

# La tributación de los dividendos percibidos por las instituciones de inversión colectiva no residentes a la luz de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su aplicación por el Tribunal Supremo

Ángel Rodríguez Rodríguez

Inspector de Hacienda del Estado (España)

[elanma@msn.com](mailto:elanma@msn.com)

## Extracto

La incidencia de la jurisprudencia comunitaria en la tributación de dividendos percibidos por los no residentes ha tenido importantes consecuencias. Estos efectos han alcanzado a los dividendos percibidos por las instituciones de inversión colectiva no residentes en España, cuya tributación final era superior a la que pagaban determinadas instituciones de inversión colectiva residentes. El Tribunal Supremo dictó varias sentencias, en abril de 2023, que, aplicando la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pretendían clarificar los elementos esenciales para disfrutar del beneficio fiscal, consistente en una tributación a un tipo reducido. El presente trabajo analiza los razonamientos de las resoluciones judiciales del Alto Tribunal y el traslado que se lleva a cabo de los criterios emanados de la jurisprudencia comunitaria. El régimen tributario de las instituciones de inversión colectiva no es homogéneo en los diversos países miembros de la Unión Europea, lo que conlleva la existencia de unos criterios jurisprudenciales comunitarios muy casuísticos. Además, el Tribunal Supremo no ha dado respuesta a alguna de las cuestiones que se planteaban en los autos de admisión de los correspondientes recursos de casación.

**Palabras clave:** dividendos; instituciones de inversión colectiva; Unión Europea; libre circulación de capitales; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; restricciones; residencia fiscal.

Recibido: 30-04-2024 / Aceptado: 06-05-2024 / Publicado (en avance *online*): 18-11-2024

Cómo citar: Rodríguez Rodríguez, Á. (2024). La tributación de los dividendos percibidos por las instituciones de inversión colectiva no residentes a la luz de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su aplicación por el Tribunal Supremo. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 501, 43-82. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2024.22047>



# The taxation of dividends received by non-resident collective investment undertakings according to rulings of the Court of Justice of the European Union and the application by the Supreme Court of Spain

Ángel Rodríguez Rodríguez

## Abstract

The impact of community jurisprudence on the taxation of dividends received by non-residents has had important consequences. These effects had an impact on the dividends received by non-resident collective investment undertakings in Spain, whose final taxation was higher than that paid by certain resident collective investment undertakings. The Supreme Court handed down several rulings in April 2023, applying the judgments of the European Court of Justice, to clarify the essential elements to get the tax benefit, consisting of taxation at a reduced rate. This study analyses the reasoning of the judicial decisions of the High Court and the application criteria developed in the case-law of the Court of Justice of the European Communities. The collective investment undertakings have differentiated taxation schemes in countries of the European Union, which means the existence of very casuistic community case-law. Furthermore, the Supreme Court has not responded to any of the questions raised in the orders admitting the corresponding appeals.

**Keywords:** dividends; collective investment undertakings; European Union; Court of Justice of the European Union; free movement of capitals; restriction; tax residence.

Received: 30-04-2024 / Accepted: 06-05-2024 / Published (online preview): 18-11-2024

**Citation:** Rodríguez Rodríguez, Á. (2024). La tributación de los dividendos percibidos por las instituciones de inversión colectiva no residentes a la luz de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su aplicación por el Tribunal Supremo. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 501, 43-82. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2024.22047>



## Sumario

- 1. Introducción
  - 2. La normativa comunitaria y la interpretación de la misma por el TJUE
  - 3. Marco normativo nacional aplicable
  - 4. Análisis de los razonamientos del TS
  - 5. Criterios generales que hay que considerar para apreciar la comparabilidad
  - 6. Sobre si una eventual restricción puede justificarse mediante su neutralización en virtud de la aplicación de un convenio bilateral para evitar la doble imposición
  - 7. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

La jurisprudencia comunitaria ha interpretado la libre circulación de capitales a partir del análisis del tratamiento tributario de la percepción de dividendos por parte de las instituciones de inversión colectiva<sup>1</sup> (IIC<sup>2</sup>) no residentes en los ordenamientos de diversos países de la Unión Europea. De tal forma que el TJUE se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la compatibilidad de las normas nacionales con el derecho comunitario<sup>3</sup>.

Con carácter general, la libertad comunitaria afectada es la circulación de capitales cuando la misma se aplica a dividendos de salida, es decir, dividendos pagados por una entidad residente a IIC no residentes. La controversia versa sobre la diferencia de tributación de los dividendos, en el Estado de la entidad pagadora o Estado de la fuente, según los perciba una IIC residente y una IIC no residente.

---

<sup>1</sup> Según el artículo 1.2 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, «Las IIC revestirán la forma de sociedad de inversión o fondo de inversión».

<sup>2</sup> En el ámbito comunitario, se denomina a estos vehículos inversores organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM).

<sup>3</sup> Sanz Gadea (2020a) analiza la jurisprudencia del TJUE sobre la tributación de las IIC no residentes al percibir dividendos. En su amplio estudio menciona las SSTJUE de 10 de mayo de 2012 (asuntos C-338/11 a 347/11, caso Santander Asset Management –NFJ046753–); de 25 de octubre de 2012 (asunto C-387/11, caso Reino de Bélgica –NFJ048924–); de 10 de abril de 2014 (asunto C-190/12, caso Emerging Markets –NFJ054063–); de 21 de junio de 2018 (asunto C-480/16, caso Fidelity Fund –NFJ070708–); y de 30 de enero de 2020 (asunto C-156/17, caso Köln-Aktienfonds Deka –NFJ076097–). Además, también referida a esta materia, cabe citar la STJUE de 17 de marzo de 2022 (asunto C-545/19, caso Allianz GI –NFJ085488–), que por razones temporales no pudo ser incluida en el mencionado trabajo.

Conviene delimitar correctamente la jurisprudencia comunitaria, ya que la percepción de dividendos por una sociedad mercantil no residente presenta una complejidad mucho menor a cuando la beneficiaria del dividendo es una IIC no residente, en especial, en lo relativo al análisis de estar en presencia de situaciones objetivamente comparables. Esta problemática se tratará más adelante.

Hay que tener presente el carácter instrumental de las IIC, consistente en canalizar la inversión de sus partícipes, así como los rendimientos. De tal forma que la tributación se sitúa en la sede del socio o partícipe, no de la IIC.

Lo anterior motiva que «La jurisprudencia del TJUE sobre no discriminación fiscal de los fondos de inversión no residentes es compleja, zigzagueante, repleta de matices, y muy casuística», en palabras de Calderón Carrero y Quintas Seara (2023).

Los procedimientos judiciales sobre el régimen tributario de las IIC no residentes y su posible discriminación frente a la forma de tributar las IIC residentes han sido frecuentes en la mayoría de los países de la Unión Europea.

España no ha sido ajena a estos pleitos y existe un amplio número de resoluciones de los tribunales de justicia españoles considerando que la norma española viola el derecho comunitario. Entre ellas, cabe citar las SSTs de 5 de abril (rec. núm. 7260/2021 –NFJ089389–), 11 de abril (recs. núms. 7123/2021 –NFJ089436–, 8220/2021 –NFJ089433– y 7127/2021 –NFJ089435–) y 25 de abril de 2023 (rec. núm. 8494/2021 –NFJ089587–).

En el ámbito normativo doméstico, la controversia tiene su origen en la diferente tributación que se origina por la aplicación del tipo impositivo del 1 % que se contempla en la normativa del IS para determinadas IIC frente a la tributación establecida en el IRNR para las citadas instituciones no residentes, que operaba mediante el mecanismo de la retención (sería de aplicación un tipo impositivo del 19 % o 15 %, si es de aplicación un convenio de doble imposición).

En el ámbito tributario, las IIC realizan una función puramente instrumental, consistente en canalizar la inversión de sus partícipes, así como los rendimientos, y en la mayoría de las legislaciones fiscales no existe tributación efectiva de dichas instituciones, sino que la misma recae sobre los partícipes. Este esquema admite una pluralidad de mecanismos, tales como la transparencia fiscal de la IIC, la aplicación del régimen de atribución de rentas, la obligación de distribución de beneficios a los socios o partícipes o la tributación diferida de estos al momento de reembolso de las acciones o participaciones. En todos los casos, el objetivo de los diversos regímenes fiscales es situar la tributación en sede de los socios o partícipes.

En consecuencia, este especial tratamiento tributario de las IIC demanda un análisis de las consideraciones que ha realizado la jurisprudencia comunitaria cuando analiza la compatibilidad de las normativas nacionales con la libre circulación de capitales<sup>4</sup>.

## **2. La normativa comunitaria y la interpretación de la misma por el TJUE**

La regulación de la libre circulación de capitales se contiene en el artículo 63.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (–TFUE–, antiguo art. 57 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea –TCE–) cuando establece que «En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países».

---

<sup>4</sup> Como ya se indicó, un amplio análisis de la mencionada jurisprudencia lo realiza Sanz Gadea (2020a).

Además, el artículo 65 del mismo tratado (antiguo art. 58 del TCE) complementa la regulación anterior con ciertas excepciones:

1. Lo dispuesto en el artículo 63 se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a:

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;

b) adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal y de supervisión prudencial de entidades financieras, establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística o tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública.

2. Las disposiciones del presente capítulo no serán obstáculo para la aplicación de restricciones del derecho de establecimiento compatibles con los Tratados.

3. Las medidas y procedimientos a que se hace referencia en los apartados 1 y 2 no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el artículo 63.

De la regulación anterior es de especial interés resaltar la coexistencia entre el mandato de prohibición de restricciones a la libre circulación de capitales, que determina el artículo 63.1 del TFUE, con la posibilidad de que los Estados puedan 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 (art. 65.1 a).

En un principio, la doctrina tributaria interpretó la limitación del artículo 65.1 a) del TFUE en el sentido de que consagraba la posibilidad de que, a los efectos de la libre circulación de capitales, la discriminación de los nacionales/residentes de otros Estado estaba permitida<sup>5</sup>. Sin embargo, el TJUE consideró que el actual artículo 55.1 a) no suponía un cambio

<sup>5</sup> Se hacen eco de ello Martín Jiménez y Calderón Carrero (2007; 2012).

En palabras de López Rodríguez (2023):

El artículo 65.1 letra a) del TFUE, introducido por el Tratado de Maastricht, permite aplicar disposiciones fiscales que distingan entre inversores residentes y no residentes o en función del lugar de la inversión. Sin embargo, el TJUE no ha considerado que esta reforma introdujera nada nuevo ya que tales diferencias serían compatibles con el TFUE cuando se aplicaran a situaciones no comparables, lo que habría permitido aceptar distinciones en la imposición de residentes y no residentes. Es más, la jurisprudencia recuerda que tales diferencias no pueden generar discriminaciones arbitrarias o constituir restricciones a libre circulación de capitales, en una línea claramente continuista. Esta modificación del texto del Tratado fue fruto de la negociación entre Estados miembros y perseguía eliminar el temor a que se declarasen discriminatorios los sistemas

radical con la situación precedente y que no podían permitirse diferenciaciones no basadas en razones objetivas.

Este criterio se manifestó en las SSTJCE de 6 de junio de 2000 (asunto C-35/98 –NFJ009096–<sup>6</sup>) y de 7 de septiembre de 2004 (asunto C-319/02 –NFJ018806–<sup>7</sup>). A los hechos de esta última sentencia le era de aplicación la regulación contenida en los artículos 56 (actual art. 63 del TFUE) y 58.1 y 3 del TCE (actual art. 65 del TFUE). La interpretación conjunta<sup>8</sup> de dichos preceptos es la que permite al TJUE afirmar que: «En consecuencia, procede distinguir el trato diferenciado permitido con arreglo al artículo 58 CE, apartado 1, letra a), de las discriminaciones arbitrarias prohibidas por el apartado 3 de este mismo artículo». Para lograr discriminar entre un trato discriminatorio respetuoso o no con la libertad comunitaria, «es preciso que la diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o resulte justificada por razones imperiosas de interés general».

---

para eliminar la doble imposición de dividendos basados en la imputación y, en particular, por la restricción del derecho a la deducción del crédito fiscal a los contribuyentes residentes; también perseguiría que no se vieran limitados los esfuerzos para combatir el fraude fiscal; finalmente, tendría por objeto asegurar cierta discrecionalidad para distinguir la tributación entre residentes y no residentes y entre inversión nacional o exterior.

<sup>6</sup> Indica el párrafo 43:

Unas disposiciones fiscales nacionales del tipo de las contempladas por dicho artículo, que establecían determinadas distinciones basadas principalmente en el lugar de residencia de los contribuyentes, podían considerarse compatibles con el Derecho comunitario, siempre que se aplicaran a situaciones que no fueran objetivamente comparables (véase, en particular, la sentencia de 14 de febrero de 1995, Schumacker, C-279/93, Rec. p. I-225), o podían resultar justificadas por razones imperiosas de interés general, y en particular por razones de coherencia del régimen tributario (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).

<sup>7</sup> El párrafo 29 establece lo siguiente:

Según la jurisprudencia, para que una normativa fiscal nacional como la controvertida en el litigio principal, que establece una distinción entre los ingresos procedentes de dividendos nacionales y los procedentes de dividendos extranjeros de una persona sujeta al pago de impuestos en el Estado miembro de que se trate por obligación personal, 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 resulte justificada por razones imperiosas de interés general, como la necesidad de preservar la coherencia del régimen tributario.

<sup>8</sup> Así, el TJCE dictamina que:

A este respecto, ha de señalarse que el artículo 58 CE, apartado 1, letra a), que, como excepción al principio fundamental de la libre circulación de capitales, debe ser objeto de una interpretación estricta, no puede interpretarse en el sentido de que cualquier legislación fiscal que establezca una distinción entre los contribuyentes en función del lugar en que inviertan sus capitales sea automáticamente compatible con el Tratado. En efecto, la excepción prevista en el artículo 58 CE, apartado 1, letra a), se encuentra limitada a su vez por el artículo 58 CE, apartado 3.

De tal forma que el cumplimiento de la dispuesto en el actual artículo 65.1 a) del TFUE puesto en relación con el apartado 3 del mismo precepto exige examinar si los contribuyentes están en situación comparable o si existen causas de justificación de la restricción.

En consecuencia con lo anterior, la jurisprudencia comunitaria exige, para determinar la compatibilidad de las normas nacionales con el tratado (en especial, con la libre circulación de capitales, regulada en los arts. 63 y 65, apartado 1, letra a) y apartado 3, del TFUE), llevar a cabo un análisis con las siguientes etapas:

- a) Localizar una medida que puede disuadir a los no residentes de realizar inversiones en un Estado miembro por existir una diferencia de trato ente residentes y no residentes, como puede ser una tributación superior en los no residentes que en los residentes en la percepción de dividendos<sup>9</sup>.

Esto supone analizar si la normativa nacional contiene obstáculos, o restricciones, que puedan disuadir a los no residentes de realizar inversiones, por suponer un trato para ellos peor que el establecido para las entidades residentes

- b) Determinar que la posición de los residentes y no residentes está en situaciones objetivamente comparables<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Esta idea consta expresada en términos muy similares en el apartado 15 de la STJUE de 10 de mayo de 2012 (asuntos C-338/11 a 347/11 –NFJ046753–), así como en el apartado 39 de la STJUE de 10 de abril de 2014 (asunto C-190/12 –NFJ054063–).

<sup>10</sup> En la percepción de dividendos por los no residentes, la comparabilidad se ha analizado tanto desde una óptica general entre la tributación de los residentes y no residentes como atendiendo a la situación puramente nacional, observando el fin último perseguido por la norma interna, cuya aplicación demanda el preceptor no residente. Desde la primera visión, los Estados han alegado, permanentemente, que las situaciones respecto a la fiscalidad de los residentes y no residentes no son comparables. En el ámbito de la tributación de los dividendos de salida, el TJCE ha rechazado dicha alegación desde la sentencia de 12 de diciembre de 2006 (asunto C-374/04 –NFJ024424–), con el siguiente argumento (véase el apdo. 68):

A partir del momento en que un Estado miembro, de modo unilateral o por vía convencional, sujeta al impuesto sobre la renta no sólo a los accionistas residentes, sino también a los no residentes, por los dividendos que perciben de una sociedad residente, la situación de dichos accionistas no residentes se aproxima a la de los residentes.

Un estudio de la posterior aplicación de este razonamiento por el tribunal comunitario se realiza por Martín Jiménez y Calderón Carrero (2012).

La doctrina anterior del TJUE se extendió a las IIC, y así consta en el apartado 58 de la STJUE 10 de abril de 2014 (asunto C-190/12 –NFJ054063–), señalando que:

La situación de un fondo de inversión que cobre dividendos residente es comparable a la de un fondo de inversión que cobre dividendos no residente, por cuanto, en ambos casos, en principio, los beneficios obtenidos pueden ser objeto de una doble imposición económica o de una imposición en cadena (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, antes citada, apartado 62; *Haribo Lakritzen Hans Riegel y Österreichische Salinen*, antes citada, apartado 113; de 20 de octubre de 2011, *Comisión/Alemania*,



- c) Analizar si la discriminación está justificada por razones de interés general o ha sido neutralizada en el país de residencia de la reclamante<sup>11</sup>.

Las sentencias comunitarias no siempre han distinguido entre la fase a) y b). Si bien las mismas son separadas con nitidez por el TJUE en las resoluciones de los últimos tiempos, al tratarlas en apartados diferentes. Una explícita ratificación del análisis con todas las fases consta en la STJUE de 29 de abril de 2021 (asunto C-480/19 –NFJ081831–), cuyo apartado 31 señala: «Por tanto, es preciso examinar, en primer lugar, la existencia de una diferencia de trato; en segundo lugar, la posible comparabilidad de las situaciones, y, en su caso, por último, la posibilidad de justificar el trato diferenciado». Esta resolución omite cualquier referencia a la neutralización por aplicación de un convenio de doble imposición porque en dicho procedimiento no se alegó la misma.

Idéntica estructura de análisis (con clara separación de los tres apartados antes descritos) se contiene en las SSTJUE de 17 de marzo de 2022<sup>12</sup> (asunto C-545/19 –NFJ085488–) y de 27 de abril de 2023 (asunto C-537/20 –NFJ089391–). Igualmente, en ambos casos no se analizó la posible neutralización por aplicación de un convenio de doble imposición porque no lo alegaron las partes.

En lo relativo a la neutralización, un reconocimiento de la misma consta en las SSTJUE de 17 de septiembre de 2015 (asuntos acumulados C-10/14, C-14/14 y C-17/14 –NFJ059548–) y de 16 de junio de 2022 (asunto C-572/20 –NFJ086555–).

El examen de las resoluciones analizadas pone de manifiesto que las dos primeras fases de estudio –existencia de medida que puede disuadir a los no residentes de realizar inversiones y determinar que la posición de los residentes y no residentes están en situaciones objetivamente comparables– están presentes en todos los procedimientos estudiados. En cambio, la tercera fase de estudio está condicionada por las alegaciones que realicen las partes en el procedimiento.

La consideración anterior no es sino la plasmación de la reiterada jurisprudencia del TJUE, fruto de la interpretación de la normativa comunitaria antes analizada, cuando señala que:

Según reiterada jurisprudencia, para que una normativa fiscal nacional como la controvertida en el caso de autos pueda considerarse compatible con las disposiciones

---

C-284/09, Rec. p. I-9879, apartado 56, y Santander Asset Management SGIIC y otros, antes citada, apartado 42 y jurisprudencia citada).

<sup>11</sup> La justificación a través de la neutralización de la restricción a la libertad comunitaria por la aplicación de un convenio de doble imposición surge con la STJCE de 14 de diciembre de 2006 (asunto C-170/05, caso Denkavit –NFJ024423–) y se reitera en la STJCE de 8 de noviembre de 2007 (asunto C-379-05, caso Amurta –NFJ026644–).

<sup>12</sup> La controversia versaba sobre el tratamiento fiscal a las IIC no residentes en Portugal cuando percibían dividendos y su posible discriminación con las IIC residentes.

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.

Esta afirmación la realiza el tribunal comunitario tras constatar la existencia de una restricción a la libre circulación de capitales y consta en múltiples resoluciones relativas a la tributación de la percepción de dividendos por las IIC no residentes<sup>13</sup>.

De conformidad con lo anterior, es incuestionable que la decisión del TJUE sobre la compatibilidad o no de una norma con el derecho comunitario se adopta tras realizar el estudio con todas las fases antes descritas.

Se considera que esta metodología de análisis del TJUE se contiene en las SSAN de 31 de marzo de 2010 (rec. núm. 15/2007 –NFJ037861–), 14/2007 (NFJ079439) y 17/2007 (NFJ037865). Así, los FJ 5 y 6 reproducen claramente los puntos a) y b) del esquema anterior. El apartado a) se deduce de los hechos de la demanda<sup>14</sup>.

A la vista del esquema de razonamiento del TJUE analizado, cabe concluir, tal y como ha señalado la doctrina<sup>15</sup>:

No es posible establecer un criterio general condenatorio a cualquier aspecto que inicialmente nos pueda parecer discriminatorio, porque ello se decide a lo largo de un proceso. Por lo tanto, la apreciación de si se ha producido vulneración o no del principio de libre circulación de capitales, es siempre casuístico y habrá que estar al presupuesto de hecho que distingue cada caso que se presenta ante el Tribunal de Justicia, sin que nos puedan servir las declaraciones de naturaleza general.

### 3. Marco normativo nacional aplicable

Una lectura pausada de los FD 5 y 6 de la STS de 5 de abril de 2023 (rec. núm. 7260/2021 –NFJ089389–) permite obtener una visión amplia del marco normativo nacional aplicable a la controversia.

<sup>13</sup> Véase el apartado 23 de la STJUE de 10 de mayo de 2012 (asuntos C-338/11 a 347/11 –NFJ046753–); el apartado 57 de la STJUE de 10 de abril de 2014 (asunto C-190/12 –NFJ054063–); el apartado 48 de la STJUE de 21 de junio de 2018 asunto (C-480/16 –NFJ070708–) y el apartado 42 de la STJUE de 17 de marzo de 2022 (asunto C-545/19 –NFJ085488–).

<sup>14</sup> Se dirimía la procedencia de la devolución solicitada por un fondo de pensiones comunitario, pero el esquema de enjuiciamiento del TJUE es idéntico en los fondos de pensiones y en las IIC. El mismo tribunal reproduce la SAN de 31 de marzo de 2010 (rec. núm. 14/2007 –NFJ079439–) en la SAN de 23 de julio de 2015 (rec. núm. 630/2013 –NFJ059876–), referida a la devolución del IRNR de una IIC comunitaria armonizada.

<sup>15</sup> Véase Barrachina Juan (2010).

De modo sucinto, se puede indicar que, en el ámbito normativo doméstico, la discriminación se originaría por la tributación al tipo impositivo del 1 % que se contempla en la normativa del IS<sup>16</sup> para determinadas IIC<sup>17</sup> frente a la tributación establecida en el IRNR<sup>18</sup> para las citadas instituciones no residentes, que operaba mediante el mecanismo de la retención.

Conviene tener presente que la normativa tributaria nacional siempre ha concedido el beneficio fiscal de tributación al 1 % a los fondos de inversión y sociedades de inversión colectiva, regulados en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de IIC. Ello suponía condicionar el disfrute del beneficio fiscal al cumplimiento de determinados requisitos exigidos por la normativa financiera.

Esta circunstancia ya había sido puesta de manifiesto por la doctrina. Así, Sanz Gadea<sup>19</sup> ha analizado la jurisprudencia del TJUE sobre la tributación de las IIC no residentes al percibir dividendos que se contenía en las SSTJUE de 10 de mayo de 2012 (asuntos C-338/11 a 347/11, caso Santander Asset Management –NFJ046753–), 10 de abril de 2014 (asunto C-190/12, caso Emerging Markets –NFJ054063–), 21 de junio de 2018 (asunto C-480/16, caso Fidelity Fund –NFJ070708–) y 30 de enero de 2020 (asunto C-156/17, caso Koln-Aktienfonds Deka –NFJ076097–).

El citado autor concluía que existía una discriminación basada exclusivamente en la residencia fiscal en los dos primeros asuntos<sup>20</sup> (C-338/11 a 347/11 –NFJ046753– y C-190/12 –NFJ054063–), mientras que en el asunto C-480/16 (NFJ070708), junto a la residencia fiscal,

<sup>16</sup> Véanse el artículo 28.5 a) y b) del derogado Real Decreto legislativo 4/2004 y el actual artículo 29.4 a) y b) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del IS.

<sup>17</sup> Las constituidas conforme a la Ley 35/2003. Un profundo análisis de esta cuestión se contiene en Sanz Gadea (2020b).

<sup>18</sup> Véanse el artículo 13.1 f) 1.º, sobre la consideración de los dividendos como rentas obtenidas en territorio español; el artículo 25.1 f), sobre la sujeción a retención de los dividendos, y el artículo 31.1 a), que impone la obligación de retener a las entidades que paguen dividendos. Preceptos todos ellos incluidos en el Decreto legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del IRNR (LIRNR). Además, cuando era de aplicación un convenio para evitar la doble imposición firmado por España, la tributación quedaba fijada en el 15 % del importe de los dividendos percibidos por la IIC.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 2/2010, se estableció una tributación al 1 % incorporando una nueva letra l) al artículo 14 de la LIRNR. Este beneficio fiscal era aplicable a las IIC reguladas por la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados OICVM. En consecuencia, disfrutaban de la tributación reducida las IIC comunitarias armonizadas, sin embargo, no se incluía en el ámbito subjetivo a las IIC comunitarias no armonizadas y a las constituidas en terceros países que no forman parte de la Unión Europea o no están integrados en el Espacio Económico Europeo.

Una valoración de la reforma legislativa y sus consecuencias se realiza por Sanz Gadea (2019).

<sup>19</sup> Véase Sanz Gadea (2020c).

<sup>20</sup> El TJUE analiza la legislación francesa (en los asuntos C-338/11 a 347/11 –NFJ046753–) y la polaca (en el asunto C-190/12 –NFJ054063–), que otorgaban una exención en la imposición directa a las rentas percibidas por las IIC atendiendo al país de residencia fiscal de las mismas.

figuraba la existencia de distribución de beneficios, o una imputación fiscal a partir de 2005, a sus partícipes. Además, indicaba que en el asunto C-156/17 (NFJ076097) se planteaba si era discriminatoria la imposibilidad de la IIC no residente para cumplir con el requisito del disfrute del beneficio fiscal relativo a la amplitud y difusión del accionariado. Este último requisito se exigía tanto a las IIC residentes y como a las no residentes.

El análisis anterior podría completarse incluyendo la STJUE de 17 de marzo de 2022 (asunto C-545/19 –NFJ085488–). Igualmente, en este caso la discriminación entre las IIC residentes y no residentes obedecía, exclusivamente, a la residencia fiscal.

Se considera que estas motivaciones diferentes que originan la discriminación no son inocuas desde la óptica de los razonamientos que lleva a cabo el TJUE cuando analiza la compatibilidad de una norma interna con el derecho comunitario en la tributación de las rentas que se analizan en este artículo. Ello obedece a que el enjuiciamiento para determinar si la diferencia de trato afecta a situaciones objetivamente comparables solo admite una respuesta positiva cuando la discriminación obedece, en la normativa interna, a la residencia fiscal<sup>21</sup>. En cambio, la controversia contendrá mayores complejidades si la restricción obedece al cumplimiento de determinados requisitos por parte de las IIC residentes.

Entre las normas incluidas en el marco normativo nacional descrito en la STS de 5 de abril de 2023 (rec. núm. 7260/2021 –NFJ089389–) consta la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) n.º 1060/2009 y (UE) n.º 1095/2010. Sin embargo, se detecta que dicha resolución judicial no profundiza en el análisis de la norma legal que llevó a cabo la trasposición al ordenamiento jurídico nacional de la mencionada normativa comunitaria.

La citada trasposición se realizó por la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de IIC.

Como su propio título indica, dicha norma legal regula entidades de inversión colectiva de tipo cerrado<sup>22</sup>. Estas IIC de tipo cerrado se caracterizan por que las desinversiones se produzcan de forma simultánea para todos los inversores o partícipes de la entidad<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Hay que tener presente que el TJUE ha aceptado que, con carácter general, en la tributación de dividendos percibidos, los residentes y no residentes están en situación comparable. Véase la nota 10 de este trabajo.

<sup>22</sup> La existencia de estas IIC cerradas se mencionan por Ballesteros Pomar (2017) y Ribes Ribes (2018).

<sup>23</sup> El artículo 2.1 de la Ley 22/2014 señala que:

Se entenderá por inversión colectiva de tipo cerrado la realizada por las entidades de capital-riesgo y demás entidades de inversión colectiva en las que la política de desinversión de sus socios o partícipes cumpla con los siguientes requisitos:

A la vista de esta regulación, se exige profundizar sobre los elementos que permitan caracterizar una IIC como de tipo cerrado. Ello exige acudir a la normativa comunitaria y a la nacional.

La Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados OICVM, indica, en el artículo 1.2, que se entenderá por OICVM aquellos que, junto a otros requisitos, sus participaciones sean, a petición de los partícipes, recompradas o reembolsadas, directa o indirectamente, con cargo a los activos de estos organismos.

En el derecho interno, el artículo 7 de la Ley 35/2003 señala que «Las participaciones se emitirán y reembolsarán por la sociedad gestora a solicitud de cualquier partícipe, en los términos que se establezcan reglamentariamente<sup>24</sup>».

Conviene tener presente que, en el ámbito comunitario, el Reglamento delegado (UE) de la Comisión, de 17 de diciembre de 2013, por el que se complementa la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que determinan los tipos de gestores de fondos de inversión alternativos, establece que:

El factor distintivo, a la hora de determinar si un GFIA está gestionando FIA de tipo abierto o cerrado, debe ser el hecho de que un FIA abierto recompra o reembolsa las acciones o participaciones de sus inversores a petición de cualquiera de sus accionistas o partícipes, antes del comienzo de su fase de liquidación o disolución, y lo hace respetando los procedimientos y la frecuencia establecidos en su reglamento o sus documentos constitutivos, su folleto o sus documentos de oferta.

En consecuencia, la Directiva 2009/65/CE y la Ley 35/2003 reconocen al partícipe el derecho de reembolso de sus participaciones con cargo al patrimonio del fondo. Para dar cumplimiento a dicho derecho, en la entidad gestora de la IIC surge la obligación de reembolsar a los partícipes el valor de sus participaciones.

Esta normativa analizada debe ponerse en relación con el artículo 2 de la Ley 22/2014, que disponía que las desinversiones se produzcan de forma simultánea para todos los inversores o partícipes. De tal forma que puede concluirse que una IIC es cerrada cuando no reconoce el derecho de reembolso al partícipe. Esto supone que en las IIC cerradas se ha suprimido el derecho de reembolso que poseen los partícipes con cargo al patrimonio de las IIC.

---

a) Que las desinversiones se produzcan de forma simultánea para todos los inversores o partícipes [...].

<sup>24</sup> Véase el artículo 4 del Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003.

Si se acude a la normativa tributaria que permite la aplicación de un tipo reducido del 1 % en el IS, se detecta que esta no contiene ninguna referencia a los fondos de inversión cerrados regulados en la Ley 22/2014. En consecuencia, es fácil colegir que solo pueden disfrutar del beneficio fiscal las IIC abiertas que se regulan en la Ley 35/2003 y no las cerradas de la Ley 22/2014. Cabe reiterar que las IIC residentes deben tener el carácter de abiertas para disfrutar del tipo reducido en el IS. *A sensu contrario*, las IIC residentes cerradas no pueden acogerse a la tributación reducida.

En consecuencia, se puede concluir señalando que, desde la entrada en vigor de la Ley 22/2014, no se puede mantener que la tributación al 1 % aplicable a las IIC residentes se basa en criterios de residencia fiscal debido a que la norma tributaria no reconoce el beneficio fiscal a todas las IIC residentes.

## 4. Análisis de los razonamientos del TS

El FD 10 de la STS de 5 de abril de 2023 (rec. núm. 7260/2021 –NFJ089389–) contiene el juicio de la sala. Se inicia el mencionado fundamento fijando, con claridad y precisión, el objeto del litigio en el siguiente:

Si constituye un trato discriminatorio contrario al principio de libre circulación de capitales el sometimiento a gravamen del tipo del 19 %, sobre los dividendos y rentas percibidos por IIC no armonizadas no residentes en España sin establecimiento permanente, frente al tipo de gravamen del 1 % al que se gravan las mismas rentas cuando son percibidas por FIL residentes.

### A) Existencia de discriminación en la normativa española

El Alto Tribunal analiza la normativa española y la forma de tributación que opera mediante el mecanismo de la retención (generalmente, al 19 % del importe bruto del dividendo) al percibir la renta, estableciendo la posibilidad de devolución para la IIC residente (hasta la tributación al 1 %) y solo permitiendo la devolución a la IIC no residente hasta el 15 %, siempre que sea de aplicación un convenio de doble imposición. Es obvio que esto supone que las IIC no residentes «no pueden obtener, por la aplicación directa de la normativa del TRLIRNR, la devolución de la diferencia de tributación que en una situación comparable habría soportado un FIL residente».

Tras analizar el pronunciamiento de la Administración tributaria y del órgano económico-administrativo, analiza la imposibilidad de que los fondos de inversión libre (FIL)<sup>25</sup> puedan acceder al beneficio fiscal.

<sup>25</sup> Como antes se indicó, la normativa, desde la entrada en vigor de la Ley 2/2010, por la que se trasponen determinadas directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la LIRNR para adaptarla a

Concluye esta primera parte de la argumentación con la siguiente afirmación:

Cabe concluir, por tanto, que el motivo real del diferente tratamiento fiscal es que, en los términos previstos por la legislación española aplicable, existe una discriminación entre FIL residentes y FIL no residentes, ya que se reserva a los residentes un tratamiento fiscal muy favorable, con tributación al tipo de gravamen del 1 %, en tanto los no residentes tributan al tipo impositivo del 19 % o, al que pueda establecer el CDI que en este caso es del 15 %, cuando en ambos casos, FIL residentes y no residentes, al percibir rentas consistentes en dividendos de sociedades residentes, incurren en una manifestación de capacidad económica idéntica, que gravan tanto el Impuesto de Sociedades como el Impuesto sobre la Renta de los No residentes.

La conclusión anterior se considera acorde con la jurisprudencia del TJUE, ya que el tribunal comunitario considera que existe una restricción o discriminación a la libre circulación de capitales cuando el tratamiento tributario desigual tiene como efectos disuadir a los no residentes de realizar inversiones en un Estado miembro o a los residentes de un Estado miembro a hacerlo en otros Estados<sup>26</sup>.

Conviene traer a colación los razonamientos del TJUE, una vez localizada la restricción o discriminación, cuando afirma lo siguiente<sup>27</sup>:

Pues bien, para que una normativa fiscal nacional pueda considerarse compatible con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales, es necesario que la diferencia de trato resultante afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o resulte justificada por razones imperiosas de interés general.

La posición defendida en el voto particular a la sentencia es un reflejo de lo acordado por el tribunal comunitario cuando señala que:

---

la normativa comunitaria, permitió el acceso al beneficio fiscal, consistente en la tributación mínima del 1 %, a las IIC armonizadas.

<sup>26</sup> Véanse el apartado 15 de la STJUE de 10 de mayo de 2012 (asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11 –NFJ046753–); el apartado 39 de la STJUE de 10 de abril de 2014 (asunto C-190/12 –NFJ054063–); el apartado 40 de la STJUE de 21 de junio de 2018 (asunto C-480/16 –NFJ070708–); el apartado 49 de la STJUE de 30 de enero de 2020 (asunto C-156/17) y el apartado 36 de la STJUE de 17 de marzo de 2022 (asunto C-545/19 –NFJ085488–).

<sup>27</sup> Véanse el apartado 16 de la STJUE de 10 de mayo de 2012 (asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11 –NFJ046753–); el apartado 57 de la STJUE de 10 de abril de 2014 (asunto C-190/12 –NFJ054063–); el apartado 48 de la STJUE de 21 de junio de 2018 (asunto C-480/16 –NFJ070708–) y el apartado 40 de la STJUE de 17 de marzo de 2022 (asunto C-545/19 –NFJ085488–).

Si bien no cabe negar que, a nivel legislativo, se infiere un tratamiento diferenciado entre FIL residentes y FIL no residentes, dicha circunstancia, por sí misma, no tiene por qué ser siempre, y por principio, injustificada, a la luz de la libre circulación de capitales.

Pese a lo anterior, el TS no sigue dicha forma de razonar y realiza las siguientes afirmaciones:

Es importante advertir la importancia que, a efectos de identificar una infracción del Derecho de la Unión Europea, reviste el hecho de que la legislación española no diseñe un marco normativo indistintamente aplicable a residentes y no residentes, cuando se grava la misma manifestación de capacidad económica, o, en su defecto, un marco normativo seguro y preciso de las condiciones de comparabilidad para que las distintas normas aplicables a residentes y no residentes no tengan como consecuencia un trato discriminatorio por razón de residencia a las no residentes.

Esta aseveración admite varios matices, ya que, si la norma española cumpliera dichas exigencias, no habría discriminación o restricción en los términos antes descritos y, en consecuencia, no existiría la controversia.

Además, es cuestionable que a este litigio le sean de aplicación las resoluciones judiciales comunitarias que menciona el Alto Tribunal español<sup>28</sup>. Conviene señalar que la jurisprudencia comunitaria citada está dictada para un debate más generalista que no está presente en este procedimiento judicial, cual era si, con carácter general, en el ámbito tributario, los residentes y no residentes están en condiciones comparables, dadas las diferencias existentes a la hora de tributar unos y otros (tributación por renta mundial, consideración de circunstancia personales, posibilidades de lucha contra el fraude de la Administración tributaria, etc.)<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> La STJUE de 22 de noviembre de 2018 (asunto C-575/17, caso Sofina –NFJ071996–) se remite a las SSTJUE de 20 de octubre de 2011 (asunto C-284/09, caso Comisión/Alemania –NFJ044547–) y de 17 de septiembre de 2015 (asuntos C-10/14, C-14/14 y C-17/14, caso M. y otros –NFJ059548–).

<sup>29</sup> Buena prueba de ello es que el apartado 49 de la STJUE de 22 de noviembre de 2018 (asunto C-575/17, caso Sofina –NFJ071996–), indica que:

La aplicación de técnicas de recaudación impositiva diferentes en función del lugar de residencia del perceptor de los dividendos refleja la diferencia objetiva de situaciones en las que se encuentran las sociedades no residentes respecto de las residentes, ya que el Estado francés actúa frente a las sociedades no residentes como Estado de origen de los dividendos y no como Estado de residencia del perceptor de dichos dividendos, lo que limita su capacidad de recaudación en relación con estas últimas sociedades y justifica la práctica de una retención en origen sobre los dividendos que se les abonan.

Todo ello parte de que el TJUE, en el apartado 41 de la STJCE de 22 de diciembre de 2008 (asunto C-282/07 –NFJ031306–), señaló que «en la aplicación de técnicas de imposición diferentes en función de que dichas sociedades estén establecidas en Bélgica o en otro Estado miembro, se refiere a situaciones que no son objetivamente comparables». Es decir, en dicha sentencia, el TJUE consideró que la



En consecuencia, se están utilizando los argumentos del TJUE que responden a otra cuestión distinta, como es la comparabilidad entre residentes y no residentes en el ámbito tributario<sup>30</sup>.

## B) Ausencia de mecanismos para obtener la devolución el no residente

Otro elemento que el TS considera muy relevante es que:

No existe en la legislación española un mecanismo procedimental específico en que los FIL no residentes puedan solicitar la devolución de ingresos, con igual efectividad que el mecanismo de autoliquidación y devolución de que disponen los FIL residentes. La restricción a la libertad de circulación que supone ese gravamen mucho más elevado de los no residentes en situaciones comparables, se produce también en el ámbito procedimental.

Cabe plantearse si la ausencia de dicho mecanismo no es sino la consecuencia de denegar la extensión del beneficio fiscal a la IIC demandante. Desde la óptica de la coherencia del sistema tributario, no sería defendible que las IIC no residentes a las que no se les reconozca la tributación al 1 % (es decir, el derecho a aplicar el beneficio fiscal) se les estableciese un mecanismo para obtener una devolución no prevista legalmente. Se considera que la falta de mecanismo no es sino el efecto que se deriva de la no extensión del beneficio fiscal demandado al no residente.

Las consideraciones que se realizan desde la óptica de una restricción del ámbito procedimental no son reflejo de la jurisprudencia comunitaria cuando analiza la existencia de discriminación o restricción. La cita al apartado 80 de la STJUE de 10 de abril de 2014 (asunto C-190/12 –NFIJ054063–) ignora que el TJUE no lleva a cabo la afirmación reproducida al referirse a la comparabilidad, sino a la alegación de existencia de una razón imperiosa de intereses generales consistente en la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales. De tal forma que se utilizan los argumentos del TJUE cuando está en otra fase de análisis, relativa a si la discriminación está justificada por razones de interés general, cuestión que no estaba presente en el procedimiento que motiva la resolución judicial analizada.

En definitiva, es necesario reiterar que la ausencia de mecanismo para reconocerse la devolución a una IIC no residente es un elemento intrínseco estrechamente vinculado con la falta de reconocimiento del beneficio fiscal que origina de la existencia de la

---

tributación de una entidad residente no era comparable a la de una entidad no residente. Sin embargo, esta jurisprudencia fue modificada con el paso del tiempo.

<sup>30</sup> La nota al pie 10 contiene la posición del TJUE sobre esta cuestión en el tratamiento tributario de los dividendos percibidos por los no residentes.

restricción a la libertad comunitaria. A dicha cuestión el TJUE no le otorga la trascendencia a la que alude el TS.

Ello se deduce claramente de la STJUE de 25 de octubre de 2012 (asunto C-387/11 –NFJ048924–), ya que, según la descripción de los hechos, la restricción se manifestaba a través de la retención que sufrían las sociedades de inversión no residentes en Bélgica, que, a la postre, era un pago definitivo, mientras que las sociedades residentes podían obtener la devolución. El TJUE no da especial relevancia a la ausencia de mecanismos para obtener la devolución de los no residentes. Ello pudiera obedecer a que lo considera como un efecto derivado de la ausencia del reconocimiento del beneficio fiscal a los no residentes.

### C) Falta de definición en el ámbito normativo del marco de la comparabilidad

Continúa el TS, con referencia a la falta de regulación de los elementos de la comparabilidad, con la siguiente afirmación:

También es relevante en este caso la ausencia de regulación normativa que garantice la inexistencia de discriminación contraria al principio de libre circulación de capitales, y no solo en lo procedimental, sino principalmente en lo sustantivo, como consecuencia de la falta de definición a nivel normativo del marco de comparabilidad.

En primer lugar, conviene señalar que la jurisprudencia comunitaria<sup>31</sup> que se cita no está referida a que la normativa refleje los criterios de comparabilidad para acceder las IIC a los beneficios fiscales que disfrutaban las IIC residentes. Se puede comprobar que la jurisprudencia del TJUE está referida a la cuestión antes mencionada, relativa a si se puede considerar, con carácter general, que los residentes y no residentes están en situación objetivamente comparable por utilizar los Estados técnicas de imposición diferentes (véase nota al pie 10).

Además, el TJUE ha dictaminado<sup>32</sup> que, cuando existe una restricción entre el tratamiento tributario de ciertas rentas entre residentes y no residentes, la situación de comparabilidad entre ambos se debe analizar «teniendo en cuenta el objetivo de la normativa nacional controvertida, así como el objeto y contenido de la misma». Esto supone que la falta de definición

<sup>31</sup> Se trata del apartado 49 de la STJUE de 17 de marzo de 2022 (asunto C-545/19, caso Allianz GI-Fonds AEVN contra Autoridade Tributária e Aduaneira –NFJ085488–).

<sup>32</sup> Véanse el apartado 49 de la STJUE de 21 de junio de 2018 (asunto C-480/16 –NFJ070708–) y el apartado 51 de la STJUE de 17 de marzo de 2022 (asunto C-545/19 –NFJ085488–). En términos muy similares consta dicha jurisprudencia en el apartado 27 de la STJUE de 10 de mayo de 2012 (asuntos acumulados C-338/11 a 347/11 –NFJ046753–) y en el apartado 61 de la STJUE de 10 de abril de 2014 (asunto C-190/12 –NFJ054063–).

en el ámbito normativo del marco de la comparabilidad debe ser suplido acudiendo a la legislación interna y al objetivo de la misma, así como a su objeto y contenido.

En otras palabras, el tribunal comunitario considera que, para determinar si una IIC no residente se encuentra en situación objetivamente comparable, se debe acudir a los fines y contenido de la normativa interna que regula el beneficio fiscal. La consecuencia de la falta de regulación de los criterios de comparabilidad tiene su relevancia en el análisis de la comparabilidad, pero solo es un elemento más del estudio de la compatibilidad de la norma nacional con el derecho comunitario. Es decir, no tiene ninguna otra relevancia más que marcar las pautas del estudio de la comparabilidad. Esto es lógico, en la medida en que no es sino una consecuencia de la existencia, en la normativa nacional, de una restricción o discriminación a los no residentes.

En coherencia con lo anterior, se opina que no tiene acomodo a la jurisprudencia comunitaria la siguiente afirmación del TS:

Para verificar si un marco normativo nacional es respetuoso con el principio de libre circulación, el elemento fundamental es el propio ordenamiento jurídico nacional, y no cabe admitir que el mismo resulte modificado por unas prácticas administrativas que, de forma puntual y aislada, introduzcan criterios de interpretación que extraen de la norma nacional unos criterios de comparabilidad que no han sido establecidos por la legislación.

Este reproche al órgano revisor (TEAR) no es congruente con las anteriores afirmaciones del TJUE, que exige acudir a la normativa nacional. El citado órgano se limitó a aplicar las directrices que emanan del TJUE, ya que, obviamente, los elementos de la comparabilidad no podían estar contemplados para su aplicación por los no residentes en la legislación nacional. Si hubiese habido previsión en la norma interna de los elementos de la comparabilidad, no se estaría en presencia de una restricción o una discriminación en los términos de la controversia juzgada.

Conviene recordar que los términos de la comparabilidad no son idénticos cuando la normativa nacional utiliza solo el criterio de residencia fiscal que cuando concede el beneficio fiscal atendiendo a otros requisitos. No se puede olvidar que el TJUE ha dictaminado que, en el supuesto de percepción de dividendos, los residentes y no residentes, con carácter general, se encuentran en situación comparable<sup>33</sup>. En consecuencia, cuando una norma nacional establece discriminación en la tributación de los dividendos atendiendo al criterio de la residencia fiscal, solo cabe señalar que en dicho supuesto el no residente se encuentra en situación comparable al residente. No existe alternativa a

---

<sup>33</sup> Véase la nota 10.

dicha disyuntiva, ya que el criterio utilizado por la normativa interna ha sido considerado no apto previamente por el TJUE para determinar que los residentes y no residentes se encuentran en situación comparable.

La resolución que se analiza omite un examen de esta cuestión y, sin embargo, en los FD 13 y 14 analiza la normativa interna (que no es de aplicación a los no residentes) y establece una serie de elementos relevantes para apreciar la situación de comparabilidad.

Se detecta cierta incongruencia entre las afirmaciones anteriores y la fijación de elementos determinantes de la situación de comparabilidad. Más aún cuando se indica que: «Para realizar tal examen no cabe aplicar miméticamente los requisitos que son exigidos a las IIC residentes, sino el objetivo de la normativa nacional, y su objeto y contenido». No resulta del todo coherente que sea muy relevante la ausencia de previsión normativa de cuáles son los criterios de comparabilidad que aplicar a los no residentes para después pasar a determinar los mismos a partir de la normativa que se aplica a los residentes.

Esta inconsistencia se pone de manifiesto en el voto particular, con el cual se coincide plenamente. De tal forma que el análisis no debió situar la violación del derecho comunitario en la innegable existencia de una discriminación, sino en la fijación del marco normativo para realizar el examen de la comparabilidad.

## D) Consideraciones finales

Conviene detenerse en el examen de las dos afirmaciones siguientes que realiza el TS a partir de los argumentos antes analizados:

En definitiva, en la resolución de las cuestiones suscitadas tan solo hemos de tener en cuenta la estructura impositiva y los criterios de tratamiento de residentes y no residentes establecidos en la normativa nacional, en contraste con el Derecho de la Unión Europea, pues el examen de la comparabilidad sobre la base de criterios no definidos en la ley nacional para las situaciones de FIL no residentes corresponde a una fase del proceso posterior a la constatación de la infracción del derecho de la Unión europea, la de verificar si esa restricción a la libre circulación, introducida en un nivel normativo y abstracto por la legislación nacional, se produce de manera concreta en el caso enjuiciado [...].

Es más, en realidad el litigio no versa tanto sobre si existe o no una infracción del derecho de la Unión Europea a nivel normativo, en lo cual no hay margen de duda, e implícitamente se admite en la propia resolución del TEAR y las alegaciones de la abogacía del Estado, como antes se ha explicado. En efecto, el núcleo del debate consiste en determinar qué elementos deben concurrir en la entidad aquí recurrente para declarar que, efectivamente, está en una situación comparable con los FIL residentes.

Cabe plantearse si las afirmaciones anteriores son acordes con la jurisprudencia del TJUE, ya que las resoluciones del mismo no solo no mencionan que el examen de la comparabilidad corresponde a una fase del proceso posterior, sino que insertan el mismo en un solo proceso de análisis con varios estadios, tal y como antes se estudió. Además, se desconoce a qué se refiere el TS cuando menciona que existe «una infracción del derecho de la Unión Europea a nivel normativo». Como antes se ha analizado, esta afirmación no es coherente con la forma de razonar y los fallos del TJUE. Esta misma posición se contiene en el voto particular de la sentencia que se analiza.

Se detecta que la jurisprudencia del TS se ha limitado a verificar la existencia de una diferencia de trato en el ámbito normativo (que origina una discriminación o restricción) y a analizar los efectos que la misma origina. A partir de dichos elementos, ha dictaminado que la norma es contraria al derecho comunitario. Ello supone una confusión entre la existencia de una diferencia de trato y considerar que la misma vulnera el derecho comunitario.

El TJUE no se pronuncia sobre la compatibilidad o no de la norma nacional con el derecho comunitario sin realizar el esquema completo de análisis analizado anteriormente, tal y como se deduce del examen de la jurisprudencia comunitaria y ha puesto de manifiesto la doctrina. Carece de adecuación a derecho comunitario considerar que existe un «proceso posterior». La jurisprudencia comunitaria no establece varios procesos, sino uno solo con varias fases concadenadas entre ellas. El voto particular de la sentencia que se analiza opta por un análisis con todas sus fases.

Pese a no seguir el esquema de razonamiento del TJUE e incurrir en ciertas incongruencias, hay que reconocer que la conclusión del fundamento de derecho tiene acomodo en la jurisprudencia del TJUE cuando dice que:

La situación de los FIL no residentes, por el hecho de ser sometidos a gravamen, se asemeja a la de los contribuyentes residentes (STJUE de 17 de marzo de 2022 cit.), por lo que cuando el Reino de España impone el gravamen a los no residentes dispensándoles un tratamiento que es menos beneficioso que el que reserva a los FIL residentes, debe justificar que esta diferenciación no implica un tratamiento discriminatorio respecto a situaciones que sean objetivamente comparables.

Más dudas suscita que la vulneración del derecho de la Unión<sup>34</sup> se deba a la falta de regulación de las condiciones de comparabilidad, así como del correspondiente procedimiento

---

<sup>34</sup> Cuando se indica que:

La ausencia de regulación de las condiciones de comparabilidad para recibir el mismo tratamiento fiscal, así como del correspondiente procedimiento de devolución del exceso de gravamen soportado como retención en la fuente por aquellos FIL no residentes que estuvieran en situaciones comparables a los residentes que disfrutaran de un régimen de tributación más

de devolución. Realmente sería más adecuado considerar que la existencia de una discriminación en la norma española solo estaría justificada por la existencia de situaciones que no sean objetivamente comparables.

## **5. Criterios generales que hay que considerar para apreciar la comparabilidad**

En el FD 14 de la sentencia analizada, el TS parte de que, para determinar los elementos de la comparabilidad, no cabe aplicar directamente aquellos aspectos del derecho nacional que se ocupan exclusivamente de la situación y requisitos de las IIC o los FIL residentes. Esta posición se motiva en el principio de primacía y el efecto útil del derecho de la Unión.

Igualmente, el Alto Tribunal menciona la jurisprudencia comunitaria, que señala que el carácter comparable entre residentes y no residentes debe examinarse teniendo en cuenta el objetivo de la normativa nacional controvertida, así como el objeto y el contenido de esta. Pese a esta referencia, en la sentencia no se profundiza en el estudio de los objetivos que busca la norma española al otorgar el beneficio fiscal.

Dada la remisión que la normativa tributaria lleva a cabo a la normativa financiera (en concreto, a la Ley 35/2003), se exige acudir a esta última para localizar el objetivo de la normativa nacional.

El objetivo principal lo explicita el legislador al señalar, en la exposición de motivos de la citada ley, que «la inversión colectiva es el canal natural para la participación de los hogares españoles en los mercados de capitales».

Igualmente, la mencionada exposición de motivos indica como principios básicos:

- La liberalización de la política de inversión.
- El reforzamiento de la protección a los inversores con nuevos instrumentos. El fortalecimiento de las obligaciones de transparencia y de las normas de conducta para prevenir conflictos de interés se ha revelado un medio más eficaz para proteger a los inversores que la imposición de restricciones a las posibilidades de actuación financiera de las IIC.
- El perfeccionamiento del régimen de intervención administrativa.

---

beneficioso, vulnera el principio de libre circulación de capitales garantizado en el art. 63 del TFUE, vulneración que resulta clara, y no requiere que este Tribunal plantee cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Se considera de especial interés el objetivo de protección a los inversores como aspecto esencial que inspira la regulación financiera, merecedora de la tributación reducida.

Se opina que, para dar cumplimiento a la jurisprudencia comunitaria, la determinación de los elementos que deben cumplir los no residentes para estar en situación objetivamente comparable debería inspirarse en los objetivos que busca el beneficio fiscal. En consecuencia, desde el prisma de dicho objeto, pueden analizarse los elementos establecidos por el TS, así como otros presentes en la normativa financiera, que no han sido objeto de enjuiciamiento.

A continuación se analizan los elementos relevantes para el examen de la comparabilidad.

### A) Sobre el modo de captación del capital

La argumentación del TS sobre esta materia es coherente con los objetivos antes analizados. Sin embargo, cabe llevar a cabo alguna matización sobre este elemento.

En el ámbito comunitario no existe duda de que las IIC deben captar su capital mediante la venta de sus participaciones entre el público<sup>35</sup>.

En el derecho interno, el artículo 1 de la Ley 35/2003 exige que tengan por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos. Además, el artículo 7 del mismo texto legal señala que: «Las participaciones se emitirán y reembolsarán por la sociedad gestora a solicitud de cualquier partícipe, en los términos que se establezcan reglamentariamente».

De tal forma que el objeto de las IIC es la captación de ahorro del público mediante la suscripción de participaciones. Ello conlleva que la realización del objeto exige la suscripción de las participaciones como forma de obtener los capitales que gestionar, lo que se convierte en un elemento esencial de las IIC.

En el ámbito de las IIC comunitarias armonizadas y de todas las IIC españolas, se exige el requisito de desarrollo de su objeto social mediante la suscripción de sus participaciones por el público. Sin embargo, las IIC comunitarias no armonizadas y las ICC no comunitarias es posible que se regulen por un marco normativo diferente y, en consecuencia, no esté presente esta forma de lograr su objeto.

De tal forma que se opina que al elemento exigido por la jurisprudencia del TS, relativo a que capten las aportaciones de capital del público en general, debería acompañarse la expresión «mediante la suscripción de sus participaciones».

<sup>35</sup> El artículo 3 de la Directiva 2009/65/CE prescribe que no están sujetos a la directiva los organismos de inversión colectiva de tipo cerrado ni los organismos de inversión colectiva que obtengan capitales sin promover la venta de sus participaciones entre el público.

## B) Sobre el carácter abierto del fondo

Las IIC serán abiertas cuando reconocen a sus partícipes el derecho de reembolso de sus participaciones con cargo al patrimonio de las IIC.

Siendo cierto que puede haber ciertas limitaciones a dicho derecho, tal y como se hace eco la STS analizada, en el derecho positivo español también existen las IIC cerradas, como antes se analizó. Es decir, aquellas que no otorgan a sus partícipes el derecho de separación.

En los epígrafes anteriores se concluyó que las ICC cerradas nunca tienen acceso a la tributación reducida en imposición directa.

Desde la óptica del reforzamiento de la protección a los inversores, no cabe duda de que el reconocimiento de este derecho es una garantía para los mismos, ya que pueden dejar de participar en la IIC cuando lo deseen. Se trata de otorgarles un potente derecho de salida, que se materializa en la obligación del fondo de recomprar las acciones con cargo a su patrimonio a petición de los partícipes. En consecuencia, esto es coherente con los objetivos que busca otorgar el beneficio fiscal que demandan las IIC no residentes.

Se detecta que la doctrina jurisprudencial no ha analizado la posible eliminación de este derecho de reembolso a los partícipes y no lo considera elemento relevante al existir ciertas restricciones para su ejercicio. Ello obedece a que el enjuiciamiento de la normativa interna no es completo, al no examinar el régimen jurídico de las IIC cerradas.

Junto a lo anterior, hay que indicar que el ejercicio de este derecho de reembolso debe ponerse en conexión directa con la necesidad de que los capitales se obtengan del público mediante la suscripción de las participaciones. En caso de obtener los capitales del público a través de otro instrumento financiero, la posibilidad de desinvertir del público no se llevará a cabo mediante el ejercicio del derecho de reembolso, sino atendiendo a la regulación del activo financiero dirigido al público (por ejemplo, contrato de seguro de vida).

A la vista de la regulación nacional, el carácter abierto de la IIC debería haberse reconocido como elemento relevante para apreciar la situación de comparabilidad<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> No debe llevar a la conclusión contraria la STJUE de 27 de abril de 2023 (asunto C-537/20 –NFJ089391–), ya que en dicho caso el beneficio fiscal pivotaba sobre la residencia fiscal y, en consecuencia, los no residentes nunca podían acceder al mismo con independencia de que fuesen fondos cerrados o abiertos (véase la nota 21). La legislación alemana otorgaba el beneficio fiscal a todos los fondos residentes. Igualmente, el carácter abierto o cerrado fue analizado en la STJUE de 16 de diciembre de 2021 (asuntos acumulados C-478/19 y C-479/19 –NFJ084341–). La legislación italiana cuestionada solo permitía constituir fondos de inversión de tipo cerrado, mientras en otros Estados miembros podían constituirse fondos de inversión de tipo abierto. Ello originaría una diferencia de trato en detrimento de estos últimos. Como puede apreciarse, existen diferencias con la legislación española, que permite constituir fondos abiertos y cerrados, si bien solo otorga el beneficio fiscal de la tributación reducida a los fondos abiertos.



La falta de exigencia de este requisito por parte del TS genera una situación equivalente a la descrita en el voto particular, cuando afirma que:

A la postre van a resultar discriminados los FIL residentes en los que concurriendo los elementos que se identifican en la sentencia, pero que no cumplan los requisitos previstos en nuestra legislación nacional, no van a gozar de la ventaja fiscal que se le va a reconocer a los FIL no residentes de iguales características.

Es claro que se está en presencia de una manifestación de discriminación a las ICC residentes. De tal forma que las IIC no residentes cerradas van a poder acceder al beneficio fiscal, mientras que las ICC residentes tienen vedado poder disfrutar del mismo. Esta no es la finalidad perseguida por la jurisprudencia comunitaria, pero no es sino la consecuencia de considerar que la norma viola el derecho comunitario sin realizar un análisis riguroso de la comparabilidad atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

### C) Sobre las obligaciones de información

Este elemento no se analiza por parte del TS.

El artículo 74 de la Directiva 2009/65/CE contiene el siguiente mandato: «Los OICVM deberán comunicar a las autoridades competentes del Estado miembro de origen del OICVM su folleto y las modificaciones del mismo, así como sus informes anual y semestral».

La traslación al derecho interno de la disposición comunitaria transcrita se contiene en el artículo 17 de la Ley 35/2003.

Atendiendo al objetivo de la protección de los ahorradores, este requisito se debería exigir a las IIC no residentes para disfrutar del beneficio fiscal.

### D) Existencia de un folleto informativo

No existe referencia en la jurisprudencia nacional a este documento.

El folleto forma parte de la información obligatoria que hay que entregar al inversor (véase el considerando 59, así como los arts. 68 y ss. de la directiva). En especial, el artículo 70 de dicha norma comunitaria indica que el folleto «precisará las categorías de activos en los que esté autorizado a invertir el OICVM». Además, el artículo 69 determina que «El folleto incluirá como mínimo la información prevista en el anexo I, esquema A». En dicho anexo consta que se debe incluir «Información sobre la modalidad, el importe y el cálculo de las remuneraciones a cargo del fondo común de inversión y en beneficio de la sociedad de gestión, del depositario o de terceros».

Los artículos 17 y 18 de la Ley 35/2003 trasponen al derecho interno lo relativo al folleto del fondo de inversión.

De tal forma que las relaciones entre los partícipes y la sociedad gestora, dado que esta última administra el fondo a cambio de una comisión, estarán muy influenciadas por el folleto, dados los elementos que el mismo contiene.

Conforme a lo anterior, la entidad gestora llevará a cabo la administración de los activos del fondo en beneficio de los partícipes. Esto supone la presencia de un contrato de gestión de activos entre la entidad gestora y los partícipes. Ahora bien, este contrato no es exactamente un contrato de gestión de cartera de inversión. Ello obedece a que el contrato de gestión de las participaciones de fondos de inversión se caracteriza por su gestión a título colectivo y en los contratos de gestión de cartera se gestiona a título individual. Así, la sociedad gestora no gestiona por cuenta de inversiones particulares de forma individualizada, sino respecto a un patrimonio colectivo y a un conjunto de inversores, ya que la gestión que desarrolle afectará a todos y cada uno de los partícipes. Además, se estará en presencia de un solo contrato para todos los partícipes y tendrá la condición de un contrato de adhesión, ya que el modelo será igual para todos los partícipes. Esta última característica no está presente en el contrato de gestión de cartera.

En consecuencia, las IIC no residentes deberán poseer un folleto informativo que vincule a todos los partícipes y que no pueda ser modificado discrecionalmente por la gestora u órgano equivalente. De no exigir este documento, pudiera considerarse como IIC patrimonios gestionados por un mismo gestor, pero con comisiones diferentes, atendiendo a la condición de los titulares de los patrimonios.

La vinculación de este elemento con el objetivo de la regulación financiera es obvia, ya que se trata de proteger a los pequeños partícipes frente a los partícipes con mayor poder de influencia, quienes pudieran obtener mejores condiciones de la gestora (por ejemplo, pactando comisiones inferiores).

Ello motivaría que debería ser exigido a las IIC no residentes un folleto informativo con las características descritas para acceder al beneficio fiscal.

## E) Presencia de un depositario

El artículo 5.1 de la directiva determina que:

Un fondo común de inversión solo será autorizado cuando las autoridades competentes de su Estado miembro de origen aprueben la solicitud de la sociedad de gestión para gestionar dicho fondo común, el reglamento del fondo y la elección

del depositario. Una sociedad de inversión solo será autorizada si las autoridades competentes de su Estado miembro de origen aprueban, por una parte, sus documentos constitutivos y, por otra parte, la elección del depositario, así como, si procede, la solicitud de la sociedad de gestión designada para gestionar dicha sociedad de inversión.

Los artículos 22 a 26 de la Directiva 2009/65/CE regulan la figura del depositario. Así, el primero de dichos artículos determina que: «La custodia de los activos del fondo común de inversión deberá confiarse a un depositario». A su vez, el artículo 25 contiene el siguiente mandato: «Las funciones de sociedad de gestión y de depositario no podrán ejercerse por la misma sociedad».

A su vez, la Ley 35/2003 exige en el artículo 3 el concurso de un depositario junto a la sociedad gestora para que se esté en presencia de una IIC.

En consonancia con lo anterior, el artículo 11 de dicha ley, para lograr la autorización de la autoridad financiera, exige que se designe a un depositario. A su vez, el artículo 58.2 del mismo texto legal reproduce el mandato de la directiva relativo a que una entidad no podrá ser simultáneamente gestora y depositaria de un mismo fondo de inversión.

Atendiendo a esta normativa y su coherencia con los objetivos antes descritos, en especial la protección a los inversores, este elemento también se debería haber exigido a las IIC no residentes.

En consonancia con el contenido de las sentencias del TS y el análisis realizado en las líneas anteriores, los elementos de la comparabilidad serían los siguientes:

- Objeto social: captar ahorro del público mediante la suscripción de las participaciones, sin estar en presencia de restricciones de acceso.
- Elementos subjetivos: existencia de entidad gestora y depositario.
- Relaciones con los partícipes: reconocimiento del derecho de reembolso, existencia de obligaciones de información y presencia de un folleto informativo.
- Existencia de una entidad financiera de autorización y supervisión.

*De lege ferenda*, sería deseable que el legislador llevase a cabo una equiparación entre las IIC residentes y las IIC no residentes, al exigirles a estas últimas los requisitos relativos a número de accionistas e importe de capital social. Las sentencias del TS que se analizan han supuesto una eliminación de dichos requisitos para las IIC comunitarias no armonizadas, lo cual conlleva extender el ámbito subjetivo del beneficio fiscal más allá de lo establecido por el legislador.

## **6. Sobre si una eventual restricción puede justificarse mediante su neutralización en virtud de la aplicación de un convenio bilateral para evitar la doble imposición**

El TS enjuicia la neutralización en el FD 15. Para el examen de esta cuestión resulta imprescindible la existencia de un convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los impuestos sobre la renta. En general, el artículo 10 del mismo determinará la tributación en España del 15 % de los dividendos percibidos por un residente en el extranjero, salvo que posea una participación relevante. A su vez, el artículo 24 establecerá los mecanismos para evitar la doble imposición. En el artículo 27 se determinará el intercambio de información y asistencia administrativa entre los países firmantes.

En la tributación por la percepción de dividendos por parte de un no residente, la medida disuasoria a la libre circulación de capitales se manifestaría en la existencia de una doble imposición sobre los citados dividendos, frente a la escasa o nula tributación del residente.

La STJUE de 19 de enero de 2006 (asunto C-265/04 –NFJ021865–) señala que la supresión de la doble imposición es uno de los objetivos de la Unión, que se implementa por los Estados miembros mediante convenios bilaterales (véase el apdo. 49). Como su propio nombre indica, los convenios de doble imposición tienen como fin evitar la doble imposición.

En consecuencia, dado que tanto la libre circulación de capitales como los convenios de doble imposición aspiran a eliminar la doble imposición al percibir dividendos un no residente, se demanda comprobar si la aplicación del convenio de doble imposición evita la citada doble tributación y, por lo tanto, si se lograría neutralizar la eventual restricción a la libertad comunitaria.

Conviene recordar que el convenio de doble imposición es un tratado internacional que desde su publicación en España forma parte del derecho interno, de acuerdo con el artículo 96.1 de la CE. Por tanto, forma parte del «marco jurídico aplicable» al supuesto de hecho que se analiza.

La STJUE de 19 de enero de 2006 (asunto C-265/04 –NFJ021865–) pone de manifiesto que el estudio de las libertades comunitarias no debe llevarse a cabo sin tener en consideración el convenio de doble imposición que resulte de aplicación. En dicho procedimiento, la Comisión defendió que el respeto al derecho comunitario no puede depender del contenido de un convenio de doble imposición celebrado entre dos Estados miembros (véase el apdo. 46 de la mencionada resolución). Sin embargo, el tribunal comunitario no acogió ese razonamiento.

De tal forma que el TJUE, en el apartado 51 de la citada resolución comunitaria, indica que:

Dado que el régimen fiscal que resulta del convenio franco-sueco, interpretado a la luz de los comentarios del modelo de convenio de la OCDE, forma parte del

marco jurídico aplicable al asunto principal y que como tal ha sido presentado por el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de Justicia debe tenerlo en cuenta para dar una interpretación del Derecho comunitario eficaz para el juez nacional.

En consonancia con lo anterior, hay que señalar que la jurisprudencia del TJUE ha considerado relevantes los efectos de un convenio de doble imposición cuando se analiza la compatibilidad de una norma nacional con el derecho comunitario, en la medida en que permita compensar el importe de los impuestos pagados en el Estado donde se perciben los dividendos<sup>37</sup>. Ello obedece a que sería posible neutralizar la restricción a la libre circulación de capitales por la aplicación de lo dispuesto en un convenio de doble imposición y, en consecuencia, el Estado miembro habría cumplido con las exigencias del derecho comunitario.

En palabras del TJUE:

El Tribunal de Justicia ha declarado que no puede descartarse que un Estado miembro consiga garantizar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Tratado celebrando un convenio para evitar la doble imposición con otro Estado miembro (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, apartado 71; *Amurta*, apartado 79, y *Comisión/Italia*, apartado 36).

En el ámbito de la tributación de la percepción de dividendos por vehículos inversores (en concreto, planes de pensiones no comunitarios), el tribunal comunitario ha reconocido la posible incidencia de un convenio de doble imposición aplicable. Así, cabe citar las conclusiones del auto de 21 de enero de 2020 (asunto C-613/18) cuando señala que:

Los artículos 63 TFUE y 65 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual los dividendos distribuidos por una sociedad residente están sujetos a un impuesto cuyo tipo efectivo es mayor cuando los percibe una persona jurídica residente en un país tercero que no ejerce con carácter principal actividades comerciales, industriales o agrícolas que cuando los percibe una persona jurídica residente en dicho Estado miembro. Solo se impone la conclusión contraria si la aplicación del Convenio fiscal entre Canadá y la República Portuguesa, firmado el 14 de junio de 1999, para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia del impuesto sobre la renta y del impuesto sobre sociedades, permite neutralizar los efectos de la diferencia de trato que crea

<sup>37</sup> Véanse las SSTJCE de 14 de diciembre de 2006 (asunto C-170/05, caso *Denkavit* –NFJ024423–, apdo. 45) y de 8 de noviembre de 2007 (asunto C-379-05, caso *Amurta* –NFJ026644–, apdo. 79), y las SSTJUE de 3 de junio de 2010 (asunto C-487/08, caso *Comisión contra España* –NFJ038558–, apdo. 58) y de 17 de septiembre de 2015 (asuntos C-10/14, C-14/14 y C-17/14 –NFJ059548–, apdo. 78).

la normativa de dicho Estado miembro, circunstancia que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

Igualmente, referido a la tributación de una IIC no residente, el TJUE, en la sentencia de 17 de septiembre de 2015 (asuntos acumulados C-10/14, C-14/14 y C-17/14 –NFJ059548–), reiteró que un Estado podría garantizar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del tratado celebrando un convenio para evitar la doble imposición con otro Estado miembro. Esta afirmación se realiza para el asunto C-17/14, cuyo perceptor de dividendos es un fondo de inversión francés, si bien la violación de la libertad comunitaria se alegaba por un partícipe del fondo de inversión.

En definitiva, a tenor de la jurisprudencia comunitaria, el análisis de la compatibilidad de una norma nacional con el derecho comunitario demanda profundizar en el estudio de los efectos del convenio de doble imposición aplicables a los hechos.

#### A) Extensión del análisis de neutralización a los socios

En las sentencias que se analizan, el TS aborda la cuestión de la extensión o no del análisis de la neutralización en la tributación de los partícipes (lo que se pudiera denominar «tributación de segundo nivel»). En concreto, el Alto Tribunal afirma que:

El principal precedente sobre esta cuestión desde la perspectiva de los dividendos percibidos por Instituciones de Inversión Colectiva es la Sentencia del TJUE de 10 de abril de 2014, caso *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12), en la que el TJUE concluyó que la eventual neutralización debería verificarse en sede de la IIC, sin que fuera relevante la tributación de sus partícipes.

Esa última afirmación del TS demanda un escrutinio de la resolución que sustenta la misma para verificar si es fiel reflejo de la jurisprudencia comunitaria. El análisis debe partir de entender que la cita a la STJUE de 10 de abril de 2014 (asunto C-190/12, caso *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* –NFJ054063–) está referida al párrafo 64, ya que el mismo alude a que pueda neutralizarse la restricción.

Si se examina el mencionado párrafo, se detecta que está incluido en el apartado relativo a la comparabilidad. De tal forma que la citada resolución comunitaria no contendría pronunciamiento alguno en materia de neutralización. Esta conclusión queda ratificada de forma irrefutable a la vista del párrafo 46 de las conclusiones del abogado general en dicho procedimiento, que afirma:

Procede poner de manifiesto que no se ha formulado ninguna alegación en el presente procedimiento, según la cual la aplicación de las disposiciones del Convenio para evitar la doble imposición de 1974 permite neutralizar, en cualquier caso, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la diferencia de trato.

En consecuencia, en la citada resolución comunitaria, el TJUE se limita a analizar la comparabilidad (segunda fase de análisis del esquema de enjuiciamiento antes descrito), pero no examinó la cuestión de la neutralización porque ninguna de las partes la alegó. En definitiva, en dicha sentencia no existe pronunciamiento del TJUE sobre la relevancia o no de la tributación de los partícipes en la neutralización de los efectos de la diferencia de trato por la aplicación de un convenio de doble imposición.

En sentido contrario a la afirmación del TS, cabe citar la STJUE de 17 de septiembre de 2015 (asuntos C-10/14, C-14/14 y C-17/14 –NFJ059548–), referida a la neutralización por la aplicación de un convenio, que indica en los hechos descritos en los apartados 32 a 35 que es el partícipe de un fondo de inversión francés quien invoca la violación del derecho comunitario. En dicha resolución, el TJUE no ha tenido inconveniente en extender a la tributación<sup>38</sup> de los socios el análisis de la neutralización y entendió justificada la restricción a la libertad comunitaria en virtud de los efectos de un convenio de doble imposición en determinados ejercicios (véase el párrafo 85).

B) La carga de la prueba de que se ha neutralizado el trato discriminatorio por el eventual juego de lo dispuesto en el convenio bilateral

Esta cuestión figura en los autos de admisión de todos los recursos de casación cuyas sentencias se analizan, pero no ha obtenido respuesta del TS. Ello obedece a que el Alto Tribunal español no se ha pronunciado expresamente sobre a quién corresponde la carga de la prueba de la neutralización del eventual trato discriminatorio por la aplicación de lo dispuesto en un convenio de doble imposición.

Los tribunales de instancia habían mantenido posiciones contrarias sobre a quién correspondía la carga de la prueba de la neutralización. Para la AN, en la sentencia recurrida<sup>39</sup>, la neutralización es una excepción que, como tal, incumbe a quien la afirma la carga de verificarla y probarla. Se estaría en presencia de un hecho excluyente que correspondía probar a la Administración. Además, se argumentaba que esta información tributaria está disponible mediante las disposiciones sobre intercambio de información contenidas en los convenios fiscales.

---

<sup>38</sup> Cabe recordar que el apartado 32 de dicha sentencia se inicia indicando que:

La Société Générale tiene su domicilio social en Francia. A través de su fondo de inversión, domiciliado asimismo en Francia, entre 2000 y 2008 estuvo en posesión de paquetes de acciones que representaban menos del 5 % del capital social de sociedades neerlandesas que cotizan en bolsa. En el transcurso de esos años se distribuyeron dividendos a la Société Générale, previa retención en la fuente del 15 % efectuada por la Administración tributaria neerlandesa en concepto de impuesto sobre los dividendos.

<sup>39</sup> Se trata de la SAN de 30 de julio de 2021 (rec. núm. 709/2019 –NFJ089257–). Un análisis de este posicionamiento de la AN se contiene en Ballesteros Huete (2023).

En cambio, el TSJ de Madrid, en las resoluciones impugnadas, señalaba la falta de acreditación de la recurrente en relación con que hubiera podido disponer de un crédito fiscal por aplicación del convenio de doble imposición. De tal forma que, implícitamente, consideraba que la carga de la prueba de la neutralización correspondía al contribuyente.

En el ámbito de la libre circulación de capitales, aplicada a la percepción de dividendos por IIC no residentes, el TJUE<sup>40</sup> afirma que dicha libertad pretende evitar que puedan existir restricciones que disuadan de realizar inversiones a las citadas entidades. La materialización de dichas medidas se manifestaría en la existencia de una doble imposición económica sobre los citados dividendos.

En consecuencia, para determinar la existencia o no de neutralización es necesario conocer la carga tributaria global soportada por el contribuyente tanto en el Estado en el que se perciben los dividendos como en el Estado de establecimiento del perceptor. Solo cuando se conozcan los datos de tributación en ambos países se estará en condiciones de determinar si se ha neutralizado o no la discriminación sufrida en el Estado en el que se perciben los dividendos.

El análisis descrito en el párrafo precedente exige conocer el régimen jurídico de la tributación de los dividendos en el Estado de residencia de la IIC tanto a un primer nivel como a nivel de partícipes cuando exista una trazabilidad entre los dividendos percibidos por la IIC y los ingresos que se atribuyen a los partícipes<sup>41</sup>.

La exigencia anterior deber partir determinando si la normativa del país de constitución de la IIC permite la deducción del impuesto pagado en España, bien a nivel del vehículo inversor, o bien a nivel de partícipe. Una vez contestado positivamente a la cuestión anterior, se debería conocer el impuesto pagado en el extranjero por los dividendos percibidos en España y si ha sido posible deducirse el impuesto español.

<sup>40</sup> Véanse la SSTJUE de 10 de mayo de 2012 (asuntos C-338/11 a 347/11 –NFJ046753–, apdo. 15) y de 10 de abril de 2014 (asunto C-190/12 –NFJ054063–, apdo. 39), en las que se indica que:

De reiterada jurisprudencia resulta asimismo 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 (sentencias de 25 de enero de 2007, Festeren, C-370/05, Rec. p. I-1129, apartado 24; de 18 de diciembre de 2007, A, C-101/05, Rec. p. I-11531, apartado 40, 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).

<sup>41</sup> En este ámbito cobra una gran importancia la distinción entre las IIC de acumulación y las de reparto. Las primeras tratarían de reinvertir los rendimientos obtenidos, mientras las segundas optarían por repartirlos, generalmente anualmente, a sus partícipes. Las IIC de reparto, al trasladar los rendimientos a los socios, también podrían imputar los impuestos extranjeros pagados en el año. En las IIC de reparto es complicado trasladar a los socios los impuestos extranjeros si no se reparten los rendimientos.



Se advierte que las circunstancias demandadas para que exista neutralización no están presentes en el régimen jurídico tributario de las IIC constituidas en España. La normativa española no permite la deducción de los impuestos pagados en el extranjero. Ello obedece a que los artículos 57 y 58 del texto refundido de la Ley del IS, así como los artículos 52 y 53 de la actual Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del IS, que regulan esta materia, no permiten la aplicación de ninguna medida para evitar o paliar el impacto de la doble imposición ni en la IIC ni en los socios de las mismas. El mandato de estos preceptos sería que, cuando una IIC residente en España perciba dividendos que han tributado en el extranjero, no puede aplicar ni la exención por la percepción de los mismos (dando por supuesto que cumple los requisitos que se exigen para disfrutar de dicho beneficio fiscal) ni la deducción por doble imposición<sup>42</sup>.

En coherencia con las consideraciones anteriores, el elemento esencial para probar la neutralización sería la tributación en el Estado de constitución de la IIC de los dividendos percibidos en España y la posible deducción del impuesto pagado en España. Obviamente, estas informaciones no están al alcance de las Administraciones tributarias del país donde se perciben los dividendos y solo es posible el acceso a la misma a través de los mecanismos internacionales de intercambio de información. De tal forma que, cuando la AN falla determinando que la carga de la prueba de la neutralización recae en exclusiva sobre la Administración, supone exigir a la Administración que lleve a cabo, de forma obligatoria, el uso de los citados mecanismos.

Resulta de interés profundizar en el análisis de esta materia desde la perspectiva de la jurisprudencia comunitaria, ya que se juzga la procedencia de aplicar una ventaja fiscal por violación del derecho comunitario.

El TJUE llevó a cabo un primer pronunciamiento sobre el uso de los Estados de los instrumentos de asistencia mutua, en el marco de la imposición indirecta, en la STJCE de 27 de septiembre de 2007 (asunto C-184/05 –NFJ026439–). El tribunal comunitario ya manifestó que sus razonamientos eran de aplicación a la imposición directa, no en vano, incluía en los mismos la directiva sobre asistencia mutua.

El TJUE falló indicando que la directiva sobre asistencia mutua y el reglamento sobre cooperación administrativa no confieren derechos a los particulares, ya que las Administraciones fiscales tienen la facultad de solicitar aquella información, pero esta solicitud no tiene de ningún modo carácter obligatorio, ya que cada Estado miembro puede apreciar

<sup>42</sup> Desde la óptica de la neutralización cuando una IIC constituida en España alegase violación del derecho comunitario por percibir dividendos en otro Estado miembro de la Unión Europea, no sería posible que este último Estado alegase la existencia de neutralización porque el régimen tributario de la IIC residente en España no lo permite. En definitiva, el impuesto extranjero sería una carga final irrecuperable para la IIC constituida en España. En España se favorece fiscalmente a las IIC de acumulación. Estas IIC no reparten periódicamente sus rendimientos a los socios, lo que dificulta la deducción de los impuestos extranjeros.

los casos específicos en los que falta información y decidir la presentación de una solicitud de información a otro Estado miembro. Igualmente, recuerda el tribunal que las autoridades del Estado requerido no están siempre obligadas a facilitar la información solicitada, ya que, para contestar, se exige que la autoridad competente del Estado requirente haya agotado sus propias fuentes habituales de información.

La doctrina anterior se reitera por el tribunal comunitario en la STJUE de 10 de febrero de 2011 (asuntos acumulados C436/08 y C437/08 –NFJ041413–), relativa a la prueba de los impuestos pagados en el extranjero, recordando que la posibilidad de solicitar información a la autoridad competente de otro Estado miembro no tiene de ningún modo carácter obligatorio. Además, añade que la falta de un flujo de información por parte del inversor no es un problema que deba atajar el Estado miembro afectado<sup>43</sup>. Considera el TJUE que acreditar los impuestos pagados en el extranjero no puede considerarse como una carga administrativa excesiva para los contribuyentes.

Igualmente, en lo relativo a acreditar la tributación de los dividendos en otro Estado, diferente a la alegación de la violación del derecho comunitario, en la STJUE de 15 de septiembre de 2011 (asunto C-310/09 –NFJ044040–) el TJUE realiza varias aseveraciones reafirmando su jurisprudencia anterior:

97 Además, contrariamente a lo que sostiene Accor, la circunstancia de que la Administración tributaria pueda aplicar el mecanismo de asistencia mutua previsto en la Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1997, 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), en su redacción dada por la Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992 (DO L 76, p. 1) (en lo sucesivo, «Directiva 77/799») no implica que esté obligada a dispensar a la sociedad matriz beneficiaria de dividendos de la obligación de aportar la prueba relativa al impuesto pagado por la sociedad que distribuye beneficios en otro Estado miembro (véanse las sentencias citadas Haribo Lakritzen Hans Riegel y Österreichische Salinen, apartado 100, y Meilicke y otros, apartado 50).

98 En efecto, dado que la Directiva 77/799 prevé la facultad de las administraciones tributarias nacionales de solicitar la información que no puedan obtener por sí mismas, el Tribunal de Justicia ha señalado que el hecho de que el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 77/799 contenga el término «podrá», muestra que, si bien esas administraciones tienen ciertamente la posibilidad de solicitar información a

<sup>43</sup> Martín Jiménez y Calderón Carrero (2012) indican que:

A estos efectos, continuó el TJUE, el hecho de que el Estado miembro pudiera utilizar acudir a la Directiva 77/799 (o a los convenios que tengan cláusulas de intercambio de información) para obtener la información relevante no pueden ni deben generar una obligación para éste de subsanar los problemas que tienen los inversores en relación con el flujo de información.

la autoridad competente de otro Estado miembro, tal solicitud no tiene de ningún modo carácter obligatorio. Corresponde a cada Estado miembro apreciar los casos específicos en los que falta la información relativa a las transacciones realizadas por los sujetos pasivos establecidos en su territorio y decidir si esos casos requieren la presentación de una solicitud de información a otro Estado miembro (sentencias de 27 de septiembre de 2007, *Twoh International*, C184/05, Rec. p. I7897, apartado 32, así como las citadas sentencias *Persche*, apartado 65, *Haribo Lakritzen Hans Riegel* y *Österreichische Salinen*, apartado 101, y *Meilicke* y otros, apartado 51).

Conforme a la reiterada jurisprudencia del TJUE, los Estados no están obligados a acudir a los mecanismos de intercambio de información para conocer los impuestos pagados en el extranjero; por ello, debe ser el contribuyente quien aporte la documentación suficiente relativa a la tributación de los dividendos en el extranjero. En caso contrario, no se estará en condiciones de llevar a cabo un análisis completo y riguroso de la neutralización.

De tal forma que el TJUE no ha dispensado a los contribuyentes de probar los impuestos pagados en el extranjero para acceder a la ventaja fiscal solicitada. Es decir, la carga de la prueba de los tributos pagados en el extranjero corresponde al contribuyente, sin que quepa un desplazamiento de la misma a las Administraciones en virtud de los mecanismos de intercambio de información pactados entre los Estados.

La conclusión del examen de la jurisprudencia comunitaria, relativa a que los Estados no están obligados a acudir a los mecanismos de intercambio de información para conocer los impuestos pagados en el extranjero, es que puede considerarse contraria a los criterios acogidos en los pronunciamientos<sup>44</sup> de la AN. El tribunal de instancia fundamentaba su decisión en la normativa nacional sobre la carga de la prueba, si bien, a la vista del objeto de la controversia, la cuestión debería resolverse de conformidad con el derecho comunitario.

### C) Efectos del incumplimiento de la carga de la prueba

El TJUE se ha pronunciado sobre las consecuencias del incumplimiento de la carga de la prueba de los impuestos pagados en el extranjero por parte de los contribuyentes. Así, en la STJUE de 10 de febrero de 2011 (asuntos acumulados C436/08 y C437/08, caso *Haribo Lakritzen Hans Riegel* –NFJ041413–, párrafo 98) manifiesta que:

Si bien es cierto que la propia sociedad beneficiaria de dividendos no dispone de la totalidad de las informaciones relativas al impuesto sobre sociedades que haya

<sup>44</sup> La AN viene fallando imponiendo la carga de la prueba de la neutralización, en exclusiva, a la Administración. Cabe citar, por todas, la SAN de 12 de septiembre de 2022 (rec. núm. 1075/2017 –NFJ088071–), referida a una solicitud del IRNR por violación de derecho comunitario, cuyo demandante era una sociedad de inversión constituida en Estados Unidos.

gravado los dividendos distribuidos por una sociedad establecida en otro Estado miembro o en un tercer Estado parte en el Acuerdo EEE, esta última sociedad conoce en todo caso esas informaciones. Pues bien, en esas circunstancias cualquier dificultad de la sociedad beneficiaria para obtener las informaciones exigidas acerca del impuesto pagado por la sociedad que distribuye los dividendos no está relacionada con la complejidad intrínseca de esas informaciones sino con la eventual falta de cooperación de la sociedad que dispone de ellas. Como pone de relieve la Abogado General en el punto 58 de sus conclusiones, la falta de un flujo de información por parte del inversor no es un problema de deba atajar el Estado miembro afectado.

Idéntica afirmación se contiene en la STJUE de 30 de junio de 2011 (asunto C-262/09 –NFJ043187–) con el siguiente literal:

48 En efecto, como el Tribunal de Justicia ha señalado ya, la falta de un flujo de información por parte del inversor no es un problema que deba atajar el Estado miembro afectado (véase la sentencia Haribo Lakritzen Hans Riegel y Österreichische Salinen, antes citada, apartado 98).

Finalmente, en la ya citada STJUE de 15 de septiembre de 2011 (asunto C310/09 –NFJ044040–), el tribunal comunitario, en el apartado 96, reitera que «la falta de un flujo de información por parte del inversor no es un problema que deba atajar el Estado miembro afectado (véase la sentencia Haribo Lakritzen Hans Riegel y Österreichische Salinen, antes citada, apartado 98)».

En concordancia con lo anterior, se puede concluir indicando que la jurisprudencia comunitaria permite denegar la ventaja fiscal cuando el contribuyente no aporta datos concretos sobre la tributación en otro Estado diferente del que ocasiona la restricción a la libertad comunitaria. El Estado miembro no debe desplegar ninguna actividad probatoria para denegar un determinado beneficio fiscal y está legitimado para denegar el mismo cuando no se aporte información completa y veraz del importe de los impuestos pagados en el extranjero.

## 7. Conclusiones

La forma de razonar del TS determinando que la norma española viola el derecho comunitario por generar una restricción o discriminación a las inversiones de los no residentes carecería de apoyo en la jurisprudencia del TJUE. Esta posición del Alto Tribunal nacional no tiene en consideración la interpretación que viene realizando el tribunal comunitario de las discriminaciones, en función de la residencia fiscal, permitidas por el artículo 65.1 a) del TFUE y la prohibición de discriminaciones arbitrarias del apartado 3 del mismo artículo 65 del TFUE.

El TJUE viene fallando, de forma continuada en el tiempo, que, para diferenciar entre un trato respetuoso o no con la libertad comunitaria, se exige que la diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o resulten justificadas por razones imperiosas de interés general.

Cuando el TS declara, a partir del análisis normativo, que la ley española viola el derecho comunitario<sup>45</sup> está omitiendo o postergando las conclusiones que se puedan obtener del examen de que la diferencia de trato afecte a situaciones que sean comparables<sup>46</sup> o de la existencia de justificación de la restricción por razones imperiosas de interés general<sup>47</sup>.

En definitiva, se pone de manifiesto que la forma de razonar del TS no sigue el esquema deductivo que lleva a cabo el TJUE y las consecuencias de ello es que genera situaciones injustificadas y de inequidad. Esta falta de equidad se manifestaría en permitir el acceso a vehículos inversores no residentes al beneficio fiscal cuando en situaciones idénticas o similares se deniega el mismo a las IIC residentes. Esta consecuencia negativa no procedería si se hubiese seguido el razonamiento del TJUE con el análisis de todas las fases, en especial, la situación comparable, y la obtención de la conclusión al finalizar el estudio de las mismas.

En línea con lo anterior y la falta de separación claramente de las fases de enjuiciamiento, se detecta que el TS acude a razonamientos realizados por el TJUE que no se corresponden

<sup>45</sup> Hay que recordar que los argumentos utilizados por el TS para llegar a esa conclusión, tales como la ausencia de un mecanismo para la obtención de la devolución o la falta de regulación de los elementos de la comparabilidad, no son sino las consecuencias lógicas de la existencia de una restricción y el TJUE no les ha otorgado a los mismos la relevancia que les otorga el Alto Tribunal nacional.

<sup>46</sup> Un posible ejemplo de esta forma de razonar del TS sería la STS de 25 de abril de 2023 (rec. núm. 8494/2021 –NFJ089587–), que fija los elementos relevantes para apreciar la situación de comparabilidad. En el FD 2 se describe la información aportada por el contribuyente, entre la cual no consta la legislación de país de constitución (Alemania). La relevancia de esta prueba para realizar un análisis serio y riguroso de la comparabilidad ha sido reconocida por el TJUE en la STJUE de 30 de enero de 2020 (asunto C-156/17, caso Köln-Aktienfonds Deka –NFJ076097–, apdo. 75). El TS, cuando resuelve, señala que: «La decisión de la sentencia recurrida es sustancialmente coherente con la doctrina jurisprudencial que hemos fijado». En ausencia de la legislación del país de constitución de la IIC surgen dudas sobre la acreditación de los elementos de la comparabilidad exigidos, tales como que se trate de una entidad que capte aportaciones de capital del público en general o que está gestionada por una entidad, autorizada, a su vez, en su país de origen o residencia, como gestor de fondos de inversión alternativa.

<sup>47</sup> En el ámbito de la justificación de la restricción por razones imperiosas de interés general, el TJUE ha aceptado la relativa a garantizar la eficacia de los controles fiscales en ausencia de un convenio de doble imposición con cláusula de intercambio de información. De tal forma que no procedería reconocer el beneficio fiscal a un vehículo inversor establecido en un territorio sin convenio de doble imposición. Ahora bien, la forma de razonar del TS considerando que existe una infracción del derecho comunitario en el ámbito normativo permitiría que dicho contribuyente accediese a la tributación reducida. Es claro que esta decisión no sería coherente con la jurisprudencia del TJUE. En este caso, la jurisprudencia del TS no tendría en consideración la causa de garantizar la eficacia de los controles fiscales.

con la cuestión que se analiza. Se han detectado varias citas a resoluciones comunitarias que responden a otra fase de análisis o un enfoque diferente de la cuestión a dirimir<sup>48</sup>.

Es muy cuestionable que exista una infracción originaria del derecho de la Unión Europea y que la misma obedezca a imponer como elemento diferenciador del tratamiento tributario la residencia en España. El análisis completo de la normativa española incluyendo las IIC cerradas permite poner en tela de juicio las afirmaciones anteriores.

El TJUE viene dictaminando que en la tributación de la percepción de dividendos la situación de los no residentes y residentes es comparable, para después examinar la existencia de situación objetivamente comparable entre residentes y no residentes, teniendo en cuenta el objetivo de la normativa nacional controvertida, así como el objeto y el contenido de esta. Para el TS, el estudio de la comparabilidad debe partir de los elementos esenciales intrínsecos considerados por el legislador español para otorgar el beneficio fiscal, interpretados conforme a las disposiciones del derecho de la Unión.

Los elementos fijados por el TS (captación de ahorro del público, existencia de autoridad de autorización y control y presencia de una gestora) se consideran coherentes con el objetivo de la normativa nacional controvertida que otorga el beneficio fiscal. Sin embargo, se considera que también debió exigirse que estuviese presente el carácter abierto de salida de los partícipes<sup>49</sup>.

Junto a lo anterior, se detecta que existen algunas omisiones al fijar dichos elementos. Por ello, se considera que se deben completar los requisitos exigidos por el TS con los siguientes:

- Que la captación del ahorro del público se realice mediante la suscripción de las participaciones.
- La existencia de un depositario.
- El reconocimiento de un derecho de reembolso al partícipe.
- La existencia de unas obligaciones de información de la IIC.
- La presencia de un folleto que vincule al fondo con todos los partícipes.

<sup>48</sup> Cabe citar la referencia a la situación comparable en general entre los residentes y no residentes cuando perciben dividendos, que ha sido utilizada para analizar la presencia de situaciones objetivamente comparables cuando se atiende a los requisitos exigidos por la normativa nacional.

<sup>49</sup> El Alto Tribunal considera irrelevante el carácter abierto de salida de la IIC, que supone un derecho de separación del socio o partícipe de la IIC, al reconocerse un derecho de reembolso con cargo al patrimonio de la misma. El TS no menciona que la supresión de este derecho de reembolso da lugar a una IIC cerrada, regulada en la normativa financiera española. Estas IIC cerradas residentes no tienen acceso al beneficio fiscal.

En el ámbito de la neutralización, el TS niega que el análisis de dicha cuestión se extienda a los socios, con base en una resolución comunitaria que no enjuicia este aspecto de la controversia, omitiendo la existencia de jurisprudencia comunitaria relevante para dilucidar la misma.

El TS ha evitado responder a quién corresponde la carga de la prueba de que se ha neutralizado el trato discriminatorio por el eventual juego de lo dispuesto en el convenio bilateral. El análisis de la neutralización exige conocer la tributación en el Estado de residencia de la IIC no residente. El estudio llevado a cabo de la jurisprudencia comunitaria revela que el TJUE ha establecido que la carga de la prueba de los tributos pagados en el extranjero corresponde al contribuyente, sin que quepa un desplazamiento de la misma a las Administraciones en virtud de los mecanismos de intercambio de información pactados entre los Estados.

Según el TJUE, la consecuencia del incumplimiento por parte de los contribuyentes de la carga de la prueba de los tributos pagados en el extranjero es que permite al Estado en el que se alega violación del derecho comunitario denegar la ventaja fiscal solicitada.

## Referencias bibliográficas

- Ballesteros Huete, A. (2023). Libre circulación de capitales: la tributación en España de los fondos de inversión estadounidenses. *Cuadernos de Formación*, 29(2). IEF.
- Ballesteros Pomar, B. (2017). Tratamiento fiscal de las instituciones de inversión colectiva no residentes en España. ¿Vulneración de las libertades comunitarias? *Cuadernos de Formación*, 21(2.ª época). IEF.
- Barrachina Juan, E. (1 de marzo de 2010). El principio de libre circulación de capitales: análisis de la discriminación en la fiscalidad de dividendos. *El Fisco*, 161. <http://elfisco.com/articulos/revista-no-161-el-principio-de-libre-circulacion-de-capitales-analisis-de-la-discriminacion-en-la-fiscalidad-de-dividendos>
- Calderón Carrero, J. M. y Quintas Seara, A. (2023). Libre circulación de capitales y «fondos de inversión libres» («hedge funds»): doctrina del Tribunal Supremo a favor de la no discriminación fiscal de los dividendos obtenidos por fondos no residentes. *Quincena Fiscal*, 18.
- López Rodríguez, J. (2023). Ayudas de Estado y libertades básicas. En *Derecho europeo y sistema tributario español: una evaluación en profundidad*. Fundación Impuestos y Competitividad.
- Martín Jiménez, A. J. y Calderón Carrero, J. M. (2007). La armonización jurisprudencial de la imposición directa: las implicaciones fiscales del principio comunitario de no discriminación en relación con las libertades básicas comunitarias. En *Manual de fiscalidad internacional*. IEF.
- Martín Jiménez, A. J. y Calderón Carrero, J. M. (2012). La jurisprudencia del TJCE:



los efectos del principio de no discriminación y las libertades básicas comunitarias sobre la legislación nacional en materia de imposición directa. En *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*. CISS.

Ribes Ribes, A. (2018). Análisis de régimen fiscal de las instituciones de inversión colectiva y de sus socios y partícipes en el sistema español. *Crónica Tributaria*, 168.

Sanz Gadea, E. (2019). Devoluciones de retenciones por el impuesto sobre la renta de no residentes a instituciones de inversión colectiva extranjeras. (Análisis de la STS de 5 de diciembre de 2018. rec. núm. 129/2017). *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 432, 197-208. <https://revistas.cef.udima.es/index.php/RCyT/article/view/3855>

Sanz Gadea, E. (2020a). La tributación de las rentas de capital a tenor de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 453, 1-150 (digital). <https://doi.org/10.51302/rcyt.2020.3783>

Sanz Gadea, E. (2020b). Tributación de las rentas obtenidas por las instituciones de inversión colectiva (IIC) y sus partícipes. *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 443, 1-66 (digital). <https://doi.org/10.51302/rcyt.2020.3595>

Sanz Gadea, E. (2020c). Tributación de los dividendos pagados a las instituciones de inversión colectiva extranjeras. *La Ley Digital*, 11806.

**Ángel Rodríguez Rodríguez.** Licenciado en Derecho. Técnico de auditoría y contabilidad. Inspector de Hacienda del Estado. Autor de diversas publicaciones sobre cuestiones de derecho tributario. Ha participado como ponente en cursos, ponencias y seminarios impartidos por diversos centros oficiales, sobre dicha materia.