

LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, RETENCIÓN EN ORIGEN Y (NO) DEDUCCIÓN DE GASTOS PROFESIONALES EN LOS INTERESES PERCIBIDOS POR LAS ENTIDADES DE CRÉDITO NO RESIDENTES

Análisis de la STJUE de 13 de julio de 2016, Asunto C-18/15

María del Carmen Cámara Barroso

*Profesora de Derecho Financiero y Tributario.
UDIMA*

EXTRACTO

A través de este asunto el TJUE analizó una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 56 del TFUE (libre prestación de servicios). De un parte, se trataba de dilucidar si la libre prestación de servicios se opondría a una normativa nacional en virtud de la cual se aplica una retención en origen a la retribución de las entidades financieras no residentes, mientras que no se sujeta a tal retención la retribución abonada a las entidades financieras residentes (análisis de la distinta técnica recaudatoria). De otra, si el hecho de que las entidades financieras no residentes, a diferencia de lo que ocurre con las residentes, no puedan deducir los gastos profesionales directamente vinculados a la actividad financiera constituye una restricción a la libre prestación de servicios (análisis del diferente cálculo de la cuantía del impuesto). Mientras que el tribunal señaló que la especial técnica recaudatoria de la retención en origen para los prestadores de servicios no residentes no vulnera la libre prestación de servicios –pues aparece justificada por la necesidad de garantizar la eficacia del cobro del impuesto–, por lo que respecta a la imposibilidad de deducción de los gastos profesionales, determinó que, aunque en el ámbito de la imposición directa el hecho de que un Estado miembro no permita a un no residente acogerse a determinadas ventajas fiscales que concede a un residente no es, por lo general, discriminatorio, habida cuenta de las diferencias objetivas entre la situación de los residentes y la de los no residentes, para los gastos profesionales ligados a una actividad en otro Estado miembro el no residente debe ser tratado de la misma manera que el residente.

1. SUPUESTO DE HECHO

Nos encontramos en este caso ante una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), el cual dispone que «quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación».

La misma se presentó en el marco de un litigio entre, de una parte, Brisal-Auto Estradas do Litoral SA (en adelante, Brisal), con domicilio social en Portugal, y KBC Finance Ireland (en adelante, KBC), con domicilio social en Irlanda, y, de otra, la Administración tributaria de Portugal, relativo al cálculo del impuesto sobre sociedades correspondiente a los rendimientos de intereses obtenidos por KBC y la retención en origen de dicho impuesto por Brisal.

Con arreglo al Derecho portugués, las personas jurídicas y demás entidades que no tengan su domicilio social en territorio portugués estarán sujetas al impuesto sobre sociedades únicamente en lo que se refiere a los rendimientos obtenidos en este territorio (obligación real de contribuir). Entre tales rendimientos figuran los intereses abonados por los deudores que tengan su domicilio social en territorio portugués.

A falta de convenio para evitar la doble imposición, que concede al Estado de la fuente la posibilidad de gravar dichos intereses aplicando un 15% sobre el importe bruto de los mismos, se aplica a tales rendimientos un tipo de gravamen del 20% sobre los rendimientos brutos obtenidos en Portugal. En estos casos, el impuesto sobre sociedades se recauda mediante retención en origen de carácter definitivo. Por el contrario, a los rendimientos de intereses obtenidos por las entidades financieras residentes se aplica el tipo de gravamen del 25% sobre el importe neto de los intereses percibidos, no aplicándose ninguna retención en origen.

En este contexto, en 2004 Brisal celebró un contrato de financiación externa con un sindicato de bancos (integrado por entidades residentes y no residentes en territorio portugués) al objeto de garantizar la ejecución de un contrato de concesión que había celebrado con el Estado portugués. En 2005 se amplió a otras entidades financieras, entre las que se encontraba KBC. En cuanto a la parte del contrato relativo a KBC, Brisal retuvo en origen, abonando al Estado portugués el importe correspondiente.

Ante tal circunstancia, en 2007, Brisal y KBC presentaron un recurso potestativo ante la delegación de la Administración tributaria competente, sobre la base de que la normativa portuguesa contravenía el artículo 56 del TFUE. Tras la desestimación de su reclamación, Brisal y KBC interpusieron recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Económico-Administrativo de Sintra (Portugal), que también fue desestimado. A continuación, Brisal y KBC interpusieron un recurso ante el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Portugal, alegando que las entidades financieras no residentes estaban sometidas a una mayor carga fiscal que las instituciones financieras residentes, lo que era contrario a la libre prestación de servicios.

El Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, ante tal escenario, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) las siguientes cuestiones prejudiciales:

- ¿Se opone el artículo 56 del TFUE a una normativa tributaria interna que prevé que las entidades financieras no residentes en territorio portugués tributen por los rendimientos de intereses percibidos en dicho territorio mediante retención en origen al tipo definitivo del 20% (o a un tipo inferior, en el caso de que exista convenio para evitar la doble imposición) que se aplica sobre el rendimiento bruto, sin posibilidad de deducción de los gastos profesionales directamente vinculados a la actividad financiera ejercida, mientras que los intereses obtenidos por las entidades financieras residentes se integran en el rendimiento imponible global, con deducción de los gastos vinculados a la actividad ejercida cuando se determina el beneficio a efectos de la tributación por el [IRC], de tal modo que se aplica el tipo general del 25% sobre los rendimientos de intereses netos?
- ¿Se da también esta oposición aun cuando se constate que la base imponible de las entidades financieras residentes queda o puede quedar sujeta a un impuesto más elevado que el que se retiene en origen a las entidades no residentes sobre el rendimiento bruto?
- ¿Pueden comprobarse los costes de financiación vinculados a los préstamos concedidos o los gastos que presenten una relación económica directa con los rendimientos de intereses percibidos acudiendo a los datos proporcionados por el euríbor y por el líbor (que representan los tipos de interés medios practicados en la financiación interbancaria a la que recurren los bancos para llevar a cabo su actividad)?

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

Con carácter preliminar señalar que, dado que los hechos objeto del litigio principal se produjeron con anterioridad al 1 de diciembre de 2009 (antes de la entrada en vigor del TFUE), dicha cuestión se interpretó a la luz del artículo 49 del (entonces vigente) Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE).

En primer lugar, el tribunal trató de dilucidar si el artículo 49 del TCE se opone a una normativa nacional en virtud de la cual se aplica una retención en origen a la retribución de las entidades financieras no residentes, mientras que no se sujeta a tal retención la retribución abonada a las entidades financieras residentes.

Sobre el particular, el tribunal entiende que el artículo 49 del TCE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional como la portuguesa en virtud de la cual se aplica una retención en origen a la retribución de las entidades financieras no residentes en el Es-

tado miembro en el que se prestan los servicios con la condición de que la misma quede justificada por una razón imperiosa de interés general (y, en particular, por la necesidad de garantizar la eficacia del cobro del impuesto) y no exceda de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido (esto es, que sea proporcional).

En segundo lugar, procedía determinar si el hecho de que las entidades financieras no residentes, a diferencia de lo que ocurre con las residentes, no puedan deducir los gastos profesionales directamente vinculados a la actividad financiera en cuestión constituye una restricción a la libre prestación de servicios y, en caso afirmativo, si la misma puede justificarse.

En cuanto a esta segunda cuestión, algo más problemática que la primera, el tribunal, siguiendo su propia doctrina y entendiendo que, en principio, no se puede dar a las prestaciones de servicios efectuadas por entidades financieras un trato diferente del que se dispensa a las prestaciones de servicios pertenecientes a otros ámbitos, consideró que existe una restricción a la libre prestación de servicios desde el momento en el que, a diferencia de lo que ocurre con las circunstancias personales, para el cómputo de los gastos profesionales que presentan un vínculo directo con la actividad ejercida, los prestadores de servicios residentes y no residentes se encuentran en una situación comparable.

No obstante, como sabemos, las restricciones a las libertades fundamentales (y, en particular, a la libre prestación de servicios) pueden admitirse si se encuentran justificadas por razones imperiosas de interés general. En concreto, la justificación esgrimida ante el órgano jurisdiccional remitente se basaba en la aplicación a las entidades financieras no residentes de un tipo de gravamen inferior al aplicado a las entidades financieras residentes. Sin embargo, como veremos a continuación, el tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que un trato fiscal desfavorable contrario a una libertad fundamental no puede considerarse compatible con el Derecho de la Unión Europea por la eventual existencia de otras ventajas.

Algunos de los argumentos esgrimidos por la República Portuguesa hacían referencia, por ejemplo, a la necesidad de preservar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, la voluntad de prevenir la doble deducción de los gastos profesionales en cuestión o la necesidad de garantizar la eficacia del cobro del impuesto.

En primer lugar, aunque se ha reconocido que el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros es un objetivo legítimo, a juicio del tribunal, en el asunto principal no existe ningún elemento que permita explicar en qué medida el reparto de la potestad impositiva exige que las entidades financieras no residentes deban recibir un trato desfavorable respecto a las entidades financieras residentes.

En segundo lugar, en cuanto a la necesidad de prevenir la doble deducción de los gastos profesionales, el tribunal entiende que dicho riesgo puede evitarse acudiendo a 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.

En tercer lugar, en cuanto a la necesidad de garantizar la eficacia del cobro del impuesto, el tribunal ha determinado que, aunque tal objetivo constituye una razón imperiosa de interés general que puede justificar una restricción a la libre prestación de servicios, es necesario que la aplicación de dicha restricción sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no exceda de lo que es necesario para alcanzarlo, requisitos estos que, a su juicio, no concurren en el litigio principal.

Por lo que respecta a la posibilidad de aducir una carga administrativa adicional sobre el destinatario del servicio (en este caso, Brisal) cuando deba proceder al cómputo de los gastos profesionales cuya deducción reclama el prestador (en este caso, KBC), únicamente existiría en un sistema que establece que tal deducción ha de efectuarse antes de aplicar la retención en origen, evitándose, por el contrario, si el prestador del servicio pudiera hacer valer directamente su derecho ante la Administración *a posteriori*, mediante el reembolso de una parte del impuesto retenido en origen.

Por último, en relación con la tercera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, esto es, la manera adecuada de determinar los gastos profesionales directamente vinculados a los rendimientos de intereses que tienen su origen en un contrato de préstamo financiero como el que es objeto del litigio principal, el tribunal considera que, en relación con el cómputo de tales gastos, los no residentes deben ser tratados de igual modo que los residentes.

En principio, tal y como se desprende de la jurisprudencia del TJUE, por «gastos profesionales directamente relacionados con los rendimientos obtenidos» en el Estado miembro en que se ejerce la actividad deben entenderse los gastos ocasionados por esta necesarios para su ejercicio. En concreto, en lo que aquí nos interesa, la concesión de un préstamo financiero genera una serie de gastos profesionales (gastos de viaje, de alojamiento y de asesoramiento jurídico o fiscal) respecto de los cuales es relativamente sencillo establecer un vínculo directo. Sin embargo, la actividad de concesión de un préstamo financiero también genera gastos de financiación respecto de los cuales puede resultar más difícil establecer un vínculo directo. No obstante, el tribunal considera que «el mero hecho de que dicha prueba ofrezca mayor dificultad, no es motivo suficiente para que un Estado miembro deniegue de forma absoluta a los no residentes [...] una deducción que concede a los residentes», pues nada impide a las autoridades tributarias exigir al no residente que presente las pruebas que considere necesarias para apreciar si se cumplen los requisitos de deducibilidad de gastos previstos en el impuesto sobre sociedades.

No obstante, en cuanto a la posible aplicación del euríbor o el líbor, el tribunal entiende que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar cuáles son, entre los gastos profesionales declarados por KBC, los que están directamente relacionados con la actividad financiera en cuestión.

En línea con lo señalado arriba, el TJUE ha respondido a las cuestiones prejudiciales planteadas así:

- El artículo 49 del TCE no se opone a una normativa nacional que prevé la aplicación de un procedimiento de retención en origen a la retribución de las entidades

financieras no residentes en el Estado miembro en el que se prestan los servicios, mientras que la retribución de las instituciones financieras residentes en este Estado miembro no está sujeta a tal retención, siempre que esté justificada por una razón imperiosa de interés general y no exceda de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido.

- El artículo 49 del TCE se opone a una normativa nacional que prevé que las entidades financieras no residentes tributen por los rendimientos de intereses percibidos en el Estado miembro de que se trata sin posibilidad de deducción de los gastos profesionales directamente vinculados a la actividad en cuestión, mientras que, por el contrario, reconoce tal posibilidad a las entidades financieras residentes.
- Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar qué gastos profesionales se pueden considerar directamente vinculados a la actividad en cuestión.

3. COMENTARIO CRÍTICO

Es la segunda vez que el TJUE analiza la cuestión de la compatibilidad con las libertades fundamentales (y, en particular, con la libre prestación de servicios, que es la libertad fundamental aplicable en el caso de préstamos transfronterizos) de una normativa portuguesa sobre la retención fiscal de los intereses en origen¹. En este caso concreto, el impuesto no solo se les cobra a los acreedores extranjeros de intereses (KBC) como retención en origen aplicada al deudor de los intereses (Brisal), sino que, además, se calcula de forma diferente respecto a los acreedores nacionales de intereses.

Así, se examinaron por el tribunal dos aspectos diferentes del régimen especial para los acreedores no residentes en relación con la tributación de los acreedores residentes: a) la distinta técnica recaudatoria; b) el diferente cálculo de la cuantía del impuesto.

En lo que al primero de ellos se refiere, como hemos señalado arriba, el tribunal ha señalado en distintas ocasiones que la especial técnica recaudatoria de la retención en origen para los prestadores de servicios no residentes no vulnera, en principio, la libre prestación de servicios, pues aparece justificada por la necesidad de garantizar la eficacia del cobro del impuesto.

¹ En la primera ocasión (Sentencia de 17 de junio de 2010, Asunto C-105/08 [NFJ038722]), la Comisión Europea solicitó al TJUE que declarase que, al gravar más los intereses abonados a las entidades de crédito no residentes que los abonados a las entidades de crédito residentes en territorio portugués (pues las primeras no pueden deducir del importe de los rendimientos sujetos a tributación los gastos profesionales directamente vinculados a la actividad ejercida), la República Portuguesa restringía la libre prestación de servicios de crédito hipotecario y de otras formas de crédito por parte de las entidades de crédito residentes en otros Estados miembros. El tribunal desestimó el recurso de la Comisión por considerar que no se había demostrado suficientemente el incumplimiento que se imputaba a la República Portuguesa.

Así lo dispuso, por ejemplo, en su Sentencia de 22 de diciembre de 2008, Asunto C-282/07, Truck Center (NFJ031306), aunque en este caso a la luz de la libertad de establecimiento. El tribunal llegó a la conclusión de que las distintas técnicas de imposición reflejan la diferencia de las situaciones en las que se encuentran dichas sociedades en lo que respecta a la recaudación del impuesto, determinando que «además de referirse a situaciones que no son objetivamente comparables, la diferencia de trato derivada de la normativa fiscal controvertida en el litigio principal no proporciona necesariamente una ventaja a las sociedades beneficiarias residentes, pues el tipo de retención sobre las rentas de capital mobiliario percibido sobre los intereses abonados a una sociedad no residente es netamente inferior al del impuesto de sociedades», al igual que ocurre en el asunto que nos ocupa.

En el mismo sentido nos parece igualmente interesante el pronunciamiento del tribunal en su Sentencia de 18 de octubre de 2012, Asunto C-498/10 (NFJ048750), referida ahora a la libre circulación de capitales. El tribunal afirmó que el procedimiento de retención constituye un medio legítimo y adecuado para asegurar la sujeción fiscal de las rentas de una persona establecida fuera del Estado de imposición, y evitar que las rentas de que se trata eludan el impuesto tanto en el Estado de residencia como en el Estado en el que se prestan los servicios.

Una cuestión diferente a la de la técnica recaudatoria especial es si el distinto modo de cálculo del impuesto sobre los ingresos por intereses de los sujetos pasivos residentes y no residentes constituye una infracción a la libre prestación de servicios contenida en el artículo 49 del TCE. Como hemos señalado arriba, la normativa portuguesa niega a los acreedores no residentes de intereses toda deducción de los gastos profesionales en el cálculo del impuesto (y, en concreto, los costes de financiación en los que ha tenido que incurrir para poder ofrecer el préstamo).

Conforme a la jurisprudencia del TJUE, como hemos señalado anteriormente, presentan un vínculo directo con una actividad gravada los gastos ocasionados por esta y necesarios, por tanto, para su ejercicio². En el presente caso se debatía si existía (o no) una relación directa entre los costes de financiación de KBC y la concesión del préstamo a Brisal.

Sobre el particular, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), en su Sentencia de 6 de julio de 2006, Asunto C-346/04 (NFJ024864), determinó que la libertad de establecimiento se oponía a una legislación nacional que no permitía a una persona sujeta por obligación real deducir de su renta imponible los gastos de asesoramiento fiscal en que incurrió para presentar su declaración de la renta, en concepto de gastos extraordinarios, del mismo modo que una persona sujeta por obligación personal. El tribunal determinó que, aunque en el ámbito de la imposición directa el hecho de que un Estado miembro no permita a un no residente acogerse a determinadas ventajas fiscales que concede a un residente no es, por lo general, discriminatorio, habida cuenta de las diferencias objetivas entre la situación de los residentes y la de los no residentes, para los gastos profesionales ligados a una actividad en otro Estado miembro, el no residente debe ser tratado de la misma manera que el residente.

² Sobre el particular, *vid.*, por ejemplo, las Sentencias del TJUE de 31 de marzo de 2011, Asunto C-450/09 (NFJ041958) y de 24 de febrero de 2015, Asunto C-559/13 (NFJ057461).

Aunque KBC no financió su préstamo a Brisal aceptando a su vez un préstamo de igual importe con ese fin (costes directos), KBC pretendía deducir como gastos profesionales una parte de los costes de financiación generales que soporta por el ejercicio de su actividad (gastos generales). Siendo así, se trató de determinar por el tribunal si los costes de financiación deben ser tenidos en cuenta únicamente como costes directos o también por el importe de una parte de los gastos generales de un sujeto pasivo.

Entendemos que la jurisprudencia del TJUE no excluye que una parte proporcional de los gastos generales de la actividad de un sujeto pasivo por obligación real pueda presentar un vínculo directo con su actividad gravada en el Estado donde se realiza la misma. Sin embargo, como ya hemos puesto de manifiesto, el tribunal considera que la respuesta a en qué medida pueden asignarse los gastos generales directamente a la actividad gravada es una cuestión de hecho que procede aclarar al órgano jurisdiccional nacional competente.

Por último, un aspecto interesante que no ha sido analizado por el TJUE, pero sí por la señora Juliane Kokott en sus conclusiones de 17 de marzo de 2016, es si la imposibilidad de deducir los gastos profesionales puede verse compensada con un tipo impositivo más bajo aplicado a los sujetos pasivos por obligación real en comparación con los sujetos pasivos por obligación personal.

Sobre el particular, por primera vez, el TJUE, en su Sentencia de 19 de noviembre de 2015, Asunto C-632/13, Hirvonen (NFJ060519), remitiéndose a la Sentencia de 12 de junio de 2003, Asunto C-234/01 Gerritse (NFJ014749), señaló que la tributación de los ingresos brutos de un sujeto pasivo por obligación real es compatible con el Derecho de la Unión Europea siempre que no sea mayor de lo que sería la tributación de los ingresos brutos al tipo impositivo aplicado a los sujetos pasivos por obligación personal. Esto es, que la imposibilidad de deducir los gastos profesionales podría quedar compensada con un tipo impositivo comparativamente más bajo.

No obstante, la señora Kokott rechazó tal interpretación dado que no concuerda con la restante jurisprudencia del TJUE. Así, en la Sentencia Gerritse, el tribunal diferenció claramente, respecto a los sujetos pasivos por obligación real, entre la deducción de los gastos profesionales, de una parte, y la cuantía del tipo impositivo, de otra. Podemos entonces afirmar que un tratamiento fiscal desfavorable que vulnera una libertad fundamental no puede justificarse con otros beneficios fiscales, debiendo analizarse por separado la compatibilidad con las libertades fundamentales de la deducción de los gastos y del importe del tipo impositivo.

Así, como ya hemos señalado arriba, en lo que a la posible justificación a la restricción a la libre prestación de servicios se refiere se han aducido los siguientes motivos: a) reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros; b) doble deducción de los gastos profesionales; c) eficacia recaudatoria; y d) control fiscal.

Respecto a la primera de las causas (reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros), aunque es cierto que ha sido reconocida por el tribunal como justificación para la restricción de las libertades fundamentales en numerosas ocasiones, es por todos sabido que los Estados

miembros no pueden invocar el contenido de los convenios para evitar la doble imposición a fin de eludir las obligaciones que les impone la Unión en el ejercicio de su potestad tributaria. Además, de la lectura del Modelo de Convenio de la OCDE no se desprende que el Estado de la actividad esté obligado a someter a tributación los ingresos brutos, pues el artículo 11, apartado 2, que fija un tipo de gravamen aplicable sobre el importe bruto de los rendimientos, únicamente establece un límite máximo.

Por lo que atañe a la segunda de las causas (doble deducción de los gastos profesionales), además de la existencia de la Directiva 77/799/CEE, que hemos señalado anteriormente, aducida por el tribunal, el abogado general señaló que es evidente que los gastos profesionales pueden deducirse dos veces, en cualquier caso, cuando también son dos los Estados miembros los que someten a tributación los mismos ingresos.

En cuanto a la necesidad de garantizar la eficacia del cobro del impuesto, consideramos, y así lo entiende también la señora Kokott, que una mayor carga administrativa no puede justificar que se deniegue la deducción de los gastos profesionales en el caso de los sujetos pasivos por obligación personal.

Por último, en lo que se refiere al control fiscal, es reiterada jurisprudencia del TJUE que los Estados miembros disponen a este respecto de suficientes posibilidades de control, no cabiendo en consecuencia aducir tal causa de justificación³.

No son pocos los países que, para garantizar una efectiva recaudación, siguen utilizando el sistema de retención en la fuente para gravar los rendimientos obtenidos por no residentes. Así, por ejemplo, dentro del ordenamiento jurídico español, la figura del retenedor tiene un papel central en la tributación de no residentes. En concreto, el artículo 31.1 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes (en adelante, TRLIRNR), señala que «estarán obligados a practicar retención e ingreso a cuenta respecto de las rentas sujetas a este impuesto que satisfagan o abonen: a) las entidades, incluidas las entidades en régimen de atribución, residentes en territorio español».

Aunque dicha retención, atendido a lo dispuesto en el artículo 31.2 del TRLIRNR, al igual que en el asunto que acabamos de analizar, se calcula sobre el importe de los rendimientos brutos, sin deducción alguna de gastos, el artículo 28 del TRLIRNR posibilita que los contribuyentes que hayan soportado la retención puedan, *a posteriori*, presentar su declaración, aplicando en ella la deducción de gastos que, en el artículo 24.6 del TRLIRNR (donde se hace una remisión a la normativa del impuesto sobre la renta de las personas físicas) se contempla para todos aquellos contribuyentes no residentes que residan en algún Estado miembro de la Unión Europea. Ello,

³ Sobre el particular, *vid.*, por ejemplo, la Sentencia del TJCE de 15 de mayo de 1997, Asunto C-250/95 (NSJ000778) y la Sentencia del TJUE de 8 de octubre de 2014, Asunto C-326/12 (NFJ055737).

previsiblemente, implicará que el resultado de la declaración sea «a devolver», teniendo en cuenta que la retención, como acabamos de señalar, se aplica sobre el importe bruto.

Esta es precisamente la opción por la que abogaba la señora Kokott en sus conclusiones de 17 de marzo de 2016, que, para evitar una carga administrativa excesiva para el destinatario de los servicios que ha de retener el impuesto sobre los intereses pagados, apuesta por un sistema de retención en origen que permita que el prestador de los servicios deduzca *a posteriori* los gastos profesionales frente a la Administración tributaria.

El Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, ante tal escenario, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) las siguientes cuestiones prejudiciales:

- ¿Se opone el artículo 56 del TFUE a una normativa tributaria interna que prevé que las entidades financieras no residentes en territorio portugués tributen por los rendimientos de intereses percibidos en dicho territorio mediante retención en origen al tipo definitivo del 20% (o a un tipo inferior, en el caso de que exista convenio para evitar la doble imposición) que se aplica sobre el rendimiento bruto, sin posibilidad de deducción de los gastos profesionales directamente vinculados a la actividad financiera ejercida, mientras que los intereses obtenidos por las entidades financieras residentes se integran en el rendimiento imponible global, con deducción de los gastos vinculados a la actividad ejercida cuando se determina el beneficio a efectos de la tributación por el [IRC], de tal modo que se aplica el tipo general del 25% sobre los rendimientos de intereses netos?
- ¿Se da también esta oposición aun cuando se constate que la base imponible de las entidades financieras residentes queda o puede quedar sujeta a un impuesto más elevado que el que se retiene en origen a las entidades no residentes sobre el rendimiento bruto?
- ¿Pueden comprobarse los costes de financiación vinculados a los préstamos concedidos o los gastos que presenten una relación económica directa con los rendimientos de intereses percibidos acudiendo a los datos proporcionados por el euríbor y por el líbor (que representan los tipos de interés medios practicados en la financiación interbancaria a la que recurren los bancos para llevar a cabo su actividad)?

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

Con carácter preliminar señalar que, dado que los hechos objeto del litigio principal se produjeron con anterioridad al 1 de diciembre de 2009 (antes de la entrada en vigor del TFUE), dicha cuestión se interpretó a la luz del artículo 49 del (entonces vigente) Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE).

En primer lugar, el tribunal trató de dilucidar si el artículo 49 del TCE se opone a una normativa nacional en virtud de la cual se aplica una retención en origen a la retribución de las entidades financieras no residentes, mientras que no se sujeta a tal retención la retribución abonada a las entidades financieras residentes.

Sobre el particular, el tribunal entiende que el artículo 49 del TCE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional como la portuguesa en virtud de la cual se aplica una retención en origen a la retribución de las entidades financieras no residentes en el Es-

tado miembro en el que se prestan los servicios con la condición de que la misma quede justificada por una razón imperiosa de interés general (y, en particular, por la necesidad de garantizar la eficacia del cobro del impuesto) y no exceda de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido (esto es, que sea proporcional).

En segundo lugar, procedía determinar si el hecho de que las entidades financieras no residentes, a diferencia de lo que ocurre con las residentes, no puedan deducir los gastos profesionales directamente vinculados a la actividad financiera en cuestión constituye una restricción a la libre prestación de servicios y, en caso afirmativo, si la misma puede justificarse.

En cuanto a esta segunda cuestión, algo más problemática que la primera, el tribunal, siguiendo su propia doctrina y entendiendo que, en principio, no se puede dar a las prestaciones de servicios efectuadas por entidades financieras un trato diferente del que se dispensa a las prestaciones de servicios pertenecientes a otros ámbitos, consideró que existe una restricción a la libre prestación de servicios desde el momento en el que, a diferencia de lo que ocurre con las circunstancias personales, para el cómputo de los gastos profesionales que presentan un vínculo directo con la actividad ejercida, los prestadores de servicios residentes y no residentes se encuentran en una situación comparable.

No obstante, como sabemos, las restricciones a las libertades fundamentales (y, en particular, a la libre prestación de servicios) pueden admitirse si se encuentran justificadas por razones imperiosas de interés general. En concreto, la justificación esgrimida ante el órgano jurisdiccional remitente se basaba en la aplicación a las entidades financieras no residentes de un tipo de gravamen inferior al aplicado a las entidades financieras residentes. Sin embargo, como veremos a continuación, el tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que un trato fiscal desfavorable contrario a una libertad fundamental no puede considerarse compatible con el Derecho de la Unión Europea por la eventual existencia de otras ventajas.

Algunos de los argumentos esgrimidos por la República Portuguesa hacían referencia, por ejemplo, a la necesidad de preservar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, la voluntad de prevenir la doble deducción de los gastos profesionales en cuestión o la necesidad de garantizar la eficacia del cobro del impuesto.

En primer lugar, aunque se ha reconocido que el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros es un objetivo legítimo, a juicio del tribunal, en el asunto principal no existe ningún elemento que permita explicar en qué medida el reparto de la potestad impositiva exige que las entidades financieras no residentes deban recibir un trato desfavorable respecto a las entidades financieras residentes.

En segundo lugar, en cuanto a la necesidad de prevenir la doble deducción de los gastos profesionales, el tribunal entiende que dicho riesgo puede evitarse acudiendo a 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.

En tercer lugar, en cuanto a la necesidad de garantizar la eficacia del cobro del impuesto, el tribunal ha determinado que, aunque tal objetivo constituye una razón imperiosa de interés general que puede justificar una restricción a la libre prestación de servicios, es necesario que la aplicación de dicha restricción sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no exceda de lo que es necesario para alcanzarlo, requisitos estos que, a su juicio, no concurren en el litigio principal.

Por lo que respecta a la posibilidad de aducir una carga administrativa adicional sobre el destinatario del servicio (en este caso, Brisal) cuando deba proceder al cómputo de los gastos profesionales cuya deducción reclama el prestador (en este caso, KBC), únicamente existiría en un sistema que establece que tal deducción ha de efectuarse antes de aplicar la retención en origen, evitándose, por el contrario, si el prestador del servicio pudiera hacer valer directamente su derecho ante la Administración *a posteriori*, mediante el reembolso de una parte del impuesto retenido en origen.

Por último, en relación con la tercera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, esto es, la manera adecuada de determinar los gastos profesionales directamente vinculados a los rendimientos de intereses que tienen su origen en un contrato de préstamo financiero como el que es objeto del litigio principal, el tribunal considera que, en relación con el cómputo de tales gastos, los no residentes deben ser tratados de igual modo que los residentes.

En principio, tal y como se desprende de la jurisprudencia del TJUE, por «gastos profesionales directamente relacionados con los rendimientos obtenidos» en el Estado miembro en que se ejerce la actividad deben entenderse los gastos ocasionados por esta necesarios para su ejercicio. En concreto, en lo que aquí nos interesa, la concesión de un préstamo financiero genera una serie de gastos profesionales (gastos de viaje, de alojamiento y de asesoramiento jurídico o fiscal) respecto de los cuales es relativamente sencillo establecer un vínculo directo. Sin embargo, la actividad de concesión de un préstamo financiero también genera gastos de financiación respecto de los cuales puede resultar más difícil establecer un vínculo directo. No obstante, el tribunal considera que «el mero hecho de que dicha prueba ofrezca mayor dificultad, no es motivo suficiente para que un Estado miembro deniegue de forma absoluta a los no residentes [...] una deducción que concede a los residentes», pues nada impide a las autoridades tributarias exigir al no residente que presente las pruebas que considere necesarias para apreciar si se cumplen los requisitos de deducibilidad de gastos previstos en el impuesto sobre sociedades.

No obstante, en cuanto a la posible aplicación del euríbor o el líbor, el tribunal entiende que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar cuáles son, entre los gastos profesionales declarados por KBC, los que están directamente relacionados con la actividad financiera en cuestión.

En línea con lo señalado arriba, el TJUE ha respondido a las cuestiones prejudiciales planteadas así:

- El artículo 49 del TCE no se opone a una normativa nacional que prevé la aplicación de un procedimiento de retención en origen a la retribución de las entidades

financieras no residentes en el Estado miembro en el que se prestan los servicios, mientras que la retribución de las instituciones financieras residentes en este Estado miembro no está sujeta a tal retención, siempre que esté justificada por una razón imperiosa de interés general y no exceda de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido.

- El artículo 49 del TCE se opone a una normativa nacional que prevé que las entidades financieras no residentes tributen por los rendimientos de intereses percibidos en el Estado miembro de que se trata sin posibilidad de deducción de los gastos profesionales directamente vinculados a la actividad en cuestión, mientras que, por el contrario, reconoce tal posibilidad a las entidades financieras residentes.
- Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar qué gastos profesionales se pueden considerar directamente vinculados a la actividad en cuestión.

3. COMENTARIO CRÍTICO

Es la segunda vez que el TJUE analiza la cuestión de la compatibilidad con las libertades fundamentales (y, en particular, con la libre prestación de servicios, que es la libertad fundamental aplicable en el caso de préstamos transfronterizos) de una normativa portuguesa sobre la retención fiscal de los intereses en origen¹. En este caso concreto, el impuesto no solo se les cobra a los acreedores extranjeros de intereses (KBC) como retención en origen aplicada al deudor de los intereses (Brisal), sino que, además, se calcula de forma diferente respecto a los acreedores nacionales de intereses.

Así, se examinaron por el tribunal dos aspectos diferentes del régimen especial para los acreedores no residentes en relación con la tributación de los acreedores residentes: a) la distinta técnica recaudatoria; b) el diferente cálculo de la cuantía del impuesto.

En lo que al primero de ellos se refiere, como hemos señalado arriba, el tribunal ha señalado en distintas ocasiones que la especial técnica recaudatoria de la retención en origen para los prestadores de servicios no residentes no vulnera, en principio, la libre prestación de servicios, pues aparece justificada por la necesidad de garantizar la eficacia del cobro del impuesto.

¹ En la primera ocasión (Sentencia de 17 de junio de 2010, Asunto C-105/08 [NFJ038722]), la Comisión Europea solicitó al TJUE que declarase que, al gravar más los intereses abonados a las entidades de crédito no residentes que los abonados a las entidades de crédito residentes en territorio portugués (pues las primeras no pueden deducir del importe de los rendimientos sujetos a tributación los gastos profesionales directamente vinculados a la actividad ejercida), la República Portuguesa restringía la libre prestación de servicios de crédito hipotecario y de otras formas de crédito por parte de las entidades de crédito residentes en otros Estados miembros. El tribunal desestimó el recurso de la Comisión por considerar que no se había demostrado suficientemente el incumplimiento que se imputaba a la República Portuguesa.

Así lo dispuso, por ejemplo, en su Sentencia de 22 de diciembre de 2008, Asunto C-282/07, Truck Center (NFJ031306), aunque en este caso a la luz de la libertad de establecimiento. El tribunal llegó a la conclusión de que las distintas técnicas de imposición reflejan la diferencia de las situaciones en las que se encuentran dichas sociedades en lo que respecta a la recaudación del impuesto, determinando que «además de referirse a situaciones que no son objetivamente comparables, la diferencia de trato derivada de la normativa fiscal controvertida en el litigio principal no proporciona necesariamente una ventaja a las sociedades beneficiarias residentes, pues el tipo de retención sobre las rentas de capital mobiliario percibido sobre los intereses abonados a una sociedad no residente es netamente inferior al del impuesto de sociedades», al igual que ocurre en el asunto que nos ocupa.

En el mismo sentido nos parece igualmente interesante el pronunciamiento del tribunal en su Sentencia de 18 de octubre de 2012, Asunto C-498/10 (NFJ048750), referida ahora a la libre circulación de capitales. El tribunal afirmó que el procedimiento de retención constituye un medio legítimo y adecuado para asegurar la sujeción fiscal de las rentas de una persona establecida fuera del Estado de imposición, y evitar que las rentas de que se trata eludan el impuesto tanto en el Estado de residencia como en el Estado en el que se prestan los servicios.

Una cuestión diferente a la de la técnica recaudatoria especial es si el distinto modo de cálculo del impuesto sobre los ingresos por intereses de los sujetos pasivos residentes y no residentes constituye una infracción a la libre prestación de servicios contenida en el artículo 49 del TCE. Como hemos señalado arriba, la normativa portuguesa niega a los acreedores no residentes de intereses toda deducción de los gastos profesionales en el cálculo del impuesto (y, en concreto, los costes de financiación en los que ha tenido que incurrir para poder ofrecer el préstamo).

Conforme a la jurisprudencia del TJUE, como hemos señalado anteriormente, presentan un vínculo directo con una actividad gravada los gastos ocasionados por esta y necesarios, por tanto, para su ejercicio². En el presente caso se debatía si existía (o no) una relación directa entre los costes de financiación de KBC y la concesión del préstamo a Brisal.

Sobre el particular, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), en su Sentencia de 6 de julio de 2006, Asunto C-346/04 (NFJ024864), determinó que la libertad de establecimiento se oponía a una legislación nacional que no permitía a una persona sujeta por obligación real deducir de su renta imponible los gastos de asesoramiento fiscal en que incurrió para presentar su declaración de la renta, en concepto de gastos extraordinarios, del mismo modo que una persona sujeta por obligación personal. El tribunal determinó que, aunque en el ámbito de la imposición directa el hecho de que un Estado miembro no permita a un no residente acogerse a determinadas ventajas fiscales que concede a un residente no es, por lo general, discriminatorio, habida cuenta de las diferencias objetivas entre la situación de los residentes y la de los no residentes, para los gastos profesionales ligados a una actividad en otro Estado miembro, el no residente debe ser tratado de la misma manera que el residente.

² Sobre el particular, *vid.*, por ejemplo, las Sentencias del TJUE de 31 de marzo de 2011, Asunto C-450/09 (NFJ041958) y de 24 de febrero de 2015, Asunto C-559/13 (NFJ057461).

Aunque KBC no financió su préstamo a Brisal aceptando a su vez un préstamo de igual importe con ese fin (costes directos), KBC pretendía deducir como gastos profesionales una parte de los costes de financiación generales que soporta por el ejercicio de su actividad (gastos generales). Siendo así, se trató de determinar por el tribunal si los costes de financiación deben ser tenidos en cuenta únicamente como costes directos o también por el importe de una parte de los gastos generales de un sujeto pasivo.

Entendemos que la jurisprudencia del TJUE no excluye que una parte proporcional de los gastos generales de la actividad de un sujeto pasivo por obligación real pueda presentar un vínculo directo con su actividad gravada en el Estado donde se realiza la misma. Sin embargo, como ya hemos puesto de manifiesto, el tribunal considera que la respuesta a en qué medida pueden asignarse los gastos generales directamente a la actividad gravada es una cuestión de hecho que procede aclarar al órgano jurisdiccional nacional competente.

Por último, un aspecto interesante que no ha sido analizado por el TJUE, pero sí por la señora Juliane Kokott en sus conclusiones de 17 de marzo de 2016, es si la imposibilidad de deducir los gastos profesionales puede verse compensada con un tipo impositivo más bajo aplicado a los sujetos pasivos por obligación real en comparación con los sujetos pasivos por obligación personal.

Sobre el particular, por primera vez, el TJUE, en su Sentencia de 19 de noviembre de 2015, Asunto C-632/13, Hirvonen (NFJ060519), remitiéndose a la Sentencia de 12 de junio de 2003, Asunto C-234/01 Gerritse (NFJ014749), señaló que la tributación de los ingresos brutos de un sujeto pasivo por obligación real es compatible con el Derecho de la Unión Europea siempre que no sea mayor de lo que sería la tributación de los ingresos brutos al tipo impositivo aplicado a los sujetos pasivos por obligación personal. Esto es, que la imposibilidad de deducir los gastos profesionales podría quedar compensada con un tipo impositivo comparativamente más bajo.

No obstante, la señora Kokott rechazó tal interpretación dado que no concuerda con la restante jurisprudencia del TJUE. Así, en la Sentencia Gerritse, el tribunal diferenció claramente, respecto a los sujetos pasivos por obligación real, entre la deducción de los gastos profesionales, de una parte, y la cuantía del tipo impositivo, de otra. Podemos entonces afirmar que un tratamiento fiscal desfavorable que vulnera una libertad fundamental no puede justificarse con otros beneficios fiscales, debiendo analizarse por separado la compatibilidad con las libertades fundamentales de la deducción de los gastos y del importe del tipo impositivo.

Así, como ya hemos señalado arriba, en lo que a la posible justificación a la restricción a la libre prestación de servicios se refiere se han aducido los siguientes motivos: a) reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros; b) doble deducción de los gastos profesionales; c) eficacia recaudatoria; y d) control fiscal.

Respecto a la primera de las causas (reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros), aunque es cierto que ha sido reconocida por el tribunal como justificación para la restricción de las libertades fundamentales en numerosas ocasiones, es por todos sabido que los Estados

miembros no pueden invocar el contenido de los convenios para evitar la doble imposición a fin de eludir las obligaciones que les impone la Unión en el ejercicio de su potestad tributaria. Además, de la lectura del Modelo de Convenio de la OCDE no se desprende que el Estado de la actividad esté obligado a someter a tributación los ingresos brutos, pues el artículo 11, apartado 2, que fija un tipo de gravamen aplicable sobre el importe bruto de los rendimientos, únicamente establece un límite máximo.

Por lo que atañe a la segunda de las causas (doble deducción de los gastos profesionales), además de la existencia de la Directiva 77/799/CEE, que hemos señalado anteriormente, aducida por el tribunal, el abogado general señaló que es evidente que los gastos profesionales pueden deducirse dos veces, en cualquier caso, cuando también son dos los Estados miembros los que someten a tributación los mismos ingresos.

En cuanto a la necesidad de garantizar la eficacia del cobro del impuesto, consideramos, y así lo entiende también la señora Kokott, que una mayor carga administrativa no puede justificar que se deniegue la deducción de los gastos profesionales en el caso de los sujetos pasivos por obligación personal.

Por último, en lo que se refiere al control fiscal, es reiterada jurisprudencia del TJUE que los Estados miembros disponen a este respecto de suficientes posibilidades de control, no cabiendo en consecuencia aducir tal causa de justificación³.

No son pocos los países que, para garantizar una efectiva recaudación, siguen utilizando el sistema de retención en la fuente para gravar los rendimientos obtenidos por no residentes. Así, por ejemplo, dentro del ordenamiento jurídico español, la figura del retenedor tiene un papel central en la tributación de no residentes. En concreto, el artículo 31.1 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes (en adelante, TRLIRNR), señala que «estarán obligados a practicar retención e ingreso a cuenta respecto de las rentas sujetas a este impuesto que satisfagan o abonen: a) las entidades, incluidas las entidades en régimen de atribución, residentes en territorio español».

Aunque dicha retención, atendido a lo dispuesto en el artículo 31.2 del TRLIRNR, al igual que en el asunto que acabamos de analizar, se calcula sobre el importe de los rendimientos brutos, sin deducción alguna de gastos, el artículo 28 del TRLIRNR posibilita que los contribuyentes que hayan soportado la retención puedan, *a posteriori*, presentar su declaración, aplicando en ella la deducción de gastos que, en el artículo 24.6 del TRLIRNR (donde se hace una remisión a la normativa del impuesto sobre la renta de las personas físicas) se contempla para todos aquellos contribuyentes no residentes que residan en algún Estado miembro de la Unión Europea. Ello,

³ Sobre el particular, *vid.*, por ejemplo, la Sentencia del TJCE de 15 de mayo de 1997, Asunto C-250/95 (NSJ000778) y la Sentencia del TJUE de 8 de octubre de 2014, Asunto C-326/12 (NFJ055737).

previsiblemente, implicará que el resultado de la declaración sea «a devolver», teniendo en cuenta que la retención, como acabamos de señalar, se aplica sobre el importe bruto.

Esta es precisamente la opción por la que abogaba la señora Kokott en sus conclusiones de 17 de marzo de 2016, que, para evitar una carga administrativa excesiva para el destinatario de los servicios que ha de retener el impuesto sobre los intereses pagados, apuesta por un sistema de retención en origen que permita que el prestador de los servicios deduzca *a posteriori* los gastos profesionales frente a la Administración tributaria.