realice esta ponderación los estados miembros se debaten entre eliminar para todos –residentes y no residentes- determinadas medidas favorables o bien aceptar unas reglas de distribución de la soberanía fiscal un tanto arbitrarias (por qué habría de dar por buena Francia, por ejemplo, una retención liberatoria del 1 por 100 practicada en otro Estado miembro). De este último punto se ocupa con más detalle el comentario a la sentencia *Manninen*.

VII. RELEVANCIA PARA ESPAÑA

Como es bien conocido, en el ámbito de la imposición directa –exceptuando las cuestiones relativas a ayudas de Estado- la inmensa mayoría de las sentencias son consecuencia de cuestiones prejudiciales, pues la Comisión venía optando por seguir una política poco beligerante. Además, en el caso de España los tribunales se muestran sumamente reacios a plantear cuestiones prejudiciales. Esto ha facilitado la resistencia del legislador español a adaptar determinados preceptos a las exigencias que el Tribunal de Justicia ha puesto de relieve en casos muy semejantes a la normativa española (por ejemplo, la deducción por doble imposición de dividendos en el ámbito del IRPF).

Debe reconocerse que esta “estrategia” es comprensible –aunque, tal vez, no disculpable- puesto que las sentencias del Tribunal generan criterios de reparto de las soberanías tributarias un tanto arbitrarios y especialmente perjudiciales para los Estados que adaptan al máximo su legislación a la capacidad económica de los contribuyentes residentes. Así, por ejemplo, la solución más sencilla para España en cuanto a la doble imposición de dividendos percibidos por personas físicas estaría en suprimir la deducción con independencia de la residencia de la entidad que reparta beneficios.

Desde luego, debe advertirse que, en algún caso, el legislador español ha reaccionado con celeridad ante una sentencia del Tribunal de Justicia contraria a la legislación de otro Estado. Así, como consecuencia de la Sentencia *Lankhorst-Hohorst* (C-324/00, Sentencia de 12.12.2002) relativa a la norma alemana de subcapitalización, el legislador español no solo desmontó la norma aplicable en el ámbito comunitario, sino reformuló en los mismos términos el régimen de transparencia fiscal internacional.

En cualquier caso, un cambio de estrategia de la Comisión podría poner la legislación española –y la de otros países- contra las cuerdas. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo es muy agresiva y si se extrajeran con rigor todas sus consecuencias sería necesaria una reforma radical del Impuesto sobre la Renta de los no residentes y muchos preceptos del Impuesto sobre la Renta y del Impuesto sobre

Sociedades que establecen diferencias restrictivas de las libertades comunitarias. Precisamente otro indicio del cambio de tendencia por parte de la Comisión se encuentra en la STJCE de 9.12.2004, as. 219/03, Comisión contra España, relativo al régimen “transitorio” de los coeficientes de abatimiento para plusvalías de acciones cotizadas en mercados extranjeros.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

J.M. ALMUDÍ CID, “Comentario a la STJCE 6.6.2000, *Staatssecretaris van Financiën vs. B.G.M. Verkooijen*, As. C-35/98: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Libre circulación de capitales. Método de eliminación de la doble imposición económica internacional”, en la obra colectiva, *Comentarios de Jurisprudencia Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Años 2000-2001*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, págs. 101 y ss.; A. GARCÍA PRATS, “La coherencia fiscal desde la perspectiva interna, internacional y comunitaria”, *Diritto e Pratica Tributaria*, vol. LXXIII, 2002; C. GARCÍA-HERRERA BLANCO y P.M. HERRERA MOLINA, “Del Big Bang al agujero negro”, en la obra colectiva *Comentarios de Jurisprudencia Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Año 2003*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004; J.M. CALDERÓN CARRERO – A. MARTÍN JIMÉNEZ, “La armonización jurisprudencial de la imposición directa: las implicaciones fiscales del principio comunitario de no discriminación en relación con las libertades básicas comunitarias” (en la obra colectiva dirigida por T. CORDÓN EZQUERRO, *Manual de Fiscalidad Internacional*, 2ª ed., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, págs. 1181 y ss.).