



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. PAOLO MENGOZZI
presentadas el 6 de noviembre de 2013¹

Asunto C-190/12

**Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company
contra
Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy
(Polonia)]

«Libertad de establecimiento — Libre circulación de capitales — Artículos 56 CE, 57 CE y 58 CE —
Impuesto sobre la Renta de las Personas Jurídicas — Dividendos abonados a los fondos de inversión
con domicilio social en un tercer país — Exención»

I. Introducción

1. Mediante la presente petición de decisión prejudicial, el Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy (Tribunal de lo contencioso-administrativo de voivodie en Bydgoszcz) (Polonia) se plantea, en esencia, la compatibilidad con la libre circulación de capitales de la diferencia de trato fiscal entre los dividendos abonados a los fondos de inversión con domicilio social en un tercer país y aquellos abonados a los fondos de inversión establecidos en Polonia.

2. Esta petición fue planteada en el marco de un litigio entre el fondo de inversión «Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company» (en lo sucesivo, «demandante en el procedimiento principal»), con domicilio social en los Estados Unidos de América, y el Director de la Izby Skarbowej w Bydgoszczy (Cámara Financiera de Bydgoszcz) relativo a la negativa de esta administración a reconocer y devolver un pago en exceso del impuesto de sociedades a tipo fijo, correspondiente a los años 2005 y 2006, abonado en concepto de impuesto sobre los dividendos distribuidos al demandante en el procedimiento principal por sociedades de capital con domicilio social en territorio polaco.

3. En particular, en diciembre de 2010, el demandante en el procedimiento principal solicitó a la Administración Tributaria la devolución de un pago en exceso del impuesto de sociedades a tipo fijo, ya que los dividendos que se le habían abonado habían tributado a un tipo fijo del 15 % en virtud del artículo 22, apartado 1, de la Ley del impuesto sobre sociedades (ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych), de 15 de febrero de 1992 (en lo sucesivo, «Ley del impuesto sobre sociedades»), en relación con el artículo 11, apartado 2, letra b), del Convenio entre el Gobierno de la República Popular [de Polonia] y el Gobierno de los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la elusión fiscal, firmado en Washington el 8 de octubre de 1974 [Umowy między Rządem (Polskiej) Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki o uniknięciu podwójnego opodatkowania i zapobieżeniu uchylaniu się od opodatkowania w zakresie podatków od dochodu] (en lo sucesivo, «Convenio para evitar la doble imposición de 1974»).

¹ — Lengua original: francés.

4. Dicha solicitud fue denegada mediante resolución de 2 de mayo de 2011, debido a que el demandante en el procedimiento principal, como fondo de inversión registrado en los Estados Unidos, no cumplía los requisitos de exención previstos en el artículo 6, apartado 1, número 10, de la Ley del impuesto sobre sociedades, en virtud de la cual únicamente los fondos de inversión que ejercen su actividad de conformidad con las disposiciones de la Ley sobre fondos de inversión (ustawy o funduszach inwestycyjnych), de 27 de mayo de 2004, estaban exentos del impuesto² (en lo sucesivo, «Ley polaca sobre fondos de inversión»).

5. Esta resolución fue confirmada por el Director del Izby Skarbowej w Bydgoszczy el 6 de octubre de 2011, a raíz de lo cual el demandante en el procedimiento principal interpuso un recurso de anulación ante el órgano jurisdiccional remitente.

6. Tras señalar, por una parte, que las inversiones realizadas por el demandante en el procedimiento principal constituyen «inversiones de cartera», puesto que las participaciones adquiridas en el capital de las sociedades no le permiten ejercer influencia alguna en la dirección de dichas sociedades y, por otra parte, que los fondos de inversión polacos no se acogen automáticamente a la exención personal, sino que deben cumplir los requisitos previstos por la Ley polaca sobre fondos de inversión, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si, a causa del estrecho nexo existente entre la exención fiscal y las disposiciones de dicha Ley, debería aplicarse el principio de libertad de establecimiento y no el principio de libre circulación de capitales.

7. En todo caso, si esta última libertad fuese aplicable, el órgano jurisdiccional remitente se interroga acerca de la compatibilidad del limitado alcance de la exención prevista en la Ley del impuesto sobre sociedades. De acuerdo con ésta, en concreto, podría estar justificada una posible restricción por la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales, ya que la información necesaria para obtener la exención fiscal, relativa a los estatutos y a las normas de funcionamiento de los fondos, no está comprendida en el ámbito de aplicación de los mecanismos de intercambio de información.

8. En estas circunstancias, el Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Es de aplicación el artículo 56 CE, apartado 1 (actualmente artículo 63 TFUE), en el examen de la licitud de la aplicación de disposiciones nacionales por un Estado miembro que diferencian en función de la situación jurídica del sujeto pasivo, al conceder a los fondos de inversión con domicilio social en un Estado miembro de la Unión Europea la exención del impuesto de sociedades a tipo fijo por los dividendos percibidos, en el marco de una exención personal general, y al no concedérsela a un fondo de inversión con domicilio fiscal en los Estados Unidos de América?
- 2) ¿A la luz del artículo 58 CE, apartado 1, letra a), en relación con el artículo 58 CE, apartado 3 [actualmente artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a)], en relación con el artículo 65 TFUE, apartado 3, puede considerarse justificado el trato desigual dispensado a los fondos con domicilio social en un tercer país y a los fondos con domicilio social en un Estado miembro de la Unión Europea, previsto en el Derecho nacional en relación con la exención personal en materia del impuesto de sociedades?»

2 — Debe señalarse que, a partir de la promulgación de la Ley de 25 de noviembre de 2010, que entró en vigor el 1 de enero de 2011, los fondos de inversión situados en un Estado miembro de la Unión Europea o en otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo (EEE) se benefician también de la exención si reúnen los requisitos previstos en el artículo 6, apartado 1, número 10a, de la Ley del impuesto sobre sociedades.

9. Han presentado observaciones escritas el demandante en el procedimiento principal, los Gobiernos polaco, alemán, español, francés, italiano y finlandés, así como la Comisión Europea. Estas partes interesadas, a excepción de los Gobiernos italiano y finlandés, fueron también oídas en la vista que se celebró el 5 de septiembre de 2013.

II. Análisis

A. Sobre la primera cuestión prejudicial, relativa a la aplicabilidad de la libre circulación de capitales

10. Aunque la primera cuestión prejudicial sólo se refiere al artículo 56 CE, se deduce de la motivación de la resolución de remisión, tal como se resume en el punto 6 de las presentes conclusiones, que el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas sobre la aplicabilidad de la libre circulación de capitales en favor de la libertad de establecimiento, habida cuenta del estrecho nexo existente entre la exención fiscal de los dividendos prevista en la Ley del impuesto sobre sociedades y los requisitos de acceso al mercado polaco de los fondos de inversión regulados por la Ley polaca relativa a dichos fondos.

11. Mientras que el demandante en el procedimiento principal, los Gobiernos alemán e italiano y la Comisión consideran que es ciertamente aplicable la libre circulación de capitales,³ el Gobierno polaco sostiene que a lo sumo son pertinentes la libertad de establecimiento o la libre prestación de servicios. Desde el punto de vista de esta última libertad e invocando la sentencia *Fidium Finanz*,⁴ el Gobierno polaco defiende que, dado que la oferta de acciones de sociedades polacas por parte de los fondos de inversión constituye un servicio de intermediación financiera o de gestión de cartera de activos, los fondos de inversión establecidos en el territorio de un tercer país no pueden acogerse al incentivo fiscal previsto en el artículo 6, apartado 1, número 10, de la Ley del impuesto sobre sociedades.

12. En mi opinión, no creo que la aplicabilidad de la libre circulación de capitales pueda ser cuestionada razonablemente.

13. A este respecto, procede hacer referencia en primer lugar al objeto de la normativa controvertida en el procedimiento principal, que no prevé los requisitos de acceso de los fondos de inversión de un tercer país al mercado de un Estado miembro, en este caso la República de Polonia, sino que regula el tratamiento fiscal de los rendimientos de dichos fondos.

14. Desde mi punto de vista, esta simple constatación permite descartar la aplicabilidad de la libre prestación de servicios.

15. En efecto, a diferencia de la situación existente en el asunto que dio lugar a la sentencia *Fidium Finanz*, antes citada, que versaba sobre la prohibición impuesta por las autoridades alemanas a una sociedad suiza de conceder con carácter profesional préstamos a clientes alemanes, basándose en que no disponía de la autorización necesaria para el ejercicio de esta actividad, sobre la cual el Tribunal de Justicia declaró que estaba comprendida en el ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios,⁵ la exclusión de la exención fiscal prevista en el artículo 6, apartado 1, número 10, de la Ley del impuesto sobre sociedades, en detrimento de los fondos de inversión de terceros países que perciben dividendos abonados por sociedades polacas no tiene como consecuencia impedir el acceso al mercado polaco de estos operadores económicos.

3 — Procede señalar que los Gobiernos español, francés y finlandés no se han pronunciado de manera expresa sobre la primera cuestión, sino que únicamente han respondido a la segunda cuestión desde el punto de vista de la libre circulación de capitales.

4 — Sentencia de 3 de octubre de 2006 (C-452/04, Rec. p. I-9521).

5 — Sentencia *Fidium Finanz*, antes citada, apartados 2 y 45 a 47. Así, el Tribunal de Justicia excluyó que la sociedad suiza pudiera invocar la libre prestación de servicios como persona jurídica establecida en un tercer país.

16. En cuanto a la delimitación entre la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales, es preciso recordar que el tratamiento fiscal de los dividendos puede estar comprendido tanto en el artículo 43 CE, relativo a la primera de estas libertades, como en el artículo 56 CE, relativo a la segunda.⁶

17. Además, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de declarar que una legislación nacional, a semejanza de la controvertida en el procedimiento principal, cuya aplicación no depende del alcance de la participación que la sociedad beneficiaria de los dividendos posee en la sociedad que distribuye los dividendos, puede estar comprendida tanto en el ámbito de aplicación del artículo 43 CE como del artículo 56 CE.⁷

18. En lo que atañe al tratamiento fiscal de dividendos «entrantes» procedentes de terceros países, es decir, dividendos abonados por una sociedad de un tercer país a favor de una persona establecida en el territorio de un Estado miembro, el Tribunal de Justicia consideró hasta hace muy poco que dicha persona no podía acogerse al artículo 56 CE, dado que los hechos del procedimiento principal ponían de manifiesto que era titular de acciones que le conferían una influencia efectiva en las decisiones de la sociedad del tercer país de que se trata.⁸ En otras palabras, en este contexto únicamente era aplicable la libertad de establecimiento. Sin embargo, dicha persona no podía invocar esta libertad, dado que es incuestionable que no está previsto que el Tratado CE se extienda a las relaciones con nacionales de terceros países.⁹ Por tanto, en la práctica, el tenedor de estas participaciones no puede invocar ninguna de estas dos libertades de circulación.

19. El Tribunal de Justicia, actuando en Gran Sala, dio un giro a esta postura en su sentencia de 13 de noviembre de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, antes citada. Declaró que, en el caso de una normativa nacional relativa al tratamiento fiscal de dividendos procedentes de un tercer país, que se aplica con independencia de la magnitud de las participaciones, una sociedad establecida en un Estado miembro, que percibe dividendos de una sociedad que reparte dividendos establecida en un tercer país, puede, independientemente de la participación que posea, acogerse al artículo 56 CE. En efecto, en tal supuesto, no existe el riesgo de que dicha sociedad saque provecho indebidamente de la libertad de establecimiento, dado que la legislación tributaria controvertida no contempla los requisitos de acceso al mercado de una sociedad en un tercer país, sino que se refiere únicamente al tratamiento fiscal de dividendos derivados de inversiones efectuadas por dicha sociedad.¹⁰

20. Este nuevo enfoque tiene la ventaja de garantizar el pleno efecto útil del artículo 56 CE en contextos en los que, de acuerdo con la jurisprudencia en vigor hasta ese momento, los operadores de terceros países, al no poder acogerse por definición a la libertad de establecimiento y para los que el riesgo de elusión de esta libertad era por tanto inexistente, se veían privados igualmente de la posibilidad de invocar la libre circulación de capitales.

6 — Véanse, en este sentido, las sentencias 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 33; de 15 de septiembre de 2011, *Accor* (C-310/09, Rec. p. I-8115), apartado 30, y de 13 de noviembre de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11), apartado 89.

7 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, Rec. p. I-11753), apartado 36; de 26 de junio de 2008, *Burda* (C-284/06, Rec. p. I-4571), apartado 71, y auto de 4 junio de 2009, *KBC Bank y Beleggen, Risicokapitaal, Beheer* (C-439/07 y C-499/07, Rec. p. I-4409), apartado 69.

8 — Véase, en particular, aunque de manera un tanto ambigua, la sentencia de 24 de mayo de 2007, *Holböck* (C-157/05, Rec. p. I-4051), apartados 23 a 29, y el auto *KBC Bank y Beleggen, Risicokapitaal, Beheer*, antes citado, apartados 70 y 71. Véase asimismo, en relación con el trato fiscal de una sucesión entre dos nacionales alemanes que incluye la transmisión de una participación del 100 % del capital social de una sociedad establecida en Canadá, la sentencia de 19 de julio de 2012, *Scheunemann* (C-31/11), apartados 31 a 34.

9 — Véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas *Holböck*, apartado 28, y de 13 de noviembre de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, antes citada, apartado 97.

10 — Véase, en este sentido, la sentencia de 13 de noviembre de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, antes citada, apartados 99 y 100.

21. En mi opinión, la apreciación del Tribunal de Justicia expuesta esencialmente en el punto 19 de las presentes conclusiones puede ampliarse a la situación de los dividendos «salientes», es decir, los dividendos abonados por una sociedad de un Estado miembro a favor de un accionista residente en un tercer país, como sucede en el procedimiento principal, siempre que la interpretación del artículo 56 CE no pueda suponer que se saque un provecho indebido de la libertad de establecimiento.

22. A mi parecer, este riesgo puede descartarse en el procedimiento principal. En efecto, aparte del hecho ya citado de que las disposiciones pertinentes de la Ley del impuesto sobre sociedades no prevén los requisitos de acceso al mercado polaco de los operadores extranjeros, sino el tratamiento fiscal de los dividendos, está acreditado que el demandante en el procedimiento principal realizó únicamente, en los dos ejercicios fiscales controvertidos, una inversión «de cartera», con toda probabilidad inferior al 10 % del capital de las sociedades polacas que reparten los dividendos, lo que no le permite influir en la gestión y en el control de las sociedades polacas en las que posee participaciones.¹¹

23. Por consiguiente, el artículo 56 CE debe interpretarse, en mi opinión, en el sentido de que puede ser invocado frente a la aplicación de una legislación tributaria como la controvertida en el procedimiento principal en virtud de la cual los dividendos abonados por sociedades establecidas en dicho Estado miembro a favor de un fondo de inversión establecido en un tercer país no pueden acogerse a una exención fiscal.

B. Sobre la segunda cuestión prejudicial, relativa a la compatibilidad de la diferencia de tratamiento fiscal con la libre circulación de capitales

1. Sobre la restricción a la libre circulación de capitales

24. Las medidas que el artículo 56 CE, apartado 1, prohíbe por constituir restricciones a los movimientos de capitales, incluyen en particular aquellas que pueden disuadir a los no residentes de realizar inversiones en un Estado miembro.¹² La prohibición prevista en el artículo 56 CE, apartado 1, se extiende sin ambigüedad a las restricciones a la circulación de capitales procedentes de terceros países.

25. En el caso de autos, según la Ley del impuesto sobre sociedades, aplicable a los hechos del procedimiento principal, en su versión vigente en 2005 y 2006 y hasta enero de 2011, los dividendos distribuidos por una sociedad residente a un fondo de inversión no residente, establecido en un tercer país, estaban gravados en principio a un tipo del 19 %, mediante la práctica de una retención en origen, salvo que se aplicara un tipo distinto en virtud de un convenio para evitar la doble imposición, mientras que dichos dividendos estaban exentos cuando se abonaban a un fondo de inversión residente, siempre que dicho fondo cumpliera también los requisitos impuestos por la Ley polaca sobre fondos de inversión.

26. Esta diferencia de trato se refería igualmente a los fondos de inversión establecidos en Estados miembros distintos de la República de Polonia, puesto que, como ya se ha indicado, únicamente a partir del 1 de enero de 2011, a raíz de la introducción del número 10a en el artículo 6, apartado 1, de la Ley del impuesto sobre sociedades y de la iniciación de un procedimiento de infracción por la

11 — Véase, en particular, sobre la distinción entre inversiones directas e inversiones de cartera, la sentencia de 17 de septiembre de 2009, Glaxo Wellcome (C-182/08, Rec. p. I-8591), apartado 40 y jurisprudencia citada. Conviene recordar que la aplicación al caso de autos del tipo del 15 % del importe bruto de los dividendos se desprende del artículo 11, apartado 2, letra b), del Convenio para evitar la doble imposición de 1974, disposición que se aplica en casos distintos de aquel en que el inversor posee al menos el 10 % del capital de la sociedad polaca que reparte los dividendos.

12 — Véanse, en este sentido, las sentencias Haribo Lakritzen Hans Riegel y Österreichische Salinen, antes citada, apartado 50, y de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros (C-338/11 a C-347/11), apartado 15.

Comisión, el legislador polaco amplió la exención de la retención en origen de los dividendos abonados a los fondos de inversión de los Estados miembros de la Unión y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3; en lo sucesivo, «Acuerdo EEE»), comparables a los fondos regulados por la Ley polaca sobre los fondos de inversión.

27. En consecuencia, como ha señalado acertadamente la Comisión, sólo los fondos de inversión establecidos en Polonia y que ejercían su actividad de conformidad con la Ley polaca sobre fondos de inversión estaban exentos del impuesto, estando excluidos sistemáticamente de dicho impuesto los fondos no residentes, incluso cuando, como sucede en el procedimiento principal, los fondos no residentes se beneficiaban de una reducción del tipo impositivo de los dividendos debido a la aplicación de un convenio para evitar la doble imposición.

28. En otras palabras, únicamente los dividendos abonados a los fondos de inversión polacos podían acogerse a la exención de la retención en origen prevista por la Ley del impuesto sobre sociedades.

29. Tal diferencia de tratamiento fiscal de los dividendos entre los fondos de inversión en función principalmente de su lugar de residencia puede disuadir, por una parte, a los fondos de inversión no residentes de realizar inversiones en sociedades establecidas en Polonia y, por otra, a los inversores residentes en ese Estado miembro de adquirir participaciones en fondos de inversión no residentes.¹³

30. Por tanto, esta legislación tributaria constituye una restricción a la libre circulación de capitales contraria en principio al artículo 56 CE.

31. No obstante, tal restricción podría admitirse en el Derecho de la Unión si la diferencia de trato en la que se basa afecta a situaciones que no son objetivamente comparables,¹⁴ como por otra parte han señalado varios gobiernos que han presentado sus observaciones en el presente procedimiento.

32. La tesis de estos gobiernos, a favor de que estas situaciones no son objetivamente comparables, se basa en la consideración de que los fondos de inversión de terceros países no están sujetos a la normativa aplicable a la constitución y al funcionamiento de los fondos de inversión europeos, a saber, en particular la Directiva 85/611/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM),¹⁵ cuyos requisitos son recogidos esencialmente en la Ley polaca sobre fondos de inversión, cuyo cumplimiento se requiere para acogerse a la exención prevista por la Ley del impuesto sobre sociedades.

33. En mi opinión, esta alegación debe desestimarse por distintos motivos.

34. En primer lugar, es necesario recordar que según la jurisprudencia, la apreciación de las situaciones objetivamente comparables debe realizarse únicamente teniendo en cuenta los criterios de distinción establecidos por la normativa nacional de que se trata.¹⁶

35. El presente asunto versaba sobre todo, en el momento de los hechos controvertidos en el procedimiento principal, sobre el criterio de residencia, ya que ningún fondo de inversión no residente en Polonia podía disfrutar de la exención de la retención en origen de los dividendos distribuidos, prevista por la Ley del impuesto sobre sociedades.

13 — Véase, en este sentido, la sentencia Santander Asset Management SGIIC y otros, antes citada, apartado 17.

14 — Véanse, en particular, las sentencias de 10 de febrero de 2011, Missionswerk Werner Heukelbach (C-25/10, Rec. p. I-497), apartado 29, y Santander Asset Management SGIIC y otros, antes citada, apartado 23.

15 — DO L 375, p. 3. Debe señalarse que, con efectos a 1 de julio de 2011, esta Directiva fue derogada y sustituida 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 organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) (DO L 302, p. 32).

16 — Véanse las sentencias Santander Asset Management SGIIC y otros, antes citada, apartados 27 y 28 y jurisprudencia citada, y de 25 de octubre de 2012, Comisión/Bélgica (C-387/11), apartado 65.

36. Por consiguiente, la alegación de los gobiernos expuesta en el punto 32 de las presentes conclusiones se basa en una premisa errónea, según la cual, la única exigencia a la que está supeditada la obtención de la exención de la retención en origen prevista por la Ley del impuesto sobre sociedades es satisfacer los requisitos recogidos en la Ley polaca sobre fondos de inversión acerca de la constitución y el funcionamiento de dichos fondos. En efecto, este requisito operaba, en definitiva, sólo con carácter secundario, exclusivamente en el caso de los fondos de inversión establecidos en Polonia.

37. En segundo lugar, del mismo modo es erróneo, como expone el órgano jurisdiccional remitente al mencionar en sus cuestiones prejudiciales el régimen de los «fondos de inversión con domicilio social en un Estado miembro de la Unión» y como alegan la mayoría de los gobiernos que han presentado observaciones en el presente procedimiento, comparar, a efectos de determinar el carácter objetivamente comparable de las situaciones, dos supuestos transfronterizos.

38. En efecto, este enfoque prescinde del criterio principal de distinción previsto por la Ley del impuesto sobre sociedades, aplicable en el momento de los hechos del procedimiento principal, a saber, en definitiva, la residencia en Polonia de los fondos de inversión.

39. En tercer lugar y habida cuenta del criterio principal del lugar de residencia previsto en la Ley del impuesto sobre sociedades, ha de recordarse que el Tribunal de Justicia declaró, en su sentencia Santander Asset Management SGIIC y otros, antes citada, que una diferencia de trato entre organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios OICVM residentes, que disfrutaban de una exención fiscal aplicable a los dividendos de origen nacional que perciben, y los OICVM no residentes (incluidos aquellos establecidos en terceros países), que están sujetos a una retención en origen con respecto a esos dividendos, no puede justificarse por una diferencia de situación pertinente.¹⁷

40. Ciertamente, tal conclusión se obtuvo tras examinar la cuestión de si, a efectos de apreciar si las situaciones son objetivamente comparables, la situación de los titulares de las participaciones de los OICVM debe considerarse también junto con la de tales organismos como vehículos de inversión colectiva.

41. No obstante, el Tribunal de Justicia ha excluido precisamente tomar en consideración la situación fiscal de los titulares de las participaciones para analizar el carácter discriminatorio o no de la normativa tributaria controvertida, en razón del criterio de distinción previsto en dicha legislación, a saber, el lugar de residencia de los OICVM.¹⁸

42. Pues bien, como ya he mencionado en varias ocasiones, el lugar de residencia de los fondos de inversión es el criterio principal previsto por la Ley del impuesto sobre sociedades vigente en el momento en que se produjeron los hechos del procedimiento principal. Desde mi punto de vista, esta situación es por tanto equiparable a la de la normativa francesa que dio lugar a la sentencia Santander Asset Management SGIIC y otros, antes citada.

43. Además, el razonamiento especialmente articulado sobre las situaciones objetivamente comparables de los OICVM residentes y de los OICVM no residentes, incluidos los de terceros países, que se expone en los apartados 24 a 44 de dicha sentencia, no deja margen ninguno de duda sobre la pertinencia de tal situación comparable, que se basa en el motivo de carácter general según el cual los fondos de inversión establecidos en terceros países se rigen por una regulación de sus actividades diferente de la aplicable a los OICVM establecidos en la Unión.

17 — Apartados 44 y 16. En lo que atañe a los terceros países, se trataba en el caso de autos de OICVM establecidas en Estados Unidos, como resulta del apartado 6 de dicha sentencia.

18 — Sentencia Santander Asset Management SGIIC y otros, antes citada, apartados 39 y 41. Como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 40 de dicha sentencia, la situación que dio lugar a esta sentencia era diferente de aquella que dio lugar a la sentencia de 20 de mayo de 2008, Orange European Smallcap Fund (C-194/06, Rec. p. I-3747), referida a una normativa tributaria que supeditaba la exención fiscal de los OICVM al requisito de que todos los beneficios de esas entidades se distribuyeran a los titulares de participaciones.

44. En definitiva, como resulta de su apartado 42, la sentencia Santander Asset Management SGIIC y otros, antes citada, confirma, también en el caso de organismos establecidos en terceros países (fuera del EEE), la línea jurisprudencial ya consolidada según la cual, cuando un Estado miembro ejerce su competencia fiscal sobre los dividendos distribuidos a sociedades establecidas en otros Estados miembros o en los terceros Estados parte en el Acuerdo EEE, los no residentes beneficiarios de dichos dividendos se encuentran en una situación comparable a la de los residentes en cuanto al riesgo de doble imposición económica o de imposición en cadena de los dividendos distribuidos por las sociedades residentes.¹⁹

45. Como sostuvo esencialmente la Comisión en la vista ante el Tribunal de Justicia, en el presente asunto debe seguirse también este razonamiento a efectos del carácter objetivamente comparable de las situaciones. En efecto, la diferencia alegada del marco normativo aplicable a los fondos de inversión polacos frente a los establecidos en terceros países puede tenerse en cuenta más adecuadamente para el análisis de las razones de interés general que pueden justificar la restricción de carácter tributario.

46. Por último, en cuarto lugar, 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 derivada de la aplicación de las disposiciones de la Ley del impuesto sobre sociedades o de los preceptos de este Convenio que tengan por objeto reducir el tipo de la retención en origen.²⁰

47. Por tanto, ante una normativa tributaria de un Estado miembro, como la Ley del impuesto sobre sociedades, en la que se prevé como criterio de distinción principal el lugar de residencia de los fondos de inversión, que da lugar a que se practique o no una retención en origen sobre los dividendos abonados por las sociedades polacas, los fondos de inversión establecidos en terceros países se encuentran en una situación objetivamente comparable a aquellos cuyo domicilio social se encuentra en territorio polaco.

48. Así pues, queda por determinar si, como han alegado los Gobiernos polaco, alemán, español y francés, la diferencia de trato puede corresponder al ámbito de aplicación de la cláusula de «standstill», prevista en el artículo 57 CE, apartado 1, o bien puede justificarse por razones imperiosas de interés general.

2. Sobre la aplicabilidad del artículo 57 CE, apartado 1

49. Procede recordar que el órgano jurisdiccional remitente no ha mencionado ni citado el artículo 57 CE, apartado 1, en su petición de decisión prejudicial, y que esta sola razón ha llevado en ocasiones al Tribunal de Justicia a no incluir en sus respuestas consideraciones relativas a la interpretación de esta disposición.²¹

50. Sin embargo, es preciso señalar que tanto el Gobierno polaco como la Comisión se han referido al artículo 57 CE, apartado 1, en sus observaciones escritas. Asimismo, esta disposición ha sido objeto de un debate oral entre las partes interesadas en la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, a petición de éste.

19 — Véanse, en particular, las sentencias de 18 de junio de 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, Rec. p. I-5145), apartados 43 y 44; de 19 de noviembre de 2009, Comisión/Italia (C-540/07, Rec. p. I-10983), apartados 53 y 54; de 3 de junio de 2010, Comisión/España (C-487/08, Rec. p. I-4843), apartado 53, y de 20 de octubre de 2011, Comisión/Alemania (C-284/09, Rec. p. I-9879), apartado 58.

20 — Véanse, en particular, en este sentido, las sentencias antes citadas Comisión/Italia, apartado 39, y Comisión/Alemania, apartado 70.

21 — Véase, a este respecto, la sentencia Santander Asset Management SGIIC y otros, antes citada, apartado 54.

51. Si bien considero, por las razones que expondré más tarde, que el artículo 57 CE, apartado 1, no debe aplicarse al presente asunto –y que, por tanto, en definitiva el órgano jurisdiccional remitente ha actuado correctamente al no referirse a esta disposición en su petición de decisión prejudicial– me parecen sin embargo útiles las consideraciones sobre la aplicabilidad del artículo 57 CE, apartado 1, en particular debido a que en el transcurso del debate ante el Tribunal de Justicia varios Gobiernos, tras la intervención del Gobierno polaco, han defendido la tesis, contraria a la preconizada por la Comisión, según la cual la Ley del impuesto sobre sociedades está comprendida en el ámbito de aplicación de dicho artículo, lo que tiene como consecuencia que pueden mantenerse las restricciones a la libre circulación de capitales que esta Ley prevé con respecto a los terceros países.

52. Dicho esto, es sabido que el artículo 57 CE, apartado 1, autoriza, con los requisitos que en el mismo se enumeran, y pese a la prohibición de restricciones a la libre circulación de capitales entre los Estados miembros y los países terceros establecida en el artículo 56 CE, apartado 1, a mantener las restricciones que existían a 31 de diciembre de 1993 de conformidad con el Derecho nacional y cuando los movimientos de capitales en cuestión supongan «inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales».

53. Una normativa de un Estado miembro entrará por consiguiente dentro del ámbito de aplicación del artículo 57 CE, apartado 1, si, además de aplicarse a un tercer país, de lo que no hay ninguna duda al tratarse de los Estados Unidos de América, cumple los criterios temporales y materiales previstos en este artículo.

54. En lo que atañe al primer criterio, salvo el demandante en el procedimiento principal, las partes interesadas que se pronunciaron a este respecto en la vista coinciden en afirmar que se cumple en el presente asunto. La retención en origen de los dividendos abonados al demandante en el procedimiento principal es el resultado de la aplicación combinada de la Ley del impuesto de sociedades, de 15 de febrero de 1992, y del Convenio para evitar la doble imposición de 1974, textos que son ambos anteriores al 31 de diciembre de 1993.

55. Si bien corresponde, en principio, al juez nacional determinar el contenido de la legislación vigente en una fecha determinada en el Derecho de la Unión,²² como han puesto de manifiesto en sus observaciones el demandante en el procedimiento principal y la Comisión, debe recordarse sin embargo que la exención prevista a favor de los fondos de inversión polacos sólo se incorporó en 1997.²³

56. Reconozco que esta modificación de la Ley del impuesto sobre sociedades no cuestiona la tributación de los dividendos abonados a los fondos de inversión establecidos en terceros países.

57. Por tanto, no cabe afirmar que antes del 31 de diciembre de 1993 existía una «restricción», en el sentido de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales, que se mantuvo con posterioridad a esta fecha. En efecto, a 31 de diciembre de 1993, los dividendos abonados por sociedades polacas a entidades extranjeras habían soportado o bien la misma retención en origen que aquellos abonados a entidades establecidas en Polonia, o bien un tipo reducido, en virtud de un convenio para evitar la doble imposición celebrado entre la República de Polonia y el Estado en cuestión. Al introducir una diferencia de trato fiscal entre los dividendos abonados por las sociedades polacas en función de la residencia en Polonia o fuera de Polonia de sus beneficiarios, la modificación de 1997 de la Ley del impuesto sobre sociedades cambió por tanto sustancialmente el régimen fiscal existente a 31 de diciembre de 1993. Esta modificación se basa por tanto en una lógica diferente, en el

22 — Véase, en este sentido, la sentencia Holböck, antes citada, apartado 40.

23 — Véase el apartado 6 de las observaciones escritas de la Comisión, reiteradas en la vista. El número 10 del artículo 6, apartado 1 de la Ley del impuesto sobre sociedades fue añadido por la Ley de 28 de agosto de 1997.

sentido de la jurisprudencia,²⁴ a la del Derecho anterior vigente a 31 de diciembre de 1993, dado que incorpora una diferencia de trato entre entidades polacas y no polacas desconocida con anterioridad, declarando exentas a las primeras de la retención en origen y de los procedimientos administrativos relacionados con la contribución a tanto alzado del impuesto sobre los dividendos que les han sido distribuidos. A mi parecer, esta modificación no podría asimilarse a una normativa vigente a 31 de diciembre de 1993.

58. Esta apreciación es suficiente para descartar la aplicación del artículo 57 CE, apartado 1, en el presente asunto.

59. A todos los efectos útiles y en todo caso, considero que la normativa controvertida no cumple el requisito material previsto en el artículo 57 CE, apartado 1, a saber, que los movimientos de capitales de que se trata deben suponer «inversiones directas» o «la prestación de servicios financieros».

60. El concepto de «inversiones directas», al igual que el de movimientos de capital, no está definido por el Tratado.

61. Teniendo en cuenta este hecho, el Tribunal de Justicia se ha basado sistemáticamente, hasta el momento, tanto para la interpretación del artículo 56 CE como para la del artículo 57 CE, en las definiciones recogidas en la nomenclatura del anexo I de la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado²⁵ y las notas explicativas correspondientes.²⁶

62. Las inversiones directas están comprendidas en la categoría I de dicha nomenclatura e incluyen en su punto 2 la «[p]articipación en empresas nuevas o existentes para crear o mantener vínculos económicos duraderos». De acuerdo con las notas explicativas, el concepto «inversiones directas» se refiere a «[c]ualquier tipo de inversión [...] que sirva para crear o mantener relaciones duraderas y directas entre el proveedor de fondos y el empresario, o la empresa a la que se destinan dichos fondos para el ejercicio de una actividad económica». Estas notas explicativas indican asimismo, refiriéndose a dicho punto 2, aplicable a las sociedades por acciones, que existe una «participación con carácter de inversión directa cuando el paquete de acciones que posea [...] cualquier [...] tenedor, [le] ofrezca [...] la posibilidad de participar de manera efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad».

63. Basándose precisamente en estas definiciones, el Tribunal de Justicia distingue, en los movimientos de capital, las inversiones «directas» en forma de participación de una empresa mediante la posesión de acciones que confiere la posibilidad de participar de manera efectiva en su gestión y control, y las inversiones de cartera, que implican la adquisición de títulos en el mercado de capitales efectuada con la única intención de realizar una inversión financiera, pero sin intención de influir en la gestión y el control de la empresa.²⁷

64. Si bien el concepto de movimientos de capital abarca estos dos tipos de inversiones, únicamente las «inversiones directas», incluido el pago de dividendos derivado de éstas,²⁸ pueden acogerse a la excepción admitida por el artículo 57 CE, apartado 1.

24 — Véanse, en particular, las sentencias Holböck, antes citada, apartado 41; de 18 de diciembre de 2007, A (C-101/05, Rec. p. I-11531), apartado 49, y de 11 de febrero de 2010, Fokus Invest (C-541/08, Rec. p. I-1025), apartado 42.

25 — DO L 178, p. 5. Dicho artículo 67 fue derogado por el Tratado de Ámsterdam.

26 — Véase, en particular, la sentencia Holböck, antes citada, apartado 34 y jurisprudencia citada.

27 — Véanse, a este respecto, en particular, las sentencias antes citadas Orange European Smallcap Fund, apartados 98 a 102, y Glaxo Wellcome, apartado 40 y jurisprudencia citada. Véase asimismo la sentencia de 10 de noviembre de 2011, Comisión/Portugal (C-212/09, Rec. p. I-10889), apartado 47.

28 — Véase, en particular, la sentencia de 13 de noviembre de 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation, antes citada, apartado 103 y jurisprudencia citada.

65. Por tanto, podría intentarse trazar una línea de delimitación general entre estas dos categorías de inversiones, especialmente en aras de la seguridad jurídica.

66. Este ejercicio podría resultar sin embargo vano, puesto que depende de las circunstancias propias de cada asunto.

67. En el procedimiento principal, es cierto que la Ley del impuesto sobre sociedades se aplica indistintamente al pago de dividendos por sociedades polacas con independencia del alcance de la participación que posea en estas sociedades.²⁹ No obstante, ha quedado acreditado que sólo se cuestiona la tributación en origen de la remuneración de las participaciones, que el propio órgano jurisdiccional remitente considera que únicamente reflejan inversiones de cartera.

68. Por tanto, el artículo 57 CE, apartado 1, no puede invocarse en el procedimiento principal.

69. Esta apreciación no se ve desvirtuada por las dos alegaciones adicionales que el Gobierno polaco formuló en la vista ante el Tribunal de Justicia, basadas, por una parte, en una acepción más amplia del concepto «inversiones directas», que el Tribunal de Justicia utilizó en el apartado 21 de la sentencia VBV – Vorsorgekasse³⁰ y, por otra parte, en el hecho de que los movimientos de capitales controvertidos en el procedimiento principal suponen, a falta de «inversiones directas», «la prestación de servicios financieros», prevista asimismo en el artículo 57 CE, apartado 1.

70. En cuanto al primer extremo, procede señalar que la sentencia VBV – Vorsorgekasse, antes citada, que se refiere únicamente a la interpretación del artículo 63 TFUE (antiguo artículo 56 CE), versaba sobre una normativa nacional que restringía la adquisición por parte de un nacional de un Estado miembro, de participaciones de un fondo común de inversión establecido en un Estado miembro y no, como es el caso del procedimiento principal, sobre la tributación de los dividendos abonados por una sociedad de un Estado miembro a un fondo de inversión no residente. Es cierto que el Tribunal de Justicia declaró, en el apartado 21 de esta sentencia, que dicha adquisición constituye una «inversión directa» y, por tanto, un movimiento de capitales en el sentido del artículo 63 TFUE. Sin embargo, el Tribunal de Justicia se refirió, admito que con cierta ambigüedad, a la rúbrica IV de la nomenclatura del anexo I de la Directiva 88/361, titulada «Operaciones de participaciones de organismos de inversión colectiva» y no a la rúbrica I de dicha nomenclatura relativa a las «inversiones directas», así como a los apartados de dos sentencias anteriores³¹ que, a su vez, interpretaban la rúbrica I y recordaban que la inversión directa se caracteriza por la posibilidad de participar de manera efectiva en la gestión de una sociedad y en su control.

71. Por tanto, considero que la intención del Tribunal de Justicia en el apartado 21 de la sentencia VBV – Vorsorgekasse, antes citada, no era distinguir entre las inversiones directas y las inversiones de cartera o ampliar el alcance del primer concepto, sino, a lo sumo, precisar que la adquisición de participaciones de un fondo común de inversión es una inversión comprendida en el concepto de «movimiento de capitales» en el sentido del artículo 63 TFUE y de la nomenclatura del anexo I de la Directiva 88/361.

29 — Recuérdese que en la sentencia Holböck, antes citada, el Tribunal de Justicia admitió que el artículo 57 CE, apartado 1, puede comprender las restricciones a la libre circulación de capitales previstas en una normativa aplicable indistintamente a los Estados miembros y a los terceros países referida al pago de dividendos. No obstante, el asunto que dio lugar a la sentencia Holböck versaba sobre las participaciones del accionista en la sociedad en cuestión, que le permitían participar de manera efectiva en la gestión de dicha sociedad o en su control.

30 — Sentencia de 7 de junio de 2012 (C-39/11).

31 — A saber, respectivamente, el apartado 37 de la sentencia de 4 de junio de 2002, Comisión/Francia (C-483/99, Rec. p. I-4781) y el apartado 38, redactado de manera idéntica, de la sentencia de la misma fecha, Comisión/Bélgica (C-503/99, Rec. p. I-4809), primeras sentencias «golden shares».

72. Por lo demás, si bien cabe admitir una cierta «vacilación» en el empleo de los términos que designan las distintas categorías de movimientos de capitales comprendidas en el artículo 63 TFUE debido a su ámbito de aplicación muy amplio, no sucede lo mismo sin embargo en el caso de las «inversiones directas» enumeradas en el artículo 64 TFUE, apartado 1 (antiguo artículo 57 CE, apartado 1), ya que éste, en cuanto excepción a un régimen de libertad establecido por el Derecho de la Unión, que es, además, particularmente amplia, ha de ser objeto de una interpretación estricta.³²

73. La segunda alegación expuesta por el Gobierno polaco consiste en afirmar que, de no considerarse que constituyen «inversiones directas», los movimientos de capitales objeto de la restricción prevista por la Ley del impuesto sobre sociedades implicarían «la prestación de servicios financieros», a saber, los servicios prestados por los fondos de inversión a sus partícipes.

74. Hay que señalar que ni el Tratado, ni la jurisprudencia, ni la nomenclatura del anexo I de la Directiva 88/361 definen el concepto de «prestación de servicios financieros», limitándose las notas explicativas de esta última a enumerar una serie de operaciones financieras, como las operaciones en cuentas corrientes y los depósitos, los préstamos y créditos financieros, las transferencias en ejecución de contratos de seguro, así como a mencionar las «entidades financieras» previstas en dicha Directiva, como los bancos, las compañías de seguros, las sociedades de inversión y otras entidades de naturaleza similar. Sin embargo, considero que es correcto suponer que estos servicios incluyen aquellos servicios prestados por dichas entidades a sus clientes.

75. A continuación, habida cuenta del tenor literal del artículo 57 CE, apartado 1, el ámbito de aplicación de esta disposición incluye únicamente las situaciones encuadradas dentro de la libre circulación de capitales que suponen la prestación de servicios financieros y no, a la inversa, la prestación de servicios financieros que supone movimientos de capitales. Por tanto, considero que el objeto de las medidas nacionales previstas en el artículo 57 CE, apartado 1, se refiere principalmente a los movimientos de capitales y no a la prestación de servicios financieros. De no ser así, estas medidas estarían comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado CE relativas a la libre prestación de servicios. Ahora bien, recordemos que estas disposiciones no se extienden a las relaciones con terceros países.

76. Por último, y ésta es sin duda la cuestión más delicada, se trata de determinar la naturaleza de la relación entre los movimientos de capitales en cuestión y la prestación de servicios financieros. ¿Debe incluirse cualquier restricción de los movimientos de capitales respecto de países terceros vinculada a una prestación de servicios financieros en el ámbito de aplicación material del artículo 57 CE, apartado 1, lo que tiene por efecto incluir la casi totalidad de las operaciones financieras, o debe interpretarse esta disposición de manera más restrictiva?

77. Desde mi punto de vista, creo que esta última opción es preferible por dos motivos. Por una parte, el artículo 57 CE, apartado 1, se refiere en su tenor literal a los movimientos de capitales que «supongan»,³³ es decir, que entrañen la prestación de servicios financieros. Por otra parte, una interpretación restrictiva de la cláusula de reserva contenida en el artículo 57 CE, apartado 1, permite asimismo mantener el efecto útil de la libertad *erga omnes* consagrada en el artículo 56 CE.

32 — Véase, a este respecto, el punto 51 de mis conclusiones presentadas el 12 de junio de 2013 en el asunto Welte (sentencia de 17 de octubre de 2013, C-181/12).

33 — Si bien determinadas versiones lingüísticas de este artículo, como las versiones alemana y polaca, parecen más neutras, las versiones española («supongan»), inglesa («involving»), italiana («implichino») y portuguesa («envolva») parecen, en mi opinión, confirmar una cierta relación causa-efecto entre el movimiento de capital controvertido y la prestación de servicios financieros. Las versiones «neutras» no se oponen, en cualquier caso, a una interpretación estricta del artículo 57 CE, apartado 1, debido a la necesidad de garantizar el efecto útil de la libertad consagrada en el artículo 56 CE.

78. En el caso de autos, ha de recordarse que la Ley del impuesto sobre sociedades tiene por objeto la tributación de los dividendos percibidos por los fondos de inversión establecidos en terceros países, sin que, a este respecto, la relación entre los partícipes de dicho fondo y este último incida en manera alguna sobre la base imponible o sobre el tipo impositivo. Así, la medida nacional no se refiere a los movimientos de capitales relacionados con la prestación de servicios financieros realizada por los fondos de inversión a sus partícipes, al margen de que éstos residan en el territorio de un Estado miembro o en el de un tercer país. Además, en sí misma, la participación de un fondo de inversión de un tercer país en el capital de sociedades de un Estado miembro no supone una prestación de servicios financieros.

79. Considero por tanto que los movimientos de capitales de que se trata, es decir, la adquisición de participaciones realizada por un fondo de inversión en el capital de sociedades polacas, que le han abonado dividendos sujetos a tributación de conformidad con la Ley del impuesto sobre sociedades, no suponen, en el sentido del artículo 57 CE, apartado 1, la prestación de servicios financieros.

80. En consecuencia, en contra de lo que sostiene el Gobierno polaco en sus observaciones ante el Tribunal de Justicia, considero que una restricción a la libre circulación de capitales como la controvertida en el procedimiento principal no está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 57 CE, apartado 1.

81. Queda por comprobar ahora si dicha restricción puede justificarse por una razón imperiosa de interés general.

3. Sobre el carácter justificado de la restricción

82. Los gobiernos que presentaron observaciones en el presente procedimiento alegaron una serie de razones que, en su opinión, podrían justificar la restricción prevista en la Ley del impuesto sobre sociedades, entre las cuales, de manera prioritaria, está la que se refiere a la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales, a la que se adhiere también la Comisión. Además, estos mismos gobiernos sostienen que la diferencia de trato puede mantenerse también debido a la necesidad de preservar la coherencia del régimen tributario y de garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria. El Gobierno alemán añadió que la protección de los ingresos fiscales podría justificar válidamente una restricción respecto de terceros países.

83. No me parece indispensable examinar estos motivos sucesivamente, dado que, en mi opinión, el primero de ellos podría bastar en efecto para justificar la restricción controvertida. Por tanto, analizaré, con carácter principal, la justificación basada en la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales, mientras que las demás razones, que son considerablemente menos convincentes, sólo serán objeto de un examen subsidiario.

a) Sobre la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales

84. Los gobiernos que han participado en el procedimiento en el presente asunto alegan que, en el supuesto en que la restricción controvertida no existiera, las autoridades tributarias nacionales no podrían verificar ante las autoridades competentes de Estados Unidos que un fondo de inversión establecido en ese país ejerce su actividad en condiciones equivalentes a las previstas en la Ley polaca sobre fondos de inversión, a la que se remite el artículo 6, apartado 1, número 10, de la Ley del impuesto sobre sociedades y que traspone la Directiva 85/611. La necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales, que incuestionablemente constituye una razón imperiosa de interés general,³⁴

34 — Véase, en particular, la sentencia de 6 de octubre de 2011, Comisión/Portugal (C-493/09, Rec. p. I-9247), apartado 42 y jurisprudencia citada.

justifica por tanto la denegación de la exención fiscal controvertida a los fondos de inversión con domicilio social en Estados Unidos, ya que, además, para la obtención de la información solicitada no son de ninguna utilidad los convenios fiscales celebrados entre la República de Polonia y los Estados Unidos de América.

85. La Comisión comparte en esencia esta postura. Considera en efecto que el artículo 6, apartado 1, números 10 y 10a, de la Ley del impuesto sobre sociedades puede mantenerse, dado que la falta de un instrumento jurídico que permita a las autoridades tributarias polacas, así como al órgano jurisdiccional remitente, verificar las pruebas y las informaciones presentadas por el fondo de inversión estadounidense para apreciar su carácter comparable a los fondos de inversión establecidos en Polonia, en la Unión o en el EEE no permite situarlo en pie de igualdad con estos últimos.

86. Con algunos matices comparto, en esencia, esta alegación.

87. Ciertamente, tal como reconoció el Gobierno polaco en la vista ante el Tribunal de Justicia, los fondos de inversión de terceros países están excluidos en todo caso de la exención de la retención en origen prevista en la Ley del impuesto sobre sociedades, aun cuando cumplan las exigencias requeridas para disfrutar de dicha exención.

88. En lo que respecta a las relaciones entre los Estados miembros de la Unión, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que no cabe excluir *a priori* la posibilidad de que el contribuyente esté en condiciones de aportar los justificantes pertinentes para que las autoridades tributarias del Estado miembro de tributación puedan comprobar, de manera clara y precisa, que no intenta evitar o eludir el pago de impuestos.³⁵

89. Por tanto, en la Unión, la negativa absoluta de un Estado miembro a conceder una ventaja fiscal a un contribuyente no residente, impidiéndole aportar las pruebas que permitan comprobar que cumple las exigencias requeridas para la obtención de dicha ventaja, no puede justificarse, en principio, en virtud de la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales, siendo esta negativa desproporcionada.³⁶

90. Sin embargo, esta jurisprudencia, que se refiere a las restricciones al ejercicio de las libertades de circulación en el seno de la Unión, no puede aplicarse íntegra y automáticamente a las relaciones con terceros países, ya que el Tribunal de Justicia considera que el ejercicio de la libertad de circulación de capitales con dichos países, incluidos los países vinculados mediante el acuerdo EEE, se inscribe en un contexto jurídico diferente.³⁷

91. A efectos de poner de manifiesto esta diferencia de contexto jurídico, el Tribunal de Justicia subraya, de manera general, que mientras que en la Unión Europea, las autoridades competentes de los Estados miembros disponen de mecanismos de asistencia mutua, a saber la Directiva 77/799/CEE,³⁸ que les permiten en particular verificar las informaciones presentadas por los contribuyentes no residentes para la introducción correcta del impuesto, estos mecanismos no se extienden de esta forma a los terceros países, dado que el marco de cooperación con las autoridades competentes de dichos países depende de compromisos multilaterales o bilaterales.³⁹

35 — Véanse, en particular, las sentencias antes citadas A, apartado 59, y de 6 de octubre de 2011, Comisión/Portugal, apartado 46.

36 — Véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2011, Comisión/Portugal, antes citada, apartado 46.

37 — Véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas A, apartado 60, y Haribo Lakritzen Hans Riegel y Österreichische Salinen, apartado 65.

38 — Directiva del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos e impuestos sobre las primas de seguros (DO L 336, p. 15; EE 09/01, p. 94), en su versión modificada por la Directiva 2004/106/CE del Consejo de 16 de noviembre de 2004 (DO L 359, p. 30; en lo sucesivo, «Directiva 77/799»), en su versión aplicable durante los ejercicios fiscales controvertidos en el procedimiento principal.

39 — Véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Comisión/Italia, apartados 70 y 71, y Haribo Lakritzen Hans Riegel y Österreichische Salinen, antes citada, apartados 66 y 67.

92. La Comisión propuso en sus observaciones escritas seguir esta línea jurisprudencial alegando, en esencia, que en la medida en que, en el caso de autos, según indica el órgano jurisdiccional remitente y su propio análisis, ni las disposiciones (artículo 23) del Convenio bilateral para evitar la doble imposición de 1974,⁴⁰ ni las disposiciones de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), artículo 4, y del Consejo de Europa, firmado en Estrasburgo el 25 de enero de 1988, sobre asistencia administrativa mutua en materia tributaria⁴¹, del cual son Parte contratante los Estados Unidos de América,⁴² permiten obtener las informaciones necesarias relativas a la constitución y al funcionamiento de los fondos de inversión exigidas por la Ley del impuesto sobre sociedades para conceder la exención solicitada, esta comprobación resulta suficiente para justificar la diferencia de trato controvertida.

93. Sin embargo, no considero que este tipo de razonamiento sea pertinente en el presente asunto, como finalmente reconoció la Comisión en la vista.

94. En efecto, la diferencia de contexto jurídico entre la cooperación establecida en el seno de la Unión, por una parte, y las relaciones con terceros países, por otra, no se sitúa en el caso de autos al nivel de los mecanismos de cooperación en materia tributaria, pues al igual que las disposiciones de los Convenios entre la República de Polonia y los Estados Unidos de América, la Directiva 77/799 no prevé un mecanismo de intercambio de información entre las autoridades tributarias de los Estados miembros relativo a las condiciones de autorización, de control y de funcionamiento de los fondos de inversión. En otras palabras, como destaca adecuadamente el órgano jurisdiccional remitente, este tipo de información, exigida por la Ley del impuesto sobre sociedades para conceder la exención controvertida, se sitúa fuera del ámbito de aplicación del mecanismo de intercambio de información de la Directiva 77/799.

95. En mi opinión, en cambio, la diferencia de contexto jurídico se basa especialmente en la existencia del régimen establecido por la Directiva 85/611, del cual quedan excluidos los terceros países.

96. En efecto, como recuerda concretamente su cuarto considerando, esta Directiva establece normas mínimas comunes en lo relativo a la aprobación de los OICVM situados en los Estados miembros (aprobación válida para el conjunto de estos Estados), su control, su estructura, su actividad y las informaciones que deben publicar. La aprobación de los OICVM no podrá concederse si la sociedad de gestión (cuando se trate de un organismo en forma contractual) o la sociedad de inversión (cuando se trate de un organismo en forma estatutaria) no cumplen las condiciones previas establecidas por las secciones III y IV de dicha Directiva, relativas a las condiciones de acceso y de ejercicio de estas actividades. En lo que respecta al control de los OICVM, la Directiva 85/611 establece, en su sección IX, que las autoridades competentes de los Estados miembros, que deberán ser dotadas de todas las competencias y poderes de control necesarios, colaborarán estrechamente entre ellas para el cumplimiento de su misión y les somete a la obligación de comunicar, con este único fin, todas las informaciones solicitadas. La Directiva señala asimismo que sus disposiciones en materia de intercambio de información no podrán impedir, bajo determinadas condiciones, tanto dentro de un Estado miembro como entre Estados miembros, la comunicación de informaciones entre las autoridades competentes y las autoridades responsables de la misión pública de supervisión de las instituciones financieras y de los mercados financieros, los órganos que participen en la liquidación, quiebra u otro procedimiento similar de OICVM y de empresas que participen en su actividad y las

40 — El artículo 23 de este Convenio establece en particular que las autoridades competentes intercambiarán la información necesaria para la elaboración de las disposiciones de dicho Convenio o para la prevención de fraudes, o incluso para la gestión de la ejecución de las disposiciones principales relativas a los impuestos a los que se aplica dicho Convenio, a condición de que el carácter de esta información permita que ésta sea transmitida de acuerdo con la legislación y la práctica administrativa de cada uno de los Estados contratantes en relación con sus propios impuestos.

41 — Este Convenio entró en vigor el 1 de abril de 1995. Su artículo 4 establece que las Partes contratantes intercambiarán las informaciones que les parezcan pertinentes para llevar a cabo el establecimiento y la recaudación de los ingresos, el cobro de créditos fiscales o las medidas de ejecución correspondientes. El texto del Convenio está disponible en el sitio de Internet: <http://conventions.coe.int>.

42 — Los Estados Unidos de América firmaron este Convenio el 26 de agosto de 1989 y lo ratificó el 13 de febrero de 1991.

personas encargadas del control legal de las cuentas de las entidades financieras. Además, la Directiva 85/611 prevé, en las condiciones establecidas en su artículo 50 *bis*, un mecanismo de alerta rápida de las autoridades competentes con respecto, como mínimo, a todo hecho o decisión que pueda constituir una violación del contenido de las disposiciones legales o reglamentarias que establecen las condiciones de autorización o que regulan el ejercicio de la actividad de los OICVM o empresas que participen en su actividad, o perjudicar la continuidad de su explotación o de la de una empresa que participe en tu actividad, o implicar la denegación de la certificación de cuentas o la emisión de reservas.

97. Ahora bien, aun suponiendo que un fondo de inversión situado en un tercer país pueda aportar una serie de informaciones que permitan a las autoridades de un Estado miembro verificar que está regulado por normas comparables a aquellas vigentes en el territorio de este último que trasponen las disposiciones de la Directiva 85/611, dichas autoridades no podrán, a falta de un marco común análogo al aplicable en la Unión, cerciorarse de la veracidad de las informaciones que les han sido transmitidas dirigiéndose a las autoridades competentes del tercer país en cuestión, ni obtener de éstas información relativa a los posibles cambios relacionados con la naturaleza o la explotación de los fondos de inversión. Esto reviste especial importancia si se tiene en cuenta que, en la Unión, el artículo 1, apartado 5, de la Directiva 85/611, garantiza la invariabilidad de la naturaleza de los OICVM regulados por sus disposiciones, al exigir a los Estados miembros que prohíban a estos organismos transformarse en organismos no sujetos a dicha Directiva, lo que no se garantiza en modo alguno en los terceros países.

98. En estas circunstancias, considero que es legítimo, habida cuenta de los criterios previstos por la Ley del impuesto sobre sociedades para conceder la exención controvertida, denegar dicha exención a un fondo de inversión situado en un tercer país, dado que no existe ninguna obligación de intercambio de información con las autoridades competentes de tal país análoga a la que se impone en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión y los Estados parte en el Acuerdo EEE que están vinculados por las disposiciones de la Directiva 85/611.

99. A mi parecer, no ponen en tela de juicio esta conclusión ni la ampliación realizada de manera unívoca por el legislador polaco, únicamente a partir del 1 de enero de 2011, del beneficio de la exención controvertida introduciendo el número 10a en el artículo 6, apartado 1, de la Ley del impuesto sobre sociedades, a favor de los OICVM establecidos en un Estado miembro de la Unión o un Estado parte en el Acuerdo EEE, a raíz de un procedimiento de infracción iniciado por la Comisión, ni la circunstancia de que la Directiva 85/611 guarde silencio sobre la posibilidad de intercambiar información entre las autoridades competentes en el sentido de esta Directiva y las autoridades tributarias de un Estado miembro.

100. En cuanto al primer extremo, basta destacar que si, con anterioridad a la modificación de la Ley del impuesto sobre sociedades, el régimen diferenciado que era aplicable a los OICVM establecidos en un Estado miembro de la Unión o en un Estado parte en el Acuerdo EEE podía, tal como declaró además la Comisión, parecer legítimamente contrario a la libre circulación de capitales consagrada por el Tratado CE, esta apreciación no puede en mi opinión extenderse al trato diferenciado de los fondos de inversión situados en terceros países, debido precisamente a la inexistencia de una obligación de intercambio de información a cargo de las autoridades competentes de dicho país, análoga a la impuesta a las autoridades de los Estados miembros y de los Estados parte en el Acuerdo EEE, vinculados por las disposiciones de la Directiva 85/611.

101. En otras palabras, el hecho de que la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales no puede justificar una restricción, como la prevista por el artículo 6, apartado 1, número 10, de la Ley del impuesto sobre sociedades, en las relaciones entre los Estados miembros y los Estados parte en el Acuerdo EEE, no puede significar que no pueda invocarse tal restricción frente a un fondo de inversión situado en un tercer país.

102. Del mismo modo, en cuanto al segundo extremo, el silencio de la Directiva 85/611 acerca del intercambio de información entre las autoridades competentes de supervisión de los OICVM, en el sentido de la Directiva 85/611, y las autoridades tributarias de los Estados miembros no significa que, aun dentro de la Unión, no pueda transmitirse a estas autoridades la información suficiente, a efectos de poder conceder una ventaja fiscal de tipo personal, tal como la exención fiscal controvertida.

103. En efecto, para conceder dicha ventaja y suponiendo que las autoridades tributarias de un Estado miembro no puedan obtener o verificar de manera directa determinada información que les ha sido transmitida en virtud de las disposiciones nacionales por las que se adapta el Derecho interno a la Directiva 85/611, dichas autoridades podrán conformarse simplemente con la confirmación emitida por las autoridades competentes, en el sentido de la Directiva 85/611, de su propio Estado miembro sobre la veracidad de la información transmitida por el OICVM, en su caso, después de que estas últimas autoridades hayan verificado u obtenido cierta información ante sus homólogos de otros Estados miembros o de Estados parte en el Acuerdo EEE. Por el contrario, no existe esta posibilidad en las relaciones con terceros países.

104. Por último, si bien es cierto que en la sentencia antes citada Santander Asset Management SGIIC y otros, el Tribunal de Justicia desestimó la justificación basada en la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales respecto de la normativa tributaria francesa, incluso en sus relaciones con terceros países, esto no desvirtúa en modo alguno la orientación propuesta en las presentes conclusiones. Basta recordar al respecto que dicha desestimación se basó en que el Gobierno francés no había aportado ninguna prueba que demostrase por qué este objetivo debería justificar un impuesto que grave a los OICVM no residentes.⁴³

105. En estas circunstancias, y habida cuenta del distinto contexto jurídico que regula las relaciones entre los Estados miembros y los Estados parte en el Acuerdo EEE frente al que rige las relaciones con terceros países, considero que el Estado miembro de que se trata puede invocar la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales para justificar la diferencia de trato fiscal aplicable al reparto de dividendos a favor de un fondo de inversión situado en un tercer país, sujeto a la Ley del impuesto sobre sociedades.

106. Por tanto, propongo responder a la segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente que los artículos 56 CE y 58 CE no se oponen a la aplicación de una legislación tributaria de un Estado miembro como la controvertida en el procedimiento principal en virtud de la cual no pueden acogerse a una exención fiscal los dividendos abonados por las sociedades establecidas en dicho Estado miembro a favor de un fondo de inversión situado en un tercer país cuando las autoridades de dicho Estado miembro no puedan verificar la información transmitida eventualmente por el fondo de inversión, relativa en particular a su autorización y a su funcionamiento, a falta de un marco jurídico y de una cooperación administrativa análogos a los existentes en la Unión y en el EEE.

107. Habida cuenta de esta propuesta, como ya he señalado anteriormente, no es estrictamente necesario examinar los demás motivos de justificación alegados por los gobiernos que han participado en este procedimiento. Por tanto, sólo abordo sucintamente los demás motivos para el caso de que el Tribunal de Justicia no siga la propuesta que acabo de hacer.

43 — Véase la sentencia Santander Asset Management SGIIC y otros, antes citada, apartado 54.

b) Sobre el mantenimiento de la coherencia del régimen fiscal

108. Según el Gobierno polaco, la exención controvertida está estrechamente vinculada a la tributación de los pagos realizados por los fondos de inversión a sus partícipes. La coherencia del régimen fiscal está asegurada por una tributación uniforme y efectiva (real) de las rentas de un sujeto pasivo determinado, independientemente del Estado miembro en que se perciban, y que tenga en cuenta el importe de los impuestos satisfechos en otros Estados miembros.

109. El Gobierno alemán añade, en esencia, que en las situaciones que impliquen a terceros países, especialmente en el caso de los fondos de inversión, procede ampliar el concepto de coherencia fiscal y apreciar las diferentes fases de la tributación en su conjunto, suponiendo que los dividendos se abonan a los partícipes establecidos en el extranjero. Este enfoque contribuye accesoriamente al objetivo de mantener el reparto de la potestad tributaria y resulta aún más justificado si se tiene en cuenta que el sistema nacional controvertido en el procedimiento principal pretende equiparar las inversiones efectuadas en los fondos a las inversiones directas. El hecho de ampliar el concepto de coherencia de manera que la tributación que grava a los sujetos pasivos sea considerada en su conjunto, limitando sin embargo esta ampliación únicamente al caso de los países terceros, permite prevenir una utilización excesiva de este motivo de justificación.

110. Esta alegación, análoga en esencia a la formulada por el Gobierno francés que fue desestimada por el Tribunal de Justicia en el asunto que dio origen a la sentencia Santander Asset Management SGIIC y otros, antes citada, debe, desde mi punto de vista, correr la misma suerte.

111. Según una jurisprudencia actualmente consolidada, para que el mantenimiento de la coherencia de un régimen fiscal pueda justificar una restricción a la libertad de circulación, es preciso que esté acreditada la existencia de una relación directa entre la ventaja fiscal de que se trata y la compensación de dicha ventaja mediante un gravamen fiscal determinado, debiendo apreciarse el carácter directo de esta relación con respecto al objetivo de la normativa controvertida.⁴⁴

112. Pues bien, al igual que sucedía con la normativa tributaria francesa que dio origen a la sentencia Santander Asset Management SGIIC y otros, antes citada, la Ley del impuesto sobre sociedades no supedita la exención de la retención en origen de los dividendos al requisito de que los dividendos percibidos por un fondo de inversión sean redistribuidos por éste y que su tributación a cargo de los partícipes de ese fondo permita compensar la exención de la retención en origen.⁴⁵

113. Por otra parte, no entiendo por qué razón objetiva esta interpretación debería flexibilizarse o reconsiderarse en las relaciones con terceros países, como alega el Gobierno alemán. Además, esta tesis se basa en la premisa no demostrada según la cual los partícipes de los fondos de inversión de terceros países residen asimismo en estos países o, al menos, fuera del territorio nacional e implica que la coherencia de tal normativa tributaria de un Estado miembro está, independientemente del objetivo que pretenda alcanzar, supeditada en cualquier caso al análisis del régimen fiscal aplicable a estos partícipes en el Estado donde tienen su domicilio fiscal. Ahora bien, desde esta perspectiva, esta alegación implica una deformación del análisis del motivo relativo a la coherencia del régimen fiscal de un Estado miembro, dado que este análisis debe, en principio, llevarse a cabo tomando en consideración un solo régimen fiscal.

114. En estas circunstancias, considero que el Estado miembro de que se trata no puede invocar el objetivo de interés general basado en la necesidad de mantener la coherencia de su régimen fiscal.

44 — Véase la sentencia Santander Asset Management SGIIC y otros, antes citada, apartado 51 y jurisprudencia citada.

45 — Véase, por analogía, la sentencia Santander Asset Management SGIIC y otros, antes citada, apartado 52. Véase también, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2011 Comisión/Portugal, antes citada, apartados 37 a 39.

c) Sobre el reparto equilibrado de la potestad tributaria y sobre la protección de los ingresos tributarios

115. Solamente el Gobierno alemán ha invocado la necesidad de mantener el reparto de la potestad tributaria entre la República de Polonia y los Estados Unidos de América, así como la protección de los ingresos tributarios como motivos que justifican la restricción controvertida. En mi opinión, ambos motivos deben analizarse de manera conjunta, ya que se hallan interrelacionados en la alegación de este Gobierno.

116. Si bien el razonamiento del Gobierno alemán se adhiere esencialmente a las consideraciones relativas a una diferencia de contexto jurídico entre las relaciones en el seno de la Unión y a las que mantienen los Estados miembros con terceros países, que ya he abordado al analizar la justificación basada en la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales, dicho Gobierno considera, de manera más general, que cuando se trata de movimientos de capitales hacia y desde terceros país, las personas interesadas sólo pueden acogerse a las normas del mercado interior en caso de que la apertura recíproca de los mercados esté garantizada en un tratado internacional, ya que una restricción a la soberanía fiscal de un Estado miembro a través de la libre circulación de capitales tendría como consecuencia automática la transferencia a un tercer país de la materia sometida a tributación.

117. El Gobierno alemán añade que no se aplican en una situación que afecte a terceros países las declaraciones del Tribunal de Justicia para situaciones internas de la Unión, a saber, que cuando un Estado miembro ha decidido no gravar a las sociedades beneficiarias establecidas en su territorio por este tipo de rendimientos, no puede invocar la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros para justificar la sujeción al impuesto de las sociedades beneficiarias establecidas en otro Estado miembro, o que la República de Polonia no debería renunciar a su derecho a gravar un rendimiento generado por una actividad económica ejercida en su territorio ya que los dividendos repartidos por las sociedades residentes ya han tributado a cargo de las sociedades que los reparten como beneficios obtenidos por éstas.

118. En este contexto, el Gobierno alemán afirma asimismo que la preservación de los ingresos tributarios nacionales debe reconocerse como un motivo de justificación autónomo frente a terceros países. En efecto, el mercado interior tiene por objeto garantizar una eficiente asignación de los recursos en la Unión Europea, prohibiendo por tanto la tributación especial de las situaciones transfronterizas respecto de las situaciones internas, a efectos de preservar la neutralidad fiscal en el interior de este mercado. Ahora bien, los terceros países que no forman parte de este mercado no están por tanto obligados a soportar una pérdida comparable de ingresos fiscales en relación con los Estados miembros. Por consiguiente, la libre circulación de capitales no debe obligar a los Estados miembros a renunciar a los ingresos tributarios en beneficio de terceros países. Además, el balance institucional que supone la aproximación de las legislaciones (artículos 114 TFUE y 115 TFUE) y que puede contribuir a coordinar, en el mercado interior, los intereses fiscales de los diferentes Estados miembros frente a los operadores del mercado, tampoco existe en las relaciones con los terceros países.

119. Esta postura no me convence.

120. En primer lugar, en la medida en que el Tratado CE tiende, de manera general, a supeditar la libre circulación de los capitales hacia y desde los países terceros a la existencia de un requisito de reciprocidad, debe reconocerse que éste (así como, actualmente, el Tratado FUE) no prevé este requisito. Por otra parte, este hecho fue específicamente señalado, con carácter general, por el Tribunal de Justicia en los apartados 127 y 128 de la sentencia Haribo Lakritzen Hans Riegel y Österreichische Salinen, antes citada.

121. Asimismo, el Tratado CE (y, actualmente el Tratado FUE), prevé la adopción de diferentes medidas a nivel de la Unión, como las previstas por los artículos 57 CE, apartado 3, y 59 CE, que se aplican específicamente a los movimientos de capitales hacia y desde los países terceros y que se establecieron justamente para plasmar la voluntad de las Altas Partes contratantes de encuadrar esta libertad, autorizando el recurso a las medidas que constituyen un retroceso en el Derecho de la Unión en lo que respecta a la liberalización de estos movimientos en las relaciones con terceros países o medidas temporales de salvaguardia.⁴⁶

122. La propia existencia de estas disposiciones, que limitan de forma concreta y exhaustiva la libre circulación de capitales con respecto a los terceros países, consagrada en el artículo 56 CE, demuestra asimismo que ésta no puede someterse a un requisito adicional de reciprocidad, no previsto en el Tratado CE.

123. En segundo lugar, procede señalar que, en su sentencia *Santander Asset Management SGIIC* y otros, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró, basándose en una jurisprudencia actualmente consolidada, que en la medida en que un Estado miembro haya decidido no someter al impuesto a los OICVM residentes que perciben dividendos de origen nacional, no puede invocar la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros para justificar la sujeción al impuesto de los OICVM no residentes que perciben esos rendimientos⁴⁷. En efecto, cuando un Estado miembro decide unilateralmente, en particular a efectos de prevenir la doble imposición económica, renunciar al ejercicio de su competencia fiscal respecto de los rendimientos percibidos por sus residentes en relación con las actividades realizadas en su territorio, no es coherente que éste invoque la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria para justificar, en circunstancias similares, el ejercicio de esta misma competencia únicamente con respecto a los rendimientos percibidos por los no residentes.

124. Aparte de la cuestión relativa a la reducción de los ingresos tributarios, aducida asimismo por el Gobierno alemán y que analizaré a continuación, no comprendo cómo esta falta de coherencia de una alegación de un Estado miembro con respecto a otros Estados miembros, podría ser, por el contrario coherente, si se aduce frente a terceros países. El Gobierno alemán no ha aportado explicación alguna a este respecto, por lo que considero que el Tribunal de Justicia no debe dedicar más tiempo en este asunto.

125. En lo que respecta, finalmente, a la reducción de los ingresos tributarios, es cierto que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que no cabe excluir que un Estado miembro pueda demostrar que una restricción de los movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, esté justificada por una razón determinada, en circunstancias en las que dicha razón no supondría una justificación válida de una restricción de movimientos de capitales entre Estados miembros.⁴⁸

126. Hasta el momento, el Tribunal de Justicia se ha negado a admitir, también en el contexto de las relaciones con terceros países distintos de los Estados parte en el Acuerdo EEE, que la reducción de los ingresos tributarios pueda constituir una razón imperiosa de interés general que permita justificar una medida que restrinja la libre circulación de capitales.⁴⁹

46 — Esta interpretación queda confirmada igualmente por el tenor del artículo 57 CE, apartado 1, el cual, contrariamente al artículo 7, apartado 1, segundo párrafo, de la Directiva 88/361, al que sustituyó, no supedita el mantenimiento de las disposiciones nacionales en cuestión en relación con terceros países a «posibles condiciones de reciprocidad».

47 — Apartado 48 y jurisprudencia citada.

48 — Véase, en particular, la sentencia antes citada *Haribo Lakritzen Hans Riegel y Österreichische Salinen*, apartado 120 y jurisprudencia citada.

49 — *Ibidem*, apartados 125 y 126.

127. Considero que esta apreciación no queda desvirtuada. No sólo las sociedades polacas continúan sujetas al impuesto sobre los beneficios, sino que, a largo plazo, el Estado miembro de que se trata puede perfectamente para, por una parte, garantizar el trato no discriminatorio de todos los fondos de inversión que perciben los dividendos que les son distribuidos y, por otra parte, evitar la reducción de los ingresos fiscales, renunciar a evitar la doble imposición, ya que el Derecho de la Unión no le exige actualmente adoptar o mantener medidas destinadas a suprimir las situaciones de doble imposición.⁵⁰

128. En mi opinión, la restricción controvertida no puede justificarse por la necesidad de proteger el reparto equilibrado de la potestad tributaria y los ingresos fiscales del Estado miembro en cuestión.

129. Habida cuenta de la respuesta que propongo para la segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, que en esencia consiste en justificar la restricción en cuestión debido a la necesidad de proteger la eficacia de los controles fiscales, no procede pronunciarse sobre la pretensión subsidiaria del Gobierno polaco, relativa a la limitación del efecto temporal de la sentencia que se dictará.

III. Conclusión

130. En virtud del conjunto de las anteriores consideraciones propongo al Tribunal de Justicia responder como sigue a las cuestiones planteadas por el Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy:

- «1) El artículo 56 CE debe interpretarse en el sentido de que tal disposición puede ser invocada frente a la aplicación de una legislación tributaria de un Estado miembro como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual, no pueden acogerse a una exención fiscal los dividendos abonados por las sociedades establecidas en dicho Estado miembro a favor de un fondo de inversión situado en un tercer país.
- 2) Los artículos 56 CE y 58 CE no se oponen a la aplicación de una legislación tributaria de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual no pueden acogerse a una exención fiscal los dividendos abonados por las sociedades establecidas en dicho Estado miembro a favor de un fondo de inversión situado en un tercer país cuando las autoridades de dicho Estado miembro no puedan verificar la información transmitida eventualmente por el fondo de inversión, relativa en particular a su autorización y a su funcionamiento, a falta de un marco jurídico y de una cooperación administrativa análogos a los existentes en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo.»

50 — Véanse, en este sentido, en particular, las sentencias de 6 de diciembre de 2007, *Columbus Container Services* (C-298/05, Rec. p. I-10451), apartado 45, y de 8 de diciembre de 2011, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* (C-157/10, Rec. p. I-13023), apartado 31. Véase también el auto de 19 de septiembre de 2012, *Levy y Sebbag* (C-540/11), apartados 24 a 29.