

# LA DIFERENCIA DE TRATO EN LA TRIBUTACIÓN DE LOS DIVIDENDOS Y SU FALTA DE JUSTIFICACIÓN PARA LIMITAR EL EJERCICIO DE LIBERTADES FUNDAMENTALES EN EL ASUNTO CREDIT SUISSE SECURITIES: LA STJUE DE 19 DE DICIEMBRE DE 2024, C-601/23

---

Elizabeth Gil García

*Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad de Alicante  
(España)  
<https://orcid.org/0000-0001-7239-4422>*

## Resumen

Esta sentencia analiza si la normativa del territorio foral de Bizkaia contraviene la libre circulación de capitales garantizada en el art. 63 del TFUE por conferir un tratamiento diferenciado en la tributación de los dividendos percibidos por sociedades residentes y no residentes. En concreto, las sociedades residentes que registran pérdidas pueden obtener la devolución de la retención en origen de los dividendos, mientras que en el caso de las sociedades no residentes se configura como un impuesto de carácter definitivo, no pudiendo obtener esta ventaja aun cuando tuviesen pérdidas. Así, el TJUE examina si esta diferencia de trato se basa en distintas razones imperiosas de interés general, llegando a la conclusión de que la restricción a la libre circulación de capitales no está justificada.

## Palabras clave

Dividendos, retención, impuesto de carácter definitivo, libre circulación de capitales, TFUE, diferencia de trato.

## Abstract

This judgment analyses whether a tax provision of Bizkaia contravenes the free movement of capital guaranteed in Article 63 of the TFEU for granting a different treatment in the taxation of dividends received by resident and non-resident entities. Accordingly, resident entities that record losses can obtain a refund of the withholding tax on dividends, while the withholding tax in the case of non-resident entities is configured as a definitive tax,

without any possibility of obtaining such advantage even if they are in an objectively comparable situation. Thus, the Court examines whether this difference in treatment is based on compelling reasons of general interest, reaching the conclusion that the restriction on the free movement of capital is not justified.

*Keywords*

Dividends, withholding tax, definitive tax, free movement of capital, TFEU, difference in treatment.

**SUMARIO**

1. Tipo de procedimiento y doctrina del tribunal
2. Supuesto de hecho
3. Fundamentos de derecho
4. Análisis y relevancia para España

## 1. Tipo de procedimiento y doctrina del tribunal

Esta sentencia aborda una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (en adelante, TSJ del País Vasco) al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en relación con la libre circulación de capitales garantizada en el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). En particular, se plantea al TJUE si el art. 63.1 del TFUE debe interpretarse de forma que se oponga a una norma en base a la cual los dividendos distribuidos por una sociedad domiciliada en un territorio fiscalmente autónomo de un Estado miembro son objeto de una retención en origen, pero si son percibidos por una sociedad residente en ese mismo territorio fiscalmente autónomo, se le devuelve dicha retención en su totalidad cuando cierra su ejercicio fiscal con un resultado de pérdidas, mientras que si esos dividendos los percibe una sociedad no residente, no se contempla devolución alguna.

## 2. Supuesto de hecho

La sociedad británica «*Credit Suisse Securities*», sin establecimiento permanente en España, percibió en el ejercicio 2017 dividendos distribuidos por una sociedad domiciliada en Bizkaia, que fueron objeto de retención en origen (inicialmente, 19%, pero finalmente 10% por aplicación del convenio hispano-británico). Durante ese ejercicio, la sociedad registró pérdidas por lo que en su país de residencia no pudo deducir de la cuota tributaria la suma que en concepto de retención en origen había soportado. Por ello, solicitó a la Hacienda Foral de Bizkaia la rectificación de las autoliquidaciones presentadas por tratarse de un ingreso indebido. Ello basándose en que la norma foral permite, en ese mismo caso, cuando la sociedad receptora de los dividendos está domiciliada en Bizkaia y no cuenta con una base imponible positiva en el correspondiente ejercicio, obtener la devolución de las retenciones. Sin embargo, al ser una sociedad no residente en dicho territorio la que percibe los dividendos, no existe la posibilidad de obtener la devolución de la retención, configurándose, pues, como un impuesto definitivo.

Al desestimar su solicitud la Hacienda Foral de Bizkaia, la sociedad británica presentó reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Foral de Bizkaia y, posteriormente al desestimarse su reclamación, presentó recurso contencioso-administrativo ante el TSJ del País Vasco.

Al albergar dudas sobre la compatibilidad de esta normativa tributaria con la libre circulación de capitales garantizada en el art. 63 del TFUE, el TSJ del País Vasco decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE la cuestión prejudicial anteriormente expuesta.

### 3. Fundamentos de derecho

---

El art. 63.1 del TFUE prohíbe, tal y como se desprende de la jurisprudencia del TJUE (entre otros, el asunto *Sofina*, C-575/17), aquellas medidas que puedan disuadir a los no residentes de hacer inversiones en un Estado miembro o a los residentes de dicho territorio a hacerlo en otros Estados miembros, por constituir –tales medidas– restricciones a la libre circulación de capitales. En el presente caso, la norma controvertida grava los dividendos que son distribuidos por una sociedad domiciliada en Bizkaia, pero lo hace atendiendo a dos regímenes impositivos diferentes según la sociedad perceptora de tales dividendos sea residente o no. Así, si bien los dividendos que recibe una sociedad residente se gravan mediante retención al 19% de su importe bruto, esta retención se configura como un pago a cuenta del impuesto, que se devolverá si la sociedad registra pérdidas. Cuestión ésta que no ocurre en el caso de una sociedad no residente, aun encontrándose en la misma situación.

Por consiguiente, la norma controvertida en este litigio está confiriendo un tratamiento fiscal desfavorable contrario a una libertad fundamental que está, en principio, prohibido por el art. 63 del TFUE. Es preciso, pues, determinar si tal restricción puede estar justificada en virtud del art. 65 del TFUE. Concretamente, en su apartado primero, letra a), este precepto establece el derecho de los Estados miembros a aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido el capital. Como es lógico, y así advierte el TJUE, esta disposición es una excepción a una libertad fundamental que debe interpretarse en sentido estricto, de forma que no cualquier disposición que distinga según el lugar de residencia o según el lugar donde se invierta el capital es automáticamente compatible con el TFUE. Esto implica examinar si la diferencia de trato afecta a situaciones que no son objetivamente comparables, o que resulte justificada por razones imperiosas de interés general.

Pues bien, en el momento en que un Estado sujeta al impuesto sobre la renta no solo a los contribuyentes residentes, sino también a los no residentes, por los dividendos que perciben de una sociedad residente, la situación de los no residentes se asemeja a la de los residentes. Por tanto, la norma foral controvertida en este litigio está afectando a situaciones que objetivamente son comparables.

Son varias las razones que se alegan para justificar la diferencia de trato. El primer motivo esgrimido es la necesidad de garantizar la recaudación del impuesto. En base a la jurisprudencia del TJUE, éste es un objetivo legítimo para justificar una restricción a las libertades fundamentales del Tratado. Ahora bien, esa restricción debe ser adecuada para la consecución de tal objetivo y no debe exceder de lo necesario para conseguirlo. En el presente litigio, el TJUE considera que extender a las sociedades no residentes que registran pérdidas la posibilidad de obtener la devolución de la retención en origen y de aplazar la tributación implicaría eliminar un obstáculo a la libre circulación de capitales, sin que el objetivo perseguido por la norma controvertida se viera afectado. Ello porque este régimen de devolución es una excepción al principio de tributación

durante el ejercicio al solamente estar destinado a las sociedades que registren pérdidas, y porque además las sociedades no residentes deberían aportar los elementos necesarios que permitieran a las autoridades tributarias comprobar que, en efecto, se han registrado pérdidas.

La segunda razón para justificar la restricción a la libre circulación de capitales se basa en mantener el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros y en prevenir el riesgo de doble imputación de pérdidas. La jurisprudencia del TJUE reconoce la preservación del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros y la prevención de la doble imputación de pérdidas como objetivos legítimos que pueden justificar una restricción a las libertades fundamentales. En este asunto, el TJUE considera que no pueden esgrimirse estas razones para justificar la restricción a la libre circulación de capitales. Así, y como se ha expuesto en otras sentencias anteriores, mantener un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros no puede invocarse para establecer que las sociedades no residentes quedan sujetas por los dividendos que reciben cuando ese Estado miembro ha decidido no gravar a las sociedades residentes respecto de este mismo tipo de rendimientos, en determinados supuestos. Asimismo, en el caso de que se permitiese a las sociedades no residentes aplazar la tributación de los dividendos al ejercicio inmediatamente posterior en el que obtuvieran beneficios, como ocurre con las sociedades residentes, no supone la renuncia por parte de la Hacienda Foral de Bizkaia a gravar tales rentas. Igualmente, y en lo que se refiere al riesgo de doble imputación de pérdidas, como se ha dicho antes, las sociedades no residentes quedarían obligadas a aportar los elementos pertinentes que permitieran a las autoridades tributarias verificar que se cumplen los requisitos para beneficiarse del aplazamiento.

La tercera y última razón que se alega es que la norma controvertida sirve para mantener la coherencia del sistema tributario. Esto exige, conforme a reiterada jurisprudencia del TJUE, demostrar que existe una relación directa entre la ventaja fiscal y la compensación de esa ventaja con un gravamen fiscal determinado. Cuestión ésta que no se da en el presente litigio.

Por todo lo anterior, el TJUE concluye que la norma controvertida está confiriendo un trato fiscal diferente contrario a la libre circulación de capitales del art. 63 del TFUE que no está justificada en razones imperiosas de interés general. Por ende, el meritado precepto debe oponerse a una norma que grava los dividendos percibidos por sociedades no residentes, no permitiendo la devolución de la retención en origen ni solicitar aplazamiento de su tributación en caso de registrar pérdidas, cuando las sociedades residentes que se encuentran en la misma situación sí pueden acceder a dicha ventaja respecto de la tributación de los dividendos.

#### **4. Análisis y relevancia para España**

Resulta innegable la relevancia que esta sentencia del TJUE tiene para España, no solamente porque se establece la incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de una norma establecida en uno de los territorios forales, sino porque las conclusiones del Tribunal de Luxemburgo podrían ser extrapo-

lables a la norma del territorio común, cuya redacción es idéntica. De esta forma, los argumentos esgrimidos por el TJUE sobre la diferencia de trato y la ausencia de una justificación serían aplicables a los contribuyentes sujetos por sus dividendos a la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

Además, esta sentencia también debe ser observada por otros Estados miembros en los que la retención en origen esté configurada como un impuesto de carácter definitivo, de forma que no sea posible obtener la devolución de la retención cuando se registren pérdidas en el ejercicio que corresponda, pero esta posibilidad sí esté disponible para las sociedades residentes.