

# El tribunal de Luxemburgo reitera que la retención sobre dividendos pagados a una sociedad no residente en pérdidas es contraria al Derecho de la Unión Europea

La Sentencia de 19 de diciembre del 2024, *Credit Suisse Securities (Europe) Ltd* y *Diputación Foral de Bizkaia (C-601/23)*, concluye que el diferente régimen impositivo establecido por la normativa foral vizcaína constituye una discriminación fiscal prohibida por la libre circulación de capitales.

---

## SATURNINA MORENO GONZÁLEZ

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario  
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

### 1. Introducción

El pasado 19 de diciembre del 2024, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, emitió sentencia en el asunto C-601/23, *Credit Suisse Securities (Europe) Ltd* y *Diputación Foral de Bizkaia*. En ella, el Tribunal de Justicia reitera la jurisprudencia establecida en la Sentencia de 22 de noviembre del 2018, *Sofina y otros (C-575/17)*, y concluye que la libre circulación de capitales (art. 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —TFUE—)

se opone a una normativa tributaria, como la existente en el territorio foral de Bizkaia, por la que se impide la devolución de la retención en origen de los dividendos percibidos por sociedades no residentes en situación de pérdidas fiscales.

### 2. Antecedentes y cuestión planteada

De forma sintética, los antecedentes del caso son los siguientes:

Credit Suisse Securities (Europe) Ltd, entidad residente en el Reino Unido que no cuenta con establecimiento permanente en el terri-

torio foral de Bizkaia, obtuvo más de 2,7 millones de euros en el ejercicio 2017 en concepto de dividendos distribuidos por una sociedad residente por los que inicialmente se le practicó una retención en origen del 19 % de su importe bruto (art. 25.1a de la Norma Foral 12/2013), porcentaje análogo al aplicable a los dividendos abonados a las sociedades residentes, posteriormente reducido al 10 % en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 del convenio de doble imposición aplicable.

La entidad no residente solicitó al servicio de tributos directos de la Hacienda Foral vizcaína la rectificación de las auto-liquidaciones presentadas por la entidad retenedora, con devolución de ingresos indebidos, dado que, durante el 2017 había registrado pérdidas en su país de residencia, lo que imposibilitaba la deducción de la retención practicada en origen de la cuota tributaria obligada a pagar en la residencia. Conforme a lo establecido en el artículo 22.2 del convenio de doble imposición y en la normativa tributaria británica, el Reino Unido sólo está obligado a admitir la deducción de la retención soportada en la fuente si se obtienen beneficios o ganancias gravables y únicamente reconoce un crédito fiscal en caso de cuota positiva, sin que tampoco se pueda deducir en ejercicios posteriores. La Administración foral rechazó la solicitud. La reclamación económico-administrativa interpuesta frente a la mencionada negativa fue, asimismo, desestimada.

En el proceso contencioso-administrativo, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco decidió plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo por albergar serias dudas sobre la compatibilidad con la libre circulación de capitales de la normativa foral controvertida en la medida

en que, si bien se aplica inicialmente el mismo porcentaje de retención (19 %) a residentes y no residentes, se produce un tratamiento diferenciado que parte de la configuración de la retención al no residente como impuesto definitivo, sin mecanismo alguno de devolución en caso de pérdidas, mientras que para la sociedad residente, sujeta al impuesto sobre sociedades, se trata de un pago a cuenta de este tributo y sólo conlleva tributación efectiva si la sociedad cuenta en el ejercicio impositivo con base imponible positiva, ya que en caso de base imponible negativa, las retenciones no tributan y son objeto de devolución.

### 3. Fundamentos de Derecho

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia reconoce, en primer lugar, que la normativa foral cuestionada puede incurrir en una restricción de la libre circulación de capitales (art. 63.1 TFUE) que disuada a las sociedades no residentes de invertir en el Estado miembro de origen del dividendo, ya que contiene dos regímenes impositivos diferentes cuya aplicación depende de la condición de residente o no residente de su perceptor. Los dividendos abonados a las sociedades no residentes por una sociedad domiciliada fiscalmente en Bizkaia están sujetos a una retención en origen del 19 % del importe bruto de los referidos dividendos (tipo que puede reducirse en virtud del convenio de doble imposición aplicable), independientemente de que el resultado económico de las sociedades no residentes sea negativo. En cambio, aunque los dividendos abonados por una sociedad domiciliada en Bizkaia a otra sociedad residente en una situación análoga también se gravan mediante una retención del 19 % de su importe bruto, esa retención equivale a un pago a cuenta del impuesto sobre sociedades aplicable en Bizkaia. Ello supone,

en el caso de sociedades residentes que registren pérdidas, una ventaja asociada a la devolución de la retención en origen y al posible aplazamiento de la tributación, pudiendo suponer, en su caso, una exención definitiva, ventaja que no es aplicable en una situación equivalente con elementos transfronterizos.

En contra de lo alegado por la Diputación Foral de Bizkaia y el Gobierno español, el tratamiento fiscal desfavorable a los no residentes no puede compensarse por el hecho de que, en virtud de la aplicación combinada de la normativa foral controvertida y del convenio de doble imposición, el tipo de gravamen aplicado a los dividendos satisfechos a la entidad no residente sea inferior al previsto respecto de aquellos satisfechos a entidades residentes.

Seguidamente, el Tribunal de Justicia analiza si la diferencia de trato observada puede estar justificada en virtud del artículo 65 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por afectar a situaciones que no

## ***El tribunal europeo admite la devolución de la retención en origen sobre dividendos por sociedades no residentes en pérdidas***

sean objetivamente comparables o por razones imperiosas de interés general.

En relación con el *carácter comparable de la situación de las entidades*, el Tribunal de Luxemburgo razona, de conformidad con su jurisprudencia previa, que la comparabilidad objetiva de las situaciones de residentes

y no residentes se produce desde el momento en que un Estado miembro, «de forma unilateral o por vía de convenios, sujeta al impuesto sobre la renta no sólo a los contribuyentes residentes, sino también a los no residentes, por los dividendos que perciben de una sociedad residente».

Asimismo, el Tribunal de Justicia rechaza las distintas causas de justificación de la restricción de la libertad fundamental alegadas por la Diputación Foral de Bizkaia y los Gobiernos español y alemán basadas en la necesidad de garantizar a) la recaudación efectiva del impuesto; b) el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre Estados miembros y la prevención del riesgo de doble imputación de rentas, y c) el mantenimiento de la coherencia del sistema tributario.

Respecto a la necesidad de *garantizar la recaudación efectiva del impuesto*, para el Tribunal de Justicia, la extensión a las sociedades no residentes que registran pérdidas de las ventajas que disfrutaban las sociedades residentes en una situación equivalente (asociadas a la devolución de la retención en origen y al posible aplazamiento de la tributación) tendría como efecto eliminar cualquier restricción de la libre circulación de capitales sin poner en cuestión la consecución del objetivo ligado a la recaudación eficaz del impuesto, dada la naturaleza excepcional del régimen de devolución de la retención en origen en caso de resultados negativos y al hecho de que corresponde a las sociedades no residentes aportar los elementos pertinentes que permitan a las autoridades tributarias del Estado miembro de tributación comprobar

que se cumplen los requisitos legales establecidos para beneficiarse de la devolución de la retención en origen; la veracidad de tales elementos de prueba puede ser comprobada acudiendo a los mecanismos de asistencia mutua existentes entre las autoridades de ambos Estados.

En cuanto a la necesidad de la normativa controvertida para *preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria*—habida cuenta de la inexistencia de un vínculo directo entre las pérdidas sufridas por la sociedad no residente (derivadas de una actividad empresarial sujeta a la potestad tributaria de su Estado de residencia) y los dividendos abonados a la mencionada sociedad por el Estado de la fuente—, el Tribunal de Justicia rechaza su pertinencia para justificar la sujeción a gravamen de las sociedades no residentes que perciben dividendos procedentes de un determinado Estado miembro cuando éste haya decidido no someter a gravamen, en determinados supuestos, a las sociedades residentes por los dividendos de origen nacional. Además, la pérdida de ingresos fiscales vinculados a la tributación de los dividendos percibidos por sociedades no residentes en caso de ejercicio deficitario no puede justificar la tributación inmediata y definitiva de los dividendos percibidos por estas sociedades en tal supuesto, mientras que esas pérdidas se admiten cuando son las sociedades residentes que tributan en Bizkaia las afectadas. Respecto a la *prevención del riesgo de doble imputación de pérdidas*, recuerda que incumbe a las sociedades no residentes aportar los elementos pertinentes que permitan a las autoridades tributarias del Estado miembro de gravamen comprobar que se cumplen los requisitos establecidos para beneficiarse de un eventual aplazamiento de la tributación en la fuente.

Finalmente, el Tribunal tampoco acoge que la normativa controvertida esté justificada por la necesidad de *preservar la coherencia del sistema tributario*, como contrapartida lógica a la no tributación en la fuente de las actividades empresariales de las que proceden esas pérdidas. La preservación de la coherencia del régimen tributario nacional requiere la existencia de una relación directa entre la ventaja fiscal de que se trate y la compensación de esa ventaja con un gravamen fiscal determinado, algo que no sucede en el presente caso, ya que las sociedades residentes sujetas al impuesto sobre sociedades en Bizkaia que registran pérdidas y que obtienen la devolución de la retención en origen practicada sobre los dividendos percibidos no están sujetas, como compensación de dicha devolución, a un gravamen fiscal determinado. «Incluso si las sociedades residentes estuvieran obligadas a integrar los referidos dividendos al 50 % en su base imponible del impuesto sobre sociedades, no es menos cierto que, registrando pérdidas, esas sociedades se beneficiarían, al menos, de una ventaja de tesorería, o incluso de una exención en caso de cese de la actividad antes de conseguir de nuevo un resultado positivo».

#### 4. Comentario

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia reitera y consolida su jurisprudencia en materia de retenciones aplicadas a entidades no residentes, doctrina susceptible de aplicarse a otros tipos de renta sujetas a retención en la fuente (intereses, cánones y, en ciertos casos, ganancias patrimoniales). En clave de Derecho interno, la conclusión del Tribunal de Luxemburgo tiene una relevancia innegable desde la óptica de la legislación tributaria estatal actualmente vigente, por cuanto puede plantear cuestiones de la misma índole.

La argumentación del Tribunal de Justicia es similar a la seguida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de abril del 2023 (rec. cas. 7261/2021) sobre la restricción de la libre circulación de capitales derivada del distinto tratamiento fiscal de los fondos de inversión libre o alternativa residentes y no residentes por los dividendos obtenidos en España. En aquella sentencia, el Tribunal Supremo destacó la importancia de contar con un marco normativo claro y preciso para garantizar de forma efectiva el respeto a la libre circulación de capitales y que las normas aplicables a residentes y no residentes no tengan como consecuencia un trato discriminatorio por razón de residencia de las no residentes.

Por otra parte, esta línea jurisprudencial tiene repercusión directa sobre las sociedades

que puedan encontrarse en situaciones equiparables y se concretaría en la posibilidad de solicitar la devolución de la retención soportada en la fuente, alegando su derecho al aplazamiento o diferimiento de pago, siempre que se acredite la concurrencia de los presupuestos exigidos. A este respecto, conviene subrayar que las exigencias probatorias han de conducirse conforme a criterios de razonabilidad y proporcionalidad mediante la aportación de la documentación que permita a la Administración tributaria verificar de modo claro y preciso el cumplimiento de los requisitos establecidos para su obtención y sin perder de vista que esta última tiene a su disposición distintos mecanismos e instrumentos de intercambio de información para contrastar la información aportada por el contribuyente.

Para más información, contacte con los siguientes letrados:

**Adrián Boix Cortés**

Tel.: (+34) 96 351 38 35  
aboix@ga-p.com

**Luis Cuesta Cuesta**

Tel.: (+34) 934 157 400  
lcuesta@ga-p.com

**Iván Escribano Ruiz**

Tel.: (+34) 91 582 91 00  
iescribano@ga-p.com

*Advertencia legal:* El contenido de este documento no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

Para más información, consulte nuestra web [www.ga-p.com](http://www.ga-p.com), o diríjase al siguiente e-mail de contacto: [info@ga-p.com](mailto:info@ga-p.com).