

# Tribunal Supremo. Sala Tercera, Sección 2ª

Sentencia de 25 de octubre de 2013, rec. 1374/2011

**Ponente: Emilio Frías Ponce**

**IRNR. Doble imposición. Incremento patrimonial obtenido por entidad no residente por la transmisión de las acciones representativas del capital social de la entidad residente en España.**

El tribunal, de conformidad con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en supuestos similares y atendiendo a las cláusulas del Convenio Hispano francés, advierte que, en 2002, las plusvalías obtenidas por una entidad residente en Francia por la transmisión de las acciones que poseía en una sociedad residente en España, tenían un tratamiento diferente al que hubiera correspondido si la sociedad partícipe hubiese residido en España pues, después de tributar a un tipo del 35 % habría tenido derecho a la aplicación de una deducción por doble imposición sobre los beneficios no distribuidos por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación (art. 28.5 Ley 43/1995), mientras que, en el primer caso la Ley IRNR no contemplaba ninguna deducción para evitar la doble imposición en relación con la parte de dicha plusvalía que correspondiese a reservas que ya hubieran tributado en sede de la sociedad española participada.

## Fundamentos de derecho

**QUINTO...** En esta situación procede examinar si existe una diferencia objetiva que pudiera excluir el carácter discriminatorio de la normativa controvertida.

El Abogado del Estado en la instancia adujo que las situaciones no eran comparables respecto de no residentes que operan sin establecimiento permanente en cuanto no despliegan en el territorio de aplicación del impuesto una plena actividad económica de ordenación.

Luego, en casación, mantiene la falta de aportación de los suficientes datos de hecho y pruebas subsiguientes que demuestren el concreto trato discriminatorio alegado.

No podemos compartir la que nos hace la representación en casación al haber quedado acreditado en las actuaciones todos los antecedentes necesarios para resolver la cuestión que demuestran la diversidad de situaciones.

Por otra parte, no cabe aceptar la tesis defendida en la instancia puesto que la normativa controvertida tiene por objeto ganancias patrimoniales obtenidas en la transmisión de acciones de una sociedad española, siendo las situaciones comparables.

En estas circunstancias, ha de concluirse, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en supuestos similares, que la normativa controvertida no responde a una diferencia objetiva derivada del lugar de residencia de los contribuyentes, por lo que el tratamiento fiscal y más gravoso a una entidad residente en un Estado miembro de la Unión Europea que a una entidad residente en España, por las ganancias patrimoniales obtenidas en la transmisión de las acciones de una sociedad española, es contrario al principio de libre circulación de capitales.

Lo anterior nos conduce a reconocer la procedencia del derecho de la recurrente a la aplicación de la correspondiente deducción para evitar la doble imposición sobre la ganancia patrimonial obtenida, con devolución del importe indebidamente ingresado... más los correspondientes intereses de demora, ante la incompatibilidad de la norma española cuestionada con el Derecho Comunitario, por lo que debe ser inaplicada, con la consiguiente estimación del recurso contencioso administrativo también en cuanto al fondo.

