

**Asunto C-572/20****Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

3 de noviembre de 2020

**Órgano jurisdiccional remitente:**

Finanzgericht Köln (Tribunal de lo Tributario de Colonia, Alemania)

**Fecha de la resolución de remisión:**

20 de mayo de 2020

**Parte demandante:**

ACC Silicones

**Parte demandada:**

Bundeszentralamt für Steuern (Administración Tributaria Federal Central)

**Objeto del procedimiento principal**

Derecho fiscal — Impuesto sobre los rendimientos del capital — Solicitud de devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital, presentada por una sociedad extranjera beneficiaria de dividendos procedentes de su participación en el capital disperso de sociedades residentes

**Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial**

Interpretación del Derecho de la Unión, artículo 267 TFUE

**Cuestiones prejudiciales**

¿Se opone el artículo 63 TFUE (anteriormente artículo 56 CE) a una normativa fiscal nacional, como la controvertida en el litigio principal, que para la devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital exige a una sociedad

establecida en el extranjero, que percibe dividendos procedentes de participaciones que no alcanzan la participación mínima prevista en el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/435, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (en su versión modificada por la Directiva 2003/123), que pruebe mediante un certificado de la Administración tributaria extranjera que ni ella ni sus socios, directos o indirectos, pueden imputar o deducir como coste de explotación o como gasto necesario el impuesto sobre los rendimientos del capital y del que se desprenda que efectivamente no se ha realizado una imputación, una deducción o un traslado a ejercicios posteriores, cuando a una sociedad establecida en territorio nacional, con una participación de igual cuantía, no se le exige dicha prueba para la devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital?

II. En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

¿Se oponen el principio de proporcionalidad y el principio de efecto útil a la exigencia del certificado mencionado en la primera cuestión, si al beneficiario establecido en el extranjero que percibe dividendos por participaciones en el capital disperso le es, de hecho, imposible aportar dicho certificado?

#### **Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas**

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TFUE»), en particular los artículos 49, 54, 63, 65 y 267

Directiva del Consejo de 23 de julio de 1990 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (90/435/CEE) (en la redacción resultante de la Directiva 2003/123/UE; en lo sucesivo, «Directiva 90/435»), en particular el artículo 3

Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (en lo sucesivo, «Directiva de matrices y filiales»)

#### **Disposiciones de Derecho nacional invocadas**

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Constitución de la República Federal de Alemania), en particular el artículo 23

Körperschaftsteuergesetz (Ley del Impuesto sobre Sociedades) (en su versión modificada por la Ley de transposición de la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2011 en el asunto C-284/09), en particular los artículos 2, 8b, 31, 32 y 34

Einkommensteuergesetz (Ley del Impuesto sobre la Renta), en particular los artículos 20, 36, 43, 43b, 44a, 45a, 49 y 50d

Abgabenordnung (Ley General Tributaria), en particular los artículos 10, 11, 90 y 155

Deutsch-britisches Doppelbesteuerungsabkommen (Convenio germano-británico para evitar la doble imposición), en particular el artículo VI, apartado 1

### **Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal**

Las partes discrepan acerca de si, para los ejercicios controvertidos 2006-2008, la demandante tiene derecho a la devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital con arreglo al artículo 32, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades en relación con los dividendos percibidos por participaciones en el capital disperso. La demandante es una sociedad de capital establecida en Gran Bretaña que poseía el 5,26 % del capital nominal de Ambratec GmbH, con sede en Maguncia (Alemania), durante los años controvertidos 2006, 2007 y 2008. The Amber Chemical Co. Ltd., una sociedad que cotiza en bolsa, es titular del 100 % del capital de la demandante. Durante los años controvertidos, la demandante percibió dividendos de Ambratec GmbH. Por estos dividendos, Ambratec GmbH retuvo e ingresó al erario público el impuesto sobre los rendimientos del capital que ascendía al 20 %, más el recargo de solidaridad del 5,5 %.

Mediante solicitud de 29 de diciembre de 2009, recibida por la demandada el 31 de diciembre de 2009, la demandante solicitó la devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital y del recargo de solidaridad retenidos e ingresados en el erario público por los años controvertidos 2006 a 2008. La demandante apoyó una parte de su solicitud en el artículo 50d, apartado 1, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, en relación con el artículo VI, apartado 1, del Convenio germano-británico para evitar la doble imposición, pues este limita al 15 % el tipo de la retención en origen. La otra parte de su solicitud, en cuanto a la devolución del importe restante del impuesto sobre los rendimientos del capital, la basó en las libertades fundamentales resultantes del Tratado CE y del TFUE. Mediante resolución de 7 de octubre de 2010, la demandada se pronunció acerca de las solicitudes fundadas en el artículo 50d, apartado 1, de la Ley del Impuesto sobre la Renta en relación con el artículo VI, apartado 1, del Convenio germano-británico para evitar la doble imposición y concedió a este respecto la devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital, más el recargo de solidaridad, conforme a lo solicitado. Mediante resoluciones de 8 de junio de 2015, la demandada, refiriéndose a la solicitud de 31 de diciembre de 2009 y con arreglo al artículo 32, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, denegó en todo lo demás la exención y la devolución de las retenciones alemanas practicadas sobre los rendimientos del capital correspondientes a los ejercicios controvertidos. Dichas resoluciones fueron recurridas en plazo por la demandante. Mediante sendas decisiones de 22 de enero de 2016, los recursos fueron desestimados por considerarse infundados. En vista de lo cual, la demandante interpuso en plazo un recurso en vía contencioso-administrativa.

## Alegaciones de la demandante

Para fundamentar su recurso, la demandante alega que se aportaron las pruebas en el sentido del artículo 32, apartado 5, primera frase, punto 1), letras b) y c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Expone que el objetivo del artículo 32, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades es evitar que las sociedades de capital extranjeras (sociedades matrices) que hayan recibido dividendos de sus filiales residentes se vean gravadas de un modo definitivo, reconociendo un derecho del acreedor extranjero a la devolución correspondiente a los rendimientos del capital en los casos previstos por el Tribunal de Justicia. La demandante, establecida en Inglaterra, alega que en los años controvertidos las reuniones del consejo de administración se celebraron en Inglaterra y que, además, la mayoría de sus administradores tienen su residencia en Inglaterra. Presentó el certificado de la Administración tributaria británica de 12 de agosto de 2014. Alega que también ha acreditado que no puede imputar, deducir o trasladar a ejercicios posteriores el impuesto alemán sobre los rendimientos del capital y que, de hecho, no se ha producido una imputación, una deducción ni un traslado a ejercicios posteriores.

En tanto que la demandada exige la presentación de un certificado del Estado de residencia del que se desprenda que el impuesto sobre los rendimientos del capital retenido a la demandante no puede imputarse ni puede reducir la carga fiscal no solo de ella, la demandante, sino tampoco de sus socios, que posean una participación directa o indirecta, la demandante considera que ha aportado esa prueba mediante cálculos fiscales. Sostiene que de estos se infiere que no hubo imputación de retenciones alemanas en el ámbito de Amber Chemical Co. Ltd, la sociedad matriz, (tampoco por la parte directamente percibida del dividendo) y que, a este respecto, se pierde por completo la información relativa a los dividendos percibidos en el ámbito de la filial, es decir, en el ámbito de la demandante, y al correspondiente impuesto alemán en origen. Argumenta que en este ámbito no puede exigirse la presentación de un certificado de la Administración tributaria británica (HM Revenue & Custom). En su opinión, la aportación de esa prueba debe considerarse desproporcionada y no está amparada ni por el artículo 32, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades ni por el artículo 90, apartados 1 y 2, de la Ley General Tributaria, en la medida en que va más allá de lo necesario para examinar el derecho a la devolución previsto en el artículo 32, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y dictar una resolución favorable.

Aduce que el hecho de que tal imputación no sea posible en el ámbito de un socio titular de una participación directa o indirecta no requiere ninguna prueba adicional, ya que a dichas personas no se les imputan los ingresos correspondientes. Entiende que exigir la presentación de un modelo de certificado para los socios directos e indirectos de una sociedad indirectamente cotizada en bolsa vulneraría de forma manifiesta toda proporcionalidad razonable. A este respecto, el hecho de que no sea posible identificar quiénes fueron accionistas de la sociedad matriz en el período de la distribución del beneficio ya debería ser

suficiente para frustrar la posibilidad de aportar esa prueba. Durante el procedimiento la demandante ha aportado certificados globales de no imputación de la Administración tributaria británica, de 24 de mayo de 2016. De estos se desprende que, por regla general, la imputación no es posible en el caso de quienes son meramente socios indirectos (es decir, a partir de los socios directos de la demandante). La demandante sostiene que exigir la aportación de tal certificado global vulnera el Derecho de la Unión y el Derecho constitucional.

### **Alegaciones de la demandada**

La demandada alega que no existe derecho a la devolución con arreglo al artículo 32, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, ya que la demandante no ha acreditado los requisitos exigibles para la devolución. Aduce que la demandante no ha aportado las pruebas exigidas por la ley en cuanto a la sede de su administración, conforme al artículo 32, apartado 5, primera frase, punto 1), letras b) y c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Además, expone que el artículo 32, apartado 5, segunda frase, punto 5), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, establece como requisito que ni la propia demandante ni los socios titulares de una participación directa o indirecta hubieran podido imputar, deducir o trasladar a ejercicios posteriores el impuesto retenido. Dicha disposición, señala, es concretada por el deber probatorio previsto en el artículo 32, apartado 5, quinta frase, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades que, además de la prueba de que no existe, en principio, la posibilidad de tal ventaja, también exige demostrar que efectivamente no se concedió tal ventaja. Aduce que la exigencia de prueba implica también la obligación de proporcionar información detallada sobre la identidad de los socios directos e indirectos, cualquiera que sea su forma jurídica. Considera que a tal efecto la presentación de un organigrama permitiría ilustrar toda la cadena de participaciones hasta la última indirecta, aunque tampoco este requisito ha sido cumplido por la demandante. En su opinión, la demandante no ha probado la imposibilidad de que el importe de la retención controvertida sea tenido en cuenta fiscalmente en beneficio de uno de sus socios directos o indirectos en sus respectivos Estados de residencia [artículo 32, apartado 5, segunda frase, punto 5), en relación con la quinta frase, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades]. Señala que la exigencia de prueba prevista en el artículo 32, apartado 5, tercera frase, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades no implica una discriminación injustificada.

Expone que la necesidad de preservar la coherencia del régimen tributario puede justificar una restricción de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado UE, aunque ello exige una relación directa entre la ventaja fiscal de que se trate y la compensación de dicha ventaja mediante un gravamen fiscal determinado (sentencias de 13 de marzo de 2007, Test Claimants, C-524/04, apartado 68, y de 8 de noviembre de 2007, Amurta, C-379/05, apartado 46). Concluye que no es necesaria una reducción de la carga fiscal por parte de la República Federal de Alemania, si la exención de la retención en origen del impuesto sobre los rendimientos del capital aplicada a los dividendos repartidos

por sociedades de capital establecidas en Alemania efectivamente ya se obtuvo o se podía haber obtenido por el beneficiario extranjero, directo o indirecto, de los dividendos mediante desgravaciones en un Estado miembro de residencia. Por ello, las autoridades tributarias de un Estado miembro de la Unión Europea están facultadas para exigir al contribuyente las pruebas que consideren necesarias para apreciar si se cumplen los requisitos de una ventaja fiscal prevista por la legislación pertinente, incluida la cuestión de qué deducciones fiscales se efectuaron efectivamente en otros Estados miembros (sentencias de 30 de junio de 2011, Meilicke II, C-262/09, y de 10 de febrero de 2011, Haribo, C-436/08).

### ***Apreciación del litigio según el Derecho nacional***

En caso de reparto de beneficios, el socio establecido en el extranjero percibe rendimientos del capital en el sentido del artículo 20, apartado 1, punto 1), de la Ley del Impuesto sobre la Renta, que están sujetos al impuesto por obligación real en virtud del artículo 49, apartado 1, punto 5a), de la Ley del Impuesto sobre la Renta. En ese contexto, con arreglo al artículo 43, apartado 1, primera frase, punto 1), de la Ley del Impuesto sobre la Renta (en el caso de una sociedad de capital, en relación con el artículo 31, apartado 1, primera frase, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades), el impuesto sobre la renta se recauda aplicando una retención a los rendimientos del capital (denominada impuesto sobre los rendimientos del capital). Es posible obtener la devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital retenido e ingresado en el erario público. Las condiciones para la devolución difieren en función de que la participación en el capital disperso, es decir, inferior al 15 % o al 10 %, pertenezca a una entidad establecida en territorio nacional o a una entidad establecida en el extranjero. Cuando la participación en el capital disperso pertenece a una entidad establecida en territorio nacional, los dividendos repartidos a esta por una sociedad residente están exentos del impuesto en virtud del artículo 8b, apartado 1, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades durante los ejercicios controvertidos y hasta la entrada en vigor de la Ley de 21 de marzo de 2013 de transposición de la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2011 en el asunto C-284/09. Con arreglo al artículo 31, apartado 1, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en relación con el artículo 36, apartado 2, punto 2), de la Ley del Impuesto sobre la Renta, el impuesto sobre los rendimientos del capital retenido durante el período controvertido se imputa a la deuda fiscal de la entidad residente y, en su caso, también puede ser objeto de devolución. La imputación (y la eventual devolución) del impuesto sobre los rendimientos del capital está supeditada a que el impuesto haya sido retenido e ingresado en el erario público, lo que deberá ser acreditado aportando un certificado con arreglo al artículo 45a, apartados 2 o 3, de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Por lo que se refiere a la distribución de dividendos a entidades establecidas en el extranjero que posean una participación en el capital disperso, la ley prevé, en el artículo 32, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, la posibilidad de una devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital. Ahora bien, los requisitos difieren de los que se aplican a la imputación o a la

devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital a las sociedades residentes.

**aa. Génesis del artículo 32, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades**

El legislador introdujo el artículo 32, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2011, C-284/09. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que el carácter liberatorio de la retención en origen prevista en el artículo 32, apartado 1, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades para los dividendos pagados a entidades extranjeras que no alcancen la participación mínima prevista por la Directiva de matrices y filiales es contrario a la libre circulación de capitales consagrada por el TFUE y por el Acuerdo EEE.

**bb. Contenido normativo del artículo 32, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades**

El artículo 32, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades establece varios requisitos para la devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital, así como determinadas obligaciones de prueba y de certificación. Reza como sigue:

5. Cuando el impuesto sobre sociedades del acreedor de los rendimientos del capital en el sentido del artículo 20, apartado 1, punto 1), de la Ley del Impuesto sobre la Renta quede satisfecho con arreglo al apartado 1, al acreedor de los rendimientos del capital que lo solicite se le devolverá el impuesto sobre los rendimientos del capital retenido e ingresado en el erario público con arreglo al artículo 36, apartado 2, punto 2), de la Ley del Impuesto sobre la Renta, cuando:

- 1) el acreedor de los rendimientos del capital sea una sociedad sujeta al impuesto por obligación real con arreglo al artículo 2, punto 1), que:
  - a) a la vez sea una sociedad en el sentido del artículo 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o del artículo 34 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo,
  - b) tenga su domicilio social y sede de su administración dentro del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado al que se aplique el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo,
  - c) sea sujeto pasivo, sin posibilidad de elección, en el Estado en que se encuentra la sede de su administración, por una obligación fiscal personal comparable al artículo 1, sin estar exento de dicha obligación, y

- 2) el acreedor participa directamente en el capital social de la sociedad deudora de los rendimientos del capital y no cumple el requisito mínimo de participación previsto en el artículo 43b, apartado 2, de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

La primera frase solo se aplicará en la medida en que:

- 1) no se prevea la devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital correspondiente en virtud de otras disposiciones;
- 2) los rendimientos del capital a que se refiere el artículo 8b, apartado 1, no se tendrían en cuenta al determinar la renta;
- 3) los rendimientos del capital no se imputen en virtud de disposiciones extranjeras a ninguna persona que no tendría derecho a la devolución con arreglo al presente apartado si hubiera percibido directamente los rendimientos del capital;
- 4) no estuviera excluido el derecho a la devolución total o parcial del impuesto sobre los rendimientos del capital en caso de aplicación analógica del artículo 50d, apartado 3, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, y
- 5) el impuesto sobre los rendimientos del capital no pueda ser imputado al acreedor ni a un socio directo o indirecto del acreedor, ni deducido como coste de explotación o gasto necesario. La posibilidad de un traslado de la imputación a ejercicios posteriores equivale a la imputación.

El acreedor de los rendimientos del capital deberá probar que se cumplen los requisitos para la devolución. En particular, debe acreditar, mediante un certificado de las autoridades fiscales de su Estado de residencia, que es considerado residente fiscal en dicho Estado, que está sujeto al impuesto sobre sociedades por obligación personal en dicho Estado y que no está exento del impuesto sobre sociedades, así como que es el beneficiario efectivo de los rendimientos del capital. Del certificado de la Administración tributaria extranjera debe desprenderse que el impuesto alemán sobre los rendimientos del capital no puede ser imputado, deducido ni trasladado a ejercicios posteriores y que efectivamente no se ha producido una imputación, una deducción ni un traslado a ejercicios posteriores. La devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital se efectuará para todos los rendimientos del capital percibidos durante un año natural en el sentido de la primera frase, en virtud de una resolución de exención adoptada con arreglo al artículo 155, apartado 1, tercera frase, de la Ley General Tributaria.

## Exposición de los motivos de la remisión

La remisión al Tribunal de Justicia viene exigida por el artículo 267 TFUE, ya que el concepto de libre circulación de capitales en virtud del artículo 63 TFUE (antiguo artículo 56 CE) suscita dudas. Es decisivo para el resultado del procedimiento si son compatibles con el Derecho de la Unión y, por consiguiente, aplicables, los requisitos establecidos por el legislador alemán en el artículo 32, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, de los que depende la devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital en caso de dividendos percibidos por participaciones en el capital disperso, es decir, los dividendos por participaciones inferiores al 15 % (para los repartos efectuados hasta el 31 de diciembre de 2008) o al 10 % (para los repartos efectuados a partir del 31 de diciembre de 2008). Las cuestiones prejudiciales son necesarias para resolver el litigio. A excepción del requisito que según la cuestión prejudicial suscita dudas, se cumplen todos los demás requisitos para la devolución en virtud del artículo 32, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. El artículo 32, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades es aplicable durante los ejercicios controvertidos en virtud del artículo 34, apartado 13b, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Los dividendos por los que se retuvo e ingresó en el erario público el impuesto sobre los rendimientos del capital controvertido son, en términos objetivos, rendimientos del capital en el sentido del artículo 20, apartado 1, punto 1), de la Ley del Impuesto sobre la Renta (artículo 32, apartado 5, primera frase, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades).

El derecho a devolución exige que el acreedor sea una sociedad sujeta al impuesto por obligación real en el sentido del artículo 2, punto 1), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que sea una sociedad en el sentido del artículo 54 TFUE [artículo 32, apartado 5, punto 1), letra a), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades], que tenga su domicilio social (artículo 10 de la Ley General Tributaria) y la sede de su administración (artículo 11 de la Ley General Tributaria) en el territorio de un Estado miembro de la UE o de un Estado parte del EEE [artículo 32, apartado 5, primera frase, punto 1), letra b), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades] y que sea sujeto pasivo, sin posibilidad de elección, en el Estado en que se encuentra la sede de su administración, por una obligación fiscal personal comparable al artículo 1 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, sin estar exento de dicha obligación [artículo 32, apartado 5, primera frase, punto 1), letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades]. Estos requisitos se cumplen en el presente caso. La demandante, como perceptora de dividendos de una sociedad establecida en Alemania, es una sociedad sujeta al impuesto por obligación real con arreglo al artículo 2, punto 1), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Es también una sociedad en el sentido del artículo 54 TFUE [artículo 32, apartado 5, punto 1), letra a), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades]. También se cumple el requisito previsto en el artículo 32, apartado 5, primera frase, punto 1), letra b), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Tanto el domicilio social de la demandante en el sentido del artículo 10 de la Ley General Tributaria, como la sede de su administración en el sentido del artículo 11 de la Ley General Tributaria se encuentran en Gran Bretaña.

Por lo que respecta, en particular, a la sede de su administración, la demandante ha alegado y aportado documentos adecuados para probar suficientemente, en opinión de la Sala, que la mayoría de sus administradores residen en Inglaterra y que las reuniones del consejo de administración se han celebrado en el domicilio de la sociedad en Gran Bretaña. A tal efecto, la demandante ha presentado un extracto del registro mercantil inglés que contiene una lista de personas legitimadas para actuar y que residen principalmente en Inglaterra. Además, la demandante presentó dos actas de reuniones del órgano de administración del 31 de enero de 2007, celebradas en el domicilio de la sociedad. Asimismo, la demandante presentó el documento titulado «Directors' Report and Financial Statements» a fecha de 31 de marzo de 2009, que menciona expresamente «UK based directors» como «key management personnel».

Dicho esto, la Sala está convencida de que la exigencia de que el domicilio social (artículo 10 de la Ley General Tributaria) y la sede de su administración (artículo 11 de la Ley General Tributaria) se encuentren en el territorio de un Estado miembro de la UE o de un Estado EEE [artículo 32, apartado 5, primera frase, punto 1), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades] es contraria al Derecho primario de la Unión y, por tanto, no se aplica en ningún caso. En efecto, la nueva normativa se introdujo como consecuencia de una violación de la libre circulación de capitales y el alcance de esta libertad fundamental se extiende, en principio, a los Estados terceros. En efecto, la decisión del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2011 (C-284/09), que motivó la introducción del artículo 32, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, se fundamenta en la libre circulación de capitales (artículo 63 TFUE) y precisamente no en la libertad de establecimiento (artículo 49 TFUE). En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia expuso que un Estado miembro incumple las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, apartado 1, es decir, la libre circulación de capitales, al someter los dividendos distribuidos a sociedades con domicilio social en otros Estados miembros, cuando no se alcanza el umbral de participación de una sociedad matriz en el capital de su filial previsto por el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/435, a una imposición más elevada en términos económicos que la que grava los dividendos distribuidos a sociedades cuyo domicilio está en el territorio nacional. El hecho de que se trate de una violación de la libre circulación de capitales tiene como consecuencia que las sociedades matrices establecidas en Estados terceros que no alcancen el umbral mínimo de participación puedan invocar una infracción del Derecho primario europeo, porque la libre circulación de capitales es la única libertad fundamental que también es aplicable en las relaciones con terceros países (véase la sentencia de 18 de diciembre de 2007, C-101/05). Así, el artículo 63 TFUE, apartado 1, (anteriormente el artículo 56 CE) prohíbe todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y terceros países.

Esto es confirmado por la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 2019 (C-641/17 — College Pension Plan of British Columbia/Finanzamt München). Según esta sentencia, la tributación de los dividendos abonados a los fondos de pensiones extranjeros titulares de capital disperso vulnera la libre

circulación de capitales. En efecto, los fondos de pensiones residentes pueden recibir dividendos sin tributar por ellos, puesto que tienen la posibilidad, en el marco del procedimiento de liquidación del impuesto, de imputar al impuesto sobre sociedades el impuesto sobre los rendimientos del capital retenido u obtener la devolución de este de manera prácticamente íntegra. Pues bien, los fondos de pensiones no residentes (en aquel asunto, un fondo de pensiones con sede en Canadá, es decir, un país tercero), en cambio, no pueden efectuar tales imputaciones u obtener tales devoluciones, puesto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32, apartado 1, punto 2), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, para dichos fondos de pensiones el impuesto sobre sociedades abonado mediante retenciones en origen es liberatorio y constituye, para ellos, una carga fiscal definitiva. El Tribunal de Justicia apreció que en ese caso se vulneraba la libre circulación de capitales. Por consiguiente, también esta sentencia indica que, debido a la libre circulación de capitales, las sociedades residentes en Estados terceros que sean beneficiarias de dividendos por su participación en el capital disperso no pueden ser colocadas en una situación menos favorable que las sociedades residentes en territorio nacional o comunitario que sean beneficiarias de dividendos por su participación en el capital disperso.

En cualquier caso, dado que la demandante, con una participación del 5,26 % en los años controvertidos, no posee una participación dominante en Ambratec GmbH, es superflua a tal respecto una decisión sobre la relación entre la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento, en particular en las situaciones con Estados terceros. Por lo que se refiere a la vulneración de la libre circulación de capitales, debe restringirse el artículo 32, apartado 5, primera frase, punto 1), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en el sentido de que se aplica también a las sociedades que tengan su domicilio social o la sede de su administración en terceros países. A tenor del artículo 23 de la Constitución de la República Federal de Alemania y del artículo 267 TFUE, el Derecho de la Unión forma parte integrante del Derecho federal alemán, siendo de aplicación preferente respecto al Derecho nacional. Por consiguiente, los órganos jurisdiccionales no pueden aplicar la normativa alemana si infringe el Derecho de la Unión.

Ahora bien, en caso de infracción del Derecho primario de la Unión, la norma nacional no deja de ser aplicable con carácter general, pues la primacía de la aplicación del Derecho comunitario no tiene como efecto que deba excluirse totalmente y con carácter general la aplicación de la norma contraria al Derecho de la Unión. Por el contrario, las normas de que se trate, deben ser interpretadas en los casos apropiados conforme a las exigencias del Derecho comunitario, formuladas de manera vinculante por Tribunal de Justicia, mediante una «reducción que preserve la validez». De este modo, por la vía de desarrollo jurisprudencial del Derecho se crea una situación conforme con el Derecho de la Unión. Habida cuenta de lo anterior, procede interpretar el artículo 32, apartado 5, primera frase, punto 1), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades en el sentido de que, preservando su validez, dicha regulación se aplica también a las sociedades que tengan su domicilio social o la sede de su administración en Estados terceros.

Ello significa, en el presente caso, que el régimen previsto en el artículo 32, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre la Renta sería aplicable aun cuando la sede de la administración de la demandante no hubiera estado en Gran Bretaña, puesto que, habida cuenta de la correspondiente reducción que preserva la validez de la norma, ya no es relevante si la sede de la administración se encuentra en un Estado miembro de la UE o en un Estado del EEE.

También se cumple el artículo 32, apartado 5, primera frase, punto 1), letra c), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. La demandante es sujeto pasivo, sin posibilidad de elección, en el Estado en que se encuentra la sede de su administración, por una obligación fiscal personal comparable al artículo 1 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, sin estar exenta de dicha obligación. La sede de la administración de la demandante se encuentra en el Reino Unido, donde también está sujeta al impuesto por obligación personal. No existe ni posibilidad de elección ni exención. Además, también se cumple el requisito establecido en el artículo 32, apartado 5, primera frase, punto 2), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Esta disposición exige que la sociedad matriz extranjera participe directamente en el capital social de la sociedad deudora de los rendimientos del capital y no cumpla el requisito mínimo de participación previsto en el artículo 43b, apartado 2, de la Ley del Impuesto sobre la Renta. En consecuencia, la participación debe ser inferior al 10 %. La demandante participa con un 5,26 % del capital nominativo en la alemana Ambratec GmbH, es decir, con una participación inferior al 10 %. La certificación de la Administración tributaria británica de 12 de agosto de 2014 cumple los requisitos de prueba establecidos en el artículo 32, apartado 5, cuarta frase, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

El artículo 32, apartado 5, segunda frase, punto 1), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades exige que el acreedor de los rendimientos del capital no pueda solicitar la devolución al amparo de otras disposiciones. Este requisito se cumple. En particular, en este litigio no cabe contemplar ninguna devolución en virtud del artículo 44a, apartado 9, o del artículo 50d, apartado 1, segunda frase, de la Ley del Impuesto sobre la Renta. También se cumple el artículo 32, apartado 5, segunda frase, punto 2), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. A tenor del artículo 32, apartado 5, segunda frase, punto 2), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, el derecho a devolución en el sentido del artículo 32, apartado 5, primera frase, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades solo puede ser considerado para los rendimientos del capital que, con arreglo al artículo 8b, apartado 1, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, no se tendrían en cuenta para la determinación de la renta. De este modo, la ley garantiza, por una parte, que el derecho a la devolución no se vea reducido, en virtud del artículo 8b, apartado 5, por los gastos de explotación no deducibles, a tanto alzado. Por otra parte, y sobre todo, la referencia cruzada al artículo 8b, apartado 1, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades impide la devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital en los casos del artículo 8b, apartado 4, versión nueva, es decir, en los casos de participaciones en el capital disperso sujetas al impuesto. De ello se deduce que, a partir de ahora, el procedimiento de devolución previsto en el artículo 32, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades comprende,

sin restricciones, con independencia de que se trate de una participación en una filial o en el capital disperso de una sociedad, únicamente aquellos cobros percibidos hasta la fecha límite del 28 de febrero de 2013; véase el artículo 34, apartado 7a, segunda frase, en su versión resultante de la Ley 21 de marzo de 2013 de transposición de la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2011. Este requisito se cumple en el caso de los repartos de dividendos durante los años controvertidos.

En el presente caso se cumple el artículo 32, apartado 5, segunda frase, punto 3), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, conforme al cual los rendimientos del capital, en virtud de disposiciones extranjeras, no se imputan a ninguna persona que no tendría derecho a la devolución con arreglo al presente apartado si hubiera percibido directamente los rendimientos del capital. En particular, a la luz de las normas extranjeras relativas, por ejemplo, a la tributación de grupos, los dividendos controvertidos no se imputan a ninguna persona que no pueda solicitar ella misma la devolución conforme al artículo 32, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Por último, en caso de aplicación analógica del artículo 50d, apartado 3, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, no se excluye el derecho de la demandante a la devolución total o parcial del impuesto sobre los rendimientos del capital, puesto que no se cumplen los requisitos de esta disposición. En estas circunstancias, no es necesario pronunciarse sobre la legalidad de este requisito.

En cambio, parece problemático el requisito establecido en el artículo 32, apartado 5, segunda frase, punto 5), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Según esta disposición, se denegará el derecho a la devolución cuando el impuesto sobre los rendimientos del capital retenido pueda ser imputado al acreedor o al socio que participe directa o indirectamente en el acreedor o cuando pueda ser deducido como coste de explotación o como gasto necesario. A tal efecto basta la mera posibilidad de traslado a ejercicios posteriores de la imputación. De este modo, solo se concederá una devolución con arreglo al artículo 32, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, si la desventaja de los beneficiarios extranjeros de los dividendos respecto de los beneficiarios residentes de los dividendos no puede compensarse mediante una imputación, una deducción de la base imponible o un traslado de la imputación a ejercicios posteriores en el extranjero.

A esto se suma que, con arreglo al artículo 32, apartado 5, quinta frase, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, este requisito debe ser probado por la demandante mediante la presentación de un certificado de la Administración tributaria extranjera que acredite que no puede imputarse, deducirse o trasladarse a ejercicios posteriores el impuesto alemán sobre los rendimientos del capital y, en su caso, en qué medida no se ha producido efectivamente una imputación, deducción o un traslado a ejercicios posteriores. A este respecto, la Sala interpreta la disposición legal en el sentido de que la certificación debe presentarse tanto respecto del acreedor de los rendimientos del capital, a saber, la demandante, como respecto de todos los socios con participaciones directas e indirectas. En efecto, la norma está redactada en términos generales, de modo que debe

entenderse de manera genérica y, por tanto, referida a todos los niveles. Así lo confirma la relación sistemática con el artículo 32, apartado 5, segunda frase, punto 5), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que exige que el impuesto sobre los rendimientos del capital no pueda ser imputado al acreedor ni a un socio que participe directa o indirectamente en el acreedor, ni deducirse como coste de explotación o gasto necesario. Habida cuenta de este requisito, la exigencia del certificado, que manifiestamente está vinculada al artículo 32, apartado 5, segunda frase, punto 5), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, debe extenderse, por razones sistemáticas, al conjunto de los niveles de participación.

Pues bien, en el presente asunto no es posible determinar si se cumple el requisito previsto en el artículo 32, apartado 5, segunda frase, punto 5), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. The Amber Chemical Co. Ltd. posee el 100 % del capital social de la demandante. Se trata de una sociedad que cotiza en bolsa. El tratamiento del impuesto sobre los rendimientos del capital en el ámbito de The Amber Chemical Co. Ltd y, en particular, en el de sus accionistas no admite un seguimiento en términos concretos. Por lo que respecta a la propia demandante, esta presentó un certificado de la Administración tributaria británica de 12 de agosto de 2014. Dicho certificado confirma, tanto para el ejercicio 2006/2007 (pago de dividendos de los años 2006 y 2007) como para el ejercicio 2008/2009 (pago de dividendos de 2008), que no se redujo ni se podrá reducir en el futuro la carga fiscal que supone el impuesto alemán sobre los rendimientos del capital. La cuestión de si ello resulta jurídicamente de una exención de los dividendos o de un volumen insuficiente para la imputación debido a una situación de pérdidas carece de relevancia a este respecto, contrariamente a lo que sostiene la demandada, ya que, en un escenario nacional, el impuesto sobre los rendimientos del capital se imputa y se devuelve también en los ejercicios con pérdidas.

En cuanto al requisito de que el impuesto sobre los rendimientos del capital retenido no pueda imputarse ni pueda reducir la carga fiscal no solo de la demandante, sino tampoco de sus socios, directos indirectos, es imposible de acreditar. Ciertamente, la demandante aportó cálculos fiscales para Amber Chemical Co. Ltd., la sociedad matriz. Aun suponiendo, como sostiene la demandante, que no se hubieran imputado las retenciones en origen alemanas a Amber Chemical Co. Ltd, no es menos cierto que, por lo que respecta a los accionistas de Amber Chemical Co. Ltd., como socios indirectos de la demandante, faltan las constataciones correspondientes. Además, no se trata de un certificado extranjero en el sentido del artículo 32, apartado 5, quinta frase, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

De los certificados globales de no imputación de la Administración tributaria británica de 24 de mayo de 2016, aportados por la demandante, se desprende que, por regla general, la imputación no es posible únicamente en el caso de los socios indirectos (es decir, a partir de los socios directos de la demandante). Ahora bien, se trata de una declaración general de la autoridad fiscal británica, que no guarda ninguna relación concreta con el litigio, en particular, con los socios indirectos de la demandante. A esto se suma que se desconoce en qué Estados eran residentes

los socios indirectos, es decir, los accionistas directos de The Amber Chemical Co. Ltd., cotizada en bolsa, durante los años controvertidos y tampoco es posible esclarecerlo. En consecuencia, otro defecto que presentan los certificados globales de no imputación es que no se aprecia que fueran expedidos por la Administración tributaria competente. En estas circunstancias, la solicitud de devolución de la demandante debería desestimarse en aplicación del artículo 32, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. En cambio, la situación sería distinta si la exigencia establecida en el artículo 32, apartado 5, segunda frase, punto 5), y quinta frase, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades fuera contraria a la libre circulación de capitales y, por tanto, fuera inaplicable. En ese caso, procedería estimar la solicitud de devolución de la demandante. De ello se deduce que la cuestión de si la libre circulación de capitales se opone a lo dispuesto en el artículo 32, apartado 5, segunda frase, punto 5), y quinta frase, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades es relevante para resolver el litigio.

En opinión de la Sala las dudas de Derecho de la Unión se plantean por lo que respecta a la violación de la libre circulación de capitales (artículos 63 TFUE, apartado 1, y 65 TFUE) como Derecho comunitario primario, así como como por lo que respecta al principio de proporcionalidad y al principio de efecto útil.

### **1. Primera cuestión prejudicial: Violación de la libre circulación de capitales (artículos 63 TFUE, apartado 1, y 65 TFUE)**

La demandante, como sociedad extranjera sujeta por obligación real, se ve gravada por un impuesto sobre los rendimientos del capital del 15 % sobre los dividendos que percibe y a causa del artículo 32, apartado 5, segunda frase, punto 5), y quinta frase, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades no tiene ninguna opción de imputación o de devolución. En cambio, a las sociedades alemanas sujetas al impuesto por obligación personal, el impuesto sobre los rendimientos del capital les es imputado íntegramente a su deuda por el impuesto sobre sociedades o, en su caso, les es devuelto. Debido a esa diferencia de trato, esta Sala alberga dudas sobre si pudiera haber una vulneración de la libre circulación de capitales con arreglo al artículo 63 TFUE, apartado 1, en relación con el artículo 65 TFUE.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que las medidas prohibidas por el artículo 63 TFUE, apartado 1, por constituir restricciones a los movimientos de capitales, incluyen las que pueden disuadir a los no residentes de realizar inversiones en un Estado miembro o a los residentes de dicho Estado miembro de hacerlo en otros Estados (véanse, en particular, las sentencias de 13 de noviembre de 2019, C-641/17 — College Pension Plan of British Columbia/Finanzamt München, apartado 48, y de 10 de abril de 2014, C-190/12 — Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, apartado 39). En particular, el hecho de que un Estado miembro dispense a los dividendos pagados a las sociedades no residentes un tratamiento menos favorable en comparación con el trato que se dispensa a los dividendos pagados a las sociedades residentes puede disuadir a las sociedades establecidas en el extranjero de invertir en

territorio nacional y, por consiguiente, constituye una restricción a la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 63 TFUE (véase, por lo que se refiere a la tributación de los fondos de pensiones no residentes que perciben dividendos procedentes del territorio comunitario, las sentencias de 13 de noviembre de 2019, C-641/17, *College Pension Plan of British Columbia/Finanzamt München*, apartado 49; de 20 de octubre de 2011, C-284/09, *Comisión/Alemania*, apartados 72 y 73, y de 22 de noviembre de 2012, C-600/10 — *Comisión/Alemania*, apartado 15).

Constituye un tratamiento menos favorable la aplicación a los dividendos abonados a sociedades establecidas en el extranjero de una carga impositiva mayor que la que soportan las sociedades residentes en relación con los mismos dividendos (véase, por lo que respecta a la tributación de los fondos de pensiones no residentes que perciben dividendos procedentes del territorio comunitario, las sentencias de 13 de noviembre de 2019, C-641/17, *College Pension Plan of British Columbia/Finanzamt München*, apartado 49, y de 17 de septiembre de 2015, C-10/14, C-14/14 y C-17/14, *Miljoen y otros*, apartado 48). Lo mismo sucede cuando los dividendos pagados a una sociedad residente se benefician de una exención total o parcial, mientras que los dividendos pagados a sociedades no residentes se someten a una retención en origen definitiva (véase, la sentencia de 8 de noviembre de 2012, C-342/10, *Comisión/Finlandia*, apartados 32 y 33).

En estas circunstancias, existe una injerencia en el ámbito protegido por la libre circulación de capitales prevista en el artículo 63 TFUE. En efecto, el artículo 32, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades supedita la devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital a las sociedades establecidas en el extranjero que posean menos del 10 % o del 15 % de participación en una sociedad establecida en el territorio nacional a requisitos más estrictos que la devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital a sociedades establecidas en el territorio nacional que posean participaciones inferiores al 10 % o al 15 % en una sociedad establecida en el territorio nacional. Así pues, a las sociedades extranjeras solo se les devuelve el impuesto sobre los rendimientos del capital, si el impuesto retenido no puede ser imputado al acreedor o al socio que participe directa o indirectamente en el acreedor o si no puede ser deducido como coste de explotación o como gasto necesario. Además, a tenor del artículo 32, apartado 5, quinta frase, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, ello debe demostrarse aportando un certificado de la Administración tributaria extranjera. Pues bien, esta exigencia no se aplica a la devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital a las sociedades residentes.

La Sala duda de que esta injerencia esté justificada. Es dudoso que el artículo 32, apartado 5, segunda frase, punto 5), y quinta frase, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades esté justificado a la luz del artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a). De conformidad con el artículo 65 TFUE, lo dispuesto en el artículo 63 TFUE 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 o con respecto a los

lugares donde esté invertido su capital. Esta disposición debe interpretarse en sentido estricto, en la medida en que constituye una excepción al principio fundamental de libre circulación de capitales. Por lo tanto, no puede interpretarse en el sentido de que toda normativa fiscal que distinga entre los contribuyentes en función del lugar en el que residen o del Estado miembro en el que invierten sus capitales es automáticamente compatible con el Tratado FUE (véase la sentencia de 13 de noviembre de 2019, C-641/17, *College Pension Plan of British Columbia/Finanzamt München*, apartado 63). En efecto, la excepción establecida en el artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), está limitada, a su vez, por el artículo 65 TFUE, apartado 3, que prescribe 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 como la define el artículo 63 [TFUE]» (véase la sentencia de 13 de noviembre de 2019, C-641/17, *College Pension Plan of British Columbia/Finanzamt München*, apartado 63, y de 10 de abril de 2014, C-190/12 — *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, apartados 55 y 56).

Por lo tanto, las diferencias de trato permitidas por el artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), deben distinguirse de las discriminaciones prohibidas por el apartado 3 de este artículo. A este respecto, para que una normativa fiscal nacional pueda considerarse compatible con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales, es preciso que la diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o esté justificada por razones imperiosas de interés general (véanse las sentencias de 13 de noviembre de 2019, C-641/17, *College Pension Plan of British Columbia/Finanzamt München*, apartado 64, y de 10 de mayo de 2012, C-338/11 a C-347/11, *Santander Asset Management SGIIC* y otros, apartado 23). A tal efecto, el carácter comparable entre una situación transfronteriza y una situación interna debe examinarse teniendo en cuenta el objetivo de la normativa nacional controvertida y el objeto y el contenido de esta (véase la sentencia de 13 de noviembre de 2019, C-641/17, *College Pension Plan of British Columbia/Finanzamt München*, apartado 65).

Además, a partir del momento en que un Estado miembro, de forma unilateral o por vía de convenios, somete 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 mencionados contribuyentes no residentes se asemeja a la de los contribuyentes residentes (véanse las sentencias de 8 de noviembre de 2007, C-379/05, *Amurta*, apartado 38, y de 20 de octubre de 2011, C-284/09, *Comisión/Alemania*, apartado 56). 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 las sociedades beneficiarias no residentes no se enfrenten a una restricción a la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 63 TFUE (antiguo 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, las sociedades no residentes estén sujetas a un trato equivalente al que disfrutaban las sociedades residentes (véanse las sentencias de 8 de noviembre de 2007, C-379/05, Amurta, apartado 39, y de 20 de octubre de 2011, C-284/09, Comisión/Alemania, apartado 56).

En este caso, la República Federal de Alemania ha optado por el ejercicio de su potestad tributaria respecto de los dividendos por participaciones en el capital disperso distribuidos a sociedades establecidas en el territorio nacional mediante el gravamen con el impuesto sobre los rendimientos del capital, seguido de una posibilidad de imputación. Sin embargo, la República Federal de Alemania también optó por someter al impuesto sobre los rendimientos del capital los dividendos por participaciones en el capital disperso distribuidos a sociedades extranjeras. En lo que concierne a la prevención de la imposición en cadena se encuentran en una situación comparable. No se aprecia que las sociedades que perciben los dividendos por participaciones en el capital disperso establecidas en territorio nacional no sean comparables a las sociedades que perciben los dividendos por participaciones en el capital disperso establecidas en el extranjero. A este respecto, no parece justificado que se apliquen diferentes requisitos para beneficiarse de la devolución o de la imputación del impuesto sobre los rendimientos del capital.

La Sala duda también de que la diferencia de trato esté justificada al amparo de la cláusula Amurta. Así, la recaudación definitiva del impuesto sobre los rendimientos del capital en el Estado de origen puede estar justificada, en virtud de la cláusula Amurta, cuando el Estado de establecimiento la impute en su totalidad al impuesto liquidado y, en su caso, también lo devuelva (véase, a este respecto, la sentencia de 8 de noviembre de 2007, C-379/05, Amurta, apartados 79 y ss.). Podría ser un reflejo de ello la dudosa regulación en el artículo 32, apartado 5, segunda frase, punto 5), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (apartado 61). En este litigio, tal posibilidad de imputación en el Estado de establecimiento de la demandante podría resultar del artículo 23, apartado 2, letra a), del Convenio germano-británico para evitar la doble imposición. Según esta disposición, los impuestos alemanes que haya que pagar directamente o mediante retención sobre los beneficios o los rendimientos procedentes de fuentes en Alemania y según la legislación alemana, se imputarán a los impuestos del Reino Unido calculados sobre los beneficios o rendimientos que sirvan para calcular el impuesto alemán. Por consiguiente, el Convenio sí prevé una imputación, pero está limitada al impuesto británico correspondiente a los dividendos distribuidos por una entidad alemana. Por lo tanto, no está garantizada la imputación del impuesto alemán sobre los rendimientos del capital en su cuantía íntegra al tipo del 15 %.

Por lo que respecta a los socios indirectos, materialmente no es posible identificarlos, de modo que no es posible determinar si existen posibilidades bilaterales de imputación que tengan como consecuencia la imputación del impuesto sobre los rendimientos del capital en el Estado de establecimiento. A esto se suma que la extensión del artículo 32, apartado 5, segunda frase, punto 5),

de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en particular, a todos los socios indirectos implica exigencias de investigación que no se imponen también a una sociedad residente que percibe dividendos.

## **2. Segunda cuestión prejudicial: Violación del principio de efectividad y del principio de efecto útil**

En caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial y que, por consiguiente, sea compatible con la libre circulación de capitales el que, para la devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital, una sociedad establecida en el extranjero que percibe dividendos procedentes de participaciones en el capital disperso deba probar mediante un certificado de la Administración tributaria extranjera que ni ella ni sus socios, directos o indirectos, pueden imputar o deducir como coste de explotación o como gasto necesario el impuesto sobre los rendimientos del capital, la Sala alberga dudas acerca de si el principio de proporcionalidad y el principio de efecto útil se oponen a la exigencia del certificado correspondiente, cuando al perceptor de dividendos por participaciones en el capital disperso establecido en el extranjero le es, de hecho, imposible aportar dicho certificado.

Según el principio de efecto útil, los Estados miembros están obligados a adoptar todas las medidas para garantizar la máxima eficacia del Derecho comunitario. El principio de efectividad impone que el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario no se haga prácticamente imposible o excesivamente difícil (véanse, las sentencias de 8 de marzo de 2001, C-397/98 y C-410/98, Metallgesellschaft, apartado 85, y de 2 de octubre de 2003, C-147/01, Weber's Wineworld, apartado 38). El principio de proporcionalidad establece que las medidas que se adopten deben ser apropiadas para realizar esos objetivos y no deben ir más allá de lo necesario para alcanzarlos (véase la sentencia de 26 de febrero de 2019, C-581/17 Wächter, apartado 63).

Aunque el requisito establecido en el artículo 32, apartado 5, segunda frase, punto 5), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades fuera compatible con la libre circulación de capitales, la exigencia de probar que se cumple ese requisito respecto de todos los socios directos e indirectos presentando los correspondientes certificados de las autoridades fiscales extranjeras, conforme al artículo 32, apartado 5, quinta frase, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, plantea importantes dificultades al contribuyente que solicite la devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital, en este caso, la demandante. La aportación de dichos certificados puede requerir un esfuerzo de investigación desproporcionado, o incluso puede ser prácticamente imposible, como ocurre en este litigio. En ese caso, el ejercicio de la libre circulación de capitales se hace prácticamente imposible para el contribuyente que solicita la devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital, es decir, en este caso, la demandante. Por tanto, mediante esta exigencia, la República Federal de Alemania no ha adoptado una medida destinada a garantizar la máxima eficacia del Derecho comunitario, sino que incluso impide, de hecho, su aplicación.

La ley tampoco establece ningún tipo de excepciones a la exigencia de prueba establecida en el artículo 32, apartado 5, quinta frase, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. A tenor de la regulación legal, es irrelevante que al acreedor le sea, de hecho, imposible presentar las pruebas o los certificados de la administración tributaria extranjera o que no le sea razonablemente exigible. La Sala alberga dudas en cuanto a la compatibilidad de esta situación con los criterios de proporcionalidad aplicables en un Estado de Derecho y, en particular, con el principio del efecto útil, reconocido por el Derecho de la Unión. Aunque el Tribunal de Justicia reconoce comúnmente al Estado miembro un amplio margen en relación con el proceso de transposición del Derecho sustantivo exigido por el Derecho de la Unión, existen límites. Pues bien, estos se sobrepasan cuando, de hecho, la aportación de pruebas resulta imposible.

DOCUMENTO DE TRABAJO