



Roj: **ATS 1266/2025 - ECLI:ES:TS:2025:1266A**

Id Cendoj: **28079130022025200011**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **11/02/2025**

Nº de Recurso: **8746/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LA ESPERANZA CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección: SEGUNDA**

#### **AUTO**

Fecha del auto: 11/02/2025

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 8746/2022

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Esperanza Córdoba Castroverde

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 2

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Antonio Naranjo Lemos

Transcrito por: CCN

Nota:

R. CASACION núm.: 8746/2022

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Esperanza Córdoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Antonio Naranjo Lemos

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección: SEGUNDA**

#### **AUTO**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Francisco José Navarro Sanchís, presidente

D. José María del Riego Valledor

D. Rafael Toledano Cantero

D. Isaac Merino Jara

D.<sup>a</sup> Esperanza Córdoba Castroverde

En Madrid, a 11 de febrero de 2025.



Dada cuenta; de conformidad con los arts. 19, apartado 3, letra b), del Tratado de la Unión Europea (en lo sucesivo, "TUE"); 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, "TFUE"), y 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en lo sucesivo, "LOPJ") resulta preciso que el Tribunal de Justicia (en adelante, "TJUE") interprete los artículos 63 y 65 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE") y los artículos 13.1.f) y 25.1 Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo ("TRLIRNR"), artículo 28.5 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo ("TRIS") y artículos 10 y 24 del Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los impuestos sobre la renta, hecho en Madrid el 22 de febrero de 1990 ("CDI") a cuyo fin se plantea la siguiente cuestión prejudicial.

Ha sido ponente la Excm.a Sra. D.ª Esperanza Córdoba Castroverde.

## HECHOS

### PRIMERO. - El objeto del recurso de casación en el que se plantea la cuestión prejudicial.

1.-Esta cuestión prejudicial se presenta en el marco de un litigio que enfrenta a ISHARES EUROPE ETF (en lo sucesivo, "ISHARES") con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (Agencia Tributaria), como consecuencia de una solicitud de devolución de las cantidades que le fueron retenidas a cuenta del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR) sobre los dividendos obtenidos en sus inversiones en acciones españolas en los ejercicios 2007 a 2010, con las que muestra su disconformidad en lo que atañe al tipo aplicado.

2.-El Tribunal Supremo ha de enjuiciar el recurso de casación que ha interpuesto la Abogacía del Estado, en representación de la Administración General del Estado, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2022, recurso 1325/2017, que estimó el recurso formulado por ISHARES contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 5 de octubre de 2017, que había desestimado las reclamaciones económico-administrativas formuladas frente a las liquidaciones practicadas por el concepto de Impuesto de la Renta de No Residentes, ejercicios 2007 a 2010.

### SEGUNDO. - Los antecedentes administrativos.

3.-ISHARES es una institución de inversión colectiva residente en Estados Unidos de América que cumple los requisitos para ser considerada una sociedad de inversión regulada (*Regulated Investment Company* "RIC").

4.-ISHARES presentó ante la Agencia Tributaria diversas solicitudes de devolución de las cantidades que le habían sido retenidas a cuenta del IRNR, ejercicios 2007 a 2010 sobre los dividendos obtenidos de sus inversiones en acciones españolas.

En concreto, interesaba la devolución de las cantidades que habían sido indebidamente ingresadas y que son el resultado de la diferencia entre el importe de las retenciones practicadas (15%) y el importe al que le hubiera correspondido tributar (1%) sobre el dividendo bruto. La razón de dicha solicitud radica en que ISHARES exige que se le aplique el mismo trato que a los fondos de inversión españoles y, por tanto, interesa abonar exclusivamente el 1%.

5.-La Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Tributaria resolvió que no procedía devolver cantidad alguna al negar la comparabilidad de la entidad reclamante con las Instituciones de Inversión colectiva españolas (IIC).

6.-Frente a los acuerdos de liquidación se presentaron reclamaciones económico-administrativas ante el Tribunal Económico-Administrativo Central que, mediante resolución de 5 de octubre de 2017, fueron desestimadas por dos motivos. En primer lugar, considera que la situación de la entidad reclamante no es objetivamente comparable con las IIC españolas (fundamento de derecho quinto). Adicionalmente, sostiene que la restricción a la libertad de circulación habría sido neutralizada, en cualquier caso, dado que ISHARES no había acreditado cuál había sido la tributación a la que se ha sujetado la retención en Estados Unidos (fundamento sexto).

7.-Contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, ISHARES interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

8.-Mediante sentencia de fecha 12 de septiembre de 2022, la Sala de la Audiencia Nacional estimó el recurso 1325/2017 y declaró el derecho de la recurrente a la devolución de las cantidades solicitadas con abono de los intereses desde que se practicó la retención.

En síntesis, admitió, en primer lugar, la comparabilidad de las RIC y las IIC.

A continuación, estimó que no se había acreditado la neutralización del impuesto debido a que la normativa española practicaba una retención en la fuente de entre el 15-18% a las RIC sin posibilidad de devolución, mientras que a las entidades residentes les aplica un tipo del 1%, permitiendo la devolución del exceso retenido, lo que considera discriminatorio y contrario al Derecho de la Unión Europea.

La sentencia señala que el hecho de que la RIC haya optado por imputar a los socios o partícipes el derecho a aplicar en EE. UU. el crédito fiscal por la retención soportada en España no permite afirmar que la Administración haya conseguido acreditar una neutralización plena.

Asimismo, entendió que no es conforme a Derecho exigir a las entidades reclamantes que prueben que sus partícipes han podido neutralizar los efectos de la discriminación mediante la utilización del crédito fiscal en lo que calificaba como una neutralización en el segundo nivel.

Concluyó que le corresponde a la Administración tributaria la carga de probar la neutralización y no admitió la inversión de la carga de la prueba en base a un principio de facilidad probatoria, pues estimó que le corresponde a la Administración utilizar los medios de intercambio de información previstos en los Convenios para obtener dicha información.

9.-La sentencia cuenta con el voto particular de dos magistrados que entienden que, efectivamente, se ha acreditado el efecto neutralizador a través de las cláusulas del CDI. Es decir, la entidad pudo haber ejercitado el derecho a la deducción previsto en el CDI, si bien optó por no neutralizar dicha diferencia, ya que la normativa de su país de residencia le permitía transmitir su crédito fiscal al partícipe del fondo, quien pasa a ostentar dicho crédito y, con ello, el derecho a la devolución.

Concluye el voto particular que el mecanismo de neutralización previsto en el Convenio se ha consumado desde el momento en que la entidad mercantil ha decidido aplicar la normativa interna norteamericana, transmitiendo el crédito a sus partícipes.

### **TERCERO.- Posición de las partes respecto de la cuestión litigiosa.**

10.-La Abogacía del Estado interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional, ya que considera que la RIC pudo deducirse en su impuesto de sociedades el importe íntegro pagado en España.

11.-Sostiene que el hecho de que la RIC hubiera optado finalmente por imputar las rentas y transmitir el crédito fiscal a los socios o partícipes según su normativa interna, no impide que la neutralización ya se hubiera producido, pues el efecto neutralizador no puede depender de la voluntad del obligado.

12.-Es decir, en estos supuestos en los que se constata que la RIC pudo, conforme al CDI y a su normativa nacional, neutralizar íntegramente la diferencia de trato fiscal en España, el hecho de que opte, finalmente, por imputar las rentas y transmitir el crédito fiscal a los socios o partícipes supone de por sí la consumación de la citada neutralización. Por tanto, es indiferente que se produzca o no la neutralización desde el punto de vista de los partícipes, no resultando necesario acreditar la neutralización del impuesto desde la perspectiva de éstos.

13.-Añade que los socios han podido deducirse íntegramente la tributación efectiva soportada por la mercantil recurrente en España, deduciéndose en sus declaraciones el 15% equivalente a la tributación a la que están sometidos los dividendos en EE. UU.

14.-Por el contrario, el escrito de oposición sostiene que el Estado español dispensa a los fondos no residentes un trato fiscal más desfavorable que a sus homólogos españoles en relación con el mismo tipo de rentas, sin que quepa sostener que este trato desigual es compensado o neutralizado *de forma íntegra y en todo caso* en virtud del respectivo CDI.

15.-Reconoce que la RIC puede teóricamente optar por tributar conforme al régimen general del impuesto sobre sociedades de EE. UU, lo que conlleva la posibilidad de deducir de su hipotética cuota la retención soportada en España, con el máximo del impuesto estadounidense correspondiente a dichas rentas (sistema de imputación ordinaria) y con las demás limitaciones previstas en la normativa de EE. UU.

16.-No obstante, aclara que esta opción no se materializa en la práctica por cuanto que, con el objetivo de maximizar su rentabilidad, las RICs optan por aplicar el régimen especial llamado *pass through* este sistema implica la no tributación del Fondo.

17.-Recuerda que el TJUE se ha pronunciado reiteradamente señalando que la mera invocación de una posibilidad teórica de deducir la retención en origen del impuesto debido en el Estado de residencia conforme al CDI no es suficiente para justificar una restricción de capitales como la que acontece en las presentes actuaciones. Defiende que un Estado miembro sólo podría tratar de invocar las disposiciones de un CDI para

justificar una restricción a la libre circulación de capitales, si tuviera certeza de que dichas disposiciones garantizan, en todo caso y por sí solas, neutralizar íntegramente la diferencia de trato en el primer nivel de tributación. Ello requeriría el establecimiento en el CDI de un sistema de deducción con imputación plena en el que constase que el país de residencia permitirá la deducción del importe total del impuesto satisfecho en el país de la fuente sin limitación alguna. Sin embargo, este no es el caso del Convenio suscrito entre España y EE. UU.

**18.-** Por tanto, desde el momento en el que el Estado Español optó por sujetar a tributación los dividendos obtenidos tanto por fondos de inversión residentes como no residentes, debió asumir que la situación entre ambos resultaba comparable a efectos del artículo 63 TFUE y, por tanto, ambos tipos de entidades debían estar sujetas a un trato equivalente.

#### **CUARTO. - Audiencia a las partes a efectos de la cuestión prejudicial.**

**19.-** De acuerdo con el art. 4 bis LOPJ, mediante providencia de 9 de julio de 2024, se dio traslado a las partes por plazo común de 10 días a fin de que formularan alegaciones sobre el planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE conforme al art. 267 TFUE.

**20.-** En escrito de fecha 2 de septiembre de 2024, ISHARES alegó, en síntesis, que se oponía al planteamiento de cuestión prejudicial, primero, al tratarse de una cuestión nueva que no fue objeto de análisis en la instancia y, segundo, al considerar que nos encontramos ante un acto aclarado.

En cuanto al fondo del asunto, recordó que la normativa norteamericana no permite la deducción íntegra, sino que existen importantes limitaciones a la deducibilidad de los impuestos extranjeros. De cualquier forma, añade que la posibilidad teórica de dicha compensación siempre requiere en la práctica que el fondo cuente con cuota íntegra positiva suficiente como para compensar el crédito generado por el impuesto soportado en España.

Reitera que el TJUE ha precisado que es necesario acreditar la existencia de una neutralización íntegra en sede del perceptor de los dividendos ( STJUE 20 de octubre de 2011, asunto C-284/09, *Comisión contra Alemania* o STJUE de 10 de septiembre de 2015, asunto C-10/14, C-14/14 y C-17/14, *Miljoen*).

Sostiene que la respuesta del TJUE carecería de utilidad, pues tampoco hay constancia de que los dividendos se habrían gravado suficientemente a nivel del perceptor directo de la renta (primer nivel) en su Estado de residencia. Es decir, no se ha acreditado la deducción íntegra del gravamen soportado por IRNR, más allá de las disposiciones del CDI.

Rechaza como extravagante la teoría del Abogado del Estado en la que afirma que el mero hecho de que el fondo americano pudiera haber optado por tributar bajo el régimen fiscal ordinario debió llevar a entender que el exceso impositivo soportado en España habría quedado neutralizado. Descarta esta teoría ya que entiende que no se ajusta a la jurisprudencia del TJUE que demanda una deducibilidad íntegra.

En suma, entiende que resulta incontrovertido que el Estado español dispensa a los fondos no residentes un trato fiscal más desfavorable que a sus homólogos españoles, lo que resulta discriminatorio, ya que esa desigualdad no puede ser compensada o neutralizada de forma íntegra.

**21.-** El Abogado del Estado rechaza el planteamiento de una cuestión prejudicial al entender que la doctrina del TJUE es suficientemente clara.

Enuncia sentencias dictadas en el marco de recursos de incumplimiento por parte del TJUE, como la STJUE de 3 de junio de 2010, C-487/08, *Comisión contra España* y advierte que en esta sentencia únicamente se analiza si ha existido una restricción a la libertad de capitales, pero no se valora la posible neutralización. Por tanto, esta jurisprudencia resulta irrelevante para la solución del presente asunto.

Asimismo, menciona diversa jurisprudencia como la Sentencia de 8 de noviembre de 2007, asunto C-379/05, *Amurta*; 19 de noviembre de 2009, C-540/07, *Comisión contra Italia*; 20 de octubre de 2011, C-284/09, *Comisión contra Alemania*; 17 de septiembre de 2015, C-10/14, C14/14; C17/14, *Miljoen X y Société Générale* 16 de junio de 2022, C572/20, *Silicones*.

Aunque admite que no existen sentencias del TJUE que se refieran a un caso como el presente, matiza que en otros pronunciamientos se ha venido señalando que los CDI son la normativa relevante a tener en cuenta. Advierte que no debe realizarse una interpretación del Convenio en abstracto, sino que ha de producirse la verificación de su aplicación al caso concreto atendiendo a los hechos, lo que le corresponde verificar al tribunal nacional.

En definitiva, sostiene que la restricción a la libre circulación de capitales y sus efectos se neutraliza cuando la aplicación concreta del Convenio permite compensar íntegramente los efectos de la diferencia de trato

resultante de la normativa nacional. Entiende que no es relevante que la entidad mercantil se hubiera deducido o no en la práctica las cantidades suficientes para asegurar la neutralización, sino que tuvo la oportunidad de hacerlo porque el Convenio así lo permite. Niega que la decisión voluntaria del obligado a no aplicar esa deducción pueda impedir que se tenga por neutralizada la diferencia.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

### PRIMERO. - La cuestión prejudicial y su relevancia.

**22.-**La controversia subyacente consiste en precisar si podemos considerar neutralizada la eventual restricción a la libre circulación de capitales que puede derivarse de la norma del IRNR, cuando una entidad no residente equivalente a los fondos de inversión armonizados residentes, puede, según el correspondiente Convenio para evitar la doble imposición y la normativa interna de su país de residencia, optar por tributar por su impuesto personal, o transferir su crédito a los partícipes.

Es decir, si podemos considerar que se ha neutralizado el exceso de tributación y, por tanto, no existe ninguna restricción a la libertad de circulación de capitales, cuando la entidad reclamante ha podido deducir de la cuota que le corresponde de su impuesto personal en su país de residencia la totalidad de la cantidad que ha tributado en España por encima de la tributación que aquí soportan las ICC, si bien ha optado por traspasar su crédito fiscal a los partícipes del fondo y someterse a otro régimen de tributación más favorable.

En particular, a esta Sala se le suscitan dudas respecto de la interpretación sistemática de los artículos 63 y 65 TFUE.

**23.-**El Abogado del Estado rechaza el planteamiento de la cuestión prejudicial al entender que las disposiciones de la Unión Europea ya han sido interpretadas por el TJUE o no plantean dudas insuperables, mientras la entidad ISHARES asegura que la cuestión prejudicial no es pertinente.

**24.-**No compartimos las posiciones del Abogado del Estado e ISHARES atendiendo, básicamente, a las siguientes razones:

**24.1.-**En primer lugar, la cuestión prejudicial no es hipotética dado que el Tribunal Supremo necesita conocer la interpretación de los artículos 63 y 65 TFUE para resolver sobre la conformidad a derecho de la solicitud de devolución de cantidades que le fueron retenidas a cuenta del IRNR sobre los dividendos obtenidos en las inversiones en acciones españolas en los ejercicios 2007 a 2010, a las que se le aplicó un tipo del 15% frente al 1% que demanda la mercantil ISHARES.

**24.2.-**En efecto, de esa interpretación depende la solución del litigio, pues es necesario conocer qué tipo impositivo se ha de tener en cuenta en aquellos supuestos en los que la mercantil podría deducirse, según el CDI y su normativa interna, las cantidades que se han retenido según la norma española y, sin embargo, ha optado por transferir su crédito fiscal a los partícipes, de quienes se desconoce su situación fiscal.

En esencia, es necesario conocer si la restricción a la libre circulación de capitales derivada de la retención en España de un 15% de los dividendos obtenidos en empresas españolas, frente al 1% que abonan las entidades residentes, se puede considerar neutralizada por el hecho de haber tenido la oportunidad de haber aplicado las disposiciones del Convenio junto con las disposiciones del Estado de residencia, lo que le podría haber permitido neutralizar el exceso, aunque finalmente no se hubiera materializado porque ISHARES haya decidido transferir su crédito a los partícipes.

Se pregunta si dicha opción de tributación, que posee el Fondo americano, supone por sí misma la consumación de la neutralización a través del mecanismo previsto en el CDI, siendo ya indiferente que se produzca la neutralización o no en relación con los partícipes del fondo y, en consecuencia, siendo irrelevante la prueba a tal fin.

La controversia radica en si es necesario probar que se produce efectivamente la neutralización en sede de partícipes del fondo, una vez que se constata que conforme al CDI y la normativa interna, la RIC podría llegar a obtener la neutralización de la diferencia del trato fiscal en España en el caso de acreditarse, si bien ha optado por imputar las rentas y transmitir el crédito fiscal a los socios o partícipes.

**24.3.** Asimismo, la cuestión de la carga probatoria resulta crucial. ISHARES, como entidad no residente, no ha aportado elementos pertinentes que permitan a las autoridades tributarias del Estado miembro comprobar que se cumplen los requisitos legales para beneficiarse de la devolución interesada, más allá de la invocación de la norma que le impone una retención en el IRNR por un tipo tributario más elevado que a las entidades residentes. Si bien, la sentencia de la Audiencia Nacional concluye que corresponde a la Administración acreditar que se ha producido la neutralización del impuesto y, en consecuencia, entiende que debe acreditar que los partícipes



del Fondo no han podido neutralizar los efectos de la discriminación mediante la utilización del crédito fiscal que le otorga la legislación interna norteamericana.

Por otro lado, se ha acreditado que ISHARES ha transmitido su crédito fiscal a los partícipes del fondo, si bien se desconoce si los mismos han conseguido neutralizar la restricción en la libre circulación de capitales.

En último término, y aunque es cierto que ISHARES pudo optar por tributar por su impuesto personal, de modo que podría llegar a deducirse las retenciones, también lo es que esta facultad de opción le vincula para todos sus rendimientos, no sólo para los obtenidos en España.

**25.-**Además, la relevancia radica en que existen otros dos recursos de casación (rec. núm. 8757/2022 y núm. 8753/2022) que versan sobre idéntica controversia y que se sustentan en idénticos hechos. De modo que la respuesta del TJUE sería directamente aplicable.

**26.-**La cuestión es pertinente y necesaria para resolver el fondo del litigio, pues no se trata de una cuestión nueva que surja en el debate, tal como señala la mercantil ISHARES.

El Abogado del Estado, en el escrito de preparación, de interposición del recurso de casación y en las alegaciones formuladas sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial, ha sostenido que la sentencia impugnada infringe el artículo 63 TFUE, pues entiende que en las presentes actuaciones se ha cumplido efectivamente con el principio de neutralización y, por tanto, no existe una diferencia de trato que afecte a la libertad de movimiento de los capitales.

Dicho argumento se construye sobre la base de que la RIC tuvo la posibilidad real de deducir el exceso de tributación en el primer nivel, si bien finalmente optó por repartir los dividendos entre los partícipes del Fondo, que son los que ostentarán el crédito para exigir la devolución.

La resolución del TEAC se pronuncia sobre el principio de comparabilidad, el principio de neutralización, la libertad de movimientos de los capitales y las restricciones a dicha libertad, mientras la sentencia alude a la neutralización y la imposibilidad de invertir la carga de la prueba, de modo que cada partícipe tenga que acreditar que no se ha producido la neutralización.

Lo que se debe retener es que el debate gira en torno a la misma pretensión y a los mismos motivos impugnatorios: principio de neutralización y libertad de circulación de capitales. Es cierto que se introduce una argumentación adicional a raíz precisamente del contenido de la sentencia y del voto particular, que es la resolución que se combate en el presente recurso de casación. Esta circunstancia, lejos de ser anómala, es propia del desarrollo del recurso de casación, pues debemos tener en cuenta que el objeto de impugnación es la sentencia, no habiéndose alterado en ningún momento el debate.

**27.-**En nuestra opinión, la jurisprudencia del TJUE no permite apreciar con evidencia si podemos considerar neutralizadas las restricciones en la libertad de circulación en aquellos supuestos en los que la empresa mercantil ha tenido la oportunidad de neutralizar el impuesto, según su ley de residencia a la que se remite el CDI, pero ha decidido trasladar el gravamen a los partícipes, sometiéndose a un régimen tributario alternativo que le permite su legislación interna.

Muestra evidente de la falta de jurisprudencia sobre nuestro objeto controvertido es que ambas partes aducen la existencia de acto aclarado amparándose exactamente en las mismas sentencias del TJUE. Es decir, las partes exponen argumentos contradictorios utilizando la misma jurisprudencia del TJUE.

En definitiva, en este contexto, el Tribunal Supremo necesita conocer la interpretación de la normativa de la Unión para resolver "las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso" (art 93 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en adelante, "LRJCA"), interpretación que este tribunal de casación no puede fijar, por sí mismo, ante las dudas que se le suscitan y que, afectando a las solicitudes de devolución de las cantidades en materia del IRNR, constituyen el elemento nuclear de la cuestión de interés casacional que justifica el enjuiciamiento.

## **SEGUNDO. - El Derecho de la Unión Europea.**

**28.-**Con relación a la restricción de capitales entre Estados miembros y terceros, debemos tener en cuenta los artículos 63 y 65 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*.

### **Artículo 63**

1. 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.

2. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas cualesquiera restricciones sobre los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.

## Artículo 65

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.

4. A falta de medidas de aplicación del apartado 3 del artículo 64, la Comisión o, a falta de una decisión de la Comisión dentro de un período de tres meses a partir de la solicitud del Estado miembro interesado, el Consejo, podrá adoptar una decisión que declare que las medidas fiscales restrictivas adoptadas por un Estado miembro con respecto a uno o varios terceros países deben considerarse compatibles con los Tratados en la medida en que las justifique uno de los objetivos de la Unión y sean compatibles con el correcto funcionamiento del mercado interior. El Consejo se pronunciará por unanimidad a instancia de un Estado miembro.

**29.-**En cuanto a la legislación nacional aplicable a las presentes actuaciones, debemos mencionar las siguientes normas:

Artículos 13.1.f) y 25.1 del TRLIRNR.

Artículo 13.1.f):

1. Se consideran rentas obtenidas en territorio español las siguientes:

...

f) Los siguientes rendimientos de capital mobiliario:

1.º Los dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en los fondos propios de entidades residentes en España, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 118 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

Artículo 25:

1. La cuota tributaria se obtendrá aplicando a la base imponible determinada conforme al artículo anterior, los siguientes tipos de gravamen:

f) El 19 por ciento cuando se trate de:

1.º Dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en los fondos propios de una entidad.

**30.-**Asimismo, en relación con las entidades residentes, se debe tener en cuenta el artículo 28.5 Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

5. Tributarán al tipo del 1 por ciento:

a) Las sociedades de inversión de capital variable reguladas por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, siempre que el número de accionistas requerido sea, como mínimo, el previsto en su artículo 9.4.

b) Los fondos de inversión de carácter financiero previstos en la citada Ley, siempre que el número de partícipes requerido sea, como mínimo, el previsto en su artículo 5.4.

c) Las sociedades de inversión inmobiliaria y los fondos de inversión inmobiliaria regulados en la citada Ley, distintos de los previstos en la letra d) siguiente, siempre que el número de accionistas o partícipes requerido sea, como mínimo, el previsto en los artículos 5.4 y 9.4 de dicha Ley y que, con el carácter de instituciones de inversión colectiva no financieras, tengan por objeto exclusivo la inversión en cualquier tipo de inmueble de naturaleza urbana para su arrendamiento.



*La aplicación de los tipos de gravamen previstos en este apartado requerirá que los bienes inmuebles que integren el activo de las Instituciones de Inversión Colectiva a que se refiere el párrafo anterior no se enajenen hasta que no hayan transcurrido al menos tres años desde su adquisición, salvo que, con carácter excepcional, medie la autorización expresa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.*

*La transmisión de dichos inmuebles antes del transcurso del período mínimo a que se refiere esta letra c) determinará que la renta derivada de dicha transmisión tributará al tipo general de gravamen del impuesto. Además, la entidad estará obligada a ingresar, junto con la cuota del período impositivo correspondiente al período en el que se transmitió el bien, los importes resultantes de aplicar a las rentas correspondientes al inmueble en cada uno de los períodos impositivos anteriores en los que hubiera resultado de aplicación el régimen previsto en esta letra c), la diferencia entre el tipo general de gravamen vigente en cada período y el tipo del 1 por ciento, sin perjuicio de los intereses de demora, recargos y sanciones que, en su caso, resulten procedentes.*

*Lo establecido en esta letra c) está condicionado a que los estatutos de la entidad prevean la no distribución de dividendos.*

**31.-**Por último, se deben tener en cuenta los artículos 10 y 24 del Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los impuestos sobre la renta, hecho en Madrid el 22 de febrero de 1990 ("CDI").

Artículo 10. Dividendos.

*1. Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.*

*2. Sin embargo, dichos dividendos podrán también someterse a imposición en el Estado contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos, y conforme a la legislación de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del:*

*a) 10 por 100 del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad que posea al menos el 25 por 100 de las acciones con derecho de voto de la sociedad que paga los dividendos.*

*b) 15 por 100 del importe bruto de los dividendos en los demás casos.*

*Este apartado no afecta a la imposición de la sociedad respecto de los beneficios con cargo a los cuales se pagan los dividendos.*

*3. El término "dividendos" empleado en el presente artículo significa los rendimientos de las acciones u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado en que resida la sociedad que los distribuye. El término "dividendos" incluye también los rendimientos de otras operaciones, incluso las de crédito, que atribuyan el derecho a participación en los beneficios, en la medida en que se consideren como tales por la legislación del Estado contratante del que procedan los rendimientos.*

*4. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no serán aplicables si el beneficiario efectivo de los dividendos, residente de un Estado contratante, ejerce o ha ejercido en el otro Estado contratante del que es residente la sociedad que paga los dividendos una actividad industrial o comercial mediante un establecimiento permanente situado en ese otro Estado, o presta o ha prestado en ese otro Estado servicios personales independientes mediante una base fija situada en el mismo, y los dividendos son imputables a dicho establecimiento permanente o base fija. En tal caso se aplicarán las disposiciones del artículo 7 (beneficios empresariales) o del artículo 15 (servicios personales independientes), según proceda.*

*5. Un Estado contratante no podrá exigir ningún impuesto sobre los dividendos pagados por una sociedad que no sea residente de ese Estado, salvo en la medida en que los dividendos se paguen a un residente de ese Estado o sean imputables a un establecimiento permanente o a una base fija situada en ese Estado.*

Artículo 24. Deducciones por doble imposición.

*1. En España la doble imposición se evitara, de acuerdo con las disposiciones aplicables contenidas en la legislación española, de la siguiente manera:*

*a) Cuando un residente de España obtenga rentas que, con arreglo a las disposiciones de este Convenio, puedan someterse a imposición en los Estados Unidos en base a criterios distintos del de ciudadanía, España permitirá la*



*deducción del impuesto sobre las rentas de ese residente de un importe igual al impuesto efectivamente pagado en los Estados Unidos.*

*Sin embargo, dicha deducción no podrá exceder de la parte del impuesto sobre la renta, calculado antes de la deducción, correspondiente a las rentas obtenidas en los Estados Unidos.*

*b) Cuando se trate de dividendos pagados por una sociedad residente de los Estados Unidos a una sociedad residente de España y que detente directamente al menos el 25 por 100 del capital de la sociedad que pague los dividendos, para la determinación del crédito fiscal se tomara en consideración, además del importe deducible con arreglo al subapartado a) de este apartado, el impuesto efectivamente pagado por la sociedad mencionada en primer lugar respecto de los beneficios con cargo a los cuales se pagan los dividendos, en la cuantía correspondiente a tales dividendos, siempre que dicha cuantía se incluya, a estos efectos, en la base imponible de la sociedad que percibe los mismos.*

*Dicha deducción, juntamente con la deducción aplicable respecto de los dividendos con arreglo al subapartado a) de este apartado, no podrá exceder de la parte del impuesto sobre la renta, calculado antes de la deducción, imputable a las rentas sometidas a imposición en los Estados Unidos.*

*Para la aplicación de este subapartado será necesario que la participación en la sociedad pagadora de los dividendos sea de, al menos, el 25 por 100 y se mantenga de forma continuada durante el período impositivo en que los dividendos se pagan, así como durante el período impositivo inmediatamente anterior.*

*c) Cuando con arreglo a cualquier disposición del Convenio las rentas obtenidas por un residente de España estén exentas de imposición en España, España podrá, no obstante, tomar en consideración las rentas exentas para el cálculo del impuesto sobre las restantes rentas de dicho residente.*

*2. Con arreglo a las disposiciones, y sin perjuicio de las limitaciones impuestas por la legislación de los Estados Unidos (conforme a las modificaciones ocasionales de esa legislación que no afecten a sus principios generales), los Estados Unidos permitirán a sus residentes o ciudadanos la deducción del impuesto sobre la renta de los Estados Unidos:*

*a) Del impuesto sobre la renta pagado en España por, o en nombre de, dichos ciudadanos o residentes, y*

*b) En el caso de una sociedad de los Estados Unidos que detente, al menos, el 10 por 100 de las acciones con derecho de voto de la sociedad residente de España y de la que la sociedad de los Estados Unidos recibe los dividendos, la deducción del impuesto sobre la renta pagado en España por, o en nombre de, la sociedad que distribuye los dividendos, respecto de los beneficios con cargo a los que dichos dividendos se pagan.*

*3. En el caso de una persona física con ciudadanía estadounidense residente en España, las rentas que puedan someterse a imposición en los Estados Unidos por razón de ciudadanía con arreglo a las disposiciones del apartado 3 del artículo 1 (ámbito general) se considerarán obtenidas en España en la medida necesaria para evitar la doble imposición, siempre que la cuantía del impuesto pagado en los Estados Unidos no sea inferior en ningún caso a la que se hubiera pagado si no se tratara de una persona física con ciudadanía de los Estados Unidos.*

### **TERCERO. - Sobre la operativa de las RICs en relación con el abono del impuesto sobre sociedades.**

**32.-**La operativa que es objeto de imposición y que es necesario conocer es la siguiente:

**33.-**Las RICs son entidades americanas reguladas por la Ley de sociedades de inversión de 1940 de EEUU, que actúan como agentes de inversión para sus accionistas o partícipes, por lo general invirtiendo en valores mobiliarios y deuda pública, y repartiendo los beneficios obtenidos de las inversiones en forma de dividendos.

**34.-**ISHARES, al igual que otras RICs, obtuvo rentas que están sujetas a tributación en España por el IRNR, lo que se materializa en una retención que se practica sobre el dividendo cuando éste se abona.

**35.-**En el presente supuesto, la retención se practicó según el tipo establecido en el artículo 10.2 del CDI y se elevó al 15 %. Ello es así porque el CDI dispone en dicho precepto, relativo a la imposición de dividendos, un sistema de tributación compartida que permite la tributación en el país de la fuente, en el Estado contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos, pero el impuesto así exigido no podrá exceder del 15%, salvo que la participación alcance el 25%, en cuyo caso el gravamen en España no podrá superar el 10%. Es decir, a través del CDI se permite neutralizar la retención.

**36.-**Por el contrario, en el caso de las IIC residentes en España, los mismos dividendos satisfechos por sociedades españolas están sujetos al 1 % del tipo del impuesto sobre sociedades, a tenor de lo dispuesto en el artículo 28.5 del TRIS aplicable *ratio temporis*.



**37.-**En EE. UU. las RICs están sujetas a tributación como sujeto pasivo del impuesto sobre sociedades, pero con ciertas singularidades.

**38.-**El régimen fiscal especial aplicable a las RICs se encuentra en los artículos 851 a 855 y en el artículo 860 del Título 26 del US Code (Internal Revenue Code, Code o Código americano).

**39.-**A este régimen se pueden acoger las entidades sujetas al impuesto sobre sociedades estadounidense por la renta obtenida en el ejercicio fiscal [art. 852 (b); Reg. §1.852-3], cuyos tipos de gravamen son superiores al fijado en el CDI (15%) pues varía entre el tipo mínimo del 15 % hasta el 38 %, calculándose dicha renta, con arreglo al Formulario 1120-RIC, de la misma manera que una sociedad ordinaria, pero con determinados ajustes, cuya concreción no resulta relevante a los efectos que nos ocupan.

**40.-**Ahora bien, las RICs pueden quedar excluidas de tributación del impuesto sobre sociedades estadounidense, ya que, a diferencia del régimen ordinario, tienen derecho a deducirse los dividendos pagados [art. 852 (a) (1) que remite al art. 561 del Título 26 del US Code] a los accionistas, reduciendo el importe de los ingresos ordinarios y las ganancias netas de capital.

**41.-**Así, una entidad puede aplicarse el régimen fiscal de las RICs si opta de manera irrevocable por ser tratada como tal mediante la presentación del Formulario 1120-RIC, y cumple con todos los requisitos del artículo 851 del US Code; desarrollado mediante los reglamentos Reg. §§1.851-1- 1,851-7), incluyendo, entre otros:

a) La sociedad debe estar registrada bajo la Ley de Sociedades de Inversión de 1940 como una empresa de gestión, como un *trust de inversión* (*unit investment trust*), una empresa de desarrollo de negocio, o como un trust común.

b) Al menos el 90% de sus ingresos brutos debe provenir de dividendos, intereses, rendimientos de determinados préstamos de valores, ganancias derivadas de la venta o disposición de acciones, valores o divisas extranjeras, u otros ingresos procedentes de las inversiones, incluyendo el resultado financiero neto de las comunidades de bienes (*partnerships*) cualificadas que cotizan en bolsa.

c) Al cierre de cada trimestre del año fiscal, al menos el 50 por ciento de sus activos totales debe estar invertido en efectivo, deuda pública, valores de otros fondos de inversión, o los valores de otros emisores (siempre y cuando los valores de cualquier emisor determinado no excedan de 5 por ciento del valor de los activos del fondo o un 10 por ciento de los títulos con derecho a voto del emisor).

d) Al cierre de cada trimestre del año fiscal, no más del 25 por ciento del valor total de sus activos puede estar invertido en valores de un mismo emisor (que no sean deuda pública o valores de otros fondos de inversión), o en valores de dos o más emisores controlados por la RIC y considerados operación vinculada, o de los valores de una o más comunidades de bienes (*partnerships*) cualificadas que cotizan en bolsa.

e) La sociedad debe distribuir al menos el 90 por ciento de sus ingresos fiscales ordinarios anuales -incluidos los ingresos netos derivados de intereses exentos- a sus accionistas (no se incluyen las ganancias netas de capital) (artículo 852 (a) US Code).

**42.-**Las RICs que no cumplan con los requisitos de distribución quedan sujetas a un "impuesto especial" que trata, precisamente, de fomentar la redistribución de dividendos a los partícipes.

**43.-**En lo que aquí interesa, se reconoce expresamente como hecho probado que el régimen fiscal particular de las RICs permite a estas entidades el elegir tributar como una entidad "*pass through*", es decir, en un régimen particular de transparencia fiscal que hace que las rentas que perciben no tributen en sede del Fondo, sino que se imputen a sus socios o partícipes.

**44.-**Siguiendo con el razonamiento, el hecho de ser calificada como RIC supone una ventaja adicional, que es el surgimiento del denominado "*Crédito por Impuestos Extranjeros*" (Foreign Tax Credit) que puede traspasar (*pass-through*) la entidad a sus partícipes.

Esto resulta posible en base a lo dispuesto en el artículo 853 del US Code, de acuerdo con los siguientes requisitos:

En primer lugar, corresponde a la sociedad elegir la opción de imputar a los socios el impuesto extranjero satisfecho o no.

Que más del 50% del valor de los activos de la RIC, al final del ejercicio fiscal, sea por acciones o valores mobiliarios de entidades extranjeras.

Que se cumpla con los requisitos del artículo 901 (k) que no permite la deducción si las acciones se han poseído 15 días o menos dentro del periodo de 31 días que comienza 15 días antes del pago del dividendo, incrementándose esos plazos de 15 a 45 y de 31 a 90 días en el caso de acciones con derecho preferente

de cobro del dividendo. Asimismo, el citado artículo incluye una norma antiabuso de tal modo que se niega el crédito si la RIC o el beneficiario del dividendo tiene comprometidas obligaciones similares de pago a un sujeto vinculado.

**45.-**En este sentido, si se acude al IRC (), concretamente, al Título 26 del USC (Internal Revenue Code), subtítulo A (Income Taxes), Capítulo 1 (Normal Taxes and Surtaxes), subcapítulo N (Tax Based on Income From Sources Within or Without the United States), Parte III (Income for Sources Without the United States), Subparte 1 (Foreign Tax Credit), encontramos lo que se conoce habitualmente como *pass through* que consiste en la posibilidad que tienen las compañías estadounidenses de transferir los impuestos soportados en el extranjero a sus socios o partícipes generando un crédito fiscal recuperable en la imposición personal de éstos.

**46.-**Se regula también que la distribución de dividendos por las RICs, se opte o no por el régimen de imputación de rentas, exige la cumplimentación del modelo 1099-DIV en el que se han de declarar los datos identificativos del socio, el importe de los dividendos imputados, su clasificación relevante para determinar el tipo impositivo a aplicar y, asimismo, en el caso de que la entidad haya optado por imputar los impuestos satisfechos en el extranjero a los socios, debe recoger el impuesto satisfecho en el extranjero imputable al socio según su porcentaje de participación (casilla 7).

**47.-**Dicho modelo se envía tanto al IRS (organismo análogo a nuestra Administración tributaria) como al socio o partícipe.

**48.-**En síntesis, las RICS bajo determinadas circunstancias, reparten anualmente las rentas que perciben como dividendos a sus partícipes para así evitar tributar en el impuesto de sociedades en USA (que considera como gasto los dividendos percibidos). A su vez, los partícipes tributan por dichos dividendos en su imposición directa.

**49.-**Pero con lo anterior, las RICS puede optar, además, por trasladar los impuestos pagados en el extranjero a sus partícipes en su correspondiente proporción para que se lo deduzcan en sus impuestos personales sobre la renta (*pass through*) (Notificación 2016-10 publicada por el Internal Revenue Service).

#### **CUARTO.- Sobre la neutralización.**

**50.-**Atendiendo a lo expuesto, debemos partir de que en el caso presente se ha acreditado que, si bien la normativa del IRNR proporciona un trato discriminatorio entre entidades equivalentes residentes y no residentes, el CDI con el Estado de residencia de la RIC (EE. UU.) contempla mecanismos para neutralizar dicha diferencia de trato en el IRNR en relación con los dividendos obtenidos de sociedades españolas.

También se constata que las RIC están sujetas en EEUU al mismo impuesto que el resto de sociedades, aunque el código tributario americano contempla un régimen específico, denominado *pass through*, en virtud del cual la entidad puede optar bien por tributar por los rendimientos obtenidos y deducir los impuestos (la retención) pagados en España hasta neutralizar íntegramente el exceso de tributación respecto de las residentes (neutralización de primer nivel), o bien traspasar a los socios o partícipes de la entidad el derecho a aplicar en EE. UU el crédito fiscal por la retención (neutralización de segundo nivel). ISHARES ha optado por esta segunda posibilidad.

**51.-**Desde la perspectiva del TJUE, debemos tener en cuenta que existen diversos pronunciamientos dictados en el ámbito de recursos de incumplimiento, como es la STJUE de 20 de octubre de 2011, C284/09, Comisión/Alemania, la STJUE de 19 de noviembre de 2009, C-540/07, Comisión/Italia, o la STJUE de 3 de junio de 2010, C-487/08 Comisión/España.

**52.-**El TJUE declaró en su sentencia de 20 de octubre de 2011, Comisión/Alemania (C-284/09, EU:C:2011:670) que supone una restricción a la libre circulación de capitales una normativa nacional que prevé, en el caso de participaciones no comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/435, la devolución de la retención en la fuente practicada sobre los dividendos pagados a sociedades residentes, mientras que no se prevé ninguna posibilidad de devolución en relación con la retención en la fuente practicada sobre los dividendos pagados a sociedades situadas en otros Estados miembros, sin que esta diferencia se neutralice mediante convenio.

**53.-**Las sentencias anteriores analizan la incidencia de los convenios para la prevención de la doble imposición y recuerdan que el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente 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 *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, apartado 71; *Amurta*, apartado 79; *Comisión/Italia*, apartado 36, y *Comisión/España*, apartado 58, *Comisión/Alemania*, apartado 62).

**54.-**Sin embargo, para ello es necesario que la aplicación de tal convenio permita compensar los efectos de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional (véanse las sentencias antes citadas Comisión/Italia, apartado 37, y Comisión/España, apartado 59).

**55.-**Es importante destacar que estas sentencias se dictan en el marco de un recurso de incumplimiento por lo que efectúan un análisis en abstracto de la regulación tributaria sin que ello pueda ser trasladable a supuestos en los que, como en el presente, se describe la tributación del país de residencia. Por tanto, las sentencias anteriores no serían suficientes para resolver la cuestión aquí planteada.

**56.-**Ahora bien, de conformidad con lo exigido por el TJUE en su sentencia 3 de junio de 2010, asunto C-487/08, no solo es necesario un pronunciamiento en abstracto sobre la posibilidad de deducir el impuesto soportado en España, sino que la diferencia de trato únicamente podrá neutralizarse si los dividendos procedentes de España se gravan suficientemente en el otro Estado miembro para hacer posible la deducción.

A este respecto, el TJUE ha declarado que a fin de alcanzar el objetivo de neutralización, la aplicación del método de deducción debería permitir que el impuesto sobre los dividendos percibidos por el Estado miembro donde se generan los dividendos fuera íntegramente deducido del impuesto debido en el Estado de residencia del contribuyente beneficiario de tales dividendos, de tal manera que si estos dividendos resultaran finalmente sujetos a mayor tributación que los dividendos repartidos a los contribuyentes residentes en el Estado miembro donde se generan, esa mayor carga fiscal ya no pudiera imputarse a este último Estado, sino al Estado de residencia del contribuyente beneficiario que ha ejercido su potestad tributaria (sentencia de 17 de septiembre de 2015, C10/14, C14/14 y C14/17, *Miljoen y otros*).

**57.-**Por tanto, el siguiente paso, es abordar el régimen tributario de la RIC, pues es necesario determinar si el gravamen que ha sufrido la recurrente en Estados Unidos permite efectivamente la deducción del gravamen impuesto en España.

**58.-**Como hemos señalado, la RIC está sujeta y no exenta al impuesto sobre sociedades americano por la renta gravable obtenida durante el periodo fiscal. Asimismo, la recurrente tributa a un tipo impositivo que le permite deducir el 15 % pagado en el impuesto sobre la renta de no residentes abonado en España, a través del mecanismo previsto en el CDI de aplicación, ya que el tipo aplicable es igual o superior al 15 %.

**59.-**De este modo, existe un mecanismo efectivo para verificar la neutralización en el primer nivel. Desde esta perspectiva, el TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la neutralización en convenios bilaterales siempre que exista la posibilidad de una deducción íntegra. Así podemos citar la STJUE de 17 de septiembre de 2015, C14/13, *Miljoen*, C17/14 *Société Générale S.A y Staatssecretaris van Financiën*.

En concreto, esta sentencia admite que un Estado miembro pueda garantizar el cumplimiento de sus obligaciones celebrando un convenio para evitar la doble imposición con otro Estado miembro, de forma que la diferencia de trato entre los dividendos distribuidos a sociedades domiciliadas en otro Estado miembro y los dividendos distribuidos a la sociedad de residencia solo desaparece en el caso de que el impuesto retenido en la fuente, en aplicación de la normativa nacional, pueda deducirse del impuesto debido en el Estado miembro hasta el límite de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional. Permite neutralizar la retención en virtud de la deducción íntegra en el estado de residencia sobre estos dividendos.

**60.-**Ahora bien, en las presentes actuaciones la RIC decidió optar por el sistema de *"pass through"* y repartió el dividendo a sus partícipes, quienes obtuvieron un crédito fiscal por los impuestos abonados en España.

**61.-**Llegados a este punto, el centro del debate radica en si es suficiente la existencia de esta posibilidad efectiva de alcanzar dicha neutralización aunque vincule a todos los rendimientos obtenidos o, por el contrario, una vez que la RIC ha optado por imputar las rentas y transmitir el crédito fiscal a los socios o partícipes es necesario acreditar realmente la neutralización en el segundo nivel.

**62.-**Es cierto que el TJUE ha rechazado tener en cuenta la tributación de los partícipes al analizar el paso anterior a la neutralización, esto es, al efectuar el estudio sobre la comparabilidad con el objeto de verificar si las IIC residentes y no residentes están en situaciones objetivamente comparables. Ello ocurre en la STJUE de 10 de mayo de 2012, C-338/11, 10 de abril de 2014, C-190/12 y 17 de marzo de 2022, C-545/19.

**63.-**Por el contrario, en determinados supuestos el TJUE ha tenido en consideración el régimen fiscal de los partícipes a efectos de apreciar la adecuación a la libre circulación de capitales (STJUE 30 de enero de 2020, C-156/17).

**64.-**En suma, cuando ha rechazado acudir a la tributación de los partícipes está analizando la comparabilidad y no la neutralización. Dicho de otro modo, el TJUE da relevancia a la efectiva consecución de la neutralización por lo que no deja de tener en cuenta el logro de ella en sede de los partícipes.





**65.-**Llegados a este punto, existe la duda sobre si podemos considerar neutralizada la eventual restricción a la libertad de circulación de capitales que puede derivarse de la norma del IRNR, cuando una entidad no residente equivalente a los fondos de inversión armonizados residentes puede, según el correspondiente Convenio para evitar la doble imposición y la normativa interna de su país de residencia al que se remite, optar por tributar por su impuesto personal, aunque finalmente no lo hubiera hecho, al haber decidido transferir su crédito a los partícipes del Fondo, teniendo en cuenta que la posibilidad de optar por tributar conforme a la legislación del Estado de residencia le podría permitir deducir, en principio, la totalidad del exceso del gravamen soportado por el IRNR, si bien le vincula para todos los rendimientos que hubiera obtenido.

**QUINTO. - Planteamiento de la cuestión prejudicial y suspensión del litigio nacional.**

**66.-**A tenor del conjunto de razonamientos jurídicos expresados, de conformidad con los arts. 19, apartado 3, letra b) TUE); 267 TFUE y 4 bis LOPJ, con suspensión del presente recurso de casación, procede plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las cuestiones prejudiciales que se transcribirán en la parte dispositiva de la presente resolución.

**LA SALA ACUERDA:**

**Primero.-** Suspender el procedimiento hasta la resolución de este incidente prejudicial.

**Segundo.-** Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial:

¿De conformidad con el artículo 63 TFUE puede considerarse neutralizada la eventual restricción a la libertad de circulación de capitales que se deriva de la norma del IRNR, cuando una entidad no residente equivalente a los fondos de inversión armonizados residentes puede optar, según el correspondiente Convenio para evitar la doble imposición y la normativa interna de su país de residencia al que se remite, por tributar por su impuesto personal, aunque finalmente no lo hubiera hecho, al haber decidido transferir su crédito a los partícipes del Fondo, teniendo en cuenta que la posibilidad de optar por tributar conforme a la legislación del Estado de residencia le podría permitir deducir, en principio, la totalidad del exceso del gravamen soportado por el IRNR, si bien le vincula para todos los rendimientos que hubiera obtenido?.

Remítase testimonio de la presente resolución a la Secretaría del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por vía electrónica a través de la aplicación e-Curia, así como copia a la dirección DDP-GrefeCour@curia.europa.eu y al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial (REDUE, Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea).

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que es firme y que contra ella no cabe recurso alguno

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

El Excmo. Sr. don José María del Riego Valledor deliberó y votó en Sala y, al haberse jubilado antes de la firma de este auto, salva su firma el Presidente de la Sección Excmo. Sr. don Francisco José Navarro Sanchis.