

**EI TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES CONSIDERAN CONTRARIO AL DERECHO COMUNITARIO HACER TRIBUTAR A LOS NO RESIDENTES AL 35% SOBRE LAS GANANCIAS CUANDO LOS RESIDENTES TRIBUTABAN AL 15%.**

La reciente **Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 2009** (Asunto C-562/07) ha terminado condenando a España por incumplimiento de la normativa comunitaria, más concretamente el principio de libre circulación, por tratar de forma diferente, hasta 31 de diciembre de 2006, las ganancias patrimoniales obtenidas en España según que los sujetos pasivos fuesen residentes o no residentes.

Unos meses antes, un Tribunal Español ya se había pronunciado en el mismo sentido por primera vez. La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 8 de enero de 2009** consideró contraria al derecho comunitario la normativa española vigente hasta el 31 de diciembre de 2006 que obligaba a los no residentes pagar el Impuesto sobre la Renta al 35% sobre las ganancias obtenidas, por ejemplo, con la venta de inmuebles, cuando los residentes tributaban al 15% si habían sido propietarios más de un año. A cuenta de dicho impuesto se les practicaba a los vendedores no residentes una retención del 5% sobre el precio. **Este Tribunal español** declaró que a ciudadanos comunitarios residentes en otros países de la Unión Europea no se les puede aplicar impuestos más elevados que los aplicados a los propios residentes en situaciones comparables, por ser discriminatorio y contrario al Tratado constitutivo de la Unión Europea, y **reconoció a un vendedor no residente el derecho a que la Hacienda española le devuelva la diferencia pagada indebidamente, con intereses.**

La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 29 de enero de 2009** también se pronuncia en el mismo sentido.

Con efectos desde el 1 de enero de 2007 la Ley española corrigió esta situación y tanto los residentes como los no residentes tributan por el Impuesto sobre la Renta al 18% sobre estas ganancias, practicándose a los vendedores no residentes una retención del 3% sobre el precio a cuenta de dicho impuesto.

**Las referidas Sentencias pueden ser importantes para no residentes que vendieron inmuebles sitios en España antes del 31 de diciembre de 2006, en particular para los que vendieron a finales de 2005 y en 2006, pues en tales casos no habrán transcurrido más de 4 años que es el plazo de prescripción de los impuestos y del derecho a la devolución de ingresos indebidos.**

**Los vendedores no residentes que terminaron pagando el 35%** sobre la ganancia obtenida tienen ahora contundentes argumentos para solicitar a la Hacienda española la devolución del Impuesto sobre la Renta pagado en exceso (35%-15%), con intereses.

**Otros vendedores no llegaron a pagar el 35% sobre la ganancia, pensando quizás que con el 5% de retención que se les practicaba sobre el precio ya habían cumplido con la Hacienda española,** con lo que asumían un gran riesgo puesto que se les puede exigir el impuesto impagado en España, con sanciones e intereses, incluso en sus países de residencia (Alemania, Inglaterra, etc.) o en cualquier otro Estado de la Unión Europea. Si Hacienda inspecciona ahora a estos vendedores, en relación con ventas realizadas antes del 31 de diciembre de 2006, podrían alegar aquellas Sentencias y la doctrina europea para tributar al 15% y no al 35%, con lo que en algunos casos podrían resultar cantidades a devolver y no a pagar.

En cualquier caso, es importante tener en cuenta que sólo los vendedores no residentes que fueron propietarios más de un año del inmueble transmitido podrían solicitar tributar al 15% sobre las ganancias en lugar del 35%, y que la Hacienda española siempre puede comprobar los valores de venta y calcular las ganancias tomando como valor de transmisión el valor de mercado del inmueble vendido si es superior al precio de venta declarado.

Palma, 20 de octubre de 2009



Alejandro del Campo Zafra  
Abogado-Asesor Fiscal