CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. PAOLO MENGOZZI presentadas el 25 de mayo de 2011 [1]

I. Introducción

1. Mediante el recurso presentado el 1 de diciembre de 2009, la Comisión Europea pretende que se declare que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 63 TFUE (anterior artículo 56 CE) y del artículo 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992 [2] (en lo sucesivo, «Acuerdo EEE»), al gravar los dividendos obtenidos por los fondos de pensiones no residentes en territorio portugués a un tipo superior al que grava los dividendos obtenidos por los fondos de pensiones residentes.

II. Marco jurídico

2. En virtud del artículo 16, apartado 1, del Estatuto dos Beneficios Fiscais (régimen de ventajas fiscales; en lo sucesivo «EBF»), los ingresos percibidos por los fondos de pensiones y entidades asimiladas constituidos y que operan con arreglo al Derecho portugués están exentos del imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas (impuesto de sociedades, en lo sucesivo, «IRC»).

3. El artículo 16, apartado 4, del EBF dispone que si no concurren las condiciones previstas en el apartado 1 de dicho artículo, la ventaja prevista se perderá en relación con el ejercicio de que se trate, y las sociedades gestoras de los fondos de pensiones y entidades asimiladas, incluidas las mutualidades, serán responsables principales por las deudas fiscales de los fondos o de los patrimonios cuya gestión tienen encomendada y deberán proceder al pago de los impuestos adeudados en el plazo previsto en el artículo 120, apartado 1, del Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (Código del impuesto sobre sociedades, en lo sucesivo, «CIRC»).

4. El artículo 4, apartado 2, del CIRC establece que las personas jurídicas y demás entidades que no tengan su domicilio ni su centro de dirección efectiva en territorio portugués estarán sujetas al IRC por los ingresos obtenidos en territorio portugués. El artículo 80, apartado 4, letra c), del CIRC precisa que el tipo del IRC es del 20 %, sin perjuicio, en su

1 — Lengua original: francés.
2 — DO 1994, L 1, p. 3.

caso, de la aplicación de las disposiciones de un convenio para evitar la doble imposición. [3]

5. A tenor del artículo 4, apartado 3, letra c), punto 3, del CIRC, los ingresos por inversión de capital cuyo deudor esté domiciliado, tenga su sede o disponga de una dirección efectiva en territorio portugués o cuyo pago fuera imputable a un establecimiento permanente radicado en Portugal, constituyen ingresos de no residentes sujetos a tributación en Portugal.

6. Según el artículo 88, apartado 11, del CIRC:

«Tributarán de forma autónoma, al tipo del 20 %, los beneficios que las entidades sujetas al IRC distribuyan a sujetos pasivos que gocen de una exención total o parcial, incluidos en este caso los rendimientos de capital, cuando las participaciones sociales a las que se imputen los beneficios no hayan permanecido ininterrumpidamente en poder del mismo sujeto pasivo durante el año anterior a su puesta a disposición y no hayan sido conservados durante el tiempo necesario para cumplir tal plazo».

7. El artículo 88, apartado 12, del CIRC añade:

«Del importe del impuesto determinado con arreglo a lo dispuesto en el apartado 11 se deducirán las eventuales retenciones en el origen a cuenta del impuesto, retenciones que, en tal caso, no podrán deducirse en virtud del artículo 90, apartado 2.»

8. Por último, el artículo 90, apartado 2, del CIRC establece, por lo que respecta a los dividendos abonados a fondos de pensiones residentes, que los pagadores no están obligados a practicar retenciones en el origen a cuenta del IRC cuando se les acredite que tales fondos disfrutan de una exención hasta que transcurra el plazo previsto para el pago del impuesto.

III. Procedimiento administrativo previo

9. El 23 de marzo de 2007, la Comisión remitió a la República Portuguesa un escrito de requerimiento en el que alegaba la incompatibilidad con los artículos 56 CE y 40 del Acuerdo EEE de las disposiciones fiscales portuguesas que dispensaban un tratamiento

3 — Según las explicaciones de la Comisión que no han sido refutadas por la República Portuguesa, de conformidad con un convenio de tales características, el tipo impositivo debe reducirse al 10 %.

fiscal desfavorable a los dividendos e intereses percibidos por los fondos de pensiones no residentes en Portugal.

10. Al quedar insatisfecha con la respuesta de la República Portuguesa el 8 de mayo de 2008, la Comisión le remitió un dictamen motivado en el que la requería para que adoptase las medidas necesarias para dar cumplimiento a los artículos 56 CE y 40 del Acuerdo EEE en lo que atañe a la normativa sobre tributación de los dividendos abonados a fondos de pensiones no residentes. [4]

11. En su escrito de respuesta de 14 de agosto de 2008, la República Portuguesa admitió que el régimen fiscal controvertido constituía una restricción a la libre circulación de capitales, pero que estaba justificada a la luz del Derecho comunitario. En particular, alegó que el régimen fiscal más favorable reservado a los fondos de pensiones establecidos en Portugal está justificado por las particulares características de los fondos de pensiones nacionales y por las reglas específicas a las que están sometidos. Este Estado miembro insiste, en su respuesta, sobre la imposibilidad práctica de comprobar si una entidad no residente cumple condiciones análogas a las exigidas en la normativa nacional, y sobre la coherencia del sistema tributario controvertido.

4 — Como indicó en su escrito de interposición del recurso, la Comisión abandonó sus imputaciones relacionadas con el tratamiento fiscal de los intereses en su dictamen motivado, las cuales, según sus explicaciones, son objeto de un procedimiento por incumplimiento independiente.

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y pretensiones de las partes

12. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 1 de diciembre de 2009, la Comisión interpuso este recurso, en el que solicita al Tribunal de Justicia que:

— declare que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 63 TFUE y 40 del Acuerdo EEE, al gravar los dividendos obtenidos por los fondos de pensiones no residentes a un tipo superior al que grava los dividendos obtenidos por los fondos de pensiones establecidos en el territorio portugués, y

— condene en costas a la República Portuguesa.

13. La República Portuguesa solicita al Tribunal de Justicia que desestime el recurso y condene en costas a la Comisión.

14. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 8 de abril de 2010 y basándose en los artículos 40, párrafo tercero, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y 93 de su Reglamento de Procedimiento, el Órgano de Vigilancia de la AELC solicitó intervenir en el presente asunto en apoyo de las pretensiones de la Comisión.

15. Mediante auto de 15 de julio de 2010, el Presidente del Tribunal de Justicia desestimó dicha solicitud.

16. Se oyeron los informes de la Comisión y de la República Portuguesa en la vista celebrada el 24 de marzo de 2011.

V. Análisis

17. Antes de examinar el carácter restrictivo del régimen controvertido y las justificaciones alegadas por la República Portuguesa, formularé algunas observaciones sobre el objeto del incumplimiento que la Comisión reprocha, cuestión que fue objeto de debate, en particular, en la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia.

A. *Sobre el objeto del incumplimiento imputado*

18. El objeto del presente recurso por incumplimiento versa, según manifiesta la Comisión, sobre la diferencia de trato que dispensa el sistema tributario portugués a los dividendos percibidos por los fondos de pensiones en función de su lugar de establecimiento. Así, los dividendos abonados por sociedades portuguesas a fondos de pensiones constituidos y que operan con arreglo al Derecho portugués están totalmente exentos del IRC, mientras que los dividendos similares abonados a los fondos de pensiones no residentes están sujetos a dicho impuesto a un tipo máximo del 20 % de los dividendos abonados.

19. La Comisión ve en esta diferencia de trato una restricción a la libre circulación de capitales, por cuanto la inversión de los fondos de pensiones no residentes en sociedades portuguesas resulta menos atractiva.

20. La República Portuguesa alega que el objeto del incumplimiento imputado está formulado en términos excesivamente generales. En efecto, según el artículo 88, apartado 11, del CIRC, los beneficios distribuidos por entidades portuguesas sujetas al IRC a fondos de pensiones tributan a un tipo del 20 % cuando las participaciones sociales que dan derecho a los dividendos no hayan permanecido de forma ininterrumpida en poder del mismo sujeto pasivo durante el año anterior a su tributación ni vayan a ser conservadas durante el tiempo necesario para cumplir este período. Señala que dicho tipo es idéntico para la tributación de fondos de pensiones no residentes. En consecuencia, la República Portuguesa deduce de ello que el incumplimiento reprochado debería haberse limitado a las participaciones sociales en poder de un fondo de pensiones durante un período que *exceda* de un año.

21. La objeción de la República Portuguesa no me convence.

22. En efecto, del tenor de las pretensiones del escrito de interposición del recurso se desprende claramente que el incumplimiento no se refiere a las disposiciones legales que

gravan los dividendos distribuidos por sociedades portuguesas a fondos de pensiones residentes y no residentes al mismo tipo del 20 %, según se aplican a las participaciones sociales conservadas durante un plazo inferior a un año.

23. En consecuencia, el *petitum* de la Comisión no comprende las situaciones en las cuales la tributación de los dividendos abonados a fondos de pensiones residentes es igual que la de los dividendos abonados a fondos de pensiones no residentes.

26. En el presente asunto, mientras que una retención en la fuente del 20 % grava los dividendos abonados a los fondos de pensiones no residentes, tal retención no se practica con respecto a los dividendos abonados a fondos de pensiones portugueses. La inversión en el capital de las sociedades portuguesas resulta, en consecuencia, sin duda menos atractiva para los fondos no residentes que para sus homólogos residentes, bien entendido que todos estos fondos se hallan en una situación comparable a la luz de la legislación portuguesa, pues la República Portuguesa ejerce, en su condición de Estado miembro del origen de los ingresos, su competencia fiscal con respecto a los dividendos distribuidos a tales entidades, independientemente de su lugar de establecimiento.

B. *Sobre la existencia de una restricción a los movimientos de capitales*

27. Además, tengo que señalar que este trato menos favorable no ha sido negado por la República Portuguesa.

24. Con carácter preliminar, debo recordar que con arreglo al artículo 63 TFUE, apartado 1, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros.

28. En consecuencia, considero que el régimen fiscal controvertido constituye una restricción a los movimientos de capitales prohibida, en principio, por el artículo 63 TFUE, apartado 1.

25. Así, constituyen tales restricciones las medidas, incluso fiscales, adoptadas por un Estado miembro susceptibles de disuadir a los no residentes a realizar inversiones en su territorio. [5]

29. En la medida en que lo dispuesto en el artículo 40 del Acuerdo EEE tiene el mismo alcance jurídico que las disposiciones, sustancialmente idénticas, del artículo 63 TFUE, apartado 1, las consideraciones anteriores

5 — Véanse en tal sentido, en particular, las sentencias de 18 de diciembre de 2007, A (C-101/05, Rec. p. I-11531), apartado 40; de 3 de junio de 2010, Comisión/España (C-487/08, Rec. p. I-4843), apartado 43, y de 10 de febrero de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel y Österreichische Salinen (C-436/08 y C-437/08, Rec. p. I-305), apartado 50.

son aplicables *mutatis mutandis* a aquel artículo. [6]

30. Procede por lo tanto, examinar los motivos de justificación invocados por la República Portuguesa.

C. Sobre las justificaciones invocadas por la República Portuguesa

31. Para justificar la restricción de los movimientos de capitales antes expuesta, la República Portuguesa alega principalmente dos tipos de justificaciones, a saber, por un lado, la necesidad de preservar la coherencia del sistema tributario y, por otro lado, la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales.

1. Sobre la justificación basada en la coherencia del sistema tributario

32. Según la República Portuguesa, el régimen fiscal relativo a los fondos de pensiones está justificado por la aplicación extensiva del principio de coherencia del sistema tributario. Observa que, así, la exención de los ingresos de los fondos de pensiones portugueses se compensa con el gravamen de las pensiones de jubilación abonadas a los beneficiarios residentes en Portugal en virtud del impuesto sobre la renta de las personas físicas. En el ámbito de las jubilaciones, tal interpretación resulta necesaria para evitar cualquier riesgo de menoscabo del equilibrio financiero del sistema de la seguridad social. La República Portuguesa hace referencia en sus escritos al principio llamado «EET» (exención de las cotizaciones abonadas a fondos de pensiones, exención de los ingresos percibidos y de las plusvalías obtenidas por los fondos de pensiones y tributación de las prestaciones por jubilación abonadas a las personas físicas). Este sistema tiene por fin último canalizar el ahorro hacia instrumentos de financiación de las pensiones de jubilación evitando la doble imposición de tales ingresos.

33. La Comisión replica que, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no cabe acoger esta justificación en el presente asunto.

34. Comparto el punto de vista de la Comisión.

35. A este respecto ha de recordarse que desde las sentencias Bachmann y Comisión/Bélgica, [7] el Tribunal de Justicia ha admitido que la necesidad de preservar la coherencia de un sistema tributario puede justificar una normativa que limite el ejercicio de las

6 — Véase, a este respecto, la sentencia de 7 de abril de 2011, Comisión/Portugal (C-20/09, Rec. p. I-2637), apartado 68 y jurisprudencia citada.

7 — Sentencias de 28 de enero de 1992, Bachmann (C-204/90, Rec. p. I-249), y Comisión/Bélgica (C-300/90, Rec. p. I-305).

libertades de circulación garantizadas por el Tratado. [8]

36. Sin embargo, según jurisprudencia reiterada, para que pueda prosperar una alegación basada en la justificación de la coherencia del sistema tributario, el Tribunal de Justicia exige la existencia de una relación directa entre la ventaja fiscal de que se trate y la compensación de dicha ventaja mediante un gravamen fiscal determinado, relación directa que debe apreciarse a la luz del objetivo de la normativa controvertida. [9]

37. Hasta la sentencia Manninen, [10] el Tribunal de Justicia interpretaba el concepto de relación directa en el sentido de exigir que la deducción y el gravamen se efectúen en el marco de un mismo impuesto y que se imputen al mismo sujeto pasivo. [11]

38. Como indiqué en mis conclusiones presentadas en el asunto en que recayó la sentencia Columbus Container Services, [12] a partir de dicha sentencia Manninen, el Tribunal de Justicia ha atenuado la rigidez de la interpretación del concepto de relación directa, basado en los criterios de identidad de la tributación y de identidad del sujeto pasivo, que hasta entonces prevalecía en la jurisprudencia.

39. En ese contexto la República Portuguesa propone al Tribunal de Justicia que adopte una interpretación «amplia» de la justificación basada en la coherencia del sistema tributario.

40. La República Portuguesa es perfectamente consciente de que si se siguen las directrices de la jurisprudencia tradicional anterior a la sentencia Manninen, antes citada, se hará manifiesta la inexistencia en el presente asunto de una relación directa. En efecto, la desventaja fiscal que sufren los fondos de pensiones no establecidos en Portugal y la exención de las pensiones de jubilación abonadas a las personas físicas jubiladas afectan a dos sujetos pasivos distintos, en relación con dos impuestos diferentes, a saber, por un lado, el impuesto sobre los beneficios de una persona jurídica y, por otro lado, el impuesto sobre la renta de las personas físicas.

41. En cualquier caso, incluso a la luz de la jurisprudencia posterior a la sentencia Manninen, antes citada, no cabe apreciar una relación directa en el presente asunto.

8 — Véanse las sentencias Bachmann, antes citada, apartado 28, y Comisión/Bélgica, antes citada, apartado 21; de 23 de febrero de 2006, Keller Holding (C-471/04, Rec. p. I-2107), apartado 40 y de 8 de noviembre de 2007, Amurta (C-379/05, Rec. p. I-9569), apartado 46.

9 — Véanse, en particular, las sentencias de 7 de septiembre de 2004, Manninen (C-319/02, Rec. p. I-7477), apartados 42 y 43; de 28 de febrero de 2008, Deutsche Shell (C-293/06, Rec. p. I-1129), apartado 37; de 27 de noviembre de 2008, Papillon (C-418/07, Rec. p. I-8947), apartado 44; de 18 de junio de 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, Rec. p. I-5145), apartado 72, y de 1 de julio de 2010, Dijkman y Dijkman-Lavaleije (C-233/09, Rec. p. I-6649), apartado 55.

10 — Antes citada.

11 — Véanse, en particular, las sentencias de 13 de abril de 2000, Baars (C-251/98, Rec. p. I-2787), apartado 40; de 6 de junio de 2000, Verkooijen (C-35/98, Rec. p. I-4071), apartados 57 y 58; de 18 de septiembre de 2003, Bosal (C-168/01, Rec. p. I-9409), apartados 29 y 30, y de 15 de julio de 2004, Lenz (C-315/02, Rec. p. I-7063), apartado 36.

12 — Punto 189 de las conclusiones presentadas el 29 de marzo de 2007 en el asunto en que recayó la sentencia de 6 de diciembre 2007 (C-298/05, Rec. p. I-10451).

42. A este respecto debo recordar que la finalidad y la lógica del régimen fiscal controvertido se basan en la exención de los fondos de pensiones residentes con el objetivo de evitar la doble imposición de las cantidades destinadas a ser abonadas a las personas jubiladas que, a falta de tal exención, se efectuaría, en un primer momento, en cuanto de los fondos de pensiones y, más adelante, en el momento del pago de la pensión a las personas físicas.

43. La exención de los fondos de pensiones constituye una práctica común entre los Estados miembros, dado que es recomendada en el artículo 4 del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que se refiere a la exención de organismos de previsión o de entidades benéficas. La mayor parte de los Estados miembros gravan las pensiones profesionales conforme al sistema EET (cotizaciones exentas, rendimientos derivados de inversiones y ganancias de capital exentos, pensiones gravadas). El régimen EET permite así conceder deducciones en la fase de constitución de la reserva para la jubilación y grava las prestaciones de los jubilados que se abonarán en el momento de su jubilación.

44. Para la República Portuguesa resulta inherente a la lógica y a la finalidad de dicho régimen que la exención fiscal de los ingresos de los fondos se aplique exclusivamente a los fondos de pensiones residentes, pues, en su conjunto, las pensiones gravadas en un momento posterior se derivan básicamente de las inversiones realizadas y de los ingresos generados por fondos de pensiones que la República Portuguesa no somete a gravamen.

45. No obstante, no alcanzo a ver los motivos por los que la coherencia interna del sistema nacional portugués podría verse afectada por la ampliación de la exención fiscal aplicable a los fondos de pensiones residentes a los fondos de pensiones establecidos en otros Estados miembros. En mi opinión, la coherencia del sistema tributario nacional puede preservarse perfectamente si se concede esa ventaja fiscal a los fondos de pensiones no residentes. [13]

46. A este respecto, procede añadir que dicha extensión podría, por el contrario, reforzar la coherencia del sistema nacional, pues los fondos de pensiones no residentes abonan las pensiones a personas físicas residentes en Portugal, quienes, a falta de dicha extensión, sufren una doble imposición.

47. Por otro lado, a pesar de habérsele formulado una pregunta sobre esta cuestión en la vista, la República Portuguesa no ha explicado los motivos por los que considera que se atenta contra la supuesta coherencia de su sistema nacional al conceder un trato idéntico a los dividendos abonados a los fondos de pensiones residentes y no residentes que son titulares de participaciones sociales en sociedades portuguesas durante un plazo inferior

13 — Véanse, por analogía, las sentencias Lenz, apartado 38, y Manninen, apartado 46, antes citadas. Véanse asimismo mis conclusiones presentadas en el asunto Columbus Container Services, punto 194, antes citadas.

a un año de conformidad con el artículo 88, apartado 11, del CIRC.

48. Por estos motivos considero que en el presente asunto no puede acogerse la justificación referida a la protección de la coherencia del sistema fiscal.

2. Sobre la justificación basada en la protección de la eficacia de los controles fiscales

49. La República Portuguesa alega asimismo que la limitación de la exención del IRC a los fondos de pensiones residentes se fundamenta en exigencias vinculadas a la eficacia de los controles fiscales. Las condiciones legales para beneficiarse de esta exención requieren que los fondos beneficiarios puedan ser controlados de forma directa por las autoridades tributarias portuguesas.

50. Señala que, así, los fondos portugueses están sometidos, no sólo a exigencias prudenciales y de protección de los inversores particularmente estrictas con arreglo a la Directiva 2003/41/CE, [14] sino también a condiciones complementarias propias del Derecho portugués, en particular, en materia de responsabilidad financiera. A este respecto, la República Portuguesa insiste en el hecho de que el régimen de responsabilidad principal por deudas tributarias, establecido en el artículo 16, apartado 4, del EBF, no podría activarse en el caso de fondos de pensiones no residentes.

51. Ahora bien, el control de estos elementos es especialmente complejo y exige que las autoridades tributarias puedan dirigirse directamente a los fondos de pensiones que gozan de la exención del IRC. En particular, si no se observan los requisitos de la legislación portuguesa en materia de exención del IRC, será preciso ejercer una acción directa sobre los fondos para garantizar el reembolso de las cantidades adeudadas en concepto de IRC. Tal acción no puede garantizarse sobre los fondos de pensiones establecidos en otro Estado miembro y aún menos en un Estado del Espacio Económico Europeo (EEE), al no ser aplicables las normas de la Unión en materia de cooperación fiscal en el marco de dicho acuerdo.

52. Para la Comisión, procede rechazar la tesis de la República Portuguesa. El sistema tributario controvertido restringe el beneficio de la exención del IRC a los fondos de pensiones residentes sin permitir a los fondos no residentes demostrar que ofrecen garantías equivalentes a las que están sujetas los fondos residentes. En conclusión, y para garantizar la consecución de los objetivos alegados por la República Portuguesa, basta con solicitar a los fondos de pensiones no residentes que

14 — Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo (DO L 235, p. 10).

demuestren su condición y el marco legal en el que actúan, dado que los mecanismos de cooperación y de asistencia mutua previstos en el Derecho de la Unión, pero también en los convenios multilaterales y bilaterales en lo que respecta a los Estados del EEE, permiten a las autoridades portuguesas realizar las comprobaciones necesarias, e incluso obtener el cobro de las deudas tributarias debidas.

53. Por mi parte, suscribo, en esencia, la argumentación expuesta por la Comisión.

54. En efecto, tal y como esta última ha indicado acertadamente, con el pretexto de garantizar la eficacia de los controles fiscales, la República Portuguesa niega a los fondos de pensiones no residentes toda posibilidad de demostrar que pueden cumplir los requisitos establecidos en el CIRC para beneficiarse de la exención fiscal concedida a los fondos de pensiones residentes.

55. Ahora bien, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha considerado en diversas ocasiones que la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales no puede justificar normativas nacionales que impiden de *forma absoluta* al sujeto pasivo aportar pruebas de que podía cumplir los requisitos establecidos por el Estado miembro con respecto al cual se solicita una ventaja fiscal. [15] En efecto, no puede excluirse *a priori* que el sujeto pasivo pueda aportar los justificantes pertinentes que permitan a las autoridades tributarias del Estado miembro de tributación comprobar, de manera clara y precisa, el cumplimiento de los requisitos que impone. [16]

56. Esta apreciación se extiende también a los sujetos pasivos residentes en los Estados del EEE.

57. En efecto, en primer lugar, por lo que respecta en particular a la alegación de la República Portuguesa relativa al cumplimiento de los requisitos de la Directiva 2003/41, debe señalarse que los fondos de pensiones establecidos en los Estados miembros de la Unión Europea y en los Estados del EEE deben respetar tales disposiciones [17] y, en consecuencia, pueden obtener perfectamente de sus respectivos organismos de supervisión los documentos necesarios que acrediten que cumplen las garantías exigidas por la legislación portuguesa.

15 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de marzo de 2005, Laboratoires Fournier (C-39/04, Rec. p. I-2057), apartado 25; de 14 de septiembre de 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, Rec. p. I-8203), apartado 49, y de 27 de enero de 2009, Persche (C-318/07, Rec. p. I-359), apartado 60.

16 — Véase, en este sentido, las sentencias Laboratoires Fournier, apartado 25, antes citada, y de 11 de octubre de 2007, ELISA (C-451/05, Rec. p. I-8251), apartado 96.

17 — Por lo que respecta a estos últimos, la Directiva 2003/41 se ha ampliado a Islandia, al Principado de Liechtenstein y al Reino de Noruega en virtud de la Decisión del Comité Mixto del EEE nº 88/2006, de 7 de julio de 2006, por la que se modifica el anexo IX (Servicios financieros) del Acuerdo EEE (DO L 289, p. 26).

58. En segundo lugar, en lo que atañe a los demás requisitos, a excepción del relativo a la responsabilidad principal por deudas tributarias, la República Portuguesa se limita a recordar las exigencias generales establecidas en el Decreto-ley nº 12/2006, de 20 de enero de 2006, por el que se transpuso la Directiva 2003/41 y que las autoridades portuguesas notificaron en tal sentido a la Comisión.

59. En consecuencia, no logro apreciar qué impide a las autoridades portuguesas dirigirse a los fondos de pensiones no residentes para obtener la información necesaria que les permita conceder a tales fondos el beneficio de la exención fiscal controvertida, al igual que el trato dispensado a los fondos de pensiones establecidos en Portugal.

60. Cabe añadir que, si bien la Comisión y la República Portuguesa han debatido ampliamente sobre la aplicación de la Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, [18] considero que sus disposiciones son de poca utilidad en una situación como la del presente asunto.

61. En efecto, los requisitos cuyo cumplimiento exigen las autoridades portuguesas para conceder la exención controvertida no se refieren a la situación tributaria de los fondos de pensiones no residentes en sus respectivos Estados miembros de establecimiento, sino a la actividad económica de esos fondos, en particular, la información relativa a su control prudencial y a la diversificación de sus activos. En consecuencia, la Directiva 77/799, que versa sobre el intercambio de información en el ámbito fiscal entre autoridades tributarias de los Estados miembros, no constituye, a mi entender, el marco jurídico adecuado para obtener la información exigida por la legislación portuguesa.

62. Sin embargo, aun suponiendo que fuera así, no acierto a ver, por lo que respecta a las relaciones con los demás Estados miembros, los motivos por los que las autoridades tributarias portuguesas no podrían obtener tal información. En cuanto a los Estados del EEE, es cierto que la Directiva 77/799 no resulta aplicable. Sin embargo, ello no basta para considerar que las restricciones establecidas en la legislación portuguesa están justificadas. En efecto, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y según se desprende de la reciente sentencia Haribo Lakritzen Hans Riegel y Österreichische Salinen, [19] la legislación portuguesa no prevé ni siquiera que se pueda conceder una exención por los dividendos percibidos por los fondos de pensiones no residentes cuando exista un acuerdo

18 — Directiva relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados Miembros en el ámbito de los impuestos directos (DO L 336, p. 15; EE 09/01, p. 94).

19 — Antes citada, apartados 132 y 133.

de asistencia mutua entre la República Portuguesa y los Estados del EEE. [20]

63. En tercer lugar, por lo que respecta al requisito relativo a la responsabilidad principal por deudas tributarias establecida en el artículo 16, apartado 4, del EBF, procede efectuar las siguientes observaciones.

64. Según la República Portuguesa, puesto que queda acreditado que los distintos requisitos a los que está sujeta la ventaja fiscal no se cumplen, esta última deja de concederse y las sociedades gestoras de los fondos de pensiones deben entonces responder con carácter principal por la deuda tributaria de los fondos cuya gestión tienen encomendada. Ahora bien, según el Estado miembro demandado, resultaría imposible cobrar dicha deuda de sociedades no residentes gestoras de tales fondos.

65. No me convence esta alegación.

66. En primer lugar, me cuesta entender de qué modo un mecanismo que tiene por objeto el cobro de créditos fiscales podría ser idóneo para garantizar la eficacia de los controles fiscales, en la medida en que ese mecanismo no participa en la realización de los controles fiscales efectuados por las autoridades tributarias. En efecto, en mi opinión, la fase relativa al cobro de créditos de naturaleza fiscal no está vinculada a la eficacia de las operaciones de control fiscal, sino a las vías de ejecución disponibles para las autoridades tributarias.

67. En segundo lugar, como ha alegado acertadamente la Comisión en sus escritos y sin que la República Portuguesa haya manifestado su oposición, las autoridades de ese Estado miembro pueden recurrir perfectamente, en sus relaciones con las autoridades tributarias de los demás Estados miembros, al mecanismo previsto en la Directiva 2008/55/CE, [21] con el fin de obtener asistencia para proceder al cobro del crédito fiscal generado en Portugal.

68. Esta Directiva permite efectivamente a los Estados miembros solicitar a las autoridades competentes de los demás Estados miembros cualquier requerimiento de cobro de créditos en relación con cualquier tributo,

20 — Procede señalar que la Comisión ha aludido a esas cláusulas en lo que atañe a las relaciones entre la República Portuguesa y la República de Islandia y el Reino de Noruega, respectivamente.

21 — Directiva del Consejo, de 26 de mayo de 2008, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinadas exacciones, derechos, impuestos y otras medidas (DO L 150, p. 28). A pesar de que dicha Directiva se adoptó cuando el procedimiento por incumplimiento estaba en curso, su contenido era no obstante aplicable en el momento de iniciarse el procedimiento administrativo previo. En efecto, la Directiva 2008/55 es simplemente la versión «codificada» de la Directiva 76/308/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1976, referente a la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos resultantes de operaciones que formen parte del sistema de financiación del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola, así como de las exacciones reguladoras agrícolas y de los derechos de aduana (DO L 73, p. 18; EE 02/03, p. 46), modificada por última vez por la Directiva 2001/44/CE del Consejo, de 15 de junio de 2001 (DO L 175, p. 17), cuya transposición debía efectuarse antes del 30 de junio de 2002.

impuesto y derecho, incluidos los impuestos sobre la renta, percibidos por un Estado miembro o por su cuenta, e intercambiar todo tipo de información razonablemente pertinente para el cobro de tal crédito. [22]

69. Por último, por lo que respecta a la situación de los Estados del EEE, si bien es cierto que, como ha admitido la Comisión, la Directiva 2008/55 no se ha ampliado al Acuerdo del EEE, considero no obstante que una prohibición absoluta a los fondos de pensiones no residentes de acogerse a la exención fiscal concedida a los fondos de pensiones portugueses resulta, en cualquier caso, desproporcionada a la luz de las dificultades alegadas para cobrar las deudas tributarias en tales Estados del EEE.

70. Según ha propuesto la Comisión, es posible introducir otras medidas menos restrictivas para garantizar el cobro de esos créditos fiscales. Así, cabe considerar que la administración tributaria portuguesa pueda asegurarse *a priori* de que a los fondos establecidos en los Estados del EEE que soliciten acogerse a la exención les sea posible otorgar las garantías financieras necesarias. Alternativamente, también cabe plantearse el establecimiento de un régimen que permita el cobro de los créditos fiscales impagados *a posteriori* a través de una deducción liberatoria sobre los resultados de los ejercicios fiscales futuros de la sociedad portuguesa en poder de los fondos no residentes controvertidos, cuando no se cumplan los requisitos impuestos por la legislación portuguesa.

71. Por consiguiente, cabe declarar que la restricción a la libre circulación de capitales tampoco está justificada por la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales.

72. Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores, la normativa portuguesa objeto del presente asunto supone, en mi opinión, una restricción a la libre circulación de capitales que no está justificada.

73. En consecuencia, propongo que se estime el recurso interpuesto por la Comisión.

74. Debo añadir que, a tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. La Comisión ha pedido que se condene en costas a la República Portuguesa. En estas circunstancias, si el Tribunal de Justicia comparte mi opinión de estimar el presente recurso, procederá condenar en costas a la República Portuguesa.

22 — Véanse, en particular, los artículos 2 y 4 de la Directiva 2008/55.

VI. Conclusión

75. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que:

«1) Declare que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 63 TFUE y del artículo 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, al gravar los dividendos obtenidos por los fondos de pensiones establecidos en los Estados miembros y en los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992 a un tipo superior al que tributan los dividendos obtenidos por los fondos de pensiones establecidos en Portugal;

2) Condene en costas a la República Portuguesa.»