



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADA GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 6 de mayo de 2021¹

Asunto C-545/19

AllianzGI-Fonds AEVN
contra
Autoridade Tributária e Aduaneira

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa — CAAD) [Tribunal Arbitral Tributario (Centro de Arbitraje Administrativo — CAAD)], Portugal]

«Petición de decisión prejudicial — Legislación sobre impuestos directos y libertades fundamentales — Libre circulación de capitales — Tributación de los dividendos pagados a organismos de inversión colectiva — Diferencia de trato entre organismos de inversión colectiva residentes y no residentes — Discriminación por una técnica impositiva diferente — Posibilidad de comparación en el marco de la libre circulación de capitales — Justificación de sistemas de tributación diferentes — Garantía de una tributación mínima en el Estado de residencia — Proporcionalidad de una técnica impositiva diferente»

I. Introducción

1. ¿Exige la libre circulación de capitales que un Estado miembro grave los vehículos de inversión no residentes y los residentes con el mismo régimen fiscal? Esta es la cuestión que el Tribunal de Justicia debe responder en el presente asunto, ya que, en ejercicio de su autonomía fiscal, Portugal ha optado por mantener, en el caso de los vehículos de inversión no residentes, la tributación tradicional de los rendimientos de capital a través del impuesto sobre sociedades mediante una retención fiscal en la fuente si en su Estado de residencia dichas entidades no están sujetas al impuesto sobre sociedades o si su gravamen por dicho impuesto es bajo.

2. En cambio, los vehículos de inversión residentes se gravan siguiendo un enfoque diferente desde el punto de vista del sistema fiscal (Portugal lo califica como una forma de imposición de salida): son gravados trimestralmente con el impuesto sobre actos jurídicos documentados que se aplica a la totalidad del patrimonio neto (y, por tanto, también a los ingresos por dividendos no repartidos). A cambio, los respectivos ingresos por dividendos no están sujetos al impuesto sobre sociedades (ni siquiera a una retención en la fuente). En esos casos, solo en el momento en que el inversor recibe el pago se le aplica, en su nivel, el impuesto portugués que grava las rentas.

¹ Lengua original: alemán.

3. Así pues, Portugal grava en igual medida los vehículos de inversión no residentes y los residentes, pero de un modo diferente. Sin duda, esto implica también diferencias en una u otra dirección en cuanto a la carga fiscal. Si no se pagan dividendos al vehículo de inversión, la carga fiscal del vehículo de inversión residente es significativamente mayor, pero si se le pagan dividendos, el panorama puede ser muy diferente. Sin embargo, esto solo será así si el contribuyente no residente no tributa o tributa a un tipo bajo en su Estado de residencia.

4. Dado que en la legislación fiscal las libertades fundamentales «solo» prohíben la discriminación de las situaciones transfronterizas, en este caso hay que comparar la tributación de los vehículos de inversión residentes con la de los no residentes. A tal efecto sería útil armonizar los impuestos que gravan las rentas, pero actualmente tal armonización no existe. Esto suscita la cuestión subsiguiente de si la libre circulación de capitales puede proporcionar un remedio en este caso o si, a falta de comparabilidad de las situaciones, también son posibles diferentes regímenes fiscales en función del lugar de residencia y del Estado miembro y debe tolerarse, en consecuencia, una cierta desigualdad en la carga fiscal en el marco del Derecho de la Unión.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

5. Las normas jurídicas pertinentes del Derecho de la Unión resultan del Tratado FUE. Es especialmente importante la libre circulación de capitales consagrada en los artículos 63 TFUE y 65 TFUE.

6. El artículo 65 TFUE, apartados 1, letra a), y 3, reza como sigue:

«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; [...]

3. Las medidas y procedimientos a que se hace referencia en los apartados 1 y 2 no deben 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.»

B. Derecho internacional convencional

7. El artículo 10 del Convenio para Evitar la Doble Imposición (en lo sucesivo, «CDI») entre la República Portuguesa y la República Federal de Alemania regula qué Estado tiene derecho a gravar al destinatario de los 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 pueden someterse también a imposición en el Estado contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos y según la legislación de ese Estado, pero si el destinatario de los dividendos es el beneficiario efectivo, el impuesto así exigido

no podrá exceder del 15 por ciento del importe bruto de los dividendos. Las autoridades competentes de los Estados contratantes establecerán, de común acuerdo, la forma de aplicar estos límites. El presente apartado no afecta a la imposición de la sociedad por los beneficios con cargo a los que se paguen los dividendos.»

C. Derecho portugués

8. De las explicaciones del órgano jurisdiccional remitente se infiere que el marco legal vigente en Portugal en los años en cuestión era el siguiente:

9. En principio, Portugal grava los dividendos pagados por una sociedad residente en Portugal a otra sociedad residente en territorio nacional o extranjero como rendimientos de capital sujetos al impuesto sobre sociedades al tipo del 25 %, de conformidad con las disposiciones del Código del Impuesto sobre Sociedades.² Este impuesto sobre sociedades se satisface al Estado portugués a través de una retención en la fuente aplicada por la sociedad pagadora.

10. Sin embargo, los pagos de dividendos a inversores extranjeros que revistan la forma jurídica de una sociedad están, en principio, exentos del impuesto sobre sociedades en el Estado de origen —Portugal— en virtud del artículo 14, apartado 3, del Código del Impuesto sobre Sociedades. La única excepción es si tributan en el Estado de residencia a menos del 60 % del tipo del impuesto sobre sociedades vigente en Portugal.

11. El Decreto-ley n.º 7/2015, de 13 de enero, revisó el régimen fiscal de las instituciones de inversión colectiva. Desde entonces, el artículo 22 del Estatuto de los Beneficios Fiscales³ dispone que los rendimientos de capital de determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (en lo sucesivo, «OICVM») están exentos del impuesto sobre sociedades. Reza como sigue:

«1. Estarán sujetos al impuesto sobre sociedades, en los términos previstos en este artículo, los fondos de inversión en valores mobiliarios, los fondos de inversión inmobiliaria, las sociedades de inversión en valores mobiliarios y las sociedades de inversión inmobiliaria que se constituyan y operen de conformidad con la legislación nacional. [...]

3. A efectos de la determinación de los beneficios imponibles, no se tendrán en cuenta los rendimientos a que se refieren los artículos 5 [nota: rendimientos de capital], 8 [nota: rentas inmobiliarias] y 10 [nota: plusvalías] de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas⁴ [...].

8. Los tipos de gravamen específicos previstos en el artículo 88 del Código del Impuesto sobre Sociedades serán de aplicación, *mutatis mutandis*, en el marco del presente régimen. [...]

² Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.

³ Estatuto dos Benefícios Fiscais (en su versión modificada por el Decreto-Lei 7/2015, de 13 de enero, con efectos a partir del 1 de julio de 2015).

⁴ Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

12. El apartado 10 del artículo 22 del Estatuto de los Beneficios Fiscales complementa la exención del impuesto sobre sociedades de los rendimientos de capital con una exención de la obligación de la sociedad pagadora de practicar una retención en la fuente. Reza como sigue:

«No será preciso practicar una retención en la fuente en concepto del impuesto sobre sociedades respecto a los rendimientos obtenidos por los sujetos pasivos indicados en el apartado 1.»

13. En este contexto, sin embargo, a tenor del artículo 88, apartado 11, del Código del Impuesto sobre Sociedades, al contrario de lo dispuesto en el artículo 22, apartado 3, del Estatuto de los Beneficios Fiscales, los ingresos de un OICVM que se haya constituido y opere bajo la legislación portuguesa no se consideran exentos del impuesto durante el primer año tras la adquisición de las participaciones. Dicha norma establece lo siguiente:

«Tributarán de forma específica, a un tipo de gravamen del 23 %, los rendimientos distribuidos por entidades sujetas al impuesto sobre sociedades percibidos por sujetos pasivos que se beneficien de una exención total o parcial, lo cual incluye, en este caso, los rendimientos de capital, cuando las participaciones en relación con las cuales se hayan percibido tales rendimientos no hayan permanecido en manos del mismo sujeto pasivo de forma ininterrumpida durante el año anterior a la fecha de su puesta a disposición y no se conserven durante el tiempo necesario para completar ese período».

14. El Decreto-ley n.º 7/2015, de 13 de enero, también dio lugar a modificaciones en el Código do Imposto do Selo (Código del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados) y en el índice anexo a dicho Código, que contiene las normas sobre la base imponible. En virtud de la inclusión de la partida 29 en la tarifa general del impuesto sobre actos jurídicos documentados, la tributación de los activos netos totales de los organismos de inversión colectiva comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 22 del Estatuto de los Beneficios Fiscales se efectúa a los tipos previstos en dicha tarifa.

15. Así pues, un OICVM que se haya constituido y opere con arreglo a la legislación portuguesa está sujeto —desde la introducción del artículo 22 del Estatuto de los Beneficios Fiscales— a un impuesto ampliado sobre actos jurídicos documentados (en lo sucesivo, «impuesto sobre actos jurídicos documentados»). Se trata de un impuesto que recauda trimestralmente el 0,0125 % del valor neto contable total del OICVM. Los dividendos percibidos que aún no hayan sido redistribuidos a los inversores del OICVM se incluyen en la base imponible.

III. Litigio principal

16. AllianzGI-Fonds AEVN (en lo sucesivo, «demandante») es un organismo de inversión colectiva (OICVM) establecido en Alemania y que obtiene rendimientos de capital en forma de reparto de dividendos de empresas residentes en Portugal. Un OICVM es un fondo de inversión cuyo marco jurídico está determinado por la Directiva 2009/65/CE.⁵ El objetivo de estos OICVM es facilitar la participación de los inversores particulares en el mercado de valores.

⁵ En su origen, Directiva 85/611/CEE 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, 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).

17. Por regla general, los dividendos repartidos a un OICVM constituido conforme a la legislación portuguesa son tratados por Portugal como exentos del impuesto sobre sociedades. Así pues, para el inversor particular es indiferente si adquiere acciones directamente o invierte en otra empresa indirectamente a través de un OICVM. En este contexto, Portugal no grava en el ámbito del OICVM los repartos hechos por empresas a un OICVM residente que a su vez reparte los dividendos a sus inversores. En su lugar, un OICVM constituido con arreglo a la legislación portuguesa está sujeto a un impuesto sobre actos jurídicos documentados que se recauda trimestralmente sobre el valor neto contable total y que también incluye los ingresos por dividendos acumulados.

18. Sin embargo, la exención del impuesto sobre sociedades en el caso de los rendimientos de capital del OICVM no se aplica al demandante, ya que no está constituido ni opera al amparo de la legislación portuguesa. Esto solo sería posible si tuviera su domicilio social o un establecimiento permanente en Portugal y cumpliera otros requisitos establecidos por la legislación portuguesa. En consecuencia, el demandante está sujeto a las normas generales del Código del Impuesto sobre Sociedades. Por tanto, los pagos de dividendos efectuados por las empresas portuguesas al demandante en 2015 y 2016 estuvieron sujetos al impuesto sobre sociedades portugués a un tipo del 25 %, que las empresas pagadoras retuvieron en la fuente e ingresaron a la Hacienda portuguesa.

19. Ahora bien, debido al CDI entre Portugal y Alemania, Portugal solo puede gravar a un tipo máximo del 15 % los rendimientos de capital de un OICVM residente en Alemania. Por ello, ante la solicitud del demandante, para el año 2015, Portugal devolvió parte del impuesto retenido. Al parecer, el demandante no presentó la solicitud correspondiente para 2016.

20. La exención del impuesto sobre sociedades prevista en la legislación portuguesa para los pagos de dividendos a las sociedades en el extranjero del artículo 14, apartado 3, del Código del Impuesto sobre Sociedades no se aplica debido al tratamiento fiscal de los OICVM en Alemania, ya que, según el tribunal remitente, un OICVM establecido en Alemania también está exento del impuesto sobre sociedades en dicho país.

21. Alemania, a diferencia de Portugal, considera, en los años a los que se refiere el litigio, que un OICVM es un «sujeto pasivo» transparente, es decir, que no se grava al OICVM, sino directamente al inversor. Sin embargo, dicha tributación no se limita al importe de los rendimientos repartidos a los inversores, sino que también se extiende al importe de los rendimientos del OICVM que se imputa a prorrata a los inversores (la llamada tributación transparente). Con ello se pretende en definitiva conseguir también un trato igualitario con una inversión directa.

22. Dado que un OICVM no está sujeto al impuesto sobre sociedades en Alemania, el impuesto sobre sociedades portugués tampoco podrá ser imputado en el ámbito del OICVM. En su lugar, solo cabe una imputación proporcional del impuesto portugués al impuesto correspondiente de los inversores, de conformidad con el artículo 4, apartado 2, de la Investmentsteuergesetz (Ley

Alemana sobre la Fiscalidad de las Inversiones), en su versión vigente en aquel momento.⁶ Sin embargo, el Tribunal de Justicia desconoce si los inversores del demandante han hecho uso de esta opción.

23. El demandante interpuso recurso contra las liquidaciones tributarias portuguesas sobre cuya base se había practicado la retención en la fuente del impuesto sobre sociedades correspondiente a los ejercicios fiscales 2015 y 2016, solicitando su anulación y la devolución de las retenciones practicadas. La autoridad fiscal competente no estimó dicha solicitud. Este es el objeto de la demanda arbitral ante el Centro de Arbitragem Administrativa (Centro de Arbitraje Administrativo, Portugal).

IV. Petición de decisión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

24. Mediante resolución de 9 de julio de 2019, el órgano jurisdiccional remitente planteó al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

- «1) ¿Se oponen el artículo 63 TFUE, relativo a la libre circulación de capitales, o el artículo 56 TFUE, relativo a la libre prestación de servicios, a un régimen fiscal como el controvertido en el litigio principal, recogido en el artículo 22 del Estatuto dos Benefícios Fiscais (Estatuto de los Beneficios Fiscales), que prevé que se practique una retención en la fuente con carácter definitivo sobre los dividendos distribuidos por sociedades portuguesas y percibidos por organismos de inversión colectiva no residentes en Portugal y establecidos en otros [Estados miembros] de la Unión, mientras que los organismos de inversión colectiva constituidos con arreglo a la legislación fiscal portuguesa y residentes a efectos fiscales en Portugal pueden beneficiarse de una exención de la retención en la fuente que se practica sobre los referidos rendimientos?
- 2) Al prever una retención en la fuente sobre los dividendos abonados a los organismos de inversión colectiva no residentes y reservar a los organismos de inversión colectiva residentes la posibilidad de obtener una exención de tal retención en la fuente, ¿establece la normativa nacional controvertida en el litigio principal un trato desfavorable para los dividendos abonados a los organismos de inversión colectiva no residentes, toda vez que estos últimos no tienen ningún tipo de posibilidad de acceder a la referida exención?
- 3) A efectos de apreciar el carácter discriminatorio de la normativa portuguesa que prevé un trato fiscal específico y distinto para los organismos de inversión colectiva (residentes), por un lado, y para los respectivos partícipes de organismos de inversión colectiva, por otro lado, ¿resulta pertinente el régimen fiscal aplicable a los partícipes de los organismos de inversión colectiva? O, habida cuenta de que el régimen fiscal de los organismos de inversión colectiva residentes no se ve afectado o modificado en modo alguno por el hecho de que sus respectivos

⁶ Dicha disposición rezaba como sigue: «2. Si los rendimientos repartidos, atribuibles a participaciones en la inversión, así como los rendimientos equivalentes a repartos, incluyen ingresos procedentes de un Estado extranjero que en dicho Estado están sujetos a un impuesto que se corresponda con el impuesto sobre la renta de las personas físicas o con el impuesto de sociedades de conformidad con el artículo 34c, apartado 1, de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o el artículo 26, apartado 1, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades o en virtud de un convenio para evitar la doble imposición, en el caso de inversores sujetos al impuesto por obligación personal el impuesto extranjero liquidado, abonado y del que se haya deducido el importe de un derecho a deducción se imputará a aquella parte del impuesto sobre la renta de las personas físicas o del impuesto sobre sociedades atribuible a dichas rentas extranjeras incrementadas por el importe proporcional del impuesto extranjero. [...]» — Gesetz zur Modernisierung des Investmentwesens und zur Besteuerung von Investmentvermögen (Investmentsteuermodernisierungsgesetz) [Ley sobre la Modernización del Sistema de Inversiones y la Tributación de los Activos de Inversión (Ley de Modernización de la Fiscalidad de las Inversiones)], de 15 de diciembre de 2003, BGBl. 2003 I, pp. 2676 y ss.

partícipes sean o no residentes en Portugal, para determinar el carácter comparable de las situaciones a efectos de apreciar la naturaleza discriminatoria de la citada normativa, ¿es preciso tomar únicamente en consideración la fiscalidad aplicable a nivel del vehículo de inversión?

- 4) ¿Es admisible la diferencia de trato entre los organismos de inversión colectiva residentes y no residentes en Portugal, teniendo en cuenta que las personas físicas o jurídicas residentes en Portugal titulares de participaciones en organismos de inversión colectiva (residentes o no residentes) están, en ambos casos, sujetas del mismo modo (y, con carácter general, no exentas) a tributación por los rendimientos distribuidos por los organismos de inversión colectiva, aunque los partícipes no residentes estén sujetos a una fiscalidad más elevada?
- 5) Teniendo en cuenta que la discriminación objeto del presente litigio guarda relación con una diferencia en la tributación de los rendimientos resultantes de dividendos distribuidos por los organismos de inversión colectiva residentes a sus respectivos partícipes, ¿es lícito, a efectos de apreciar el carácter comparable de la tributación de los rendimientos, tomar en consideración otros impuestos, exacciones o tributos que se devengan en el marco de las inversiones realizadas por los organismos de inversión colectiva? En particular ¿es lícito y admisible, a efectos del análisis del carácter comparable, tener en cuenta el impacto producido por los impuestos sobre el patrimonio, sobre los gastos o de otro tipo, y no estrictamente el impuesto sobre los rendimientos de los organismos de inversión colectiva, incluidos eventuales tributos específicos?»

25. En respuesta a una solicitud de información del Tribunal de Justicia, el órgano jurisdiccional remitente formuló una serie de consideraciones adicionales para aclarar la situación fiscal de los OICVM residentes y no residentes y de sus respectivos inversores.

26. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, el demandante, la República Portuguesa y la Comisión Europea presentaron observaciones escritas sobre la petición de decisión prejudicial y, posteriormente, sobre las cuestiones planteadas por el Tribunal de Justicia.

V. Apreciación jurídica

27. El tribunal remitente plantea cinco cuestiones prejudiciales relativas a la conformidad con las libertades fundamentales de una norma de la legislación fiscal portuguesa. En el fondo, con todas las cuestiones planteadas, el órgano jurisdiccional remitente desea averiguar si la tributación de un OICVM constituido con arreglo a una legislación extranjera y residente en otro Estado miembro es conforme con la libre circulación de capitales y la libre prestación de servicios cuando, a diferencia de aquel, los OICVM constituidos con arreglo a la legislación portuguesa y residentes en Portugal están exentos del impuesto sobre sociedades, pero están sujetos a un impuesto diferente, el impuesto sobre actos jurídicos documentados. En consecuencia, coincidiendo con la opinión de la Comisión, todas las cuestiones pueden responderse conjuntamente.

A. Especificación de la cuestión y de la libertad fundamental pertinente

28. El órgano jurisdiccional remitente pregunta por una violación de la libre circulación de capitales (artículo 63 TFUE) y de la libre prestación de servicios (artículo 56 TFUE) debido a la exención del impuesto sobre sociedades prevista en el artículo 22, apartado 3, del Estatuto de los

Beneficios Fiscales y a la exención de la retención en la fuente prevista en su artículo 22, apartado 10, respecto de los dividendos pagados a los OICVM residentes en Portugal y constituidos con arreglo a la legislación portuguesa.

29. Sin embargo, si se examinan más detenidamente, los pagos de dividendos al demandante estarían, en principio, igualmente exentos de impuestos. Solo el artículo 14, apartado 3, del Código del Impuesto sobre Sociedades lo excluye, porque el demandante no está sujeto al impuesto sobre sociedades en el Estado de residencia. Por consiguiente, la diferencia de trato resulta no solo del régimen fiscal especial aplicable a los OICVM constituidos al amparo de la legislación portuguesa y residentes en Portugal, sino también del artículo 14, apartado 3, del Código del Impuesto sobre Sociedades. El objetivo evidente de esta disposición es garantizar una tributación mínima de los ingresos por dividendos de las sociedades residentes en el extranjero.

30. De inicio, debe aclararse sobre la base de qué libertad fundamental procede examinar esta desigualdad de trato. En un supuesto en el que un tribunal pregunta si una norma es conforme con dos libertades fundamentales diferentes, debe determinarse primero con respecto a cuál de las dos libertades fundamentales debe examinarse la norma. Según la jurisprudencia consolidada, esto se determina tomando en consideración el objeto de la norma de que se trate.⁷

31. Mientras que el artículo 22, apartado 3, del Estatuto de los Beneficios Fiscales exige a los OICVM residentes del impuesto sobre sociedades por el cobro de dividendos, el apartado 10 del citado artículo exige simétricamente a las sociedades que reparten dividendos a los OICVM de la obligación de retener e ingresar dicho impuesto a Hacienda.

32. Por lo tanto, el objeto de la norma controvertida en el litigio principal es la carga fiscal de los dividendos y no la carga fiscal de una prestación de servicios.⁸ En consecuencia, el artículo 22, apartados 3 y 10, del Estatuto de los Beneficios Fiscales y el artículo 14, apartado 3, del Código del Impuesto sobre Sociedades deben examinarse a la luz de la libre circulación de capitales. Como se trata de dividendos provenientes de participaciones de capital flotante, tampoco entra en juego el ámbito de protección de la libertad de establecimiento.⁹ Por consiguiente, solamente debe examinarse la restricción de la libre circulación de capitales consagrada en el artículo 63 TFUE.

B. Restricción de la libre circulación de capitales

33. Las medidas prohibidas por el artículo 63 TFUE, apartado 1, por constituir restricciones a los movimientos de capitales incluyen, según jurisprudencia reiterada, las que pueden disuadir a los no residentes de realizar inversiones en un Estado miembro o a los residentes de dicho Estado miembro de hacerlo en otros Estados miembros.¹⁰

⁷ Sentencias de 21 de junio de 2018, *Fidelity Funds y otros* (C-480/16, EU:C:2018:480), apartado 33; de 5 de febrero de 2014, *Hervis Sport-és Divatkereskedelmi* (C-385/12, EU:C:2014:47), apartado 21, y de 13 de noviembre de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707), apartado 90 y jurisprudencia citada.

⁸ En este sentido, véanse también las sentencias de 21 de junio de 2018, *Fidelity Funds y otros* (C-480/16, EU:C:2018:480), apartados 35 y 36; de 10 de abril de 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249), apartado 29, y de 13 de noviembre de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707), apartado 92.

⁹ En efecto, no se trata de participaciones que permitan al demandante ejercer una influencia efectiva en las decisiones de la sociedad y en su actividad. Véanse, a este respecto, las sentencias de 13 de noviembre de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707), apartados 90 y ss.; de 10 de febrero de 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel y Österreichische Salinen* (C-436/08 y C-437/08, EU:C:2011:61), apartado 35, y de 21 de octubre de 2010, *Idryma Typou* (C-81/09, EU:C:2010:622), apartado 47.

¹⁰ Sentencias de 21 de junio de 2018, *Fidelity Funds y otros* (C-480/16, EU:C:2018:480), apartado 40; de 2 de junio de 2016, *Pensioenfond Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 27, y de 8 de noviembre de 2012, *Comisión/Finlandia* (C-342/10, EU:C:2012:688), apartado 28.

34. Sin embargo, en el caso de los impuestos y tributos, hay que tener en cuenta que, por su propia naturaleza, suponen una carga y, con ello, hacen menos atractiva la inversión de capitales. Por este motivo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado en varias ocasiones que la autonomía fiscal ampara que los Estados miembros regulen las condiciones de tributación y la carga fiscal aplicables, siempre y cuando otorguen a la situación transfronteriza un trato que no resulte discriminatorio con respecto a las situaciones nacionales.¹¹ Si se observa detenidamente, este retroceso de la intensidad del control en materia tributaria, sobre la que, de un modo explícito, ha llamado la atención recientemente el Abogado General Hogan,¹² se corresponde con el espíritu que movió al Tribunal de Justicia en la jurisprudencia Keck¹³ a apartarse de un examen general de las restricciones.¹⁴

35. En ese sentido, solo puede existir una restricción a la libre circulación de capitales en la legislación fiscal si un Estado miembro trata los dividendos pagados a las sociedades no residentes de forma menos favorable que los dividendos pagados a las sociedades residentes, pues esto puede disuadir a las sociedades establecidas en el extranjero de invertir en ese Estado miembro y, por consiguiente, suponer una restricción a la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 63 TFUE.¹⁵

1. Sobre la existencia de dicha restricción

36. A tenor de la normativa controvertida en el litigio principal, solo los pagos de dividendos a un OICVM establecido en el extranjero están sujetos al impuesto sobre sociedades portugués (pero solo si el OICVM no está gravado en el extranjero con un impuesto sobre sociedades de al menos el 60 % del nivel portugués). El impuesto sobre sociedades se recauda mediante una retención en la fuente. Sin embargo, con arreglo al artículo 22, apartados 3 y 10, del Estatuto de los Beneficios Fiscales, no es lo que sucede en el caso de un OICVM constituido bajo la legislación portuguesa y establecido en Portugal.

37. Es cierto que corresponde a los Estados miembros organizar, respetando el Derecho de la Unión, su sistema de tributación de los beneficios distribuidos y, en particular, determinar la base imponible y el tipo impositivo que se aplicarán al accionista beneficiario.¹⁶ En consecuencia, cada Estado miembro está facultado para decidir si, con el fin de fomentar el recurso a los OICVM, establece un régimen fiscal especial aplicable a dichos organismos y a los dividendos percibidos por ellos, así como para definir los requisitos materiales y formales que deben observarse para poder acogerse a tal régimen.¹⁷

¹¹ Véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de mayo de 2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356), apartado 47, y de 14 de abril de 2016, Sparkasse Allgäu (C-522/14, EU:C:2016:253), apartado 29; el auto de 4 de junio de 2009, KBC-bank (C-439/07 y C-499/07, EU:C:2009:339), apartado 80, y la sentencia de 6 de diciembre de 2007, Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754), apartados 51 y 53.

¹² Conclusiones del Abogado General Hogan presentadas en el asunto Autoridade Tributária e Aduaneira (Impuesto sobre las plusvalías inmobiliarias) (C-388/19, EU:C:2020:940), puntos 36 y ss.

¹³ Sentencia de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard (C-267/91 y C-268/91, EU:C:1993:905), apartado 16.

¹⁴ Véanse al respecto, más detalladas, mis conclusiones presentadas en el asunto Google Ireland (C-482/18, EU:C:2019:728), puntos 35 y ss.

¹⁵ Véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de junio de 2018, Fidelity Funds y otros (C-480/16, EU:C:2018:480), apartado 44; de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 28, y de 8 de noviembre de 2012, Comisión/Finlandia (C-342/10, EU:C:2012:688), apartado 33.

¹⁶ Sentencias de 30 de enero de 2020, Köln-Aktiefonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51), apartado 42; de 30 de junio de 2016, Riskin y Timmermans (C-176/15, EU:C:2016:488), apartado 29; de 20 de octubre de 2011, Comisión/Alemania (C-284/09, EU:C:2011:670), apartado 45, y de 20 de mayo de 2008, Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2008:289), apartado 30.

¹⁷ Sentencias de 30 de enero de 2020, Köln-Aktiefonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51), apartado 43; de 24 de octubre de 2018, Sauvage y Lejeune (C-602/17, EU:C:2018:856), apartado 34, y de 9 de octubre de 2014, van Caster (C-326/12, EU:C:2014:2269), apartado 47.

38. No obstante, los Estados miembros deben ejercer su autonomía fiscal respetando las exigencias que se derivan del Derecho de la Unión, especialmente las establecidas por las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales.¹⁸ En consecuencia, la introducción de una normativa fiscal especial para los OICVM en función de su residencia no debe constituir una restricción a la libre circulación de capitales.

a) Sobre la existencia de una restricción si se considera de forma aislada la tributación del OICVM en el impuesto sobre sociedades

39. Por lo tanto, a primera vista, coincidiendo con la opinión de la Comisión Europea y del demandante, podría argumentarse que la legislación mencionada puede disuadir a un OICVM establecido en otro Estado miembro de invertir en empresas establecidas en Portugal.

40. En efecto, el demandante no puede hacer que se le impute en Alemania el impuesto retenido en Portugal, ya que, en virtud de la técnica impositiva transparente (véanse al respecto los puntos 21 y 22), en Alemania tampoco tributa por el impuesto sobre sociedades. Es cierto que, con arreglo al CDI entre Alemania y Portugal, el demandante puede solicitar a las autoridades fiscales portuguesas que le devuelvan una parte del impuesto retenido. No obstante, los dividendos que le pagan las empresas portuguesas están en cualquier caso gravados por el impuesto sobre sociedades portugués, a un tipo del 15 %. En cambio, los dividendos pagados por empresas portuguesas a un OICVM establecido en Portugal no están sujetos a esta carga.

41. Ello reduce la cuantía del rendimiento del capital y, por tanto, la rentabilidad de la inversión del demandante en empresas portuguesas, lo que, considerado aisladamente, podría disuadir al demandante de invertir en Portugal. A partir de ahí se podría afirmar que existe una restricción de la libre circulación de capitales.

42. Sin embargo, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto Pensioenfonds Metaal en Techniek,¹⁹ la cuestión de la restricción de la libre circulación de capitales no depende de un modo meramente formal de la exención de un tipo de impuesto, sino que hay que tener en cuenta todo el entorno fiscal de la tributación de un OICVM, es decir, hay que proceder a una consideración integral (material).

b) Sobre la existencia de una restricción, considerando de forma integral la tributación de un OICVM en Portugal

1) Exención del impuesto frente a gravamen según otra técnica impositiva

43. Si se realiza un examen más detenido, en Portugal los OICVM no disfrutan de ninguna exención fiscal, sino que simplemente están sujetos, por lo que respecta a los dividendos que se les reparten, a dos técnicas impositivas diferentes, cuya aplicación depende de su condición de residentes o no en el territorio del Estado miembro de la sociedad que reparte los dividendos.

¹⁸ Sentencias de 30 de enero de 2020, Köln-Aktiefonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51), apartado 45, y de 30 de junio de 2011, Meilicke y otros (C-262/09, EU:C:2011:438), apartado 38.

¹⁹ Sentencia de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartados 29 y ss.

44. En efecto, de la petición de decisión prejudicial, así como de las consideraciones complementarias del órgano jurisdiccional remitente en respuesta a las preguntas del Tribunal de Justicia y de las observaciones de Portugal se desprende que desde 2015 Portugal ha optado por un régimen tributario particular para los OICVM establecidos en territorio nacional.

45. En este contexto, la exclusión del impuesto sobre sociedades de los rendimientos de capital que perciben los OICVM residentes en el país estuvo acompañada de la introducción de un impuesto especial sobre actos jurídicos documentados. Como ha confirmado el tribunal remitente, el régimen fiscal especial previsto en el artículo 22 del Estatuto de los Beneficios Fiscales para los OICVM residentes y el impuesto sobre actos jurídicos documentados están vinculados. El impuesto sobre actos jurídicos documentados sustituyó la anterior tributación de los pagos de dividendos en el impuesto sobre sociedades. Como confirma el tribunal remitente, se aplica únicamente a los OICVM residentes en Portugal. Según Portugal, se trataba de aplicar una imposición según el principio de la «imposición de salida».

46. Interpreto esta normativa en el sentido de que los dividendos y otros activos recibidos por el OICVM solo tributan por los impuestos que gravan las rentas en el ámbito del inversor cuando se desembolsan a este, mientras que, en el ínterin, están sujetos a otro impuesto, el de actos jurídicos documentados, con periodicidad trimestral. En ese sentido, los hechos son muy similares a los subyacentes al asunto Pensioenfonds Metaal en Techniek.²⁰ En aquel asunto, en lugar de tributar por el impuesto sobre sociedades normal, los fondos de pensiones nacionales estaban gravados con un impuesto particular sobre los rendimientos de capital, que se derivaba asimismo de los activos y que algunas partes consideraban también un impuesto sobre el patrimonio.²¹

47. Independientemente de la cuestión de si este impuesto sobre los actos jurídicos documentados debe considerarse dogmáticamente —como subraya la Comisión— una especie de impuesto sobre el patrimonio o bien un particular impuesto que grava las rentas sobre la base del valor neto contable total, también grava los dividendos que no se redistribuyen (acumulados). Por lo tanto, la normativa fiscal en Portugal distingue, en el caso de un OICVM residente, entre rendimientos de capital acumulados y rendimientos que se redistribuyen inmediatamente. Además, este impuesto abarca no solo los rendimientos por dividendos acumulados, sino todo el capital social del OICVM. De este modo se gravan todas las participaciones, no solo las de las empresas portuguesas.

48. Incluso en el caso de los dividendos portugueses que se redistribuyen inmediatamente a los inversores, el OICVM residente se ve gravado con el impuesto sobre actos jurídicos documentados a causa de las participaciones que subyacen a dichos dividendos. Sin embargo, el hecho de que a un capital social mucho mayor se le aplique un impuesto mucho menor (impuesto sobre actos jurídicos documentados) o que a un reparto mucho menor se le aplique un impuesto mayor (15 % sobre el pago de dividendos) debido al capital social es, en mi opinión, solo una cuestión de técnica impositiva, pues para que el capital social existente se mantenga constante, el impuesto sobre actos jurídicos documentados debe pagarse también con los ingresos por dividendos (suponiendo que el OICVM no tenga otros ingresos). Por lo tanto, la afirmación, reiterada por el demandante, de que Portugal no grava los dividendos pagados a un OICVM residente no es correcta, ya que esta técnica impositiva diferente no altera el hecho de que un OICVM portugués establecido en Portugal está sujeto a tributación en virtud de sus participaciones en empresas portuguesas.

²⁰ Sentencia de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartados 29 y ss.

²¹ Véanse también a este respecto las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2015:571), punto 23.

49. Esto también distingue este caso de las situaciones que dieron lugar a las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos *Fidelity Funds*²² y *Denkavit International y Denkavit France*,²³ como señala acertadamente Portugal. En ellos, el Estado de origen se abstuvo de gravar a los OICVM residentes, mientras que aquí Portugal no se abstiene de gravarlos, sino que aplica una técnica impositiva diferente. Pues bien, igual que en la sentencia *Pensioenfonds Metaal en Techniek*,²⁴ también aquí es necesario incluir esta otra técnica impositiva en la evaluación de si existe una restricción.

50. En consecuencia, los gráficos y los cálculos comparativos hipotéticos que proporciona el demandante resultan poco convincentes. A este respecto, el demandante consideró, en particular, que la carga fiscal podía evitarse fácilmente mediante un OICVM portugués interpuesto. Esta afirmación es correcta solo en parte. Aunque el OICVM interpuesto no tendría que pagar el impuesto sobre sociedades por el dividendo, trimestralmente tendría que tributar por la totalidad de su capital social, lo que en última instancia también reduciría el rendimiento de los inversores de ese OICVM, ya que el impuesto sobre actos jurídicos documentados se paga con los rendimientos del OICVM. La opción más favorable dependerá entonces de lo elevado que resulte el dividendo en relación con el capital social. En los años en los que la empresa portuguesa no reparta dividendos, la «interposición» de un OICVM residente resultaría más bien desfavorable desde el punto de vista fiscal.

2) *Significado de la imputación íntegra en el Estado de residencia*

51. Además, hay otra circunstancia que ha recibido poca atención en los escritos de las partes y que se refiere a la finalidad de un OICVM.

52. Así, un OICVM es un vehículo de inversión especial diseñado para brindar a los inversores particulares la posibilidad de invertir dinero en el mercado de valores sin aumentar su carga administrativa y de beneficiarse de una protección especial. Esto se desprende, entre otras cosas, del considerando 3 de la Directiva 2009/65 y de la limitación de los OICVM a determinadas clases de activos, de los requisitos especiales de información, la simplificación de los folletos, la mayor transparencia de los costes y de su especial control por parte de las autoridades supervisoras.

53. Para que los inversores particulares estén dispuestos a participar en el mercado de valores a través de un OICVM de este tipo, la rentabilidad no debe ser inferior a la de una inversión directa en una empresa. En consecuencia, la fiscalidad de un OICVM está generalmente diseñada de tal manera que, desde un punto de vista financiero, no suponga ninguna diferencia para los inversores invertir en una empresa directamente o hacerlo indirectamente, como inversores en un OICVM.

54. Para lograr este objetivo, en los años a los que se refiere el presente asunto Alemania había optado por tratar a los OICVM como sujetos fiscales transparentes. Sin embargo, la consecuencia de esto es que se excluye *per se* la imputación en el ámbito del OICVM de la carga del impuesto sobre sociedades portugués. Debido a esta técnica impositiva (alemana), solo es

²² Sentencia de 21 de junio de 2018, *Fidelity Funds y otros* (C-480/16, EU:C:2018:480), apartados 42 y ss.

²³ Sentencia de 14 de diciembre de 2006 (C-170/05, EU:C:2006:783), apartado 37 y ss.

²⁴ Sentencia de 2 de junio de 2016 (C-252/14, EU:C:2016:402).

posible la imputación en el ámbito de los inversores. Sin embargo, si dicha imputación se produce en el Estado de residencia —en este caso, Alemania—, no se disuade a ese inversor de invertir en un OICVM que invierta en empresas portuguesas.

55. Como ya ha señalado el Tribunal de Justicia, la cuestión de la imputación en el Estado de residencia de la carga que supone la retención en la fuente es también un criterio decisivo para establecer si hay un trato desfavorable.²⁵ Sin embargo, si, por razones derivadas del sistema fiscal, la imputación no es posible en el ámbito del OICVM y solo puede tener lugar en el ámbito de los inversores, la imputación real en el ámbito de los inversores es tan relevante como la imputación en el ámbito del OICVM.

56. Por tanto, si Alemania imputa efectivamente la carga impositiva portuguesa (15 %) a la cuota del impuesto sobre la renta de las personas físicas del inversor —extremo que corresponde comprobar al tribunal remitente—, en el presente caso podrá apreciarse a lo sumo una diferencia de trato formal de los OICVM, pero no una diferencia de fondo en el trato a los inversores. Dado que la única finalidad de los OICVM es permitir que los inversores tengan acceso a las inversiones en el mercado de valores, únicamente la perspectiva de los inversores es relevante.

57. Por otro lado, en la medida en que no se produzca una imputación, habrá un trato desigual como resultado de la diferencia en la técnica impositiva. La diferencia entre las dos técnicas impositivas radica, en particular, en el método de cálculo de la base imponible (capital social frente a pago de dividendos), en el tipo impositivo nominal (0,0125 % cuatro veces al año frente a 15 % una vez con ocasión del reparto) y en las modalidades de recaudación del impuesto (trimestral o con ocasión del reparto).

58. En cuanto a la cuestión de si disposiciones normativas de un Estado miembro como las controvertidas en el litigio principal constituyen una restricción a la libre circulación de capitales, debe determinarse si tal trato diferenciado de la tributación de los dividendos repartidos a los OICVM en función de la condición de residentes o no de estos organismos conduce a un trato no solo diferente, sino también desfavorable para los OICVM no residentes frente a los OICVM residentes.²⁶

59. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente, único tribunal que puede examinar con precisión los hechos del litigio del que está conociendo, apreciar si, por lo que respecta a los dividendos de que se trata en ese asunto, la aplicación de la retención en la fuente del 15 % prevista por el CDI tiene como resultado, en definitiva, que el demandante soporte en Portugal una carga impositiva mayor que la que soportan los OICVM en la situación del demandante (es decir, con sus activos).²⁷ Como ya ha declarado el Tribunal de Justicia,²⁸ el período pertinente a este respecto es el ejercicio fiscal, individualmente considerado.

²⁵ Véase, en este sentido, la sentencia de 14 de diciembre de 2006, Denkvit Internationaal y Denkvit France (C-170/05, EU:C:2006:783), apartados 44 y ss.

²⁶ En este sentido, expresamente, la sentencia de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 33.

²⁷ Véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 34, y de 17 de septiembre de 2015, Miljoen y otros (C-10/14, C-14/14 y C-17/14, EU:C:2015:608), apartado 48.

²⁸ Sentencia de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 41.

2. Conclusión

60. Por lo tanto, si resulta que el impuesto trimestral sobre actos jurídicos documentados, que abarca no solo los dividendos no repartidos sino también el capital social, corresponde a una carga fiscal comparable al 15 % que soportan los dividendos pagados al demandante, ya no puede haber ningún trato desfavorable y, por consiguiente, ninguna restricción a la libre circulación de capitales. Dado que el legislador fiscal suele tener cierto margen de maniobra global en el diseño de los distintos sistemas impositivos, debería bastar con que el nivel de imposición no sea exactamente idéntico, sino solo aproximadamente comparable.

61. En ese caso, la pretensión del demandante se asemejaría más a lo que se denomina «cherry-picking», ya que busca la exención del impuesto sobre sociedades como un OICVM residente, pero no soporta el impuesto sobre actos jurídicos documentados que fue introducido como equivalente en relación con la exención. Pues bien, esto significa que no se reclama un trato igual al de un OICVM residente, sino un trato mejor. Sin embargo, las libertades fundamentales no pretenden favorecer las situaciones transfronterizas, sino «únicamente» garantizar la igualdad de trato.²⁹

62. En cambio, si en este caso resulta que el impuesto trimestral sobre actos jurídicos documentados da lugar a un tratamiento fiscal significativamente más favorable para los OICVM residentes, esto podría disuadir a los OICVM no residentes de invertir en el Estado miembro en cuestión y, por lo tanto, constituiría una restricción a la libre circulación de capitales, que en principio está prohibida por el artículo 63 TFUE.

C. Justificación de la restricción de la libre circulación de capitales

63. En este último caso, habría que examinar una eventual justificación de la mencionada restricción. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia,³⁰ una normativa fiscal nacional que diferencie entre la tributación de los residentes y la de los no residentes solo puede considerarse conforme con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales si la diferencia de trato que prevé afecta a situaciones que no sean objetivamente comparables (véase el epígrafe 2) o si la diferencia de trato resulta justificada por razones imperiosas de interés general (véase el epígrafe 3). A tal efecto, el examen de la libre circulación de capitales se guía por las demás libertades fundamentales, teniendo en cuenta las características específicas de la libre circulación de capitales (véase el epígrafe 1).

1. Sobre las características específicas de la libre circulación de capitales

64. A este respecto, la libre circulación de capitales —a diferencia de las demás libertades fundamentales— contiene una limitación de su ámbito de protección en caso de restricciones en virtud de la legislación fiscal. En efecto, conforme al artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), lo dispuesto en el artículo 63 TFUE se aplica sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya

²⁹ Véanse con más detalle mis conclusiones presentadas en el asunto Google Ireland (C-482/18, EU:C:2019:728), puntos 35 y ss.; véanse también las recientes conclusiones del Abogado General Hogan presentadas en el asunto Autoridade Tributária e Aduaneira (Impuesto sobre las plusvalías inmobiliarias) (C-388/19, EU:C:2020:940), puntos 36 y ss.

³⁰ Sentencias de 21 de junio de 2018, Fidelity Funds y otros (C-480/16, EU:C:2018:480), apartado 48; de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249), apartado 57; de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286), apartado 23, y de 6 de junio de 2000, Verkooijen (C-35/98, EU:C:2000:294), apartado 43.

situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital. Esto resulta comprensible también a la luz de su mayor alcance. A diferencia de las demás libertades fundamentales, la libre circulación de capitales abarca también situaciones en las que estén implicados terceros países.

65. Sin embargo, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicha disposición debe interpretarse en sentido estricto, en la medida en que constituye una excepción al principio fundamental de libre circulación de capitales. Por lo tanto, no puede interpretarse en el sentido de que toda normativa fiscal que distinga entre los contribuyentes en función del lugar en el que residen o del Estado miembro en el que invierten sus capitales es automáticamente compatible con el Tratado FUE. En efecto, la excepción prevista en el artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), está limitada, a su vez, por el artículo 65 TFUE, apartado 3, que establece que las disposiciones nacionales a que se refiere el apartado 1 de dicho artículo «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 [TFUE]». ³¹

66. Según la argumentación del Tribunal de Justicia, es necesario distinguir, en consecuencia, las diferencias de trato permitidas en virtud del artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), de las discriminaciones prohibidas por el apartado 3 de ese mismo artículo. ³² Sin embargo, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia aún no se han esclarecido los criterios a partir de los cuales se puede distinguir la desigualdad de trato admisible [artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a)] de la discriminación arbitraria o restricción encubierta, prohibidas por el artículo 65 TFUE, apartado 3. En cualquier caso, a tal efecto el Tribunal de Justicia utiliza la fórmula habitual que se aplica a todas las demás libertades fundamentales.

67. En ese sentido, para que una normativa fiscal nacional pueda considerarse conforme con las libertades fundamentales es preciso que la diferencia de trato prevista afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o que resulte justificada por razones imperiosas de interés general. ³³

68. Sin embargo, me parece dudoso que esto tenga suficientemente en cuenta las mencionadas características específicas de la libre circulación de capitales. El Abogado General Szpunar, en sus conclusiones presentadas en el asunto Pensioenfonds Metaal en Techniek, ³⁴ consideró que el Tribunal de Justicia tiene en cuenta dichas características específicas al considerar que la situación de los residentes y la de los no residentes no son, por lo general, comparables. Esta afirmación puede ser acertada para la jurisprudencia más antigua, como la sentencia Schumacker. En dicha sentencia todavía se apreció que, en materia de impuestos directos, la situación de los residentes y la de los no residentes no son comparables. ³⁵

³¹ Sentencias de 21 de junio de 2018, Fidelity Funds y otros (C-480/16, EU:C:2018:480), apartado 47; de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 46, y de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249), apartados 55 y 56 y jurisprudencia citada.

³² Sentencias de 21 de junio de 2018, Fidelity Funds y otros (C-480/16, EU:C:2018:480), apartado 48; de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 47, y de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286), apartado 23 y jurisprudencia citada.

³³ Véanse, por ejemplo, entre otras muchas, las sentencias de 21 de junio de 2018, Fidelity Funds y otros (C-480/16, EU:C:2018:480), apartado 48; de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 47; de 1 de diciembre de 2011, Comisión/Bélgica (C-250/08, EU:C:2011:793), apartado 51; de 7 de septiembre de 2004, Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484), apartado 29, y de 6 de junio de 2000, Verkooijen (C-35/98, EU:C:2000:294), apartado 43.

³⁴ Conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2015:571), punto 2.

³⁵ Sentencia de 14 de febrero de 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31), apartado 31, aunque también se vio confirmado en las sentencias de 22 de diciembre de 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762), apartado 38, y de 5 de julio de 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), apartado 26.

69. Sin embargo, si se observa la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia, se detecta más bien la tendencia contraria. Así, se afirma que, para apreciar el carácter comparable, únicamente deben tenerse en cuenta los criterios de distinción pertinentes establecidos por la normativa en cuestión.³⁶ De este modo, el carácter comparable de una situación transfronteriza y una situación interna se examina en el ámbito de aplicación de la libre circulación de capitales en las mismas condiciones que se aplican a las demás libertades fundamentales: teniendo en cuenta el objetivo de la normativa nacional controvertida,³⁷ así como el objeto y el contenido de esta.³⁸

70. No obstante, en caso de que el Tribunal de Justicia considere que la «discriminación arbitraria»³⁹ prohibida por el artículo 65 TFUE, apartado 3, es equivalente a la discriminación normal prohibida en el caso de las demás libertades fundamentales en el ámbito del Derecho tributario, las mencionadas características específicas de la libre circulación de capitales en relación con el Derecho tributario de los Estados miembros deberán tenerse en cuenta, a más tardar, con ocasión de la ponderación en el marco del examen de la proporcionalidad.

71. A este respecto, considero que la modificación del Tratado de Maastricht,⁴⁰ con la inserción del actual artículo 65 TFUE, ha rebajado el nivel de protección de la libre circulación de capitales frente a las restricciones basadas en normas fiscales. En consecuencia, a la libre circulación de capitales le corresponde, en su ponderación con los objetivos de diferenciación perseguidos por el Estado miembro en estos casos, un peso inferior que en la ponderación de tales objetivos con las otras libertades fundamentales.⁴¹ En otras palabras, es más fácil justificar una restricción a la libre circulación de capitales por normas fiscales vinculadas a la residencia que, por ejemplo, una restricción a la libertad de establecimiento. Volveré a retomar este aspecto con ocasión del examen de la proporcionalidad.

2. *Carácter comparable de las situaciones nacionales y extranjeras*

72. Como ya se ha expuesto, el carácter comparable o no de una situación transfronteriza y una situación interna debe examinarse teniendo en cuenta el objetivo de la normativa nacional controvertida, así como el objeto y el contenido de esta. A tal efecto, únicamente deben tenerse en cuenta los criterios de distinción pertinentes establecidos por la norma en cuestión para apreciar si la diferencia de trato que resulta de dicha norma refleja una diferencia de situaciones objetiva.⁴²

³⁶ Sentencias de 21 de junio de 2018, Fidelity Funds y otros (C-480/16, EU:C:2018:480), apartado 51; de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 49, y de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286), apartado 28. En la sentencia de 26 de febrero de 2019, N Luxembourg 1 y otros (C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, EU:C:2019:134), apartados 162 y ss., el Tribunal de Justicia consideró incluso que ya constituye una restricción a la libre circulación de capitales el hecho de excluir una ventaja de tesorería en una situación con elementos transfronterizos mientras se acepta en una situación equivalente en el territorio nacional. Sin embargo, la retención en la fuente supone en sí misma una desventaja de tesorería en comparación con una liquidación (posterior), incluso si esta desventaja se ve mitigada por pagos a cuenta.

³⁷ Sentencias de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 48, y de 8 de noviembre de 2012, Comisión/Finlandia (C-342/10, EU:C:2012:688), apartado 36 y jurisprudencia citada.

³⁸ Sentencias de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 48, y de 10 de mayo de 2012, Comisión/Estonia (C-39/10, EU:C:2012:282), apartado 51.

³⁹ En el caso de una normativa que atiende al domicilio seguramente pueda descartarse la existencia de una «restricción encubierta» en el sentido del artículo 65 TFUE, apartado 3.

⁴⁰ Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 (DO 2012, C 191, p. 1).

⁴¹ Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Q (C-133/13, EU:C:2014:2255), punto 48, y Kokott, J.: *Das Steuerrecht der Europäischen Union*, Múnich, 2018, parágrafo 3, apartado 94 *in fine*.

⁴² Sentencias de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 49, y de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286), apartado 28.

73. La técnica impositiva atiende en el presente asunto a un criterio de distinción que se basa esencialmente en el domicilio del OICVM al que se reparten los dividendos. Por ello, debe comprobarse si, a la luz del objetivo, así como del objeto y del contenido de la legislación en cuestión en el litigio principal, los OICVM residentes y los OICVM no residentes se encuentran en una situación comparable.

74. A este respecto, debe recalcar que la tributación que grava a los OICVM residentes tiene un objetivo diferente de la que se aplica a los OICVM no residentes. Así, mientras los primeros tributan por la totalidad de sus activos, calculados sobre la base de su valor neto contable total, a los que se aplica un tipo impositivo a tanto alzado, con independencia del reparto efectivo de los dividendos durante el ejercicio fiscal correspondiente, los segundos tributan solo por los dividendos percibidos en Portugal durante ese ejercicio.

75. Esta técnica impositiva especial se debe, al parecer, al objeto especial de los OICVM, que sirven para brindar a los inversores particulares la posibilidad de invertir dinero en el mercado de valores sin aumentar su carga administrativa y de beneficiarse de una protección especial (véanse a este respecto los puntos 52 y 53 de las presentes conclusiones).

76. Sin embargo, también un inversor directo se vería gravado con un impuesto que grava las rentas solo en el momento en el que se le repartiese el dividendo a él mismo. En cambio, para participar en el aumento del valor de los activos que se produzca mientras tanto, Portugal parece haber optado por un impuesto especial, sometiendo todos los activos de un OICVM residente a un impuesto a tanto alzado cuatro veces al año, independientemente de que esos activos generen ingresos, en particular dividendos. Esto garantiza a Portugal unos ingresos fiscales menores pero continuos, sin tener que esperar el reparto al inversor. Desde el punto de vista de la tributación en función de la capacidad contributiva, el impuesto sobre actos jurídicos documentados más bien tiende a penalizar a los OICVM residentes, porque soportan una carga fiscal, aunque no obtengan ingresos. Seguramente a eso se deba también el tipo nominalmente muy bajo del impuesto sobre actos jurídicos documentados. El OICVM no residente, en cambio, solo tributa —aunque nominalmente en mucha mayor medida— si su capacidad financiera aumenta como consecuencia de que se le hayan pagado dividendos.

77. A este respecto, sigue siendo válido el razonamiento del Tribunal de Justicia en el asunto *Pensioenfonds Metaal en Techniek*.⁴³ Portugal grava a los OICVM residentes en su calidad de Estado en el que están establecidos estos OICVM, Estado que, a este respecto, tiene una potestad tributaria sobre todos sus ingresos y, en este caso, también sobre todo su patrimonio.

78. Como resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es necesario considerar, por lo que respecta también a un impuesto sobre el patrimonio, que la situación del no residente es distinta de la del residente dado que no solo la parte principal de los ingresos, sino también la mayor parte del patrimonio de este se concentran habitualmente en su Estado de residencia.⁴⁴ En consecuencia, un contribuyente que tiene solo una parte no fundamental de su patrimonio en un Estado miembro distinto del Estado en el que es residente no se encuentra, por regla general, en una situación comparable a la de los residentes en este otro Estado miembro.⁴⁵ Lo mismo debe ser aplicable también a los OICVM.

⁴³ Sentencia de 2 de junio de 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402), apartados 55 y ss.

⁴⁴ Sentencia de 5 de julio de 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), apartado 37.

⁴⁵ Así, expresamente, sentencia de 5 de julio de 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), apartado 38.

79. En cambio, en el caso del demandante, residente en Alemania, Portugal solo dispone, de conformidad con el CDI celebrado con Alemania, de la potestad para gravar los rendimientos generados por los activos de este OICVM que se encuentren en Portugal. Así, Portugal grava los dividendos percibidos por el OICVM no residente en su condición de Estado de origen de los dividendos.

80. Dado que, en virtud de ese Convenio, Portugal no dispone de potestad para gravar activos de un OICVM no residente situados fuera de su territorio, como los del litigio principal, la mera existencia de un vínculo de algunos activos con Portugal no puede dar lugar a un gravamen de todos los activos por parte de Portugal.

81. En estas condiciones, el objetivo perseguido por la legislación nacional controvertida en el litigio principal, consistente en aplicar una forma de imposición de salida a los inversores en OICVM y de gravar, hasta el momento del reparto de dividendos, solo el patrimonio del OICVM, no puede conseguirse respecto a los OICVM no residentes.

82. Este objetivo tampoco puede alcanzarse gravando los dividendos percibidos por los OICVM no residentes con arreglo al método del impuesto sobre actos jurídicos documentados (es decir, gravando el capital social «portugués» que les pertenece). En última instancia, esto se debe a que, según las normas del CDI con Alemania (y las normas generales de la OCDE), los OICVM no residentes solo pueden ser gravados si se les pagan dividendos.

83. En consecuencia, debe observarse que, a la luz del objetivo perseguido por la legislación nacional, así como por su objeto y su contenido, un OICVM no residente no se encuentra en una situación comparable a la de un OICVM residente.

84. Este resultado también está en consonancia con el juicio de valor que contiene el artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), y con el hecho de que no existe una diferencia de trato arbitraria, prohibida por el artículo 65 TFUE, apartado 3. Ciertamente, se puede criticar el impuesto sobre actos jurídicos documentados o considerarlo extraño por diversas razones. Sin embargo, debido a las limitadas potestades tributarias identificadas en lo que antecede, este tratamiento diferente de los OICVM residentes y no residentes es comprensible y, por tanto, no es arbitrario en el sentido del artículo 65 TFUE, apartado 3.

3. Con carácter subsidiario: motivos de justificación de un tratamiento diferente

85. Solamente para el caso de que el Tribunal de Justicia aprecie que la situación sí presenta un carácter comparable, es necesario examinar si la diferencia de tributación entre los OICVM residentes y los no residentes puede estar justificada. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que, para que una normativa fiscal nacional pueda considerarse conforme con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales, es preciso que la diferencia de trato esté justificada por razones imperiosas de interés general.⁴⁶

86. Como motivos de justificación hay que considerar en este asunto la salvaguarda del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros [véase la letra a)], evitar la no tributación [véase la letra b)], y el mantenimiento de la coherencia del régimen fiscal portugués

⁴⁶ Sentencias de 21 de junio de 2018, Fidelity Funds y otros (C-480/16, EU:C:2018:480), apartado 48; de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 47; de 1 de diciembre de 2011, Comisión/Bélgica (C-250/08, EU:C:2011:793), apartado 51; de 7 de septiembre de 2004, Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484), apartado 29, y de 6 de junio de 2000, Verkooijen (C-35/98, EU:C:2000:294), apartado 43.

[véase la letra c)]. Además, la medida (en este caso, la técnica impositiva diferente) debe ser proporcionada, es decir, adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no exceder de lo necesario para alcanzar dicho objetivo [véase la letra d)].

a) Sobre la justificación basada en la salvaguarda del reparto equilibrado de la potestad tributaria

87. El reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros es un objetivo legítimo reconocido por el Tribunal de Justicia.⁴⁷ Este objetivo refleja la soberanía fiscal de los Estados miembros, que incluye el derecho de un Estado a proteger sus ingresos fiscales, en particular en lo que respecta a los beneficios generados en su territorio (principio de territorialidad) y el derecho de un Estado a configurar su sistema tributario de manera autónoma (principio de autonomía).

88. Es cierto que, como resalta la Comisión, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en la medida en que un Estado miembro haya decidido no someter al impuesto a los OICVM residentes que perciban 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 perciban esos rendimientos.⁴⁸

89. Sin embargo, la presente situación no se encuadra en ese grupo de casos. Como ya se ha señalado, los OICVM residentes no están exentos de impuesto alguno en Portugal, sino que simplemente tributan de forma diferente. Portugal ha optado por gravar trimestralmente, a un tipo relativamente bajo, el valor neto contable total de los activos de los OICVM residentes. Se trata de una decisión que, en esos términos, no era posible con respecto a los OICVM no residentes. En lo que respecta a estos últimos, Portugal solo podía acceder —al menos según los criterios del Derecho internacional— a las rentas procedentes de una fuente portuguesa (véase, el artículo 10 del Modelo de Convenio de la OCDE, así como el artículo 10 del CDI entre Alemania y Portugal).

90. La diferencia de ahí resultante en la carga tributaria está asimismo amparada por este motivo de justificación, como también lo está la desventaja de tesorería que pueda surgir, por ser inherente a cualquier retención a cuenta practicada en el momento del pago y no solo una vez transcurrido un determinado período impositivo (en este caso, de tres meses).

⁴⁷ Sentencias de 7 de noviembre de 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716), apartado 50; de 6 de septiembre de 2012, Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532), apartado 23; de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 45, y de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), apartados 45 y 46.

⁴⁸ Sentencias de 21 de junio de 2018, Fidelity Funds y otros (C-480/16, EU:C:2018:480), apartado 71; de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249), apartado 99; de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286), apartado 48, y de 20 de octubre de 2011, Comisión/Alemania (C-284/09, EU:C:2011:670), apartado 78 y jurisprudencia citada.

b) Sobre el motivo de justificación de evitar la no imposición (los llamados «ingresos blancos») en el contexto de la recaudación eficiente de impuestos

91. Asimismo, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la aplicación de una retención en la fuente como técnica impositiva a los contribuyentes no residentes, mientras que los contribuyentes residentes no están sujetos a dicha retención en la fuente, puede estar justificada por la necesidad de garantizar la eficacia en la recaudación del impuesto.⁴⁹ En última instancia, evitar la no imposición también sirve a la eficacia en la recaudación del impuesto.

92. La disposición del artículo 14, apartado 3, del Código del Impuesto sobre Sociedades, que establece que la obligación del demandante de pagar el impuesto sobre sociedades solo nace si y porque dichos ingresos por dividendos no están sujetos a ningún impuesto (o solo a un impuesto bajo) en el Estado de residencia, sirve para evitar la no imposición.

93. La retención del impuesto sobre sociedades en la fuente de un dividendo a cargo de un OICVM extranjero también forma parte de la eficaz recaudación del impuesto. Impide, de manera sencilla y efectiva, por ejemplo, las estructuras de fondos diseñadas de tal manera que ningún Estado, es decir, ni el Estado de origen ni el Estado de residencia, pueda gravar los ingresos por dividendos en el ámbito del OICVM o de sus inversores, generando así los llamados «ingresos blancos».

94. Es cierto que la tributación en la fuente conlleva un riesgo de doble imposición. Sin embargo, como sucedía en este caso, dicho riesgo puede reducirse o evitarse mediante un CDI.

95. Actualmente, también el legislador europeo atribuye una importancia especial a la lucha contra la evasión fiscal. Por ese motivo aprobó la Directiva por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal,⁵⁰ donde ahora también se incluyen normas para luchar contra los ingresos blancos, en concreto, normas sobre cómo hacer frente a las asimetrías híbridas (artículo 9) y normas generales contra las prácticas abusivas (artículo 6).

96. Por último, el segundo pilar de las medidas recomendadas por la OCDE para luchar contra la elusión fiscal también muestra que la lucha contra la evasión fiscal es una de las razones imperiosas de interés general.⁵¹ En el prólogo («Cover Statement») de su último informe sobre el procedimiento de consulta relativo a sus recomendaciones para luchar contra la elusión fiscal, la OCDE subraya que un nivel mínimo de imposición contribuye a garantizar la equidad y la igualdad entre los sistemas fiscales, proporciona un marco fiscal estable para los nuevos modelos de negocio y garantiza la financiación de los Estados,⁵² destacando así su especial importancia para el público en general.

⁴⁹ Sentencias de 22 de noviembre de 2018, Sofina y otros (C-575/17, EU:C:2018:943), apartado 67, y de 13 de julio de 2016, Brisal y KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549), apartado 21; véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de octubre de 2014, van Caster (C-326/12, EU:C:2014:2269), apartado 46; de 18 de octubre de 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635), apartado 39, y de 3 de octubre de 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, EU:C:2006:630), apartado 35.

⁵⁰ Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (DO 2016, L 193, p. 1).

⁵¹ *Tax challenges Arising from Digitalisation — Report on Pillar Two Blueprint*, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/abb4c3d1-en.pdf?expires=1607888140&id=id&accname=guest&checksum=DC286FCCE9A7B15A436A5E3297CD7D78>.

⁵² *Tax challenges Arising from Digitalisation — Report on Pillar Two Blueprint*, Cover Statement, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/abb4c3d1-en.pdf?expires=1607888140&id=id&accname=guest&checksum=DC286FCCE9A7B15A436A5E3297CD7D78>, pp. 10 y ss.

97. Es coherente con lo que antecede que el objetivo de garantizar un nivel mínimo de imposición de un OICVM no residente sea considerado una razón imperiosa de interés general, también pertinente en este caso, como lo demuestra la norma del artículo 14, apartado 3, del Código del Impuesto sobre Sociedades.

c) Sobre el mantenimiento de la coherencia del régimen fiscal como motivo de justificación

98. Portugal alega también que la aplicación de la norma fiscal controvertida en el litigio principal es necesaria para preservar la coherencia del régimen fiscal portugués. En concreto, según Portugal, existe una relación directa entre la exención de la retención en la fuente de los dividendos repartidos a los OICVM residentes y la tributación trimestral mediante el impuesto sobre actos jurídicos documentados.

99. El Tribunal de Justicia ya ha declarado que la necesidad de garantizar esta coherencia puede justificar una norma que restrinja las libertades fundamentales.⁵³ No obstante, para que una argumentación basada en tal justificación pueda prosperar, se exige, según reiterada jurisprudencia, que se demuestre una relación directa entre la ventaja fiscal de que se trate y la compensación de esa ventaja con un gravamen fiscal determinado, debiendo apreciarse el carácter directo de este vínculo en relación con el objetivo de la norma controvertida.⁵⁴

100. En opinión de Portugal, el objetivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados es gravar a los inversores más adelante (usando los términos de Portugal: en la lógica de una imposición de salida) y hasta entonces gravar el capital social en el OICVM *con independencia* de la percepción de dividendos. Este objetivo no se lograría gravando los dividendos en el momento de su pago al OICVM. Por ese motivo, este impuesto sobre actos jurídicos documentados se introdujo solo para estos OICVM al mismo tiempo, en 2015, que la exención de los rendimientos de capital del impuesto sobre sociedades y de la retención en la fuente.

101. Con esto, en contra de lo que parecen opinar la Comisión y el demandante, existe, pues, una relación directa suficiente. Así lo demuestra incluso la coordinación de los dos impuestos en términos de tiempo y contenido. El hecho de que la compensación de la ventaja no se disponga dentro del Código del Impuesto sobre Sociedades, sino como un sustituto equivalente en otra ley fiscal con una técnica impositiva diferente, no puede poner en duda la existencia de una relación directa. Los puntos de vista de la Comisión y del demandante implican una consideración muy formal del motivo de justificación consistente en preservar la coherencia del régimen fiscal. Pues bien, esta consideración formal no tiene en cuenta que el motivo de justificación no solo se refiere a la coherencia de una ley fiscal concreta, sino a la coherencia del régimen fiscal (régime fiscal)⁵⁵ como tal.

⁵³ Sentencias de 21 de junio de 2018, Fidelity Funds y otros (C-480/16, EU:C:2018:480), apartado 79; de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286), apartado 50, y de 23 de octubre de 2008, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588), apartados 43 y 44.

⁵⁴ Sentencias de 21 de junio de 2018, Fidelity Funds y otros (C-480/16, EU:C:2018:480), apartado 80; de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286), apartado 51, y de 27 de noviembre de 2008, Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659), apartado 44.

⁵⁵ Así se refleja al menos también en la traducción al alemán de la jurisprudencia reciente: sentencias de 21 de junio de 2018, Fidelity Funds y otros (C-480/16, EU:C:2018:480), apartados 83 y ss.; de 12 de junio de 2018, Bevola y Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), apartado 51; de 21 de diciembre de 2016, Comisión/Portugal (C-503/14, EU:C:2016:979), apartado 62; de 30 de junio de 2016, Feilen (C-123/15, EU:C:2016:496), apartado 29, y de 17 de diciembre de 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829), apartado 45.

102. Pues bien, un régimen fiscal puede constar perfectamente de varios tipos de impuestos y de métodos impositivos diferentes. Por lo tanto, si estas diferentes ventajas y desventajas guardan entre ellas una relación de contenido —en este caso, la génesis de la ampliación del impuesto sobre actos jurídicos documentados cuando se introdujo el Estatuto de los Beneficios Fiscales lo muestra con bastante claridad—, no puede ser determinante que la ventaja y la desventaja directamente relacionadas estén previstas en la misma ley o «solo» en el mismo sistema de tributación.

d) Respeto del principio de proporcionalidad

103. Dado que concurren los motivos de justificación consistentes en la salvaguarda del reparto equilibrado de la potestad tributaria, de la eficacia en la recaudación de impuestos para evitar la no imposición y del mantenimiento de la coherencia del régimen fiscal, debe examinarse si la limitación exclusivamente a los OICVM residentes en Portugal de la posibilidad de una exención de la retención en la fuente es adecuada en el caso concreto y no va más allá de lo necesario⁵⁶ para alcanzar esos objetivos. Entiendo que la respuesta ha de ser afirmativa.

104. Por una parte, dada la falta de autonomía fiscal con respecto a los activos netos totales de los OICVM no residentes, en este caso no es posible imaginar una imposición igualmente adecuada que no sea una retención fiscal en la fuente con respecto a los pagos de dividendos recibidos. Lo demuestra el propio hecho de que el artículo 10, apartado 2, tercera frase, del Modelo de Convenio de la OCDE concede al Estado de origen el derecho a gravar al destinatario de los dividendos, además del derecho a gravar a la sociedad que los reparte. En efecto, de ello se deduce que al menos los Estados de la OCDE consideran que la imposición de esos dividendos por el Estado de origen, *junto con* la imposición de los beneficios de la empresa portuguesa, es un medio adecuado y necesario para distribuir equitativamente los ingresos fiscales entre los Estados.

105. La imposición de los activos netos totales de un OICVM no residente a petición suya (derecho de opción) puede ser igualmente adecuada, habida cuenta de la doble imposición resultante, pero no es un medio menos gravoso. Por lo tanto, no es necesario examinar aquí la cuestión planteada con razón por el Abogado General Hogan⁵⁷ sobre si debe mantenerse la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁵⁸ según la cual un derecho de opción en ningún caso es adecuado para impedir la desigualdad de trato.

106. También es cuestionable si una imposición análoga pero restringida del capital social de los OICVM no residentes —limitada al valor neto de las participaciones portuguesas y de los dividendos acumulados procedentes de ellas— es un medio menos restrictivo. De hecho, esto exigiría que un OICVM no residente tuviera que redactar sus balances conforme a la legislación portuguesa para determinar el correspondiente valor contable neto total. En cualquier caso, este medio no sería igualmente eficaz, ya que el registro fiscal y el control de los OICVM no residentes resultan mucho más difíciles que la retención del impuesto en la fuente en el momento del pago de los dividendos a un OICVM no residente.

⁵⁶ Sentencias de 21 de junio de 2018, *Fidelity Funds y otros* (C-480/16, EU:C:2018:480), apartado 64; de 24 de noviembre de 2016, *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896), apartado 56, y de 17 de diciembre de 2015, *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829), apartado 29.

⁵⁷ Conclusiones del Abogado General Hogan presentadas en el asunto *Autoridade Tributária e Aduaneira (Impuesto sobre las plusvalías inmobiliarias)* (C-388/19, EU:C:2020:940), punto 73.

⁵⁸ Véanse las sentencias de 18 de marzo de 2010, *Gielen* (C-440/08, EU:C:2010:148), apartados 49 a 54, con una motivación muy extraña, y de 8 de junio de 2016, *Hünnebeck* (C-479/14, EU:C:2016:412), apartado 42, pero véase también la sentencia de 12 de junio de 2018, *Bevola y Jens W. Trock* (C-650/16, EU:C:2018:424), apartados 25 y ss., en la que el Tribunal de Justicia al menos examinó brevemente si una opción podía cuestionar la diferencia de trato.

107. Por consiguiente, únicamente es determinante sopesar en el caso concreto la libertad de circulación de capitales del demandante con las mencionadas razones imperiosas de interés general. A tal efecto, como se ha expuesto en los puntos 64 y siguientes, debe tenerse en cuenta, por un lado, que a la libre circulación de capitales le corresponde un peso inferior en su ponderación con los objetivos de diferenciación perseguidos por los Estados miembros. Por otra parte, la garantía de una imposición mínima, la aplicación efectiva de los derechos de tributación y un reparto equilibrado de la potestad tributaria forman parte de los intereses generales fundamentales, ya que sirven para financiar el Estado. Sin una base fiscal suficiente, el Estado no puede desempeñar sus funciones ni cumplir sus cometidos.

108. En el presente caso, frente a estos bienes jurídicos solo hay unas ligeras desventajas para el demandante. O bien —como es el caso aquí de los inversores residentes en Alemania— la carga fiscal portuguesa se imputa a su deuda tributaria, de modo que no se les disuade de invertir, o bien, en el peor de los casos, se produce una doble imposición en términos económicos (por un lado, el impuesto sobre sociedades portugués en el ámbito del OICVM al 15 % y, por otro, el impuesto sobre la renta de las personas físicas extranjero en el ámbito del partícipe extranjero). Es cierto que esto hace que la inversión en OICVM no residentes con participaciones en empresas portuguesas sea algo menos atractiva.

109. No obstante, en primer lugar, esa doble imposición puede resolverse mediante un convenio bilateral entre los Estados implicados y no unilateralmente por medio de las libertades fundamentales en detrimento de Portugal. Y, en segundo lugar, esta desventaja se ve en cualquier caso mitigada, o incluso compensada del todo, por la ausencia de la carga trimestral del impuesto sobre actos jurídicos documentados.

110. A esto se suma el hecho de que el demandante tributa en función de la capacidad contributiva de sus rendimientos, por lo que no se grava la sustancia misma de la empresa, a diferencia de lo que ocurre en el caso de un OICVM residente. Además, la imposición en Portugal está vinculada al hecho de que el demandante no tribute en el Estado de residencia o de que su carga fiscal sea reducida. Adicionalmente, la carga fiscal ya se ve reducida por el CDI entre Alemania y Portugal.

111. Tras sopesar todos estos aspectos, los motivos de justificación consistentes en la salvaguarda del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, la aplicación efectiva de los derechos de tributación y el mantenimiento de la coherencia del régimen fiscal portugués prevalecen, por tanto, sobre el interés del demandante en estar exento del impuesto sobre sociedades como un OICVM residente y, al mismo tiempo, a diferencia de un OICVM residente, en no verse gravado por el impuesto sobre actos jurídicos documentados.

e) Resultado del examen de los motivos de justificación

112. Por consiguiente, la restricción de la libre circulación de capitales que tal vez pudiera apreciarse en la interacción de las normas portuguesas (sujeción al impuesto sobre sociedades de los OICVM no residentes en ausencia de tributación en el extranjero según el artículo 14, apartado 3, del Código del Impuesto sobre Sociedades, exención del impuesto sobre sociedades de los OICVM residentes según el artículo 22 del Estatuto de los Beneficios Fiscales con tributación simultánea según el Código del impuesto sobre actos jurídicos documentados) está en cualquier caso justificada.

VI. Conclusión

113. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Arbitral Tributário (Tribunal Arbitral Tributario, Portugal) del siguiente modo:

«El artículo 63 TFUE no se opone a una normativa nacional que impone una retención en la fuente sobre los dividendos repartidos por una sociedad residente cuando dichos dividendos se reparten a un organismo de inversión colectiva no residente que no está sujeto al impuesto sobre sociedades en su Estado de residencia. Lo mismo sucede incluso si no se aplica el impuesto sobre sociedades a estos dividendos cuando se reparten a un organismo de inversión colectiva residente, sino que se recurre a una técnica impositiva diferente para garantizar que no se aplique el correspondiente impuesto que grava las rentas hasta que aquellos se redistribuyan al inversor, gravándose hasta entonces en su lugar con carácter trimestral el total de los activos netos del organismo de inversión colectiva residente.»