Asunto C-487/08

Comisión Europea

contra

Reino de España

«Incumplimiento de Estado — Libre circulación de capitales — Artículos 56 CE y 40 del Acuerdo sobre el EEE — Diferencia de trato — Dividendos distribuidos a sociedades residentes y a sociedades no residentes»

Sumario de la sentencia

Libre circulación de capitales — Restricciones — Legislación tributaria — Impuesto sobre sociedades — Tributación de los dividendos

(Art. 56 CE, ap. 1)

Incumple las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, apartado 1, un Estado miembro que supedita la exención de los dividendos distribuidos por sociedades residentes en dicho Estado miembro al requisito de que las sociedades beneficiarias tengan en el capital de las sociedades distribuidoras de los dividendos un porcentaje de participación más elevado en el caso de las sociedades beneficiarias residentes en otro Estado miembro que en el caso de las residentes en el primer Estado miembro.

En efecto, tal diferencia de trato puede disuadir a las sociedades establecidas en otros Estados miembros de realizar inversiones en el Estado miembro en cuestión y constituye, pues, una restricción a la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 56 CE, apartado 1.

Tal diferencia de trato no puede justificarse por la diferencia de situación entre las sociedades residentes y las sociedades residentes en otro Estado miembro. Ciertamente, en lo que atañe a las medidas previstas por un Estado miembro a fin de evitar o atenuar la tributación en cadena o la doble imposición económica de los beneficios distribuidos por una sociedad residente, los accionistas beneficiarios residentes no se encuentran necesariamente en una situación comparable a la de los accionistas beneficiarios residentes en otro Estado miembro. Sin embargo, a partir del momento en que un Estado miembro, de forma unilateral o por vía de convenios, somete al impuesto sobre la renta no sólo a los accionistas residentes sino también a los accionistas no residentes, por los dividendos que perciben de una sociedad residente, la situación de los mencionados accionistas no residentes se asemeja a la de los accionistas residentes. En efecto, el mero ejercicio por ese mismo Estado de su potestad tributaria, con independencia de cualquier tributación en otro Estado miembro, da lugar a un riesgo de tributación en cadena o de doble imposición económica. En tal caso, para que los beneficiarios no residentes no se enfrenten a una restricción a la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 56 CE, el Estado de residencia de la sociedad que distribuye beneficios debe velar por que, en relación con el mecanismo previsto en su Derecho nacional para evitar o atenuar la tributación en cadena o la doble imposición económica, los no residentes estén sujetos a un trato equivalente al que disfrutaban los residentes. Pues bien, al aplicar la normativa citada, un Estado miembro opta por ejercer su potestad tributaria sobre los dividendos distribuidos a sociedades residentes en otros

Estados miembros. Las sociedades no residentes que perciben tales dividendos se encuentran, en consecuencia, en una situación comparable a la de las sociedades residentes en cuanto al riesgo de tributación en cadena de los dividendos distribuidos por las sociedades residentes, de manera que las sociedades beneficiarias no residentes no pueden ser tratadas de modo diferente a las sociedades beneficiarias residentes.

Por lo demás, si bien es cierto que los inconvenientes que pueden resultar del ejercicio paralelo por diferentes Estados miembros de su potestad tributaria, siempre y cuando tal ejercicio no sea discriminatorio, no constituyen restricciones prohibidas por el Tratado, no lo es menos que no sucede así cuando el tratamiento fiscal desfavorable de los dividendos distribuidos a sociedades beneficiarias residentes en otro Estado miembro se deriva del ejercicio exclusivo de su potestad tributaria por parte del Estado de residencia de la sociedad que distribuye los dividendos, siendo tal tratamiento desfavorable imputable a este último Estado miembro.

Por otro lado, en la referida diferencia de trato no influye el hecho de la aplicación de convenios para evitar la doble imposición. Es cierto que no puede descartarse que un Estado miembro consiga garantizar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Tratado celebrando un convenio para evitar la doble imposición con otro Estado miembro. Sin embargo, para ello es necesario que la aplicación de tal convenio permita compensar los efectos de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional. En efecto, la diferencia de trato entre los dividendos distribuidos a sociedades domiciliadas en otros Estados miembros y los dividendos distribuidos a sociedades residentes sólo desaparece en caso de que el impuesto retenido en origen en aplicación de la normativa nacional pueda deducirse del impuesto debido en el otro Estado miembro hasta el límite de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional. A fin de alcanzar tal objetivo de neutralización, por tanto, la aplicación de un método de deducción previsto en los convenios para evitar la doble imposición debería permitir que el impuesto sobre los dividendos percibido por un Estado miembro fuera íntegramente deducido del impuesto debido en el Estado de residencia de la sociedad beneficiaria, de tal manera que, si los dividendos percibidos por esta sociedad resultaran finalmente sujetos a mayor tributación que los dividendos repartidos a las sociedades residentes en el primer Estado miembro, esa mayor carga fiscal ya no pudiera imputarse a dicho Estado, sino al Estado de residencia de la sociedad beneficiaria que ha ejercido su potestad tributaria.

A este respecto, cuando la mayor parte de los convenios para evitar la doble imposición celebrados por un Estado establezcan que la cantidad deducida o imputada en concepto del impuesto percibido en dicho Estado no podrá exceder de la parte del impuesto del Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria —calculado antes de la deducción— correspondiente a las rentas gravadas en el primer Estado, la diferencia de trato únicamente podrá neutralizarse si los dividendos procedentes del Estado miembro en cuestión se gravan suficientemente en el otro Estado miembro. Ahora bien, si dichos dividendos no son gravados, o no lo son en una medida suficiente, no podrá deducirse el importe del impuesto percibido en el Estado miembro en cuestión o una parte de dicho impuesto. En tal caso, la aplicación de un convenio para evitar la doble imposición no puede compensar la diferencia de trato a que da lugar la normativa interna. La anterior constatación resulta aplicable incluso cuando tal convenio no prevea que la deducción se limite a la parte del impuesto del Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria —calculado antes de la deducción— correspondiente a las rentas gravadas en el Estado de residencia de la sociedad que distribuye los dividendos, sino que estipule que el impuesto percibido en este Estado se deduzca del impuesto correspondiente a tales rentas en el Estado de residencia de la sociedad beneficiaria. En efecto, si dichos dividendos no son gravados, o no lo son en una medida suficiente, no podrá deducirse la cantidad retenida en el Estado de residencia de la sociedad que distribuye los dividendos o una parte de dicha cantidad. Ahora bien, no dependen del Estado de residencia de la sociedad que distribuye los dividendos ni

la opción de gravar en el otro Estado miembro los ingresos procedentes del primer Estado ni el nivel al que se gravan, sino del sistema fiscal establecido por el otro Estado miembro. En consecuencia, deducir el impuesto retenido del impuesto debido en el otro Estado miembro, en virtud de lo estipulado por los convenios para evitar la doble imposición, no permite en todos los casos neutralizar la diferencia de trato a que da lugar la aplicación de la normativa nacional.

(véanse los apartados 43, 50 a 53, 56 a 64, y 67 a 69 y el fallo)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

de 3 de junio de 2010 (*)

«Incumplimiento de Estado – Libre circulación de capitales – Artículos 56 CE y 40 del Acuerdo sobre el EEE – Diferencia de trato – Dividendos distribuidos a sociedades residentes y a sociedades no residentes»

En el asunto C-487/08,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 11 de noviembre de 2008,

Comisión Europea, representada por el Sr. R. Lyal y la Sra. I. Martínez del Peral, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

Reino de España, representado por la Sra. N. Díaz Abad, en calidad de agente,

parte demandada,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. A. Tizzano, Presidente de Sala, y los Sres. E. Levits (Ponente), A. Borg Barthet y J.-J. Kasel y la Sra. M. Berger, Jueces;

Abogado General: Sr. J. Mazák;

Secretario: Sr. R. Grass;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE y del artículo 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3; en lo sucesivo, «Acuerdo EEE»), al otorgar tratamiento diferente a los dividendos distribuidos a los accionistas extranjeros y a los nacionales.

Marco jurídico

Acuerdo EEE

2 El artículo 40 del Acuerdo EEE dispone lo siguiente:

«En el marco de las disposiciones del presente Acuerdo, quedarán prohibidas entre las Partes Contratantes las restricciones de los movimientos de capitales pertenecientes a personas residentes en los Estados miembros de [la Comunidad Europea] o en los Estados de la [Asociación Europea de Libre Comercio (AELC)], así como las discriminaciones de trato por razón de la nacionalidad o de la residencia de las partes o del lugar donde se hayan invertido los capitales. En el Anexo XII figuran las disposiciones necesarias para la aplicación del presente artículo.»

Derecho de la Unión

3 A tenor del artículo 4, 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 (DO L 225, p. 6), en su versión modificada por la Directiva 2003/123/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2003 (DO 2004, L 7, p. 41) (en lo sucesivo, «Directiva 90/435»):

«Cuando una sociedad matriz o un establecimiento permanente de ésta reciban, por la participación de aquélla en una sociedad filial, beneficios distribuidos por motivos distintos de la liquidación de la misma, el Estado de la sociedad matriz y el Estado del establecimiento permanente:

- o bien se abstendrán de gravar dichos beneficios,
- o bien los gravarán, autorizando al mismo tiempo a la sociedad matriz y a su establecimiento permanente a deducir de la cuantía de su impuesto la fracción del impuesto relacionado con dichos beneficios y abonado por la filial y toda filial de ulterior nivel, sujeto a la condición de que cada una de las filiales y la filial de ulterior nivel siguiente cumplan los requisitos previstos en los artículos 2 y 3, hasta la cuantía máxima del impuesto adeudado.»

4 El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 90/435 dispone lo siguiente:

«Los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su sociedad matriz quedarán exentos de la retención en origen.»

Legislación nacional

5 Con arreglo al artículo 30, apartado 2, del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, adoptado mediante Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (BOE nº 61 de 11 de marzo de 2004, p. 10951; en lo sucesivo, «Ley del Impuesto sobre Sociedades»), toda sociedad residente que haya tenido durante un período ininterrumpido no inferior a un año una

participación, directa o indirecta, igual o superior al 5 % en el capital de otra sociedad residente podrá deducir de su renta imponible la totalidad del dividendo bruto obtenido.

6 Los dividendos a que se refiere el artículo 30, apartado 2, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades están excluidos de la retención en origen en virtud del artículo 140, apartado 4, letra d), de dicha Ley.

7 El artículo 14, apartado 1, del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo (BOE nº 62 de 12 de marzo de 2004, p. 11176), en su versión modificada por la Ley 22/2005, de 18 de noviembre (BOE nº 277 de 19 de noviembre de 2005, p. 37821; en lo sucesivo, «Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes»), dispone lo siguiente:

«Estarán exentas las siguientes rentas:

[...]

h) Los beneficios distribuidos por las sociedades filiales residentes en territorio español a sus sociedades matrices residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea, o a los establecimientos permanentes de éstas últimas situados en otros Estados miembros, cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que ambas sociedades estén sujetas y no exentas a alguno de los tributos que gravan los beneficios de las entidades jurídicas en los Estados miembros de la Unión Europea, mencionados en el artículo 2[, apartado 1, letra] c) de la Directiva 90/435 [...] y los establecimientos permanentes estén sujetos y no exentos a imposición en el Estado en el que estén situados.
2. Que la distribución del beneficio no sea consecuencia de la liquidación de la sociedad filial.
3. Que ambas sociedades revistan alguna de las formas previstas en el anexo de la Directiva 90/435 [...].

Tendrá la consideración de sociedad matriz aquella entidad que posea en el capital de otra sociedad una participación directa de, al menos, el 20 por ciento. Esta última entidad tendrá la consideración de sociedad filial. Dicho porcentaje será el 15 por ciento a partir del 1 de enero de 2007 y el 10 por ciento a partir del 1 de enero de 2009.

La mencionada participación deberá haberse mantenido de forma ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, que se mantenga durante el tiempo que sea necesario para completar un año. En este último caso, la cuota tributaria ingresada será devuelta una vez cumplido dicho plazo.

[...]

No obstante lo previsto anteriormente, el Ministro de Economía y Hacienda podrá declarar, a condición de reciprocidad, que lo establecido en esta letra h) sea de aplicación a las sociedades filiales que revistan una forma jurídica diferente de las previstas en el anexo de la Directiva [90/435] y a los dividendos distribuidos a una sociedad matriz que posea en el capital de una sociedad filial residente en España una participación directa de, al menos, el 10 por ciento, siempre que se cumplan las restantes condiciones establecidas en esta letra h).»

8 Las demás sociedades no residentes que posean una participación directa en el capital de una sociedad residente están sujetas a impuesto en relación con los dividendos distribuidos por esta última sociedad.

Procedimiento administrativo previo

9 El 18 de octubre de 2005, la Comisión envió al Reino de España un escrito de requerimiento en el que advertía sobre la posible incompatibilidad de la legislación nacional española con el artículo 56 CE y el artículo 40 del Acuerdo EEE, en la medida en que dicha legislación exige a las sociedades no residentes, para que puedan beneficiarse de la exención del impuesto sobre los dividendos, un umbral de participación más elevado que el exigido a las sociedades residentes.

10 El Reino de España respondió mediante escrito de 3 de enero de 2006, afirmando, entre otros extremos, que evitar la doble imposición incumbe al Estado miembro de residencia y que la legislación española objeto de controversia no incrementa la presión fiscal sobre los dividendos distribuidos a sociedades no residentes, puesto que para determinar la presión fiscal que soporta una inversión es preciso tener en cuenta la tributación definitiva de la operación en su conjunto.

11 Al no considerar satisfactoria la respuesta del Reino de España, la Comisión emitió el 13 de julio de 2006 un dictamen motivado en el que instaba a dicho Estado miembro a adoptar las medidas necesarias para atenerse al mismo dentro de un plazo de dos meses contado a partir de su recepción.

12 El Reino de España contestó al dictamen motivado mediante escrito de 4 de octubre de 2006, negando toda discriminación o restricción de la libre circulación de capitales. Al no considerar satisfactoria tal respuesta, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

Sobre el recurso

Alegaciones de las partes

13 La Comisión alega que la legislación española viola el artículo 56 CE y el artículo 40 del Acuerdo EEE al supeditar la exención de los dividendos que distribuyen las sociedades residentes en España al requisito de que las sociedades beneficiarias tengan en el capital de las sociedades distribuidoras de los dividendos un porcentaje de participación más elevado en el caso de las sociedades beneficiarias no residentes, el 20 %, que en el de las residentes, el 5 %.

14 La Comisión añade que el Reino de España establece una diferencia de trato discriminatoria para las sociedades no residentes en relación con las sociedades residentes. En efecto, cuando la participación de la sociedad beneficiaria residente en la sociedad que distribuye beneficios alcanza el 5 %, los dividendos que percibe quedan exentos de impuesto, mientras que, en el caso de una sociedad beneficiaria no residente, la exención sólo se aplica cuando se alcanza un umbral de participación del 20 %.

15 Según la Comisión, la jurisprudencia contenida en la sentencia de 8 de noviembre de 2007, Amurta (C-379/05, Rec. p. I-9569), en la que el Tribunal de Justicia declaró que, cuando se trata de participaciones no contempladas en la Directiva 90/435, los artículos 56 CE y 58 CE se oponen a que se aplique una retención en origen a los dividendos distribuidos a las sociedades no residentes, si al mismo tiempo se exime de tal retención a los dividendos repartidos a las sociedades residentes, resulta plenamente aplicable a la situación objeto del presente recurso y es suficiente para fundamentarlo.

16 Por otro lado, tal diferencia de trato podría disuadir a los inversores no residentes de invertir en el capital de las sociedades residentes en España, y ello aunque pudieran beneficiarse de las deducciones previstas por el Derecho interno de su respectivo Estado o por un convenio para evitar la doble imposición.

17 A juicio de la Comisión, si bien es verdad que el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Amurta, antes citada, que no puede descartarse que un Estado miembro consiga garantizar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Tratado CE celebrando un convenio para evitar la doble imposición con otro Estado miembro, no es menos cierto que de la sentencia del Tribunal de la AELE de 23 noviembre de 2004, Fokus Bank (E-1/04, EFTA Court Report, p. 15, apartados 37 y 38), resulta que el Estado de origen del rendimiento no puede justificar un trato discriminatorio ni siquiera celebrando un convenio mediante el que se conceda una ventaja fiscal en el Estado de residencia. Un Estado miembro no puede transferir su deber de cumplir las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado a otro Estado miembro ni ampararse en éste para atenuar la discriminación.

18 Aun admitiendo en abstracto que un convenio para evitar la doble imposición pueda neutralizar el trato desfavorable otorgado por un Estado miembro, según la Comisión, tal neutralización no se produce en el caso de autos. En efecto, los convenios celebrados por el Reino de España no garantizan la recuperación de la totalidad del impuesto pagado en este Estado miembro, debido sobre todo al hecho de que el Estado de residencia de la sociedad beneficiaria aplica frecuentemente la exención de los dividendos en general o de los dividendos procedentes de otros Estados miembros, convirtiendo en imposible la recuperación del impuesto pagado en España.

19 En cualquier caso, un Estado miembro no puede alegar la existencia de una ventaja concedida de manera unilateral por otro Estado miembro para eludir las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado (véase la sentencia Amurta, antes citada, apartado 78). Por consiguiente, concluye la Comisión, el Reino de España no puede invocar en modo alguno la exención de los dividendos procedentes de otros Estados miembros concedida unilateralmente por la República de Chipre, puesto que el Reino de España no ha celebrado con dicho Estado miembro convenio alguno para evitar la doble imposición.

20 La Comisión añade que el Reino de España tampoco puede invocar el argumento según el cual incumbe al Estado miembro de residencia eliminar la doble imposición jurídica. En efecto, aunque cabe distinguir entre la competencia del Estado donde se origina la renta y la competencia del Estado de residencia, ninguno de esos dos Estados puede ejercer tal competencia de un modo discriminatorio.

21 El Reino de España niega el incumplimiento de los artículos 56 CE y 40 del Acuerdo EEE que se le imputa.

22 Dicho Estado miembro alega, en primer lugar, que las situaciones reguladas por el artículo 14, apartado 1, letra h), de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes –aplicable a la

distribución de dividendos por sociedades residentes en España a sociedades residentes en otro Estado miembro— no son comparables con las reguladas por los artículos 30, apartado 2, y 140, apartado 4, letra d), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades –aplicables a los dividendos distribuidos entre sociedades residentes en España.

23 En efecto, si bien la finalidad del artículo 30, apartado 2, en relación con el artículo 140, apartado 4, letra d), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades es evitar la doble imposición interna en lo que atañe a los dividendos distribuidos a las sociedades residentes en España, no incumbe al Reino de España, en su condición de Estado en el que se generan las rentas y al que corresponde, en virtud de las normas de Derecho tributario internacional generalmente aceptadas, el derecho prioritario a gravar tales rentas, evitar la doble imposición internacional de los dividendos abonados a las sociedades no residentes. El Reino de España añade que este cometido incumbe al Estado de residencia de la sociedad que percibe los dividendos.

24 Según el Reino de España, el Tribunal de Justicia ha confirmado, concretamente en las sentencias de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (C-374/04, Rec. p. I-11673), apartado 58, y de 22 de diciembre de 2008, *Truck Center* (C-282/07, Rec. p. I-10767), apartado 42, la distinción entre las competencias del Estado de residencia de la sociedad beneficiaria y las competencias del Estado de origen de los dividendos. Del mismo modo, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 90/435 impone al Estado miembro de residencia de la sociedad matriz que percibe beneficios distribuidos por una filial residente en otro Estado miembro la obligación de evitar la doble imposición.

25 En segundo lugar, el Reino de España sostiene que la normativa española controvertida no da lugar al trato desfavorable de las sociedades no residentes, ya que lo procedente es tener en cuenta la tributación definitiva de la operación en su conjunto. Ahora bien, ésta depende de que al liquidar el impuesto que ha de pagarse en el Estado de residencia de la sociedad beneficiaria se tenga en cuenta el impuesto ya pagado sobre los dividendos, así como del mecanismo utilizado para eliminar la doble imposición. Aunque la legislación española concediese un tratamiento fiscal idéntico a los dividendos obtenidos por sociedades residentes que a los obtenidos por sociedades no residentes, no se garantizaría la misma tributación final de los dividendos. Por consiguiente, concluye el Reino de España, la legislación española controvertida no conduce por sí misma a una mayor tributación de los dividendos distribuidos a las sociedades no residentes ni somete a éstas a un trato discriminatorio.

26 Por otro lado, el Reino de España afirma que, habiéndose propuesto evitar mediante una exención la imposición en cadena de los dividendos percibidos por las sociedades residentes, incluyó asimismo idéntica ventaja en los convenios para evitar la doble imposición celebrados por él en lo que atañe a los dividendos percibidos por las sociedades no residentes. En efecto, el Reino de España afirma haber celebrado convenios para evitar la doble imposición aplicando un sistema de deducción que, al término del plazo fijado en el dictamen motivado, estaban en vigor en todos los Estados miembros, excepto la República de Chipre, y en todos los Estados de la AELC con los que existen intercambios de información.

27 Si bien puede ocurrir que un convenio para evitar la doble imposición, como el celebrado con el Reino de los Países Bajos, no permita neutralizar la tributación practicada por el Reino de España por haber establecido el Reino de los Países Bajos un régimen de exención de los dividendos, ello obedece al ejercicio paralelo de la soberanía fiscal de dos Estados miembros. Ahora bien, añade el Reino de España, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el Derecho de la Unión no puede criticar, por tal motivo, las consecuencias desfavorables resultantes de las disparidades entre las legislaciones de los Estados miembros (sentencias de 14 de noviembre de 2006, *Kerckhaert y Morres*, C-513/04, Rec. p. I-10967, apartado 20, y de 6 de

diciembre de 2007, Columbus Container Services, C?298/05, Rec. p. I?10451, apartado 43).

28 En lo que atañe a la República de Chipre, país en relación con el cual las negociaciones tendentes a la celebración de un convenio para evitar la doble imposición se encuentran en una fase avanzada, dicho Estado miembro ha previsto en su legislación interna la exención general de los dividendos procedentes de otros Estado miembros, de manera que allí no se producen supuestos de doble imposición.

29 En tercer lugar, añade el Reino de España, la jurisprudencia resultante de las sentencias Amurta y Fokus Bank, antes citadas, no resulta aplicable al caso de autos en el sentido que propugna la Comisión.

30 En lo que atañe específicamente a la sentencia Amurta, antes citada, de los apartados 79 y 80 de la misma se desprende, según el Reino de España, que, a pesar de que exista una diferencia de trato, no se producirá una restricción de la libre circulación de capitales en el supuesto de que en el Estado de residencia de la sociedad beneficiaria se neutralicen los efectos de la tributación exigida sobre los dividendos por el Estado de la fuente. Ahora bien, los mecanismos contenidos en los convenios para evitar la doble imposición celebrados por el Reino de España neutralizan los efectos de la tributación de los dividendos practicada en España y no deben calificarse de ventajas fiscales existentes o que puedan existir en otros Estados miembros.

31 El Reino de España añade que tampoco cabe afirmar que la celebración de un convenio para evitar la doble imposición suponga transferir al otro Estado miembro contratante el deber de cumplir las obligaciones que impone el Tratado, ya que se trata de un acuerdo entre dos Estados miembros relativo al reparto de sus respectivas potestades tributarias y que tiene por objeto eliminar la doble imposición. Ahora bien, corresponde a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para evitar dobles imposiciones, utilizando, en particular, los criterios de reparto seguidos en la práctica tributaria internacional.

32 En lo que atañe, por su parte, a la sentencia Fokus Bank, antes citada, el Reino de España afirma que no cabe interpretar que dicha sentencia considere que el Estado de la fuente no puede, en principio, invocar las disposiciones de un convenio para evitar la doble imposición a fin de reducir la doble imposición provocada por ese mismo Estado, pues tal interpretación sería contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en particular, a la sentencia Amurta, antes citada, jurisprudencia en la que la Comisión se basó para fundamentar su recurso.

33 En cuarto lugar, concluye el mismo Estado miembro, la negativa a tener en cuenta los convenios para evitar la doble imposición cuestionaría la soberanía fiscal del Reino de España para someter a tributación los dividendos distribuidos a no residentes.

Apreciación del Tribunal de Justicia

34 Con carácter preliminar, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado (véanse, entre otras, las sentencias de 4 de julio de 2002, Comisión/Grecia, C?173/01, Rec. p. I?6129, apartado 7; de 14 de abril de 2005, Comisión/Luxemburgo, C?519/03, Rec. p. I?3067, apartado 18, y de 6 de octubre de 2009, Comisión/España, C?562/07, aún no publicada en la Recopilación, apartado 23).

35 En el presente asunto, el plazo en cuestión finalizó dos meses después de la recepción por el Reino de España del dictamen motivado enviado a dicho Estado miembro el 13 de julio de 2006 y, según reiterada jurisprudencia, los cambios producidos posteriormente no pueden ser tenidos en cuenta por el Tribunal de Justicia (véase, en particular, la sentencia de 14 de julio de 2005,

Comisión/España, C-135/03, Rec. p. I-6909, apartado 31).

36 Por consiguiente, carece de pertinencia en el caso de autos la circunstancia de que, en virtud del artículo 14, apartado 1, letra h), número 3, párrafo segundo, de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, el porcentaje de participación en el capital de la sociedad que distribuye los dividendos se haya reducido al 15 % a partir del 1 de enero de 2007 y al 10 % a partir del 1 de enero de 2009.

Sobre la infracción del artículo 56 CE, apartado 1

37 Procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben ejercer dicha competencia respetando el Derecho de la Unión (véanse, entre otras, las sentencias *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, antes citada, apartado 36, y *Amurta*, antes citada, apartado 16, así como la sentencia de 19 de noviembre de 2009, *Comisión/Italia*, C-540/07, aún no publicada en la Recopilación, apartado 28).

38 Procede señalar asimismo que, al no existir medidas de unificación o de armonización en el ámbito de la Unión, los Estados miembros siguen siendo competentes para fijar, mediante convenio o de forma unilateral, los criterios de reparto de su potestad tributaria con el fin, en particular, de suprimir la doble imposición (véanse las sentencias de 12 de mayo de 1998, *Gilly*, C-336/96, Rec. p. I-2793, apartados 24 y 30, y de 21 de septiembre de 1999, *Saint-Gobain ZN*, C-307/97, Rec. p. I-6161, apartado 57, así como las sentencias, antes citadas, *Amurta*, apartado 17, y *Comisión/Italia*, apartado 29).

39 Como se desprende, en particular, del tercer considerando de la Directiva 90/435, ésta tiene por objeto eliminar, mediante el establecimiento de un régimen fiscal común, toda penalización de la cooperación entre sociedades de Estados miembros diferentes con relación a la cooperación entre sociedades de un mismo Estado miembro y facilitar así la agrupación de empresas a escala de la Unión (sentencias de 4 de octubre de 2001, *Athinaïki Zythopoïia*, C-294/99, Rec. p. I-6797, apartado 25; de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, Rec. p. I-11753, apartado 103, y *Amurta*, antes citada, apartado 18).

40 En relación con las participaciones no comprendidas en la Directiva 90/435, corresponde a los Estados miembros determinar si debe evitarse, y en qué medida, la doble imposición económica o en cadena de los beneficios distribuidos y establecer, a este efecto, de forma unilateral o mediante convenios celebrados con otros Estados miembros, mecanismos destinados a evitar o a atenuar esta doble imposición económica o en cadena. No obstante, éste sólo hecho no les permite aplicar medidas contrarias a las libertades de circulación garantizadas por el Tratado (véanse las sentencias, antes citadas, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, apartado 54, y *Comisión/Italia*, apartado 31).

41 En el caso de autos, con arreglo al artículo 30, apartado 2, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, los dividendos distribuidos por una sociedad residente en España a otra sociedad residente también en este país y que haya tenido durante un período ininterrumpido no inferior a un año una participación, directa o indirecta, igual o superior al 5 % en el capital de la sociedad distribuidora de los dividendos podrán ser íntegramente deducidos de la renta imponible de la sociedad beneficiaria y, además, en virtud del artículo 140, apartado 4, letra d), de la misma Ley, no están sujetos a retención en la fuente. En cambio, con arreglo al artículo 14, apartado 1, de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, los dividendos distribuidos por una sociedad residente en España a una sociedad residente en otro Estado miembro únicamente estaban exentos si la sociedad beneficiaria poseía en el capital de la sociedad distribuidora de los dividendos una participación directa de, al menos, el 20 %.

42 Por consiguiente, procede hacer constar que, en lo que atañe a las sociedades beneficiarias que poseen entre el 5 % y el 20 % del capital de la sociedad que distribuye los dividendos, la legislación española controvertida establece una diferencia de trato entre las sociedades beneficiarias residentes en España y las sociedades beneficiarias residentes en otro Estado miembro, al estar exentos de tributación únicamente los dividendos repartidos a las primeras.

43 Tal diferencia de trato puede disuadir a las sociedades establecidas en otros Estados miembros de realizar inversiones en España y constituye, pues, una restricción a la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 56 CE, apartado 1.

44 Debe examinarse, no obstante, si tal restricción a la libre circulación de capitales puede estar justificada a la luz de las disposiciones del Tratado.

45 Con arreglo al artículo 58 CE, apartado 1, letra a), «lo dispuesto en el artículo 56 se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a [...] aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia [...]».

46 Procede declarar asimismo que la propia excepción establecida en el artículo 58 CE, apartado 1, letra a), está limitada por el apartado 3 de ese mismo artículo, que establece que las disposiciones nacionales a que se refiere el apartado 1 de dicho artículo «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 56».

47 De este modo, las diferencias de trato permitidas por el artículo 58 CE, apartado 1, letra a), deben distinguirse de las discriminaciones prohibidas por el apartado 3 de ese mismo artículo. Ahora bien, según reiterada jurisprudencia, para que una normativa fiscal nacional como la controvertida en el caso de autos pueda considerarse compatible con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales, es preciso que la diferencia de trato resultante afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o esté justificada por razones imperiosas de interés general (véanse las sentencias de 6 de junio de 2000, Verkooijen, C-35/98, Rec. p. I-4071, apartado 43; de 7 de septiembre de 2004, Manninen, C-319/02, Rec. p. I-7477, apartado 29, Amurta, antes citada, apartado 32, y Comisión/Italia, antes citada, apartado 49).

48 En consecuencia, procede dilucidar si, a la vista del objetivo de la normativa nacional controvertida, las sociedades residentes en España que perciben dividendos y las residentes en otro Estado miembro se encuentran en situaciones comparables.

49 Según el Reino de España, el objetivo de la legislación nacional controvertida, aplicable a

las sociedades residentes en España, es evitar la doble imposición. Ahora bien, en relación con tal objetivo, las sociedades residentes en otro Estado miembro no se encuentran en una situación comparable, puesto que evitar la doble imposición de los dividendos repartidos a las mencionadas sociedades no incumbe al Reino de España, en tanto que Estado de origen de tales rentas, sino al Estado de residencia de dichas sociedades.

50 Procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en lo que atañe a las medidas previstas por un Estado miembro a fin de evitar o atenuar la tributación en cadena o la doble imposición económica de los beneficios distribuidos por una sociedad residente, los accionistas beneficiarios residentes no se encuentran necesariamente en una situación comparable a la de los accionistas beneficiarios residentes en otro Estado miembro (véase la sentencia de 14 de diciembre de 2006, *Denkavit Internationaal y Denkavit France*, C-170/05, Rec. p. I-11949, apartado 34, así como las sentencias, antes citadas, *Amurta*, apartado 37, y *Comisión/Italia*, apartado 51).

51 Sin embargo, a partir del momento en que un Estado miembro, de forma unilateral o por vía de convenios, somete al impuesto sobre la renta no sólo a los accionistas residentes sino también a los accionistas no residentes, por los dividendos que perciben de una sociedad residente, la situación de los mencionados accionistas no residentes se asemeja a la de los accionistas residentes (sentencias, antes citadas, *Test Claimants in Class IV of the Act Group Litigation*, apartado 68; *Denkavit Internationaal y Denkavit France*, apartado 35; *Amurta*, apartado 38, y *Comisión/Italia*, apartado 52).

52 En efecto, el mero ejercicio por ese mismo Estado de su potestad tributaria, con independencia de cualquier tributación en otro Estado miembro, da lugar a un riesgo de tributación en cadena o de doble imposición económica. En tal caso, para que los beneficiarios no residentes no se enfrenten a una restricción a la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 56 CE, el Estado de residencia de la sociedad que distribuye beneficios debe velar por que, en relación con el mecanismo previsto en su Derecho nacional para evitar o atenuar la tributación en cadena o la doble imposición económica, los no residentes estén sujetos a un trato equivalente al que disfrutaban los residentes (véanse las sentencias, antes citadas, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, apartado 70; *Amurta*, apartado 39, y *Comisión/Italia*, apartado 53).

53 Pues bien, es preciso señalar que el Reino de España optó por ejercer su potestad tributaria sobre los dividendos distribuidos a sociedades residentes en otros Estados miembros. Las sociedades no residentes que perciben tales dividendos se encuentran, en consecuencia, en una situación comparable a la de las sociedades residentes en cuanto al riesgo de tributación en cadena de los dividendos distribuidos por las sociedades residentes, de manera que las sociedades beneficiarias no residentes no pueden ser tratadas de modo diferente a las sociedades beneficiarias residentes.

54 A este respecto, carece de pertinencia la referencia que el Reino de España hace a la sentencia *Truck Center*, antes citada. En efecto, la diferencia de trato entre las sociedades beneficiarias de rentas del capital, establecida por la normativa controvertida en el litigio principal en el asunto que dio lugar a aquella sentencia, consistía en la aplicación de técnicas de imposición diferentes en función de que tales sociedades estuvieran establecidas en Bélgica o en otro Estado miembro (véase la sentencia *Truck Center*, antes citada, apartado 41). En cambio, en virtud de la legislación controvertida en el presente asunto, mientras los dividendos repartidos a sociedades residentes en otro Estado miembro están sujetos a imposición, los que perciben las sociedades residentes en España están exentos.

55 El Reino de España alega asimismo que la legislación española controvertida no implica un

trato desfavorable para las sociedades que residen en otro Estado miembro, puesto que hay que tener en cuenta el tratamiento fiscal de los dividendos percibidos en el Estado miembro de residencia de la sociedad que los obtiene. Por una parte, de lo anterior resulta que la posible mayor carga fiscal que soportan los dividendos repartidos a las sociedades no residentes no es imputable únicamente al Reino de España, sino que es consecuencia del ejercicio paralelo de la potestad tributaria del Reino de España y del Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria. Por otra parte, concluye el Reino de España, el método de deducción que establecen los convenios para evitar la doble imposición celebrados por dicho Estado miembro permite evitar la tributación en cadena de un modo análogo a la exención aplicable a los dividendos distribuidos a las sociedades residentes en España.

56 Sobre este primer punto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los inconvenientes que pueden resultar del ejercicio paralelo por diferentes Estados miembros de su potestad tributaria, siempre y cuando tal ejercicio no sea discriminatorio, no constituyen restricciones prohibidas por el Tratado (véanse, en este sentido, las sentencias Kerckhaert y Morres, antes citada, apartados 19, 20 y 24; de 20 de mayo de 2008, Orange European Smallcap Fund, C-194/06, Rec. p. I-3747, apartados 41, 42 y 47, y de 16 de julio de 2009, Damseaux, C-128/08, aún no publicada en la Recopilación, apartado 27).

57 No obstante, tal y como se ha declarado en el apartado 53 de la presente sentencia, en el caso de autos el tratamiento fiscal desfavorable de los dividendos distribuidos a sociedades beneficiarias residentes en otro Estado miembro se deriva del ejercicio exclusivo por el Reino de España de su potestad tributaria y, por lo tanto, tal tratamiento desfavorable es imputable a este Estado miembro.

58 Respecto a este segundo punto, es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado que no puede descartarse que un Estado miembro consiga garantizar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Tratado celebrando un convenio para evitar la doble imposición con otro Estado miembro (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, apartado 71; Amurta, apartado 79, y Comisión/Italia, apartado 36).

59 Sin embargo, para ello es necesario que la aplicación de tal convenio permita compensar los efectos de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional. El Tribunal de Justicia ha declarado así que la diferencia de trato entre los dividendos distribuidos a sociedades domiciliadas en otros Estados miembros y los dividendos distribuidos a sociedades residentes sólo desaparece en caso de que el impuesto retenido en origen en aplicación de la normativa nacional pueda deducirse del impuesto debido en el otro Estado miembro hasta el límite de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional (véase la sentencia Comisión/Italia, antes citada, apartado 37).

60 A fin de alcanzar el objetivo de neutralización, por tanto, la aplicación del método de deducción del que se vale el Reino de España debería permitir que el impuesto sobre los dividendos percibido por dicho Estado miembro fuera íntegramente deducido del impuesto debido en el Estado de residencia de la sociedad beneficiaria, de tal manera que, si los dividendos percibidos por esta sociedad resultaran finalmente sujetos a mayor tributación que los dividendos repartidos a las sociedades residentes en España, esa mayor carga fiscal ya no pudiera imputarse al Reino de España, sino al Estado de residencia de la sociedad beneficiaria que ha ejercido su potestad tributaria.

61 Pues bien, en el presente asunto la mayor parte de los convenios para evitar la doble imposición celebrados por el Reino de España establecen que la cantidad deducida o imputada en concepto del impuesto percibido en España no podrá exceder de la parte del impuesto del

Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria –calculado antes de la deducción– correspondiente a las rentas gravadas en España.

62 Por consiguiente, la diferencia de trato únicamente podrá neutralizarse si los dividendos procedentes de España se gravan suficientemente en el otro Estado miembro. Ahora bien, si dichos dividendos no son gravados, o no lo son en una medida suficiente, no podrá deducirse el importe del impuesto percibido en España o una parte de éste. En tal caso, la aplicación del convenio para evitar la doble imposición no puede compensar la diferencia de trato a que da lugar la normativa interna (véase la sentencia Comisión/Italia, antes citada, apartado 38).

63 La anterior constatación resulta aplicable incluso cuando los convenios para evitar la doble imposición celebrados por el Reino de España no prevean que la deducción se limite a la parte del impuesto del Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria –calculado antes de la deducción– correspondiente a las rentas gravadas en España, sino que estipulen que el impuesto percibido en España se deduzca del impuesto correspondiente a tales rentas en el Estado de residencia. En efecto, si dichos dividendos no son gravados, o no lo son en una medida suficiente, no podrá deducirse la cantidad retenida en España o una parte de ésta.

64 Ahora bien, no dependen del Reino de España ni la opción de gravar en el otro Estado miembro los ingresos procedentes de España, ni el nivel al que se gravan, sino del sistema fiscal establecido por el otro Estado miembro. En consecuencia, el Reino de España carece de base para sostener que deducir el impuesto retenido en España del impuesto debido en el otro Estado miembro, en virtud de lo estipulado por los convenios para evitar la doble imposición, permite en todo caso neutralizar la diferencia de trato a que da lugar la aplicación de la normativa nacional (véase la sentencia Comisión/Italia, antes citada, apartado 39).

65 Por otro lado, el Reino de España ha indicado que todavía no ha celebrado un convenio para evitar la doble imposición con la República de Chipre, pero que este Estado miembro ha previsto en su normativa interna la exención general de los dividendos procedentes de otros Estados miembros, de manera que allí no se producen supuestos de doble imposición.

66 Ahora bien, por una parte, un Estado miembro no puede alegar la existencia de una ventaja concedida de manera unilateral por otro Estado miembro para eludir las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado (sentencia Amurta, antes citada, apartado 78). Por otra parte, en el presente asunto una exención –como la concedida por la República de Chipre– en ningún caso puede neutralizar la doble imposición resultante del ejercicio por el Reino de España de su potestad tributaria.

67 Habida cuenta de todo lo anterior, procede declarar, por un lado, que la diferencia de trato a la que el Reino de España somete los dividendos repartidos a las sociedades residentes en otro Estado miembro en relación con los dividendos repartidos a las sociedades residentes en España no puede justificarse por la diferencia de situación de ambos tipos de sociedades, y, por otro lado, que los convenios para evitar la doble imposición celebrados por España no neutralizan las desventajas que tal diferencia de trato irroga a las sociedades residentes en otros Estados miembros.

68 Al no haber invocado el Reino de España ninguna razón imperiosa de interés general que permita justificar la restricción a la libre circulación de capitales que acaba de hacerse constar, procede declarar el carácter fundado de la imputación relativa a la infracción del artículo 56 CE, apartado 1.

69 De cuanto antecede resulta que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, apartado 1, al supeditar la exención de los dividendos que

distribuyen las sociedades residentes en España al requisito de que las sociedades beneficiarias tengan en el capital de las sociedades distribuidoras de los dividendos un porcentaje de participación más elevado en el caso de las sociedades beneficiarias residentes en otro Estado miembro que en el caso de las residentes en España.

Sobre la infracción del artículo 40 del Acuerdo EEE

70 Con carácter liminar, procede recordar que el Tribunal de Justicia puede examinar de oficio si se reúnen los requisitos del artículo 226 CE para interponer un recurso por incumplimiento (sentencias de 31 de marzo de 1992, Comisión/Italia, C?362/90, Rec. p. I?2353, apartado 8; de 15 de enero de 2002, Comisión/Italia, C?439/99, Rec. p. I?305, apartado 8; de 4 de mayo de 2006, Comisión/Reino Unido, C?98/04, Rec. p. I?4003, apartado 16, y de 26 de abril de 2007, Comisión/Finlandia, C?195/04, Rec. p. I?3351, apartado 21).

71 En virtud de los artículos 21 del Estatuto del Tribunal de Justicia y 38, apartado 1, letra c), de su Reglamento de Procedimiento, la demanda debe contener la cuestión objeto del litigio y la exposición sumaria de los motivos invocados. Por consiguiente, incumbe a la Comisión, en todo recurso interpuesto con arreglo al artículo 226 CE, indicar las imputaciones precisas sobre las que debe pronunciarse el Tribunal de Justicia así como, al menos en forma sumaria, los fundamentos de hecho y de Derecho sobre los que se basan dichas imputaciones (véase la sentencia de 10 de diciembre de 2009, Comisión/Reino Unido, C?390/07, apartado 339).

72 En el caso de autos, cuando la Comisión alega la infracción por el Reino de España del artículo 40 del Acuerdo EEE, dicha institución se limita a referirse a la diferencia de trato resultante del artículo 14, apartado 1, de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes en relación con el trato concedido a los dividendos repartidos a las sociedades residentes en España.

73 Pues bien, procede declarar que, según se desprende del propio tenor literal del mencionado artículo 14, apartado 1, esta disposición no se aplica a los dividendos distribuidos a las sociedades con domicilio social en otros Estados miembros.

74 Al no haber facilitado la Comisión datos relativos al régimen jurídico de los dividendos distribuidos a las sociedades con domicilio social en los Estados pertenecientes a la AELC, el Tribunal de Justicia no dispone de suficientes elementos que le permitan hacerse una composición exacta del alcance de la infracción del artículo 40 del Acuerdo EEE reprochada al Reino de España y comprobar, así, la existencia del incumplimiento alegado por la Comisión.

75 Por consiguiente, procede declarar la inadmisibilidad de la imputación relativa a la infracción del artículo 40 del Acuerdo EEE.

Costas

76 A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Con arreglo al artículo 69, apartado 3, de dicho Reglamento, cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, o en circunstancias excepcionales, el Tribunal de Justicia podrá repartir las costas, o decidir que cada parte abone sus propias costas. Dado que el recurso de la Comisión sólo se ha estimado parcialmente, procede decidir que cada parte cargará con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) decide:

1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, apartado 1, al supeditar la exención de los dividendos que distribuyen las sociedades residentes en España al requisito de que las sociedades

beneficiarias tengan en el capital de las sociedades distribuidoras de los dividendos un porcentaje de participación más elevado en el caso de las sociedades beneficiarias residentes en otro Estado miembro que en el caso de las residentes en España.

- 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.**
- 3) La Comisión Europea y el Reino de España cargarán con sus propias costas.**

Firmas

**Lengua de procedimiento: español.